

JURISPRUDÊNCIA CIVIL E COMERCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE URBANO - FATO DE TERCEIRO

- A empresa de carris urbanos não é responsável pelo dano ocorrido a seus passageiros, quando resulta exclusivamente de ato ou fato de terceiro.

Cia. Cantareira e Viação, Fluminense *versus* Jaime Garcia

Rec. ext. nº 19.365 - Relator: MIN. MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Acordam, em sessão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, dar provimento ao presente recurso extraordinário, em que é recorrente a Cia. Cantareira e Viação Fluminense e recorrido Jaime Garcia, para o efeito de julgar improcedente a ação, na conformidade das notas taquigráficas que ficam incorporadas a êste acórdão.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Num bonde da Cia. Cantareira e Viação Fluminense viajava um menor de 15 anos de idade, quando um caminhão, que vinha, desabaladamente, em sentido oposto, se chocou com o veículo ocasionando o acidente de que resultou a morte do referido menor e de outros dois passageiros. Propôs então o pai da vítima contra a companhia transportadora a presente ação, que foi julgada improcedente em primeira instância. Apelou e o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso, para condenar a ré ao pagamento da indenização pedida.

Acolheu o acórdão a tese de que, em face do dec. nº 2.681, de 1912, aplicável às empresas de transporte, o ato de terceiro não é excludente da responsabilidade da transportadora, cabendo a esta apenas ação regressiva contra o autor do dano.

A vítima, diz ainda o acórdão, embora a sua pouca idade não o obrigasse a prestar alimentos à família, dava aos pais a quase totalidade de seu ordenado de comerciante.

Assim, devia a ré substituir a vítima nessa coadjuvação, conforme fôsse apurado em execução, sem que possa esquivar-se pelo fato de receber a contribuição do Instituto de que a vítima era filiado.

Inconformada, manifestou a ré recurso extraordinário, com base na letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

Aponta, quanto à primeira tese, como divergente um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que se decidiu o seguinte: "o fato de terceiro, senão imprevisível, mas seguramente inevitável pela empresa transportadora, exime-a da responsabilidade de indenizar o dano".

Quanto à segunda, outro acórdão do Distrito Federal igualmente houve por firmado que "não tem direito a indenização o pai que não recebia ajuda do filho e que tem assegurada a sua subsistência em virtude de cargo que exerce".

Admitido e impugnado o recurso, subiram os autos a julgamento deste Tribunal. O Dr. procurador é pelo conhecimento e não provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): É manifesto o dissídio, quer quanto à primeira, quer quanto à segunda proposição. Conheço, pois, do recurso e dou-lhe provimento.

Admito a responsabilidade contratual entre as companhias de transportes e passageiros. Não por força da lei sobre responsabilidade das companhias de estradas de ferro, que, abrindo exceções ao direito comum, não pode ter interpretação extensiva. Mas, pela própria natureza do contrato de transportes.

De se admitir a responsabilidade contratual, decorre, naturalmente, a aceitação da culpa presumida. Cede, porém, a presunção, a meu ver, ante o caso fortuito, tal se reputando o ato do terceiro culposo ou não. A disposição do art. 17 da lei de 1912, que confere à companhia, não a isenção da responsabilidade, mas apenas o direito de reversão contra o causador do dano, não pode ser ampliado a casos outros que não especificados, ou seja, responsabilidade de estradas de ferro.

Muito bem explicou o acórdão dissidente do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal: não é a mesma a situação das companhias de bondes e das estradas de ferro, quanto à vigilância. A estas compete a guarda das linhas por empregados seus. Devem ter cârcas, porteiras, guardas da linha, etc.

Aquelas transitam pelas ruas, cuja vigilância compete à policia. Qualquer acidente que ocorra não pode ser atribuído à sua incúria.

No caso em aprêço, está aceito pela sentença, e pelas partes, que o acidente ocorreu devido, exclusivamente, à culpa do motorista do caminhão. A companhia deve, pois, ser absolvida. Dou provimento para êsse efeito.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, discordo, *data venia*, do eminente ministro relator, porque entendo que competia à companhia transportadora, se não era culpada do fato de que resultou a morte do menor, proceder ao chamamento da autoria, para o fim de atribuir a outrem a responsabilidade civil. Não o fêz, porém, e, não o fazendo, assumiu, pelo contrato de transporte, a obrigação de deixar o passageiro ileso no ponto de destino. Não tendo isso acontecido, a companhia descuroou da sua defesa e responde pelo fato, embora com ação regressiva.

Nego, pois, provimento ao recurso, ressalvando, porém, à companhia o direito de haver aquilo que pagar de quem foi realmente culpado pelo acidente.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, a recorrente não estava adstrita ao chamamento à autoria e, no caso, não se trata de *litisconsórcio obrigatório*. Usando de um direito, provou a recorrente que o acidente, em relação a ela, decorreu de caso fortuito, isto é, da interferência do ato de terceiro que lhe não era possível prever ou evitar. A nenhuma outra condição estava subordinado o reconhecimento de sua não responsabilidade.

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, unânimemente, e deram-lhe provimento, contra o voto do Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Deixou de votar o Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, por não ter assistido à leitura do relatório.

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

Notas:

COMENTÁRIO

Rendemos nossas homenagens ao preclaro relator e ao Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, grandes figuras de juiz, mas pedimos a sua licença para manifestar nossa discordância à tese do julgado.

No sistema da lei aplicável (dec. legislativo nº 2.681, de 1912), o fato de terceiro não constitui causa de irresponsabilidade, porque não se equipara à força maior. Com efeito, no regime dessa lei, cuja excelência não nos cansamos de admirar, principalmente diante do mofo padrão técnico das leis atuais, as consequências danosas do fato de terceiro se consideram a cargo do transportador, no que toca à sua responsabilidade perante o viajante. A vingar a doutrina do respeitável aresto, converter-se-á em **flatus vocis** a solução, contida no aludido decreto, para o caso de reparação do dano causado por terceiro. De fato, não haverá jamais necessidade de ação regressiva, se não se admite que o transportador responda pelo dano sofrido pelo passageiro. A ação de regresso só foi instituída porque a lei excluiu das causas de isenção de responsabilidade o fato de terceiro. É evidente que essa excusativa tem de ser entendida inteligentemente. Nem todo e qualquer fato de terceiro se pode incluir na responsabilidade do transportador, mas somente os relacionados com o transporte, como, por exemplo, a colisão de veículos, os erros de manobras, etc. O tiro desfechado contra o passageiro, de fora, a árvore que se abate sobre o veículo, a explosão em um túnel, à sua passagem, não são fatos relacionados com o transporte, não são riscos ligados à sua exploração. Desde, porém, que caibam neste último conceito, os fatos de terceiro, perante o viajante, induzem a responsabilidade do transportador.

Mas a tese enfrenta, ainda, outro texto da lei nº 2.681, que se tem quase pacificamente como reguladora das relações contratuais de transporte urbano. E que essa lei fixa, **numerus clausus**, as excusativas de responsabilidade do transportador, não sendo lícito ao intérprete ampliá-los, para adicionar-lhes o fato de terceiro.

Convenhamos, por amor à argumentação, que o dec. legislativo nº 2.681 não se aplique à responsabilidade do transportador urbano e fixemos como normas a vigorar nessas relações as do Código Comercial. Nem assim se poderá louvar a solução ora criticada, com tôdas as ressalvas de nosso respeito. Porque, como já acentuamos, o fato de terceiro (colisão de veículos) não é dirigido contra o passageiro, não é verificação de risco contra êle, mas dano sofrido pelo serviço. Isto é, a orientação dos egrégios juízes vencedores carrega ao particular o prejuízo que as circunstâncias dirigiram contra o transportador. O **damnum**

fatal é suportado por aquêlo contra quem se armou, não contra quem, garantido por um contrato, viajava sob a guarda do transportador.

Alude-se, na decisão ora comentada, ao chamamento à autoria e a litisconsórcio. **Data venia**, discordamos. O chamamento à autoria, em nosso direito, é restrito às ações reais e no caso não se trata disso, mas de ação pessoal. O **chiamamento in garanzie** da lei italiana (chamamento **in eventum**) é desconhecido do direito brasileiro, conforme assinala ENRICO TULLIO LIEBMAN, em nota à edição brasileira das "Instituições", de CHIOVENDA.

Com essa mínima discordância ao voto do ilustre ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, pensamos que S. Ex.^a está com a boa doutrina.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - "BISCATEIRO"

- O "biscateiro" tem direito à reparação do dano causado por acidente do trabalho.

Cia. Fôrça e Luz Nordeste do Brasil *versus* José Amaro

Rec. ext. nº 11.045 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 11.045, do Rio Grande do Norte, em que é recorrente a Cia. Fôrça e Luz Nordeste do Brasil, sendo recorrido José Amaro, acordam, em 2^a Turma, unânimes, os ministros do Supremo Tribunal Federal conhecer do recurso e negar-lhe provimento, conforme as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 21 de agosto de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Hahnemann Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Em autos procedentes da comarca de Natal, a 1ª Turma do Tribunal de Apelação confirmou, em acórdão de 7 de junho de 1946 (fls. 55), a sentença que condenara a Companhia Fôrça e Luz do Nordeste do Brasil a reparar o dano sofrido no trabalho pelo "biscateiro" José Amaro.

A ré opôs recurso extraordinário (fôlhas 57), em que alegou haver a decisão infringido o art. 64, c, do dec. nº 24.637, de 10 de julho de 1934, e discordado da que consta da "Rev. dos Tribunais", volume 103, pág. 564.

A recorrente deduziu alegações (fôlhas 60), contrariadas pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 63).

O Sr. procurador geral da República, então o Dr. LUÍS GALLOTTI, opinou pelo conhecimento do recurso, em vista do invocado dissídio da jurisprudência, e pelo não provimento (fls. 68).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES (relator): A lei de 1934 excluía de sua aplicação os que empreitassem, por conta própria, serviços de sua especialidade (art. 64, c).

Conciliando a exceção com a regra do art. 3º do dec. nº 24.637, a jurisprudência reconheceu no "biscateiro" o caráter de empregado.

A esta jurisprudência obedeceu o acórdão impugnado, que, conhecendo do recurso, mantenho, pois que se provou o dano resultante de acidente do trabalho, conforme a decisão de fls. 55.

DECISÃO

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

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

ATO ADMINISTRATIVO - APRECIÇÃO JUDICIAL

- Desde que não se trate de ato discricionário, em que a intervenção do judiciário somente se dará nos casos de desvio ou abuso de poder, o exame, na esfera judicial, do ato administrativo, penetra o seu conteúdo, o seu merecimento.

Antônio Anacleto Rodrigues Dias *versus* Fazenda do Estado de São Paulo

Rec. ext. nº 16.158 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.158, de São Paulo, recorrente Antônio Anacleto Rodrigues Dias, recorrida a Fazenda do Estado:

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

Supremo Tribunal Federal, 15 de setembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O MM. juiz de São Paulo, Dr. ARLINDO PEREIRA LIMA proferiu a sentença de fls. 109, *verbis*:

"Vistos e examinados êstes autos de ação ordinária ajuizada por Antônio Anacleto Rodrigues Dias contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, para o fim especial de lhe ser reconhecido o direito de exercer o cargo de guarda-fiscal do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda, criado pelo dec. estadual nº 6.255, de 30-12-1933, para o qual fôra habilitado em concurso regular e do qual fôra afastado posteriormente, contra a sua vontade, por transferência para o cargo de escriturário da mesma Secretaria de Estado. A reintegração pleiteada, segundo o pedido inicial, encontra amparo não só na regra geral contida no art. 106 da Constituição estadual de 1947, mas, também, em outra lei que se diz ofendida, a ser oportuna e amplamente indicada, por depender da "possível argumentação" da ré. Justifica aí o interêsse moral e econômico que tem na declaração da nulidade daquele ato administrativo que, além de importar o aludido rebaixamento de função, acarretou-lhe reais prejuízos, por se tratar de cargo de remuneração inferior. Conclui pedindo a condenação da ré ao pagamento das diferenças de vencimentos já vencidos até o seu aproveitamento e efetivo exercício no cargo de guarda-fiscal, inclusive diferença de vencimentos, promoções e demais vantagens a que teria feito jus, se no exercício daquelas funções se encontrasse, como os demais co-participantes daquele mesmo concurso de ingresso para a mencionada carreira. Acrescido tudo dos juros moratórios, custas do processo e honorários advocatícios, pensa, poderá reparar-se amplamente da injustiça sofrida. Fêz instruir a inicial das peças de fls. 5 a 13, representativas dos benefícios da gratuidade já deferidos, dos editais dos concursos realizados de 17 a 24 de março de 1934, para guardas-fiscais e fiscais de renda e de documentos oficiais dos cargos exercidos pelo autor (guarda-fiscal, auxiliar de fiscalização e escriturário "J", respectivamente, em 18-8-34, 29-5-36 e 6-8-48), além do título de liquidação de tempo de serviço, com 12 anos, 10 meses e cinco dias, no período de 20-8-1934 a 31-3-1948, e cartão-protocolo do processo número G-35.453-46 referente a pedido seu em 13-11-46.

"A defesa da ré acha-se articulada no sentido de demonstrar a absoluta improcedência da ação (fls. 17 a 25).

"Preliminarmente, a inépcia da inicial, por não ter indicado com precisão e clareza a matéria de fato e os fundamentos jurídicos do pedido, além da prescrição, pelo decurso de mais de cinco anos a partir de 17 de maio de 1939, data do dec. estadual nº 10.197 e em que foi nomeado para o cargo de terceiro

escriturário, que deve ser tido como o ato impugnado, nos termos e para os fins do art. 178, § 1º, nº VI, do Cód. Civil, combinado com o art. 1º do dec. federal nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, extemporânea que foi a reclamação administrativa apresentada em 3-11-1946 e porque nada impedia recorresse desde logo à via judicial, por não ter caráter imperativo o disposto no art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos, conforme se tem decidido ("Rev. dos Tribunais", vol. 174, pág. 580, e "Rev. de Direito Administrativo", vol. VII, página 215). Quanto ao mérito, porque o autor exercia função de contratado, nos termos dos decs. estaduais nº 6.255, de 30 de dezembro de 1933 (art. 45), e nº 6.929, de 7 de janeiro de 1934 (artigo 2º), tanto que, em 16 de novembro de 1936, foi novamente contratado para exercer, por tempo indeterminado, a título precário e experimental, o cargo de auxiliar de fiscalização, conforme portaria baixada pelo Sr. secretário de Estado dos Negócios da Fazenda. Essa situação de contratado nenhum direito adquirido lhe concedia de continuar na carreira de guarda-fiscal ou auxiliar de fiscalização, devendo, pelo contrário, ser considerada louvável a sua nomeação para o cargo de terceiro escriturário, quando ao Govêrno do Estado era dado fazer livremente (art. 298) as nomeações e promoções para os cargos resultantes da reorganização decorrente do dec. nº 10.197, de 1939, já citado. Conclui pela inexistência de ilegalidade do ato impugnado e ainda pela impossibilidade dêste ser revisto pelo Poder Judiciário, no que concerne ao seu merecimento ou através de uma revisão e alteração da própria lei, o que, em suma, objetiva a inicial. Os documentos (fôlhas 26-27 e 28-29) que instruem a contestação representam aquêles dados funcionais constantes da ficha de assentamentos do autor.

"Com a resposta de fls. 31, baseado em parecer emitido pelo eminente COSTA MANSO e em venerando julgado da egrégia 2ª Câmara Cível, quando apreciaram matéria prescricional argüida e acolhida em primeira instância na ação ajuizada contra a mesma ré, pela senhora Eunice Almeida de Azevedo (fôlhas 32 a 37), sustenta o nobre patrono do autor a injuridicidade do pedido da absolvição da instância, por ter a ré se defendido amplamente, acrescentando a improcedência da prescrição pelo fato de ter ocorrido "condição suspensiva" (artigo 170, nº I, do Cód. Civil) para que não fluísse o prazo prescricional defendido na contestação. É que no período compreendido entre o dia 26 de setembro de 1940 a 31 de agosto de 1944, datas de sua exoneração e posterior reintegração no cargo de terceiro escriturário, estêve impossibilitado de reclamar em Juízo ou fora dêle o que está agora pleiteando.

"Proferido o respeitável despacho de fls. 39, em que admitidas as provas por que houvera protesto, se considerou, implicitamente, saneado o processo, legítimas as partes e legal a sua representação, completou-se a instrução documental da causa, como se vê das peças de fls. 44-45 e das que foram trasladadas (fls. 51-55) do processo administrativo nº P-35.453-46, a pedido do autor (fôlhas 49).

"Na audiência de instrução e julgamento (fls. 62-63), depois de ouvidas quatro testemunhas arroladas pelo autor (fls. 64 a 66), os nobres doutores advogados das partes sustentaram oralmente os seus articulados iniciais, como ficou resumido no próprio protocolo. Em diligência de ofício (fls. 67), foram ajuntadas certidões da lide anterior entre as mesmas partes, a propósito da reintegração do autor no cargo de terceiro escriturário de que fôra exonerado (fôlhas 74 a 80) e ainda requisitado o processo administrativo, nº G-27.663-43, de que dão notícia as certidões de fls. 86 a 105, relativas às peças indicadas a fls. 82 e despacho complementar de fls. 83.

"Assim relatados, passo a decidir:

"A argüida inépcia da inicial deve ser considerada como alegação preliminar abandonada pela ré, desde que recurso algum foi interposto do respeitável despacho de fôlhas 30. Perdeu qualquer oportunidade o seu exame nessa decisão final, porque isso importaria a nulidade dos atos subseqüentes, sem qualquer vantagem para uma ou outra das partes. Mas, se devesse ser considerada, a sua rejeição ou não pronunciamento encontraria apoio no art. 275 do Cód. de Proc. Civil, ao dispor:

"Quando o juiz puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, não a pronunciará, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

"A preliminar de prescrição, também articulada na defesa, não pode ser acolhida, embora seja certo que a interpretação do disposto no art. 221 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (dec. nº 12.773, de 28-10-41) só possa ser aquela que lhe tem sido atribuída pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de que se trata de u'a medida disciplinar, sem ter o

condão de acarretar a prescrição de determinado direito ou a carência da respectiva ação, menos exato não é, agindo o autor na conformidade do entendimento ainda vigente na esfera administrativa, recorrendo antes a esta, possa a vir ser prejudicado justamente por isso. Debaixo dêsse entendimento, ao verificar-se os dados respectivos, desde logo se vê que, da data do nascimento da presente ação (17-5-39) até o dia em que se verificou a condição suspensiva com a sua exoneração (26-9-1940), que o impedia de agir, decorreram precisamente um ano, quatro meses e nove dias, que somaram três anos, seis meses e 21 dias, com o prazo decorrido entre a data da publicação do ato de reintegração (1-9-1944) até o dia 13 de novembro de 1946, em que deu entrada a reclamação administrativa de fls. 51-52, conforme documento de fôlhas 13. E a ré não fêz prova que tivesse transitado o prazo restante de um ano, três meses e nove dias do despacho final daquele processo administrativo até a citação inicial certificada no dia 9 de setembro de 1948 (fls. 15 v.).

"Quanto ao mérito, cumpre acentuar que o direito do autor não pode ser amparado pelo art. 106 da Constituição paulista de 1947, quando manda conservar em disponibilidade remunerada, até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com os do anterior, quando extinto êste. E a razão é dupla. A primeira está em que não pode retroagir, essa disposição constitucional, os seus efeitos até a data da promulgação do dec. n° 10.197, de 17 de maio de 1939. E a segunda reside no fato dêsse diploma do Executivo, então acumulando funções legislativas, não ter declarado extinto o cargo de fiscal ou de auxiliar de fiscalização.

"Quer dizer, então, que a situação disputada pelo autor há de ser regulada pelos decretos invocados na defesa do Estado. E aí se vê a nenhuma razão do que pretende o autor, que pode ter sofrido uma injustiça, mas essa só poderá ser reparada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, como, aliás, já foi providenciado, através do respectivo projeto, em andamento perante a Assembléia Legislativa do Estado (fls. 44 a 45).

"É que o autor não foi nomeado para um cargo efetivo, em que pudesse gozar da estabilidade relativa ou absoluta, prevista pela Constituição estadual de 1935 e posteriormente pelo próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Ficou expresso no dec. estadual n° 6.255, de 30 de dezembro de 1933, que incorporou ao impôsto de viação a sobretaxa de 10% que pesava sôbre o

mesmo impôsto de emergência sôbre fretes e passagens em vias de comunicação, que "a conferência de conhecimento em todo o Estado seria realizada por meio de guardas-fiscais e pessoal necessário que a Secretaria da Fazenda poderia contratar, mediante proposta da Diretoria da Fiscalização (art. 45). E êsses "encarregados da fiscalização dos impostos de viação rodoviária" foram aproveitados para a execução das leis relativas ao sêlo de diversões, de refeições e hospedagens, nos têrmos do art. 2º do dec. estadual nº 6.298, de 7 de fevereiro de 1934.

"Acresce que o próprio título de nomeação fornecido ao autor não era para o exercício de um cargo efetivo, mas de uma função de contratado, por tempo indeterminado, como bem se vê daqueles dados, de seus assentamentos funcionais.

"Assim sempre foi considerado por tôdas: as testemunhas que trouxe a pretório.

"Não se sabe bem como poderá o Poder Judiciário intervir na apreciação da justiça ou injustiça, oportunidade ou inoportunidade, conveniência ou inconveniência do aproveitamento do autor na carteira de escriturário, se inquinado do vício de nulidade ou de ilegalidade não estava o ato respectivo. Como já se disse, por mais de uma vez, e tem sido decidido reiteradamente pela egrégia Superior Instância, "os atos administrativos sômente podem ser fulminados pelo Poder Judiciário quando eivados de ilegalidade" ("Rev. de Direito Administrativo", vol. III, de 1946, ap. nº 21.312, de São Paulo, julgada em 27-3-1944). A razão e o fundamento jurídico de assim ser, segundo o brilhante e venerando voto vencedor do eminente Sr. ministro COSTA MANSO, residem no fato de não ser lícito "a nenhum dos poderes políticos... invadir a esfera de atribuições privativas de outro. O Legislativo não administra, nem julga. O Executivo não julga, nem legisla. A função dos Tribunais Judiciários é assegurar a aplicação das leis...". ("Rev. dos Tribunais", vol. 119, págs. 385 e 382).

"Em nada modifica a sua situação o fato de se ter sujeitado àquelas provas e. ter optado, quando da reforma fazendária, pela carreira da fiscalização. Como bem definido ficou na respeitável decisão de primeira instância, quando do, julgamento da causa anterior, "o cargo exercido efetivamente pelo autor não foi obtido por concurso", embora seja certo ter feito anteriormente uma prova

prévia... para o fim de ser contratado por tempo indeterminado para o cargo de guarda-fiscal" (fls. 79 v.).

"São os motivos principais da improcedência da ação ora decretada, pagas as custas na forma da lei, beneficiário que é o autor da justiça gratuita.

"Publicada na audiência já designada, ficam as partes intimadas para os fins legais. (Dactilografada em 10 fôlhas de almaço, escritas só no anverso, as nove primeiras devidamente rubricadas.)

"São Paulo, 22 de abril de 1949. - *Arlindo Pereira Lima*, juiz titular".

Confirmou o Tribunal de São Paulo essa sentença, o que provocou, da parte do vencido, a manifestação de recurso extraordinário, com a alegação de que a doutrina acolhida na sentença "fere, em cheio, a Carta de 1946 e notadamente o dispositivo do art. 141, § 1º, da Constituição federal" (vêde fls. 150 *in fine*).

Razoaram as partes, a fls. e fls. (*ler*).

E, por derradeiro, o procurador da República, Dr. OSCAR CORREIA PINA, ofereceu o parecer de fls. 165, com o qual se manifesta de acôrdo o Ermo. Sr. Dr. procurador geral PLÍNIO TRAVASSOS. E o parecer encerra êste conteúdo:

"O recurso de fls. 148-51 foi interposto, tempestivamente, com fundamento na alínea a do preceito constitucional, tendo sido admitido pelo despacho de fls. 152, sem embargo de não haver o recorrente indicado o dispositivo da Constituição ou de lei federal que teria sido contrariado pelo venerando acórdão recorrido (fôlhas 147).

"Como bem decidiu a sentença de primeira instância, confirmada, unânimemente, pelo julgado recorrido, não pode o Poder Judiciário examinar a justiça, a Conveniência ou a oportunidade dos atos administrativos, mas tão-sòmente apreciá-los sob o prisma de sua legalidade e de sua conformidade com a lei.

"Pretende o recorrente que o Poder Judiciário corrija a injustiça de que teria sido vítima, quando da sua nomeação para exercer o cargo de 3º escrivão da Secretaria da Fazenda.

"Sendo o recurso evidentemente inabalável, opino, preliminarmente, pelo seu não conhecimento.

"Rio de Janeiro, 13 de agosto de 1951. - *Oscar Correia Pina*, procurador da República. - De acordo. - *Plínio de Freitas Travassos*".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Foi a sentença de fls. confirmada pelo aresto recorrido, que nenhum fundamento lhe acrescentou.

É, pois, a sentença que servirá de ponto de referência para a apreciação do recurso extraordinário manifestado pelo autor vencido.

Houve o juiz por inalegável, no caso, o art. 106 da Constituição paulista de 1947, até porque a hipótese que ele prevê é de extinção de cargo público, o que não ocorreu na espécie.

Nestes termos, examinou o juiz a situação à luz dos decretos estaduais invocados na defesa.

Em face dêles, observou o juiz:

"E aí se vê a nenhuma razão do que pretende o autor, que pode ter sofrido uma *injustiça*, mas essa só poderá ser reparada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, como, aliás, já foi providenciado..."

Não se alegou com a vulneração dos textos das leis do Estado forte nas quais acabou o juiz pela improcedência do pedido. E nem essa eventual ofensa abriria ensejo ao uso do apêlo extremo.

Contra o asserto da sentença, de ser a injustiça que haja experimentado o recorrente irreparável pelo Poder Judiciário, é que êle se irrimina, rejeitando-lhe a coima de adversa à Lei Maior, de que cita, em destaque, o art. 141, § 4º:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Nem aí podia ser no "Estado de direito", como observa CARLOS MAXIMILIANO ("Comentários à Constituição Brasileira", vol. III, nº 515).

Todos os atos administrativos, observa à sua vez IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA ("O Pensamento Universal e a Constituição Brasileira", vol. II, pág. 637), "todos os atos administrativos incidem na esfera de apreciação do Poder Judiciário, que pode invalidá-los, quer desrespeitem o direito escudado em determinada lei, quer violem direitos vinculados ao sistema de legalidade, cuja manutenção é imperativo do interêsse geral. Verifica-se aqui o abuso do poder, e ali a ilegalidade. Ilegalidade e abuso do poder não são têrmos que a Constituição houvesse empregado irrefletida e atoamente. Cada qual tem o seu sentido e adequação a determinado fato ou situação jurídica".

Há, sem dúvida, ainda, em face do art. 141, § 4º, da Constituição, atribuições *discricionárias* do Executivo ou do Congresso (vêde CARLOS MAXIMILIANO, liv. cit., bol. cit., pág. 63).

Elas, porém, elas próprias deparam baliza no direito dos particulares, observando CARLOS MAXIMILIANO:

"As atribuições chamadas *discricionárias* do Executivo ou do Congresso mantêm-se, acatam-se, porém quando não firam interêsses legítimos de particulares" (liv. cit., loc. cit.).

IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA:

"Nunca se pense que os atos não dependentes ou não ligados a certa e determinada lei pertencem a zonas da extralegabilidade, à órbita do abuso, ao campo de ilimitada expansão onde a autoridade possa matar a fome do arbítrio, ou saciar a sêde da violência. Êsses atos se acham mediatamente ligados ao

direito. A autoridade é livre de praticá-los, mas dentro da ordem jurídica, dentro do sistema da legalidade. O poder de polícia administrativa não se confunde, pois, com a arbitrariedade, a injuridicidade, o capricho, o arbítrio, a violência" (liv. cit., vol. cit., págs. 636-637).

Em suma, a própria instituição administrativa impõe o reconhecimento do poder *discricionário* que, entretanto, não se deve confundir com poder *arbitrário*.

É a lição de HENRI WELTER:

"... si l'administration, qui a la charge de pourvoir aux besoins courants du public, doit, en présence des problèmes suscites par les rapports de la vie quotidienne, s'inspirer des prescriptions légales en même temps que de certains principes découlant de l'idée même de d'institution administrative, on ne doit cependant pas oublier qu'en règle générale l'administration doit jouir d'un droit d'initiative assez étendu. Il est evident que, pour la solution des questions de présentant à son examen et à son action, elle ne saurait être absolument assuete à des règles préétablies encadrant toute son activité, que seraient de nature à empêcher toute intervention féconde. A certains égards, l'administration doit donc pouvoir se déterminer elle-même pour intervenir efficacement dans le règlement des affaires publiques; celà signifie qu'en principe, elle doit être juge souveraine des motifs et, dans certains cas, du sens de son action.

- Aussi, la reconnaissance de ce pouvoir qu'on a appelé discrétionnaire et qu'il faudrait éviter de confondre avec le pouvoir arbitraire, lequel ne saurait avoir aucune place dans le droit moderne, s'impose-t'elle, en dehors de toute consécration formelle, en vertu des exigences mêmes de l'institution administrative" ("Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative", págs. 28-29).

A própria independência dos poderes levaria ao reconhecimento de uma zona de ação livre administrativa, em que a intervenção do Judiciário representará uma invasão de fronteiras. E essa liberdade de ação apenas depara limite no abuso, excesso ou desvio.

Êste, porém não pode ocorrer quanto *"aux actes accomplis en conformité stricte avec les injonctions portées par la loi"*, diz HENRI WELTER, que observa ainda aguisadamente:

"Un acte accompli par l'autorité compétente en plein accord avec les prescriptions formelles de la loi ne pourrait, sous notre régime de légalité, être censuré par un tribunal, quel qu'il soit, sous prétexte que le but poursuivi par son auteur présentait apparemment un caractère de malveillance" (liv. cit., pág. 61).

Ainda no campo dos atos discricionários, excessos e desvios podem surgir, visto que o poder de os praticar *"no implica arbitrariedad ni injusticia, puesto que la Administración no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin"* (RECAREDO F. DE VELASCO, "El Acto Administrativo", págs. 152-153).

Aceitável, em outros aspectos, sé me afigura a síntese de GARCÍA OVIEDO:

"La Administración puede obrar de dos maneras: "discrecional" ou "regladamente". Obrar regladamente significa tener que ajustar su actuación al contenido, requisitos o limites dictados por una norma o precepto anterior. Obrar discrecionalmente equivale obrar libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico: fin fiscal, fin de policía, etc. La diferencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario percíbese ahora claramente: es una diferencia teleológica. El acto discrecional se convierte en acto arbitrario cuando la Administración no ajusta su conducta al fin en vista del cual la ley lo autorizo; si, por ejemplo, la Administración realizó un acto autorizado por una ley de policía o de sanidad con un fin fiscal o político. Este es el caso de la llamada desviación de poder (détournement de pouvoir) introducido por el derecho francés y que ha dado origen a un interesantísimo recurso judicial. De lo que resulta, que si en el poder discrecional se ve obligada la Administración a acomodar su actuación al fin del servicio, previsto en la ley, no es posible ya hablar de un poder discrecional a la usanza clásica, esto es, como poder extralegal, absolutamente libre" ("Derecho Administrativo", 2ª edição, 1948, págs. 80-81).

O asserto, pois, de que não examina o Judiciário o ato administrativo senão no aspecto externo de formalização de legalidade parece-me não corresponder às idéias expostas, nem traduzir, sem equívoco, os limites em que se expande o exame de que se trata.

"A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente".

Desde que não se trate de ato discricionário, em que a intervenção do Judiciário somente se dará nos casos anormais de excesso ou desvio de poder, o exame na esfera judicial penetra o seu conteúdo, o seu merecimento, pondo-se fora de seu alcance apenas os aspectos de sua mera conveniência ou oportunidade.

Em acórdãos dêste Supremo Tribunal Federal, de que foi relator o eminente ministro CASTRO NUNES, foi a questão largamente debatida e o julgado se enriqueceu de valiosos comentários de VÍTOR NUNES LEAL (vêde "Rev. de Direito Administrativo", vol. III, 1946, págs. 70 e seguintes).

A fórmula de não poder o Judiciário examinar a *justiça* do ato administrativo, usada pelo MM. juiz, pode levar a equívocos e conseqüências vitandas. Faz-se mister, no caso, ampliar o conceito de *legalidade*, contraposto a *conveniência e oportunidade*. Mas, ainda que o reconheça, não posso concluir pelo cabimento do recurso.

Demonstrou o juiz, em face das leis locais aplicáveis, não se eivar o ato de *ilegalidade*. E que êle não apresenta excesso ou desvio de poder, afirmativa é maior de qualquer dúvida.

O texto de lei que se aponta como vulnerado pela decisão local realmente ficou inatingido.

É o art. 141, § 4º, da Constituição, *verbis*:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário *qualquer lesão* de direito individual".

Conclui a sentença, a final, tratar-se de ato irrevisível porque não trincado de ilegalidade, embora admitisse a possibilidade de não ser justo.

Como, porém, o ato não é nem ilegal nem excessivo, realmente não podia ser lesado por inocorrência de *lesão de direito*, referido no texto constitucional.

Sòmente se reconhecesse, do mesmo passo, a existência de lesão de direito individual e a impossibilidade de apreciá-lo o Poder Judiciário, é que se teria lacerado o preceito transcrito.

E como não se verificou êsse reconhecimento e, ao revés, se teve por inexistente qualquer lesão de direito individual, deixo, preliminarmente, de conhecer do recurso.

DECISÃO

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

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

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - VITALICIEDADE - ALTERAÇÃO OU SUPRESSÃO DOS GRAUS DE ACESSO

- Ainda que vitalício o funcionário, não perde a Administração pública a faculdade de alterar as condições do acesso gradual, ou mesmo suprimir os graus de acesso.

Recorrente: Astolfo Tibúrcio Sobrinho

Rec. de mand. de seg. nº 1.438 - Rel. MIN. NÉLSON HUNGRIA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.438, em que é recorrente o bacharel Astolfo Tibúrcio Sobrinho e recorrido o Tribunal de Justiça do Estado de Minas, acorda o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, negar provimento ao dito recurso, na conformidade das precedentes notas taquigráficas integrantes da presente decisão.

Custas *ex lege*.

Supremo Tribunal Federal, 26 de setembro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Nélson Hungria*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O recorrente, bacharel Astolfo Tibúrcio Sobrinho, exerceu, no Estado de Minas Gerais, o cargo de promotor de Justiça, de 28-2-1934 a 16-8-1942, e de juiz municipal, de 17-8-1942 até o advento do dec.-lei estadual nº 1.697, de 1-3-1946, contando, portanto, nesta ocasião, mais de 10 anos de serviço. Pelo Cód. de Organização Judiciária do Estado, de 15-1-1946, art. 30, já haviam sido instituídos os "juízes substitutos", cujo cargo, a prover-se mediante concurso de prova e de títulos, passou a constituir o primeiro grau da magistratura vitalícia; mas foi feita a seguinte ressalva:

"Para os atuais juízes municipais que tiverem sido reconduzidos, desde que se inscrevam no concurso dentro do prazo estabelecido no art. 33, prevalecerá o sistema de habilitação previsto na lei anterior, ficando dispensado o concurso de provas".

Era uma ensancha para que os juízes municipais, de nomeação periódica, ingressassem definitivamente e vitaliciamente na carreira. Mais extensivo foi ainda o dec.-lei nº 1.697, acima citado, que em seu artigo 391, § 1º, assim dispôs:

"Os juizes municipais que houverem sido reconduzidos ou contarem mais de 10 anos de serviço à magistratura ou ao Ministério Público, terão preferência na classificação para serem nomeados juizes substitutos, nos termos onde tinham exercício a 15 de janeiro de 1946, prevalecendo para eles o sistema de habilitação previsto na lei anterior, sem exigência do concurso de provas".

Foi então o impetrante, com a dispensa do concurso de provas, nomeado juiz, substituto de Lavras, tendo, depois, permutado com o de Varginha. Juiz vitalício, que se tornou, passou a ter direito de figurar nas listas tríplices para promoção a juiz de direito, o que, aliás, se verificou em relação a vários colegas seus, em identidade de condições, e que vieram a ser promovidos. Acontece, porém, que, sobreveio a Constituição estadual, de julho de 1947, voltando esta a falar em *juizes municipais*, declarando-os vitalícios, mas, com a inovação de os considerar como *carreira autônoma*, isto é, suprimindo o direito de sua promoção ao cargo de juiz de direito. Para que os juizes municipais sejam nomeados juizes de direito, têm de se submeter a concurso de provas. Entende o impetrante que está a coberto da inovação constitucional, pois já tinha direito adquirido à promovibilidade a juiz de direito, desde que juiz municipal ao tempo em que era este o primeiro grau da magistratura e vigorava a Constituição de 37, cujo art. 103, letra *b*, assegurava "investidura nos graus superiores mediante promoção por antiguidade de classe ou por merecimento". A sua promoção a juiz de direito já não dependia de concurso de provas, em face da Lei de Organização Judiciária e do dec. n° 1.697, Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado, por provocação do chefe do Executivo, entendeu, em resolução de 24 de janeiro de 1949, de declarar insubsistente a lista de promoção a juiz de direito que enviara ao governador, na qual figurava o recorrente; e isso com o fundamento de que, com o advento da Constituição estadual, que tornara autônomo o cargo de juiz municipal, o recorrente perdera o direito a essa promoção, e só poderia ser nomeado juiz de direito se classificado em concurso de provas. Inconformado, o recorrente impetrou mandado de segurança ao próprio Tribunal de Justiça mineiro, que lho negou, mantendo a decisão em grau de embargos. Dois são os argumentos da denegação; a Constituição federal exige para o ingresso na magistratura o concurso de provas; e se acaso houvesse o recorrente adquirido direito a esse ingresso independentemente de concurso de provas, tê-lo-ia renunciado, eis que

aceitou o cargo de juiz municipal, que passou a ser carreira autônoma da de juiz de direito.

Dessa decisão é que foi interposto o presente recurso, insistindo o Dr. procurador geral da República pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA (relator): A solução do caso vertente depende de se saber, precìpuamente, si há, mesmo tratando-se de juizes, um direito à carreira, isto é, ao desdobramento da redação de emprêgo; tal como se apresentava a perspectiva ao tempo da nomeação. A resposta não pode deixar de ser negativa. Nada tem a ver a vitaliciedade com o deslinde da questão: ainda que vitalício o funcionário, não perde a Administração pública o direito de alterar as condições do acesso gradual, ou mesmo suprimir os graus de acesso. É a lição de PETROZIELLO (*in* "Trattato", de ORLANDO, vol. II, parte III, pág. CCXCI): "Não há um direito à carreira. O Estado pode modificar as normas vigóntes ao tempo da nomeação do funcionário, como, por exemplo, agravar as condições para a promoção, prolongar os períodos para a promoção, prolongar os períodos para consegui-la, reduzir os graus, antecipar o término da carreira ou truncá-la e até mesmo suprimir o serviço e, portanto, o cargo. Se sobrevêm modificações, sòmente respeitam as situações já definitivamente consolidadas sob o império das normas precedentes, mas não têm absolutamente em conta interêsses e expectativas, e costumam ter (na ausência de expressas disposições transitórias, destinadas a temperar os efeitos da alteração)" aplicação imediata e completa". Precisamente combatendo a tese doutrinária de um dos autores invocados pelo recorrente, diz PETROZIELLO (*loc. cit.*, em nota), "De todo inadmissível é a tese sustentada por PACINOTTI, segundo a qual o funcionário teria direito ao desenvolvimento completo de sua relação de emprêgo, tal como fôrà previsto *ab initio*. Baseando-se sôbre uma concepção contratualística da relação de emprêgo, considera ter sido matéria de ajuste também o futuro desdobramento da carreira. No entanto, se há matéria que mais exclua a idéia de contrato é precisamente esta, pois que em direito adquirido à carreira, se reconhecido ao funcionário, tornaria muito pouco útil o direito que se reconhece aos entes públicos de modificarem sua organização. A

Administração pública deveria, ou renunciar a ajustar sua organização às necessidades do serviço: ou a manter, em vigor um sem número de disposições, para aplicar cada uma delas a cada funcionário. A organização administrativa se dissolveria, assim, em átomos".

No mesmo sentido, D'ALESSIO (Istituzioni di Diritto amministrativo", I, pág. 476):

"Certo non si può escludere Che è tendenza Del diritto pubblico odierno quella di riconoscere Che, nella normalità dei casi, la nomina ad impiego pubblico non è di fronte all'individuo punto finale di una situazione personale, ma punto iniziale di una graduale ascensione verso migliori posizioni. Ma può dirsi che all'impiegato un diritto alla carriera sia della legge garantito? L'interesse che la legge protegge, in realtà, non è in nessun modo individualizzato; è l'interesse diffuso in tutta categoria degli impiegati di un dato ruolo ad evitare che estranei al ruolo possano occupare posti superiori nel ruolo stesso. Ma un interesse particolare, personale, diretto, di Tizio, di Caio, di Mevio non può dirsi sia dalla norma objetiva specialmente protetto".

Não diverge dêsse ponto de vista ARTURO LENTINI ("Istituzione di Diritto Amministrativo", I, pág. 591):

"Giustamente questo preteso diritto (direito à carreira) è stato qualificato potenziale nella sua esistenza, incerto nel suo contenuto, perchè tutte dipende dai poteri discrezionali della Pubblica Amministrazione, Che può migliorare come anche peggiorare le condizioni di carriera dei propri dipendenti".

Na França, como na Itália, a tese adversa ao direito à carreira é pacífica. Sòmente contra exceções abusivas está garantido o funcionário. Tão-sòmente isto. O que cabe ao funcionário, no curso da relação de emprêgo, é, apenas, como acentua WALINE ("Traité Élémentaire de Droit Administratif", pág. 342), *"defendre les avantages de carrière qu'il tient des lois et règlements contre des mesures d'exception pour lesquelles l'administration supérieure voudrait le priver du bénéfice de ces lois et règlements"*. Assim, não pode o funcionário ser preterido na promoção por um *extraneus* ou por outro funcionário sòbre quem tenha êle prioridade.

O direito à promoção é relativo. Está subordinado à conveniência administrativa. Nem mesmo é absoluto no caso de ocorrência de vaga do cargo mais elevado. Eis a lição de BIELSA ("Derecho Administrativo", II, pág. 172): "El llamado derecho al Ascenso no es en rigor derecho subjetivo, a menos que la ley expresamente disponga que producida la vacante será designado el funcionario o empleado que haya cumplido requisitos determinados, pero aun entonces la disposición no es aplicable en los siguientes casos: 1º, cuando la Administración pública no fuzga necesario llenar la vacante; 2º, cuando el ascenso produce necesariamente incompatibilidad".

Êste Supremo Tribunal já tem decidido que as "promoções de funcionários são estritamente estatutárias, podendo as suas condições ser alteradas por legislação subsequente". A propósito de um dos arestos em tal sentido, ALMEIDA CARNEIRO assim se pronunciou (in "Revista de Direito Administrativo", vol. III, pág. 194): "Que não há qualquer *direito à promoção*, mas, apenas, justa expectativa do servidor, é a tese dominante, em a qual estão mais ou menos acordes os maiores vultos do moderno direito administrativo". Depois de fazer um balanço das opiniões pró e contra, em tórno dos chamados direito à carreira e direito a promoção, conclui o mesmo publicista: "Não parece, pois, que possa ser invocado um suposto direito constitucional à carreira, direito que o legislador ordinário desconheceu e que, aliás, seria menos defensável que um direito à promoção, pôsto que, a ser reconhecido, seria um direito difuso entre todos os funcionários e não um direito subjetivo que possa ser invocado e protegido".

Dir-se-á que o recorrente é magistrado, isto é, um funcionário com garantias especiais, acrescentando que foi nomeado ao tempo da Constituição de 37, que, no seu art. 103, letra b, explicitamente, assegurava aos juízes "investidura nos graus superiores, mediante promoção por antiguidade de classe e por merecimento".

Em primeiro lugar, o cargo de juiz municipal em Minas, ao tempo em que foi nomeado o recorrente, era temporário, estando seu titular sujeito à discricionária recondução de quatro em quatro anos, o que excluiria a possibilidade de um direito adquirido à carreira. Ainda, porém, que assim não fosse, isto é, que *ab initio* tivesse sido garantido com a vitaliciedade, como veio a ser posteriormente, melhor não seria a sua situação. Sòmente poderia invocar

direito adquirido, se a lei posterior supressiva de sua promovibilidade a juiz de direito sobreviesse quando já existente vaga suprível por antiguidade e fosse êle o mais antigo juiz municipal. Se o suprimento da vaga fosse por merecimento, e ainda que seu nome constasse da lista tríplice, já não poderia arrogar-se direito adquirido, eis que o governador do Estado poderia escolher discricionariamente entre os três nomes. Não há direito adquirido quando depende de condição a arbítrio de outrem. Também a Constituição atual fala na observância da promoção dos juizes, de entrância para entrância, mas isto, é claro, quando a lei ordinária estabelecer as entrâncias. O legislador ordinário não está inibido de criar uma classe de juizes sem entrâncias, tal como se fez em Minas. O que se fez o legislador mineiro foi uma acomodação entre o preceito constitucional que veda o ingresso na magistratura sem concurso de provas e a situação dos juizes municipais já declarados vitalícios. Era preciso salvaguardar essa vitaliciedade e, ao mesmo tempo, atender à proibição de ingresso na carreira sem a formalidade do concurso de provas. A solução apresentou-se com o declarar autônomo o cargo de juiz municipal, ficando os seus titulares obrigados a concurso de provas, se quisessem ser nomeados juizes de direito. Respeitou-se-lhes o direito adquirido à permanência no cargo que já ocupavam; dispensados de concurso de provas, mas êste lhes foi exigido para que pudessem atingir o cargo de juiz de direito, que passou a ser o primeiro grau da magistratura vitalícia e de carreira. Foi uma incensurável solução conciliatória em face do direito transitório. Para indeferir a pretensão do recorrente não era preciso formular desvalioso argumento de que êle teria renunciado ao seu alegado direito. Se direito lhe coubesse, não teria desistido dêle com o aceitar o cargo de juiz municipal declarada autônomo: tê-lo-ia aceito, convencido de que não poderia prevalecer a solução dada, e tanto assim que veio pleitear judicialmente a sua insubsistência. Na realidade, não há renúncia de direito, mas ausência de direito.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por ter pedido vista dos autos o Sr. Ministro AFRÂNIO COSTA, depois de ter votado o Sr. ministro-relator, negando provimento ao recurso.

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

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: O recorrente, promotor oito anos em Minas Gerais, foi nomeado juiz municipal em 17 de agosto de 1942, cargo exercido por quatro anos.

O Cód. de Organização Judiciária do Estado, em 15 de janeiro de 1946, instituía os juízes substitutos como 1º grau de carreira; à investidura precederia concurso de provas e títulos. Entretanto, foi feita uma ressalva.

Tal ressalva dispensava do concurso de provas os juízes municipais existentes, já reconduzidos, para os quais prevaleceria o sistema anterior de habilitação, dispensado concurso de provas.

O dec.-lei nº 1.697, de 1º de março de 1946, no art. 391, § 1º, reafirma o princípio, em minúcias maiores, especificando a preferência para juízes substitutos aos juízes municipais que contassem 10 anos na magistratura ou no Ministério Público.

Foi o impetrante, em razão disto, nomeado juiz substituto, independente do concurso de provas, passando a figurar nas listas de promoção a juiz de direito, em idêntica situação à de outros colegas que foram nomeados.

A Constituição estadual de 1947, julho, restabeleceu os juízes municipais como carreira autônoma, dando-lhes vitaliciedade.

Vale dizer que não perdura mais a vantagem anterior.

Por êsse entendimento foi-lhe cancelada, em 24 de janeiro de 1949, pelo Tribunal, a indicação do nome em lista já enviada ao Govêrno estadual.

Entendeu e entende o impetrante-recorrente estar dispensado do concurso, porque definitivo e consolidado seu direito, adquirido ao advento da nova Constituição de Minas.

Denegando-lhe a segurança impetrada, afirmou o ilustre Tribunal de Minas Gerais (fls. 38) a tese já referida na resolução, acrescentando que, se porventura algum direito lhe assistisse, dêle se despojara o impetrante, por ter aceito o lugar de juiz municipal, que constitui agora carreira autônoma, sem qualquer vínculo com a de juiz de direito.

O caso não é novo neste Tribunal. Pelo menos já foi agitado duas vezes, uma no recurso de mandado de segurança número 1.166, que não foi conhecido porque, não embargado o acórdão, em Minas, não era a decisão final; outro, porém, no mandado de segurança nº 1.315, de que foi relator o Sr. Ministro EDGAR COSTA, em que a solução adotada à unanimidade, em 23 de janeiro dêste ano, foi exatamente a que coincide com o voto erudito do Sr. Ministro NÉLSON HUNGRIA. Desse julgamento participei e foi impetrante-recorrente o Dr. Marcial Paiva.

Mantenho, agora, como então, a minha adesão à tese de que a situação que transitòriamente aproveitou ao recorrente não pode estruturar-lhe um direito adquirido a não se submeter a concurso de provas para ingressar na carreira de juiz de direito. No caso presente, como no anterior, havia uma expectativa de direito, dependente do implemento de diversas condições. Novo regime fez desaparecer essa expectativa, alterando substancialmente as primitivas condições.

Acresce a circunstância de que o recorrente aceitou a nova investidura de juiz municipal e, fazendo-o livremente, como é óbvio, aceitou também as novas condições, entre as quais a de não ter acesso algum. O cargo de juiz substituto desapareceu para todos os efeitos; o Govêrno estadual procurou acomodar magistrados que assim o desejassem.

Entendo que não foi ferido direito líquido e certo do recorrente e nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER VASCONCELOS: Sr. presidente, em voto que proferi anteriormente, em recurso de Minas Gerais, reconheci o direito dos juízes municipais, desde que já tivessem figurado em lista para promoção a juiz de direito. A circunstância de ter sobrevivido a Constituição, modificando a estrutura de sua classe, não alterou, a meu ver, a sua situação jurídica.

Coerente com êsse ponto de vista, *data venia* dos Srs. ministros relator e AFRÂNIO CASTA, dou provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão é a seguinte: negaram provimento ao recurso, contra o voto do Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Impedido o Exmo Sr. ministro OROZIMBO NONATO.

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

*

PODER LEGISLATIVO - ORGANIZAÇÃO DE SEUS SERVIÇOS

- Compete às mesas dos órgãos legislativos regular a maneira pela qual hão de ser prestados os seus serviços taquigráficos, pelo critério que lhes parecer mais conveniente.

Impetrantes: Teresa Cândido de Oliveira e outras

Mand. De seg. nº 1.511 - Relator: MIN. MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos, êstes autos de mandado de segurança impetrado por Teresa Cândido de Oliveira e outras, indicadas na inicial, acordam, por maioria de votos, em sessão do Tribunal Pleno, denegar a ordem, pelas razões que se, expõem nas notas taquigráficas.

Supremo Tribunal Federal, 6 de dezembro de 1951. - *José Linhares*, presidente; *Mário Guimarães*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Diversas senhoras, cujos nomes constam da inicial, se inscreveram no concurso aberto pela Mesa da Câmara Federal para o cargo de taquígrafo, letra "M", início de carreira.

As requerentes, que são diplomadas pela Escola de Estenotipia Grandjean, pediram à Mesa autorização para prestar as suas provas, de ditado e apanhamento dos debates, com o emprêgo de máquinas de estenotipia, que tôdas elas possuem. A Mesa indeferiu. O concurso, disse o despacho, é de taquigrafia, e não de estenotipia. Daí o presente mandado de segurança. Alegam elas que a Mesa está equivocada: taquigrafia é o gênero de que, a estenotipia é a espécie. A taquigrafia pode ser manual ou mecanizada. Não tendo o edital feito distinção entre uma e outra, dizem as requerentes, é manifesto que não poderiam ter sido proibidas de usar a que preferissem, da mesma forma que lhes não poderia ser impôsto o método Marti, o Leite Alves, o Pitman, ou o Grandjean, no apanhamento das notas. E a taquigrafia mecanizada ou estenotipia, dizem elas, é muito mais eficiente. Juntam diversos atestados, firmados por OSVALDO ARANHA, TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI e outros, que informam dos excelentes resultados obtidos nos trabalhos da O.N.U. pelo emprêgo das máquinas estenotípicas.

Ouvida a Mesa da Câmara, observou que o concurso foi aberto para taquigrafia, no sentido comum da expressão; que, na opinião da Mesa, a taquigrafia mecanizada ainda não produz resultados; que nenhuma lei foi violada por ato

da Mesa; que as requerentes, tendo solicitado autorização da Mesa, implicitamente reconheceram não ser líquido o seu direito.

O Dr. procurador geral emitiu parecer a fls. 31, no sentido de ser negada a segurança impetrada.

È o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): As requerentes não têm razão. O ato da Mesa da Câmara é de inegável legalidade. Tendo aberto concurso para taquígrafos, à Mesa tem liberdade de fixar o modo de se fazerem as provas incluindo ou excluindo os meios mecânicos. As requerentes consideram a taquígrafia mecânica superior à manual. Mas o ilustre presidente da Câmara dos Deputados prefere a outra, a antiga, a tradicional. É quanto basta. Não são os candidatos que hão de regular as normas dos concursos. São as autoridades a que êsses concursos estão sujeitos.

Denego a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, parece-me entranhável a proibição apriorística do uso de máquina de taquígrafia ou estenografia. O edital referia-se a concurso para taquígrafo, sem qualquer restrição especial: Não me parece possível, assim, negar a inscrição ou apresentação de candidatos que manifestem o propósito do emprêgo de taquígrafia mecânica, ao invés do manual. Após as provas, averiguado qualquer inconveniente do uso das máquinas, como, por exemplo, o ruído acaso produzido ou dificuldade ao pronto apanhamento dos debates, aí, sim, compreender-se-ia o seu repúdio.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Compete à Mesa da Câmara realizar o concurso conforme lhe parecer mais conveniente ao serviço.

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Não vejo como, *a priori*, antes de qualquer experiência, se possa considerar inconveniente o uso de máquinas de estenotipia, pôsto que o edital de concurso não o excluía expressa ou implicitamente.

Assim, concedo a segurança impetrada.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. Presidente, peço licença ao eminente Sr. ministro relator para acompanhar o voto do eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA. Não posso compreender como se repele, aprioristicamente, determinado sistema taquigráfico, que corresponde a um melhoramento de grande eficiência. Posso afirmar, com segurança (porque tive oportunidade de assistir a uma experiência feita por interessados no Tribunal Superior Eleitoral, quando tive a honra de aí ter assento), que o sistema da estenotipia corresponde a um melhoramento de grande eficiência. Posso afirmar, com segurança (porque tive oportunidade de assistir a uma experiência feita por interessados no Tribunal Superior Eleitoral, quando tive a honra de aí ter assento), que o sistema da estenotipia corresponde a um melhoramento técnico. É processo muito rápido de apanhamento dos debates. Que é que se pretende com a taquigrafia? É reproduzir os termos proferidos no curso de um debate. Se descobre um sistema mais rápido, mais eficiente, porque repeli-lo aprioristicamente? Se o ilustre presidente da Câmara tivesse qualquer ojeriza contra o sistema, deveria declará-lo no edital, expressamente. O edital foi amplo. A estenotipia é um sistema de taquigrafia como outro qualquer. É taquigrafia a máquina, não a lápis, como a taquigrafia comum.

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Era no sentido de taquigrafia comum que se publicou o edital.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Concedo o mandado de segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI:

Sr. presidente, vejo, pela informação da Mesa da Câmara dos Deputados, que não há nenhum ato arbitrário. Diz o ilustre presidente da Câmara que a Mesa repeliu a petição das interessadas, ora impetrantes do mandado de segurança, depois de ouvir o parecer contrário do diretor da Taquigrafia, corroborado pela informação do secretário da Presidência, que esteve nos Estados Unidos, onde assistiu a demonstrações do novo sistema, sem comprovação de que conviesse adotá-lo. Ademais, diz a Mesa da Câmara que o fato de os interessados pedirem licença para usar a máquina é prova de que não consideravam líquido o direito de usá-la e de que reconheciam a competência da Câmara para deferir ou não o pedido.

O concurso foi aberto para taquigrafia no sentido comum, tradicional. O caso é de economia interna de um dos poderes. Se Êste Tribunal abrir um concurso idêntico, a Presidência tem o direito de determinar que se use o processo atual ou o mecânico. Pode-se ser mais ou menos progressista, mas cada poder é juiz do momento em que os seus serviços devem ser transformados. Não é possível que isso fique ao arbítrio dos pretendentes aos cargos. A concessão do presente mandado não seria, *data venia*, para assegurar um direito público subjetivo, mas para forçar uma das Câmaras do Poder Legislativo a modificar o seu serviço de taquigrafia. Não vejo como seja isso possível.

Nego a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, não vejo nenhuma explosão de misoneísmo no ato praticado pela Presidência da Câmara, rejeitando a aplicação do processo mecânico no apanhamento dos debates parlamentares. Hoje, não se deve recear o misoneísmo; o que há é, em geral, o vício contrário, a sedução excessiva pelas coisas novas. O mal é o oposto. Há uma atração incoercível pela novidade. Acho que foi muito prudente o ato da Mesa da Câmara considerando essencial que a demonstração de capacidade dos candidatos fôsse dada através de processos usuais de taquigrafia, através da taquigrafia manual. Não me parece seja possível assegurar às impetrantes o direito de fazer as suas provas por processo mecânico. Não houve ofensa a direito líquido e certo no ato da Câmara, pelo que nego o mandado de segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Sr. Presidente, nego o mandado de segurança, de inteiro acôrdo com o eminente ministro relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: indeferiram o pedido, contra os votos dos Srs. ministros NÉLSON HUNGRIA e ROCHA LAGOA.

Impedidos os Srs. ministros EDGAR COSTA e OROZIMBO NONATO.

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, por se achar em gôzo de licença, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE - CONSENTIMENTO - CÔNJUGE

- Se a filha (descendente) não só concordou como defende a validade da concordância, nada pode opor o genro, com ela casado e dela afastado. O consentimento do descendente é personalíssimo, não há exigência legal sôbre a intervenção obrigatória do cônjuge. Nem há confundir tal situação com a de venda de bens do casal.

- Consentimento do marido à espôsa pode ser suprido judicialmente quando aquela, abandonada pelo marido desde longos anos, consegue fora do lar conjugal meios para manter-se.

Recorrente: Olintho Rodrigues Pereira

Rec. ext. nº 17.309 - Relator: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conhecer do recurso, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo recorrente.

Supremo Tribunal Federal, 1º de junho de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se de anulação de uma escritura de compra e venda de bens imóveis de pais a filhos, ajuizada por um genro, fundada em que não assinara nem dera êle seu consentimento à esposa para concordar com a dita compra e venda.

A sentença de primeira instância assim expõe os fatos e decidiu a causa:

"Carlos Vítor de Sá e sua mulher, ora ré, agricultores em Dores do Paraibuna, tendo 12 filhos e possuindo bens imóveis que estimavam em pouco mais de Cr\$ 400.000,00, resolveram, como adiantamento de legítima, doá-los (fls. 21), quase todos e em partes iguais, aos descendentes-filhos, reservando para si o usufruto enquanto vivessem. Pouco tempo depois, não tendo sido doadas casas e dependências na fazenda "São Bento", encravadas dentro do quinhão atribuído ao filho Alberto Carlos de Sá e também 8 ½ alqueires de terras contíguas ao quinhão do outro filho, Júlio Carlos de Sá, resolveram os mesmos pais, antes doadores, fazer a venda desses restantes imóveis a um e a outro destes filhos, com o consentimento de todos os outros, menos o genro, ora autor, que vive separado da mulher, a qual, isoladamente, também consentiu na venda.

"Falecendo o sogro, antes doador e vendedor, aparece então em Juízo, sem exhibir outorga uxória, antes até negada, isoladamente também, Olinto Rodrigues Pereira, genro, propondo e sustentando a presente ação ordinária de

nulidade de venda de ascendentes a descendentes, aliás com o consentimento de todos os filhos, exceção dêle, genro.

"Tudo bem visto e convenientemente examinado: Certo é que, tratando-se de nulidade de escritura pública versando sôbre bens imóveis, ação, portanto, real, deverão marido e mulher, na vigência do matrimônio, figurar conjuntamente em Juízo.

"Ora, já se disse que o Cód. Civil, em seu art. 235, nº II, proíbe o marido de, sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, pleitear como autor ou réu acêrca dêsses bens e direitos. Também o art. 81 do Cód. de Proc. Civil estabelece que, nas causas que versarem sôbre bens imóveis ou *direitos a êles relativos*, caso em espécie, o marido não poderá *demandar* sem exhibir outorga uxória, o que, entretanto, não pôde o autor fazer, apesar do prazo que lhe foi dado. Todavia, considero tardia a alegação dos réus, com relação a essa falta, que deveria importar nulidade do processo e absolvição da instância. Vê-se que essa irregularidade só foi ventilada após o despacho saneador e mesmo após a audiência de instrução, já na fase final do julgamento, pelo que cumpre, nesta sentença, conhecer, como faço, do mérito da questão.

A jurisprudência tem vacilado sôbre se devem considerar nulas ou simplesmente anuláveis as vendas nas condições das de que se trata, em face do artigo 1.132 do Cód. Civil.

"Reconheço que são numerosos e dos mais respeitáveis os julgados, apontados pelo autor, considerando a transação totalmente nula; não obstante, filio-me à corrente contrária para não deixar a nossa lei civil destoante e em posição inferior aos Códigos adiantados, na compreensão de que a proibição de venda de pais a filhos, sem o consentimento dos outros, não visa senão impedir a simulação ou a fraude. Pertenço, assim, ao número dos que entendem, como o fazem mestres, tratadistas pátrios, e recentes julgados dos nossos Tribunais, que o contrato é simplesmente anulável, subsistindo, no entanto, a despeito da falta de consentimento expresso dos descendentes, no caso de tratar-se de transação real ou de transmissão de bens a *justo preço*. O art. 1.132 citado tem que ser interpretado equitativamente, restritivamente, sob pena de estarem impossibilitadas para sempre tais transações, exigindo-se, também, ampliativamente, para terem validade, o consentimento também dos netos,

bisnetos, que, não há quem negue, se incluem na expressão genérica "outros descendentes". A questão se resume, nem haveria lugar para maiores desconfiâncias ou cautelas, em se saber, como pensa o professor AZEVEDO MARQUES ("Rev. Dos Tribunais", volume 71-3), se o preço é justo e se os pais-vendedores foram efetivamente dêle embolsados. Nesse sentido estão os ensinamentos de CLÓVIS BEVILÁQUA, vol. IV; CARVALHO SANTOS, vol. XVI, "Comentários" ao citado art. 1.132; AMÍLCAR DE CASTRO, "Pront. Jurisprudência", vol. 16-34, e tantos outros. Como jurisprudência, dentre algumas decisões, podem-se citar o acórdão na "REVISTA FORENSE", vol. 127, pág. 172; o acórdão do Tribunal de São Paulo, na apelação nº 2.572, de 26-3-40, no "Pront. Jurisprudência", pág. 399, e acórdão do Tribunal de Minas, in "REVISTA FORENSE", vol. 53, pág. 322, nos quais ficou consagrado que "não incorre na proibição legal a venda de ascendente a descendente, sem consentimento expresso dos outros descendentes, quando se prova que a alienação não foi feita com prejuízo das legítimas". Êsse o sentido do texto e a exegese corrente mais aceitável. No caso *sub judice*:

"I. Fraude ou simulação nem sequer se alegou e sim sòmente a nulidade das vendas por falta do consentimento do genro-autor. Nenhuma prova a respeito, pois que, sendo legítimos os contratos, não poderiam nem mesmo ser tidos como disfarçando uma doação. Aliás, esta, como adiantamento de legítima, já se tinha operado a favor de todos os filhos, em outra escritura (fls. 21), com o consentimento de todos, inclusive do autor, aceitando-a com a cláusula de incomunicabilidade. As legítimas, futuras heranças, foram as contempladas e transmitidas até em excesso, podendo-se, portanto, dispor livremente da sobra.

"II. Nas vendas em causa, os preços foram justos, consetâneos com a fiscalização do impôsto de transmissão e até em valor superior de cada alqueire de terra ao preestabelecido na doação de fls. 21.

"III. O autor alegou, mas não provou, que os vendedores não tivessem sido embolsados dos produtos das vendas. Até prova em contrário, presume-se que até as escrituras exprimam a verdade também quanto ao pagamento, tanto mais quanto Vê-se na descrição de bens, posteriormente inventariados após a morte do varão-vendedor, aparece dinheiro em espécie e em quantia até superior (fôlhas 20).

"IV. Em tais condições, não tendo havido prejuízo nas legítimas, também não há que falar em fraude ou simulação, uma vez que os filhos pagaram aos pais o valor das propriedades, assim adquiridas, a justo preço.

"Em suma: No caso em espécie, ainda que se devesse acompanhar a teoria da nulidade absoluta da venda de ascendentes e descendentes, sem o consentimento expresso dos demais, independente das circunstâncias apontadas, ainda assim não se poderia decretar a nulidade ou aceitar a pretensão isolada do autor, porque se verifica dos contratos que todos os 12 descendentes-filhos consentiram expressamente na venda, *inclusive* a mulher do autor. Esta, abandonada do marido, exercendo fora do lar conjugal profissão, ainda que de natureza doméstica, em face do art. 247, parágrafo único, do Cód. Civil, podia consentir e considerar-se-á sempre autorizada pelo marido para atos tais.

"Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente ação, condenando o autor ao pagamento das custas".

O acórdão de fls. 88, negando provimento ao recurso, assim decidiu:

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

"Não dão pela ilegitimidade do marido para mover esta demanda sem consentimento da mulher, porque tem a outorga uxória por suprida pelo juiz na própria causa.

"Está demonstrado nos autos que as duas transmissões de bens feitas pelo pai aos filhos e impugnadas por via desta ação não se sacrificaram as legítimas. Logo, ainda que nulas fossem como vendas, valeriam como doação.

"Todavia, mesmo que interpretadas tais como se apresentam, isto é, como vendas, não padecem de nulidade, decorrente do art. 145, nº V, do Cód. Civil, por infração do art. 1.132, que proíbe vendas de ascendentes a descendentes, sem que os outros descendentes consintam.

"Uma das operações tem por objeto construções existentes em terreno já então de propriedade do adquirente. Representa, por isso, um mero pagamento de indenização do valor do bem, porque esta já pertencia por acessão ao dono do solo. Perde, assim, sua importância a ausência dos demais descendentes no contrato.

"À outra operação faltou apenas o assentimento do genro, ora apelante.

"Mas teve o consentimento da filha, mulher dêste.

"Vivia ela separada do marido, o qual mantinha outro lar, no dizer, não contestado, dos réus.

"Ainda que o caso fosse de tal repúdio à herança ou legado (Cód. Civil, artigos 245, nº IV) ou de alienação de bens, podia o assentimento do marido ser suprido pelo juiz, como também decorre do Cód. Civil, art. 252, caput. Logo, a vontade marital não é discricionária nem para isso. Muito menos o será para aprovação de venda feita pelo ascendente a outro descendente, ato de que o prejuízo máximo que pode resultar para um genro, quando discorde da filha, sua mulher, é o da perda do valor correspondente, se envolver fraude.

"Ora, não sendo o marido soberano, sua denegação de consentimento pode ser discutida em juízo.

"Nos autos, nenhuma fraude se provou. Ainda que se tenham por simulação as vendas, não resultou delas, só por isso, prejuízo ao apelante. Sua denegação de consentimento não deve, portanto, prevalecer.

"Pode-se, pois, abstrair da tese de que o consentimento do descendente não é (sentença de ALFREDO DE ALBUQUERQUE, "REVISTA FORENSE", vol. 55, página 40, cit. por SEBASTIÃO DE SOUSA, "Da Compra e Venda", pág. 81) judicialmente suprível; porque a hipótese é de falta apenas de aprovação marital, e esta se pode suprir".

Veio então o recurso extraordinário pelas letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição, dando por vulnerados os artigos 1.132, 145, ns. III e IV, 235, 242,

nº I, e 252 do Cód. Civil, e, pela letra *d*, diversos arestos do Supremo Tribunal, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, e outros tribunais do país.

Foi negado provimento a uma revista, simultâneamente ajuizada.

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): O caso é o de um casal que doou aos 12 filhos, com reserva de usufruto, os bens imóveis que possuíam; mais tarde, verificando não terem sido incluídos na doação casa e dependência construídas em dois lotes, dos doados, resolveram vendê-los aos donatários das terras, onde tais construções se encontravam.

Concordaram todos os filhos e genros, menos um genro que abandonara a espôsa desde longa data, vivendo, em concubinato público, com outra mulher, na mesma cidade. Falecido o doador-marido, ajuizou êsse genro uma ação para anular as vendas, porque efetuadas por ascendente a descendente, sem que êle, autor, nela aquiescesse.

Diversas teses foram debatidas no acórdão recorrido, umas diretamente, como consta do corpo do julgado, outras indiretamente, por via da confirmação, sem restrições com a sentença de primeira instância.

A primeira das afirmações do julgado é de ser simplesmente anulável, e não nula de pleno direito, a venda de bens por ascendentes a descendentes.

Confere a exegese com a melhor doutrina, a jurisprudência e a orientação tradicional do nosso direito, de vez que o artigo 1.132 do Cód. Civil encerra cautela contra eventuais desequilíbrios entre as futuras legítimas ditadas por afeição, fraude, etc., de que resultariam benefícios para uns, em prejuízo de outros. Considerou o julgado, além disso, feição especial de se tratar de casas e construções já existentes ao tempo em que regularmente doadas as terras pelos vendedores aos compradores.

Sôbre a falta do consentimento do marido à mulher para aquiescer na venda, solucionou o acórdão aplicando o disposto no art. 247, parág. único, do Código Civil, dado o abandono em que aquêle a deixara, desde longa data, forçando-a a conseguir recursos, fora do lar, para, manter-se.

Aliás, nem podia o recorrente rebelar-se contra qualquer defeito de forma dêsse suprimento de consentimento (que é presumido), quando também êle ajuizou esta causa, que versa anulação de compra e venda de imóveis, sem outorga da mulher (art. 235, nº II), que lha negou como o fêz formalmente (fls. 49).

Em tais condições, não praticou o acórdão violação aos textos, dando-lhes, ao revés, a interpretação usual e correntia.

Outros motivos, entretanto, também permitem afastar conhecimento do recurso. Não se trata, no caso, de infração dos arts. 1.132 e 242 do Cód. Civil.

A proibição do art. 1.132 é para que os *ascendentes* vendam a *descendentes*. Ora, descendente era a mulher do autor, filha do vendedor, que ao pai dera expresso consentimento para a venda e que nesta ação, defende a validade de sua aquiescência. Em tal circunstância, o consentimento é personalíssimo, independe da aquiescência do cônjuge, se casado fôr. Em qualquer parte do Código não está consignada a exigência.

Não há, assim, lugar para aplicar-se o art. 242, nº I, porque não se cogita de alienação, hipoteca ou gravação com ônus reais sôbre imóveis alheios, que é o de que o Código veda expressamente.

Mesmo, porém, se admitira a extensão da regra fora dos limites expressamente traçados na lei, ainda assim, apoiado em circunstâncias de fato, deu o acórdão por provadas as condições fixadas no art. 297, parág. único, para o consentimento presumido.

De qualquer modo, pois, não encontra o recurso amparo, quer pela letra *a*, quer pela letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição.

VOTO

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

DECISÃO

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

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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TESE DE DIREITO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ABUSO DE CONFIANÇA

- O recurso extraordinário não tem feição acadêmica, para nêle se resolver sobre teses de direito, quando, independentemente delas, subsiste por outro fundamento a solução dada ao litígio.

- Não responde a empresa, em cuja sede pessoa, com a aparência de preposto, lesa a terceiro, se não se prova que agiu mancomunada com o espertalhão.

Armando Exposto *versus* Casa Bancária de Depósitos e Descontos S.A.

Ag. nº 15.109 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 15.109, do Distrito Federal, em que é agravante Armando Exposto e agravada Casa Bancária de Depósitos e Descontos S.A., decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, negar provimento ao agravo, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 5 de novembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: A única peça do instrumento que permite ver o objeto do litígio é o acórdão de folhas 7, nestes termos:

"*Ementa*: Responsabilidade civil pelo fato de terceiro. Sòmente tem lugar nos casos previstos em lei. Não na engendra a simples tolerância propiciadora da ação do terceiro que embaiu a boa-fé do lesado. Não há responsabilidade sem texto legal que a pronuncie de modo expresso.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 9.388, acordam, na 5ª Câmara do Tribunal de Justiça, em, unânimemente, negar provimento a ambos os recursos.

"Como se infere do relatório, tudo se reduziu no processo a uma questão de provas, que incumbiam ao autor. Se o terceiro, com quem o autor fêz o negócio descrito na inicial, era preposto da ré, ou estava por qualquer modo autorizado a assumir compromissos em nome desta, a preponente é responsável. No caso contrário, evidentemente, não, pois a responsabilidade civil de alguém pelo fato de terceiro sòmente ocorre nos casos especificados no Cód. Civil, nenhum dos quais é expressamente invocado. Se o terceiro que contratou não é preposto, nem estava autorizado, trata-se apenas de um abuso de confiança, ato criminoso ou ilícito, pelo qual a responsabilidade é pessoal e incomunicável. Não tem base legal o pedido do autor de tornar efetiva a responsabilidade da ré, por simples tolerância e leviandade, consistente em permitir o acesso do terceiro - autor da fraude - às suas dependências internas, ou mesmo o uso do seu material de expediente.

Sendo o caso como a parte autora o apresenta, o procedimento deveria ter sido precedido da competente queixa à polícia, pelo abuso de confiança do terceiro, e, consoante as provas colhidas, proceder contra êste, ou contra a ré. O inquérito policial e o procedimento criminal têm em tais casos uma eficiência que não pode ser alcançada no processo ordinário contencioso. E tudo está a indicar que o terceiro com quem a lesada se entendeu teve o procedimento de

um autêntico estelionatário. Mas, ficou por provar-se que a emprêsa-ré agisse mancomunada com o espertalhão, que o primeiro apelante não chamou sequer a intervir no processo, negligente na defesa do seu alegado direito. E não se diga que não havia elementos para mais ampla investigação e prova, bastando notar-se a circunstância suspeitíssima de que foi a própria segunda apelante quem identificou a assinatura do delinqüente, ilegível, no recibo a fls. 4 (fls. 23 *in fine*). Mas êsse, é, como se disse, um indício de interêsse para o procedimento criminal mais amplo. Não é, evidentemente, um elemento em que se funde a sentença cível para impor uma condenação em perdas e danos. Em casos como o dos autos, é a sentença condenatória criminal que unicamente serve de título ao pedido de ressarcimento. Mas, responsabilizar o autor pela lide temerária, quando êle apenas falhou na produção das provas e na orientação da demanda, é que não é possível, mormente em face do assinalado indício decorrente da identificação da assinatura do agente pela ré.

"Distrito Federal, 27 de abril de 1951. - *Miguel Maria de Serpa Lopes*, presidente e revisor; *Estácio de Sá e Benevides*, relator; *Álvaro Mariz de Barros e Vasconcelos*".

Dêsse acórdão, interpôs Armando Exposto recurso extraordinário, invocando as alíneas *a* e *d* (fls. 5 v.).

Alega que o acórdão sustentou ser indispensável, para apuração da responsabilidade civil da recorrida, a prévia apuração da responsabilidade criminal do terceiro. E isso importa negação dos artigos 159 e 1.525 do Cód. Civil. Permitiu a recorrida que alguém, não sendo seu preposto, se movimentasse no estabelecimento como se seu empregado fôsse e tivesse acesso aos seus impressos e carimbos e à sua máquina de escrever. Vê-se, assim, do acórdão que os julgadores sentiram a culpa da recorrida, tendo até assinalado o indício de ter sido a recorrida quem identificou a assinatura ilegível contida no doc. de fls. E, no entanto, diz o acórdão ser impossível promover a responsabilidade civil da recorrida antes que no juízo criminal se apure sua participação no crime, com ofensa evidente aos citados artigos 159 e 1.525. Cita ainda acórdãos que considera divergentes.

O recurso extraordinário foi indeferido pelo seguinte despacho (fls. 6 v.)

"Não admito o recurso extraordinário manifestado a fls. 82. Trata-se tão-sòmente de questão de prova, como acentua o acórdão de fls. 79. Assim, não é lícito admitir o apêlo extraordinário.

"Distrito Federal, 31 de julho de 1951, - *Toscano Espínola*".

Daí o agravo: (*lê*).

A agravada contraminutou.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Se o acórdão se houvesse limitado a afirmar a tese de que, em casos como o dos autos, é a sentença condenatória criminal que *unicamente* serve de título ao pedido de ressarcimento (fôlhas 7 v.), assistiria razão ao recorrente, ora agravante.

Mas a verdade é que não se limitou a isso.

E o Supremo Tribunal já assentou que o recurso extraordinário não tem feição acadêmica para nêle se resolver sôbre teses de direito, quando, independentemente delas, subsiste por outro fundamento a solução dada ao litígio.

Ora, o acórdão da apelação, além daquela afirmação, contém a de que *"tudo se reduziu no processo a uma questão de provas, que incumbiam ao autor"*. Depois de isso dizer e considerar não feitas as provas que ao autor incumbiam, é que o acórdão acrescentou que, *sendo o caso como a parte autora o apresenta*, o procedimento deveria ter sido precedido da competente queixa à polícia, pelo abuso de confiança do terceiro, e, consoante as provas colhidas, proceder contra êste, ou contra a ré, atenta a eficiência que tem em tais casos o procedimento criminal, pois tudo está a indicar que o terceiro, com quem o lesado se entendeu, teve o procedimento de um autêntico estelionatário. Disse ainda o aresto que *ficara por provar-se* que a empresa-ré agisse mancomunada com o espertalhão, que o autor não chamou sequer a intervir no processo,

negligente na defesa do seu alegado direito. E, para não responsabilizar o autor por lide temerária, o acórdão concluiu por notar que êle apenas *falhara na produção das provas e na orientação da demanda*.

Caso evidente, portanto, de ação julgada *não provada*, a excluir o cabimento do recurso extraordinário.

Nego provimento ao agravo.

DECISÃO

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

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

Notas:

COMENTÁRIO

Não nos convence a fundamentação desenvolvida pelo ilustre relator, para resguardar o êrro evidentíssimo da decisão recorrida. Caso típico de recurso extraordinário, embora êste não se preste à discussão de teses acadêmicas, foi rotulado de quase impertinência, como já fôra, na instância local, qualificado de mal provado e de êrro de orientação. Muitas vêzes, os ossos do ofício, muito de esperar, dada a falta de escrúpulo e (por mais incrível que pareça, mais pernicioso ainda) a falta de conhecimentos rudimentares, por parte de pessoas com quem entra em contato, o juiz quase desespera de sua missão. Casos como êsse, porém, tornam invejável a sua sorte, em confronto com a sorte do advogado, a quem sobrou muito das censuras contidas nas decisões.

O caso é leste. Um indivíduo penetrou nas dependências de uma empresa e usou o seu Material de expediente, **por simples tolerância e leviandade** dessa

empêsa. Grifo palavras textuais do acórdão. Nessa aparência induziu terceiro a uma operação, como se em nome e conta da emprêsa contratasse, e lhe deu prejuízo. O lesado acionou a emprêsa, mas as decisões, indiscrepantes na desatenção à espécie, lhe rejeitaram a demanda.

Já comentamos o acórdão da instância local. Cabe, agora, estender a critica ao decisório do Supremo, sem embargo do muito respeito que nos merece e do aprêço de que é credor o Sr. ministro relator. Nossa discordância é expressa com franqueza, muitas vêzes com rudeza. A paixão de justiça não nos deixa escolher têrmos adocicados. Valha, pelo menos, a sinceridade.

O eminente juiz GALLOTTI frisa que o recurso extraordinário é incabível porque o aresto recorrido tratou matéria de prova, pouco importando as divagações com que entendeu de pontuá-lo seu digno relator. Não foi assim, **data venia**. Diga-se, antes de mais nada, que, na instância do recurso extraordinário, não podem vingar solércias. De forma que, se a decisão, malferindo a lei, pretenda cobrir-se da censura do Pretório Excelso, aludindo a provas, deve o assunto ser examinado com prudência. Se a decisão assentou, mesmo, em provas, não há remédio à denegação de justiça. Mas se esta operou por via de ilegalidade, deve intervir a retificadora ação do remédio extremo. Não cabe à instância **ad quem**, mas ao Pretório Excelso definir se a questão é ou não é de prova.

Ora, na espécie, as alusões do acórdão recorrido à matéria de prova são, textual e fielmente reproduzidas estas: **a)** "ficou por provar-se que a emprêsa-ré agisse mancomunada com o espertalhão"; **b)** "não se diga que não havia elementos para uma mais ampla investigação e prova, bastando notar-se a circunstância suspeitíssima de que foi a própria segunda apelante quem identificou a assinatura do delinqüente, ilegível no recibo a fls. 4"; **c)** "êsse é, como se disse, um indício de interêsse para o procedimento criminal mais amplo. Não é, evidentemente, um elemento em que se funde a sentença cível para impor uma condenação em perdas e danos"; **d)** "como se infere do relatório, tudo se reduziu no processo a uma questão de provas que incumbiam ao autor".

Temos, então, na mesma ordem: **a)** a prova, que não foi produzida, dizia respeito à mancomunação da emprêsa com o delinqüente, isto é, a prova, que se exigiu, e não foi feita, era prova de dolo; **b)** a prova, para a qual havia,

convidando o autor a fazê-la, uma circunstância suspeitíssima, um indício veemente, seria essa, do procedimento criminoso dos responsáveis pela empresa, em cumplicidade com o estelionatário, cuja assinatura identificou (esta a circunstância suspeita); **c)** êsse indício veemente, imprestável para basear a condenação em perdas e danos, serviria, contudo, para autorizar procedimento criminal mais amplo; **d)** a definição da matéria de provas, por parte da instância local, só se pode referir àqueles fatos que o aresto menciona como capazes de levar à procedência da ação de perdas e danos: o dolo (mancomunação) da empresa, em concurso com o dolo do estelionatário. Não há alusão a outros fatos e não se pode, é claro, conjeturar a respeito.

Aí está suficiente demonstração do êrro das decisões da justiça local, porque o dolo não é indispensável à configuração da responsabilidade civil por ato de terceiro.

Que foi só dêsse dolo que se cogitou, quando se proclamou que o autor faltara ao ônus probatório, encontramos confirmação nas seguintes circunstâncias, tôdas expressas no acórdão e não inferidas por interessado ponto de vista do crítico: **a)** nenhuma alusão há: em tôda a decisão, à ausência de prova de culpa, **stricto sensu**; **b)** há alusão à existência de culpa **stricto sensu, verbis**: "tolerância e **leviandade**"; **c)** o conceito segundo o qual a responsabilidade civil por fato de terceiro sòmente ocorre nos casos especificados no Código Civil, o que importa negar os efeitos da culpa concorrente, consistente em ensejar, proporcionar, instrumentar (uso de material de expediente) e facilitar, por leviandade, a ação prejudicial, criando, no ânimo de terceiro de boa-fé, a aparência de uma preposição que o induziu a contratar; **d)** a afirmação de que a responsabilidade pelo abuso de confiança, ato criminoso ou ilícito, é pessoal e incomunicável, desde que não haja dolo concorrente; **e)** a esdrúxula doutrina de que, em caso como o dos autos (fraude contra terceiro, no local do escritório da empresa, facilitando esta por leviandade, o acesso do estelionatário a suas dependências internas e o uso de seu material de expediente), é a sentença criminal que serve, exclusivamente, de título à ação de perdas e danos.

Resumindo, vê-se que o acórdão recorrido negou, rotundamente, que a culpa possa constituir fundamento da obrigação de reparar. Essa estarrecedora conclusão teve, não obstante, a consagração de um juiz por todos os títulos digno do seu nome.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ABALROAMENTO AÉREO

- No abalroamento aéreo culposo, não prevalece a limitação de responsabilidade, restrita à culpa contratual.

Shell Mex Brazil Ltd, e outros *versus* Arieta Calfat Chaddoud e outros

Rec. ext. nº 16.600 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.600, do Distrito Federal, recorrentes, 1ª, Shell Mex Brazil Ltd.; 2ª, Shell Mex Argentina Ltd., 3ª, Anglo Mexican Petroleum Co. Ltd., recorridos Arieta Calfat Chaddoud e outros:

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

Supremo Tribunal Federal, 13 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Decidiu o ilustre Tribunal do Distrito Federal, em grau de embargos, que a "limitação da indenização ao *quantum* legal exarado no art. 91 do Cód. do Ar é restrita à culpa contratual do transportador em face do acidente sofrido pelo passageiro do avião em vôo.

"Assim, o acidente decorrente de abalroamento de duas aeronaves, e provada a culpa do piloto de um dos aviões, responde pelo prejuízo o respectivo

explorador, compondo-se o dano pela forma comum. A circunstância do recebimento do seguro correspondente a tal acidente não priva a satisfação do dano".

O acórdão, lavrado pelo eminente Sr. desembargador SERPA LOPES, desdobra-se nestes termos:

(Deixamos de transcrever o mencionado acórdão, por isso que está publicado nas págs. 163 e segs. do vol. 129 desta Revista.)

Três recursos extraordinários se opõem ao aresto: o da Shell Mex Brazil Ltd., que alega com a violação do art. 20 do Cód. Civil (vêde fls. 540); o da Shell Mex Argentina Ltd., que argúi ofensa dos artigos 96 e 131 do Cód. do Ar, do art. 2º, letra *e*, do Regulamento do Tráfego Aéreo, aprovado pelo dec.-lei nº 8.352, de 9 de dezembro de 1941, do art. 1.523 do Cód. Civil e art. 728 do Cód. Comercial e colisão com os arestos citados a fls. 547-548; o da Anglo Mexican Petroleum Co. Ltd., que increpa ao venerando acórdão de fls. haver malferido as disposições legais citadas no recurso da Shell Mex Argentina Ltd. e decidido ao arrepio dos "acórdãos" citados a fls. 564, coincidindo, ainda aqui, suas citações com a do recurso precedente.

Razoaram as partes, a fls. e fls. E, por derradeiro, disse o eminente procurador geral da República, o Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS:

"Três são os recursos extraordinários manifestados nestes autos: um pela Shell Mex Brazil Limited, com fundamento na letra *a* do art. 101, nº III, da Constituição federal (fls. 540), outro pela Shell Mex Argentina Ltd., com fundamento nas letras *a* e *d* do mesmo preceito constitucional (fls. 543), e o terceiro pela Anglo Mexican Petroleum Company Limited, com o mesmo fundamento do segundo.

"Todos êles visam à reforma do venerando acórdão de fls. 511-538, que, recebendo os embargos opostos ao de fôlhas 432-458, restabeleceu a respeitável sentença de primeira instância, que julgou procedente a ação (fls. 344-358 v.).

"O fundamento na letra *d* não tem cabimento, pois os venerandos acórdãos citados como divergentes do venerando acórdão recorrido decidiram casos diversos do em exame.

"Resta, pois, examinar o primeiro fundamento, ou seja se a veneranda decisão recorrida contrariou algum dispositivo da Constituição federal, ou a letra de tratado ou lei federal.

"Trata-se do abalroamento aéreo, ocorrido na enseada de Botafogo em 8-11-1940, do qual resultou a morte de 20 pessoas. Apreciando as provas dos autos, a veneranda decisão recorrida concluiu que o abalroamento resultou da culpa do piloto de um pequeno avião de turismo, que, ao fazer evoluções no ar, chocou-se com outro que transportava passageiros.

"Não seria, portanto, de se tomar conhecimento do recurso se a veneranda decisão recorrida houvesse se limitado a apreciar as provas dos autos.

"Mas assim não foi.

"O que se discutiu, também, foram os efeitos da culpa nos abalroamentos aéreos, pretendendo os recorrentes que o caso seja regido pelos arts. 91 e 102 do Cód. do Ar, e os recorridos que se deva aplicar o disposto nos arts. 1.059 e 1.518 do Cód. Civil.

"Tôda a discussão versa sôbre ser limitada ou ilimitada a responsabilidade civil para com terceiros em tais casos de abalroamento; tudo gira em tórno da interpretação a ser dada aos arts. 91, 96, 102 e 128 do Cód. do Ar.

"Eis o que êles estabelecem:

"Art. 91. No transporte de passageiros, salvo convenção em contrário, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de cem contos de réis por pessoa".

"Art. 96. As disposições relativas à responsabilidade do transportador, para com terceiros, abrangerão quaisquer aeronaves que trafeguem sôbre o território brasileiro, sejam públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras".

"Art. 102. A responsabilidade solidária limitar-se-á, para cada acidente:

"a) no caso de lesão corpórea, ou morte, à importância máxima de cem contos de réis, por pessoa;

"b) no caso de dano, ou destruição de bens, à importância integral do seu justo valor".

"Art. 128. A indenização, devida por prejuízos causados em caso de abalroamento entre aeronaves, cabe ao explorador da aeronave que tiver culpa".

"Da leitura desses quatro artigos, fácil é concluir:

"a) que o art. 91 trata da responsabilidade contratual, ou seja a que regula as relações entre a empresa transportadora e os respectivos passageiros;

"b) que o art.96 esclarece que quaisquer aeronaves que trafeguem sobre o território brasileiro estão sujeitas às disposições relativas à responsabilidade do transportador, não fazendo distinção entre as nacionais e estrangeiras, as públicas e privadas;

"c) que o art. 102 cuida dos danos causados às pessoas na superfície, e

"d) que o art. 128 só cogita do abalroamento de aeronaves, estabelecendo que a indenização pelos prejuízos causados cabe ao explorador da que tiver culpa.

"Portanto, dos artigos acima transcritos, só o de nº 128 cuida do abalroamento não aludindo à limitação da responsabilidade, que, nesses casos, só existe quando é feita a comunicação do abalroamento às autoridades do aeroporto mais próximo ao acidente, nos termos do disposto no art. 131 do mesmo Código; limite esse, a nosso ver, só respeitante aos passageiros da aeronave culpada.

"Quanto aos da abalroada, não vislumbramos qualquer texto do Cód. do Ar que a êles se refira.

"Parece-nos, assim, procedente a alegação dos recorridos de que ao caso se deve aplicar o disposto nos arts. 1.059 e 1.518 do Cód. Civil, pois, à falta de um dispositivo específico no Cód. do Ar há que se ter em vista aquêles dispositivos do Cód. Civil.

"O art. 1.059 fixa, de um modo geral, os elementos a considerar para calcular as perdas e danos devidos ao credor, e o de nº 1.518 estabelece que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, que todos respondem solidariamente pela reparação.

"No presente caso, decidido, como foi, com base na prova dos autos, que a culpa foi do piloto de um pequeno avião de turismo, cabe ao explorador dêsse avião indenizar os terceiros, sucessores dos passageiros do avião abalroado, dos prejuízos sofridos em consequência do acidente.

"É o que se nos afigura razoável, atendendo ao disposto nos citados arts. 1.059 e 1.518 do Cód. Civil, combinadamente com o art. 128 do Cód. do Ar.

"Outro não é o critério dominante na França, segundo a lição de MAURICE LEMOINE, Docteur en Droit, Secrétaire General d'Air-France, Chargé de cours à l'Institut des Hautes Études Internationales de la Faculté de Droit de Paris, no seu "Traité de Droit Aérien", quando no sous-chapitre II, sôbre "collision d'aéronefs (abordage aérien)", diz, sob o nº 967:

"Aux termes de l'article 52 de la loi du 31 mai 1924, au cas de dommage causé par un aéronef en évolution à un autre aéronef en évolution, la responsabilité du pilote et de l'exploitant de l'appareil est réglée conformément aux dispositions du Code civil".

"Aludiu-se nos debates nestes autos ao anteprojeto da C. I. T. E. J. A.

"Não se apontou, porém, a solução porventura nela estabelecida como reguladora das indenizações em casos como o em discussão nestes autos.

"MAURICE LEMOINE, em o seu já citado "Tratado", no capítulo intitulado "Droit international avant-projet de convention relative à l'abordage aérien", afirma, sob o nº 969, à pág. 649:

"Il n'existe encore aucun texte qui, dans le droit international, régleme les rapports des aéronefs entrés en collision, pour les dommages qu'ils se causent respectivement. La convention de Rome est muette sur la question, ses dispositions ne visant le cas de collision que pour déterminer les obligations des exploitants à l'égard des tiers à la surface victimes de cette collision ou de ses suites".

"E, no nº 970, acrescenta:

"Il existe cependant un avant projet de convention relative à l'abordage aérien, préparé par le C. I. T. E. J. A. (3), qui régle la question des responsabilités en résultant. A ses termes, on entend par abordage aérien "toute collision survenant pour une cause quelconque entre deux ou plusieurs aéronefs en mouvement". Pour déterminer les responsabilités en découlent, responsabilités qui pésent sur les exploitants des aéronefs, l'avant-projet distingue les trois situations suivantes:

"1° abordage dû à la faute d'un seul des aéronefs entrés en collision.

"2° abordage dû à une faute commune.

"3° abordage dû à un cas fortuit ou à la force majeure.

"Dans le premier cas, la responsabilité pour les dommages causés à l'autre aéronef incombe à celui qui a commis la faute. En cas de faute commune, la responsabilité de chacun des aéronefs pour les dommages aux aéronefs mêmes, aux personnes et aux biens embarqués, est proportionnelle à la gravité des fautes commises; toutefois, si, d'après les circonstances, le proportion ne peut pas être établie ou si les fautes apparaissent comme équivalentes, la responsabilité est partagé par parties égales. Enfin, lorsque l'abordage est dû à un cas fortuit ou à la force majeure, les dommages aux aéronefs entrés en abordage, aux personnes et aux biens embarqués sur ces aéronefs, sont supportés par ceux que les ont éprouvés".

"A verdade, porém, é que várias reuniões têm havido do Comitê Jurídico da Organização da Aviação Civil Internacional (Icao), sem que, entretanto, hajam chegado a uma conclusão relativamente a questões sobre abalroamento aéreo.

"No relatório dos trabalhos da 5ª sessão do Comitê Jurídico da Organização da Aviação Civil Internacional, realizado em Taormina, em janeiro do corrente ano, apresentado ao Sr. ministro da Aeronáutica, pelos delegados do Brasil, Dr. TRAJANO FURTADO DOS REIS e major-aviador J. A. DE PAIVA MEIRA se lê que aquele Comitê não dispôs de tempo para tratar das questões sobre abalroamento aéreo, tendo decidido realizar a sua 6ª sessão em Montreal, a partir de 30 de maio do corrente ano.

"E, embora realizada, em Montreal, a aludida 6ª sessão, não se chegou a tratar de abalroamento aéreo, matéria essa que foi adiada, novamente, para a próxima reunião a se realizar no México, em janeiro de 1951, como consta do relatório apresentado pelo delegado STÉLIO BASTOS BELCHIOR ao Dr. CÉSAR DA SILVEIRA GRILO, chefe da delegação brasileira à sessão da Assembléia da Organização de Aviação Civil Internacional realizada em Montreal no corrente ano.

"No Congresso Jurídico Nacional, realizado nesta capital, em 1943, em comemoração ao 1º centenário do Instituto da Ordem dos Advogados, foi o assunto abordado pela Comissão de Direito Aéreo, que adotou unânimemente o parecer apresentado pelo ilustre relator Dr. VALDEMAR DA SILVA MOREIRA, então consultor jurídico do Ministério da Aeronáutica, em o qual se encontra substancioso estudo dos casos de abalroamento aéreo sob o ponto de vista doutrinário, não tendo sido apontado texto expresso de lei no sentido de se considerar limitada, em relação a terceiros, a responsabilidade do explorador de aeronave que tiver culpa em caso de abalroamento de aeronaves.

"De tudo quanto ficou exposto e que se ajusta aos fundamentos do venerando acórdão recorrido, evidencia-se que êste não contrariou texto algum da Constituição ou de tratado ou de lei federal.

"Portanto, tal como salientamos com respeito à letra *d*, não se justifica o presente recurso com fundamento na letra *a* do preceito constitucional.

"Somos, assim, pelo não conhecimento do recurso.

"Distrito Federal, 1º de setembro de 1950. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Duas as proposições cabedais do venerando acórdão recorrido: *a*) a limitação da responsabilidade a que alude o art. 91 do Cód. do Ar é restrita à culpa contratual do transportador. Assim, provada a culpa, no abalroamento de duas aeronaves, de um dos pilotos, responde o explorador do avião pelas regras do direito comum; *b*) o recebimento do seguro correspondente à indenização do art. 91 não impede se decrete, pelas normas do direito comum, a responsabilidade de que se trata.

Em dois dos recursos manifestados - no da Shell Mex Argentina Limited e no da Anglo Mexican Petroleum Company Limited - invocada se encontra a letra *d*, com alegação de dissídio jurisprudencial.

Na autorizada opinião do eminente procurador geral da República, no parecer de fls. 68, baldia é a invocação da letra *d*, "pois os venerandos acórdãos citados como divergentes do venerando acórdão recorrido decidiram casos diversos do em exame".

O dissídio se acenderia em torno da limitação da responsabilidade referida no art. 91 do Cód. do Ar e que, segundo o venerando acórdão recorrido, somente se aplica nas hipóteses de culpa contratual do transportador.

Mas, o acórdão, certificado a fls. 554, do douto Tribunal de São Paulo, versa questão diferente: trata de matéria de prescrição, não podendo, pois, em tais condições, exemplificar a discordância alegada.

E o mesmo se passa, na versão dos recorridos, quanto ao aresto tirado a lume na "Rev. dos Tribunais", vol. 170, pág. 111, cuja ementa, ainda naquela versão, encerra êste conteúdo:

"O prazo de que trata o art. 159 do Cód. brasileiro do Ar é de caducidade e se conta da data em que ocorreu o dano, ainda que a ação não seja dirigida contra o transportador".

O caso decidido no aresto que se inseriu na "REVISTA FORENSE", vol. 118, pág. 78, era de dano causado a terceiro que se encontrava na superfície do solo, enquanto que a controvérsia dos autos se acende ao propósito de abalroamento aéreo.

Renitem os recorrentes em que os casos devem se submeter à mesma disciplina jurídica. Os argumentos, porém, que, pelo demonstrar, desenvolvem, não se alimentam da interpretação gramatical ou literal. E, uma vez que não sejam idênticas ou persemelhantes as hipóteses, não se pode, frutuosamente, invocar a letra *d* como fundamento do recurso extraordinário.

Quanto à responsabilidade do patrão por culpa do preposto, é certo que ainda subsista dissídio da jurisprudência, tornando-se, porém, mais volumosa e caudal a que afirma, no caso, a culpa presumida do primeiro.

Mas, o debate que aqui se trava é em volta da interpretação dos arts. 1.521 e 1.523 do Cód. Civil, enquanto que o assento legal da matéria discutida, nestes autos, é o Cód. do Ar, em seus arts. 127 e segs.

Razão, pois, tem o eminente Dr. procurador geral da República no parecer de fls.: a letra *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal, não dá ao apêlo suporte inabalável.

Há que examinar, porém, se a letra *a*, também invocada lhe oferece fundamento menos convelível.

O primeiro recurso para ser examinado é o da Shell Mex Brazil Ltd., que incrimina o lance do julgado que decidiu ser a recorrente parte legítima *ad*

causam, por pertencer ao mesmo grupo econômico e financeiro da empresa proprietária do avião.

Com esse teor de julgar, isto é, com o reconhecer à recorrente personalidade jurídica própria e distinta da pessoa moral proprietária do avião, teria o venerando aresto largado ao oblívio o preceito do art. 20 do Cód. Civil, que exprime o triturado *societas distat a singulis*, nestes termos:

"As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros".

O tema da natureza da pessoa jurídica é dos que oferecem maior complexidade na doutrina. E juristas de prol o versaram - SAVIGNY, UNGER e PUCHTA - através da teoria da ficção; GIERKE, na teoria da realidade; BRINZ, DEMELIUS, BONELLI, na do patrimônio transfigurado pelo fim; VAREILLES-SOMMIÈRES, na do artifício técnico; IHERING, na da vontade; FERRARA, etc.

Mas, para a solução do caso dos autos, não se faz mister examiná-las pôsto que à flor e sumàriamente.

Tudo está, no caso, em saber se, na real verdade, vulnerado foi o art. 20. do Cód. Civil, como alega a recorrente.

Ora, o exame dos autos leva à conclusão de não haver sido o aludido preceito legal malferido pelo venerando acórdão de fls.

Não afirmou o aresto que a existência da pessoa jurídica se confunda com a de seus membros. O que se nêle asserete, e consta na ementa, é que "a pluralidade da entidade, representando, apenas, uma forma de exploração de negócio de uma só empresa, justifica a propositura da ação contra qualquer delas".

As apelantes - lê-se no acórdão de fls. - estão filiadas à mesma empresa. São braços, projeções de vasta empresa que, tendo sede em Londres, exerce, por aquela forma, sua atividade, na venda dos mesmos produtos, de marcas iguais".

Realça, ainda, o venerando aresto, que a constituição de sociedades destinadas a atuar cada uma em certo e determinado país é condição do próprio negócio;

que, exigindo empresa de grande capital, precisa dilatar e ampliar, por toda a parte, os meios de distribuição e venda dos produtos, através de filiais, que assegurem a reversão de lucros compensadores, e que, com o dec. nº 21.377, de 9 de julho de 1946, as apelantes passaram a se identificar até pelos nomes como integrantes de uma única entidade.

Tocou-se, de raspão, no problema da solidariedade que, no direito civil, não se presume, prevalecendo o princípio de HEINECIO: *Obligatio inter plures ipso iure divisa est*.

Mas, no caso, não há que versar o problema da solidariedade, pois o que se reconheceu foi que a recorrente se integra, com outras empresas, em uma única identidade.

Vulnerado, assim, não foi o art. 20 do Cód. Civil, de cuja aplicação, aliás, não se questionou no discurso da lide. E, assim, eliminadas essas questões, e concluído pelo não conhecimento do primeiro recurso, suscitado por "Shell Mex Brazil Limited", com invocação da letra *a* e de ofensa do art. 20 do Cód. Civil, chega-se à questão principal dos autos (a da limitação da responsabilidade e da inculcada ofensa de textos do Cód. do Ar), versado nos recursos da "Shell Mex Argentina Limited" e de "Anglo Mexican Petroleum Co. Ltd."

O caso dos autos é de abalroamento aéreo. Pedem indenização herdeiros de vítimas do acidente aviatório - de tão grande brado - ocorrido em novembro de 1940, nesta cidade, nas imediações da enseada de Botafogo, resultante do choque de uma aeronave da VASP e de um avião de turismo.

No julgamento da causa decidiu o ilustre Tribunal do Distrito Federal, embora lavrasse dissídio entre os seus doutos juízes, decidiu, por maioria de votos, que "a limitação da indenização ao *quantum* legal exarado no art. 91 do Cód. do Ar é restrito à culpa contratual do transportador".

No acidente resultante do abalroamento de duas aeronaves, provada a culpa do piloto de um dos aviões, responde pelo prejuízo o respectivo explorador, compondo-se o dano pela forma comum.

Na versão dos recorrentes, vulnerou o venerando acórdão de fls., com êsse teor de julgar, os arts. 91 e 131 do Cód. do Ar e 728 do Cód. Comercial, êste último indicado no voto do Exmo. Sr. desembargador SÍLVIO MARTINS TEIXEIRA, em consequência da sub-rogação operada pelo pagamento dos seguros.

Por fôrça do art. 728 citado, "pagando o segurador um dano acontecido à coisa segura, ficará sub-rogado em todos os direitos e ações que ao segurado competirem contra terceiro; e o segurado não pode praticar ato algum em prejuízo do direito adquirido dos seguradores".

Não depara, entretanto, o venerando aresto qualquer lance que faça rosto à tese da lei, isto é, negue a sub-rogação afirmada no art. 728.

Trata-se de seguro de pessoa, caso em que, no magistério de HENRI CAPITANT, invocado no cresto, o pagamento do seguro não exonera o culpado das consequências de seu ato culposos.

Mas, para demonstrar a inocorrência da vulneração do art. 728 citado, nem se tornara mister, invocar essa lição e a de DEMOGUE ("Obligations", IV, pág. 284).

Basta considerar, como o fêz o venerando aresto, que, se tratasse de pagamento limitado à quantia do seguro, o argumento teria avultação de verdadeiro, mas o de que se cuida é de indenização *a latere* do seguro, cuja quantia, aliás, se imputará na indenização que pediram os mesmos autores. E é claro, claríssimo, que o pagamento, apenas, de parte do que pretendem os autores não operaria a sub-rogação do total (vêde BENTO DE FARIA, em escólio ao art. 728).

E, assim, resta na balha, como a grande questão dos autos, a da limitação da responsabilidade no caso de abalroamento aéreo.

A tese de que essa limitação deixa, no caso discutido, de se aplicar, para que prevaleçam as normas do direito comum, é adversada com vigor e brilho nas razões das recorrentes.

Alega-se que, pelo próprio sistema do Cód. do Ar, a responsabilidade é sempre limitada, salvo na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa grave, não se

estabelecendo distinção entre transportador e explorador, nos termos do art. 96 do citado Código.

A responsabilidade limitada é, sem dúvida, um dos traços coloridos dêsse sistema, como também o é o da responsabilidade objetiva. Já tive ensejo de dizer, em outro voto, aliás citado nas razões de fls., no recurso extraordinário nº 6.048:

"Trata-se de matéria especial em que a responsabilidade do proprietário da aeronave é geralmente reconhecida independentemente da prova da culpa (vêde LALOU, ob. cit., nº 960), procurando alguns fundamentá-la na necessidade de contraminar fraudes possíveis da parte do proprietário ou garantir a vítima da insolvência de quem usa ou explora o avião".

É o que ainda observa CLEODON FONSECA: "De meridiana clareza é o dispositivo do Cód. do Ar, referindo-se à responsabilidade civil oriunda do dano a terceiro, sem o concurso do elemento objetivo. Tornando-a extensiva a qualquer aeronave que trafega sôbre o território brasileiro, determina a lei, sem as preocupações do tradicionalismo jurídico, que dará direito a reparação qualquer dano que uma aeronave em vôo causar a pessoa ou bens que se encontrem à superfície do solo. A norma exclui, inteiramente, a idéia de culpa. É a decisão da teoria objetiva decorrente do risco social".

Em estudo publicado sôbre a responsabilidade civil no abalroamento aéreo, lembra EURÍALO DE LEMOS SOBRAL (*in* "REVISTA FORENSE", vol. CXXXII, fasc. 569, nov. 1950, pág. 36) os conceitos que, a êsse propósito, enuncia AMBROSINI: "*...la responsabilidad aeronáutica está limitada en todos los casos, salvo, se entiende, cuando el daño ha sido causado con dolo o por culpa grave. Y ello por varias razones entre tas cuales figura la de que en interés general (el desarrollo) de la aviación no conviene exponer el aviador (ejercitante del aeromóvil e transportador) a una responsabilidad sin limites, que, a menudo, por ser demasiado grave podia conducirlo a la ruina*".

A ilimitação da responsabilidade do transportador, observa, de seu turno, LEMOS SOBRAL, no citado estudo, "viria tornar inseguros e mesmo... impraticáveis os empreendimentos aeronáuticos, já por si bastante onerosos, sendo certo que a superveniência de alguns acidentes poderia, com a

indeterminação das indenizações dêles resultantes, acarretar o esfacelamento e rápido desaparecimento das empresas, dado o vulto das obrigações por satisfazer".

Culpa objetiva, baseada no risco, e limitação da responsabilidade são dois princípios norteadores do sistema aludido, sistema que é significativo, diz AMBROSINI, e específico do direito aeronáutico.

De um lado, é a responsabilidade considerada em termos rigorosos, tendo-se em vista a situação de inferioridade da vítima e os riscos que suscita o uso da aeronave. Por outro lado, limita-se a indenização, porque o desenvolvimento do transporte aéreo interessa à coletividade e a conquista do espaço, para lembrar advertência de PONTES DE MIRANDA, constitui uma possibilidade mais extensa de danos.

Não foi outra a orientação do Comité Internacional Technique d'Experts Juridiques Aériens. Não é outra a orientação universal, como notícia AGUIAR DIAS, *verbis*: "... a orientação universal, no que se refere aos danos causados a terceiros, é pela adoção do critério objetivo, aceito na Convenção de Roma e inspirado no anteprojeto do C. I. T. E. J. A., aprovado no Convênio de Budapeste.

"A doutrina do risco criado recebeu aí a sua mais formal consagração" ("Da Responsabilidade Civil", 2ª edição, vol. II, nº 172, págs. 56-57).

E a limitação da responsabilidade, como se observou, se impõe como atenuação dessa responsabilidade generalizada e que somente se atenua ou se exclui na medida em que à pessoa lesada couber culpa (Cód. Brasileiro do Ar, art. 97 e parágrafo único).

O que, ao propósito, estabeleceu a Convenção de Roma, cujos princípios encontraram consagração no direito pátrio, foi, como disse LEMOINE, citado a fls., a responsabilidade objetiva temperada pelo limite do *quantum* representativo da indenização.

Reduziu-se a indenização, tornada, porém, certa, pela aceitação do princípio do risco criado.

Suportando a aeronave um regime particularmente severo e excepcional, é justo que a limitação de suas obrigações constitua a contrapartida dêsse tratamento de rigor, escreveu LEMOINE, na citação de AGUIAR DIAS, em estudo reproduzido em memorial dos recorrentes.

Forcejam os recorrentes por demonstrar que êsse sistema disciplina também o caso do abalroamento aéreo, e AGUIAR DIAS, cuja lição era contrária, inclinou-se aos argumentos que êles produziram e tendo em vista, principalmente, o art. 131 do citado Cód. do Ar.

E apresentaram êles, ainda, no citado memorial, notável parecer de LEMOINE, autoridade da maior suposição, apoiando-lhe a tese *em face do direito positivo brasileiro*.

A interpretação contrária, entretanto, adotada no venerando acórdão recorrido, não envolve o êrro enorme de direito da previsão da letra *a* do art. 101, n° III, da Constituição federal, e que rende ensejo a recurso extraordinário.

Antes de tudo, como se viu, limite de responsabilidade e critério objetivo se aliançam no sistema discutido, parecendo lógica a conclusão de se adotar, com a exigência do critério subjetivo da culpa, aquela baliza no *quantum* a que responde a indenização.

Podia e pode a lei aceitar o logismo da opinião contrária; mas para que se viesse a essa conclusão, mister seria que os textos a esforçassem, clara e desenganadamente, o que não se dá, a meu ver, e em face dos arts. 91, 96, 102 e 128 do Cód. do Ar.

Dêles, o primeiro limita a responsabilidade do *transportador*, salvo convenção em contrário, à importância de cem mil cruzeiros por pessoa.

O segundo estende as disposições relativas à responsabilidade do *transportador* para com terceiros e quaisquer aeronaves que trafeguem sôbre o território nacional, sejam públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.

O art. 102 diz da responsabilidade solidária.

O último, o art. 128, é que versa a hipótese de abalroamento entre aeronaves, estabelecendo que a indenização cabe ao explorador da aeronave que tiver culpa.

Assim, o art. 128 não só deixa de, no caso de abalroamento de aeronaves, estabelecer o limite discutido, como atribui a responsabilidade ao *culpado*, desaceitando, em tal hipótese, o critério, do risco criado.

A hipótese, nestes termos, está fora da zona de influência do sistema aludido - pois que não se dá, então, caso de responsabilidade contratual previsto no art. 91 e nem de danos causados às pessoas na superfície e que é a matéria versada no art. 102.

De resto, como adverte o eminente procurador geral, Exmo. Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, no erudito parecer de fls., o critério defendido pelos recorridos é o que também domina em França, nos termos da lição, que transcreve, de LEMOINE:

"Aux termes de l'article 52 de la loi du 31 mai 1924, au cas de dommage causé par un aéronef en évolution, la responsabilité du pilote et de l'exploitant de l'appareil est réglé conformément aux dispositions du Code Civil".

Se, quando o explorador é também transportador, se pode pretender que, ainda no caso de abalroamento, sua responsabilidade é limitada, porque o fato do abalroamento não altera a relação do contrato, o mesmo não passa quando o explorador não é transportador, descabendo-lhe a atenuação do art. 91 que, expressamente, se refere a transportador.

Daí dizer, com exatidão, S. Ex.^a, o Sr. Dr. procurador geral, no erudito parecer a que já nos referimos:

"... dos artigos transcritos (91, 96, 102 e 128 do Cód. do Ar) só o de nº 128 cuida do abalroamento, não aludindo à limitação de responsabilidade que, nesses casos, só existe quando é feita a comunicação do abalroamento às autoridades do aeroporto mais próximo ao acidente, nos termos do disposto no

art. 131 do mesmo Código, limite êsse, a nosso ver, só respeitante aos passageiros da aeronave culpada.

"Quanto aos da abalroada, não vislumbramos qualquer texto do Cód. do Ar que a êles se refira".

O caso de danos a terceiros na superfície, que constitui preocupação principal na Convenção de Roma, não se paragona à hipótese de abalroamento que, como se viu, alude à culpa, desaceitando a critério objetivo, que prevalece no primeiro caso.

Não há identificar ou aproximar tais situações, falecendo, assim, qualquer fundamento que procure, na analogia do argumento de semelhante a semelhante, lhes dar a mesma regulamentação.

Como já deixei assinalado, para que se houvesse como aceita a atenuação da responsabilidade, não obstante se atribuir ao autor a prova, muitas vêzes diabólica, da culpa do réu, necessário que o determinasse a lei, desenganadamente.

E ela o não determina.

Os argumentos - aquêles que em contrário se apresentam - mostram tendões vulneráveis:

É certo que, pelo art. 96, "as disposições relativas à responsabilidade do transportador para com terceiros abrangerão quaisquer aeronaves que trafeguem sobre o território brasileiro, sejam públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras".

Mas a ampliação mira a alcançar e indistinguir entre aeronaves públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, e, de qualquer forma, não seria o argumento poderoso a equiparar o explorador culpado, no caso de abalroamento, ao transportador, de responsabilidade limitada, mas presumida, em respeito aos passageiros.

As disposições relativas à responsabilidade do transportador para com terceiros são as que constam nos arts. 96 a 102 do Cód. do Ar, e nelas não se inclui a hipótese discutida.

Outro argumento - aríete da interpretação contrária - se assenta no artigo 131 do Cód. do Ar, *verbis*:

"É obrigatória a comunicação do abalroamento às autoridades do aeroporto mais próximo ao acidente *para que prevaleçam os limites da responsabilidade previstos neste Código*, desde que as aeronaves estejam sob a jurisdição brasileira".

Tenho, porém, que não apresenta o dispositivo o alcance que lhe atribuem os recorrentes e não é verossímil resolvesse o legislador problema de tanto momento, assunto de tanta complexidade, até hoje insoluto em congressos e convênios internacionais, como que incidentemente e de raspão, através de preceito sôbre a comunicação do abalroamento.

E tanto assim é que AGUIAR DIAS, que, por amor dos argumentos inferidos do citado art. 131, se rendeu à tese enunciada pelos recorrentes, ainda se serve do art. 127 e, principalmente, da origem dos dispositivos relativos à responsabilidade subjetiva do abalroador, no Código Brasileiro do Ar.

Pela sua própria redação, adverte o autorizado e douto jurista, os arts. 127, 128, 129 e 130 adotam o critério dos artigos 1º, 2º, 3º e 4º do anteprojeto do C. I. T. E. J. A. (Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens), relatado por AMBROSINI e publicado na "Revue Générale de Droit Aérien", 1934, págs. 772 e segs.

Observa o eminente jurista que, embora seja apenas incidente no art. 131 a referência à limitação da indenização, corresponde à alínea *b* do art. 3º do mencionado anteprojeto tornando-se evidente que, ao revés das demais legislações, nosso Cód. do Ar se apressou em adotar o anteprojeto do C. I. T. E. J. A., que contém expressa remissão do art. 22 da Convenção de Varsóvia, a que corresponde o art. 91 do Cód. Brasileiro do Ar.

E nem seria curial restringir-se a responsabilidade aos transportadores ou exploradores de aeronaves entre si, porque tal entendimento, segundo ainda, o emérito doutor, se chocaria com o espírito da lei (art. 128).

Não obstante a autoridade que apadroe esse raciocínio, não me parece que ele fique maior de qualquer objeção.

A invocação das fontes ou origens da lei não oferece, em si, argumento terminativo, porque a lei se desprende dessas origens e passa a ter conteúdo próprio, vida espiritual autônoma sobre que se desenvolve, como disse FERRARA, citando WÜRZEL e KOHLER, o trabalho mental das gerações.

A adoção de um sistema singular e injusto, no reproche de AGUIAR DIAS, exigiria preceito mais expressivo.

Razão não faleceria aos recorrentes se pretendesse que, em todos os casos de abalroamento, desprevalecesse o limite da indenização.

Mas esse limite não vinga quanto ao culpado explorador da aeronave, que causa o abalroamento, com respeito ao passageiro da aeronave abalroada.

O art. 131 do Cód. Brasileiro do Ar, pois, na interpretação do venerando acórdão recorrido, não se reduz a um *flatus vocis*.

Não se trata de *interpretatio abrogans* a que o aplicador da lei deve fugir a todo transe.

Cuida-se, apenas, de traçar a um dispositivo de lei de sua área de influência, tendo em consideração o próprio sistema em que ele se integra.

A comunicação, pois, a que alude a lei, é indispensável, como decidiu o venerando acórdão de fls., aos que se *beneficiem com o limite discutido*, vale dizer, os transportadores, com respeito aos seus passageiros (os da aeronave abalroada) e aos exploradores das aeronaves nos acidentes com pessoas na superfície, tudo de acordo com os arts. 91, 96 e 102 do Código Brasileiro do Ar.

E se êsses e outros argumentos (vêde LEMOS SOBRAL, *in* "REVISTA FORENSE", vol. CXXXII, fasc. 569, págs. 36 e seguintes) não bastam à confutação das brilhantes razões dos recorrentes, são entretanto evidentemente poderosas a demonstrar a inoccorrência, no caso, de violação da letra da lei.

E sem a ofensa da lei em sua lateralidade mesma, descabe o apêlo incomum. Não bastará, *data venia*, a aparência da colisão entre a sentença e a lei, examinada ao primeiro súbito de vista, como pretendem os recorrentes. É exato que contrária é a orientação de PEDRO LESSA, FILADELFO AZEVEDO e ROCHA LAGOA.

Tenho, porém, *data venia*, ficado fiel a orientação diferente.

Sem se situar o recurso extraordinário nas lindes estreitas em que êle se angustia, êle se convertera em recurso comum, transformando-se o Supremo Tribunal Federal em instância revisora de tôdas as decisões das justiças locais.

Assim, e preliminarmente, não conheço dos recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram dos, recursos, por decisão tomada unânimemente.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros EDGAR COSTA e ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

SOCIEDADE COMERCIAL - USINAS DE AÇÚCAR - FALÊNCIA

- Os Estatutos da Lavoura Canvieira têm como norma primacial a separação absoluta entre a atividade agrícola e a industrial, e declara que as usinas são suscetíveis de falência, insolvência ou execução judicial.

- As usinas de açúcar são "empresas de fábrica", e sua atividade é nitidamente comercial.

Artur Cisneiros Cavalcânti de Albuquerque e outros *versus* Francisca Pontual Cavalcânti de Albuquerque e seus filhos

Rec. ext. nº 14.968 (embs.) - Rel. MIN. EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal - relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 14.968, do Estado de Pernambuco, em que são embargantes Artur Cisneiros Cavalcânti de Albuquerque e outros e embargados Francisca Pontual Cavalcânti de Albuquerque e seus filhos, - rejeitar, por decisão unânime, os embargos de fls. 1.785, opostos ao acórdão de fls. 1.782, na conformidade dos votos constantes das notas anexas da assentada do julgamento, integrado neste o relatório de fls. 1.837.

Custas pelos embargantes.

Supremo Tribunal Federal, 30 de janeiro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Em 1917, Adolfo Cavalcânti de Albuquerque, Artur Cisneiros Cavalcânti e outros irmãos organizaram uma sociedade em comandita simples para a exploração, na Usina Maria das Mercês, sita no Município do Cabo, Estado de Pernambuco, da fabricação de açúcar e álcool. Em 1929, com o falecimento de uns e a retirada de outros, Artur e Adolfo, alterando o contrato primitivo, transformaram aquela sociedade em sociedade em nome coletivo, sob a firma A. Cavalcânti & Cia. Em janeiro de 1933 faleceu Adolfo, investindo-se o sócio remanescente, Artur Cisneiros, na função de liquidante da referida sociedade, verificando-se, então, contra o sócio Adolfo, um saldo devedor de R\$ 16:000\$000, saldo que, em juízo do inventário, após exame da escrita, eliminados e corrigidos os erros verificados, se transformou em saldo credor, em favor dos herdeiros, na importância de Rs.

240:203\$505: com êle concordaram os interessados, exceção do herdeiro André Cavalcânti de Albuquerque Neto. Em 1934, por contrato particular, Artur e os sucessores do sócio premorto transacionaram sôbre a liquidação daquelas contas, mediante várias estipulações, pondo têrmo a qualquer dúvida ou controvérsia a respeito, - acôrdo ratificado em 1936. Em maio de 1941, porém, os herdeiros de Adolfo, alegando êrro de fato a que teriam sido induzidos por artifícios e dolo com que agira o sócio remanescente, surpreendendo-os, assim, em sua' boa-fé e prejudicando-os em seus legítimos interêsses, ingressaram em juízo com uma ação declaratória cumulada com o pedido de prestação de contas com fundamento no art. 129, n° IV, do Cód. Comercial, e o pronunciamento da nulidade daquele acôrdo de 1934, para se proceder à liquidação dos direitos e interêsses dos suplicantes na referida sucessão. Êsse, o resumo dos fatos da causa.

Os réus contestaram a ação, alegando preliminarmente a sua prescrição com base no art. 178, § 9°, n° V, letra *b*, do Cód. Civil, sustentando ser a sociedade A. Cavalcânti & Cia. uma sociedade civil. Essa alegação foi rejeitada pelo despacho saneador, agravando-se dêle os réus, agravo a que, ao julgar a apelação interposta da sentença que julgara procedente a ação, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado negou provimento, por maioria de votos, confirmando, no mérito, a sentença apelada, excluídas as custas em décuplo em que condenara os réus. É a seguinte a ementa dêsse acórdão:

"São comerciais os atos praticados por uma sociedade organizada para a exploração de uma usina de açúcar, principalmente se em tudo e por todos os efeitos êsses atos se enquadram na legislação comercial. A prescrição da ação movida para a decretação da nulidade de tais atos de sócio de uma usina de açúcar lesivos dos interêsses de outros sócios é regulada pelo Cód. Comercial".

Oferecidos embargos a êsse acórdão, foram, também, por maioria de votos, recebidos pelas Câmaras Reunidas do Tribunal, que, reformando o acórdão embargado, deram provimento ao agravo no auto do processo, julgando conseqüentemente prescrita a ação proposta; consideraram as Câmaras Reunidas que às usinas de produção de açúcar não estão sujeitas às leis comerciais, sendo, pois, a sociedade em nome coletivo A. Cavalcânti & Cia., que se organizara com o fim de exploração da Usina Maria das Mercês, a indústria da fabricação de açúcar com destilação para álcool, substancialmente,

por seu objeto, de caráter nitidamente civil; conseqüentemente, não podia a hipótese e exceção de prescrição ser regulada pelo art. 442 do Cód. Comercial, e sim pela preceituação do art. 178, § 9º, nº V, do Cód. Civil.

D. Francisca Pontual Cavalcânti de Albuquerque e outros, inconformados, recorreram extraordinariamente com fundamento nas alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do art. 101, III, da Constituição, por ter o acórdão recorrido deixado de aplicar os arts. 28 e 29 do dec.-lei federal nº 3.855, de 1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira), 134, nº 2, 145, ns. I e V, 146, e seu parág. único, 629 e 1.125, todos do Cód. Civil, além de divergir das decisões que invocam, publicadas em "Brasil-Acórdãos", IX-322, "Revista dos Tribunais", 57-497, e "REVISTA FORENSE", 51-577.

A 1ª Turma, unânimemente, acorde com o voto do relator, o Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, conhecendo do recurso pela letra *d* do preceito constitucional, por divergente o acórdão recorrido do Tribunal do Estado do Rio, invocado pelos recorrentes, segundo o qual "o industrial que manufatura ou beneficia matéria-prima de outros, adquirida para vender, é comerciante, e está sujeito à falência", considerando, assim, emprêsa comercial uma usina de açúcar, deu provimento ao mesmo recurso para restabelecer o acórdão proferido na apelação, que, tendo como comercial a usina, rejeitara a prescrição alegada, por aplicação do art. 442 do Cód. Comercial.

Depois de estabelecer a distinção entre sociedades civis e comerciais, com apoio nas lições de LAFAILLE, RIPERT, NAVARRINI, RIVAROLA, assim desenvolveu o relator o seu voto:

"A despeito da importância do assunto, não é farta a colheita entre os nossos tratadistas sobre o debate instaurado nos autos.

"BENTO DE FARIA, antes do desenvolvimento da legislação em torno dos 4 problemas açucareiros, assertou em parecer:

"Quem se limita apenas a lavrar canas não deve, evidentemente, ser considerado comerciante. Mas não assim quem é fabricante de açúcar por profissão e com fim de lucro. A fabricação em tal caso é mercancia, constitui

ato de comércio (regulamento nº 737, art. 19, § 3º), quer a fábrica pertença a emprêsas ou a um indivíduo" ("Rev. de "Direito", vol. 52, 1919, pág. 315).

"CLÓVIS BEVILÁQUA, em 1932, opinou de modo contrário, também em parecer:

"A usina de fabricar açúcar é emprêsa agrícola, prêsa diretamente ao solo. Para que se lhe possa atribuir caráter comercial, necessário será que nelas se pratique, habitualmente, a mercancia, atos de comércio".

Depois de outras considerações, conclui:

"Posso, portanto, afirmar com segurança: usina de fabricar açúcar, nas condições expostas pela consulta, é emprêsa agrícola, de natureza civil e como tal não está sujeita à falência, nem a natureza de suas operações lhe dá caráter comercial" ("Rev. de Direito Comercial", vol. 3º, 1932, pág. 159).

Não obstante tão insigne autoridade, afigura-se que a matéria não pode ficar adstrita aos têrmos em que a encerrou o parecer.

O desenvolvimento do fabrico de açúcar assumiu caráter nitidamente industrial. Usina, nas condições do presente caso, não exerce atividade agrícola própria.

Não lavra a terra, com o sabor, o encanto e a ufania dos semeadores. Recolhe produtos alheios, para lhes dar o destino que a organização da sociedade prèviamente estabeleceu. Há, portanto, manifesta diversidade de objeto e diversidade de meios. E se objeto e meios são os marcos divisórios das sociedades, organização industrial em tais condições não pode ficar confinada nos limites em que a doutrina e a legislação confinam as sociedades civis.

Não há dúvida de que, segundo a jurisprudência dêste Tribunal, a atividade agrícola é caracteristicamente civil como a pecuária (FILADELFO AZEVEDO, "Um triênio de judicatura", vol. 4º, pág. 308).

Mas a hipótese dos autos transcende dêsse âmbito.

Também no direito estrangeiro circunstâncias como as que ora se apresentam forçam os expositores a considerações como as que enuncia LORENZO MOSSA:

"L'organismo commerciale di impresa acquista importanza anche in agricoltura. Questa è staccata, per la necessità economica, dal diritto commerciale, Co. 5. La vendita de prodotti non è per il produttore atto di commercio ma lo è bene si l'impresa agraria é de tipo industriale o commerciale" ("Diritto commerciale", 1937, 1º volume, pág. 25).

No nosso direito, o julgador não pode ficar desatento à circunstância de que a indústria açucareira está submetida á lei especial, com características inconfundíveis.

O espírito da legislação inquestionavelmente evoluiu, para acompanhar o desenvolvimento da indústria e as suas transformações.

O Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei nº 3.855, de 1941) declara que as usinas são suscetíveis de falência, insolvência ou execução judicial.

Mas, ainda o citado Estatuto tem como norma primacial a separação absoluta entre a atividade agrícola e a industrial (art. 54). Por isto, a produção é limitada e sujeita a regras inflexíveis. Pouco importa a crítica que elas tenham despertado. São normas construtoras, que desautorizam a inserção das emprêsas, a que elas se dirigem, no campo estritamente civil.

As decisões administrativas não têm influência decisiva nos pronunciamentos da justiça. Servem, porém, como contribuição no assunto debatido.

É assente na jurisprudência administrativa que a natureza do agricultor é a daquele que "vive do que lhe dá a terra". Não assim nas grandes indústrias, como as usinas de açúcar, "de atividade comercial e industrial tão grande e tão importante que a maioria delas se organizam em sociedades, registradas na Junta Comercial, como entidades de direito comercial, ao passo que se conservassem como sociedades agrícolas, seu fôro seria o civil e seu registro o especial de imóveis, sujeitos sempre a menores impostos" (Ministério da

Fazenda, Divisão do Impôsto de Renda, "Rev. de Direito Administrativo", vol. 16, pág. 220).

Ao acórdão tomado nessa conformidade (fls. 1.782), ofereceram os recorridos, Artur Cisneiros Cavalcânti de Albuquerque e a Usina das Mercês S. A., os embargos de nulidade e infringentes do julgado deduzidos de fls. 1.785 a 1.803, sustentando, preliminarmente, que a questão federal, objeto do recurso extraordinário, sendo a *exceptio litis* da prescrição da ação, o acórdão embargado, provendo-o para restabelecer o de fls. 1.364, que julgou o mçrito da causa confirmando a sentença apelada, excedeu a questão federal, decidiu além dela, suprimindo o poder jurisdicional da instância local, que não tomou, no acórdão recorrido, conhecimento do mérito da causa; *de meritis*, insistem os embargantes, com copiosos argumentos, em face à lei comercial e leis acessórias, a usina de açúcar é de natureza civil; e sociedade civil em seu objeto ou fim, a prescrição invocada ocorreu, portanto; e quando não fôsse visando a ação proposta anular uma transação, que é instituto de direito civil, regida por normas dêsse direito, civil era essa ação, proposta com tal finalidade, regulada a sua prescrição, assim, pelo Código Civil.

Admitidos os embargos pelo despacho de fls. 1.807, foram impugnados a fôlhas 1.811 *usque* 1.835.

É o relatório com que passo os autos ao Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): Em que pêse aos embargantes, tôda a matéria discutida nestes autos, cinge-se a questão de saber-se qual a natureza - se civil ou se comercial - de uma usina de açúcar.

O acórdão recorrido, do Tribunal de Pernambuco, concluiu tratar-se de emprêsa civil; o acórdão embargado, ao invés, firmou que "as emprêsas organizadas para exploração de usina de açúcar, nos têmpos da recorrida, são consideradas comerciais".

Estou em que a conclusão do acórdão embargado é a mais aceitável, em face dos princípios legais e como mais conforme à lição da doutrina.

Se o que caracteriza a natureza comercial ou civil de uma sociedade é o seu objeto; se considera mercancia, nos termos do art. 19, § 1º, do reg. nº 737, de 1850, compra e venda de efeitos móveis para os vender manufacturados, uma usina de açúcar que recolhe produtos, alheios, não se cingindo aos próprios, é estabelecimento ou empresa mercantil. É a empresa de fábrica a que se refere o mesmo regulamento, art. cit., § 3º.

BENTO DE FARIA - invocado no voto do eminente relator do acórdão embargado - já o afirmara: "quem se limita apenas a lavrar canas não deve, evidentemente, ser considerado comerciante. Mas não assim quem é fabricante de açúcar por profissão e com um fim de lucro. A fabricação em tal caso é mercancia, constitui ato de comércio (reg. nº 737, art. 19, § 3º), quer a fábrica pertença a empresas ou a um indivíduo".

Por igual, sustenta VALDEMAR FERREIRA: "os atos de empresas de fábricas, manufacturas, *usinas*, são comerciais, pela sua própria natureza" ("Tratado", I-368).

A natureza comercial das usinas de açúcar, nas condições da embargante, mais acentuada ficou com o declará-las suscetíveis de falência o dec.-lei nº 3.855, de 1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira).

A sua feição mercantil - salientou o acórdão restaurado pela decisão embargada - resulta mais acentuada do arquivamento na Junta Comercial do primitivo contrato de sociedade, das estipulações relativas ao uso da firma, da divisão dos lucros, e da sua liquidação a ser feita nos termos do Cód. Comercial; transformada em sociedade coletiva, não se modificou a. sua natureza, tanto assim que jamais foi levada a registro em qualquer dos registros públicos, nem o contrato arquivado no Cartório de Títulos e Documentos, tendo sido, entretanto, os atos mais expressivos: e importantes da sua vida levados a registro na Junta Comercial.

Se de empresa mercantil, portanto, se trata, o contrato a cuja anulação visa a ação proposta, por eivado de dolo e fraude, versando sobre obrigações comerciais, é um contrato comercial, ou ajuste de carácter mercantil, regulando-lhe, pois, a. prescrição o art. 442 do Cód. Comercial.

Finalmente, quanto a ter o acórdão embargado se excedido no julgamento da questão federal, restrita à matéria da prescrição sobre que apenas versou o acórdão recorrido, era matéria mais própria para embargos de declaração; dúvida não há, porém, de que, segundo os fundamentos do voto vencedor, - aos quais se reportou para assentar a conclusão pelo provimento do recurso, - a reforma da acórdão recorrido se deu para restabelecer o da apelação, "que julgara não prescrita a ação". Esta, a questão decidida, questão preliminar, objeto do agravo no auto do processo, superada no acórdão de apelação, mas acolhida no acórdão recorrido.

Não tendo, pois, entrado na apreciação do mérito, não poderia o acórdão embargado ter suprimido, como pretendem os embargantes, "o poder jurisdicional local" em relação ao mérito da causa, ou seja a verificação da ocorrência dos alegados vícios do contrato, cuja anulação se pleiteia, e cuja procedência fôra proclamada, assim em 1ª instância como pelo acórdão proferido em grau de apelação, mas sobre os quais silenciou o acórdão recorrido, restrito que ficou à prejudicial da prescrição.

Meu voto é, nestes termos, pela rejeição dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: No final dos embargos alega-se: "Ao contrário do que conclui o respeitável acórdão embargado, em face da lei comercial do Brasil (Cód. de Comércio de 1850) e leis acessórias, a usina de açúcar será civil. Se organizada em forma anônima, por imperativo legal, embora civil o seu objeto, será mercantil por sua forma (cit. dec.-lei nº 2.627, art. 2º, parág. único)" (fls. 1.902). E, como consequência, pleiteiam os embargantes a prescrição alegada.

Não tenho como procedentes os embargos. Usina de açúcar, dadas sua organização, sua finalidade, seu caráter, é empresa comercial.

Por isso, com muito acêrto acentuou o eminente ministro ANÍBAL FREIRE: "No nosso direito, o julgador não pode ficar desatento à circunstância de que a indústria açucareira está submetida a "lei especial, com características

inconfundíveis. O espírito da legislação inquestionavelmente evoluiu, para acompanhar o desenvolvimento da indústria e as suas transformações. O Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei n° 3.855, de 1941) declara que as usinas são suscetíveis de falência, insolvência ou execução judicial" (fls. 1.778-1.779).

Todos êsses pontos estão a indicar a natureza das *usinas*, sociedades, emprêsas com finalidades nitidamente comerciais.

"A usina é uma fábrica montada para conseguir êsses produtos", - afirma PAULO DE LACERDA - "trabalhando sôbre a cana chamada de açúcar, como matéria-prima. Em conseqüência, êsse usineiro é comerciante econômica e jurìdicamente, quer em face do direito científico, quer do positivo brasileiro. Êle exerce a indústria da circulação dos produtos da sua fábrica" (fls. 1.818).

Alude o acórdão do Tribunal pernambucano a um parecer de BENTO DE FARIA, em que esclarece: "Quem se limita apenas a lavrar canas não deve, evidentemente, ser considerado comerciante. Mas, não assim, quem é fabricante de açúcar por profissão e com fim de lucro. A fabricação em tal caso é mercancia, constitui ato de comércio (reg. n° 737, citado, de 1850, art. 19, § 3°), quer a fábrica pertença a emprêsas ou a um indivíduo" (fls. 1.392 v.).

Estou, portanto, com o acórdão da 1ª Turma, pelos fundamentos do voto vencedor, e rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, mantendo o voto que proferi na Turma, rejeito os embargos. Quanto à preliminar suscitada pelo embargante, ela procederia se o eminente Sr. ministro relator do acórdão embargado não se tivesse limitado a julgar não prescrita a ação. S. Ex.^a não apreciou o mérito, pois ocorreu o seguinte: o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em grau de apelação, julgara a ação não prescrita e procedente. Houve um voto vencido, quer quanto à preliminar, quer quanto ao mérito; os embargos versaram preliminar e mérito; o acórdão de embargos julgou a ação prescrita e não teve de examinar o mérito. Sendo assim, o recurso extraordinário Provido, para o fim de julgar não prescrita a ação, há de ser, só

pode ser, para que, em última instância, no julgamento dos embargos, seja apreciado o mérito. Porque de outro modo se suprimiria uma instância. Nem foi outro o pensamento do eminente Sr. ministro ANÍBAL FREIRE, que disse restabelecer o acórdão que julgara não prescrita a ação. Só se cuidou, portanto, da parte relativa à prescrição, único objeto do recurso extraordinário, uma vez que a ela se restringira o acórdão recorrido.

Rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, nada poderia acrescentar aos lúcidos votos que acabam de ser proferidos, mas, na qualidade de relator do acórdão embargado, diante da preliminar levantada pelo ilustre advogado dos embargantes, não tenho senão que recorrer ao que está nos autos. O recurso não poderia deixar de ser conhecido e, nesse ponto, não há menor impugnação pelo ilustre advogado, porque era evidente o dissídio jurisprudencial: acórdão do Tribunal do Estado do Rio declarando que as usinas de açúcar são reguladas pela lei comercial; acórdão do Tribunal de Pernambuco declarando ser civil a natureza dessas usinas. Conhecido o recurso, a Turma tinha de se definir pela tese jurídica a adotar: aplicação da lei civil ou comercial. Quanto à preliminar, não tem fundamento algum, a meu ver. O recurso versava, apenas, matéria de prescrição; simplesmente isso. O acórdão proferido em embargos só se referiu à prescrição; logo, a questão federal submetida à Turma foi a de prescrição e a essa matéria se cingiu a intervenção da 1ª Turma; não houve supressão de instância alguma.

Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, por votação unânime.

Impedido o Exmo. Sr. ministro LAUDO FERREIRA DE CAMARGO, presidente do Supremo Tribunal Federal.

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

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros JOSÉ LINHARES e ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e os Exmos. Srs. ministros RIBEIRO DA COSTA e HAHNEMANN GUIMARÃES, por se acharem afastados, para terem exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros MACEDO LUDOLF e AFRÂNIO COSTA.

*

SENTENÇA - PRAZO

- Não há nulidade onde não há prejuízo. O excesso de prazo para proferir sentença não acarreta a nulidade desta.

Construtora J. Patrício Ltda. *versus* Comercial e Imobiliária Jiquiti Ltda.

Rec. ext. nº 19.895 - Rel. MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.895, do Distrito Federal, em que é, recorrente Construtora J. Patrício Ltda. e recorrida Comercial e Imobiliária Jiquiti Ltda., decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 27 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Luís Gallotti*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Numa ação ordinária movida pela Construtora J. Patrício Ltda. contra Comercial e Imobiliária Jiquiti Ltda., o juiz determinou se realizasse a audiência de instrução e julgamento em 1º de setembro de 1950, às 14 horas (fls. 92).

Tomado o depoimento pessoal da ré (fls. 94) e ouvidas testemunhas (fls. 96 e segs.), foi pelo advogado do autor requerido o adiamento da audiência, por não ter comparecido uma testemunha.

O juiz deferiu, designando o prosseguimento para 28 do mesmo mês de setembro de 1950 (fls. 99).

Foi ouvida a testemunha (fls. 101) e travou-se o debate (fls. 102). Encerrado êste, o juiz marcou, para leitura da sentença, a audiência de 11 de outubro de 1950, às 13 horas (fls. 103 v.).

Feita a conclusão, o juiz, em 29 de dezembro de 1950, proferiu despacho designando para a leitura da sentença o dia 4 de janeiro de 1951, às 13,15 horas (fôlhas 104).

Cópia dêsse despacho foi remetida no mesmo dia ao "Diário da Justiça" (fôlhas 104).

No dia e hora designados, foi publicada, a sentença, julgando a ação procedente, em parte (fls. 108).

Autora e ré apelaram tempestivamente (fls. 109 e 123).

A ré argüiu então a nulidade da sentença, por que proferida por juiz incompetente, conforme o disposto no art. 19 da lei nº 1.301, de 28 de dezembro de 1950, que decreta a perda de competência para o juiz que exceder de mais de outro tanto o prazo em que pela lei deva proferir decisão recorrível (fls. 112).

A autora respondeu que, exatamente em outubro de 1950, o serviço judiciário sofreu grave conturbação, para não dizer paralisação, decorrente da apuração eleitoral, e o juiz, antes da decisão impugnada, passou a acumular. Para demonstrar quanto é infundada a alegação da ré, nem precisa argüir a inconstitucionalidade do invocado art. 19 da lei nº 1.301, pois a matéria de competência, sendo de natureza processual, não pode ficar regulada, no Distrito Federal, de maneira diferente da vigorante nos Estados. Não precisa porque, no caso, regularizados os trabalhos forenses com o retôrno dos juízes incumbidos

da apuração eleitoral, aos 29 de dezembro de 1950 foi designado o dia 4 de janeiro de 1951 para a publicação da sentença, o que de fato ocorreu. E o Código nacional de Processo previu a perda de vencimentos e de tempo de serviço para o juiz moroso, mas não a perda de competência, como fazia a lei processual mineira e faz a nova Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, a qual, além do mais, não poderia ser aplicada retroativamente.

O Tribunal de Justiça decretou a nulidade da sentença, não com fundamento no art. 19 da lei nº 1.301, de 28 de dezembro de 1950 (por ter sido anterior a essa lei a designação da audiência), mas em face do próprio Cód. de Processo, com êsses fundamentos (fls. 163 v.)

"Vê-se dos autos que a audiência de instrução e julgamento foi efetuada no dia 28 de setembro de 1950 (fls. 103). Produziram-se os debates, designada a audiência de 11 de outubro para a publicação e leitura da sentença. Entretanto, nada mais se fez, até que, por despacho nos autos, em 29 de dezembro, foi designado o dia 4 de janeiro de 1951 para a publicação. Manifestas as transgressões, principalmente dos arts. 296 e 271 do Cód. de Proc. Civil, os quais, alegados por uma das partes, em recurso, não podem ser desprezados, embora o direito a aplicar seja diferente do invocado. Dá-se a nulidade sem sanção determinada".

Recorreu extraordinariamente a autora, com fundamento na alínea *a* do artigo 101, III, da Constituição (fls. 166).

Diz que foram violados os arts. 24 e 274 do Cód. de Processo.

Nas razões, a recorrente reproduz a portaria publicada no "Diário da Justiça" de 29 de setembro de 1950, em que o presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou não se realizassem, nas *Varas Cíveis*, as audiências marcadas para o período entre 4 e 23 de outubro de 1950. E argumenta que, ainda admitido o excesso de prazo, isso nunca seria causa de nulidade, em face do sistema do Código, afastada como foi pelo próprio acórdão a aplicação da lei nº 1.301, invocada pela ré. Na verdade, adotou o Código o princípio "*pas de nullité sans grief*". Assim, ainda que a lei cominasse a nulidade pelo excesso de prazo (e não comina), ainda, assim, não deveria esta ser decretada, por força daquele princípio. Acresce que, atento o preceito da identidade física do juiz, a

nova sentença deveria ser proferida pelo mesmo juiz, que certamente repetiria a decisão, com evidente desperdício de tempo.

A recorrida contra-arrazoou, sustentando ser incabível o recurso, por ter havido interpretação da lei. Quanto ao mérito, alega que, quando a lei prescreve determinada forma ao ato, a sua não observância redundaria na ineficácia dêle, mesmo na ausência de cominação, salvo se a nulidade não fôr argüida (art. 273, nº III). E, no caso, foi. Por outro lado, como observa PEDRO BATISTA MARTINS, a observância do art. 271 é condição indispensável ao êxito da reforma processual: a sentença deve ser proferida imediatamente, para que se não apaguem da memória do juiz as impressões que lhe ficarem do tratamento pessoal da causa. A portaria do presidente só determinou a não realização de audiências entre 4 e 23 de outubro de 1950, e a sentença de fls. só foi publicada em 4 de janeiro de 1951.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): No sistema do vigente Código de Processo, a sanção para o juiz que não sentencia no prazo é a perda de vencimentos e de tempo de serviço (art. 24).

Não se estatuiu a perda de competência, explicando PEDRO BATISTA MARTINS que esta medida não dera resultados satisfatórios ("Comentários", vol. 1º, art. 24, pág. 197).

Nem comina a lei, de qualquer modo, a nulidade da sentença proferida fora do prazo, sendo muitos os casos de sentenças assim proferidas, sem que ninguém cogitasse de sua anulação.

No caso, acresce que a demora foi justificada, em face do serviço eleitoral intenso.

Mas, ainda que de nulidade se pudesse cogitar, não haveria como decretá-la na espécie, em obediência ao princípio de que, em regra, não há nulidade onde não há prejuízo.

O acórdão recorrido, portanto, não só ofendeu o citado art. 24, adotando sanção diversa da por êle prevista, como contrariou preceitos em que fundamentalmente assenta o sistema de nulidades do Código.

PONTES DE MIRANDA chega a observar que êste quase só se preocupou com os preceitos contrários à nulidade ou a sua decretação, traduzindo bem o legislador o seu propósito político de salvar os processos ("Comentários", vol. 2º, página 296).

Dispõe o Código, no art. 273, nº I, que, quando a lei prescreve determinada forma, sem a cominação de nulidade, o ato se considera válido se, praticado por outra forma, tiver atingido o seu fim.

Ora, ninguém dirá que uma sentença deixou de atingir o seu fim só porque o juiz demorou, para proferi-la, mais tempo que o fixado na lei.

E se a demora tivesse tal efeito, a anulação, longe de lhe dar remédio, só faria agravá-lo.

Por outro lado, o art. 274 preceitua que, ainda quando cominada nulidade, esta somente será pronunciada se não fôr possível sanar-se a falta ou repetir-se o ato.

E o art. 278, § 2º, acrescenta que não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá o falta, quando não tiver havido prejuízo para as partes.

Ora, não se demonstrou, na espécie, qualquer prejuízo que pudesse justificar a repetição da sentença. Bem ao contrário, da repetição é que poderia advir prejuízo.

Assim, conheço do recurso e lhe dou provimento, para, validada a sentença de fls., determinar que o colendo Tribunal local julgue o mérito das apelações.

DECISÃO

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

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

*

DEPÓSITO BANCÁRIO - USUFRUTO DE CRÉDITO - JUROS

- No depósito bancário, realizado em benefício de terceiro, com a obrigação de o banco pagar juros ao depositante, enquanto viver, não pode o banco, atendendo ao beneficiário, sustar o pagamento dos juros ao depositante.

Banco Industrial Brasileiro S. A. *versus* D. Maria José Soares de Sousa

Ag. nº 14.734 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 14.734, do Distrito Federal, agravante Banco Industrial Brasileiro S. A., agravada D. Maria José Soares de Sousa, assistida de seu marido:

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

Supremo Tribunal Federal, 17 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O MM. juiz de direito Dr. GASTÃO ÁLVARES DE AZEVEDO MACEDO proferiu a sentença de fls. 9 v., *verbis*:

"Vistos, etc.:

"D. Maria José Soares de Sousa, assistida por seu marido, propôs contra o Banco Industrial Brasileiro S. A. a presente ação ordinária, alegando, na longa e erudita inicial, o seguinte: *a)* que, em 2-4-46, Joaquim Infante Vieira da Cunha, obedecendo a instruções suas, entregou à Agência do Banco do Comércio e Indústria de Minas Gerais, Sociedade Anônima em Barra do Piraí, a quantia de Cr\$ 60.000,00, recomendando que, com essa quantia, fôsem adquiridas apólices nominativas da dívida pública da União, para serem averbadas, meio a meio, em nome de Zeni da Silva Pereira e de Everaldo Eduardo da Costa, com a cláusula de usufruto em favor da autora, sogra e mãe dos aludidos beneficiários, aos quais pertenceriam os títulos, após a morte da instituidora do usufruto; *b)* que, mais tarde, em 8-9-46, ainda por intermédio do Dr. Infante, foi enviada uma carta à agência do réu, em Barra do Piraí, autorizando-o a levantar no Banco do Comércio e Indústria de Minas Gerais, Sociedade Anônima, a referida importância de Cr\$ 60.000,00, que lhe fôra entregue, em 2-4-46, para com ela ser aberta uma conta a prazo fixo, também meio a meio, em nome dos mesmos beneficiários, sendo tais contas automaticamente prorrogadas nos respectivos vencimentos; *c)* que, no dia seguinte, o réu comunicava haver efetivado a operação e que o crédito venceria juros de 7,5% ao ano, pagáveis, anualmente, que ali poderiam ser recebidos; *d)* que, em 20-2-47, a autora pleiteou do réu o recebimento mensal dos juros, ao que êste lhe respondeu que iria consultar o Dr. Infante sobre a possibilidade de alteração das condições pactuadas, devendo, porém, a taxa de juros ser reduzida a 6,5 %; *e)* que, logo depois, veio o marido da autora a saber que o banco não mais lhe pagaria quaisquer juros, sob o fundamento de que a autorização anterior dos credores a termo, que qualificou de depositantes, fôra revogada; *f)* que a autora reclamou, alegando que o depósito vinculado constituía usufruto e que as condições do mesmo não poderiam ser alteradas por terceiros beneficiários; *g)* que o réu retorquiu, contestando que houvesse usufruto e que se tivesse obrigado a pagar juros à autora, enquanto vivesse, e que apenas obedecera a instruções dos beneficiários depositantes, que haviam revogado à autorização para pagar juros à autora, sogra e mãe dos ditos depositantes; *h)*

acrescentou, ainda, que não houvera usufruto por não ter havido escritura pública, como porque a suposta usufrutuária não tinha o gozo da coisa, a livre disposição de crédito. Depois de eruditas dissertações sobre usufruto, termina a autora pedindo seja o réu condenado a pagar-lhes, nas épocas oportunas, anualmente, enquanto viver, os juros de 7,5% ao ano sobre os aludidos créditos, sob pena de responder por perdas e danos. Juntou os documentos de fls. 7 e 17. A fls. 26, pediu a autora também fôssem notificados como nus-proprietários do crédito Zeni da Silva Ferreira, Everaldo Eduardo da Costa, o que foi feito por precatória. Contestando a ação, alegou o réu tem resumo: *a)* que a autora pretende ser titular de um usufruto de crédito, o que não é exato, pois nenhuma obrigação poderia gerar para o réu a intenção manifestada pelo Dr. Infante Vieira ao Banco do Comércio e Indústria de Minas Gerais, S. A.; *b)* que também não existe esse usufruto, porque não só não foi feito por escritura pública, como porque não é possível inferir-se a constituição de um direito real, como é o usufruto, de um depósito bancário a prazo fixo, cuja natureza jurídica é diversa e diversa a legislação que a rege; *c)* que, não reunindo o contrato de depósito bancário a prazo fixo os elementos que caracterizam o instituto do usufruto, é evidente que um contrato não se pode transformar em outro; *d)* que uma simples troca de cartas não é suficiente para a constituição de usufruto, tanto mais que não se compreende um usufruto sem o gozo dos frutos e o uso da coisa; *e)* que não basta o direito à percepção dos frutos para que possa ser constituído usufruto, pois é da essência do instituto que o usufrutuário possa cobrar a dívida e emprestar a importância recebida, o que não acontece na hipótese, em que à autora não pode receber os depósitos bancários feitos em nome dos beneficiários. Replicou a autora, a fls. 98, sendo o processo saneado a fls, 101 v. Não houve agravo no auto do processo. Na audiência, debateram as partes o feito pela forma constante do resumo de fls. 103.

"Isto pôsto:

"1. A hipótese dos autos é uma das mais ingratas que tenho encontrado. Quando procuramos enquadrá-la dentro dos moldes clássicos dos diversos institutos jurídicos, refoge-nos pela ausência de um pormenor, lançando novamente a confusão em nosso espírito. Mas é justamente para esses casos que o legislador determina ao juiz que apele para a analogia, os usos e costumes, os princípios gerais do direito, para não deixá-los sem solução. Preliminarmente, porém, é preciso acentuar que, das soluções apontadas nestes

autos, uma, a pretendida pelo banco-réu, tem que ser sumàriamente afastada, porque ensejaria uma situação imoral e contrária ao direito.

"2. Desde logo se percebe que o que a autora pretendeu, desde o princípio, foi fazer uma doação, com reserva de usufruto, fato comum em nosso direito, em que o proprietário pleno, querendo favorecer certa pessoa, transfere ao donatário a nua-propriedade e reserva para si o usufruto. A propriedade se transmite, mas, tratando-se de doação modal, ou com encargo, poderá ser revogada desde que o donatário incorra em mora, obstando ao cumprimento do encargo. Dir-se-á que, para que o ato se tornasse perfeito e acabado, seria necessária a aceitação por parte dos donatários, mas isto é assunto que só poderá interessar ao doador e ao donatário e nunca ao banco, cuja única função é pagar os juros, na forma pela qual aceitou o depósito. Seja, porém, como fôr, a situação real que se criou é a seguinte: o banco-réu recebeu certa quantia em depósito, em nome de terceiros, com a obrigação de serem pagos juros, durante tãda a vida, à depositante (porque a depositante é autora e não os beneficiários, como quer o réu) e aceitou a transação. Constituiu-se, portanto, um verdadeiro usufruto, não podendo, conseqüentemente, o banco receber e executar ordens dos donatários, desfazendo uma transação que êstes não poderão desfazer, sob pena de revogação do ato (art. 1.181, parág. único, do Cód. Civil). Aliás, como já disse, essa forma de usufruto é conhecidíssima, tanto no direito brasileiro, como no direito estrangeiro. CUNHA GONÇALVES descreve as quatro formas pelas quais ela se realiza, entre as quais a dos autos. "A doação do usufruto pode fazer-se de quatro modos: a)...; b) o proprietário pleno, querendo favorecer em sua vida uma determinada pessoa, mas de sorte que esta só tire proveito completo da coisa por morte dêle doador, transfere ao donatário só a *nuda proprietas* e reserva para si o usufruto" ("Direito Civil Português", vol. II, pág. 346).

"Dizer-se que o usufruto só pode ser constituído por escritura pública, parece-me rematado absurdo. O trecho de "CARVALHO SANTOS, a que o réu se refere, trata apenas do usufruto de bens imóveis pois, logo na linha seguinte, escreve êle: "Se o usufruto é instituído por doação, para que seja válido, é essencial que não haja violação das formas prescritas pela lei, sob pena de nulidade, não sòmente para as doações entre vivos, mas ainda para as doações testamentárias, conforme a hipótese" (vol. IX, pág. 334). Ora, CARVALHO

SANTOS não pode ignorar que nos termos expressos do artigo 1.168, do Cód. Civil, a doação pode ser feita por instrumento particular.

"3. Também não me parece exata a afirmação de que o usufrutuário não possa tocar no capital depositado, pois se o mesmo capital estiver ameaçado de perecimento, ou se render pouco, o usufrutuário pode dispor de capital, desde que garanta o proprietário por meio de caução. É a lição do mesmo CUNHA GONÇALVES. *Quid juris*, se os capitais colocados renderem pouco e o usufrutuário quiser obter deles melhor rendimento? Deve ser-lhe permitido o levantamento, visto que é ele o único interessado nos juros, *contanto que o proprietário fique devidamente garantido por meio de caução* (vol. II, pág. 500). Aliás, é preciso acentuar que nem sempre o usufruto se caracteriza pela dualidade de titulares: o nu-proprietário e o usufrutuário. No chamado quase-usufruto, que é o que recai sobre coisas que se consomem (como quando recai diretamente sobre um capital), "o domínio do usufrutuário é resolúvel, e o proprietário tem apenas um direito pessoal de lhe exigir a restituição do bem, quando se extinguir o usufruto. Não há, nesta espécie, a dualidade simultânea de sujeitos de direito, o usufrutuário e o proprietário. Há um só sujeito, que é o usufrutuário, com direitos de dono" (CLÓVIS, volume III, com. ao art. 726, pág. 273). A vida assume feições tão variadas que, muitas vezes, não pode se conter na rigidez dos pressupostos de um instituto de direito. No direito francês, a doutrina tem suprido a norma positiva, que é omissa da mesma maneira apontada por CUNHA GONÇALVES. "O usufrutuário de renda perpétua, reembolsável pelo devedor durante o usufruto, tem qualidade para tocar no capital. Pergunta-se apenas se estará obrigado a *prestar caução* se o título constitutivo a houver dispensado" (PLANIOL, "Traité Élémentaire", vol. I, pág. 1.182). *A contrario sensu*, desde que a caução não houver sido dispensada, o usufrutuário poderá dispor do capital, prestando caução.

"4. A questão, portanto, não pode ser entendida e decidida pela forma rígida e esquemática em que a colocou o réu, sob pena de se tornar insolúvel, quando é certo que todos os atos jurídicos comportam uma solução racional. Aliás, não, percebemos o motivo da alegada impossibilidade de usufruto de depósito bancário. Tem inteira razão a autora, quando declara que, ainda quando não se considerasse configurado o usufruto, ainda assim o banco não poderia se libertar da obrigação assumida, uma vez que, na pior das hipóteses, se configuraria uma estipulação em favor de terceiro. E nós vamos além. Ainda

que a transação não se configurasse em qualquer instituto jurídico, sua solução prática jamais poderia ser a que o banco pleiteia, e aí caberia ao julgador editar a norma que o legislador editaria, diante do caso concreto. O bom senso está a nos dizer que, nem legalmente, nem moralmente, Zeni da Silva Pereira e Everaldo Eduardo da Costa podem impedir o pagamento dos juros à autora, e, muito menos, levantar o capital, *de que não são depositantes*, e o banco-réu se tornaria conivente com êles e responderia, conseqüentemente, por perdas e danos, caso os atendesse.

"5. Em visto do exposto, julgo procedente a ação, na forma pedida na inicial. P. R.

"Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950 - *Gastão Álvares de Azevedo Macedo*".

E o ilustre Tribunal do Distrito Federal, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. desembargador ARI DE AZEVEDO FRANCO, confirmou aquela sentença, como se vê dos autos, fls. 8 v., *in fine*, e 9:

"Apelação cível nº 9.806. Apelante, Banco Industrial Brasileiro S. A. Apelada, D. Maria José Soares de Sousa, assistida de seu marido. Usufruto de crédito. - Art. 719 do Cód. Civil. Sua inalterabilidade por terceiro beneficiário. Procedência da ação. Apelação. Não provimento. Acordam os juízes da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, para manter a sentença apelada, pagando o apelado as custas. A apelada, a princípio, no Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais, S. A., mais tarde transferido ao apelante, depositou em partes iguais, a quantia de Cr\$ 60.000,00 em favor de Zeni da Silva Pereira e Everaldo Eduardo da Costa, com obrigação de lhe serem pagos os juros de 7 ½% ao ano, enquanto vivesse, e, como o apelado, depois de certo tempo, se recusasse ao pagamento dos ditos juros, sob a alegação de que, nesse sentido, recebeu instruções dos beneficiários, propôs, então, a apelada ação contra o apelante, por tratar-se de usufruto de crédito, nos termos do art. 719 do Código Civil, e a sentença apelada de fls. 105 concluiu pela procedência, da ação, ensejando o presente recurso, Incensurável, porém, a sentença apelada. Seu digno prolator mostrou, à saciedade, a procedência da ação, salientando, de forma inédita, e com motivos que se adotam como razões de decidir, que o usufruto de crédito é conhecido, tanto no direito brasileiro, como no direito estrangeiro, assistindo ao

usufrutuário tocar no capital depositado, e, como bem acentua a sentença, ainda que se não considerasse configurado o usufruto, ainda assim haverá uma estipulação em favor de terceiro, e o apelante não se poderá libertar da obrigação que assumiu, e como pretende, por simples entendimento com os credores, à revelia da apelada que é a depositante. Certa, rigorosamente certa, a sentença apelada, e a sua confirmação se impõe.

"Distrito Federal, 27 de outubro de 1950. - *Antônio Vieira Braga*, presidente; *Ari de Azevedo Franca*, relator; *Mém de Vasconcelos Reis*".

Inconformado a essa solução, contra ela suscitou o Banco Industrial Brasileiro S. A. recurso extraordinário, com invocação da letra *a* do art. 101, n° III, da Constituição federal, e alegação de ofensa dos arts. 713, 719, 675, 1.288 e 1.294 do Código Civil.

O recurso, porém, não foi admitido pelo Exmo. Sr. desembargador presidente ADELMAR TAVARES, *ut* despacho de fôlhas, *verbis*:

"A conclusão da sentença a que o acórdão confirma, integrando em seu conteúdo as razões de decidir do juiz, deixam estreme de dúvida que, no caso, não tem relêvo o conhecimento, ou não, da existência de um usufruto. A prova em que se funda a sentença evidencia a procedência da ação. Indefiro o pedido".

Daí o presente agravo, que as partes razoaram.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Ficou realçado na sentença de fls. que a situação real que, no caso, se criou é a seguinte: "o banco-réu recebeu certa quantia em depósito, em nome de terceiros, com à obrigação de serem pagos juros, durante tôda a vida, à depositante... e aceitou a transação. Constituiu-se, portanto, verdadeiro usufruto, não podendo, conseqüentemente, o banco receber e executar ordens dos donatários".

Em face dessa situação, concluiu o MM. Juiz que "nem legalmente, nem moralmente, Zeni da Silva Pereira e Everaldo Eduardo da Costa podem impedir, o pagamento dos juros à autora e, muito menos, levantar o capital de que não são depositantes, e o banco-réu se tornaria conivente com êles e responderia, conseqüentemente, por perdas e danos, caso os atendessem".

Acrescentavam a sentença e o venerando acórdão recorrido que, pôsto não retratasse de usufruto, haveria estipulação em favor de terceiro e aos recorrentes não cabia o desfazimento do ato à revelia da depositante.

Com êsse teor de julgar, o venerando acórdão teria vulnerado os arts. 713, 719, e 675 do Cód. Civil (referentes ao usufruto) e ainda os arts. 1.288 e 1.294 do mesmo Código (que dizem respeito ao mandato).

Na minuta se registra haver o venerando despacho agravado desconsiderado a alegação de ofensa dos preceitos referentes ao mandado - arts. 1.288 e 1.294 do Cód. Civil.

Nenhum dos textos legais sôbre o usufruto foi vulnerado pelas decisões da Justiça local.

O usufruto de crédito é admitido dos doutrinadores, que o não restringem a coisas corpóreas (vêde GENY, "Traité de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation", pág. 37, nº 53).

É certo que a conceituação dêsse que à de direito sôbre direito, que ainda encontra opugnadores poderosos (VENZI e PACIFICI-MAZZONI, "Ist.", II, págs. 269 e 297, *in* CARVALHO DE MENDONÇA, "Do Usufruto", pág. 62, nota 56).

É geralmente admitida a possibilidade de constituir-se crédito objeto do usufruto (Cód. Civil brasileiro, art. 719).

É certo que a conceituação dêsse quase-usufruto suscita dificuldades, dizendo, ao propósito, CARVALHO DE MENDONÇA, que dedica ao assunto considerações momentosas:

"Pensamos... que o artigo de nossa lei civil deve ser interpretado no sentido de admitir o crédito como objeto de um usufruto ou quase-usufruto, conforme a natureza da prestação" (ob. cit., páginas 61-62).

Como quer que seja, e maiormente havendo em consideração o disposto no artigo 719, não se pode concluir pela ocorrência, no caso, de vulneração dos preceitos citados, tanto mais quanto, admitida, para dilatar a área da controvérsia, a impossibilidade do usufruto de crédito, considerou a justiça local como se tratasse de estipulação em favor de terceiro.

E nesta hipótese, em face do artigo 1.098 e seu parág. único, do Cód. Civil, a pretensão da autora neste pleito se mostraria de integra procedência, como foi reconhecido.

Quanto aos preceitos legais sôbre mandato, a sentença e o aresto guardam silêncio, nem se sabendo se o assunto foi trazido à baila no discurso do pleito.

De resto, nem prova existe da ocorrência dos pressupostos dos arts. 1.288 e 1.294 do Cód. Civil.

Nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, *data venia* de V. Ex.^a, dou provimento ao agravo.

DECISÃO

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

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

BANCO DO BRASIL - ISENÇÃO FISCAL - IMPÔSTO PREDIAL

- O Banco do Brasil está isento, não só de taxas, mas também de impostos, inclusive o predial.

- **VOTO VENCIDO DO MINISTRO BARROS BARRETO:** O Banco do Brasil, embora seja sociedade de economia mista, não perde a característica de pessoa jurídica de direito privado. A imunidade tributária a êle outorgada se restringe aos serviços de natureza pública.

Banco do Brasil S. A. *versus* Fazenda Municipal de Belo Horizonte

Rec. ext. nº 16.217 - Rel.: MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos. relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 16.217, de Minas Gerais, em que é recorrente Banco do Brasil S. A. e recorrida Fazenda Municipal de Belo Horizonte, etc.:

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

Supremo Tribunal Federal, 20 de dezembro de 1951. - *Barros Barreto*, presidente; *Ábner de Vasconcelos*, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: Vingou, perante o Dr. juiz da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, o executivo fiscal movido pela Prefeitura Municipal contra o Banco do Brasil S. A., reclamando o pagamento da importância de Cr\$ 85.832,40, correspondente a impôsto predial nos exercícios de 1944-45 (sentença de fls. 36).

Houve agravo de petição, a que negou provimento o ilustre Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a seguinte fundamentação:

"Relatados êstes autos de agravo número 3.167, de Belo Horizonte, e

"Considerando que a Fazenda Municipal reclama impostos e taxas, referentes a 1944-45, sôbre o prédio do Banco do Brasil S. A., sito à rua do Espírito Santo; considerando que o proprietário recusa o pagamento, invocando o decreto nº 24.094, de 7 de abril de 1934; considerando, porém, que tal instrumento legislativo deixou de ter validade, no tocante à tributação predial urbana, em face do estatuído no art. 13, § 2º, da Constituição de 1934, pois, passando ela a *pertencer* ao Município, só a êste competia dizer se a isenção era ou não mantida; considerando, por outro lado, que não se trata de incidência sôbre a atividade do Banco do Brasil S. A. em serviço público federal, mas sôbre um prédio onde esta pessoa de direito privado realiza operações comuns de estabelecimento de crédito; considerando que, se há julgados do egrégio Supremo Tribunal no sentido da isenção, os numerosos votos vencidos permitem dizer que ainda não se firmou jurisprudência a respeito:

"Resolve-se negar provimento ao recurso, para se manter a sentença recorrida. E custas pelo Banco do Brasil S. A., agravante.

"Belo Horizonte, 13 de outubro de 1949. - *Batista de Oliveira*, presidente; *A. Vilas Boas*, relator; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*.

Interpôs recurso extraordinário o Banco do Brasil S. A., sob invocação do artigo 101, nº III, alíneas *a*, *b* e *d*, da Constituição federal, nos termos da petição a fls. 60.

O recurso, tempestivo, teve processo regular, falando, a fls. 81, a douta Procuradoria Geral da República:

"*Preliminarmente*, o recurso de fôlhas 60-62, manifestado em tempo oportuno, é cabível, pelo fundamento das alíneas *b* e *d* do preceito constitucional, e, *de meritis*, é de se lhe dar provimento, em parte, a fim de, reformado o venerando acórdão recorrido, ser reconhecida ao recorrente a imunidade fiscal pleiteada, relativamente aos impostos referidos nas certidões de fls. 3-4.

"Procede a ação fiscal apenas quanto à exigência das taxas remuneratórias de serviços.

"O Banco do Brasil S. A. desempenha serviço público federal, por delegação da União, e funciona como agente executor de sua política econômica e financeira, gozando, por isso, de ampla imunidade tributária, relativamente a quaisquer impostos federais, estaduais ou municipais, conforme decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários ns. 5.943 (1ª Turma), 6.153 (embargos, Tribunal Pleno) e 11.030 (1ª Turma), em acórdãos de 16 de outubro de 1944, 12 de abril de 1944 e 22 de novembro de 1948, de que foram relatores, respectivamente, os eminentes ministros LAUDO DE CAMARGO, JOSÉ LINHARES e RIBEIRO DA COSTA.

"Distrito Federal, 29 de novembro de 1951. - *Oscar Correia Pina*, procurador da República.

"De acôrdo. - *Plínio de Freitas Travassos*".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO: No tocante ao Banco do Brasil S. A., está fora de dúvida a incidência das taxas remuneratórias de serviços, consoante jurisprudência pacífica; desta, porém, tenho ousado divergir, no ponto em que isenta dito estabelecimento bancário do pagamento de quaisquer impostos federais, estaduais ou municipais, valendo citar os votos emitidos nos recursos extraordinários ns. 3.315, 3.316, 5.943, 6.143 e 15.452. Atenda-se de resto, ao acórdão proferido pelo Pretório Excelso, a 15 de setembro de 1948, no recurso extraordinário número 7.866, acêrca da constitucionalidade do dec. n° 24.094, de 7 de abril de 1934 (certidão a fls. 43-46).

O Banco do Brasil S. A., embora sendo uma sociedade *sui generis* de economia mista, não perde a característica de pessoa jurídica de direito privado. E, de conseguinte, a imunidade tributária há de restringir-se aos serviços de natureza pública.

Ora, na espécie, não se trata de simples taxa remuneratória ou de impostos relativos ao exercício de serviço público federal, isto é, por delegação da União ou como órgão da administração financeira e econômica do país; os impostos exigidos pelo Fisco estadual referem-se a imóvel de propriedade do Banco, onde funciona a sua agência, sujeito, portanto, a tributação, por parte do Estado ou do Município.

Indiscutível é a admissibilidade do presente remédio face ao conflito jurisprudencial, mas, na conformidade dos meus pronunciamentos anteriores, entendo que não merece corrigenda o venerando acórdão *sub censura*.

Em assim sendo, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, dou provimento ao recurso, de acôrdo com meus votos anteriores a respeito. Entendo que o Banco do Brasil S. A. só não está isento do pagamento de taxas, mas o está quanto aos impostos.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, dou provimento ao recurso, por entender que o Banco do Brasil está isento do pagamento de impostos.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Sr. presidente, dou provimento ao recurso, nos têrmos do voto do eminente ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: tomaram conhecimento, unânimemente, e deram provimento, contra o voto do relator.

Por não ter assistido ao relatório, não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro LUÍS GALLOTTI.

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

*

TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIA - CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE

- É ineficaz a cláusula de inoponibilidade, pela qual fica a transportadora exonerada da responsabilidade por dano, perda ou roubo de mercadoria, quando tais riscos possam ser cobertos por seguro.

Cia.Comércio e Navegação *versus* Mútua Catarinense de Seguros Gerais

Rec. ext. nº 15.719 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 15.719, do Distrito Federal, recorrente Cia. Comércio e Navegação, recorrida Mútua Catarinense de Seguros Gerais:

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

Supremo Tribunal Federal, 6 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Lê-se, nos autos de fls. 64, o acórdão do teor seguinte:

"*Ementa*: Contrato de seguro - Cláusula de inoponibilidade - Ineficácia - Aplicação do art. 1º do dec.-lei número 19.473.

"Em face do nosso direito positivo, não há mais lugar para controvérsias acerca da admissibilidade da cláusula da inoponibilidade, dados os precisos termos do art. 1º do dec.-lei nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 804, em que é apelante Cia. Comércio e Navegação, e apelada Mútua Catarinense de Seguros Gerais:

"Acordamos juízes da 5ª Câmara, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

"Trata-se de uma ação da seguradora para haver da apelante a importância por ela desembolsada com o pagamento do sinistro, consistente no desaparecimento de uma caixa que devera ser entregue no pôrto de João Pessoa, pelo vapor "Potengi". O fato está admitido, apenas se controvertendo a respeito da obrigação de ressarcir em face de existir cláusula de inoponibilidade em benefício da apelante. Com muito acêrto, decidiu a sentença apelada no sentido de repelir essa pretensão. Efetivamente, jurisprudência reiterada tem sido desta Câmara a de não admitir a validade da aludida cláusula, dados os termos peremptórios do art. 1º do dec.-lei número 19.473, de 1930, que não dão margem e trancam, de um modo absoluto, qualquer possibilidade de divagações teóricas a respeito.

"Custas na forma da lei.

"Distrito Federal, 18 de novembro de 1950. - *Duque Estrada*, presidente e revisor; *Edgar Ribas Carneiro*; *Miguel Maria de Serpa Lopes*, relator".

Daí o presente recurso extraordinário, pedido nos termos de fls. 66:

"A Companhia Comércio e Navegação, nos autos da apelação cível nº 804, fundada no art. 101, III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, interpôs para o egrégio Supremo Tribunal Federal *recurso extraordinário* do venerando acórdão proferido na citada apelação que, por unanimidade, confirmou a sentença de primeira instância.

"O venerando acórdão, julgando inoponível, anula, portanto, a cláusula de conhecimento marítimo, em que o armador exonera a responsabilidade da transportadora por perdas, danos, roubos de mercadorias, quando êstes riscos possam ser cobertos pelo seguro, interpretou de modo diverso do que entendeu a mesma cláusula o egrégio Supremo Tribunal Federal na apelação cível nº 6.111 (*in* "Diário da Justiça" de 12 de agosto de 1932, pág. 4.991) e o Tribunal de Justiça dêste Distrito, na apelação cível nº 380, julgada em sessão de 19 de dezembro de 1947, bem como na apelação cível número 6.693, publicada no "Diário da Justiça" de 17 de junho de 1946, páginas 1.119-1.120.

"Isto pôsto, a suplicante requer a V. Ex.^a haja de mandar tomar por têrmo a recurso e prosseguir nos ulteriores de direito.

"P. deferimento.

"Rio, 6 de janeiro de 1948. - *S. Haddack Lôbo*, insc. nº 914".

Razões a fls. e fls.

A julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Em acórdão da lavra do Exmo. Sr. desembargador SERPA LOPES, do douto Tribunal de Apelação do Distrito Federal, ficou decidido que, "em face do nosso direito positivo, não há mais lugar para controvérsias acêrca da cláusula de inoponibilidade, dados os precisos têrmos do art. 1º do dec. nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930".

A aludida cláusula foi considerada imprestadia, em face dos têrmos desenganados do art. 1º do citado dec. número 19.473.

Trata-se de exoneração de responsabilidade da transportadora por perdas, danos, roubos de mercadorias, quando possam ser cobertos por seguro.

Mas, por força do art. 1º do dec. número 19.473, de 1930, com a modificação do dec. nº 19.754, de 18 de março de 1931, considera-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da obrigação da entrega da mercadoria pelo transportador.

Na cláusula discutida. se declarava não responder o armador por avarias, perdas, danos, roubos ou qualquer outro risco que possa ser coberto pelo seguro.

Havendo a cláusula por inválida, em face do preceito citado, é claro não haver o aresto vulnerado qualquer lei, em sua literalidade.

É exato que, no entendimento de brilhantes juristas e magistrados, a cláusula aludida não proclama a irresponsabilidade de uma das partes, mas só a exoneração da responsabilidade do devedor por atos de seus prepostos.

Mas, o mesmo é expor essa douta opinião que mostrar não se achar a opinião contrária negrejada da viltade de ofensora da lei em sua mesma literalidade.

Alude o venerando aresto a "divagações teóricas" ao propósito do assunto.

É, de feito, em doutrina, muito haveria que dizer a respeito da admissibilidade mesma da cláusula de não-indenizar e da influência que, ao desate do problema, oferece a circunstância de estar inserta em contrato de adesão, em que, segundo RIPERT, na citação de ADAUTO FERNANDES ("Cláusula de não-responsabilidade" pág. 155), "uma das partes impõe sua lei e a outra é obrigada a suportá-la".

AGUIAR DIAS expõe, excelentemente, a tese da ineficácia absoluta da cláusula, as razões em que se esforça a corrente liberal que lhe defende a ampla validade e a tentativa de conciliação ("Cláusula de não-indenizar", ed. "REVISTA FORENSE", págs. 39 e segs.).

Como observa DEMOGUE, trata-se de questão "*très importante et susceptible de se présenter sous des aspects très divers*" ("Des Obligations en Général", vol. V, pág. 425).

Como observei, porém, a cláusula, no caso, não foi repelida em nome de princípios, mas de texto de lei. E a inteligência dêste, como vedador da cláusula, apesar dos defeitos de redação tão àsperamente censurados pelo autorizado AGUIAR DIAS, não envolve ofensa de letra de lei.

O próprio JOÃO VICENTE CAMPOS, que dedicou ao assunto brilhante estudo, alude ao dec. n° 19.473 como ineficaz para a solução da controvérsia, *verbis*: "... o fato de o Brasil não ter tomado posição contra as cláusulas exonerativas, serviu somente aos interesses estrangeiros. Houve, de certo, uma intervenção do legislador nesse sentido, com o decreto n° 19.473, de 10 de dezembro de 1930, mas tão desajeitado que a situação permaneceu a mesma. Houve também intervenção dos poderes públicos através da Marinha Mercante. Esta, porém, quando todos os países civilizados se insurgiam contra a nocividade das cláusulas, e, por isso, repeliam-nas de seus sistemas jurídicos tratou de avigorá-los na armação brasileira" ("REVISTA FORENSE", vol. 121, pág. 30).

A Comissão de Marinha Mercante, porém, não tem poderes de legislador, e ver no art. 1° do dec. n° 19.473 proibição da cláusula discutida não é violar a letra mesma e a lei.

Os demais argumentos do recorrente têm sido examinados em outros arestos e desencontrado acolheita, sendo certo que não darão êles ensejo ao recurso extraordinário.

Em face das citações do recorrente, conheço do apêlo pela letra *d*, negando-lhe, porém, provimento:

DECISÃO

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

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

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - SOMA DE PRAZOS - LEGATÁRIO - TERCEIRO

- A acessão de tempo de contratos de locação que se sucedem, com prazo determinado, não é contrária à Lei de Luvas, e está conforme à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Resguarda a defesa do fundo comercial.

- O legatário do locador não é terceiro no contrato de locação. Substitui o locador falecido.

Espólio do Dr. Alfredo Constantino Vieira *versus* Carlos Wehrs & Cia. Ltda.

Rec. ext. nº 17.763 (embs.) - Rel. MIN. MACEDO LUDOLF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos infringentes, no recurso extraordinário nº 17.763, do Distrito Federal, sendo embargante o espólio do Dr. Alfredo Constantino Vieira e embargados Carlos Wehrs & Cia. Ltda.:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, rejeitar ditos embargos, por maioria de votos, nos têrmos das notas taquigráficas que integram o julgamento.

Supremo Tribunal Federal, 24 de janeiro de 1951. - *Laudo de Camargo*, presidente; *Edmundo de Macedo Ludolf*, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Adoto o relatório de fls. 229 e segs., da lavra do Sr. ministro EDGAR COSTA, aduzindo ter a egrégia 2ª Turma julgadora, pelo acórdão de fls. 241, por unanimidade de votos, conhecido do recurso extraordinário, e, por maioria, dado provimento ao mesmo, pelos fundamentos dos votos que serão lidos por ocasião do julgamento.

Ao acórdão foram opostos os embargos de fls. 243 e segs., que foram contestados a fls. 267 e segs., e, como fôssem juntados documentos, determinei, pelo despacho de fls. 274, a retirada dêles.

A douta Procuradoria Geral da República opinou, a fls. 376, pelo parecer que será lido.

A revisão.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: Sr. presidente, o ilustre advogado dos embargados levantou questão que inova a matéria tratada no recurso extraordinário, e, neste, o Tribunal só tem de se atar à questão decidida na justiça local. Tôda questão que possa inovar o que ficou resolvido no plano da justiça local está fora do âmbito do recurso extraordinário e a alegação de que o embargante não é mais locador nem proprietário do imóvel é matéria que não foi apreciada. Por êste motivo, afasto esta matéria do julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ LINHARES: A ação foi proposta para o fim de renovação de um contrato de locação, cujo prazo era de quatro anos. Dêste modo, não estava a firma locatária de gôzo de um direito assegurado pelo dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934. Verdade é que há julgados no sentido de que para o efeito de prorrogação de locação contam-se os prazos anteriores a ela.

Não prescreve a citada lei que, para o efeito mencionado, os prazos sejam adicionados. Deve-se ter em atenção o prazo do contrato a ser renovado, e não os dos outros, tanto mais quando, no caso, não foi em tempo renovado o contrato de locação, mas simplesmente feito outro pelo prazo de quatro anos.

Ora, o citado dec. nº 24.150, de 1934, foi inspirado na necessidade de regular as relações entre proprietários e inquilinos - por princípios uniformes de equidade - como está manifestado na exposição de motivos da nova lei. Dêste modo, é de se tomar em consideração o valor do imóvel, em relação à sua localização, e a possibilidade da sua valorização, tanto mais possível quanto é notória a desvalorização da moeda, em face das emissões do papel-moeda.

A admitir-se a renovação do contrato nos termos pretendidos pelo recorrido, seria proclamar-se o enriquecimento ilícito por uma parte. em detrimento do direito de propriedade, assegurado pela Constituição federal.

Razão é por que recebo os embargos para restabelecer a decisão do Tribunal de Justiça, proferida em embargos.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (revisor): Sr. presidente, sôbre a questão nova, trazida da tribuna pelo nobre patrono dos embargados, faço minhas também as palavras do eminente ministro relator, que precederam a anunciação do seu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (revisor): Não havia como se prorrogar, compulsòriamente, a locação em aprêço, por isso que, *ex vi* do art. 2º, letra *b*, do dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, é de cinco anos o prazo mínimo do contrato a ser renovado.

Admite-se, por sem dúvida, a soma dos prazos de locações anteriores sucessivas, para o cômputo daquele período legal, garantindo-se, assim, o "fundo de comércio". Mas, era de quatro anos a duração do contrato de arrendamento de Carlos Wehrs & Cia. Ltda., ora embargados, ao passo que tinham decaído do direito de renovação do contrato precedente.

À vista do exposto e *data venia* dos votos vencedores, no julgamento perante a egrégia 2ª Turma, recebo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): Sr. presidente, a matéria é amplamente conhecida, conto ainda hoje tivemos ocasião de julgar, e o egrégio Supremo Tribunal tem jurisprudência pacífica no sentido de que o direito de renovação do contrato locativo não pode deixar de ser reconhecido, quando a soma dos prazos contratuais ininterruptos faça recair a situação na hipótese estabelecida na Lei de Luvas, em virtude da qual êsse direito tem que ser respeitado.

Pouco importa que os contratos tenham períodos diversos; o que é preciso ver é a continuidade do vínculo estabelecido entre as partes. Foi justamente êste o ponto que ainda hoje se decidiu aqui, mas a maioria do Tribunal inclinou-se no sentido de não dar a renovatória, porque naquele caso havia ocorrido um hiato na situação contratual, ou, por outras palavras, não teria havido contrato escrito entre os litigantes durante um período certo, determinado, ininterrupto.

Na espécie que ora se debate, o que se alude é que o primeiro contrato não teria sido objeto de ação renovatória, proposta no prazo de seis meses, estabelecido no dec. nº 24.150. Mas, também não se põe dúvida, a meu ver, salvo engano, que as partes convieram em fazer novo contrato que importava continuação do anterior.

De modo que se estabeleceu, assim, o elo que a jurisprudência tem consagrado para o efeito da garantia do fundo de comércio.

Outras questões foram debatidas, como seja a de que os legatários de uma das partes que faleceu deviam ser considerados terceiros e, portanto, não presos a essa situação contratual anterior. Ora, isto é ponto de direito que, a meu ver, não oferece margem a qualquer debate.

A garantia contratual, mesmo após a morte de um dos contratantes, assenta na própria lei e não pode deixar de ser respeitada por seus sucessores. Êstes são obrigados a manter os compromissos anteriores ao falecimento, salvo situações especiais em que se possa deixar de estabelecer êsse princípio, que é princípio geral dominante.

Diante dessas considerações, Sr. presidente, desde que hoje, em situação Idêntica, a meu ver, porque então entendi que os prazos contratuais tinham sido mantidos ininterruptos, necessariamente devo aqui garantir a renovação contratual com fundamento na existência de prazos continuados. Assim, *data venia* dos eminentes Srs. ministros relator e revisor, chego à conclusão oposta a que Suas Excelências acabaram de enunciar ao Tribunal, e, nestas condições, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, *data venia* da egrégia Turma, também rejeito os embargos. No presente caso, devo começar por dizer que não se assemelha ao anterior; no caso anterior, frisei bem, por ocasião de votar, que havia um hiato entre os contratos, ou, por outra, entre as locações por tempo determinado, houve um período de 19 meses em que não houve contrato escrito, tendo havido locação por tempo indeterminado, o que impedia a somação de prazos. De modo que, ditas estas palavras, que estabelecem perfeita distinção entre o caso atual e o anterior, passo a proferir meu voto.

Rejeito os embargos. O art. 30 da Lei de Luvas declara nulas quaisquer cláusulas ou quaisquer contratos. que visem elidir os objetivos da lei, e, nomeadamente, cláusulas proibitivas da renovação do contrato de locação. Ora, um dos expedientes mais comuns, que se verificaram logo no início da Lei de Luvas, era exatamente êste, de se estabelecer um contrato com prazo menor de cinco anos para que, na ocasião do término do contrato, fôsse impedida a ação renovatória, pela inexistência de contrato com o prazo de cinco anos, uma das condições substancialmente exigidas.

De modo que, atendendo a isto é que a jurisprudência adotou o critério da somação dos prazos, para impedir, de acôrdo com o art. 30 do dec. nº 24.150, que fôsse obstada a proteção ao fundo de comércio. O essencial é que haja o ajustamento de um contrato ao outro e que sejam todos por tempo determinado; não importa que a ação renovatória não haja sido exercida; não houve necessidade de ser feita compulsoriamente; os interessados foram a cartório e firmaram um contrato por mais quatro anos, após o término da vigência do

contrato anterior, que era de sete anos; quer dizer: prorrogaram a locação por mais quatro anos; somados êsses quatro anos ao anterior, temos 11 anos.

Também não colhe o argumento de serem locadores os herdeiros do anterior. O argumento não tem qualquer repercussão; como acentuou o Sr. ministro LUDOLF, êles são sucessores, e, nessa qualidade, naturalmente recebem o contrato nas mesmas condições do anterior. A proteção legal acompanha o fundo de comércio.

Feitas estas considerações, estou de pleno acôrdo com o Sr. ministro MACEDO LUDOLF, *data veria* da Turma.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, rejeito os embargos; fui voto vencedor no acórdão embargado.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Sr. presidente, sempre votei pela soma dos prazos e o ilustre advogado dos embargados citou votos meus neste sentido. O caso é diverso do anterior, em que não admiti a soma, porque havia entre os contratos escritos um período de contrato verbal, por tempo indeterminado. O argumento em que se basearam os eminentes Srs. ministros relator e revisor, de que, com relação ao contrato anterior (de sete anos), teria havido a decadência da ação renovatória, *data veria*, não procede, porque o que se perdeu foi a ação renovatória, mas o prazo anterior não desapareceu e assim não ficou obstada a sua soma ao seguinte.

Mantendo o entendimento de sempre, *data venia* da ilustre Turma, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, fui voto vencido; mantendo meu voto, recebo os embargos, de acôrdo com a ilustre Turma.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, a questão da soma dos prazos, no caso, vem provar que a jurisprudência firmada em plena vigência da lei é contrária à sua letra, que exige o prazo de cinco anos. Na espécie, houve um contrato de sete anos e, no curso desse prazo, formou-se um outro contrato de quatro anos. Como somar os dois prazos, para perfazer, não cinco anos, mas 11 anos?

De modo que, a admitir-se essa soma de prazos, será decidir contra dispositivo expresso do dec. nº 24.150.

Reportando-me aos fundamentos do meu voto na Turma, acompanho o Sr. ministro relator, recebendo os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Sr. presidente, divirjo, *data venia*, da egrégia Turma e, guardando coerência com votos anteriores, mantenho o acórdão que se adapta perfeitamente à jurisprudência dêste Tribunal, admitindo a acessão de tempo que, *data venia*, não é contra a lei: apenas amplia o seu sentido e resguarda a defesa do fundo comercial, de acôrdo com a finalidade de lei.

VOTO

O SR. MINISTRO ANÍBAL FREIRE: Sr. presidente, coerente com voto que proferi no caso Serrador, julgado na sessão, e tanto num como noutro caso ressalvei a proteção ao fundo de comércio. Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: rejeitaram os embargos, contra os votos dos Srs. ministros relator, revisor, LAFAYETTE DE ANDRADA e EDGAR COSTA.

Deixaram de comparecer os Exmos. Srs. ministros RIBEIRO DA COSTA e HAHNEMANN GUIMARÃES, que se acham afastados, para ter exercício no Tribunal Eleitoral, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. ministros MACEDO LUDOLF e AFRÂNIO COSTA.

CALAMIDADE PÚBLICA - SOCORRO DO GOVERNO FEDERAL - INTERÊSSE DE AGIR

-- Se a pessoa atingida pela calamidade pública tem interêsse em que a União preste auxílio ao Estado, para dêste lograr parte do auxílio, falta-lhe interêsse para convocar a União a juízo, para diretamente receber dela êsse auxílio.

- VOTO VENCIDO DO MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O prejudicado pela calamidade pública, que provoque lei de auxílio do Govêrno federal, pode demandar a União para que efetive o socorro legalmente autorizado e em que o Estado-membro funciona como simples intermediário.

União Federal *versus* Cia. Estrada de Ferro e Minas de São Jerônimo e outra

Rec. ext. nº 19.610 - Rel. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos acordam, em sessão da 1ª Turma, por unanimidade de votos, conhecer do presente recurso - em que é recorrente a União Federal e recorridas a Cia. Estrada de Ferro e Minas de São Jerônimo e outra - e, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para restabelecer o acórdão que julgou a apelação, nos têrmos das notas taquigráficas que ficam incorporadas a êste.

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES: Alegaram, em ação ordinária, a Cia. Estrada de Ferro e Minas de São Jerônimo e a Cia. Carbonífera Minas de Butiá, que, em 1936, tendo havido, no Estado do Rio Grande do Sul, grandes enchentes que determinaram enormes danos à lavoura, o Govêrno federal promulgou a seguinte lei:

"Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder ao Estado do Rio Grande do Sul o auxílio de RS. 6.000:000\$000, para atender aos danos causados pelos últimos temporais e inundações que se verificaram naquele Estado.

Parág. único. O auxílio concedido será entregue ao Governo do referido Estado à medida que forem sendo apresentados comprovantes das quantias por êle requisitadas, para o que o Poder Executivo abrirá, então, as créditos extraordinários necessários, até o limite acima indicado (art. 186, nº 1, parte II, da Constituição federal)".

As propriedades das autoras foram prejudicadas pelas enchentes, em razão do que, documentados êsses prejuízos, pediram o seu pagamento ao Governo da União, que lhes não atendeu. Propuseram então a presente ação, julgada improcedente pela sentença de fls. 85, de que apelaram os autores, não conseguindo êxito no egrégio Tribunal de Recursos. Embargaram o acórdão, e foi julgada procedente, em parte, a ação, contra o voto do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS. Manifestou o Dr. subprocurador geral da República recurso extraordinário, com fundamento no art. 101, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição federal, achando que o acórdão atentara contra o art. 1º, parágrafo único, da lei nº 348, de 21 de dezembro de 1936, e art. 6º da lei nº 11, de 24 de novembro de 1937, e dissentira do acórdão dêste Tribunal constante da apelação nº 2.685, acórdão inserto na "Rev. do Supremo Tribunal Federal", volume 34, pág. 92.

Por despacho fundamentado do Sr. ministro MACEDO LUDOLF, foi acolhido o recurso. Devidamente processado, pronunciou-se o Dr. procurador geral pelo seu cabimento, no seguinte voto:

"*Preliminarmente*, o recurso de fôlhas 229-232, manifestado em tempo oportuno, é cabível pelo fundamento da alínea a do preceito constitucional, por isso que, julgando procedente, em parte, a ação ajuizada, o venerando acórdão

de fôlhas 227, com remissão às notas taquigráficas de fls. 196 a 225, contrariou, em sua letra, o art. 1º, e seu parágrafo, da lei nº 346, de 18 de dezembro de 1936.

"*De meritis*, de acôrdo com as jurídicas alegações do ilustre Dr. subprocurador geral da República, opino pelo provimento do recurso, a fim de, reformado o venerando acórdão recorrido, ser restabelecido o aresto de fls. 145, que, confirmando a sentença de primeira instância, julgou improcedente a ação ajuizada.

"Como bem assinalou o ilustre Dr. juiz de direito, na sua jurídica decisão de fls. 85-87, a lei nº 346, de 1936. não mandou o Governo federal indenizar os prejuízos causados pela inundação, mas tão-sòmente o autorizou a prestar um auxílio ao Estado do Rio Grande do Sul.

"Assim, ficou o Poder Executivo com o arbítrio de cessar o auxílio, uma vez que a lei apenas o autorizara fixando o máximo do *quantum* a ser despendido. E o auxílio seria dado ao Estado, e não diretamente a particulares, que não teriam um direito subjetivo contra a União, mas apenas um *direito reflexo*".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): No conciso e brilhante parecer do Dr. procurador geral foi a questão objetivada com clareza e segurança. O acórdão recorrido feriu de frente o art. 1º da lei nº 346. O Govêrno federal, por essa lei, não assumiu a obrigação de ressarcir os prejuízos de tôdas as vítimas de catástrofes ocorridas no território do Rio Grande. Concedeu apenas um auxílio ao Estado, para que êste atendesse aos danos causados. É o teor da lei:

"Fica o Poder Executivo autorizado a conceder ao Estado do Rio Grande do Sul o auxílio de..... Rs. 6.000:000\$000, para atender aos danos causados pelos últimos temporais e inundações que se verificaram naquele Estado".

É verdade que o Govêrno da União, no intuito de zelar pela exata aplicação de seu auxílio, exigiu que o Estado lhe fôsse apresentando os comprovantes à medida que fizesse as requisições. Disse o parág. único: "O auxílio concedido será entregue ao Govêrno do referido Estado à medida que forem sendo apresentados comprovantes das quantias por êle requisitadas...". Essa, porém, foi uma cautela que não ampliou a responsabilidade da União. Antes a restringiu, porque logo adiante o parágrafo acrescentou: ... para o que o Poder Executivo abrirá, então, os créditos extraordinários necessários, até o limite acima indicado...". Aliás, nem sequer se poderá dizer que a lei concedeu. A lei autoriza o Poder Executivo a conceder o máximo de Cr\$ 6.000.000,00. Assim, podia o Executivo, a seu arbítrio, conceder os Cr\$ 6.000.000,00 integrais, parte dêsses Cr\$ 6.000.000,00, ou coisa nenhuma, porque a lei lhe conferia uma faculdade. Não querendo dar mais do que já deu, ainda estaria o Executivo dentro da lei.

Em regra, os prejuízos resultantes de casos fortuitos não se indenizam. O poder público auxilia os prejudicados por um ato de liberalidade.

A obrigação de pagar precisa, por isso, resultar de textos expressos. Do contrário, se há de decidir contra ela.

Por estas razões, dou provimento ao recurso, para restabelecer o acórdão que julgou a apelação.

VISTA

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado o julgamento, por haver pedido vista o Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, depois de votar o Sr. ministro relator, que conhecia do recurso e lhe dava provimento.

Impedido o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha em gôzo de licença.

VOTO

O SR. MINISTRO NÉLSON HUNGRIA: O socorro da União aos Estados, no caso de calamidade pública, sempre teve, entretanto, o caráter de um imperativo constitucional.

Na Constituição de 34, que é a que nos interessa na espécie, se dizia que os Estados proveriam, a expensas próprias, as necessidades de sua administração, "devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar". Em outubro de 1936, ocorreram, no Estado do Rio Grande do Sul, enchentes de tal extensão que assumiram a feição de calamidade pública. O então governador do Estado dirigiu-se ao Senado Federal, expondo a situação aflitiva daquela unidade da Federação, decorrente da ação devastadora dos temporais e inundações, e foi, à vista disso, apresentado pelo senador AUGUSTO SIMÕES LOPES um projeto de lei para que fôsse acudida nessa emergência a terra gaúcha. Na justificação do projeto, acentuaram-se, entre outros graves danos, os seguintes: inundação dos poços das minas de carvão, com interrupção da extração do minério, e destruição de galerias internas nas minas de São Jerônimo. O projeto veio resultar na lei nº 346, de 21 de dezembro de 1936, que assim dispôs:

"Fica o Poder Executivo autorizado a conceder ao Estado do Rio Grande do Sul o auxílio de Rs. 6.000:000\$000, para, atender aos danos causados pelos últimos temporais e inundações que se verificaram naquele Estado.

Parág. único. O auxílio concedido será entregue ao Govêrno do referido Estado à medida que forem sendo apresentados comprovantes das quantias por êle requisitadas, para o que o Poder Executivo abrirá, então, os créditos extraordinários necessários, até o limite acima indicado (artigo 186, § 1º, parte II, da Constituição federal)".

É de se ver para logo, e nisto discordo do eminente Sr. ministro relator, que, reconhecida a calamidade pública e tendo sido solicitado auxílio à União pelo governador do Estado, a lei nº 346 não atribuiu ao Executivo federal uma simples *faculdade*, mas impôs um iniludível *dever*.

A fórmula "fica autorizado", de estilo meramente convencional, jamais poderia abstrair o caráter imperativo do preceito constitucional, uma vez averiguadas e reconhecidas pelo Congresso Nacional as condições de sua aplicação ao caso concreto. Isto pôsto, passamos a examinar o caso em aprêço, em face do parág. único do art. 1º da lei nº 346. Dispõe-se ali que o Poder Executivo da União, à proporção que forem sendo apresentados os comprovantes das quantias por êle requisitadas, abrirá os créditos extraordinários necessários, até o limite de Cr\$ 6.000.000,00. Raciocinando-se que o Estado não dispunha de numerários para fazer face à calamidade, os comprovantes não seriam de despesas por êle feitas, mas de somas necessárias à reparação de danos, realmente verificados.

Entre os muitos prejudicados, se achavam os recorrentes, a que fôra feita menção expressa na própria justificação do projeto do senador SIMÕES LOPES. Por dois engenheiros nomeados, a requerimento dos recorrentes, pela Prefeitura de São Jerônimo, foi realizada perícia para averiguação e avaliação dos danos sofridos pelos recorrentes. Em seguida, dirigiram-se êstes ao Govêrno estadual, solicitando encaminhamento do processo ao Govêrno federal; mas êste, ao receber o processo, declarou que o crédito aberto, de acôrdo com a lei nº 346, deixara de vigorar, de modo que só seriam atendidas as despesas efetivamente realizadas, mediante créditos especiais. De novo, o Govêrno estadual dirigiu-se ao Govêrno da União, devolvendo-lhe o processo, de acôrdo com parecer aprovado pelo secretário da Fazenda do Estado e assim concebido: "Com os documentos ora apresentados e informações prestadas pela Prefeitura de São Jerônimo, parece-me que o processo pode ser devolvido ao Ministério da Fazenda". Neste Ministério, a Diretoria da Despesa opinou pela abertura do crédito. A Contadoria da República, entretanto, opinou de modo contrário, dada a situação deficitária do Tesouro nacional.

Finalmente, o ministro da Fazenda opinou por que se atendesse tão-sòmente ao ressarcimento das despesas realmente verificadas, excluídos os lucros cessantes (também pretendidos pelos recorrentes). Não estêve, porém, por tal solução o Sr. presidente da República, que assim se pronunciou: "O Estado não tem obrigação de indenizar emprêsas particulares de prejuízos causados por calamidade pública; cabe-lhe, sim, o dever de assistência aos pobres e desamparados que não tenham recursos para suprir suas necessidades".

Ora, evidentemente, não se tratava de *obrigação de indenizar*, que estará excluída pelo caso fortuito, mas de *socorrer*, de fornecer meios, na conformidade do preceito constitucional, para atenuar, de modo geral, as conseqüências de uma calamidade pública, e não apenas para ministrar recursos aos pobres e desamparados. A paralisação dos serviços de mineração dos recorrentes, afetando o próprio interêsse econômico da Nação, foi, indiscutivelmente, uma das conseqüências calamitosas das inundações. Nem se diga que não houve requisição do Govêrno estadual no caso vertente. Poderia não ter havido uma requisição em forma típica; mas, se o Govêrno do Estado reconheceu, oficialmente, em face de documentos apresentados pelos recorrentes e de informações prestadas pela Prefeitura de São Jerônimo, a procedência da reclamação, e isto mesmo comunicou ao Govêrno federal, seria excesso de formalismo dizer-se que não foi atendida a condição do parágrafo único do art. 1º da lei nº 346.

Tampouco se pode dizer que o direito das recorrentes é meramente *reflexo*. É, ao contrário, direto, imediato, de que se fizeram titulares como vítimas da calamidade. Em face destas, o Govêrno estadual teria de figurar como mero *intermediário*, como simples *transmissor* dos dinheiros remetidos pela União. E se houve, por parte desta, recusa de remessa do auxílio pecuniário legítimamente reclamado pelas recorrentes, têm estas o direito de demandar diretamente a União.

Entendo, porém, que o auxílio somente pode referir-se aos danos que entram no âmbito propriamente da calamidade pública, afetando sensivelmente o interêsse geral. No caso de que se trata, os danos que se podem considerar tais são apenas os decorrentes da inundação dos poços e galerias, de que resulta, transitòriamente, a paralisação da indústria carbonífera das recorrentes. Não se trata de operar uma recomposição *in extensum*, mas tão-sòmente de atender às despesas estritamente necessárias à Recuperação dos poços e galerias, no sentido da possibilidade do retôrno à sua utilização prática. Tôdas as demais despesas, mesmo as referentes a obras de reparação de embarcadouro destinado apenas à *facilitação* do transporte de minério (e não à imprescindível *necessidade* dêsse transporte), bem como às de socorro a operários, aos quais assistia direito próprio contra as recorrentes e contra a União, devem ser excluídas.

As verbas comprovadas para esgotamento dos poços e galerias e perda do material nêles existente atinge a soma de Cr\$ 1.379.559,80.

Assim, dou provimento, em parte, ao recurso, para reduzir a êsse algarismo a condenação da União.

EXPLICAÇÃO

O SR. MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES (relator): Sr. presidente, ouvi, com a máxima atenção, o voto lançado com a mestria de sempre pelo eminente ministro NÉLSON HUNGRIA, e, *data venia* de S. Ex.^a, ainda não estou convencido de que devesse a União, obrigatòriamente, ressarcir os prejuízos que acaso tiveram as recorrentes.

O que a Constituição de 1934 e as outras Constituições dizem é que compete aos Estados, por via de regra, prover tôdas as despesas tendentes ao bem-estar, ao confôrto, ao socorro de suas populações. Nos casos, porém, de calamidade pública é aconselhável que a União preste socorros a essas populações, devendo, contudo, diz a Lei Maior, os Estados solicitar êsses socorros. Quer dizer: a União presta o socorro se o Estado o solicitar. A Constituição não traçou regras de como deverá ser dado êsse auxílio.

Ora, ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul uma calamidade, - chuvas seguidas de enchentes - e no Congresso Nacional foi proposto um auxílio àquela unidade. Na lei respectiva se declarava que: ficava o Poder Executivo *autorizado* a conceder, etc. Não se disse que o Poder Executivo concederia, que a União concederia, mas ficava ela autorizada a conceder. Autorizava-se então a dar um auxílio até Cr\$ 6.000.000,00, à proporção que os socorros fôsem sendo solicitados e apresentados os comprovantes. Dependia, portanto, do arbítrio do Executivo achar que tais auxílios deviam ser prestados, e entendeu o Sr. presidente da República que êsses Cr\$ 6.000.000,00 eram para socorrer aos pobres e não às companhias. Tendo o Poder Executivo possibilidade de lançar mão dêsse dinheiro como bem entendesse, preferiu essa orientação: socorrer aos pobres e não às emprêsas, orientação que considero acertada.

Ainda aí dependeria de apresentar o Estado, em cada uma das verbas, os comprovantes.

Ora, não consta que o Estado se dirigisse ao Governo da União, dizendo: fiz estas despesas, preciso dêsse auxílio - aí estão os comprovantes.

Os comprovantes aparecem depois da reclamação feita ao Estado, não, porém, ao Governo da União.

Nestas condições, parece-me que, não podendo o Governo da União assumir responsabilidade que não foi instituída em lei nem consta de contrato, não podemos condená-la a êste pagamento. Era o esclarecimento que desejava dar.

VISTA

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por pedido de vista do Sr. ministro LUÍS GALLOTTI, depois dos votos dos Srs. ministros relator e NÉLSON HUNGRIA, ambos conhecendo do recurso, ao passo que o primeiro dava provimento *in totum*, o segundo dava provimento em parte ao recurso.

Impedido o Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha licenciado.

VOTO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: Peço vênua ao eminente ministro NÉLSON HUNGRIA para acompanhar o voto do eminente ministro relator, porque, no caso, não têm as recorridas um direito subjetivo que pudessem reclamar judicialmente contra a União.

A lei federal nº 346, de 1936, autorizou a concessão de um auxílio ao *Estado do Rio Grande do Sul*.

Dispunha, na verdade, a Constituição de 1934, em cuja vigência foi votada aquela lei, que aos Estados cabe prover, a expensas próprias; as necessidades de

sua administração, *devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade, os solicitar* (art. 7º, nº II).

Se a União *deve* em tal caso prestar socorros, conclui-se que existirá aí uma obrigação. É exato.

Mas, duas vezes, claramente, indica o preceito constitucional que o direito correspondente a essa obrigação pertence ao Estado: quando diz que a União prestará socorros ao *Estado* e quando declara beneficiário deles o *Estado que os solicitar*.

Não pode, portanto, nascer daí, para *pessoas de direito privado*, porque domiciliadas no Estado, um direito ajuizável contra a União.

Poderia, sim, surgir um pleito entre o Estado e a União, da competência originária do Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 101, nº I, letra *e*).

Já sustentei, muitas vezes, com apoio na lição de MORTARA e outros, que o *interêsse* basta para autorizar o ingresso em Juízo, mas, para vencer o litígio, é necessário que se tenha um *direito*.

O que as recorridas têm é um interêsse (o de que o Estado requisitasse em seu favor o auxílio ao Governo federal), mas não um direito, porque titular dêste é o Estado e, assim, só o Estado poderia ter êxito numa ação contra a União.

Certamente, observa MORTARA, a todo direito subjetivo corresponde um interêsse. Há, porém, interêsses que não assumem a categoria de direitos. Para êstes é que se pode invocar fundamente a tutela do Poder Judiciário, Aquêles apenas autorizam a solicitação ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, de acôrdo com o Sr. ministro relator.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS BARRETO (presidente): *Data venia*, acompanho o eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, conhecendo do recurso, mas dando-lhe provimento, em parte.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, para convocação de ministro da 2ª Turma julgadora, por haver empate: os Srs. ministros relator e LUÍS GALLOTTI tomaram conhecimento do re;curso e lhe deram provimento *in totum*, ao passo que os Srs. ministros NÉLSON HUNGRIA e Sr. presidente, conhecendo do recurso, davam-lhe provimento em parte.

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

VOTO - DESEMPATE

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: A questão dos autos se encontra equacionada à perfeição nos doutos votos proferidos e as diferenças, que os extremam, se acham traçadas nitidamente.

Sou convocado apenas a me pronunciar *circa merita*, ultrapassada, que está, a preliminar do conhecimento do apêlo.

Pela Constituição federal de 1934, que domina a espécie, pôsto devessem os Estados prover, com os seus recursos mesmos, as necessidades de sua administração, receberiam da União socorros, se os solicitassem em caso de calamidade pública.

Assim o determinava o art. 7º, nº II, daquela Constituição, *verbis*:

"Compete privativamente aos Estados prover; a expensas próprias, as necessidades de sua administração; devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar".

No caso de calamidade pública, dilucidava PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1934", tomo I, página 315), prevê a Constituição os socorros pelo Centro: socorros gratuitos, em caráter de

assistência, ou, quando a União mesma não tiver meios, a título de empréstimo, no todo ou em parte.

Nessa hipótese, não há intervenção federal. Os auxílios são postos à disposição do Governo estadual, talvez municipal, que, por meio de seus funcionários, ou em virtude do art. 7º, parág. único, os aplica.

É função de assistência atribuída à entidade de direito público mais poderosa em favor dos Estados-membros. O seu cumprimento, que não é uma largição, uma liberalidade pura e simples, depende também do Poder Legislativo, através de autorização, que, no caso, foi outorgada.

O reconhecimento, porém, dessas verdades não basta ao desate do caso.

Se é a União o sujeito passivo dessa verdadeira *obligatio*, cumpre determinar o seu sujeito ativo: se a pessoa física ou jurídica atingida pela calamidade, ou se o Estado, por intermédio do qual seriam aquêles socorridos.

E essa indagação se torna indispensável, porque não se trata de indenização, mas de assistência a vítimas de *vis maior*, de *damnum fatale*.

Se pender à conclusão de ser o Estado o *reus credendi* da *obligatio*, o remate indesviável a que se chegará é o de ao particular descompetir ação contra a entidade maior de direito público interno, por ausência de *interêsse*.

É sabido que os conceitos de direito processual sofreram revisão radical.

Pela teoria tradicional, é a ação um elemento do direito, o direito mesmo no momento de sua realização forçada.

FERRARA, cujo é o conceito acima enunciado, lembra, ao propósito, as palavras de UNGER:

"Il diritto d'azione appartiene come un lato del diritto stesso. Poi ch'è stà nell'essenza del diritto l'elemento della coercibilità, e poi ch'è il diritto solo in tanto è perfettamente efficace in quanto esso ha la forza della coercibilità, per autonomo attacco di farsi valere giudizialmente, è l'azionabilità del diritto non

una cosa estranea al diritto or aggiunta dal di fuori, ma piuttosto unimmanente naturale qualità: il diritto contiene concettualmente la possibilità di farsi riconoscere e valere giudizialmente. L'azione non è che il diritto stesso allo stato di guerra..." (in FERRARA. "Dir. Civ.", págs. 332-333).

É sabido que, modernamente, se procura dar à ação conceito próprio, autônomo e desentrosado do direito material, para conceituá-la como direito à proteção jurídica, direito à prestação jurisdicional do Estado e que tem caráter público-processual.

Como quer que seja, o *interêsse*, se integra em sua mesma ontologia. É-lhe elemento substancial. E que, no caso, *data venia*, inexistente. Em que consiste, na certa verdade, o *interêsse*?

A doutrina clássica, escreve JOSÉ ALBERTO DOS REIS ("Processo Ordinário", pág. 268), ensina que o *interêsse* deve ser *legítimo*, isto é, baseado num direito reconhecido pela lei. Mas, a fórmula é equívoca e pode levar a confusão entre *interêsse* e *procedência* do pedido.

O elemento de que se trata está apenas no *interêsse* da solução do pleito, por ser a parte sujeito da relação.

O *interêsse* de que deriva a legitimidade, continua o professor português, consiste em as partes serem os sujeitos da relação jurídica submetida à decisão do juiz, o que se determina pela, causa de pedir e pela posição da parte com respeito a essa causa.

Há, pois, que examinar o *fundo* da questão (a *legitimatio ad causam* é preliminar de mérito, como disse LOPES DA COSTA), e o ato ou fato que serve de fundamento à ação e ver a posição das partes a respeito desse ato ou fato.

No caso, o fato não diz respeito à pessoa física ou jurídica atingida pela calamidade, mas ao Estado que se servirá da assistência da União, para, a seu critério, determinar as pessoas, instituições e lugares em que o benefício deve ser vertido para atenuar as conseqüências gerais da calamidade. Tanto que, pelo parág. único do art. 1º da lei, e de conformidade com a Lei Maior, devia o

auxílio ser entregue ao Govêrno do Estado à medida em que êste apresentasse comprovante das quantias requisitadas. De resto, conforme assinalaram os doutos votos de fls., o *socorro*, pelo art. 7º, nº II, da Constituição federal, era prestado ao *Estado* e não aos indivíduos, melhor às pessoas de direito privado.

Se, na condição de prejudicadas pelas enchentes, tinham as emprêsas recorridas interêsse em que prestasse a União socorro ao Estado, para dêste lograr parte do auxílio a ser distribuído em bem e prol da coletividade, falecia-lhes *interêsse* que as autorizasse a convocar a União a juízo para, diretamente dela, receber o auxílio de que se trata.

O interêsse das emprêsas era de aplicabilidade eventual, como diria JOÃO MENDES ("Direito Judiciário", pág. 145), e, pois, desconsistente para fundamentar a ação de que tratam os autos.

Com a vênia de V. Ex.^a, Sr. presidente, e do eminente Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA, voto de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator MÁRIO GUIMARÃES e com o eminente ministro LUÍS GALLOTTI: dou provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: unânimemente, conheceram do recurso e lhe deram provimento *in totum*, contra os votos dos Srs. ministros NÉLSON HUNGRIA e presidente, que davam provimento em parte.

Impedido o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, substituto do Exmo. Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha em gôzo de licença.

Tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro OROZIMBO NONATO, convocado na forma regimental, por ter havido empate.

*

FALÊNCIA - AÇÃO REVOCATÓRIA - AÇÃO PAULIANA

- Distinguem-se a ação revocatória, de índole falencial, e a ação pauliana, genuinamente civil.

- Não é essencial à, revocatória que qualquer dos credores habilitados na falência já o fôsem ao tempo do ato, cuja ineficácia se propugna pela ação. Contrariamente, na pauliana, esta só pode ser proposta pelos credores que já o eram ao tempo do ato, cuja anulação se pleiteia.

- O "eventus damni" é elemento constitucional da ação pauliana; não o é da revocatória.

Antônio Coelho de Moura e outro *versus* Massa Falida de Coelho de Moura S.
A.

Rec. ext. nº 8.717 - Relator: MINISTRO EDGAR COSTA

ACÓRDÃO

Acordam em Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime da sua 2ª Turma julgadora, - relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário número 8.717, do Estado de São Paulo, em que são recorrentes Antônio Coelho de Moura e Luís L. Reid, e recorrida a massa falida de Coelho de Moura S. A., - não conhecer preliminarmente do mesmo recurso, na conformidade dos votos constantes das notas anexas da assentada do julgamento.

Custas pelos recorrentes.

Supremo Tribunal Federal, 6 de abril de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Edgar Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDGAR. COSTA: O liquidatário da massa falida de Coelho de Moura S. A. propôs contra os ora recorrentes, com fundamento no art. 56 da Lei de Falências, uma ação revocatória, para o fim de ser restituída à massa a importância de Cr\$ 186.974,30, indevidamente desviada pelos mesmos da sociedade falida.

A ação foi julgada. procedente, em parte. Apelaram os réus. O Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 2ª Câmara Cível, não conheceu da apelação do ora 1º recorrente, Antônio Coelho de Moura, considerando-o deserta por falta de preparo, e negou provimento à da autora, a massa falida, e à do ora 2º recorrente, rejeitando a alegação diste de que, ao tempo em que foi feito o pagamento que se Queria anular, não existia nenhum dos atuais credores habilitados na falência, de sorte que não podia ter havido Intenção de prejudicar credores. Fundou-se a Câmara em que, "no conceito de *consilium fraudis* não entra *animus nocendi*, isto é, a vontade deliberada de prejudicar credores, bastando que o devedor tenha a consciência de que o seu ato causará êsse prejuízo. É a lição de MIRANDA VALVERDE ("A falência no direito brasileiro", vol. 1º, nº 31). Também com relação à *participatio fraudis*, não se cogita da intenção de prejudicar, mas do conhecimento que o terceiro deve ter da situação da insolvência do devedor e do resultado que o ato acarretará para os credores (loc. cit.). Ora, isso foi o que se verificou. A situação da sociedade era má e passando de mal a pior foi ter à falência. Os réus eram intimamente ligados. Não podia Luís L. Reid desconhecer aquela situação, nem que o recebimento a que a sentença se refere era mera doação ou liberalidade. Tinha, pois, consciência do prejuízo que sofreria a sociedade. Como assinala MIRANDA VALVERDE, na obra já citada, e no lugar também citado, não exige a existência de credores anteriores ao ato fraudulento, bastando a prova do prejuízo. "E êste é evidente. Improcede, pois, o recurso de Luís L. Reid" (acórdão às fôlhas 214).

Contra êsse acórdão manifestaram ambos os réus recurso extraordinário: o 1º, Antônio Coelho de Moura, com fundamento na letra *a* do preceito constitucional, com a alegação de terem sido contrariados os arts. 4º, comb. com os artigos 816 e 832 do Cód. de Proc. Civil, bem assim o art. 92, eis que considerou deserta a sua apelação, sem que tivesse tal circunstância sido objeto de pedido pelo outro litisconsorte, ou seja, sem que nenhuma das partes tivesse a iniciativa de reclamar a alegada falta de preparo (fôlhas 216); o 2º, Luís L. Reid, com base nas letras *a* e *d*, por ter sido a decisão recorrida proferida contra a letra do art. 56 da Lei de Falências, e em divergência com vários arestos de outros Tribunais, que cita (fls. 221).

O recurso foi arrazoado e contra-arrazoado (fls. 230 e 237). Pedida, pelo primitivo relator do recurso, Sr. ministro CASTRO NUNES, a audiência do Dr.

procurador geral da República, assim se pronunciou o Dr. LUÍS GALLOTTI, então no exercício desse cargo:

"O primeiro recurso (fls. 216), fundado na alínea *a* do preceito constitucional, visa ao acórdão de fls. 214, na parte em que julgou deserta a apelação do primeiro recorrente e, em consequência, prejudicado o agravo no auto do processo por êle interposto.

"Ora, tal decisão, longe de ser contrária ao texto da lei, bem a aplicou.

"Não cabe, por conseguinte, o primeiro recurso, que, aliás, nem foi arrazoado.

"O segundo recorrente invocou as alíneas *a* e *d* (fls. 221).

"Mas também aqui não se demonstrou ofensa à letra da lei, nem diversidade de jurisprudência sobre a mesma relação de direito.

"Diante do exposto, opinamos que os dois recursos não sejam conhecidos".

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA (relator): A tese sustentada pelo 2º recorrente é a de que para o exercício da ação revocatória é preciso que um, pelo menos, dos credores da massa seja anterior ao ato impugnado; a existência de credores anteriores a êsse ato, que se pretende anular, é, nos termos do art. 56 da Lei de Falências, pressuposto da ação revocatória. O acórdão recorrido, tendo, ao invés disso, e invocando a opinião de MIRANDA VALVERDE, firmado que não se exige a existência de credores anteriores ao ato fraudulento, teria contrariado aquêle dispositivo da Lei de Falências, segundo o qual poderão ser revogados, também, relativamente à massa, todos e quaisquer atos, enquanto não prescritos, praticados pelo devedor, na intenção de prejudicar credores, provando-se fraude, de ambos os contraentes".

A tese sustentada pelo recorrente foi por êle submetida, em recurso de revista, às Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal paulista, que a rejeitaram com

argumentos procedentes: "Embora haja íntimo parentesco e pontos de contato entre a ação revocatória, de índole falencial, e a pauliana, genuinamente civil, contudo elas se regem, sob certos aspectos, por princípios jurídicos que substancialmente diversificam. A ação pauliana é individual. Deve ser tangida, pelos credores individualmente prejudicados; pelo ato acoimado de fraudulento (Cód. Civil, artigo 106, parág. único). A ação revocatória, tendo por objeto o pronunciamento da ineficácia de atos prejudiciais aos credores em geral (arts. 55 e 56 da Lei de Falências), relativamente à massa falida, só poderá ser movida pelo liquidatário em nome da massa (art. 59). Deixa de ser defesa *individual* para tornar-se "defesa *coletiva*".

Estriba-se mais o acórdão recorrido na lição de BONELLI, para quem, diversamente da ação pauliana, na revocatória o patrimônio do devedor é submetido à liquidação em vantagem: de todos os credores, consorciados entre si por força do concurso; o seu efeito é a devolução da coisa ao *patrimônio do devedor*, sobre o qual já não tem direito o devedor, mas sim a massa, a quem unicamente aproveita, sem distinção entre credores anteriores e credores posteriores (acórdão por certidão a fls. 226).

No mesmo sentido, a lição de CARVALHO DE MENDONÇA: "todos os credores: anteriores e subseqüentes ao ato revogado ficam com o mesmo direito sobre o objeto que reentrou no patrimônio do "devedor" ("Tratado", vol. VII, nº 579).

O texto legal não faz restrições: fala em credores em geral, *verbis*: "atos... praticados pelo devedor na intenção de prejudicar credores".

Se não é contrário ao texto literal dêsse dispositivo, o acórdão recorrido emprestou-lhe a inteligência, que é a melhor. Donde incabível o recurso, com fundamento na letra *a*.

No que se refere à fraude, a sua ocorrência é uma questão de fato, que, considerada provada pelo acórdão recorrido, é matéria que escapa à revisão, através do recurso extraordinário.

Quanto, finalmente, à divergência jurisprudencial, as decisões trazidas à colação não autorizam concluir-se pela sua existência, de molde a justificar o recurso com êsse fundamento.

Em relação ao 1º recurso, como bem acentuou o Dr. procurador geral em seu parecer, a decisão recorrida, longe de ser contrária ao texto da lei, bem a aplicou. As apelações foram interpostas individualmente, em nome pessoal de cada um dos réus, e apenas consta, de fls. 204, o preparo da que foi interposta pelo ora 1º recorrente.

Pelo exposto, e na conformidade do parecer do Dr. procurador geral da República, preliminarmente, não conheço, por incabível, de ambos os recursos.

VOTO - PRELIMINAR

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

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O *eventus damni* é elemento constitucional da ação pauliana, pelo que só, os credores que já o eram ao tempo do negócio incriminado a podem exercitar útilmente.

O Cód. Civil é expresso.

O mesmo não passa, entretanto, na Lei de Falências, o que elimina a ocorrência da hipótese da letra *a*.

Concordo com o eminente relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram dos recursos, sem divergência de votos.

Impedido o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

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

*

CAUSA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- A palavra "causa" se apresenta, no texto constitucional, com tôda a amplitude, e a decisão suscetível de recurso extraordinário não é apenas a que põe fecho e cláusula ao pleito mas ainda, a que se tome no discurso do processo e sôbre a qual haja a justiça local enunciado sua palavra derradeira.

Domício Gabriel de Vasconcelos *versus* Amâncio Braichi

Ag. nº15.245 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 15.245, de Minas Gerais, agravante Domício Gabriel de Vasconcelos, agravado Amâncio Bralchi:

Acorda o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, integrando neste o relatório *retro* e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, dar provimento, nos têrmos do voto do relator.

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 4 de janeiro de 1952. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: O caso dos autos se reflete, em suas linhas principais, no acórdão transcrito a fls., *verbis*:

"Vistos êstes autos de agravo da comarca de Pará de Minas, entre partes: Amâncio Braichi, agravante, e Domício Gabriel de Vasconcelos, agravado:

"Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do agravo e, por unanimidade de votos, dão-lhe provimento para, cassando a decisão recorrida, mandar que se prossiga na causa, marcando-se outra audiência, com as formalidades legais.

"Assim decidem porque, hoje, em face da jurisprudência firmada pelas Câmaras Civis dêste Tribunal, está assente que, mesmo na hipótese de não ter comparecido o autor, por seu advogado, à audiência de instrução e julgamento, não se decreta a absolvição da instância requerida pelo réu sem, antes, se marcar o prazo de 24 horas para justificar a ausência. E, não tendo sido observada essa formalidade no caso, provêm o recurso para o fim declarado do recurso, visto que juntou prova bastante para a justificação da falta".

Descontente dessa solução, Domício Gabriel de Vasconcelos opôs-lhe recurso extraordinário, invocando as letras *a* e *d* do art. 101, nº III, da Constituição federal.

A letra *a*, por ofensa do art. 268, I, do Cód. de Proc. Civil, e a letra *d*, por divergir o aresto transcrito dos acórdãos que cita, dêste Supremo Tribunal Federal.

Mas, o pedido de recurso deu com êste despacho do Exmo. Sr. desembargador presidente BATISTA DE OLIVEIRA:

"Indefiro o recurso extraordinário manifestado pela petição de fls., uma vez que visa ao acórdão de fls., que, não sendo decisão final, não pode ser objeto da dita interposição. É seu dispositivo: "dão-lhe provimento para, cassando a decisão recorrida, mandar que se prossiga na causa, marcando-se outra audiência, com as formalidades legais". A decisão agravada decretou a absolvição da instância, mas foi reformada para que a causa prosseguisse. O acórdão objetivado pelo

recurso extraordinário, longe de haver decidido a causa em definitivo, teve só o caráter ordinatório do processo, é um interlocutório simples, sem fôrça de definitivo. Houvesse surgido na primeira instância e não comportaria recurso algum, pois é sabido que, da decisão que não absolve da instância, descabe qualquer recurso. Aparecendo na segunda instância, menos desafiaria o recurso extraordinário".

Daí o presente agravo, que trouxe o lastro das razões de fls. e fls.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Sôbre o assunto que os autos versam, mais de uma vez manifestei minha insignificativa opinião, que atende aos ensinamentos de CASTRO NUNES, MATOS PEIXOTO, etc.

A palavra causa se apresenta, no texto constitucional, com tôda a amplitude (CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", pág. 328), e a decisão suscetível do apêlo extremo não é apenas a que põe fecho e cláusula ao pleito, mas, ainda, a que se tome no discurso do processo e sôbre a qual haja a justiça local enunciado sua palavra derradeira.

Nem importa, com a devida vênia, se trate de decisão de única instância. Ponto é seja irrecorrível na justiça local.

A decisão passível do apêlo extremo é, como disse CASTRO NUNES (liv. cit., pág. 331), a *irrecorrível* nas instâncias locais. Se há uma *federal question*, de qualquer natureza, decidida à última na instância local, possível será o recurso extraordinário, se verificados os seus demais extremos.

Ora, no caso, a decisão discutida não pode mais se reagitar no processo, rendendo, pois, ensejo ao apêlo extremo, se for o caso, pôsto se mostre insuscetível de recurso ordinário.

Nestes têrmos, dou provimento, para que, independentemente do fundamento do venerando despacho recorrido, o Exmo. Sr. desembargador presidente

considere, no uso da faculdade do art. 865 do Cód. de Proc. Civil, se é caso do recurso extraordinário pedido.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA. LAGOA: Sr. presidente, dou provimento ao agravo, de acôrdo com V. Ex.^a.

VOTO

O SR. MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES: Sr. presidente, tratando-se de decisão meramente interlocutória, estou de acordo com o despacho denegatório.

Assim, nego provimento ao agravo.

VOTO

O SR. MINISTRO EDGAR COSTA: Sr. presidente, decisão recorrível é aquela que é irrecurrível na instância local. Dou provimento ao agravo, de acôrdo com V. Ex.^a.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento, nos termos do voto do relator, contra o voto do Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

Deixou de comparecer, por motivo justificado, o Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

*

TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIA - PRESCRIÇÃO

- A ação do segurador para haver do transportador indenização correspondente ao que pagou ao destinatário da mercadoria, não se aplica a prescrição ânua, relativa às ações para entrega da carga. Se êsse preceito faz correr a prescrição ânua desde o dia em que findou a viagem, é porque visa à ação proposta contra o transportador pelo destinatário, pois a ação do segurador, nascendo depois, não pode ter aquela mesma data por marco inicial da prescrição.

Corporação Lloyd's *versus* Houlder Brothers & C.º Ltd. (Brazil)

Rec. ext. nº 19.418 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.418, do Distrito Federal, em que é recorrente a Corporação Lloyd's e recorrido Houlder Brothers & C.º Ltd. (Brazil), decide o Supremo Tribunal Federal, em 1ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, unânimemente, de acôrdo com as notas juntas.

Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1951. - *Luís Gallotti*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI: O acórdão de fls. 115, com base no art. 449, nº II, do Cód. Comercial, julgou prescrita a ação movida por Corporação Lloyd's (Departamento de Recuperações) contra Houlder Brothers & C.º Brazil Ltd., para reclamar indenização correspondente ao valor da carga que, embarcada em navio da ré, não foi entregue ao destinatário, tendo êste recebido o respectivo seguro de um dos membros da corporação-autora, que assim ficou sub-rogada nos direitos do mesmo destinatário.

Disse o acórdão:

"A jurisprudência ainda se mantém em divergência sôbre o prazo da prescrição da ação, variando a aplicação à espécie dos arts. 442 e 449 do Cód. Comercial.

Esta Câmara, porém, tem dado aplicação ao art. 449, nº II (acórdão recente, de 17 do corrente mês de outubro, na apelação cível nº 9.690), ou a prescrição anual.

"Por êsse dispositivo, prescreve em um ano a ação para a entrega da carga, contado do dia em que findou a viagem. A sentença entendeu que, tratando-se de avaria *parcial*, aplicável deveria ser o artigo 449. Entretanto, e como acentuou o insigne CARVALHO DE MENDONÇA: "o art. 449, nº II, contém uma disposição genérica. Qualquer que seja a razão pela qual o expedidor não entregue *parte ou toda a carga*, a prescrição é a mesma" ("Tratado", vol. VI, parte III, nº 1.779).

No mesmo sentido se manifestou o saudoso HUGO SIMAS.

"Argumenta-se, nas razões, que a ação é de indenização, como sub-rogada a autora no direito do segurado, mas a isso responde vantajosamente o ministro BENTO DE FARIA, de que a prescrição 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, ou o reembolso de preço, quando vendidas para atender às necessidades do navio (comentários ao art. 449).

Se, portanto, a viagem terminou a 1 de junho de 1948, quando as mercadorias foram desembarcadas, a ação, proposta somente em 5 de setembro de 1949, já se achava prescrita. Pereceu o direito da autora. A preliminar de prescrição tem, assim, procedência".

Recorreu extraordinariamente a autora, com fundamento nas alíneas *a* e *d* e citando acórdão divergente, do Supremo Tribunal Federal (fls. 118).

As partes arazoaram.

É o relatório.

VOTO

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

E dou-lhe provimento, de conformidade com o invocado acórdão, de que foi relator o eminente ministro OROZIMBO NONATO, e com os votos que tenho proferido em igual sentido, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal.

O art. 449 do Cód. Comercial diz que as ações para entrega da carga prescrevem em um ano, a contar do dia em que findar a viagem.

Mas, na espécie, não se trata de ação para entrega da carga, e sim de ação do segurador para haver indenização correspondente ao que teve de pagar ao seu segurado, o destinatário da mercadoria.

Não é de se estender, portanto, a essa hipótese a prescrição ânua, fixada pela lei no tocante à ação para entrega da carga e que cabe ao dono desta contra o transportador, prescrição referente, por conseguinte, a hipótese diversa daquela que se apresenta nestes autos.

Se o preceito faz correr a prescrição ânua *desde o dia em que finda a viagem*, e porque visa à ação proposta contra o transportador pelo destinatário, pois a ação da companhia seguradora, nascendo depois, não pode ter aquela mesma data por marco inicial da prescrição.

Conheço, assim, do recurso e lhe dou provimento, para julgar não prescrita a ação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceu-se do recurso e deu-se-lhe provimento, unânimemente.

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

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

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - CESSÃO

- Infringe a Lei de Luvas, e é nula, a cláusula, pela qual se proíbe a cessão ou transferência do negócio do locatário.

Peixe & Nascimento *versus* Manuel José Rodrigues

Rec. ext. nº 18.210 - Relator: MINISTRO ROCHA LAGOA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.210, em que é recorrente Peixe & Nascimento e recorrido Manuel José Rodrigues, acordam, por maioria de votos, os juízes da Supremo Tribunal Federal, em 2ª Turma, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos têrmos das notas taquigráficas antecedentes.

Supremo Tribunal Federal, 12 de janeiro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Rocha Lagoa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: A espécie foi exposta pelo respectivo relator, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nestes têrmos:

"No presente processo, o autor, alegando que havia convencionado com a sociedade comercial Peixe & Nascimento a locação da loja do prédio de sua propriedade, à rua Aristides Lôbo nº 220, adaptada ao comércio de padaria e confeitaria, tendo, aliás, essa firma locatária anteriormente pleiteado judicialmente a renovação do contrato, cuja ação teve fim em virtude do novo ajuste, foi no contrato aludido estipulada a cláusula que vedava sublocação total

ou parcial e fazia depender a possibilidade de cessão da concordância dêle autor, condicionada à idoneidade do cessionário e das garantias que oferecesse, e ajustado também ficou a obrigação do locatário de bem conservar a loja locada e os fornos nela existentes; que, entretanto, além de não cumprir a locatária a obrigação referente à conservação, fizera venda do estabelecimento comercial à firma A. Antunes & Pereira, por escritura pública (fls. 6) e, assim, sem consentimento ou sequer consulta a êle autor, transferiram de fato a locação, frustrando-lhe, aliás, a exercer preferência para aquisição do estabelecimento comercial, em intenção do que fôra dita cláusula convencionada; que, assim, infringido fôra o contrato de locação, sendo a ação para ser declarada a sua rescisão e conseqüente despejo dos locatários.

"A ação foi contestada a fls. 12 e 24, sustentando os primeiros contratantes, que são os locatários, operar-se compulsòriamente a transferência e cessão da locação regida pelo dec. nº 24.150, ocorrendo a venda do fundo de comércio de que faz parte integrante o contrato de locação, que, entretanto, no caso dêstes autos, a transferência e cessão da locação não se operou, havendo promessa nesse sentido, convencionado como foi na venda do fundo do comércio que sòmente se verificaria quando faltasse um ano para findar o prazo da locação.

"Negou, finalmente, a alegação de má conservação da loja e fornos.

"Os segundos contratantes, que são os adquirentes do fundo de comércio, apóiam-se em idêntica defesa.

"A vistoria, cujo laudo se encontra a fls. 45, constatou o bom estado de conservação e asseio da loja e dos fornos.

"Foi finalmente proferida a sentença de fls. 51, que, embora não aceitando a tese da defesa, por isso que, contràriamente a ela, entende que sòmente quando são cessionários da locação podem os sucessores do fundo de comércio exercer a ação renovatória da locação, e, reconhecendo o fato de estarem os sucessores do fundo do comércio ocupando a loja em questão, conclui, porém, que não vedando terminantemente a cláusula contratual a possibilidade de cessão, fazendo apenas depender o consentimento do locador da idoneidade do cessionário e das garantias que oferecesse, conclui, por isso, julgando a ação improcedente, por considerar irregularidade sanável a falta de consentimento

do locador para cessão da locação, marcando porém aos réus o prazo de 30 dias, para cumprimento da condição contratual.

"Dessa decisão apela o autor, que sustenta em suas razões de recurso não ser jurídica a solução da sentença referida, notadamente porque no contrato de locação ficou estabelecido que a sua rescisão e conseqüente despejo seria a sanção no caso de infração de qualquer cláusula pelo locatário, insistindo, aliás, na alegação de lhe assistir preferência para aquisição do negócio.

"Apela também o réu-locatário, sustentando de novo a sua tese de defesa já referida, para concluir que nessa conformidade deva ser decidido, e, em conseqüência, condenado o autor não só nas custas, como ainda ao pagamento de honorários de seu advogado, na forma prevista pelos arts. 63 e 64, combinados com o art. 3º do Cód. de Proc. Civil.

"Ao Sr. desembargador revisor.

"Distrito Federal, 30 de julho de 1949. - *Henrique Fialho*, relator".

O Tribunal do Distrito Federal, em 6ª Câmara e por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso do primeiro apelante, para, reformando a sentença apelada, julgar procedente a ação e decretar o despejo dos réus, ficando assim prejudicado o recurso dos segundos apelantes. Entendeu o acórdão recorrido que não podia a firma locatária transferir a terceiro a posse direta, o uso e gôzo da loja sem o consentimento expresso do locador, ou por fôrça de decisão judicial no caso de recusa injustificada dêste, pelo que indubitável é que os réus-locatários infringiram a cláusula contratual que vedava a transferência do contrato ou a sublocação do pavimento arrendado, total ou parcialmente, sem autorização expressa do locador.

Inconformados, os réus Peixe & Nascimento interpuseram recurso extraordinário, com base no art. 101, alínea III, letras *a* e *d*, da Constituição, apontando como ofendidos os arts. 3º e 30 do dec. número 24.150, de 20 de abril de 1934, e indicando como contrariado pela decisão recorrida um acórdão dêste Supremo Tribunal proferido no recurso extraordinário nº 6.039, e publicado no "Diário da Justiça" de 15 de junho de 1943, onde se assentou que se o comerciante transfere o negócio, transfere o fundo do comércio e com êste

a locação. O adquirente ou cessionário o substituiu em face do proprietário para obter a renovação. Se esta dependesse, não da cessão do fundo do comércio, mas do assentimento do proprietário, bastaria a oposição dêste para elidir praticamente o direito de transferir o negócio, que supõe o local, sede ou loja onde funciona. E dêsse modo se teria virtualmente abolido o direito assegurado expressamente ao cessionário do negócio.

O recorrido, em suas contra-razões, levanta a prejudicial de se não reconhecer do recurso, por ser extinta a firma Peixe & Nascimento, recorrente, e ainda porque a firma A. Antunes & Pereira, primitiva locatária e sublocadora à recorrente, estaria falida, tendo sido arrecadado no Juízo da 14^a Vara Cível o contrato de locação, sem oposição da firma recorrente.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA (relator): Rejeito a prejudicial argüida pelo recorrido. Conquanto se possa inferir do instrumento de mandato, que se encontra a fls. 86 dêstes autos, estar dissolvida a sociedade ora recorrente, contudo não se fêz prova de já ter sido operada sua liquidação, pelo que não pode ser negada a representação da mesma, na ausência de liquidante, aos dois únicos sócios que a compuseram, os quais foram os outorgantes do mandato de fls. 86. Quanto à alegada falência da firma sublocadora, a conseqüente arrecadação do contrato, não há nos autos nenhuma comprovação de tal circunstância, pelo que é de ser desprezada a alegação.

Aponta a recorrente como violados pelo acórdão recorrido os arts. 3º e 30 do dec. nº 24.150. O primeiro dêles assim dispõe:

"O direito assegurado aos locatários pela presente lei poderá ser exercido pelos seus cessionários ou sucessores".

Ora, não se tratando, na espécie dos autos, de renovação pelo cessionário de contrato de arrendamento de prédio destinado a uso comercial, é bem de ver que nenhuma aplicação tem ao caso concreto aquela norma legal. Já o mesmo não ocorre quanto ao apontado art. 30 daquele diploma, segundo o qual são

nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que visem elidir os objetivos da referida lei e nomeadamente as cláusulas proibitivas da renovação do contrato de locação, ou que impliquem renúncia dos direitos por ela tutelados. Ora, a cláusula contratual, apontada pelo recorrido como violada para pedir a rescisão do contrato de locação, incide justamente na proibição contida nesse art. 30 por impossibilidade da transferência do fundo de comércio, devendo, conseqüentemente, ser tida como não escrita, eis que incluída no contrato *in fraudem legis*, para elidir a denominada Lei de Luva.

Conforme adverte EUGÈNE COURBIS, em seu apreciado "Traité de Baux à Usage Commercial et Industriel", pág. 67, "*il était nécessaire de protéger à tout prix le locataire, même contre la propre imprudence de façon à lui assurer envers et contre tous le libre exercice de son droit au renouvellement*". É fora de dúvida que o "ponto" é parte integrante do fundo de comércio, cujo valor está em função da clientela do estabelecimento. Daí o fulminar RIPERT, em seu estudo sobre "L'Ordre Economique et la Liberté Contractuelle", como perturbadores da economia "*ceux qui veulent reprendre les locaux loués, expulser les commerçants, majorer les loyers*". É fora, de qualquer controvérsia que a lei, declarando nulas as cláusulas contratuais que procuram elidir seus altos objetivos, fê-lo em razão do interêsse social que a inspirou, o qual deve preponderar sobre a vontade dos contratantes. Modernamente, o legislador se substituiu às partes para regular as obrigações contratuais. É ainda de RIPERT esse ensinamento. Por estes motivos, conheço do recurso com base na letra *a*, e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação.

Quanto à letra *d*, não é de ser conhecido o recurso, por não caracterizada a argüida divergência, eis que o acórdão apontado como contrariado apreciou hipótese diferente, isto é, foi proferido em ação de renovação de contrato de locação.

VISTA

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: pediu vista o Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA, depois de votar o Exmo. Sr. ministro relator, que conhecia do recurso e lhe dava provimento.

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

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Ajuizou o recorrido uma ação de despejo contra os recorrentes, fundado em que êstes, contrariando cláusula expressa de contrato de arrendamento, haviam transferido a terceiro, sem licença prévia dêle proprietário, a loja do imóvel à rua Aristides Lôbo, 220, onde está instalada uma padaria e confeitaria.

Foi a ação julgada improcedente em primeira instância e procedente em segunda.

Manifestado o recurso extraordinário, deu-Lhe provimento o eminente relator Sr. ministro ROCHA LAGOA, reconhecendo no acórdão ofensa aos arts. 3º e 30 do dec. nº 24.150, de 1934.

Estou de acôrdo com S. Ex.^a. Trata-se de arrendamento tìpicamente comercial; o negócio instalado no prédio constitui, inegavelmente, um fundo de comércio, e, como tal, amparado pelo dec. nº 24.150, de 1934.

Entre as medidas protetoras dispensadas na lei estão as do art. 30, declarando nulas, de pleno direito, as cláusulas visando ilidir os objetivos de lei, ou que impliquem renúncia dos direitos por ela tutelados.

O pavimento térreo do prédio está adaptado para servir ao fabrico de pão, cautelas especiais sendo tomadas no contrato para manter os fornos e instalações em perfeita conservação e asseio. As condições do contrato, inclusive o prazo, são condizentes com as fixadas para possibilitar a renovatória.

Em tais condições, a proibição da transferência e cessão do contrato de locação, a quem se propõe a ser ao mesmo tempo cessionário do negócio, infringe declaradamente o art. 3º da aludida lei, que assegura aos cessionários e sucessores do locatário o exercício do mesmo direito a êste assegurado.

Acresce que a própria cláusula 7ª do contrato, ao mesmo tempo que proíbe a transferência ou sublocação sem autorização expressa do locador, diz que a tal êste não se oporá, desde idôneo o cessionário.

Ora, o detalhe já há muito tem solução assentada na jurisprudência, que impõe ao locador a prova da inidoneidade do locatário.

Na hipótese, tal não se verifica.

Em conseqüência, por nula e inexistente deve ser tida tal cláusula e improcedente o despejo nela apoiado.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: Sr. presidente, conheço do recurso e lhe nego provimento. Não tenho considerado esta cláusula como tendente a fraudar a lei. Em caso idêntico assim me pronunciei.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Quanto à preliminar, dirijo dos eminentes colegas, *data venia*, não conhecendo do recurso. Mas, no mérito, estou solidário com S. Ex.as: creio que, julgada a causa, transposta a preliminar, é de se dar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso, contra o voto do Exmo. Sr. ministro presidente, e deram-lhe provimento, contra o voto do Exmo. Sr. ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Ausente ao relatório, o Exmo Sr. ministro EDGAR COSTA não tomou parte no julgamento.

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

*

IMPÔSTO - MAJORAÇÃO EXCESSIVA - PODER DE TAXAR E SEUS LIMITES

- O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquêle somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "détournement de pouvoir". Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

- O impôsto, ainda que imodesto, é exigível, a não ser que aniquile a atividade particular.

Marques & Viegas *versus* Prefeitura Municipal de Santos

Rec. ext. nº 18.331 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 18.331, de São Paulo, recorrente Marques & Viegas, recorrida a Prefeitura Municipal de Santos:

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

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 21 de setembro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente e relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO: Lavrado pelo Exmo. Sr. Des. SABINO JÚNIOR, proferiu o ilustre Tribunal de São Paulo o acórdão de fls. 199, *verbis*:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 48.491, da comarca de Santos, em que são recorrentes a Prefeitura Municipal daquela cidade e o Juízo, de ofício, sendo agravada Marques & Viegas, acordam, em 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento a ambos os recursos, pagas as custas na forma da lei.

"Pronunciou-se o Dr. juiz pela inconstitucionalidade da lei nº 995, de Santos, que majorara o impôsto de licença sôbre cabines de banhos, entendendo que fôra excessiva a majoração, e desproporcional à capacidade econômica do contribuinte, capaz de lhe cercear uma, atividade lícita.

"A primeira questão que se oferece ao julgamento é saber se o arbítrio, conferido ao Govêrno, de fixar as bases do impôsto é absoluto, e, pois, insuscetível de limitação pelo Poder Judiciário; ou, se, em face do disposto no art. 28, número III, letra *a*, da atual Constituição, tem o Município a liberdade de aumentar os seus tributos, porque a tem para arbitrá-los.

"A segunda diz respeito à constitucionalidade do aumento verificado, que o Dr. juiz considerou inconstitucional, porque excessivo e cerceador da atividade comercial da agravada.

"A majoração taxada de inconstitucional o seria por estar colidindo com o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão, assegurada pelo artigo 141, § 14, da Constituição vigente. Essa liberdade só diz respeito, entretanto, à escolha e ao livre exercício, que excluem privilégios (CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários", nº 257). Se assim é, o princípio firmado pelo art. 141, § 14, não sofre violação da parte da lei que majore impostos, embora o tenha feito em proporção tão elevada que a agravada considerou cerceadora de sua atividade comercial.

"Por outro lado, considerou o julgador inconstitucional a majoração fiado na excessividade do tributo. E argumentou com a tradição de nosso direito, referindo-se à lei nº 1.038, de 1906, que, no art. 21, fazia expressa a proibição de se votarem leis exageradas. Reporta-se à opinião de autorizados juristas patrícios, como RUI DE SOUSA, BILAC PINTO e FRANCISCO CAMPOS, para concluir que o poder de tributar é o poder de conservar, como já o decidira a Suprema Côrte americana, de modo a não perturbar a economia privada, nem a suscitar embaraço ou desencorajamento da indústria, comércio ou lavoura, em razão de tarifas exorbitantes.

"A verdade é que, no direito pátrio vigente, não se encontra dispositivo que vede a imposição de tributo, considerado pela doutrina proibido ou capaz de asfixiar a atividade particular. Havia-o sob o império da Constituição de 1934, cujo art. 185 vedava expressamente a elevação de impôsto além de vinte por cento do seu valor ao tempo do momento. Desde que a nova Carta silenciou, é de se concluir que o poder público, seja qual fôr, não encontra limites na majoração de seus tributos, senão o que envolver a asfixia da atividade particular, ou o que estabelecer condições desiguais na mesma classe de atividade. E assinale-se que qualquer majoração de tributo, por excessiva que pareça, dê que não seja aniquiladora da atividade particular, foi sempre e tradicionalmente admitida, exceção feita daquela proibição contida na Carta de 1934, - como o afirmaram ALMEIDA NOGUEIRA e ALCÂNTARA MACHADO, citados por GONÇALVES PEREIRA *in* "Recursos Municipais", 1925, vol. 1º, pág. 136.

"Não limita a Constituição atual o poder impositivo do Estado. É a lição de PEDRO BATISTA MARTINS ("REVISTA FORENSE" vol. 121, pág. 373) e BILAC PINTO ("REVISTA FORENSE", volume 80, pág. 40). Essa liberdade

não vai, contudo, ao extremo de constranger a atividade particular, sempre que ela se ajuste às condições da lei.

"Para decretar a inconstitucionalidade do impôsto de licença sôbre cabines de banhos, aumentado pela agravante, conclui o julgador que o estabelecimento da agravada não comportava a imposição do tributo cobrado, pois atingira francamente os seus lucros. O simples exame das razões apontadas na sentença leva a admitir que êsse tributo só fôra considerado excessivo à vista das demais despesas da agravada. Entretanto, o que mais onera a sua situação é o pagamento do aluguel do prédio, devido, em 1948, à razão de Cr\$ 82.000,00, para Cr\$ 150.000,00, em 1949, exercício a que se refere o lançamento cobrado, e segundo a perícia (fls. 164). É evidente que o Fisco nada tem a ver com os contratos onerosos dos contribuintes. Se o impôsto que cobra é legal e devido, e não se mostra, só por si, exorbitante ou extorsivo, não há que ser acoimado de inconstitucional. E note-se, ainda, que, de acôrdo com a mesma perícia, a agravada pagara, nesse mesmo exercício de 1949, até outubro, apenas Cr\$ 19.272,30 de impostos e licenças. Manifesto é, pois, que a contribuição devida ao Fisco não se mostra onerosa nem absorvente de seus lucros. Absorvente e onerosa e a orientação adotada na exploração de seu negócio, capaz de consumir a quase totalidade de seus lucros. E só por isso não fica inibido o Fisco de arrecadar seus tributos, legítimamente lançados.

"A propósito, escreve CARLOS MAXIMILIANO, nos referidos comentários à Constituição, que "só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de tôda dúvida razoável", acrescentando que os tribunais só fulminam os atos dos outros poderes quando a ilegalidade é flagrante, não deixa margem a dúvida razoável". Fora dêsse limite, é ampla a faculdade de deliberar e agir, por parte das Câmaras ou dos presidentes. Daí resulta o que os publicistas denominam autoridade ou faculdade discricionária: vale dizer que fica à descrição, ao critério, a juízo do legislador, ou executor, todos os tentames culturais e progressistas, a escolha dos meios e modos de desempenhar a sua missão, o resolver onde, quando e como deve praticar a quase unanimidade dos atos da respectiva competência" ("Comentários à Constituição", vol. 1º, nº 91).

"Pondera também LÚCIO BITTENCOURT, ao dissertar sôbre "Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", ed. "REVISTA FORENSE",

página 51, que há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere, para êsse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o "espírito" do dispositivo invocado".

"Resulta dos autos que o impôsto de licença, majorado pela agravante, não ofende o "espírito" de nossa Magna Carta, dado que esta nada dispõe, implícita ou explicitamente, sôbre o limite de sua elevação, e não pode ser considerado proibitivo, no caso em exame, pela relativa insignificância de sua majoração.

Foram os contratos celebrados pela agravada que tornaram praticamente improdutiva a sua atividade comercial. E atribuir essa improdutividade ao impôsto cobrado seria inverter a ordem das coisas.

"Em sua bem deduzida sustentação, afirma o Dr. juiz que, por autorizar o art. 16 do dec.-lei nº 960 deduza o réu tôda a matéria útil à sua defesa, cabe ao Judiciário reduzir a dívida, quando verificar, pelos meios próprios, que houve exagêro no lançamento em cobrança.

Não se afigura defensável a tese diante dos têrmos inequívocos de nossa Lei Máxima: dando esta ampla autonomia aos Municípios para o lançamento de impostos de sua exclusiva competência, é preciso que, havendo exagêro, ou excesso, seja êle tão grande que envolva tremenda injustiça. Mas, se os elementos colhidos na ação mostrarem que é duvidosa, ou pelo menos insignificante a influência prejudicial do impôsto sôbre a atividade particular, como no caso em debate, não haverá por que cogitar-se de inconstitucionalidade. O impôsto cobrado é perfeitamente exigível e constitucional. Dão provimento ao recurso e julgam procedente a ação executiva.

"São Paulo, 25 de agôsto de 1950. - *Justino Pinheiro*, presidente, com voto; *Sabino Júnior*, relator".

Irresignado com essa solução, opôs-lhe o vencido recurso extraordinário, com fundamento na letra *c* do art. 101 da Constituição federal, alegando com a ofensa dos arts. 141, 145 e seu parágrafo único e 202, todos da Lei Maior.

Razões a fls. e fls. (1er). Disse, por fim, S. Ex.^a o Sr. Dr. PLÍNIO TRAVASSOS, DD. procurador geral da República:

"O acórdão recorrido (fls. 199-204) reformou a sentença de primeira instância (fls. 173-178), que julgara inconstitucional a lei municipal nº 995, de outubro de 1948, na parte relativa à elevação do impôsto de licença que incidiu sôbre cabines de banhos. Daí o presente recurso extraordinário com fundamento na letra *c* do preceito constitucional.

"O recurso é cabível, pois a decisão recorrida julgou válida a lei local, cuja validade, em face da Constituição federal, foi contestada, mas, a nosso ver, não merece provimento pelos jurídicos fundamentos do venerando acórdão recorrido, que entendeu que o aumento do impôsto que grava as cabines de banhos exploradas pela recorrente nada tem de inconstitucional, pois, dando a Constituição federal ampla autonomia aos Municípios para o lançamento de impostos de sua exclusiva competência, é preciso que, - como diz o acórdão recorrido em havendo exagêro, ou excesso, seja êle tão grande que envolva tremenda injustiça Isso não ocorre no caso presente, em que se apresentam fundadas dúvidas quanto à influência prejudicial do impôsto em questão, sendo digna de acolhida a tese do acórdão recorrido constante da sua ementa:

"Não é inconstitucional o impôsto de licença sôbre cabines de banhos, a pretexto de ser excessiva a majoração, quando a desproporção entre esta e a capacidade econômica do contribuinte fôr devida a contratos onerosos.

"Para se afirmar a inconstitucionalidade, mister ocorra conflito com alguma norma ou mandamento constitucional, embora se deva considerar não sômente - a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o "espírito" do dispositivo invocado" (fls. 199).

"Em face do exposto, somos pelo conhecimento do presente recurso, mas pelo seu não provimento.

"Distrito Federal, em 3 de setembro de 1951. - *Plínio de Freitas Travassos*, procurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (relator): Decidiu o venerando aresto recorrido não ser inconstitucional e impôsto de licença sôbre cabines de banhos, a pretexto de ser excessiva a majoração, quando a desproporção entre esta e a capacidade econômica do contribuinte fôr devida a contratos onerosos.

Para se afirmar a inconstitucionalidade - lê-se, ainda, na ementa do venerando acórdão recorrido, - "mister ocorra conflito com alguma norma ou mandamento constitucional, embora se deva considerar não sômente a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o "espírito" do dispositivo invocado".

Trata-se, no caso, da lei nº 995, de Santos, que aumentara o impôsto de licença sôbre cabines de banhos.

O cabimento do recurso pela letra *c* é incontendível.

Porque, contestada foi a validade de lei municipal em face da Constituição federal, e mais o douto Tribunal paulista decidiu pela validade e eficácia da aludida lei.

Conheço, pois, do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento:

A veneranda sentença de primeira instância teve como inconstitucional o tributo, por asfixiante da atividade particular. O art. 185 da Constituição de 1934 era expresso em vedar a elevação de impôsto além de 20% do seu valor, ao tempo do aumento.

Veio aquêle preceito suscitar um marco insuperável às expansões da política tributista. "Contra o mal de se elevarem desmesuradamente os impostos", escreveu PONTES DE MIRANDA, "causando surprêsa e, pois, graves perturbações à indústria, ao comércio, à agricultura e aos particulares, em geral,

o art. 185 opôs o limite de 20% como máximo de aumento" ("Comentários à Constituição de 1934", vol. II, pág. 588).

Não depara a Lei Maior vigente preceito semelhável; mas, na versão dos recorrentes, inconstitucional é o tributo cobrado, a uma porque suscita obstáculo à liberdade de profissão, proclamada no artigo 141, § 14, da Constituição federal, e a outra porque vulnera o princípio *nullus census sine lege*.

A majoração do impôsto foi, ao que se alega nos embargos de fls., de mil e quarenta e quatro décimos por cento para o exercício de 1949. E tal majoração modestíssima é que constitui o *punctum dolens* do caso.

Porque, no que diz para a alegada transgressão dos arts. 141, § 14, da Constituição federal e 630 da Constituição do Estado, bastante é a confutação da veneranda sentença de fls., *verbis*:

"Os dispositivos fundamentais invocados não foram violados. Determinam tais preceitos que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei estabeleça e nenhum será judicialmente exigido sem prévia autorização orçamentária. Ora, o impôsto de licença, incidindo sôbre cabines de banhos, figura há muito nos orçamentos municipais. A própria defesa de fls. 15 relatou que, nos exercícios anteriores, o impôsto em questão foi de Cr\$ 230,00. Em relação ao aumento, a lei nº 995 foi sancionada e promulgada pelo prefeito municipal em 21 de outubro de 1948 (cert. de fls. 24), e o ofício de fls. 52 revela que, na confecção do orçamento para o ano de 1949, no título relativo à receita, foram levados em consideração todos os aumentos de impostos e taxas, inclusive aquêles decorrentes da lei nº 995. Portanto, em face de tais elementos informativos, forçoso é convir que não houve qualquer violação dos preceitos constitucionais citados nos embargos".

Fica, pois, na balha a questão da inconstitucionalidade de aumento. A questão da inconstitucionalidade do imposto proibitivo. Que se trata de providência antieconômica, de má política financeira, coisa é maior de qualquer dúvida.

Mas, êsse dado é, insuladamente, incabal à solução do problema jurídico.

Ilimitada não é, segundo RUI DE SOUSA, citado na sentença de primeira instância, a faculdade de determinar a quota do tributo, "não sendo lícito à Administração pública levá-lo a tal extremo que negue o exercício da atividade que grava".

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, substituído o conhecido axioma de MARSHALL pelo de que *"the power to tax is the power to keep alive"*. Cita, ainda, o juiz erudito conferência do Prof. BILAC PINTO, tirada a lume na "REVISTA FORENSE", vol. 82, pág. 547, que vale por eloqüente preconício da doutrina elaborada na Côrte Suprema dos Estados Unidos, de que o poder de taxar "sòmente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade".

É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que *"la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es obscura o dá lugar a diversas interpretaciones"* (GONZÁLEZ CALDERÓN, in LÚCIO BITTENCOURT, "O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", ed. "REVISTA FORENSE", págs. 53-54). Sem dúvida que a presunção é no sentido da validade da lei, como escreveu IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, que acrescenta: "Para declará-la inconstitucional, é necessário que a violação constitucional seja evidente e clara. Não basta, portanto, que se argumente com a sua injustiça, opressão ou absurda. A inconstitucionalidade há de resultar da incompatibilidade, explícita e positiva, entre a Constituição e a lei" ("O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira", vol. 2, n° 493, pág. 758).

Mas, como enuncia o próprio venerando acórdão recorrido, seguindo a esteira de LÚCIO BITTENCOURT, o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não sòmente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

Entretanto, no caso dos autos, não se faz mister decidir se o impôsto excessivo, envolve obstáculos à liberdade de profissão assegurada no art. 141, § 14, da Constituição federal.

De mim, tenho que o impôsto, ainda que imodesto, é exigível, a não ser que, como o reconhece o próprio venerando acórdão recorrido, aniquile a atividade particular.

Se ocorre êsse fato, nada impede a aplicação da doutrina do *détournement de pouvoir*.

No caso, insistamos, não se faz mister examinar a tese aludida, em face das circunstâncias de fato assinaladas no acórdão e que repelem a caracterização da. tributação asfixiante e proibitiva.

Lê-se no venerando aresto:

"Para decretar a inconstitucionalidade do impôsto de licença sôbre cabines de banhos, aumentado pela agravante, conclui o julgador que o estabelecimento da agravada não comportava a imposição do tributo cobrado, pois atingira francamente os seus lucros. O simples exame das razões apontadas na sentença leva a admitir que êsse tributo só fôra considerado excessivo à vista das demais despesas da agravada. Entretanto, o que mais onera a sua situação é o pagamento do aluguei do prédio, devido, em 1948, à razão de Cr\$ 82.000,00, para..... Cr\$ 150.000,00, em 1949, exercício a que se refere o lançamento cobrado, e segundo a perícia (fls. 164). É evidente que o Fisco nada tem a ver com os contratos onerosos dos contribuintes. Se o impôsto, que cobra, é legal e devido, e não se mostra, só por si, exorbitante ou extorsivo, não há que ser acoimado de inconstitucional. E note-se, ainda, que, de acôrdo com a mesma perícia, a agravada pagara, nesse mesmo exercício de 1949, até outubro, apenas Cr\$ 19.272,30 de impostos e licenças. Manifesto é, pois, que a contribuição devida ao Fisco não se mostra onerosa nem absorvente de seus lucros. Absorvente e onerosa é a orientação adotada na exploração de seu negócio, capaz de consumir a quase totalidade de seus lucros. E só por isso não fica inibido o Fisco de arrecadar seus tributos, legítimamente lançados".

Tais circunstâncias, repito, assinaladas em exame de fatos, apagam os traços, no caso, do impôsto proibitivo.

Conheço do recurso (letra *c*) e nego-lhe provimento.

DECISÃO

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

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

*

AVAL EM BRANCO - SIMULTANEIDADE

- Avais em branco ou superpostos são considerados avais simultâneos. Essa a presunção legal que pode ser elidida pelas provas dos autos. As partes podem convencionar de outro modo.

Evaristo Daltro de Castro *versus* Arnaldo Guinle

Rec. ext. nº 19.417 - Relator: MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário nº 19.417, do Distrito Federal, em que é recorrente Evaristo Daltro de Castro e recorrido Arnaldo Guinle:

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

Custas da lei.

Supremo Tribunal Federal, 2 de outubro de 1951. - *Orozimbo Nonato*, presidente; *Antônio Carlos Lafayette de Andrada*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: O acórdão de fls. 56 proferido em revista deu pela procedência desta. É o seguinte:

"Recurso de revista. Dê-se se conhece, quando divergentes são as decisões em confronto, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Cambial: os avais em branco e superpostos consideram-se sucessivos; daí, como consequência, o direito do avalista posterior de, por ação cambial contra os anteriores, na ordem das assinaturas, reembolsar-se do que pagou.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 1.574, sendo recorrente Arnaldo Guinle e recorrido Evaristo Daltro de Castro:

"Acordam os juízes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente e por unanimidade de votos, conhecer do recurso de revista e, no mérito, dar-lhe provimento, contra os votos dos desembargadores MEM REIS, EMANUEL SODRÉ, RIBAS CARNEIRO, GUILHERME ESTELITA e VIEIRA BRAGA, para, fazendo prevalecer a tese das decisões divergentes, relativamente a serem os avais em branco e superpostos tidos como *sucessivos* e não conjuntos, reformar a decisão recorrida e restabelecer a sentença, de primeira instância.

"Manifesta é a divergência entre as decisões recorridas e as indicadas na inicial do recurso, quanto à tese de direito sobre os avais superpostos, se sucessivos ou simultâneos, o que autorizou o conhecimento do recurso (art. 853 do Cód. de Proc. Civil).

"Objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, adota a maioria das Câmaras Cíveis Reunidas a tese das decisões divergentes, para que prevaleça a de que os avais em branco e superpostos sejam considerados como sucessivos e não conjuntos; e, daí, o direito do avalista posterior de, por ação cambial contra os anteriores, na ordem das assinaturas, reembolsar-se do que pagou. Idêntica

decisão foi proferida pelas antigas Câmaras Conjuntas de Agravos ("REVISTA FORENSE", vol. 80, pág. 105, e "Arquivo Judiciário", vol. 51, pág. 371), em acórdão que, estudando a natureza jurídica do aval, considerou este fonte de obrigação autônoma e de direito cambiário autônomo, segundo a melhor interpretação do art. 14 da lei nº 2.044, de 1908. O aval é, sem dúvida, essencialmente um instituto de garantia. Nenhuma dúvida pode, com efeito, existir a respeito, sendo, como o são, palavras do próprio dispositivo legal (art. 14), que: "o pagamento de uma letra de câmbio, independentemente do aceite e do endosso, pode ser garantido por aval". Argumenta-se, menciona o aludido acórdão, que não se trata de uma garantia acessória de obrigação de outrem, e, sim, de uma garantia à cambial, objetivamente considerada, desde que a mesmo dispositivo legal declara que o que o aval garante é o pagamento da letra, e não, portanto, a obrigação de determinada pessoa: Assim é, com efeito, e, aliás, segundo esclarece o art. 15, o avalista é equiparado àquele cujo nome indica, e, na falta de indicação, àquele que assinar abaixo de sua assinatura; fora desses casos, ao aceitante e, estando aceita a letra, ao sacador. Resulta, entretanto, desde logo, que o avalista não faz parte do nexu cambial, porquanto: "aquele que subscreve por aval não tem, de modo nenhum, o intuito de criar um título próprio de obrigação, como ocorre ao emitente, nem o de documentar a transmissão, como no caso do endosso, e nem, finalmente, o de atender ao convite de outrem para assumir o débito, tal como sucede ao aceitante".

"Intervindo em um título, já criado, o avalista equipara-se ao avalizado, o que significa que assume a obrigação da mesma espécie que incumbe à pessoa por quem avaliza, isto é, a sua obrigação na cambial, assim como seus direitos são, como os daquele, determinados, segundo a relação de posição da sua com as demais firmas apostas na mesma cambial. E, sendo essa a posição jurídica do avalista (BONELLI, vol. II, pág. 119), claro está que, quando mesmo se considere absolutamente objetiva a garantia do aval, nada obsta a que uma segunda garantia da mesma natureza se coloque em seguida à primeira. O segundo avalista tem a obrigação da mesma espécie da assumida pelo primeiro. Assim, relativamente ao título, cada um dos sucessivos avalistas se equipara ao seu antecessor, e, assim, para o possuidor, credor cambiário, todos eles serão obrigados diretos ou de regresso, segundo a posição do título do avalizado inicial. Em relação uns aos outros, porém, acham-se todos eles na situação de obrigados de regresso. Se, portanto, se admite seja prestado aval a aval, lógico é concluir, com a jurisprudência e a doutrina, de que, sendo os avais em branco

e superpostos, tidos *como sucessivos* e não conjuntos, o avalista posterior tem ação cambiária contra os anteriores, na ordem das respectivas assinaturas.

"Custas pelo recorrido.

"Distrito Federal em 27 de julho de 1950. - *Oliveira Sobrinho*, presidente, com voto; *Frederico Sussekind*, relator; *Mem de Vasconcelos Reis*, vencido, por isso que se trata, no caso *sub judice*, de aval prestado a emitente de título cambial, aval em branco, prestado conjuntamente que confere ao avalista que paga o direito de somente haver dos demais a cota de cada um na divisão da obrigação do avalizado.

"No aval há que distinguir-se o do emitente e o do endossante.

"Neste, o avalista que paga tem o direito de exigir do anterior aquilo que pagou, pois a garantia que dá não é da solvabilidade do emitente, porém do porta' dor do título, que para fins de desconto o faz circular.

"No aval do emitente, o avalista é garante da solvabilidade dêste, e se há pluralidade de garante, pagando o título, dos co-avalistas só pode haver a cota-parte respectiva, na divisão da obrigação do avalizado, pois as relações entre co-avalistas saem das relações cambiárias, em nada lhe alterando essa situação poder usar da ação executiva, dê que resulta da liquidez e certeza da dívida.

"É princípio incontroverso de direito cambiário que, "no concurso de avalista, garantindo o mesmo avalizado, entende-se como simultâneo ou conjunto o aval e não sucessivo, pois êste resulta de expressa declaração no próprio título".

"Em se tratando de pagamento por avalista e em havendo pluralidade, há que distinguir se o efetuado pelo emitente e o satisfeito pelo do endossante, dada a diversidade de seus efeitos: neste se opera a de oneração da responsabilidade cambial dos co-obrigados posteriores; naquele, a divisão da obrigação do avalizado entre os co-avalistas, de conformidade com as regras próprias da fiança" (LACERDA, "A Cambial no Direito Brasileiro", nº 133).

"A redação do art. 24 da lei nº 2.044, de 1908, não autoriza solução em contrário, como pretendem alguns. A parte primeira dêste dispositivo refere-se

não às relações entre avalistas, porém entre o portador do título e o emitente, desonerando êste e os demais co-obrigados para com aquêle, o que é curial. A parte segunda diz respeito às relações entre os co-avalistas do endossante e restrita aos avalistas posteriores, e bem assim o parágrafo único.

"Ora, no caso dos autos, trata-se de pagamento de título cambial, efetuado por avalista simultâneo ou conjunto, que pretende haver de outro que tem essa mesma qualidade aquilo que pagou como avalista do emitente, e, como já se demonstrou, outro direito não tem senão o de haver o que resultar da divisão da obrigação do avalizado; *Emanuel Sodré*, vencido, pois mantinha a tese adotada pelo acórdão recorrido, que é de minha lavra. Esta última circunstância não foi decisiva, como não devia ser, na orientação do meu voto de agora, pois continuei convencido de haver acertado em face dos argumentos ali expendidos. Passo a repeti-los.

"Até 1941 reinava grande controvérsia a respeito dos avais *conjuntos*, sustentando alguns serem êles simultâneos (OROZIMBO NONATO, AMÍLCAR DE CASTRO, JAIR LINS, JOÃO ARRUDA), enquanto que outros (MAGARINOS TÔRRES, WHITAKER, PONTES DE MIRANDA, GONÇALVES DE OLIVEIRA) entendiam o contrário. Para a primeira corrente pendiam os Tribunais de Minas e São Paulo, e na segunda costumava enfileirar-se o do Distrito Federal, como bem acentuou o recorrido. Prevaleceu a final a primeira.

"Realmente, o fato de achar-se o nome de um dos avalistas assinado acima do de outro não significa sucessão de avais, pois seria materialmente impossível que ambos fôssem lançados no mesmo espaço: uma das assinaturas tinha que ser, forçosamente, escrita antes da outra, sem que essa colocação indicasse precedência na responsabilidade.

"No volume VII da "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" se vê excelente voto do ministro ANÍBAL FREIRE, em acórdão unânime da 1ª Turma daquele chamado Pretório Excelso; e ali está: "em falta de declaração em contrário, os avais apostos um debaixo dos outros, em favor do mesmo co-obrigado, reputam-se simultâneos". Faz-se referência a outro voto proferido pelo eminente ministro OROZIMBO NONATO. A mesma coisa é afirmada no vol. XXV daquela coletânea.

"Note-se ainda esta circunstância de grande significação: no caso concreto que o acórdão recorrido apreciou, os dois avalistas eram sócios da mesma sociedade devedora; Guilherme Estelita, vencido, pois votei no sentido de manter-se a tese do acórdão recorrido, a qual, a meu ver, espousa na matéria a melhor doutrina, isto é, a mais consentânea com os princípios dominantes do instituto cambial.

"Foi voto também vencido o Sr. desembargador RIBAS CARNEIRO, ora em gozo de licença. - *Frederico Sussekind*, relator".

Daí o recurso extraordinário manifestado por Evaristo Daltro de Castro, com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional. Alega-se ofensa ao artigo 15 da lei nº 2.044, de 1908, e divergência com julgado dêste Supremo Tribunal.

Argumenta o recorrente: (*lê*)

A fls. 44 indica o recorrente o acórdão em divergência.

As partes arazoaram.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA (relator): Prende-se a questão em se saber se avais em branco e superpostos são considerados simultâneos ou sucessivos.

Estou com os que dão pela simultaneidade da obrigação.

Realmente, se o "aval é uma garantia pessoal, plena e solidária, que se pode juntar na nota promissória à obrigação de qualquer dos obrigados", como ensina MAGARINOS TORRES ("Nota Promissória", pág. 211), êle não pode excluir a simultaneidade. Claro que na falta de uma declaração expressa dos interessados.

Por isso o ministro OROZIMBO NONATO afirmou, quando desembargador:

"Se, pelo texto do art. 15, o avalista é equiparado, em falta de indicação, àquele abaixo de cuja assinatura lançar a sua, quando há multiplicidade de avais, a presunção é de que se trata de avais simultâneos e não sucessivos".

E o acórdão reformado pela revista salientou com acêrto que a circunstância de uma assinatura estar acima de outra não significa sucessão de avais, pois seria materialmente impossível que ambas fôsem lançadas no mesmo espaço; uma das assinaturas tinha que ser, forçosamente, escrita antes da outra, sem que essa colocação indicasse precedência na responsabilidade" (fls. 28).

Num interessante trabalho, JOÃO EUNÁPIO BORGES - "Do Aval" - refutando os que pensam de modo oposto, conclui: "Nossa lei cambial não conhece a figura de avalista de avalista, incompatível com a feição que imprimiu ao aval. Mesmo admitindo-se aquela figura jurídica, só seria possível em aval plano, com a declaração expressa de ser dado a um avalista determinado. Avais em branco e superpostos são sempre simultâneos, ou conjuntos" (pág. 109).

Argumenta muito bem o jurista aludido que, "quando a lei se refere a endossadores e a avalistas anteriores ou posteriores, é evidente que não considera a situação material resultante da ordem das assinaturas sobre o título. Pouco importa que haja dez ou mais avalistas equiparados a um mesmo obrigado, dez ou mais co-sacadores, etc.: co-obrigado posterior ou sacador não será co-sacador, que assinou em segundo lugar, mas será o primeiro endossador ou o primeiro grupo de co-endossadores, cujo grau de responsabilidade se segue imediatamente à que decorre do saque, seja para um sacador, seja para vários co-sacadores. O mesmo quanto aos avalistas: o fato de um dêles poder "cancelar o próprio aval" e o de "ficarem desonerados os co-obrigados posteriores", não significa de modo algum que co-obrigados posteriores sejam os que se lhe seguem materialmente sobre o título, segundo a posição das assinaturas. Co-obrigados posteriores são exclusivamente os que, na ordem da responsabilidade cambial, se seguirem à pessoa avalizada conjuntamente por um "grupo qualquer de avalistas" (ob. cit., pág. 104).

Assim, a presunção na multiplicidade de avais é da obrigação simultânea dos avalistas. Presunção que pode ser ilidida pelas provas, pela vontade das partes.

Conheço do recurso. Há divergência de julgados. Dou-lhe provimento para restabelecer o acórdão, que, apreciando a demanda, deu pela responsabilidade simultânea dos avalistas, reconhecendo a obrigação do pagamento pela metade.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Também dou provimento ao agravo. A questão da responsabilidade simultânea dos avalistas do emitente fica bem esclarecida pelo art. 24 e seu parág. único da Lei Cambial.

A exoneração da responsabilidade dos endossadores e respectivos avalistas se opera pelo pagamento realizado pelo emitente ou avalista dêle; quando, porém, o endossador ou avalista (do endossador) paga ao endossatário ou ao avalista posterior exonera sua responsabilidade e a dos endossadores ou avalistas (dos endossadores posteriores).

A responsabilidade do emitente e avalista do emitente permanece, e se um daqueles paga pode haver dos outros avalistas a cota-parte proporcional aos mesmos avalistas, porque a responsabilidade dos avalistas é simultânea.

VOTO

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

VOTO

O SR. MINISTRO OROZIMBO NONATO (presidente): Também estou de acôrdo com o eminente Sr. ministro relator, agradecendo a referência feita a voto meu, em que, mais uma vez, manifestei minha opinião sôbre o assunto, também no sentido do voto de S. Ex.^a.

DECISÃO

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

Deixaram de comparecer o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por motivo justificado, e o Exmo. Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, por se achar em gozo de férias, sendo substituído pelo Exmo. Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

*

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

RELAÇÃO DE EMPREGO - SENTENÇA CRIMINAL - DEMISSÃO

- A sentença criminal de absolvição, sob o fundamento de não haver crime a punir, no procedimento do empregado, não impede a sua demissão, processada em perfeita obediência à lei.

Henrique Teixeira **versus** Empresa de Transportes Comércio e Indústria S.A.

Rec. ext. nº 20.062 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal. em 24 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.195)

*

FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - JUROS ILEGAIS

- Não influi na habilitação de crédito a alegação de que o credor habitante tem cobrado juros ilegais, situação estranha ao contrato com base no qual se habilita.

Tecidos Custódio Fernandes, S.A, **versus** Banco Delamare, S.A.

Rec. ext. nº 18.870 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 25 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.196).

*

DESAPROPRIAÇÃO - JUROS DA MORA

- O expropriante deve juros da mora de 6% ao ano sôbre a diferença entre a quantia depositada e a indenização afinal fixada.

Carlos Fernandes Lima **versus** Prefeitura do Distrito Federal

Rec. ext. nº 19.214 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 28 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.197)

*

TAXA RODOVIÁRIA - IMPÔSTO TERRITORIAL

- A chamada taxa rodoviária exigida pelos municípios não se confunde com o impôsto territorial cobrado pelos Estados e é perfeitamente constitucional.

Vazulmiro Pereira Dutra **versus** Prefeitura Municipal de Palmeira das Missões

Rec. ext. nº 15.992 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.198)

*

MESAS DE RENDAS - DELEGACIAS FISCAIS

- As mesas de rendas, ainda quando subordinadas a delegacias fiscais, não são órgãos destas.

Lafayette Rodrigues dos Santos **versus** União Federal

Rec. de mand. de seg. nº 1.555 - Relator: MINISTRO NÉLSON HUNGRIA - Ac. unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 17 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.199)

*

MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- É inescusável o erro da interposição de recurso extraordinário à decisão que, em última instância, nega o mandado de segurança.

Francisco Rocha e outro **versus** Fazenda do Estado da Bahia

Rec. ext. nº 15.659 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 31 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.200)

*

MANDATO - ADMINISTRAÇÃO - IRREVOGABILIDADE

- O mandato geral de administração não comporta a cláusula de irrevogabilidade.

Enedino Bezerra de Andrade Melo **versus** Antônio Eutálio César de Andrade

Rec. ext. nº 19.951 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.201)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - OBRIGAÇÃO DE ENTREGA

- Não constando do documento de promessa de compra e venda a obrigação de entregar o imóvel desocupado, não é possível estabelecê-la com o só testemunho do corretor que interveio no negócio.

Odilon Neves **versus** Luzia de Jesus Oceano

Rec. ext. nº 19.947 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 3 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.202)

*

LOCAÇÃO - BENFEITORIAS - MELHORAMENTOS

- Se o contrato estabelece que as benfeitorias não são indenizáveis, não pode o locatário pretender o seu ressarcimento.

- Melhoramentos, em linguagem popular, é o mesmo que benfeitorias.

Odete Carrazedo **versus** João Guedelha Mourão

Rec. ext. nº 19.876 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. unânime da 1ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 27 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.203)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS - CRUZAMENTO

- Não é absoluta a regra que dá preferência ao veículo da direita, quando dois devam cruzar-se. Comporta exceções, como as relativas à via preferencial e à existência de sinal.

Viação Real Ltda. **versus** Laura de Jesus Antunes de Oliveira

Rec. ext. nº 19.861 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 21 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.204)

*

COMPRA E VENDA - PRESTAÇÃO SIMULTÂNEA

- Na compra e venda, deve ser simultânea a prestação das obrigações das partes. Não pode exigir a entrega da coisa quem não satisfaz o preço, na forma estipulada.

Camilo Atílio Filho **versus** Rubens dos Santos Carvalho

Ag. nº 15.199 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 11 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.205)

*

QUITAÇÃO - RESSALVA - PAGAMENTO

- Não pode ser recusado o pagamento pelo fato de conter a quitação ressalva de outro crédito.

"Fôlha Carioca" S.A. **versus** Sociedade Espanhola de Beneficência

Ag. nº 15.205 - Relator: MINISTRO HAHNEMANN GUIMARÃES - Ac. da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 28 de dezembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.206)

*

BANCO DO BRASIL - ISENÇÃO FISCAL - TAXAS

- O Banco do Brasil goza de isenção de impostos federais, estaduais e municipais. A isenção não compreende as taxas.

Banco do Brasil, S.A. **versus** Prefeitura Municipal de Uberaba

Rec. ext. nº 16.572 - Relator: MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES - Ac. da 1ª
Turma do Sup. Trib. Federal, em 28 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.207)

*

JUIZ - LEI - PRECEDENTES

**- O juiz decide de acôrdo com a lei e não conforme aos precedentes. Non
exemplis sedi legibus judicandum.**

Recorrente: Adonai de Almeida Silas

Rec. de mand. de seg. nº 1.644 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac.
unânime do Sup. Trib. Federal (sessão plena), em 23 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.208).

*

SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO

**- Não se pode dar como não fundamentado o acórdão que se reportou aos
fundamentos da sentença.**

Paulo Vilela de Andrade **versus** Ester de Almeida Vilela

Ag. nº 15.210 - Relator: MINISTRO LUÍS GALLOTTI - Ac. da 1ª Turma do
Sup. Trib. Federal, em 17 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.209)

*

RECURSO DE REVISTA - PROVA DA TEMPESTIVIDADE

- Não é imprescindível à interposição do recurso de revista a prova da sua tempestividade.

Cia. Telefônica Brasileira **versus** Espólio de Emílio Scofano

Rec. ext. nº 17.741 - Relator: MINISTRO OROZIMBO NONATO - Ac.
unânime da 2ª Turma do Sup. Trib. Federal, em 6 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.210)

Tribunal Federal de Recursos

PERMISSÃO ADMINISTRATIVA - CASSAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA

- O mandado de segurança é remédio inidôneo para impedir a cassação, "manu militaris", da permissão administrativa, desde que ocorra, matéria de fato, como, por exemplo, a do local em que se exerce a permissão.

União Federal **versus** Antônio Ferreira Leite

Rec. mand. de seg. nº 1.447 - Rel. MIN. ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança, ora em grau de recurso neste Tribunal, sob número 1.447, do Distrito Federal:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso interposto pela União, para o fim de cassar a segurança concedida, tudo nos têrmos dos votos constantes das notas taquigráficas em anexo e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas pelo recorrido.

Tribunal Federal de Recursos, 13 de junho de 1952. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente. O caso está revestido da máxima simplicidade processual, por isso que se trata de violação de um "compromisso" devidamente assinado entre o impetrante e o Departamento de Obras e Saneamento, consubstanciado no respectivo "têrmo", junto a fls. 7, pelo qual o impetrante ficou com o direito de extrair areia do canal Acari, em Realengo, tendo sido, outrossim, obtido o consentimento da Prefeitura Municipal, conforme documento de fls. 11.

Assim aparelhado, o impetrante deu início à extração, quando foi - *manu militari* - obrigado a suspender o serviço pela invasão de um "choque" da Polícia do Exército que trazia ordens do respectivo comandante do Campo de Instrução de Gericinó.

O referido comandante, "informando" a segurança, a fls. 29, declarou que tinha realmente impedido que o impetrante continuasse a extrair areia daquele local, mas assim agira com o fim de salvaguardar os interêsses do Ministério da Guerra, e tendo em vista a segurança da organização militar que dirige, bem assim evitar acidentes pessoais que são freqüentes quando da realização de exercícios de tropa. Informou, mais, que o Departamento Nacional de Obras de Saneamento está providenciando a anulação das permissões: de retirada de areia já concedidas. Prosseguindo o processo, foi êle sentenciado a fls. 35,

tendo sido concedido o mandado, e daí o recurso de fls. 43, tempestivamente interposto pelo procurador da República, obtendo parecer favorável da douta Subprocuradoria Geral perante êste Tribunal.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (relator): Sr. presidente. Não há a menor dúvida que o impetrante tinha permissão expressa da autoridade competente para retirar areia do canal Acari, em Realengo. O "têrmo de compromisso" de fls. 7 é preciso e concludente a respeito. Dúvida também não pode haver quanto à coação praticada pelo comandante, que, aliás, não negou o fato que lhe foi atribuído pela inicial, pelo contrário, o confessou, porém explicando que assim tinha agido para, evitar acidentes pessoais e preservar os interêsses do Ministério da Guerra. O direito líquido e certo do impetrante é positivo e indubitável, pois que êle tem a seu lado o "compromisso" de fls. 7, que, só depois de revogado, daria direito àquela autoridade militar de proceder como procedeu, e tanto é assim que ela própria, nas "informações" que prestou ao juiz *a quo*, declarou que estava sendo, pela autoridade competente, pedida a dita revogação. A matéria, pois, é de uma simplicidade manifesta, como acentua a sentença recorrida, que, aliás, salienta, e com razão, o disposto pelo dec. nº 2.543, de 24 de março de 1938, em seu art. 3º, que assim determina:

"O Campo de Instrução deverá manter-se cercado em todo o seu perímetro com cancelas de acesso nas estradas que o cortam ou que para êle se dirijam, tendo em vista vedar-lhe o ingresso ao público, facilitar o policiamento geral e evitar os perigos de vida para a população, no transcurso dos exercícios e experiências de tiro".

Ora, isto quer dizer precisamente que a jurisdição do comandante não se estende fora das referidas "cêrcas ou cancelas" a que alude a dispositivo acima transcrito, mormente para alcançar uma concessão legitimamente atribuída que foi ao impetrante por pessoa capaz e por ato legalmente constituído, mesmo porque, no local onde está sendo explorada a extração da areia, nenhuma é a intervenção do Ministério da Guerra, e sim do da Viação e Obras Públicas, tanto que foi êste quem deu a devida autorização, e não aquêle.

Isto pôsto, não tenho dúvidas em manter a decisão recorrida, pelo que, Sr. presidente, nego provimento ao recurso.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por pedido de vista do Sr. ministro ELMANO CRUZ, após ter negado provimento ao recurso o Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Na última sessão dêste Tribunal, a ordinária de segunda-feira, pedi e obtive vista dêstes autos para, com o exame direto do processo, proferir voto.

Lamento divergir do Sr. ministro relator, que confirmou em seu voto a decisão de primeira instância concessiva da ordem..

Data venia, dou provimento ao recurso para cassar o mandado concedido em primeira instância, pela manifesta inidoneidade do *writ* para o deslinde da hipótese.

Determinado cidadão pediu ao Departamento Nacional de Obras e Saneamento licença para retirar areia do canal Acari, em Realengo, e esta licença lhe foi concedida, a título precário, para que a exploração se fizesse entre as estacas 38 e 63.

Iniciada a exploração, o diretor do Campo de Gericinó teria mandado prender os exploradores, violência inútil, por isso que a exploração, na realidade, estaria sendo feita dentro dos limites do Campo de Gericinó, estabelecimento militar, subordinado à jurisdição do Ministério da Guerra.

O permissionário se insurge contra a violência e a restrição postas à sua atividade e requer mandado de segurança, pedindo, desde logo, a concessão limiar do remédio.

O juiz ORLANDO MENDONÇA MOREIRA proferiu, então, o judicioso despacho de fls. 18-18 v., que é o seguinte (*lê*).

Como vê o Tribunal, a discussão entre o coronel-comandante do Campo de Gericinó e o permissionário é restrita, circunscrita, limitada e adjeta a *matéria de fato*, eminentemente de fato, desde o momento em que o coronel não nega a faculdade do Departamento de Saneamento de dar permissão para tirar areia do riacho Acari, fora dos limites do Campo de Gericinó, mas o que entende inviável é que a exploração se faça em local sujeito à jurisdição do Ministério da Guerra, sem audiência ou permissão dêste órgão militar.

O permissionário sustenta, a seu turno, que a exploração está sendo feita dentro dos limites das estacas 38 e 63, tal como lhe foi permitido.

Ora, como poderá o Tribunal dizer se de fato a areia é tirada fora das lindes do Campo de Gericinó, como fêz o impetrante, ou dentro dos limites daquele Campo, como sustenta o coronel-diretor do Campo? Sòmente por meio de uma *vistoria* no local, o que positivamente se não admite no processo de mandado de segurança.

Julgando inidôneo o mandado, o Tribunal não estará afirmando, quer a tese do impetrante, quer a do coronel-comandante. Está se abstraindo de examinar o *fato* de estar sendo, ou não, retirada a areia de local diverso daquele para onde foi autorizada a retirada.

Evidentemente não cabe no mandado de segurança afirmar se o local da exploração é o mesmo da permissão, ou se o não é. A matéria é incomportável dentro do âmbito do mandado, e só pode ser dirimida, de modo definitivo e completo, em ação com rito ordinário, *vistoria* no local e garantia da exploração cabível pelo Poder Judiciário, restituindo-se, se de tal fôr o caso (dado o caráter precário, da outorga), o prazo perdido em razão da intervenção das autoridades militares, se é que resultar apurada ser indébita a intervenção.

Meu voto é, pois, cassando o mandado, por inidôneo, eis que a controvérsia repousa exclusivamente sôbre matéria de fato, não demonstrada, nem demonstrável no mandado impetrado.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, não me lembro dos t ermos em que o Sr. ministro relator confirmou a decis ao. Tamb em não me lembro dos t ermos em que a sentença concedeu a ordem. Parece-me, entretanto, que a controvérsia   esta: alguém estava armado de uma autorizaao da autoridade competente para tirar areia de determinado lugar. A autoridade indicada como coatora teria proibido que êsse alguém autorizado tirasse a areia. Agora surge, pelo voto do ministro ELMANO CRUZ, versão de que o recorrido teria sido proibido porque estaria retirando areia fora do local da autorizaao. Ora, Sr. presidente, o Sr. ministro ELMANO CRUZ não contestou que se proibiu a extraao das areias aí nesse local, mas, definitivamente, em qualquer local. Há um direito líquido e certo lesado, a ser repostos em t ermos. A autoridade coatora, informando, não contestou a afirmaao de que o recorrido foi proibido de tirar areia.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Onde estava tirando, nos limites do Campo de Gericinó.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, prefiro resguardar o direito. Quando julgo, como juiz, tenho sempre muita preocupaao em não prejudicar o direito, o direito legítimo, o direito verdadeiro. No caso, o recorrido tem um direito verdadeiro a ser respeitado, inclusive pela via do mandado de segurança.  sse direito   o de tirar as areias *dentro das limites que lhes traçou o Ministério da Viaao*. Disse  le estar privado de explorar essa concessão. A autoridade coatora, então, invocou a circunstância de estar o recorrido tirando areia fora dos limites traçados. Ora, Sr. presidente, as responsabilidades pessoais e de autoridade pública, por desobediência, se definem e se processam. Conseqüentemente, essa autoridade coatora, recebendo notícia do mandado de segurança, nos t ermos em que o vou conceder, deverá definir-se. E o direito ficará resguardado, conforme a sentença. Se a sentença não   expressa, eu o sou, para assegurar, ao recorrido, o

direito de continuar a extrair areia dentro dos limites da concessão que lhe foi dada pelo Ministério da Viação. Com isso, nem estou cerceando a autoridade coatora, nem estou desamparando o direito legítimo.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Também não desamparei nem um nem outro e penso ter sido mais preciso que V. Ex.^a: determinei vistoria.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.^a fêz depender de uma vistoria eu estou reconhecendo o direito, dentro dos seus limites. Agora, a autoridade coatora se está consciente de que impede, legítimamente, continuará; se não está, vai respeitar o aresto.

Sr. presidente, dou o mandado de segurança para que êle continue na exploração das areias, de acôrdo e nos limites da concessão que lhe foi outorgada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deu-se provimento ao recurso, contra os votos dos Srs. ministros relator e CUNHA VASCONCELOS. Os Srs. ministros MOURÃO RÚSSEL, SAMPAIO COSTA, HENRIQUE D'ÁVILA e ALFREDO BERNARDES acompanharam o voto do Sr. ministro ELMANO CRUZ. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. ministro JALMA DA CUNHA MELO.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Notas:

COMENTÁRIO

O acórdão proferido no recurso de mandado de segurança sob o nº 1.447 se traduz num de profundis ao direito do permissório de serviço público. O julgado, data venia, com rara infelicidade, deformou a tese do direito. Situou-a sob mera questão de fato, absolutamente inadequada, como acentuou o voto do

ministro CÂNDIDO LÔBO. O que a sentença de primeira instância discutiu e caracterizou foi a eficácia jurídica de uma concessão que não pode ser revogada, senão pelo poder concedente. A invasão manu militari, como ocorreu, transformou-se em arma processual contra o permissionário. O voto vencedor, generosamente, prodigalizou ao impetrante uma solução de porvir: a invocação e uso do processo ordinário, com vistoria, etc. Foi olvidado o gesto da autoridade que, permanentemente, impede o exercício de um direito. O acórdão não quis decidir da extensão do mesmo. O final do voto vencedor está vazado com muita loquela: "Também não desamparei nem um nem outro e penso ter sido mais preciso que V. Ex.^a: determinei vistoria".

Não se discute no mandado de segurança, como se vê no voto do ilustre ministro CÂNDIDO LÔBO, qual a localização da exploração ou ultrapassagem indevida da área explorada.

Um dos postulados constitucionais da administração brasileira é relativo à distribuição das funções entre os seus órgãos. Esse princípio, hoje, é de tendência universal nos países democráticos, como acentua o especializado GABINO FRAGA in "Derecho Administrativo", pág. 27, ed. 1948. Houve verdadeira usurpação de função, quando a autoridade coatora invadiu jurisdição do Departamento de Obras e Saneamento do Ministério da Viação. Esse serviço, é o concedente para a retirada de areia no rio Acari, entre as estacas 38 e 63. Em contraprestação, deveria o impetrante desobstruir o citado rio, dragando-o e limpando-o. Esse sistema de permissão, sem ônus para o Tesouro, é comum nos E.E. U.U. da América e serviu de modelo ao Brasil. Naquele país, pertence semelhante atribuição ao Ministério do Interior.

A jurisdição territorial da autoridade militar coatora, por força do dec. nº 2.543, de 24-3-1938, está confinada, pelo art. 3º, nas seguintes lindes: o Campo de Instrução do Gericinó deverá manter-se cercado em todo o seu perímetro. A concessão foi outorgada fora dessa área. A informação não é diversa. Vigorou até o dia em que a autoridade militar pôs abaixo a vigência da permissão, traduzida em ato formal, assinalado em documento público. Não solicitou a revogação do ato permissionário, expedido pelo referido Departamento de Obras e Saneamento. Houve sucumbência no um ato formal perfeito, diante de uma simples informação de autoridade, que trazia a eiva da prática de ato nulo. Perigosa a tese do acórdão no ato jurídico expedido por autoridade competente.

"A competência vem rigorosamente determinada no direito positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais, e, também, como meio de garantia para o indivíduo, que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. Tôda vez que o agente procede sem estar legalmente investido no cargo, ou, embora investido legalmente, excede ao agir o âmbito de atribuições que a lei lhe designa, há incompetência" (SEABRA FAGUNDES, "O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", página 76).

Sobrepôs-se o acórdão a qualquer medida administrativa ou judicial. Aquela (administrativa), só é lícita quando ao órgão, ao proceder diretamente, lhe cabe resolver por fôrça de competência própria. A execução do administrativo, apontado como ilegal tem sido a tormenta das decisões.

O voto vencedor cuida de nova doutrina. Consagra e valoriza medidas pessoais de fôrça. Confundiu o acórdão tese jurídica controvertida, que é a conceituação de função - forma e meios de atividade da União - e afastou o remédio adequado em favor do particular. Não houve divergência **facti**. Tudo girou em torno de tese de direito. Esta dizia respeito à sobrevivência do termo de permissão para explorar areia.

Eduardo Jara, juiz no Distrito Federal.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DEMISSÃO - REINTEGRAÇÃO - READMISSÃO

- Reintegração, e não readmissão, é o remédio contra a demissão ilegal.

- Fundado o ato de demissão, há que examinar a procedência do fundamento e sua conformidade com a legislação aplicada, desde que a apreciação, de seu merecimento não contrarie o princípio da harmonia de poderes.

União Federal **versus** Raul Cavalcânti Leite

Ap. nº 1.346 (embs.) - Relator: MIN. CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 1.346, de Pernambuco, para efeito de julgamento dos embargos de fls. 100 e segs. e 105 e segs.:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por maioria e na conformidade das notas taquigráficas *retro*, em dar provimento aos embargos do autor para o efeito de, reformando a decisão embargada, determinar a reintegração do referido autor, com as cominações conseqüentes.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 26 de setembro de 1949. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente *ad hoc*; *Cunha Vasconcelos*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Acolhendo como integrante dêste o relatório de fls. 78, ao mesmo acrescento que a 2ª Turma, no acórdão de fls. 98 e, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para, reformando a sentença, determinar a readmissão do recorrente, a quem serão pagos os proventos do cargo desde o trânsito em julgado da mesma decisão.

Pelo autor foram opostos embargos infringentes a fls. 100, onde se alega que o acórdão embargado fere direito expresso (art. 190 da Constituição), sôbre não se harmonizar a sua conclusão com as próprias premissas em que se baseia, porquanto, invalidada a demissão do embargante, não há fugir à conseqüência da reintegração.

Conclui pedindo reforma do acórdão embargado na parte em que se limitou a determinar a simples readmissão do embargante, a fim de que seja compelida a reintegrá-lo com tôdas as vantagens do seu cargo, desde a data da demissão, e a

pagar-lhe honorários de advogado, na base de 20% sôbre o valor da condenação e custas.

Êsses embargos foram contestados a fls. 110.

Também embargou a Fazenda Nacional, a fls. 105, a fim de ser reformado o acórdão embargado, julgando-se improcedente a ação.

Êsses embargos foram impugnados a fls. 113.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Sr. presidente, fui um dos votos vencedores do acórdão embargado. Meu voto se encontra de fls. 92 a 96 dêstes autos, e não encontrei nos embargos de ambas as partes razões que me levassem a modificá-lo.

"O autor, que era coletor federal em Palmares, foi dado como em atraso ao recolhimento da arrecadação efetuada pela sua Coletoria no mês de abril de 1939 e dias do mês de maio ainda daquele ano.

"Intimado por edital para recolher a importância, por se achar em lugar ignorado, recolheu a mesma importância a 2 de junho seguinte.

"Na inicial se fala que o seu afastamento se verificou em 10 de março de 1939, mas deve haver engano, pois só pode ter sido em maio do mesmo ano, quando teria sido verificado o não recolhimento das rendas.

"Além de recolher a importância até então não recolhida, o autor foi privado da percentagem que a lei lhe conferia sôbre a arrecadação, e bem assim removido por decreto de 25 de maio de 1939 para a Coletoria de Rendas Federais em Nazaré, conforme proposta feita pela administração e afinal aceita.

"Foi ainda o autor denunciado no Juízo Criminal como incurso na sanção do art. 221, letra *b*, da Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo dec. número 22.213, de 1932, mas, no Juízo Criminal; nem sequer foi pronunciado.

"Entendo que ilegítima foi a demissão do autor, não porque tenha sido posteriormente absolvido no Juízo Criminal, ou melhor, ali impronunciado, mas por que na própria instância administrativa não se legitima a pena que lhe foi imposta.

"Se a punição administrativa guardasse conformidade com os preceitos do dec. nº 24.502, de 29 de junho de 1934, indiferente a solução do caso à absolvição perante o Judiciário, pois, na verdade sempre entendi e continuo entendendo que a absolvição na esfera criminal não assegura ao funcionário, por si só, o reingresso no serviço público, eis que são absolutamente independentes: as duas jurisdições.

"No processo a que se refere o Sr. ministro revisor, caso Aníbal Esperidião, da Silveira ("Rev. de Direito Administrativo", vol. I, pág. 190), o funcionário foi absolvido no Juízo Criminal em razão de dirimente invocada e aceita pelo júri.

"Não se contestou, porém, a existência do fato nem quem fôsse o seu autor. Apenas se reconheceu que, em razão daquele fato incontestado, nenhuma sanção criminal seria aplicável.

"Mas, como se tratasse de crime de morte cometido por inferior contra superior hierárquico dentro da repartição, o processo administrativo concluiu pela sua demissão, e, proposta a ação judicial, dei-a por improcedente.

"O caso dos autos é diferente.

"O autor deveria recolher mensalmente a receita arrecadada, e não o fez com relação à de *abril* e dias de *maio*.

"Para esta omissão estabelecia o decreto nº 24.502 duas penalidades:

"1º A perda da percentagem sobre a importância arrecadada;

"2º A cobrança de juros moratórios, à razão de 1% ao mês.

"Sòmente na hipótese de retenção por dois meses consecutivos é que seria aplicável ao coletor a pena de demissão (art. 55, § 2º).

"Pelo Cód. de Contabilidade (art. 151) as rendas arrecadadas no Distrito Federal e nas capitais dos Estados deveriam ser recolhidas em 48 horas, ao passo que, nas distantes e de difíceis comunicações com as agências do Correio ou do Banco do Brasil ou com as Delegacias Fiscais, a renda poderia ser arrecadada uma só vez por mês (art. 5º do dec. nº 24.502).

"Por outro lado, o Cód. de Contabilidade prescreve que a exoneração da responsabilidade dos responsáveis por dinheiro público só se dará provada a fôrça responsável das cautelas e prescrições regulamentares, excluindo culpa mesmo leve dos agentes (art. 156).

"Admite-se assim que possa e deva ser o exator chamado a explicar a razão do não recolhimento, sem prejuízo do recolhimento provisório das importâncias, que se suponham por justas razões desviadas dos cofres públicos, sob pena de juros de mora, suspensão de funções e cobrança executiva" (art. 156 do Código de Contabilidade Pública, parágrafo único).

"O autor, assim, não incidiu na pena de demissão a que se refere o § 1º do art. 55 do decreto específico, pois não reteve o saldo de dois meses consecutivos, mas apenas o de abril e alguns dias de maio. Foi punido com a perda da percentagem, pagamento de juros da mora e remoção, sendo que esta última penalidade nem mesmo se incluía entre as que o capítulo X do dec. nº 24.502 estabelecia para punição dos coletores e escrivães menos exatos.

"O art. 113 do dec. nº 24.502 pune, ainda, com a pena de demissão os que derem desfalque, mas como tal só se pode entender a falta verificada administrativamente, nos têrmos do art. 74 do citado dec. nº 24.502, considerada a importância em falta, como saldo em "poder dos responsáveis", que, tanto nesse caso como no de alcance fixado pelo Tribunal de Contas, serão convidados à reposição.

"No caso em aprêço, verificado o atrasado recolhimento, não caracterizado o desfalque, mas considerada a importância não recolhida como "saldo em poder do responsável", êste, convidado a entrar com ela, atendeu ao convite repondo-a no dia 2 de junho imediato, isto é, menos de 30 dias após o seu afastamento.

"Entendo, assim, que não teria havido razão legal que justificasse a demissão do autor, em nada alterando esta conclusão o resultado a que chegou o processo criminal.

"Voto, assim, de acôrdo com o Sr. ministro relator, não dando, porém, ao julgado o efeito de "reintegração" - mas de simples *readmissão* - a exemplo do que entendi no caso de Otávio Santos, decisão já reformada aliás neste Tribunal, mas cuja reforma, *data venia*, não convenceu tivesse sido menos justa ou eqüidosa.

"Embora *ilegal*, pôr não conforme à lei o processamento da demissão do autor, o seu procedimento justificaria a imposição de penalidade, e se não ocorreu o desfalque, a que se refere o artigo 113 do dec. nº 24.502, com os extremos exigíveis para justificar a demissão, não é razoável que vá ainda agora ser premiada o mau funcionário, como indiscutivelmente o demonstrou ser o autor, com o pagamento de vencimentos atrasados, percentagens não recebidas e relativas a importâncias que efetivamente não arrecadou, etc...

"Assim, modifico unicamente a conclusão da sentença: acolho o pedido, para determinar a readmissão do autor, após o trânsito em julgado da sentença, pagando-se-lhe, desde então, os proventos e vantagens do cargo, como se em efetivo exercício".

"Foi êste o meu voto. Dêste voto dissenteu o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, apenas no tocante às conclusões do julgado, isto é, aos efeitos decorrentes do julgado.

"O voto de S. Ex.^a, na parte em que divergiu do meu - porque quanto ao mais tanto eu como S. Ex.^a julgávamos procedente a ação - foi êste:

"Conclui-se, do exposto, que, além das penas permitidas pelo art. 55 do decreto nº 24.502, o apelante, depois de recolhida a quantia do alcance, foi removido.

Está expresso que essa remoção se deu como punição *pele não recolhimento* da arrecadação dentro do prazo regular. Eis o que escreveu, no aludido proc. n° 36.294-40, o diretor do Pessoal do Tesouro Nacional (fls. 38 v. e 39):

"Trata êste processo, encaminhado pela Delegacia Fiscal em Pernambuco, de um inquérito administrativo ali instaurado, para apurar um desvio de rendas praticado pelo exator em Palmares, Raul Cavalcânti Leite. Teria êste recolhido sòmente em junho do ano passado e, assim, depois de convidado a isso por edital, a renda correspondente a abril e alguns dias de maio. A Delegacia Fiscal naquele Estado, encaminhando ao Tesouro o processado, opina no sentido de sua remoção para outro Estado, com descenso, muito embora, antes, reconheça que a demissão do mesmo se impunha. Por decreto de 25 de maio de 1939, o funcionário de quem se trata foi removido da Coletoria de Palmares (1ª Coletoria de 4ª classe) para idêntico lugar na de Nazaré (de 4ª classe), no mesmo Estado. Ouvida a Diretoria das Rendas Internas, opinou pelo cumprimento, por parte da Delegacia de Pernambuco, do decreto de 25 de maio de 1939, citado, estranhando não tivesse o acusado se defendido. Conforme se verifica do processo, o referido coletor não foi intimado a apresentar defesa, não obstante ter recolhido, dentro do prazo marcado, a renda que retivera em seu poder ilegalmente. Do exposto, tendo em vista que, no caso, não houve prejuízo para a Fazenda; não foram tomadas as contas do aludido exator, e que êsse, com sua remoção para a Coletoria de Nazaré e seu afastamento do cargo (proc. n° 26.294-40), já foi suficientemente punido, êste Serviço, de acôrdo com a Diretoria das Rendas Internas, é de parecer que a Delegacia Fiscal de Pernambuco deverá dar cumprimento ao decreto de remoção do coletor Raul Cavalcânti Leite, de Palmares para Nazaré. A consideração superior. S. P., 21-6-940. - *Lauro Boamorte*, diretor".

"É inequívoco, pois, que a remoção para Nazaré se praticou como ato pelo qual o apelante já fôra *suficientemente punido*, no dizer do diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda.

"Destaco a circunstância, não como reprodução de opinião dêsse chefe de serviço, mas como elemento de convicção de que à remoção se deu o sentido de punição, de pena.

"É certo que êsse mesmo diretor, em 13 de setembro do mesmo ano de 1940, opina pela demissão a bem do serviço público, depois de oferecida defesa pelo apelante (fls. 33 v.).

"De tudo se conclui que o apelante foi removido, como punição, sem ser ouvido, tendo sido publicado o decreto respectivo.

"Basta-me, pois, o apurado, para haver como extravasante do limite legal a demissão posterior. Verdadeiro *bis in idem*, inaceitável. Demais, ao ser exonerado, em dezembro de 1940, da Coletoria de Palmares, em atenção se deve ter que, desde maio de 1939, já havia sido transferido para Nazaré. O funcionário removido, ou transferido, não toma nova posse, mas tão-sòmente assume o exercício (Estatuto, art. 33, § 1º); logo, ao ser demitido, o apelante era coletor de Nazaré e não de Palmares.

"Dos elementos reunidos nesta ação conclui-se que, depois da remoção, inquestionavelmente imposta como punição, reabriu-se o processo administrativo, ouvindo-se, *só então*, o apelante. E nessa segunda fase foi que se concluiu pela demissão a bem do serviço público, pena que TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI classifica como "a mais grave de quantas foram consignadas no Estatuto e se aplica nos casos em que se verificar a prática de crimes contra a administração, os cofres públicos e o Estatuto" ("O Funcionário e seu Estatuto", pág. 423). E, em essência, verifica-se que o apelante não praticou qualquer crime *contra* os cofres públicos, pois recolheu, no *prazo que lhe foi marcado*, a quantia que arrecadara. Tenho para mim que o dolo é *pressuposto* necessário à demissão a bem do serviço público com assento no art. 239, inciso VI, do Estatuto, pois que, em "*lesar* os cofres públicos", ou "*dilapidar* o patrimônio da Nação", se subentende ação consciente.

Há mais: o § 1º do transcrito art. 55 do dec. nº 24.502 dispõe, *verbis*:

"O coletor que retiver o saldo de dois meses consecutivos, além das penalidades já estabelecidas (as do artigo), incorrerá na pena de demissão, que será proposta pelas Delegacias Fiscais".

"Note-se: se tiver havido *lesão* aos cofres públicos, ou *dilapidação* do patrimônio da Nação - demissão a bem do serviço público, além do mais que

couber; quando não se fizer o recolhimento nos prazos marcados, perda de percentagens e juros da mora; retenção do saldo de dois meses, demissão simples, além da perda das percentagens e juros da mora.

"E os autos revelam que o apelante deixou de recolher, nos prazos, a arrecadação de abril e de oito dias de maio de 1539 (decreto citado), tendo-lhe, por isso, sido aplicadas as penalidades adequadas.

"A demissão, a bem do serviço, foi, pois, a meu ver, exorbitante e ilegal.

Pelo exposto, pois, dou provimento à apelação e reformo a sentença, para o efeito de, julgando procedente a ação, anular a demissão e condenar a União a reintegrar o apelante no cargo, que foi demitido (Constituição, art. 190), bem como a compor os prejuízos decorrentes, inclusive honorários de advogado na base de 20% e custas".

O acórdão embargado sufragou a tese dêsses dois votos, e não encontro razões quê me levem a dela afastar-me. Sem embargo da divergência que separou, afinal, os votos vencedores: o do Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, no sentido da reintegração, e o meu, de pura readmissão, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (revisor): Há embargos das duas partes interessadas: do autor da ação e da Fazenda Nacional.

O autor embarga o acórdão em parte, para que o Tribunal, reformando a decisão da Turma, determine sua reintegração no cargo e não sua readmissão, como ficou constando do acórdão. Essa decisão, na Turma, foi tomada pelo voto do relator e do terceiro juiz, sendo que o revisor, ministro DJALMA DA CUNHA MELO, reformou a sentença que houvera a ação como procedente.

O Tribunal já ouviu os fundamentos dos votos divergentes: do Sr. ministro, ELMANO CRUZ e do meu, revisor. Entendo eu que, tendo sido reconhecida é proclamada a ilegalidade do ato da demissão, a consequência necessária terá de ser a reintegração.

O Sr. ministro ELMANO CRUZ admite a intercorrência de uma pena, porque manda somente readmitir o funcionário mesmo verificada a ilegalidade do ato de demissão. Nessa parte, admito os embargos. Dou-lhes provimento para reformar o acórdão, determinando a reintegração do autor.

Quanto aos embargos da União, rejeito-os, integralmente, porque o embargado foi vítima de procedimento positivamente ilegal. Isso já está demonstrado.

Parece que o Tribunal já tem elementos para julgar com pleno conhecimento da causa. No voto que proferi, na Turma, como relator, penso que esclareci, de modo definitivo, a ilegalidade dessa demissão. O ilustre Dr. subprocurador geral, em seu parecer, argúi matéria que merece exame preferencial. Esta foi a parte vencida, mas é interessante porque diz respeito ao mérito. Meu voto foi o seguinte:

"Pretende o ilustrado defensor da apelada sustentar a livre demissão do apelante, o que acobertaria o ato do Poder Executivo amplamente.

"Não procede, a meu ver, a defesa que se acolhe à doutrina do "quem pode o mais, pode o menos". A só ausência de condições de estabilidade no emprêgo não acoberta a improcedência do motivo dado para a demissão do funcionário. Fundado o ato demissionário, há que examinar a procedência do fundamento e sua conformidade com a legislação aplicada, desde que a apreciação de seu merecimento não contrarie o princípio da harmonia de poderes.

"O decreto demitindo o apelante está certificado, na íntegra, a fls. 33 v., e diz:

"O presidente da República, tendo em vista o que consta do processo número 36.294-40, da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, resolve demitir, a bem do serviço público, de acôrdo com o art. 239, item VI, do dec.-lei número 1.713, de 28-10-39, Raul Cavalcânti Leite do cargo de coletor das Rendas Federais, em Palmares (de 4ª classe), Estado de Pernambuco".

"Ora, pelo art. 239, item VI, do Estatuto, será aplicada a pena de demissão, a bem do serviço público, ao funcionário que lesar os cofres públicos ou dilapidar o patrimônio da nação. Conseqüentemente, o apelado foi demitido no pressuposto da prática de uma das duas hipóteses. Assim, não tem sentido

influyente na decisão a circunstância de se tratar, ou não, de funcionário com garantia de estabilidade (art. 191 do Estatuto).

"Passemos, conseqüentemente, ao exame direto da hipótese.

"Segundo as certidões juntas às fls. 31 e segs. pelo procurador regional da República, apura-se que o apelante foi acusado de não haver recolhido a quantia de Cr\$ 20.631,60, proveniente das rendas arrecadadas no mês de abril e parte de maio de 1939, na Coletoria de Palmares, conforme o processo número 36.294-40 (fls. 33). Êsse débito, entretanto, foi recolhido, no dia 2 de junho do mesmo ano de 1939, aos cofres da Tesouraria da Delegacia Fiscal em Palmares (cert. fls. 37, *in fine*), dentro do prazo para isso fixado. É o que está certificado a fls. 37 v., *in verbis*:

"... dentro do prazo estabelecido, conforme se vê da informação de fls. 9, do processo anexo, o responsável quitou-se com a Fazenda Nacional, procedendo ao devido recolhimento".

"E, pela mesma certidão, se apura que, além da aplicação das sanções previstas no art. 55 do dec. nº 24.502, de 29 de junho de 1934, foi, ainda, o apelante transferido para a Coletoria de Nazaré. Eis os tēmos do aludido dispositivo legal:

"A falta de recolhimento nos prazos marcados sujeita o exator, pela mora, ao juro de 1% ao mês, além da perda da percentagem sôbre a imponência retida, salvo a hipótese prevista no art. 96 do Cód. de Contabilidade Pública".

"Logo, na importância recolhida, fora do prazo, incluíram-se juros da mora, tendo ainda o apelante sido privado das percentagens a que teria direito (decreto citado, art. 96). A fls. 33 v., *in fine*, certificado na íntegra, o decreto do presidente da República, datado de 25 de maio de 1939, removendo o apelante da Coletoria de Palmares para a de Nazaré. Êsse decreto foi publicado no "Diário Oficial" de 2 de junho de 1939. Note-se, aliás, que é êle anterior cêrca de um ano e sete meses, ao de exoneração da Coletoria de Palmares, datado, como se viu, de 5 de dezembro de 1940.

"Conclui-se, do exposto, que, além das penas permitidas pelo art. 55 do decreto nº 24.502, o apelante, depois de recolhida a quantia do alcance, foi removido. Está expresso que essa remoção se deu como punição pelo não recolhimento da arrecadação dentro do prazo regular. Eis o que escreveu, no aludido processo nº 36.294, o diretor do Pessoal do Tesouro Nacional".

"É inequívoco, pois, que a remoção para Nazaré se praticou como ato pelo qual o apelante já fôra suficientemente punido, no dizer do diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda.

"Destaco a circunstância, não como reprodução de opinião dêsse chefe do Serviço, mas como elemento de convicção de que à remoção se deu o sentido de punição, de pena.

"É certo que êsse mesmo diretor, em 13 de setembro do mesmo ano de 1940, opina pela demissão a bem do serviço público, depois de oferecida defesa pelo apelante (fls. 33 v.).

"De tudo se conclui que o apelante foi removido, como punição, sem ser ouvido, tendo sido publicado o decreto respectivo.

"Basta-me, pois, o apurado, para haver como extravasante do limite legal a demissão posterior. Verdadeiro *bis in idem*, inaceitável. Demais, ao ser exonerado, em dezembro de 40, da Coletoria de Palmares, em atenção se deve ter que, desde maio de 39, já havia sido transferido para Nazaré. O funcionário removido, ou transferido, não toma nova posse, mas tão-sòmente assume o exercício (Estatuto, art. 33, § 1º); logo, ao ser demitido, o apelante era coletor de Nazaré e não de Palmares.

"Dos elementos reunidos nesta ação conclui-se que, depois da remoção, "inquestionavelmente imposta como punição, se reabriu o processo administrativo, ouvindo-se, só então, o apelante. E nesta segunda fase foi que se concluiu pela demissão a bem do serviço, pena que TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI classifica como "a mais grave de quantas foram consignadas no Estatuto e se aplica nos casos em que se verificar a prática de crimes contra a administração, os cofres públicos e o Estado" ("O Funcionário e seu Estatuto", pág. 423). E, em essência, verifica-se que o apelante não praticou

qualquer crime contra os cofres públicos, pois recolheu, no prazo que lhe foi marcado, a quantia que arrecadara. Tenho para mim que o dolo é *pressuposto necessário* à demissão a bem do serviço público, com assento no art. 239, inciso VI, do Estatuto, pois que, em "*lesar os cofres públicos*" ou "*dilapidar o patrimônio da Nação*", se subentende ação consciente.

"Há mais: o § 1º do transcrito artigo 55 do dec. nº 24.502 dispõe, *verbis*:

"O coletor que retiver o saldo de dois meses consecutivos, além das penalidades já estabelecidas (as do artigo), incorrerá na pena de demissão, que será proposta pelas Delegacias Fiscais".

"Note-se: se tiver havido lesão aos cofres públicos, ou dilapidação do patrimônio da Nação - demissão a bem do serviço, além do mais que couber; quando não se fizer o recolhimento nos prazos marcados, perda de percentagens e juros da mora; retenção do saldo de dois meses, demissão simples, além da perda das percentagens e juros da mora.

"E os autos revelam que o apelante deixou de recolher nos prazos a arrecadação de abril e de oito dias de maio de 1939 (cert. cit.), sendo-lhe, por isso, aplicadas as penalidades adequadas.

"A demissão a bem do serviço foi, pois, a meu ver, exorbitante e ilegal.

"Pelo exposto, pois, dou provimento à apelação e reformo a sentença".

Com êste voto, Sr. presidente, dou pela improcedência dos embargos da União recebendo, entretanto, os do autor para o efeito de reformar o acórdão e condenar a União à reintegração - não readmissão.

VOTO'

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Meu voto no julgamento da apelação foi confirmando a decisão apelada.

É o seguinte: Confirmo a decisão apelada constante de fls. 58 e 59 dos autos. Com esta demanda, pretende o funcionário que à mesma deu início obter uma

reintegração. Não comporta, porém, o seu caso nem mesmo uma readmissão. O ato demissório se me afigura legal. E, por sobre isso, justo. Nomeado em dezembro de 1933 (vide fls. 2) para cargo de livre provimento, não contava o apelante 10 anos de serviços à Nação quando o govêrno o demitiu, e a bem do serviço público, em 5 de dezembro de 1940 (*vide* fls. 33 v.). Nos têrmos da letra *e* do art. 156 da Carta de 1937, não tinha êsse funcionário estabilidade, podia assim o presidente da República livremente exonerá-lo. Não estava o Executivo subordinado, no concernente a essa demissão, a processo administrativo ou a sentença judiciária. Veja-se, ao propósito, o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em 5 de janeiro de 1945, no julgamento do recurso extraordinário nº 7.155. Quando assim não fôsse, a demissão foi precedida de processo administrativo, no qual ficou em evidência a atuação irregular do apelante.

O processo administrativo estêve apenso aos presentes autos (vide fls. 29).

O juiz *a quo* pôde assim decidir a causa com integral conhecimento do que nesse processo se havia apurado. E, dêsse processo administrativo, ficaram nos presentes autos as certidões de fls. 31 até 34 e de fls. 37 até 39, extraídas pelo próprio escrivão do Juízo da Fazenda Pública.

O que se arrogou contra êsse processo administrativo não trouxe abono em qualquer prova. O Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS, quando juiz da Fazenda Pública, ao que li na "Rev. de Direito Administrativo", vol. II, pág. 132, decidiu que, sendo a exoneração precedida de processo administrativo em que o funcionário se tenha podido proficuamente defender, o ato demissório é legal. Não fico nisso. Não aceito sem mais exames a intangibilidade do ato. Analiso, em situações que tais, o processo administrativo e confronto o ato demissório com a prova produzida, para então concluir que o ato foi legal, ou ilegal. Na situação *in concreto* foi legal, constatada que ficou a conduta por demais repreensível do guarda de dinheiros públicos de que se trata. Por mim, êle não voltará à guarda de dinheiros públicos. O que fêz (vide já referidas certidões) já basta para positivar-lhe a inidoneidade, já basta para incompatibilizá-lo com o exercício do cargo de coletor. A absolvição em processo criminal não invalida demissão que se firmar em processo administrativo. As duas jurisdições, criminal e administrativa, são independentes. O que se decidiu no Juízo Criminal foi que o apurado não

bastava para condenação. Restava muita base para a administração pública, estribada no Estatuto dos Funcionários Públicos, no interesse público, no propósito de precator as rendas, os dinheiros do País, em princípios éticos, concluir pela indeclinabilidade da demissão levada a efeito. Não posso, pelo exposto, dar acolhida ao apêlo.

Nessa conformidade, Sr. presidente, recebo os embargos da União a fim de que a ação seja julgada improcedente e rejeito os embargos do proponente da ação.

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Sr. presidente, parece-me que os fatos expostos pelos julgadores que me precederam prescindem da existência ou inexistência de provas pré-constituídas materiais, ou outras, em concreto, para que se chegue à evidência: primeiro, de que se tratava de coletor de rendas federais em Palmares, Estado de Pernambuco; segundo, que foi êle responsabilizado administrativamente pelo não recolhimento de 20 e tantos mil cruzeiros de renda; terceiro, que, antes de esgotados os dois meses, ou após um mês e oito dias, recolheu a importância que foi chamado a recolher; quarto, que foi removido da Coletoria de Palmares para a de Nazaré, naquele Estado; quinto, que se submeteu a um processo criminal, de que foi absolvido.

Munido desses elementos, que me parecem os expostos neste instante em mesa, concludo, tanto quanto concluíram os, doutos Srs. julgadores, que foram votos vencedores, quando examinaram a situação na 1ª Turma: houve ilegalidade no ato demissório, não porque se deixasse de respeitar o princípio da independência da decisão criminal da decisão do administrativo, porque essa independência, se bem não seja absoluta, mas tão apenas relativa, não é convocada a oferecer conclusão decisória para o caso de, que se cogita.

Mas a verdade é que o denominador comum, nos dois votos vencedores, assim como a alteração daqueles mesmos votos vencedores neste instante, conduzem a que se possa afirmar que houve ato ilegal. Ora, Sr. presidente, o ato tido como ilegal dá lugar à reintegração e não à readmissão, porque, se houve violação de direito, a restauração desse direito, na esfera administrativa, é exatamente repor o servidor afastado na situação que tinha antes.

O conceito que se faz no direito administrativo de readmissão é bem outro. Cede uns tantos pontos de equidade; e quando um magistrado da alta responsabilidade dos que aqui pontificam diz que o ato é ilegal, a mim me parece que isto é uma premissa, da qual decorre necessariamente a conclusão do direito a integrar.

Também se cogita de embargos partidos da Fazenda Pública. De verificar se configuravam, ou não, os requisitos, dentre os quais, tempo para que o servidor público tivesse a denominada estabilidade no serviço. Para mim, o assunto deixa de ser objeto de dúvida quanto à estabilidade, que decorre menos dos 10 anos do tempo da Constituição de 1934 ou da de 1937, então vigente, ou do Estatuto dos Funcionários, também em vigor, ou de outras leis administrativas, porque, desde 1934, com a superveniência da Constituição daquele ano, havia a estabilidade aos que completavam 10 anos de serviço público e havia, também, a estabilidade relativa, princípio que o Estatuto dos Funcionários adotou, isto é, aquela, que decorresse da situação jurídica do funcionário depois de esgotado o período que, mesmo no direito administrativo, se denomina o "período de carência", ou de observação, para adaptabilidade da função. Dispensio mesmo os dois anos iniciais para os servidores que foram investidos em seus cargos mediante concurso.

A índole do cargo de que aqui se cogita é daquelas que não comportariam um provimento livre. Logo, quando falhasse a estabilidade absoluta resultante dos 10 anos, não falharia aquela que é chamada estabilidade relativa decorrente dos dois anos de carência para a estabilidade na função.

Então, Sr. presidente, diante disso, rejeito os embargos da União Federal e dou provimento, em parte, ao do autor embargante, na parte em que êle pretende que se transmude a conclusão do venerando acórdão, de pura readmissão em reintegração.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Sr. presidente, *data venia* do Sr. ministro relator e do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, estou com o voto do Sr. ministro revisor.

Êste coletor exercia havia longos anos um cargo, sem que nada lhe tísasse a reputação. Tendo-se procedido a um balanço de contas, ao que depreendi da discussão, em sua ausência foi encontrado um alcance de alguns milhares de cruzeiros. Intimado a recolher a quantia dentro do prazo marcado, êle o fêz. Apesar disso, foi transferido para outra Coletoria de menor importância. Portanto, de acôrdo com o que consta do processo, essa transferência teria sido feita como punição. Mais tarde, em consequência de processo administrativo, foi demitido a bem do serviço público.

Ora, Sr. presidente, não há confundir dispensa com demissão. Êle poderia ser dispensado, dentro dos têrmos em que colocou a questão o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO. Mas, uma coisa é a dispensa que poderia ter usado a União, outra coisa a demissão a bem do serviço público. Êsse homem foi demitido a bem do serviço público, penalidade gravíssima, que, como acentuou o Sr. ministro revisor, só é imposta aos funcionários públicos que pratiquem as mais graves faltas contra os interesses da União. Verifica-se que o ato que poderia ter motivado a demissão a bem do serviço público é inexistente, porque o funcionário entrou com o dinheiro dentro do prazo que foi marcado.

Nessas condições, não se pode cancelar apenas a cláusula "a bem do serviço público". O que o Tribunal tem de fazer é dar uma reparação moral a êsse funcionário e declarar que a demissão não lhe pode atingir a reputação, e, portanto, é ilegal. Não foi uma dispensa. Foi uma demissão. Aliás, ficou suficientemente elucidado que o funcionário não teve qualquer parcela de culpa e que a demissão é improcedente e foi ilegal.

Estou de acôrdo com o Sr. ministro revisor.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, discute-se, aqui, a qualidade não estável do funcionário, que só se efetivaria, no argumento da embargante, União Federal, com 10 anos de serviço público, o que não tinha o embargante-embargado. Já fêz sentir o Sr. ministro ARTUR MARINHO a desvalia dêsse argumento, porquanto, pelo fato de não haver ainda completado 10 anos de serviço público, não era o embargante-embargado demissível *ad nutum*. A Constituição de 1934, em seu art. 169, parágrafo único, estabelecia

que os funcionários com menos de 10 anos de serviço só poderiam ser destituídos de seus cargos por justa causa, ou motivo de interesse público. Havia, portanto, naquela Constituição, uma cláusula expressa de referência à estabilidade relativa dos funcionários.

Aqui mesmo, neste colendo Tribunal, já tive oportunidade de proferir longos votos a respeito desta cláusula que, antigamente, era inserida nas leis reguladoras de algumas carreiras funcionais, sob a denominação de "enquanto bem servir".

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: V. Ex.^a permite um aparte?

Ocorre, porém, que a Constituição de 1934 nada tem que ver com o fato. Êste funcionário, embargante e embargado, foi nomeado na vigência da Carta de 1937, cujo art. 156, letra c, se afastou do estabelecido no dispositivo da Constituição de 34.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Mas, ao que consta do relatório, a nomeação foi de 1933, anterior, portanto, à Constituição de 1934.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: E que não fôsse, a situação seria a mesma. Agradeço a V. Ex.^a.

Como ia dizendo, Sr. presidente, essa cláusula expressa na Constituição de 1934 veio, por assim dizer, reiterar disposição, de lei especial anterior...

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: De leis especiais anteriores, como as de 1928, 1916, 1915 e 1907.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: ... que prendia a estabilidade relativa à cláusula de "enquanto bem servir", sob a qual o Cidadão era nomeado.

Muito se discutiu nos tribunais judiciários e fora dêles a extensão dessa cláusula. Votos longos e luminosos foram proferidos, a respeito, no Supremo Tribunal Federal. Confesso que êste se inclinou, por fim, por entender que tal cláusula é, por assim dizer, inoperante e equivale à demissibilidade *ad nutum*. Não estou - e muito menos hoje em dia - de acôrdo com tal doutrina, apesar do

grande respeito e acatamento que devo aquele Excelso Pretório. E não estou porque, se àquele tempo era possível se dar, por interpretação ampla do princípio da independência e harmonia dos poderes, pela impossibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se na esfera das atribuições do Poder Executivo e vir perquirir se o Executivo ajuizou bem, ou sopesou bem, o "bem servir do funcionário", depois da Constituição de 1934 não se poderia mais cogitar de que essas disposições fôsem meras superfectações da lei, visto como, na boa inteligência, as leis não contêm palavras ociosas. E se as leis ordinárias não podem contê-las, muito menos as leis maiores que regem os destinos do país. Ademais, não se pode ajuizar de uma causa sem uma razão preexistente, sem um motivo pelo qual se possa aferi-la.

Por conseguinte, quando o legislador constituinte de 1934 inseriu aquela cláusula, subordinando a demissão dos funcionários com mais de dois anos de serviço à existência de justa causa para tal, já tinha em mente a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, e não poderia inserir palavras inócuas, sem nenhuma significação. Mas a Constituição de 1934 foi substituída pela de 1937. Sabe V. Ex.^a que, se esta última não reiterou expressamente o princípio esposado naquela, não o revogou, dado que não colidente com o seu sistema, permanecendo, também, em plena vigência a lei nº 284, que estabelecia expressamente êste princípio:

"O funcionário com mais de dois anos de serviço só poderá ser demitido mediante justa causa ou interêsse público".

No caso em espécie, verifico, segundo o claro relatório do Sr. ministro ELMANO CRUZ, que o funcionário em aprêço contava mais de dois anos de serviço. Tinha e tem, a meu ver, estabilidade relativa. Só poderia, portanto, ser destituído de seu cargo mediante inquérito, ainda que sumário. Entretanto, a pena que lhe foi cominada foi a de "demissão a bem do serviço público", pena essa que não se poderia aplicar ao embargante sem infringir os textos da lei reguladora da espécie citada pelos Srs. ministros relator e revisor.

Não posso acolher, Sr. presidente, a tese de que, havendo o funcionário recolhido, na forma legal, e com o pagamento dos juros respectivos, as importâncias a seu cargo, dentro do prazo permitido, viesse êle a responder por uma situação que seria a em que êle tivesse sido compelido a entregar as

aludidas importâncias após dois meses. Só nessa última condição a lei determinava que seria êle passível da pena de demissão a bem do serviço público. Mas, antes disso e já iniciado o inquérito, Sr. presidente, foi o funcionário castigado, foi o funcionário, removido, como castigo. Logo, implicitamente, há que se tomar essa punição como conclusão do inquérito administrativo iniciado. Não há porque, após tê-lo castigado, renovar ou continuar o processo para posterior demissão. Demissão que não encontraria guarida na letra da lei, e sim simples dispensa, como bem elucidou o voto preciso do Sr. ministro AFRÂNIO COSTA.

Tenho, Sr. presidente, que, no caso, o govêrno se houve em demasia. A demissão a bem do serviço público foi ato ilegal, sem assento nos textos da lei pertinente ao caso.

Resta-me agora, Sr. presidente, negando o recebimento dos embargos da União, apenas examinar a situação face aos votos vencedores divergentes: o do Sr. ministro relator, que terminava por negar acolhida aos embargos, para manter o acórdão que apenas readmite o funcionário; e o voto do Sr. ministro revisor, que acolhe os embargos, para o fim de mandar reintegrar.

Sr. presidente, não hesito, com a devida vênia do Sr. ministro relator, em optar pela reintegração do funcionário. É a consequência lógica e natural do decisório. Ilegal o ato, há que se repor o ofendido na justa situação anterior. Mesmo porque já não poderíamos, declarando a ilegalidade do ato, apreciar da justiça ou injustiça, e ainda porque - aqui sim - aqui sempre ressalvo o princípio de que o exame deve ser da legalidade e ilegalidade, pois, quanto à oportunidade e à conveniência, justiça ou injustiça do ato, a meu ver, o Poder Judiciário não pode tomar conhecimento, sendo atribuição privativa, exclusiva (êste o meu ponto de vista) do Poder Executivo.

Ora, Sr. presidente, se reconheço a ilegalidade do ato, não devo ir examinar se êle, embora ilegal, foi um ato justo, porque se chocam os dois princípios: ou o embargante podia ser exonerado, demitido - e nesse caso haveria justiça para demiti-lo, não havendo razão para compensação alguma - ou, então, realmente, não se justificava, diante da lei, o ato do govêrno, e, então, não há mais senão reintegrar o funcionário nas suas funções, normalmente, como se o ato não houvesse sido praticado.

Com estas considerações, Sr. presidente, também aceito os embargos do embargante-embargado, para que seja reintegrado nas suas funções.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: foram recebidos os embargos do autor, pelos votos dos Srs. ministros revisor, ARTUR MARINHO, AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA e SAMPAIO COSTA, contra os votos dos Srs. ministros relator e DJALMA DA CUNHA MELO, e contra êste mesmo voto, do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, foram rejeitados os embargos da União. Não tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e MOURÃO RÚSSEL, por não terem assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ARMANDO PRADO.

*

ACUMULAÇÃO REMUNERADA - INATIVIDADE

- Não, estavam obrigados a optar os funcionários que cumulavam vencimentos da inatividade com os do cargo que exerciam.

Arquimedes de Siqueira Gonçalves e outros *versus* União Federal e outros

Ap. nº 542 - Relator: MINISTRO ELMANO CRUZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 542, da Bahia, em que são apelantes Arquimedes de Siqueira Gonçalves e outros e apelados a União Federal, o Estado da Bahia e outro:

Acordam os juízes da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos em negar provimento aos agravos interpostos no auto do processo, bem assim em rejeitar a arguição de prescrição e, finalmente, em dar provimento ao recurso quanto ao

mérito, para julgar procedente a ação, tua por unanimidade de votos e nos termos das notas taquigráficas em anexo, e que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 23 de novembro de 1951. - *Alfredo Bernardes*, presidente; *Elmano Cruz*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Arquimedes de Siqueira Gonçalves e outro promoveram, em maio, de 1945, pelo Juízo dos Feitos da Bahia, uma ação ordinária contra a União, o Estado e o Município, a fim de que fôsem anulados os atos administrativos que compeliram a êles, autores, a renunciar aos proventos das aposentadorias em que se encontravam e dos cargos que exerciam, os quais, forçadamente, deixaram por fôrça do decreto-lei nº 24, de 1937. Alegaram os autores que acumulavam cargos técnicos e haviam adquirido o direito aos proventos de aposentadoria e ao exercício dos cargos, quando o dec.-lei nº 24, dando interpretação ao art. 159 da Constituição de 1937, veio atingi-los, cassando-lhes as aposentadorias e exonerando-os através de "opção compulsória" dos cargos públicos.

Ao contestar a ação, argüiu o Estado a prescrição dos direitos dos autores na parte que lhe tocava (fls. 99), o mesmo fazendo o Município (fls. 106) e a União, a ilegitimidade dela, União, como parte passiva na demanda (fls. 120). Quanto ao mérito, sustentaram a legalidade dos atos impugnados.

A fls. 134 proferiu o juiz de primeira instância o despacho saneador, nestes termos:

"Consoante despachos meus proferidos em casos idênticos ao dêstes autos, não dou pelas preliminares invocadas nas contestações de fls. e fls.

"As considerações aduzidas pelos autores são procedentes. O vínculo de solidariedade entre os réus permite, até final discussão, o consórcio passivo, o que justifica o aforamento da ação neste Juízo.

"Já decidiram os Srs. ministros do Supremo Tribunal Federal, componentes da 2ª Turma julgadora, em acórdão de 5 de janeiro de 1943: "A preceituação contida nos arts. 293 e 294 do vigente Cód. de Proc. Civil não pode autorizar o juiz dos Feitos da Fazenda Pública, no despacho saneador, a declarar-se incompetente *ratione personae*, por entender que a União Federal e um dos Estados da Federação hajam sido arrastados indevidamente à posição de sujeitos passivos da pretensão do autor, na lide.

"Desde que êste haja baseado o ponto principal do seu pedido na solidariedade passiva dessas pessoas de direito público em relação à obrigação discutida na ação, é mister que a marcha processual do feito haja dado margem a tôda a instrução da causa, para que possa o julgador proclamar a ilegitimidade da parte-ré, na ação" ("Arq. Judiciário", vol. LXVII, pág. 274).

"Por outro lado, inexistente a prescrição argüida.

"A ação foi proposta em tempo hábil (petição de fls.).

"Atribuem os autores a lesão do direito, que ora pleiteiam, ao ato emanado do govêrno federal, consubstanciado no dec.-lei nº 24, de 29 de novembro de 1937, que os obrigou a, dentro no prazo de 30 dias após a publicação do aludido decreto-lei, optarem pelos proventos de um dos cargos que lhes foram confiados. A publicação daquele decreto-lei deu-se no dia 29 de novembro de 1937, findando o prazo para a opção aos 29 de dezembro de 1937. Ora, os protestos constantes de fls. 13 a 79, feitos entre 11 a 20 de novembro de 1942 (vide certidões de fls. 37 e 45 v., 53 v., 61 v., 69 v., 77 v.), interromperam a prescrição quinquenal e, interrompendo-a, o novo prazo, que passou então a ser de dois anos e meio, em face do art. 9º do decreto nº 20.910, de 1932, a correr da data do ato interruptivo, ou seja, dos protestos supra-mencionados. E, antes de se esgotar o segundo período prescricional, entraram os autores com a petição inicial, despachada aos 12 de maio do corrente ano.

"Assim decidido, dou o processo como saneado. Oficie-se à Secretaria de Educação e Saúde, à Diretoria da Faculdade de Medicina e ao Dr. prefeito municipal solicitando sejam fornecidas as certidões de que necessitam os autores e pedidas no final de suas alegações a fls. 132.

"Trazidos êsses documentos aos autos, voltem-me êstes à conclusão, para designação da audiência de instrução e julgamento.

"Salvador, 13 de julho de 1945. - *Joaquim Laranjeira*".

Dessa decisão se agravaram o Estado (fls. 139) e a União (fls. 141). Prosseguindo-se na instrução da causa, foram oferecidos os documentos que se encontram de fls. 161 a 168, bem assim os de fls. 175 a 190, e realizada a audiência de instrução e julgamento (fls. 195), aos 15 de fevereiro de 1946 proferiu afinal o juiz a sentença seguinte:

"Os Drs. Arquimedes de Siqueira Gonçalves, aposentado no cargo de inspetor Técnico de Engenharia dêste Estado; Eduardo Dinis Gonçalves, aposentado no cargo de inspetor sanitário dêste Estado; Eduardo Lins Ferreira de Araújo, diretor do Instituto Oswaldo Cruz; Adriano de Azevedo Pondé, médico-assistente da Instituto Oswaldo Cruz; João de Sousa Pondé Filho; assistente do Ambulatório Augusto Viana; João Ferreira Cana Brasil, professor da Escola Normal; José Pinto Soares Filho, médico da Saúde Pública; Valdemar Januário Chaves, assistente efetivo da 2ª Cadeira de Anatomia da Faculdade de Medicina da Bahia; Antônio do Amaral Muniz, diretor de Higiene e Assistência Municipal desta capital; Otávio Tôrres, inspetor técnico do Leprosário Rodrigues de Meneses; Enock Tôrres, médico da Inspetoria de Bioestatística; Eduardo de Sá Oliveira, professor catedrático da Escola Normal; Euvaldo Dinis Gonçalves, diretor da Inspetoria de Bioestatística; Adolfo Dinis Gonçalves, médico-assistente do Instituto Oswaldo Cruz; Henrique Dinis Gonçalves, médico auxiliar do Instituto Oswaldo Cruz dêste Estado da Bahia; Claudelino Sepúlveda, médico da Saúde Pública, brasileiros, maiores, casados, funcionários públicos, domiciliados e residentes nesta capital, propuseram a presente ação ordinária para o efeito de serem anulados os atos dos governos da União, dêste Estado e do Município desta capital, que os forçaram a desacomular os sobreindicados cargos, deixando, os dois primeiros, de perceber os vencimentos das sobreditas aposentadorias, e os outros foram demitidos dos mesmos cargos, sendo compelidos a optar pelos de professor da Escola Politécnica, o 1º suplicante; professor da Faculdade de Medicina, os 2º, 3º, 4º, 9º, 10º, 12º; 13º, 14º; pelos de assistentes da mesma Faculdade, os 6º, 11º, 15º e 16º; pelos de médicos da Saúde Pública dêste Estado, os 5º e 8º, e pelo de

secretário da dita Faculdade, o 7º; e que, em conseqüência, os aposentados percebam os vencimentos de suas aposentadorias, com os juros da mora e vantagens sobrevindas desde quando deixaram de os receber, e os exonerados sejam admitidos a voltarem a seus cargos, ou, quando não recebam, em qualquer caso, com todos os acréscimos e vantagens perdidos e sobrevividos, desde quando foram demitidos, por diante, os vencimentos dos cargos de que foram, arbitrariamente, postos fora, com os juros da mora e custas desta ação até final e honorários de seus advogados, na razão de 10 % sôbre o produto das pensões e vencimentos devidos até a execução da sentença.

"Expõem e alegam os autores: que acumulavam cargos técnicos desde o regime da Constituição federal de 1891, que proibia as *acumulações remuneradas* (art. 73) de cargos públicos, de acôrdo com a jurisprudência dos tribunais, consagrada na Constituição de 1937, em seu art. 172, em cujo § 1º se faz exceção dos cargos de magistério e técnico-científico; que esta exceção já vinha do dec. número 19.576, de 8 de janeiro de 1931 (artigo 6º), desenvolvido no dec. nº 19.949, de 2 de maio do mesmo ano; que a Constituição de 1934, proibindo as acumulações remuneradas de cargos públicos da União, dos Estados e dos Municípios, não proíbe, expressamente, tal acumulação de cargos da União com cargos dos Estados e dos Municípios e vice-versa, devendo se entender que proíbe, apenas, acumulação de cargos administrativos de qualquer daquelas entidades; que, lícitamente, consagrando-se, especializando-se em misteres técnicos entre si estritamente congêneres e relacionados, e vivendo, especialmente, dêles, servindo, ao mesmo tempo, à União e ao Estado, ou ao Município, os autores adquiriram a vitaliciedade, de boa-fé, por concurso, por mais de 19 anos no exercício dos cargos de que foram demitidos, e por lei expressa; que em tal regime, adquiridos direitos sôbre os cargos acumulados (Código Civil, Introdução, art. 3º), não podiam os autores ser demitidos de nenhum dêles ao nuto do respectivo empregador (Constituição de 1934, art. 169 e parág. único; Carta de 1937, art. 156, letra *c*); que o disposto no art. 159 da Carta de 1937 não expressou, como a de 1934, que a proibição atinge os cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios, indistintamente; que o dec.-lei nº 24, de 29 de novembro de 1937, porém, sem apoio na dita Carta, vedou a acumulação de funções ou cargos públicos remunerados, qualquer que seja a forma da remuneração, determinando, outrossim, a opção; "dentro do prazo de 30 dias; que, em nome do citado dec.-lei nº 24, tudo se fêz atabalhoadamente; e sob pressão de ameaças e

distribuições de fórmulas públicas para opções, sem decreto do presidente da República, foram os autores postos fora de suas aposentadorias e dos cargos supra-indicados; que a Constituição de 1937 e o dec.-lei nº 24 são nulos, porque, devendo a primeira, como condição de valer, ser submetida a plebiscito nacional (art. 187), esta formalidade não foi realizada, constituindo e vivendo à custa de medidas discricionárias, praticadas, até, contra o Poder Judiciário e suas sentenças, em nome do "estado de emergência, que ela mesma instituiu (artigo 186), e ficou sendo chamado de Estado-Novo, mais tarde também apelidado Estado Nacional, tornando-se impossível, ou, quando não, duvidosa qualquer defesa de direitos; que os autores aposentados tinham adquirido direito à aposentadoria e esta lhes foi concedida sob garantia das Constituições de 1891, 1926, 1934 e da própria Carta de 1937 (art. 156, letra *e*); que, ante o exposto, o dec.-lei nº 24, de 29 de novembro, que não é constitucional, não podia criar direito constitucional novo, ampliando casos de proibição de acumulações, e até exonerar funcionários, pelo fato de acumularem empregos federais com estaduais, ou municipais, e aposentadorias, se, pela própria Carta de 1937, o presidente não podia expedir decretos-leis sobre "modificações à Constituição" (artigo 13, letra *a*); que os fatos referidos são públicos, notórios, dispensavam prova (Cód. de Processo, art. 211), constando dos livros e arquivos da Faculdade, da Secretaria da Educação e do Município desta capital as nomeações dos autores e seu tempo de serviço; e as exonerações foram publicadas no "Diário Oficial" do Estado em dezembro de 1937, janeiro e fevereiro de 1938 por diante. Dispensam, por isto, exibição inicial dos respectivos documentos (Cód. de Processo, art. 159, parág. único).

"Acompanharam a inicial 18 documentos (fls. 11-91) e um quadro demonstrativo (fls. 6). Feitas as citações pedidas (cert. de fls. 97), os réus apresentaram suas contestações (fls. 99-103, do Estado da Bahia; fls. 106-111, da Prefeitura de Salvador; fls. 115-129, da União Federal).

"Argúi o Estado da Bahia, por intermédio do Dr. promotor público dos Feitos Cíveis, preliminarmente, a prescrição de todo e qualquer direito dos autores, bem como o de pleitear judicialmente o respectivo reconhecimento, originado nos efeitos do preceito do art. 159 da Constituição de 10 de novembro de 1937, tal como prescreve o art. 1º do dec. número 20.910, de 6 de janeiro de 1932, assim porque a preferência que tiveram de manifestar por um dos cargos públicos que ocupavam em novembro de 1937, ou por uma das aposentadorias

em cujo gôzo então se encontravam, foi determinada pela Constituição vigente e não pelo decreto-lei nº 24, mera peça administrativa de regulamentação do preceito constitucional citado; êste, sim, é o marco legal originário das operações manifestadas pelos autores e, conseqüentemente, de todo e qualquer efeito jurídico delas decorrentes para as vidas funcionais de cada qual; que, apurada a prescrição quinquenal argüida, pelo critério do ano civil de 360 dias, estabelecido no art. 125, § 3º, do Cód. Civil; isto é; tomado o dia como base comum para o conjunto dos prazos civis, chega-se à conclusão de que em 16 de outubro de 1942 estava plenamente esgotado o seu prazo, sendo assim intempestivamente interpostos os protestos de fls. e fls., por ingressarem em juízo entre 11 e 20 de novembro daquele ano; que, mesmo em face do ano normal, ocorre a prescrição argüida de referência a todos os litisconsortes, pois que os mencionados protestos foram despachados, inicialmente, de 11 a 20 de novembro de 1942, quando ela se consumou em 10 do mesmo mês e ano; que figura nos autos que os autores, em 10 de novembro de 1937, se encontravam no exercício efetivo do direito de percepção de proventos de dois cargos públicos, ou de duas aposentadorias, pagas pelos cofres públicos da União e dos Estados, ocorrendo o mesmo relativamente ao texto dos atos do govêrno estadual, porque, em obediência ao princípio do artigo 159 da Constituição da República, se viram os autores privados das vantagens dos seus cargos ou aposentadorias estaduais, e essa prova é necessária aos têrmos atuais e objetivos finais da demanda é que, só por êle, e diante do conhecimento da *legalidade* ou da *ilegalidade* das disposições de tais atos, poderá o Judiciário decidir do conhecimento ou não de sua intervenção no caso *sub judice*; que, dos elementos emergentes dos autos no estado atual, não se destacam os atos da administração pública e estadual que os autores pretendem judicialmente anulados; que, assim, lhes falta qualquer interêsse de agir contra o Estado; que só a certeza comprovada de que os autores, em novembro de 1937, exerciam direito aos proventos de cargos e aposentadorias pagas pela União e pelo Estado, ao conhecimento direto dos atos administrativos do govêrno estadual que lhes vetaram êsse direito, lhes emprestam, nos autos, em face da matéria discutida, *legítimo interêsse* de agir contra aquela entidade, como determina a lei; que o Estado não é parte legítima na causa, pois que a limitação dos proventos dos autores se verificou por fôrça da vigência da regra do art. 159 da Constituição de 10 de novembro de 1937 e em conseqüência da opção por êles manifestada ao govêrno local;

"Quanto ao mérito, sustenta a improcedência do pedido; pois que são os próprios autores que confessam, na inicial, que exerciam, em novembro de 1937, cargos públicos da União e do Estado, em efetiva atividade ou como aposentados; que, aplicado ao fato o princípio do art. 159 da Constituição federal, só lhes era lícito, de então, o exercício de direito ao provento de um desses cargos, precisamente ao daquele por que optas sem em manifestação livre de vontade; que, originando-se do império de lei federal as ocorrências que fundamentam de fato os termos iniciais do litígio, contra cujos efeitos em sua vida funcional desejam a devida reparação decretada pelo Judiciário, tem-se que a responsabilidade, se decretada, cabe à União, no particular das indenizações dos proventos vencidos; que aquilo contra que se age nos autos é previsto e determinado em lei, lei vigente, e lei sôbre cuja aplicação ao caso vertente não se discutiu diretamente na inicial, uma vez que os autores apóiam imediatamente o seu procedimento em normas do dec.-lei federal n.º 24, de 29 de novembro de 1937, peça legal essa que se limita à simples regulamentação do art. 159 da Constituição da República, em que se apóia a contestação; e o conteúdo ético desse art. 159 manifesta-se em que o Estado, limitando a cada caso individual o exercício apenas ao provento de um cargo público, ou ao de uma aposentadoria, possa distribuir tais proventos, em melhoria até de condições, por maior número de cidadãos ou beneficiários, ampliando, assim, a proteção, que é uma de suas finalidades, que deve irrecusavelmente ao indivíduo; que, quanto ao pedido de honorários de advogado, basta ressaltar que está êle formulado em evidente desacôrdo com o estatuído pelo art. 64 do Cód. de Proc. Civil.

"A Prefeitura, por seu representante, contrariando a ação de referência ao litisconsorte Dr. Antônio Amaral Ferrão Muniz, argúi, preliminarmente, a prescrição dos direitos que acaso possam assistir ao autor, inclusive o de pleitear em juízo o seu reconhecimento, argumento que o dispositivo legal determinante da opção por parte do autor, a fim de manifestar a sua preferência por um dos cargos públicos que ocupava em novembro de 1937, fôra o art. 159 da Constituição federal de 10 de novembro de 1937; que o dec.-lei n.º 24, de 29 de novembro do mesmo ano, constitui simples regulamentação do artigo constitucional, não podendo, portanto, ser considerado êste como marco inicial para contagem do, prazo prescricional; que, tendo o protesto efetuado pelo autor (fls. 29 e segs.), sido datado e despachado pelo juiz em 20 de novembro de 1942, já então havia se consumado a prescrição quinquenal; que a Fazenda

Municipal não é parte no feito, pois que o afastamento do autor do quadro do funcionalismo municipal teve lugar, única e exclusivamente, por fôrça de atos do govêrno da União - Constituição nacional de 10 de novembro de 1937 e dec.-lei federal nº 24, de 29 do mesmo ano e mês; que o autor renunciou o cargo de que era titular municipal, preferindo o de professor catedrático da Faculdade de Medicina, tão-sòmente em obediência à disposição contida no art. 159 da vigente Constituição federal; que nada há que justifique o seu chamamento a Juízo para responder aos têrmos da presente ação, e, decorrentemente, não será lícito se lhe imputar qualquer responsabilidade pelos fatos alegados.

"Quanto ao mérito, ataca a procedência da ação, e, apoiado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos comentadores da Constituição, CARLOS MAXIMILIANO, JOÃO BARBALHO, TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, aduz argumentos no sentido de demonstrar que desde a Constituição de 1891 são vedadas as acumulações de funções remuneradas; que a medida tomada pelo govêrno da República, condensada na Carta Magna vigente e regulamentada e interpretada pelo dec.-lei federal nº 24, de 29 de novembro de 1937, a par da sua absoluta legalidade, constitui, mais do que isso, a satisfação de um velho anseio nacional, a bem da moralidade administrativa, e almejada, em iguais têrmos, desde o decreto imperial de 18 de janeiro de 1922, mas frustrada (até novembro de 1937), de parte farta legislação do reino de Portugal no Brasil Colonial; que improcede o argumento de que a Constituição não foi submetida a plebiscito nacional; que não são devidos honorários de advogados em nenhuma hipótese, pois que a ré nenhum ato praticou passível dessa condenação.

"Juntou à contestação o documento de fls. 112-113.

"O representante da União federal, após fazer minuciosa exposição do caso, impugnou o pedido dos autores, argüindo preliminarmente, ser nenhum o interêsse da União, mesmo como assistente, na presente demanda, em que alegam ter optado proventos de aposentadoria e cargos federais; que, em face do que dispõe o art. 86 da Lei de Organização Judiciária do Estado (dec.-lei nº 247, de 2 de julho de 1944), deve ser decretada, no despacho saneador, não só que, salvo o caso do autor Dr. João Pondé Filho, é a União parte ilegítima, senão também, que, por isso mesmo, a competência para processar e julgar a

demanda do 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 10º, 11º, 12º, 13º e 14º autores é do Juízo dos Feitos da Fazenda do Estado, da mesma forma, que a competência para processar e julgar a demanda do Dr. Amaral Muniz é do Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Municipal (arts. 86 e 87), ao segunda dos quais deverão ser remetidos os autos para, em relação ao terceiro, providenciar o desmembramento de que tratam os arts. 94 e 116 do Cód. de Processo; que os autores, se qualquer direito tivessem de reclamar contra o fato de haverem perdido proventos e cargos em virtude da opção que fizeram, dêle teriam decaído pelo transcurso do tempo. *De meritis*, aprecia longamente o digno procurador da República a matéria da desacumulação de cargos públicos remunerados e dos proventos da aposentadoria, ilustrando suas considerações com a citação de acórdãos dos tribunais do país, combatendo ponto por ponto os argumentos aduzidos pelos autores, com apoio em julgados do colendo Supremo Tribunal Federal, e nos ensinamentos dos eminentes juristas EDUARDO ESPÍNOLA, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, CARLOS MAXIMILIANO, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, e conclui pela improcedência da ação.

"Com vista dos autos, falaram os autores sôbre as preliminares argüidas (fôlhas 131-132), e, pelo despacho exarado a fls. 134 e 134 v., foram as mesmas repelidas, prosseguindo o feito.

"Dêsse despacho agravaram no auto do processo os representantes do Estado e da União (fls. 139 e 141-146), cujos têrmos assinaram (fls. 140 e 147).

"Com as petições de fls. 161 e 174, os autores trouxeram aos autos 18 documentos (fls. 161-190).

"Realizou-se, afinal, a audiência de instrução e julgamento, de que dá notícia o têrmo de fls. 195-196, tendo as partes debatido a questão. A União Federal e o Estado, por seus representantes, apresentaram alegações escritas (fls. 197-210 e fls. 211-212, respectivamente). Organizados, contados e preparados, vieram-me os autos conclusos para sentença.

"E tudo bem examinado.

"*Preliminarmente.* No despacho saneador, as preliminares suscitadas foram rejeitadas por incabíveis (fls. 134-134 v.). Dêse despacho interpuseram o Estado e a União o recurso de agravo no auto do processo, cujos termos assinaram (fôlhas 140 e fls. 147).

"O Exmo. Sr. Dr. procurador regional da República, sustentando a preliminar de incompetência dêste Juízo para processar e julgar o presente feito, desenvolveu os argumentos decorrentes de fls. 141-146 v. e, nas razões finais, a fls. 198, pondera que, se o pedido visa também a uma causa entre o Estado-membro e a União, a matéria ainda escapa ao Juízo Privativo da Fazenda Nacional, por isso que é ao Supremo Tribunal Federal que cabe processar e julgar tôdas as causas que possam existir entre o Estado e a União (Constituição federal, art. 101, c).

"Improcede tal argumento. Os autos não cuidam de um litígio entre a União e o Estado da Bahia (nem a isso implica o reconhecimento do vínculo de solidariedade entre os réus), caso em que funcionaria originariamente o Supremo Tribunal Federal (Constituição federal, artigo 101; Cód. de Proc. Civil, art. 144).

"Os objetivos da ação mostram o interêsse de agir da União na defesa de um ato emanado do império de lei federal, que obrigou os autores a optar por um dos cargos que, cumulativamente, exerciam em novembro de 1937. Há entre as partes uma relação jurídica que as vinculam. Tem a União motivo para figurar na lide como sujeito passivo da pretensão dos autores.

"Não há por onde fugir. Sendo evidente, como se infere, o interêsse de agir da União no caso em aprêço, impõe, *ex vi* do art. 86, nº 1, do dec.-lei nº 247, de 2 de julho de 1944 (Organização Judiciária do Estado), o aforamento da ação perante êste Juízo.

"Assim decidi no despacho saneador, que mantenho integralmente, pois que continuo na convicção de que apliquei a lei como devera ser aplicada.

"Isto pôsto:

"Considerando que os autos mostram, à evidência, que os autores, em novembro de 1937, exerciam, cumulativamente, resta capital cargos públicos remunerados da União e do Estado, sendo que os Drs. Arquimedes de Siqueira Gonçalves e Eduardo Dinis Gonçalves gozavam proventos de aposentadoria nos cargos de inspetor técnico de Engenharia e inspetor sanitário do Estado, respectivamente; considerando que, tendo os autores, por fôrça de regra do art. 159 da Constituição de 10 de novembro de 1937 e em obediência à letra do art. 2º do dec.-lei nº 24, de 29 do mesmo mês e ano, optado pelos cargos que ora exercem, não lhes assiste, hoje, qualquer direito de reintegração e vantagens outras pleiteadas na inicial; considerando que desde a Constituição de 1891 (art. 73, *in fine*) era amplamente vedada a acumulação de funções ou cargos remunerados, e a nossa mais alta Côrte de Justiça do país, aplicando o preceito constitucional proibitivo, proclamou sempre que, "contra o disposto no art. 73 da Constituição da República, ninguém pode adquirir direito e dos seus claríssimos têrmos resulta, de modo absoluto, que na proibição de acumulações remuneradas incide tôda a percepção de remunerações, por motivo de quaisquer cargos ou funções e sejam quais forem as origens de onde emanaram" ("Rev. de Direito", vol. 80, página 303). E a finalidade do dispositivo constitucional, reproduzido na Constituição de 1937, foi e é assegurar a justa distribuição das funções, impedindo, em benefício do serviço público, o exercício cumulativo de funções públicas remuneradas; considerando que não procede o argumento de que no caso *sub judice* houve lesão de direito adquirido. E não procede porque, como bem argumentou J. DE OLIVEIRA FILHO, em substancioso parecer publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 73, pág. 31, "o dec.-lei nº 24, pondo, aos direitos que o funcionário tinha aos cargos e funções acumuladas, o limite que o bem público estava a exigir, não incide em qualquer censura do direito. Legalmente podia fazê-lo, porque qualquer direito, seja adquirido ou não, pode ser violado e até desaparecer, sem que ao seu titular assista alguma reclamação, de vez que nem tôda violação de direitos obriga uma indenização ou restituição ao estado anterior". E mais adiante, tratando cio efeito retroativo da lei sôbre o direito do funcionário, e apoiado na lição de DONATO FAGELLA ("*Retroattività delle leggi*", *in* "Corso de Codice Civile Italiano", de BIANCHI, vol. 2º, pág. 214), sustenta o ilustre jurista: "A lei brasileira (dec.-lei nº 24) não concede indenização ao funcionário, no caso especial de ser obrigado a optar um dos diversos cargos que exerça cumulativamente, por fôrça de direito adquirido, e isso porque o artigo 160, nº 1, segunda parte, do Código Civil, prescrevendo

que não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido, está a União livre de qualquer indenização aos seus funcionários ou dos funcionários do Estado aos quais ela está obrigando a optar. O direito de poder o Estado restringir ou violar quaisquer direitos, inclusive os adquiridos, sempre lhe foi reconhecido pela doutrina como corolário do princípio de que ao Estado compete agir discricionariamente de acordo com as exigências de utilidade geral, direito esse que teve seu reconhecimento positivo no art. 123 da Constituição de 10 de novembro, ao prescrever que o uso dos direitos e garantias constitucionais e dos resultados da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição tem por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do *Estado*" ("REVISTA FORENSE", vol. 73, pág. 311).

"Ainda, considerando que, tratando-se, como no caso em apreciação, de medida de ordem pública, que se inspira no bem coletivo, o direito pleiteado pelo autor não pode ser invocado como adquirido.

"Ensina o mestre insigne CARLOS MAXIMILIANO: "Não é lícito alegar direito adquirido contra o texto preciso da Constituição federal, que prevalece sempre, como lei suprema do país. Em suma: não se acumulam cargos; pouco importa que sejam federais, estaduais ou municipais; nem proventos, quer eles resultem de aposentadorias, jubilações ou reformas, quer se denomine ordenado, gratificações, sôlido, subsídios, emolumentos ou custas" ("Comentários à Constituição Brasileira", pág. 768, número 468); considerando que os proventos da aposentadoria não podem ser acumulados com outra remuneração sob o fundamento de que a aposentadoria é um direito incorporado ao patrimônio individual. Ainda é CARLOS MAXIMILIANO que sustenta: "Não procede o argumento de que a aposentadoria é um direito incorporado ao patrimônio individual. Também assim se considera a apelante, com tôdas as suas vantagens materiais e a nomeação para cargo civil vitalício: o ex-funcionário não perde a aposentadoria, e, sim, os proventos respectivos, em quanto exerce qualquer outro cargo remunerado. O fim da lei, concedendo auxílio pecuniário a quem se retirou do serviço do Estado, é livrá-lo da miséria, e não criar para ele situação privilegiada, permitindo-lhe receber dois vencimentos, quando os empregados em atividade não podem aspirar a mais de um. Enquanto auferir outras vantagens pecuniárias não precisa o aposentado ou reformado do auxílio especial do Tesouro federal, estadual ou municipal" (ob.

cit., pág. 766, nº 468); considerando que o recente dec.-lei nº 8.821, de 24 de janeiro de 1946, que concede a acumulação de proventos de aposentadoria e pensões, não ampara a pretensão dos autores, desde que em seu art. 4º prescreve que "ficam mantidos as opções já realizadas nos termos de legislação anterior". Ante os termos claros desse artigo, não há lugar para objeções ou dúvidas. O decreto-lei supra-mencionado permite acúmulo de aposentadorias entre os vários institutos, ou entre êstes e as instituições dos governos federal, estadual e municipal, mas ressalvou os casos em que os interessados optarem por fôrça do dec.-lei nº 24, de 29 de novembro de 1937; considerando que a garantia de estabilidade, prevista nos artigos 169, da Constituição federal de 1934, e 73, da Constituição do Estado da Bahia, assegurada aos funcionários de mais de 10 anos de exercício efetivo, não tem aplicação ao caso em aprêço, em face do que prescreve o art. 159 da Carta de 1937, combinado com o dec.-lei nº 24, que proíbe expressamente a acumulação de funções ou cargos públicos remunerados. Sobreleva apreciar que não ressalvou o preceito constitucional supra aludido, sequer, a acumulação de cargos do magistério. Adverte o ministro OROZIMBO NONATO, em declaração de voto, que, ao tempo em que foi promulgada a atual Constituição, desapareceram as Constituições estaduais, desapareceu o poder que as outorgara. Surgiu nova Carta Política, emanada de outro poder ("Diário da Justiça" de 7 de julho de 1945). Resulta do exposto que os autores não foram lesados em nenhum direito anteriormente adquirido; considerando que não é lícito desconhecer que, no momento, ante a recente resolução da Assembléia Constituinte, deliberando soberanamente sobre a vigência ou validade da Constituição de 1937, os decretos-leis expedidos e atos emanados do presidente da República, com apoio nessa Carta, não revogados, têm fôrça jurídica obrigatória e a êles deve cumprimento o Judiciário. Continuam, portanto, em vigor, produzindo seus efeitos, o preceito do art. 159 da Constituição de 37 e o dec.-lei nº 24, seu complemento.

"Por tais considerações e mais regras de direito atinentes à espécie, e acolhendo como procedentes os bem fundamentados argumentos aduzidos pelos representantes da União, do Estado e do Município, julgo improcedente a ação e condeno os autores nas custas.

"Publique-se, registre-se, intime-se.

"Salvador, 13 de abril de 1946. - *Joaquim Laranjeira*".

Apelaram os autores (fls. 230) e, recebido o recurso, foi contra-arrazoado pelo Estado a fls. 236, pelo Município a folhas 248, e pela União a fls. 251. Subiram os autos e neste Tribunal o Dr. ALCEU BARBEDO deu o seguinte parecer:

"I. É de assinalada relevância a preliminar de não competência desta veneranda instância superior para o julgamento dos casos referentes aos autores que, tendo optado por funções federais, deixaram o exercício de cargos estaduais da Bahia e do município do Salvador, para os quais pretendem agora reverter.

"O pronunciamento, a respeito, do egrégio Tribunal extravasaria, sem dúvida, os limites das suas faculdades constitucionalmente estabelecidas.

"Em conseqüência, resta apreciar e julgar a hipótese condizente com os dois autores que, tendo deixado cargos federais, em virtude da proibição de acumulação, tencionam retornar aos mesmos.

"Ainda a propósito, convocamos a atenção do egrégio Tribunal para as doudas considerações de fls. 141 e segs., formuladas pelo ilustre Dr. procurador da República na Bahia.

"II. Quanto à preliminar de prescrição, objeto do agravo de fls. 140, a contestação de fls. 99, bem como a de fls. 106, arrolam argumentos dignos do melhor aprêço.

"III. No mérito, esperamos a confirmação da MM. sentença, a teor de seus irrepreensíveis e ilustrados fundamentos.

"Distrito Federal, 9 de março de 1950. - *Alceu Barbedo*, subprocurador geral da República".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (relator): Conheço dos agravos interpostos no auto do processo (fls. 139-141), para negar-lhes provimento,

quer com relação à matéria de prescrição, quer de referência à argüida ilegitimidade de parte passiva como pretende ser a União. Que a prescrição não ocorreu, demonstrou-o bem o ilustre juiz *a quo* no despacho de fls. 134, quando acentuou que os protestos constantes de fls. 13 a 79, feitos entre 11 e 20 de novembro, de 1942, foram hábeis para interromper a prescrição, que só se consumaria em 29 de dezembro daquele ano, termo do prazo de opção, passando a correr daí por diante os dois anos e meio a que se refere o dec. n° 20.910, de 1932, não alcançado o termo à época do despacho na inicial. No que tange à ilegitimidade passiva da União, também não procede, pois os Drs. João de Sousa Pondé Filho e Valdemar Januário Chaves deixaram cargos federais, optando pelos estaduais, como aliás reconheceu expressamente em relação ao primeiro - Dr. Pondé - o ilustre representante da União (fls. 197 v.). Houve um lapso de S. Ex.^a com relação ao 8° autor, que se encontrava na mesma situação do Dr. Pondé (fôlhas 165).

Quanto ao mérito, a situação é essa: alguns dos autores se encontravam aposentados e foram forçados a renunciar aos proventos de suas aposentadorias. Entendo nesta parte inteiramente procedente a argumentação dos autores, pois, na verdade, não podia o dec.-lei n° 24 retirar-lhes o direito que haviam adquirido aos proventos de inativos, em razão de contra-prestação já finda, ou sejam, de serviços já prestados pelo servidor que, em razão dêles e do lapso de tempo, veio a ser aposentado. Entendo que é inteiramente procedente o pedido de anulação dos atos de renúncia de proventos de inatividade, proventos êsses que o servidor inativo podia realmente acumular. Dir-se-á que, reconhecendo tal direito, estará êste Tribunal condenando o Estado e o Município baianos, para o que lhe faltará competência, como, aliás, sustentou o Dr. subprocurador geral. Estou em que não, pois, dado o interesse concorrente da União Federal, trazido à tona em razão da postulação dos Drs. Pondé e Valdemar Chaves, o único Tribunal para conhecer e decidir da questão no seu todo é o Tribunal de Recursos, como antes o era o Supremo nas causas em que se debatiam interesses, concorrentes ou colidentes, da Prefeitura e da União. Aliás, a defesa do Município consiste no responsabilizar a União. De referência assim aos autores que, já aposentados, foram forçados a renunciar às vantagens da inatividade, julgo procedente *in totum* a ação para reconhecer-lhes o direito aos proventos que perderam, desde a época em que foram forçados a optar, conforme se liquidar na execução. Veja-se ao propósito do assunto o longo parecer do D.A.S.P., encontrado na revista "Órgãos da Administração",

vol. VII, de 1943, pág. 5, e que deu em resultado a expedição do dec.-lei nº 5.643, de 5 de julho de 1943, dando remate à controvérsia então existente. O dec.-lei nº 8.821, de 1946, também invocado com propriedade pelos autores, não impede, pelo fato de manter as opções anteriores (art. 4º), que o Poder Judiciário, ao qual nenhuma lesão de direito escapa (Constituição, artigo 141, § 4º), corrija as ilegalidades praticadas à sombra do dec.-lei nº 24, de 1937. No que diz respeito aos que perderam cargos que então exerciam, isto é, que se achavam na atividade e foram forçados a optar, também julgo procedente a ação, para considerá-los em disponibilidade remunerada e integrar, nos mesmos cargos, a partir de 18 de setembro de 1946, até que sejam aproveitados como possível (Constituição, art. 185). Improcede o pedido de honorários de advogado, e por conseqüência a ação nesta parte, sendo a União condenada nas custas em proporção e aos juros da mora, na forma do dec. nº 22.785, de 1933.

É o meu voto.

VOTO - PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (revisor): Nego provimento aos agravos no auto do processo. Quanto à prescrição, em face dos protestos interruptivos, efetivados entre 11 e 20 de novembro de 1942. A ação foi proposta a 16 de maio de 1945, dentro, portanto, dos dois anos e meio do dec. nº 20.910, de 1932. Quanto à ilegitimidade da União, como parte passiva, porque, como ressaltou o relator, os autores Pondé Filho e Valdemar Chaves tiveram que optar entre cargos federais e estaduais.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (revisor): No mérito, também, como o relator, dou provimento à apelação. O interesse concorrente da União Federal faz estender, por via de prorrogação, a competência deste Tribunal sobre as pessoas de direito público de âmbito estadual e local. Faço minhas as considerações do ilustre relator quanto ao mérito da ação. Esta terá de ser julgada procedente, exceto quanto ao pedido de honorários, não devidos, dado que não ocorre qualquer hipótese permissiva dessa cominação.

Assim, estou inteiramente com o voto do Sr. juiz relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento aos agravos no auto do processo, por unanimidade, e, quanto ao mérito, deram provimento à apelação, por votação unânime. O Sr. ministro ALFREDO BERNARDES acompanhou o voto do Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - PROMOÇÃO - ORGANIZAÇÃO DE LISTAS

- As listas de promoção devem ser organizadas nas épocas próprias contemplando todos os funcionários que a ela fizerem jus.

União Federal *versus* José Bensusan e outros

Rec. de mand. de seg. nº 574 - Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 574, do Distrito Federal:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, por maioria e na conformidade das notas taquigráficas *retro*, em negar provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 8 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Cunha Vasconcelos Pinto*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O Dr. juiz, na sentença recorrida, diz, expondo-a:

"Questão muito simples dêste mandado de segurança, apenas aparentemente difícil em virtude de prolixidade de alegações como se estivessem os autores a fazer um levantamento de escrita, quando, na espécie, há apenas uma tese de direito a resolver, frente a duas objeções de defesa.

"Os impetrantes são José Bensusan, "Maurício S. Castro, Aloísio Santana Ávila, Cino Ettore Cinelli, Alceu A. Fonseca Pinto, Antônio Gonçalves Lima, Antônio Luís Migueis, Noé Winkler, José Luís Ferreira da Costa, Darci Godinho Drumond, Moacir d'Ávila, João Gonçalves Ribeiro, Hélio Graça Castanheira, Alno Braga Pereira Marques, Mário Gracioso Dourado, Cirano Cunha de Almeida, Evaldo da Costa Campinas, Gastão Nora Guimarães, César José da Cruz, Ricardo de Lauro Rodrigues, Osvaldo Basílio Cross, Paulo Ribeiro Lopes, José Magalhães Vieira de Melo, Amauri Barroso de Lima, Manuel Ramos, Osvaldo Câmara Barbosa, Manuel Lopes de Oliveira, Mozart de Castro, Ari Santana Ávila, João da Silva Carvalho Júnior, Miguel Carrano, Maurício Simantob e Orlando Travancas, na qualidade de ocupantes, em dezembro de 1945, de cargo da carreira de "Contador", do Quadro Permanente do Ministério da Fazenda, impetram perante êste Juízo mandado de segurança contra o ato do Sr. diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda, por haver o mesmo, no processo nº 170.962-49, conforme despacho de 13 de agosto último, se recusado a cumprir o disposto nos decs.-leis ns 8.397, de 18 de dezembro de 1945, e 8.514, de 31 do mesmo mês e ano, deixando de organizar os processos especiais para promoção de funcionários sem o interstício de 730 dias, em relação ao último quadrimestre de 1945.

"Como acima disse, o direito deduzido na inicial se baseia, nesses dois decretos-leis e na circunstância de haver naquele quadrimestre vagas a preencher.

"A contestação a fls. 53-54 levanta uma questão de prova, no sentido de não haverem tal prova feito os autores respeito à existência de vagas a preencher naquela época. Essa alegação da defesa não tem qualquer relêvo para fins de julgamento, porque, das próprias informações administrativas que acompanham

a contestação, se verifica que havia tais vagas, apenas administrativamente não se atendendo ao pedido dos autores e por outros motivos.

"A contestação aduz ainda que algumas das promoções seriam para a letra "L", final de carreira, e, portanto, a obedecerem o critério do merecimento absoluto, e, pois, nenhum direito tendo os impetrantes a pretender tais promoções. Também não procede êste argumento contestatório, porque os autores não pedem mandado de segurança para serem promovidos, mas apenas para que o suplicado organize as respectivas listas, das quais o govêrno poderá escolher quem deva merecer a promoção.

"Se os autores pedissem mandado de segurança para serem promovidos por meio de sentença, o argumento teria inteiro valor; mas, pedindo aquêle *minus*, perde de relêvo e apenas serve para mostrar o zêlo com que o ilustre Dr. 2º procurador da República defende a União Federal.

"Mas, se não posso aceitar os argumentos da contestação, ainda me cabe examinar os motivos do ato administrativo, que afinal (fls. 66) se cifram em ter havido promoções no período aludido pelos autores.

"Realmente: houve promoções, mas não se disse que não continuasse a ter havido vagas, eis que as promoções não as preencheram. Em relação a essas vagas remanescentes, por lei, haveria que fazer as listas especiais, previstas no dec.-lei nº 8.514, citado.

"O último argumento a examinar: terem os autores decaído do direito de reclamar. Não procede, como bem demonstram os impetrantes a fls. 70, pois que só elaborada a lista é que cada um dêles fica com o direito de reclamar contra qualquer preterição, e, se não foi elaborada a lista, como não se deu, não pode ter começado a correr o prazo para êsse fim.

"Pelo exposto é o mais constante dos autos, julgo procedente o pedido e defiro o mandado de segurança a fim de que o suplicado, imediatamente e sob a cominação legal, organize as listas especiais solicitadas pelos impetrantes.

"Faça-se o expediente de lei.

"Custas da lei.

"P. I.

"Distrito Federal, 27 de outubro de 1949. - *Alcino Pinto Falcão*".

Desta decisão recorreu a Fazenda com estas razões:

"Declara a decisão recorrida que o mandado de segurança é concedido, não para promover (ou considerar promovidos) os impetrantes, mas apenas para que o aludido diretor organize as respectivas listas com a possibilidade para o govêrno de escolher quem deva merecer a promoção.

"É o que se lê a fls. 75.

"E conclui ordenando que tais listas especiais solicitadas pelos requerentes, ora recorridos, sejam *imediatamente* organizadas.

"*Data venia*, essa determinação não encontra limite nos poderes do julgador.

"Assim, porque:

"a) as listas são organizadas por ocasião da ocorrência de vagas e antes delas não pode a administração ser compelida a essa organização, tanto mais em se tratando de apurar o merecimento dos relacionados, o qual pode variar até êsse momento;

"b) realizadas as promoções, as vagas existentes foram preenchidas, não se tendo provado a existência de remanescentes, que ainda existiam;

"c) e, portanto, tais listas, quando organizadas, devem ser no momento oportuno, isto é, na forma regulamentar, dentro dos seus prazos, por ocasião da ocorrência de vagas.

"Além disso, os requerentes não provaram de plano, de modo incontestável, o direito que, porventura, lhes assistia a figurarem no rol dos indicados à *promoção* por merecimento.

"Ao contrário, o que resulta das informações é que êles não satisfaziam os requisitos necessários à sua inclusão, notadamente o referente ao merecimento, cuja apuração deve ficar ao critério da administração, não sendo possível tal imposição por decreto judiciário.

"Como se vê, o mandado pleiteado não merecia ser concedido, e, conseqüentemente, a sentença recorrida deve ser reformada para o fim de ser o mesmo cassado, condenando-se os recorridos nas custas.

"Será êsse mais um ato de justiça que praticará o egrégio Tribunal *ad quem* (fls. 80-81)".

Os recorridos contraminutaram rapidamente e com segurança:

"Pròpriamente quanto ao mérito da questão, aos autores parece desnecessário aduzir novos esclarecimentos, tanto mais que a inicial do processo, por se achar preñhe de minúcias, já foi responsabilizada por tornar de aparência difícil um caso realmente muito simples.

"Resultou a lide do fato de o Sr. diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda não haver dado cumprimento a insofismáveis disposições do dec.-lei nº 8.514, de 31 de dezembro de 1945, que mandaram aplicar as normas excepcionais do dec.-lei nº 8.397, de 18 de dezembro de 1945, às promoções do 3º quadrimestre do ano de 1945.

"Insiste, porém, a douta Procuradoria da República, - acreditamos que por dever de ofício, apenas - em que ao Poder Judiciário não cabe decidir sôbre matéria de promoção do funcionalismo público, máxime nos casos de promoção por merecimento, cuja apreciação compete exclusivamente ao Poder Executivo.

"Essa tecla da contestação, ora rebatida para o egrégio Tribunal Federal de Recursos, nesta altura, não mais conseguirá impressionar as esclarecidas autoridades julgadoras da superior instância. Dentro dos autos está dito e redito que os autores jamais pediram a sua promoção individual, assim como em tempo algum se rebelaram contra o *poder de escolha* do Exmo. Sr. presidente

da República nas *promoções por merecimento*. Êsse aspecto, aliás, ficou bastante evidenciado na inatacável sentença do insigne magistrado que julgou o pedido dos requerentes. São suas as seguintes palavras: "... os autores não pedem mandado de segurança para serem promovidos, mas apenas para que o suplicado organize as respectivas listas, nas quais o govêrno poderá escolher quem deva merecer a promoção". Sôbre as demais razões do recurso da esforçada Procuradoria, preferimos nada dizer, pois elas se esboroam no choque com as provas contidas nos autos (fls. 85 e "85 v.)".

Mantida a decisão, nesta instância superior disse o Dr. subprocurador geral: (*lê*).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Nego provimento ao recurso. Os suplicantes-recorridos não pleiteiam impor a promoção ao govêrno; pretendem, tão-somente, que a autoridade contra a qual dirigiram o pedido organize as listas a que se refere a lei. Tenho que o Dr. juiz estudou bem a legislação e aplicou com acêrto, mormente face às próprias informações da autoridade administrativa. Li, no Tribunal, as considerações da sentença e adoto-as como fundamentação de meu voto. O Dr. juiz considerou bem e isto decorre, do que se informa nos autos, que houve, realmente, promoção; mas restaram vagas. E, na conformidade da própria legislação invocada, em havendo vagas, as listas deveriam ter sido organizadas para que, de acôrdo com o número destas, as promoções fôsem feitas. E disse, nesta passagem de seu pronunciamento:

"Houve promoções, mas não se disse que não continuasse a ter havido vagas, eis que as promoções não as preencheram. Em relação a essas vagas remanescentes, por lei, haveria que fazer as listas especiais, previstas no dec.-lei n° 8.514, citado.

"Aliás, as informações não negam, mas antes confirmam, que assim se procedeu nos demais Ministérios e não há como manter uma odiosa exceção em relação a funcionários do Ministério da Fazenda".

Realmente, isto está provado nos autos.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Dou provimento ao recurso, para cassar o *writ*. É preciso que a ilegalidade do procedimento oficial seja manifesta, que se mostre patente a exorbitância da autoridade pública, para que possa o prejudicado acobertar-se à sombra do disposto no § 24 do art. 141 da Constituição.

Qual a lei inobservada pela administração? Havia um prazo, improrrogável, dentro no qual teria o govêrno que fazer elaborar essa lista de funcionários, para promoção. Não escutei esclarecimento algum a respeito. A autoridade apontada como coatora explica ao demais que os interessados na impetração não atendem à exigência para promoção por merecimento contida no dec.-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 48, redação do dec.-lei nº 8.397, de 18 de dezembro de 1945, não possuíam o interstício legal para essa promoção (730 dias de efetivo exercício na classe). E por se tratar de promoção por merecimento e ao último pôsto da carreira, não se deve esquecer o disposto no precitado dec.-lei nº 1.713, artigo 44, 2ª parte. WALINE, no seu "Manuel Elémentaire de Droit Administratif", 1946, pág. 316, realça, fazendo remissão a julgados do Conselho de Estado, de 1942, que "*l'avancement au choix n'est jamais un droit*".

Não vejo liquidez, incontestabilidade, na situação postulada.

VISTA

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por ter pedido vista o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, depois dos votos dos Srs. ministros relator, HENRIQUE D'ÁVILA, ALFREDO BERNARDES, ARTUR MARINHO e

ORLANDO CARLOS DA SILVA, negando provimento ao recurso, e do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, dando-lhe provimento.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Tendo examinado os autos, Sr. presidente, cheguei à conclusão de que procedem os fundamentos e a conclusão da sentença recorrida, como assim o substancioso voto do Sr. ministro relator.

Nesta conformidade, nego provimento ao recurso para manter a decisão recorrida.

VISTA

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

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: o Sr. ministro SAMPAIO COSTA negou provimento, e o Sr. ministro ROCHA LAGOA pediu vista dos autos.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Impetraram os apelados mandado de segurança contra ato do diretor do Serviço do Pessoal do Ministério da Fazenda, que se teria recusado a cumprir o disposto nos decs.-leis ns. 8.397, de 18 de dezembro de 1945, e 8.514, de 31 do mesmo mês e ano, isto é, teria deixado de elaborar nova lista de promoções relativa ao terceiro trimestre de 1945, para o preenchimento das vagas então remanescentes, de modo que pudessem concorrer às ditas vagas os funcionários beneficiados pelos decs.-leis números 8.397 e 8.514, ou seja, os que, ao tempo, ainda não possuíam o interstício de 730 dias na respectiva classe.

Mostra-se, nos autos, entretanto, a fls. 75, que o ato apontado como lesivo aos direitos dos impetrantes teria constituído na adoção do parecer de órgão competente, segundo o qual teria ocorrido caducidade do direito dos mesmos, porquanto foram publicadas em dezembro de 1945 as listas de promoção, que não continham os nomes dos impetrantes, sem que êstes opusessem qualquer impugnação contra elas.

A sentença de primeira instância rejeitou a alegação de decadência do direito de reclamação por parte dos impetrantes, porquanto, "só elaborada a lista, é que cada um dêles fica com o direito de reclamar contra qualquer preterição, e, se não foi elaborada a lista, como não se deu, não pode ter começado a correr prazo para êsse fim".

Lògicamente, devera concluir concedendo o mandado para que a autoridade coatora apreciasse o mérito do pedido administrativo dos impetrantes. Não o fêz, tendo concedido o mandado para que fôssem organizadas, imediatamente e sob cominação legal, as listas especiais solicitadas pelos impetrantes.

Não acolhendo as considerações expendidas pelo Dr. juiz *a quo*, dou provimento ao recurso para conceder o mandado tão-sòmente para que a autoridade apontada como coatora aprecie o mérito do requerimento formulado pelos impetrantes, eis que não dou pela ocorrência da caducidade do seu direito de reclamação administrativa, pois o que pretendem é a publicação de novas listas, diversas daquelas publicadas em 1945, às quais se reporta a mesma autoridade coatora em seu despacho.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: pelos votos dos Srs. ministros relator, HENRIQUE D'ÁVILA, ALFREDO BERNARDES, ARTUR MARINHO, ORLANDO CARLOS DA SILVA e SAMPAIO COSTA, negou-se provimento ao recurso, para se confirmar a decisão recorrida, contra os votos dos Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO e ROCHA LAGOA, que lhe davam provimento.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

HERANÇA MILITAR - IMPÔSTO DE RENDA

- A herança militar não está isenta do impôsto de renda.

União Federal *versus* Aída de Farias Castro

Rec. mand. de seg. nº 1.066 - Rel.: MIN. CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 1.066, do Distrito Federal:

Acordam, por maioria, os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, na conformidade das notas taquigráficas, em dar provimento ao recurso, para, reformando a sentença, cassar a ordem concedida.

Custas *ex lege*.

Tribunal Federal de Recursos, 30 de agosto de 1951. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Cunha Vasconcelos*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, trata-se de um caso de herança de militar. O juiz GERALDO IRINEU JOFFILY proferiu esta decisão:

"O Ministério da Fazenda, a fls. 17, contesta o pedido inicial alegando que o dispositivo legal invocado pela impetrante não tem existência jurídica, pois foram omitidos na publicação do dec.-lei nº 9.698, de 2 de setembro de 1946, e apenas publicados os referidos artigos no "Diário oficial" de 23-5-1947, quando o Exmo. Sr. presidente da República não tinha faculdade de expedir decretos-leis, e em último caso somente surtiria efeito se referendado, tratando-se de simples publicação no órgão oficial.

"O ilustre procurador da União corroborou os esclarecimentos do Ministério.

"Tenho para mim que o pedido da impetrante não ensancha dúvida alguma e reporto-me à bem fundamentada decisão do colega EDUARDO JARA, cuja publicação foi junta a fls. 8. Estranho que o Ministério da Fazenda alegue inconstitucionalidade de uma publicação no "Diário Oficial", quando poderia, se verdadeiros os seus argumentos, corrigir os erros apontados pelos meios competentes, ao invés de pretender com êstes argumentos obstar ao pedido de quem vê no "Diário Oficial" a manifesta intenção do Poder Executivo.

"Em conclusão: prevalece o art. 113 referido pela impetrante até declaração de sua inconstitucionalidade, judicialmente, ou por lei posterior; e, assim, a herança militar está isenta de qualquer impôsto, inclusive de renda. Por êstes motivos, concedo a segurança" (fls. 25).

Desta decisão recorreu, tempestivamente, a União Federal, pleiteando a sua reforma, por não existir lei fixando a isenção. Juntou a Procuradoria da República, como fundamento principal contra a mesma decisão, uma sentença do juiz Dr. RAIMUNDO MACEDO, no sentido oposto ao daquilo de que se recorre.

Contraminutou a parte e o Dr. subprocurador geral da República, nesta instância, disse:

"I. Além da preliminar, em que insistimos, de não cabimento do mandado, frente ao art. 320, II, do Cód. de Processo Civil, desde que do lançamento impugnado cabia reclamação com efeito suspensivo, e de outros elementos tocantes ao mérito da controvérsia, as informações de fls. 17-18 apresentam argumento de grande valia para obstar ao deferimento do pedido.

"II. É que êste procura apoio no artigo 113 do dec.-lei nº 9.898, de 2 de setembro de 1946, dispositivo que, entretanto, foi omitido na publicação do diploma, feita no "Diário Oficial" de 6 daquele mês.

"Muito posteriormente depois, em 23 de maio de 1947, o "Diário Oficial" publicou o art. 113, e mais o de nº 112, com a simples declaração de que deveriam ser acrescentados depois do parágrafo único do art. 111.

"Semelhante acréscimo, representando lei nova, a teor do art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil, já não estava, porém, compreendido nas possibilidades legislativas do Executivo, desde que em vigor, desde 18 de setembro de 1946, a Constituição atual.

"O argumento apresenta, realmente, acentuado realce, no sentido de impedir o deferimento do pedido" (fls. 40).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS (relator): Sr. presidente, a hipótese não é nova. Numa das últimas sessões, êste Tribunal a debateu e, contra meu voto e o voto do Sr. ministro ARTUR MARINHO, que, aliás, se reconsiderou de pronunciamento anterior, face, a meu ver, à evidência da situação jurídica que se apresentava, o Tribunal, por maioria, entendeu subsistente a isenção, não obstante tôdas as alegações que se fazem contra essa isenção, qual a de lei inexistente, porque publicada com omissão, omissão essa suprida quando já não era possível fazê-lo.

A sentença, como se vê, é incompleta, porque omitiu uma parte que a lei de processo impõe ao juiz desenvolver: a parte expositiva. O juiz não diz, na sentença, do que se constitui a demanda; o que pretende a parte; porque a contraria e, na parte decisória mesma, invoca tão-sòmente decisão de seu colega.

Não levanto, entretanto, preliminar de nulidade. Acho que, sendo a hipótese já demasiadamente conhecida no Tribunal, porque a tem versado mais de uma vez, e podendo apreender-se, com segurança, dos autos, o que se terá que resolver, melhor se consultará aos interesses da Justiça e do Direito decidindo-se definitivamente.

Meu voto, Sr. presidente, na conformidade do que proferi por ocasião da julgamento a que me referi, é dando provimento ao recurso, para reformar a sentença, porque, em matéria de isenção, há dois pressupostos necessários: lei que a determine e lei absolutamente explícita. No caso, a primeira condição, que absorve a segunda, não existe. Não há lei, a meu ver, porque o Estatuto dos Militares publicado não continha precisamente o artigo 113, em que assenta a sentença a isenção. Esse art. 113 foi omitido, é verdade, na publicação. Lei só é aquela que se publica. Não havia o art. 113, e só posteriormente, e assim mesmo por nota do "Diário Oficial" e nota exclusivamente de redação, se publicou o art. 113, dando-o como incluído na lei de que se trata, com a circunstância de que, a esse tempo, já não tinha o Poder Executivo competência para legislar. Esta era exclusiva, do Poder Legislativo, então já em função, no país.

Tenho, assim, para mim que não existia lei concedendo a isenção que a sentença reconheceu. Não sou dos mais rigoristas no capítulo da incidência de tributos fiscais, mas, em matéria de isenção, realmente, porque constituindo situação de privilégio, entendo que só é possível conferi-la quando a lei, explicitamente, lei de verdade, o faça. No caso, não há lei, a meu ver, conferindo a isenção. Por isto, dou provimento ao recurso.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente, lamento divergir da eminente Sr. ministro relator. Ao pronunciar-me recentemente neste Tribunal, em caso análogo ao que ora se cogita, tive ocasião de sustentar que os arts. 112 e 113 do Estatuto dos Militares revestem-se de plena eficácia. Omitidos que foram na primeira publicação da lei por mero equívoco, é óbvio que a isenção nêles consignada não passou a operar desde então. Mas, uma vez corrigida a omissão, como o foi, pela republicação, passaram os mesmos a obrigar, tal qual os demais dispositivos da lei. E o art. 113 é expresse em isentar a herança militar do impôsto sôbre a renda.

Assim, divergindo do Sr. ministro relator, nego provimento ao recurso, reportando-me ao voto que proferi ao propósito e que incorporo ao presente como razão de decidir.

VOTO

O SR. MINISTRO MOURÃO RÚSSEL: Sr. presidente, peço licença ao Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO para proferir voto desde logo. Acompanho o Sr. ministro relatora Em caso idêntico, julgado por êsse Tribunal, já segui a orientação ora adotada por S. Ex.^a em seu voto.

VISTA

O SR. MINISTRO CUNHA MELO: Sr. presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: adiado, por pedido de vista do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, após terem votado os Srs. ministros relator, ARTUR MARINHO e MOURÃO RÚSSEL, que davam provimento ao recurso, sendo que o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA confirmava a sentença. Os demais, aguardavam.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Dou provimento ao recurso, para cassar o *writ*, visto que se me afigura ilíquido e incerto o direito postulado.

De 10 de novembro de 1937 até 18 de setembro de 1946, um só cidadão legislava e executava as leis neste país. Por vêzes, exercia também função judiciária.

Em pleno século XX, nossa incapacidade no terreno da auto-organização e da auto-determinação nos conduziu à atmosfera malsã daquelas republiquetas italianas descritas por MONTESQUIEU no seu famoso "De l'Esprit des Lois", livro XI, cap. VI.

O direito positivo de vez em quando era acrescido de cardumes de diplomas.

Foi nesse período que veio à tona o dec.-lei nº 9.698, de 2 de setembro de 1946, em cujo art. 113 estaqueiam a impetração e a sentença que à mesma deu guarida.

Ocorre, porém, que êsse decreto-lei foi publicado duas vezes. No "Diário Oficial" de 6 de setembro de 1946 e no "Diário Oficial" de 23 de maio de 1947.

A primeira publicação não tinha o art. 113, nem o 112. *Omissis*, entre o 111 e o 114.

Quando sobreveio a segunda, trazendo em seu bôjo os dois textos referidos e escapes à primeira, o presidente da República deixara de ser também o Congresso Nacional, e isso há já mais de oito meses, ou seja, desde 18 de setembro de 1946, data da nova Constituição.

Se as duas publicações tivessem ocorrido dentro na fase em que estêve o país sob a Carta de 1937, o assunto não teria importância. Quem baixou êsse decreto-lei poderia mais tarde alterá-lo ou revogá-lo.

Mas, claro que oito meses depois da vigência da nova Constituição não mais podia o presidente da República, pela via da republicação, sob pretexto de que fôra lacunosa a publicação, dar virtude operante a dois textos de todo inexistentes na primitiva divulgação e que inovam, substancialmente, no diploma, tanto que num dêles, o do 113, pedra de toque da pretensão constante dos autos, isenta de impostos e taxas, quaisquer que sejam, a herança militar.

Do contrário, teríamos ainda o Executivo-legislador.

Dir-se-á, crendo piamente no motivo dado para a segunda publicação, que, desde a promulgação, a lei existe, que a publicação virá tão-só torná-la obrigatória.

Correto. Inda há pouco, há uns 10 anos, muito se discutiu acêrca, com erudição e perspicácia, no Supremo, quando ali argüida a inconstitucionalidade do Código de Águas. A Carta de 1937 deixava ao próprio presidente da República a promulgação dos seus decretos-leis (vide artigo 38).

Era, entretanto, e ainda é, a publicação, na imprensa oficial, quem diz o que se tornou executório, obrigatório. Todos os preceitos jurídicos estão na dependência de promulgação para que se tornem executórios e da publicação para que se tornem obrigatórios.

Depois de inserta a lei no "Diário Oficial", o que se executa, o que obriga, é o que está publicado, é o texto publicado, divulgado, notório, de todos sabido, conhecido.

Se houve omissão, o presidente da República não mais podia saná-la oito meses depois, divulgando de novo, com acréscido, o decreto-lei, pois que deixara de ser Congresso Nacional e só o Congresso Nacional, então, podia prover a respeito.

Tenho como inexistente a segunda publicação, no que concerne à eficácia da acréscimo.

Mesmo no caso do Cód. de Águas, não se iria ficar esperando, indefinidamente, pela publicação. No apagar das luzes do Governo Provisório, como, de resto, na fase testamentária de todos os governos, há muito o que publicar no "Diário Oficial". É uma fase de vicissitudes para a Mãe-Pátria. Tolerou-se que o Código de Águas, um ato do Governo Provisório, do presidente-legislador, viesse à luz quatro dias depois da vigência da Constituição de 1934. Um prazo de 30 dias poderia ser aceito. Um prazo como que de *vacatio legis sui generis* no concernente. A consciência pública acharia possível que exigüidade de tempo, ou de espaço no órgão oficial da divulgação, houvesse produzido o retardamento na divulgação do decreto. Não aceitaria, porém, que mesmo o Cód. de Águas, promulgado em 10 de julho de 1934, constituísse parte integrante da legislação do país, se publicado êle oito meses depois de haver perdido as atribuições de Legislativo o presidente da Republica.

Lei de ordem pública não vale antes de obrigatória e se torna obrigatória pela publicação e segundo o que está publicado.

Omissões comportam correção imediata. Dentro no espaço de tempo entre a publicação - 6 de setembro - e a vigência da Constituição - 18 de setembro -

tempo havia para suprimimento da lacuna. Uns dias depois da Constituição, inda seria, consoante sustentei, merecedor de plácito judicial.

Oito meses após, é demais. Transcede... constituiria precedente funestíssimo. Mesmo é de ser ressaltado que o caso não é de segunda publicação por motivo de incorreções... É de acréscimo. E relevante se me afigura o conteúdo dêsse acréscimo.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ALFREDO BERNARDES: Sr. presidente, nego provimento ao recurso, de acôrdo com o voto que proferi no mandado de segurança em que foi impetrante a senhora do general Daltro Filho. Naquela oportunidade, tive ocasião de salientar que a lei se torna lei desde a sua promulgação. Os seus efeitos é que decorrem da publicação.

Verificou-se, naquele mandado de segurança, que os originais do dec.-lei numero 9.698, arquivados na Secretaria do Palácio do Catete, continham os arts. 112 e 113, cuja omissão se dera na primeira publicação. Assim, se trata de dar efeito à lei a partir de sua republicação, e isso é o que se pretende - sou forçado a rejeitar os embargos para manter a decisão embargada. Acompanho o voto ido Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente, conforme focalizou o Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, não se trata de omissão, porque a questão de estar, ou não, o original com a inclusão dêstes artigos, *data venia*, creio que é questão vinculada a prova e estamos julgando mandado de segurança. Seria necessário que nos autos tivesse a parte provado que realmente, o texto original continha êsses artigos que não foram publicados. Quando disse que não se trata de omissão é porque, falhando, como, a meu ver, falha essa prova, o que estamos tendo defronte de nós para julgar é a alegação de um acréscimo de dois artigos numa lei que foi publicada sem êles.

Ora, Sr. presidente, acréscimo feito oito meses depois da publicação da lei, quando já não havia competência expressa para que isso fôsse feito, confesso

que fico embaraçado para o fim de firmar um raciocínio jurídico, como juiz, no sentido oposto, a fim de dar eficácia a êsse acréscimo publicado tantos meses depois e que vem tornar - em matéria de isenção que é, e deve ser, interpretada restritivamente - um privilégio dentro da regra geral dos impostos que regem as heranças.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.^a permite? É que êsse acréscimo a que se refere não pode ser aceito como autoridade, porque nem é republicação da lei com os artigos omitidos na primeira; é uma nota de redação do jornal: acrescente-se ou inclua-se no decreto tal os arts. 112 e 113; assim redigidos. De modo que, ainda por aí, carece de autoridade essa publicação nova em nota de redação do jornal.

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Muito obrigado pelo esclarecimento que, aliás, vem reforçar o raciocínio que estava produzindo.

Ora, realmente, Sr. presidente, tratando-se de matéria de isenção de impostos, a interpretação - como ia dizendo deve ser restrita e não ampla. Nessas condições, não tomo conhecimento do acréscimo feito. Para mim, a lei continua a ser aquela que foi publicada, embora haja falta, na seqüência, dos arts. 112 e 113. Pode admitir-se, quando muito, uma retificação na numeração dos artigos, mas não na matéria que êsses artigos representam, mesmo porque a matéria acrescida é inteiramente nova.

Data venia do Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, acompanho o voto do Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO. Estamos julgando direito líquido e certo direito é ou não é líquido e certo.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: *Data venia*, estou com o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES. Nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: deram provimento, contra os votos dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA, ALFREDO BERNARDES e

ELMANO CRUZ. Os Srs. ministros ARTUR MARINHO, MOURÃO RÚSSEL, DJALMA DA CUNHA MELO e CÂNDIDO LÔBO votaram de acôrdo com o relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

*

DESAPROPRIAÇÃO - VALOR DO IMÓVEL - LUCRO CESSANTE

- O valor do imóvel, para o efeito de desapropriação, é o contemporâneo do ato declaratório de utilidade pública; não são indenizáveis os lucros cessantes.

Estrada de Ferro Central do Brasil *versus* Joaquim Dias

Ap. nº 1.030 (embs.) - Rel.: MINISTRO AFRÂNIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos nos autos de apelação cível nº 1.030, de São Paulo, em que figuram, como embargante, a Estrada de Ferro Central do Brasil e, embargado, Joaquim Dias:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, receber os embargos, por maioria de votos, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pelo embargado.

Tribunal Federal de Recursos, 15 de maio de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Afrânio Antônio da Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA: Trata-se de desapropriação de uma gleba de terras, no município de Cajueiros, Estado de São Paulo, promovida pela Estrada de Ferro Central do Brasil.

Na apelação foi fixado o preço de Cr\$ 333.913,50. tendo o voto divergente reduzido a Cr\$ 300.000,00, por entender que a diferença (cêrca de Cr\$ 36.000,00), atribuída a título de lucros cessantes após o decreto desapropriatório, não era de ser concedida.

Os embargos, oferecidos intempestivamente, atacam apenas essa diferença.

Na assentada do julgamento lerei os votos proferidos na Turma.

O Dr. subprocurador geral opina pelo recebimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (relator): Como viu o Tribunal, tratam os embargos de uma diferença de Cr\$ 36.000,00, concedida a título de lucros cessantes pela maioria e negada pelo voto divergente em uma desapropriação de terras.

Eu recebo os embargos, tanto mais que o ilustre relator do acórdão embargado, em seu esclarecimento de voto, a fôlhas 191, diz havê-los considerado na situação focalizada nos autos como critério para pagar a desvalorização decorrente da desapropriação nos têrmos pedidos pela parte.

O valor do imóvel é, para mim, o contemporâneo à data do decreto de desapropriação.

Porque a situação deve ser encarada em tese ampla. Sabemos o que ocorreu com as desapropriações realizadas para reformas urbanas, no Rio e em São Paulo.

Publicado o decreto, anunciada a abertura de ruas novas ou alongamento das antigas, o valor subia astronômicamente.

É verdade que não havia, àquela época, a contribuição de melhoria. Mas, a situação econômica do imóvel deve ser tomada ao tempo.

Daí por diante, o desapropriado tem direito aos frutos civis ou naturais produzidos pelo imóvel e nada mais. A admitir-se o critério, também devem ser indenizadas as benfeitorias realizadas posteriormente ao decreto de desapropriação.

Por tais fundamentos, recebo os embargos.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (revisor): Confirmo o acórdão. Trata-se de lucros cessantes em desapropriação. Não os dou em tese, o que resolvi; mas, na espécie, e por motivos que acentuei no voto de fls. 187 e 188, e sobretudo nas explicações de fls. 191, mantenho o decidido, sem embargo de impressionar o que se alega às fls. 197 a 198.

Data venia do douto Sr. ministro relator, em nossa divergência acima, rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por maioria, receberam-se os embargos, contra os votos dos Srs. ministros revisor e DJALMA DA CUNHA MELO. Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. ministro ROCHA LAGOA, por não ter assistido ao relatório.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Notas:

COMENTÁRIO

Prevalece, no Tribunal Federal de Recursos, a tese acolhida da decisão supra. Segundo a maioria, ocorrida a republicação de uma lei após esgotar-se o prazo de competência do poder que a expediu, essa lei só vale pelo texto originariamente publicado. Há, aí, evidente exagero sobre os efeitos da publicação da lei, conforme foi salientado nos votos vencidos. Preferimos, contudo, colocar a questão em terreno mais prático: às vezes, isso dá resultado.

Não se contesta que houve a republicação. Não se contesta que, em nosso sistema, não há prazo para a republicação da lei publicada com incorreções. Não se contesta que a publicação com omissões é uma possibilidade, aliás freqüente, do serviço gráfico. Não se contesta (apesar de o Sr. ministro CÂNDIDO LÔBO pretender definir a questão como de prova, só por isso) que dos originais da lei constava a parte mais tarde republicada, por omitida na publicação originária. De duas uma, em tudo isso: ou houve adulteração do original, mediante inclusão fraudulenta de dispositivos que nêle não constavam ou houve erro da Imprensa Nacional. Ora, em mandado de segurança, não seria possível demonstrar êsse enxêrto fraudulento, o que caberia, aliás, à defesa, por evidente que o impetrante não está obrigado a provar que a aparência do diploma legal corresponde à realidade.

Assim, resta o erro ou defeito de publicação. Por horror à republicação tardia, o Tribunal cai neste absurdo, ainda maior do que o de dar validade ao ato só aparentemente (admitindo que só aparentemente o seja) regular: o de atribuir efeito decisivo na formação da lei aos erros, descuidos, equívocos, negligências e, quiçá, até às propositadas omissões do serviço gráfico.

Assim se julga. E que Deus nos ajude.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESTRADAS DE FERRO -
TRANSPORTE DE PASSAGEIRO - CLÁUSULA DE
IRRESPONSABILIDADE**

- Vale a cláusula de isenção de responsabilidade da estrada de ferro por morte de passageiro que viaja em trem de carga.

União Federal *versus* Antônia Maria da Conceição e outro

Ap. nº 2.149 - Relator: MINISTRO CÂNDIDO LÔBO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 2.149, do Ceará:

Acordam os ministros da 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, em negar provimento ao apêlo da União Federal, para confirmar a sentença apelada pela sua conclusão, tudo na conformidade das notas taquigráficas *retro*, que se integram.

Tribunal Federal de Recursos, 18 de junho de 1952. - *Alfredo Bernardes*, presidente; *Cândido Lôbo*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO: Sr. presidente. Trata-se de acidente ferroviário ocorrido no Ceará, em que perdeu a vida o marido e pai dos autores. O caso é simples quanto a fatos, pois que se resume unicamente em decidir quanto à validade do documento de fls. 41. Nada mais.

É que a estrada não nega o lamentável acidente, porém estriba-se no referido documento pelo qual, espontâneamente, a vítima requereu e obteve da estrada permissão para viajar em trem de carga, como passageiro, reconhecendo, outrossim, expressamente, que, se houvesse algum acidente, nenhuma responsabilidade recairia sôbre a estrada transportadora.

É a causa de não indenizar que está em causa.

Os autores, também, por sua vez, não negam a existência do documento, negam-lhe, porém, sua validade jurídica. Para tanto, afirmam que se trata de uma *renúncia*, que importa *transação* e que ninguém pode transacionar com a

vida porque afeta direitos de terceiros, os herdeiros, como aconteceu na espécie dos autos. Cita AGUIAR DIAS e a jurisprudência referente à *culpa presumida* das estradas de ferro. Nesse particular, a União Federal, por sua vez, retruca que não se trata de culpa presumida ou não presumida, mas, sim, de coisa diferente, porque o trem não era de passageiros, onde, então, sim, caberia a teoria da presunção de culpa. Trata-se de trem de carga, exclusivamente de carga, em que só por exceção e com a cláusula de não indenizar é que o regulamento da estrada permite seja vendido o bilhete de passagem. Termina a União Federal sintetizando sua argumentação: trata-se exclusivamente disso e nada mais: o documento assinado pela vítima (fls. 31), confirmado a fls. 41, tem ou não tem valor jurídico, opera ou não opera a isenção de responsabilidade nêle convencionada expressamente e sem qualquer coação, tanto que foi deferido pela estrada em pedido escrito, feito pela vítima? Termina, portanto, a União explicando que esta é a única coisa a decidir na presente apelação: a validade ou não da cláusula de não indenizar; tratando-se, porém, no caso, de transporte em trem de carga e não de passageiro, o que, a seu, ver transfigura a hipótese para aspecto novo, não estudado pela norma jurisprudencial e tampouco pela doutrina.

Não há preliminares.

A sentença apelada está no termo de audiência de fls. 88 e aceitou a argumentação dos autores, julgando, assim, procedente a ação, determinando que o *quantum* fôsse liquidado na execução, pelo que apelaram os autores quanto a essa parte, pedindo fôsse desde logo fixada aquela cifra, e apelou a União Federal, insistindo na total validade do documento em questão e assim esperando a improcedência, da ação.

A douta Subprocuradoria Geral opinou pela reforma da decisão, no sentido da integral improcedência da ação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CÂNDIDO LÔBO (relator): Responsabilidade da estrada transportadora. Trem de carga e não de passageiro. Caso de mote do

transportado em trem de carga, e que assinou requerimento, que foi deferido pela estrada, solicitando o transporte em trem de carga expressamente isentando a estrada de quaisquer responsabilidades por acidente. É o que está claro e positivamente pedido a fls. 41 e que confere perfeitamente com a comunicação de fls. 37.

A portaria nº 575, de 23 de novembro de 1939, aprovou o Regulamento Geral dos transportes, o qual, em seu art. 211, assim estabelece:

"Poderão as emprêsas conceder, se não houver inconveniência para o seu tráfego, transporte em trem de carga ou de serviço aos interessados que o solicitarem por escrito, desde que: *a)* provem sua identidade; *b)* subscrevam declaração isentando a estrada de qualquer responsabilidade pelo que lhes possa advir do transporte solicitado; *c)* paguem bilhetes de 1ª classe".

Foi precisamente o que aconteceu na hipótese dos autos; pois o documento de fls. 41 prova evidentemente que o transporte em questão foi solicitado por escrito e deferido, sendo até colada no ângulo inferior da concessão uma pequena fotografia de seu requerente, que é a prova de identidade exigida na letra *a*, e junto aos autos o bilhete de passagem a que se refere a letra *c*. Finalmente, quanto ao determinado na letra *b*, isto é, declaração isentando a estrada de qualquer responsabilidade, o referido documento é expresso e não oferece dúvidas. Resta, portanto, saber se êsse documento produz ou não produz efeitos jurídicos, verificando-se, como se verificou, o lamentável acidente, em que o marido e pai dos autores pagou com a vida o procedimento que teve em querer e obter lhe fôsse permitido viajar em trem de carga.

Disse a sentença que o documento não tem valor jurídico capaz de autorizar a isenção de responsabilidade, visto como as cláusulas de não indenizar são nulas, e assim condenou a estrada a compor prejuízos; contesta a União Federal, na apelação interposta, e, dando todo valor probante ao referido documento, pede a inteira improcedência da ação. É o caso dos autos. Nada mais.

Insistem ainda os apelados que o documento assinado pela vítima importa *transação* e não é lícito fazer transação com o direito de viver e suas conseqüências, pois que êsse direito não interessa sòmente ao que *renunciou* a

indenização, mas, sim, a seus herdeiros e viúva, como acontece na espécie, em que houve uma *renúncia* e a única coisa que a vítima podia fazer era renunciar seus próprios direitos, mas nunca o de sua viúva e herdeiros, que são terceiros. Conclui afirmando que, se tivesse havido apenas *ferimentos*, ainda se podia aceitar a renúncia, mas, em caso de morte, a situação é outra, porque afeta aos herdeiros e êstes nada *renunciaram* nem *transacionaram*. Os apelados socorrem-se da opinião do juiz AGUIAR DIAS sôbre á eficácia da cláusula de irresponsabilidade, para concluir que essa cláusula nenhuma, validade tem. Na sentença apelada, o Dr. juiz deslocou a discussão do art. 15 do Código Civil para o 17 do dec. n° 2.681, de 1912, examinando, precìpuaente, a *presunção da culpa* e aplicando-a à espécie, focalizando que no caso dos autos essa cláusula de irresponsabilidade é concernente à vida, à integridade da pessoa cívica, e assim ela está acima das convenções, porque não é lícito transferir a outrem o direito de matar ou de ferir impunemente ou a preço reduzido, como sustenta AGUIAR DIAS, na sua monografia sôbre a "Cláusula de não-indenizar, ed. "REVISTA FORENSE", pág. 195. O Dr. juiz o que termina invocando o art. 12 do dec. número 2.681, que regula as indenizações nas estradas de ferro, dispositivo êsse que se referindo à cláusula de não garantia das mercadorias, bem como à prévia determinação do máximo de indenização a pagar em caso de avaria, acrescenta: "Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei"; com essa invocação, o Dr. juiz a que ultimou seu raciocínio e decretou a procedência do pedido, condenando a estrada pelo que fôsse liquidado na execução.

Sr. presidente. A prova dos autos (compulseio-os integralmente) dá a entender que a vítima viajava em um trem totalmente de carga. Não se tratava, pois, de trem misto. Viajava em um "carro de resíduos" (fls. 72), carro êsse que virou, em face do descarrilamento dos que estavam antes dêle, devido ao excesso de pêsso na carga, segundo comprovam os autos, pois se tratava de uma composição de 17 vagões de carga. O depoimento do chefe de trem, a fls. 75, bem como o do "lubrificador" que viajava em companhia da vítima e que escapou do lamentável acidente, são acordes na isenção de qualquer culpa por parte da vítima: os vagões tombaram pelo excesso de pêsso que traziam. Isto pôsto, resume-se a matéria pura e simplesmente no valor jurídico do documento de fls. 31, ratificado a fls. 41, cuja autenticidade, posta em dúvida pelo *laudo* de fls. 50, ao meu ver, ficou comprovada até mesmo pelo depoimento de fls. 82,

prestado por Luís Lemos, que confirmou ter assinado o mesmo, como testemunha, logo após ter assistido a vítima firmar sua assinatura no aludido documento. Aliás, o documento é de ser crido, pois que todos a êle se referem, tôdas as testemunhas e demais provas, além de trazer a fotografia da vítima colada, o que concorre para sua completa aceitação e não pela sua recusa, atribuindo, com isso, um ato menos honesto da direção da estrada em fabricar êsse documento, o que, positivamente, seria ridículo e injusto admitir, mormente estando perfeitamente previsto no regulamento da estrada a matéria concernente ao citado-documento permissão para viajar em trem de carga, desde que sem responsabilidade e pagando passagem de 1ª classe (artigo 211 da portaria nº 575, de 23 de novembro de 1939), Portaria a que fiz expressa alusão no comêço dêste voto e que ficou: transcrita, no mesmo. Dentro dêstes princípios, portanto, terá a Turma que resolver a tese exposta, confirmando ou não a sentença apelada, que optou pela nulidade da cláusula contida no art. 221 da *portaria*, por considerar que a isenção de responsabilidade não vai até incluir em suas conseqüências os herdeiros da vítima, porque êsses não foram parte naquela isenção, que só podia valer exclusivamente nas relações jurídicas entre a vítima e a estrada e nunca em relação a terceiros, isto é, em relação aos herdeiros-autores da ação.

Foi assim que a sentença apelada encarou a questão e resolveu-a, julgando procedente a ação e condenando a estrada a reparar os danos, conforme fôssem êles liquidados na execução.

Sr. presidente. Deveras interessante é o caso *sub judice*, não só por sua peculiaridade, morte ocasionada em trem de carga, tendo sido expedido bilhete de passagem à vítima, na forma permitida pelo regulamento da estrada transportadora, com expressa isenção de quaisquer responsabilidades. A jurisprudência não assinala nenhum caso idêntico; consultei-a minuciosamente, em pura perda, nos nossos arquivos de julgados.

E por isso mesmo cuidei de empregar todos os esforços ao meu alcance para me assegurar (suponho) uma direção justa e jurídica no assunto, fazendo obra, não de equidade, como o juiz está autorizado a fazer pelo art. 114 do Cód. de Processo, mas, sim, aplicando a norma dentro do rigorismo da *mens legis* e dos princípios gerais de direito, peculiares à hipótese em causa.

Antes de tudo, torna-se necessário pesquisar a intenção do legislador ao redigir o questionado art. 112, que formulou a isenção de quaisquer responsabilidades em favor da transportadora, desde que o passageiro provasse a identidade, fizesse a isenção e pagasse o bilhete de passagem. São essas as três condições impostas pela estrada e tôdas elas foram aceitas pela vítima, *in casu*, tanto que afirmou o documento, cuja autenticidade não foi posta em dúvida, e juntou no ângulo inferior do respectivo requerimento uma pequena fotografia atestando a identidade reclamada.

Ora, por que prova de identidade? A sentença não examinou êsse detalhe. Limitou-se a situar a controvérsia na nulidade da cláusula, porque não atingiu quem a aceitou, a vítima, aias sim os seus herdeiros, que o Dr. juiz *a quo* considerou *terceiros* na convenção, anulando-a.

Entretanto, *data venia*, o argumento peca pela base. O documento não pode ser encarado por êsse lado, pois quem contratou podia perfeitamente fazê-lo em seu próprio nome, sem que com isso estivesse obrigando seus herdeiros, pois que não há herança de pessoa viva, e, sendo assim, ao estabelecer o vínculo obrigacional, a vítima estava possuída de todos os seus direitos e conseqüentemente podia fazê-lo. Viva como estava, então, nenhuma renúncia de direitos, ao meu ver, estava fazendo, em relação a seus herdeiros, cujos direitos sucessórios só se iniciaram com a morte, e o documento é anterior a êsse evento futuro e incerto. Renúncia de direitos, diz a sentença. Mas que renúncia é essa, se não havia herança nem transmissão de direitos sucessórios, pois que se tratava de pessoa viva? Não acompanho, pois, o raciocínio do Dr. juiz *a quo*. A transação, portanto, era lícita, perfeita e acabada e não envolvia, ao meu ver, renúncia de direitos que, como diz a sentença, pertenciam, não à vítima renunciante; mas sim a seus herdeiros. Herdeiros de que? Pois a vítima não estava viva ao convencionar? Pois não tinha ela *volitivamente* e dentro de sua capacidade civil concordado com a isenção de quaisquer responsabilidades que adviessem do transporte de sua pessoa até a estação de desembarque? Não há de ser, portanto, por êsse ângulo que o caso deve ser apreciado, ao meu ver.

Não podemos olvidar o disposto no art. 928 do Cód. Civil, que determina a salutar regra de que a obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim, entre as partes, como entre seus herdeiros. Êsse é um dos característicos típicos dos efeitos das obrigações, fixado nas Disposições Gerais do título II do nosso

Código. Igualmente não podemos olvidar um detalhe deveras curioso na convenção que firmou a isenção: a exigência da prova de identidade do passageiro. Ao meu ver, êsse detalhe deve ser atribuído precisamente pelo cuidado que o legislador teve em fazer vincular o *pacto à carga* e é justamente dentro dêsse setor que preferi abandonar a argumentação da sentença apelada para estudar e decidir à caso dos autos. Explico melhor o meu raciocínio, dizendo que aquela, exigência de forma alguma quis isentar a estrada de responsabilidades como transportadora de passageiro, desde que a vítima, com à posse do bilhete de passagem, se tornou passageiro e como tal terá que ser encarado o evento danoso produzido. A prova de identidade, ao meu, ver, tem sua razão de ser e importância na espécie em debate, porque assim a estrada se cobriu do risco de transportar pessoa *inidônea* que pudesse causar dano à carga, destruí-la, incendiá-la, danificá-la, e
nfim, e com êsse proceder estaria forçosamente causando prejuízos à estrada.

Isenção e identidade conseqüentemente não vinculavam só e exclusivamente o passageiro, mas também, e com tôda razão, a *carga*.

Ora, por sua vez; êsse raciocínio nos conduz a outro evidentemente jurídico, qual o de que, com a isenção de responsabilidades, pactuada e provada a identidade do passageiro, a estrada estava perfeitamente a coberto de qualquer ressarcimento se tivesse havido *culpa*, por parte do passageiro, o modo de conduzir-se no trem em que viajou com aquela *condição*, ou ainda, se êle tivesse sido vítima de emanções de gases mortíferos produzidos pela carga, ou de ter sido vítima, por exemplo, de animais que o trem conduzia, ou incêndio produzido por fogo da máquina ou também por algum guindaste na carga ou descarga de mercadorias, enfim, obra de estiva, comumente denominada em transportes.

Ora, nada disso se deu. Ao contrário, o lamentável acidente, segundo a prova testemunhal irrecusável, verificou-se exclusivamente por culpa da estrada, sendo nenhuma a do passageiro. A própria sentença assinala a assertiva. O carro tombou na curva, ocasionando, pelo descarrilamento, a queda do passageiro e morte conseqüente.

A obrigação, portanto, era personalíssima. E se o passageiro tivesse dado causa ao evento danoso, provada como estava a sua identidade, pela exigência regulamentar, não poderia eximir-se da convenção que assinara.

Os herdeiros, portanto, nada têm que ver com o fato, nem há que chamar direito sucessório para dirimir a questão, pois que, ao pactuar a cláusula de isenção de responsabilidade, a vítima era simplesmente um passageiro capaz de contratar e nenhum direito de terceiros estava êle renunciando.

Os terceiros, os herdeiros, não estavam em causa nesse ato. É o meu ponto de vista, Sr. presidente.

Desde que a morte resultou de culpa exclusiva da estrada, não se aplica ao caso a cláusula de isenção de quaisquer responsabilidades por parte da estrada. Ao contrário, teria toda validade jurídica se a morte resultasse de ação culposa por parte do passageiro ou ainda por força de qualquer elemento provindo ou originado da própria carga, como exemplifiquei: com o esmagamento, por uma boiada, ou ferimento mortal ocasionado pelos animais que estavam sendo transportados, ou, ainda, por emanções venenosas oriundas da carga, enfim, por motivos vários, desde que vinculados à carga, porque aí, sim, o passageiro estava, com objetivo lícito e com capacidade civil íntegra, excluindo a estrada de compor prejuízos.

Na espécie, porém, não se deu tal. O dano foi ocasionado a passageiro por culpa exclusiva da transportadora e a expedição do bilhete de passagem, que pressupõe pagamento por parte do passageiro, estabeleceu um contrato entre êle e a transportadora, que convencionou a exclusão de responsabilidade, ao meu ver, sem que essa exclusão atingisse totalmente o transportado, mesmo no caso de culpa exclusiva dela, transportadora. Bem sei que isso nos leva a raciocinar: mas então o documento tem valor positivo num caso e negativo em outro, valendo a isenção ou não valendo, conforme o caso que deu lugar à morte? A resposta só pode ser uma, qual a de concordar com essa alternativa, pois que, realmente, a validade jurídica do documento de renúncia depende do fato danoso, do fato que deu lugar a ser chamado o vínculo obrigacional para decidir a controvérsia suscitada pelos próprios termos da convenção-isenção.

A prova está que, mesmo com aquêlê documento isentando a estrada de tôdas as responsabilidades, se o acidente houvesse se verificado em trem de passageiros, nenhuma dúvida ocorreria na espécie para que nenhum valor fôsse dado à convenção. Por que, em se tratando de trem de carga, mas com passagem emitida e paga, deve ser mudado o curso do raciocínio na aplicação do direito? Ainda: por que essa mudança, se a culpa absolutamente não pode ser imputada ao passageiro, como comprovam os autos? E note-se, ainda, que qualquer *diminuição de responsabilidade das estradas de ferro*, convencionada embora lícitamente, será considerada nula, na forma do art. 12 do dec. nº 2.681. Na espécie, porém, não se trata de diminuição da responsabilidade. Ao contrário, a responsabilidade considera-se íntegra, porque, não obstante a convenção de isenção, nenhuma foi a culpa do passageiro e a isenção, ao meu ver, só teria eficácia, isentando a estrada, se a morte tivesse resultado da carga pelos vários exemplos acima discriminados neste voto, pois que aí fôra o passageiro que assumira êsse risco. O Cód. Civil brasileiro manda o culpado responder por perdas e danos e as obrigações que não passam aos herdeiros são aquelas denominadas personalíssimas, porque vinculam exclusivamente credor e devedor. Na espécie em debate também não houve nem *cessão* nem *sub-rogação*. O que houve foi uma obrigação inerente à pessoa. Nada mais. Tudo isso está disciplinado dentro da regra contida no artigo 928 do Cód. Civil.

Por conseguinte, ao meu ver, tudo dentro dos autos resume-se na interpretação a ser dada ao referido documento de isenção, *pivot* que é da controvérsia suscitada na discussão do problema jurídico constante da inicial e da contestação.

Para mim, desde que a culpa foi do transportador, a convenção não, produz efeitos e isso porque a isenção de responsabilidade nessa convenção pactuada se refere aos efeitos danosos da carga, porque o trem era de carga e não de passageiros, contra quem, também e ainda, valeria aquela isenção de responsabilidade da estrada transportadora, se sua morte tivesse sido ocasionada pela própria carga, como no caso de animais, incêndio, emanações de gases mortíferos, etc., etc., tantas e tantas podem ser essas causas.

Na espécie, houve um descarrilamento, tombou o vagão de carga em que ia o passageiro com bilhete de passagem pago; a estrada deve pagar o dano resultante da morte dêsse *passageiro*. É o meu modo de entender, Sr.

presidente, e levado por esta ordem de considerações e não pelo que está desenvolvido na sentença pelo ilustre Dr. juiz *a quo*, pela conclusão somente confirmo o referido julgado e, assim, nego provimento a ambos os recursos.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ (revisor): Sr. presidente, também nego provimento ao recurso.

O art. 12 do dec. nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, depois de referir-se às cláusulas de não garantia de mercadorias, determina:

"Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei".

Ora, a cláusula exoneratória da responsabilidade, a que se refere o documento, - cuja autenticidade, até apurada por exame gráfico, - foi mandada adotar por uma portaria que aprovou o Regulamento Geral de Transportes, portaria do ministro da Viação, e que, portanto, não podia modificar a disposição legal acima referida. O art. 22 diz:

"No caso de morte, a estrada de ferro responderá por tôdas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aquêles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxilio ou educação".

É o caso. O viajante veio a morrer e tratava-se de um viajante comum, igual aos outros, pois dos autos consta, a fls. 68, a informação prestada pela própria Rêde de Viação Cearense, em atendimento a requerimento da parte, em que se perguntava se o preço da passagem nesse trem era igual ao comum - a informação de que o preço era o mesmo. Ora, se, mesmo no tocante às mercadorias, para que possa haver redução de responsabilidade, há que haver diminuição correspondente de tarifa, de acôrdo com o que estabelece o art. 12, com maioria de razões é de aceitar-se a responsabilidade no caso dos autos. E diz ainda o art. 24:

"No caso de atraso de trem e excedido o tempo de tolerância que os regulamentos concederem para a execução dos horários, não tendo sido o fato determinado por força maior, as estradas responderão pelos prejuízos que daí resultarem aos passageiros".

No caso dos autos, foi suprimido um trem de passageiros e o viajante, que precisava viajar de qualquer forma, dispôs-se a tomar o trem de carga.

Assim, acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por votação unânime, negaram provimento ao apêlo da União Federal, para confirmar a sentença apelada, pela sua conclusão. O Sr. ministro ALFREDO BERNARDES votou de acôrdo com o Sr. ministro relator.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

Notas:

COMENTÁRIO

Não reconhecemos, na dureza fenícia da fundamentação do julgado, o ilustre e suave ministro CÂNDIDO LÔBO. Dando pela responsabilidade da estrada de ferro, porque houve culpa, quis deixar bem expressa sua discordância à motivação da sentença de primeira instância, para sustentar a truculenta doutrina de que é possível pactuar-se a irresponsabilidade da estrada de ferro pela morte de passageiro.

O primeiro equivoco do eminente relator está em aceitar a cláusula e, ao mesmo tempo, condenar a empresa, com base em culpa. A cláusula, quando aceita, cobre a culpa. Só não cobre o dolo. Há, pois, verdadeira contradição no seu voto.

O segundo equívoco está em admitir que uma cláusula sobre a vida ou a incolumidade da pessoa humana decorra de simples portaria administrativa. A própria lei não o poderia, por evidente imoralidade da transação. E nenhum ato jurídico resiste ao vício do objeto imoral ou ilícito.

Terceiro equívoco é supor, como S. Ex.^a supõe, que a cláusula possa ser aceita pelo passageiro. seja tácita, seja expressamente.

A vida e a incolumidade da pessoa humana não podem ser objeto de convenção. Estão fora do patrimônio. São inegociáveis.

O voto vencido fez, discretamente, a ressalva necessária. Admitir cláusula de irresponsabilidade sobre a saúde, a vida, a honra, enfim, sobre os bens que estão fora e acima de comércio, é relevada a palavra, que é forte, mas exata, monstruosidade jurídica, máxime em um tempo em que se procura resguardar de todas as formas a dignidade eminente da pessoa humana.

José de Aguiar Dias, juiz no Distrito Federal.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DIPLOMATA - CASAMENTO COM PESSOA NATURALIZADA

- A lei ordinária não infringe a Constituição quando impõe restrições aos funcionários da carreira de diplomata.

- Interpretação do art. 39 do decreto-lei nº 9.202, de 26 de abril de 1946.

Requerente: Alfredo Polzin

Mand. de seg. nº 264 - Rel.: MINISTRO SAMPAIO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos d.e mandado de segurança nº 264, do Distrito Federal, em que é requerente Alfredo Polzin e requerido o Sr. ministro de Estado das Relações Exteriores:

Acordam os ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, depois de desprezada, por maioria, a preliminar de não caber a medida impetrada quando não exauridos os meios administrativos, e, por unanimidade, a da falta de qualidade do impetrante, ainda por maioria, o Tribunal denegou o mandado, contra os votos dos Srs. ministros relator, CUNHA VASCONCELOS e ARTUR MARINHO, tudo na conformidade das notas taquigráficas de fls. e fls., que ficam integradas neste.

Tribunal Federal de Recursos, 14 de março de 1949. - *Afrânio António da Costa*, presidente; *Sampaio Costa*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Alfredo Polzin, diplomata, exercendo as funções de cônsul geral do Brasil em Buenos Aires, impetra mandado de segurança contra ato do Sr. ministro de Estado das Relações Exteriores, que denegou pedido de licença feito para contrair núpcias com D. Jesuína Augusta de Seixas, solteira, maior, proprietária, residente nesta Capital, para onde veio há longos anos.

Argúi que a mesma senhora obteve, em 27 de janeiro de 1939, título de cidadania, sendo declarada, cidadã brasileira e podendo gozar dos direitos outorgados pela Constituição federal e leis do Brasil. O Sr. ministro, apontado como coator, indeferiu o pedido de autorização do suplicante por se tratar de casamento com brasileira naturalizada, e invocou, para assim decidir, o art. 3º do dec.-lei nº 9.202, de 26 de abril de 1946, que diz:

"Os funcionários da carreira diplomática só poderão casar com brasileira nata e mediante autorização do ministro de Estado".

Fixando êsse dispositivo legal, o impetrante tacha-o de inconstitucional, porque êle fere a fundo, no seu entender, a nossa Constituição federal vigente, uma vez que procura separar os direitos de igualdade assegurados a nacionais e

estrangeiros pela citada Lei Magna. Pondera mais que a distinção se faz entre brasileiros natos e naturalizados tão-sòmente nas hipóteses que a própria Constituição estabelece, ou sejam, as constantes dos arts. 38, parág. único, nº I, 81, 99, 103, 126, 143, 155, parág. único, e 160.

Invoca a respeito a opinião de CARLOS MAXIMILIANO, que diz:

"A naturalização consiste em conferir a um estrangeiro as prerrogativas de brasileiro nato" e que "o Código Supremo apenas limita a capacidade passiva do sufrágio, não a ativa, nem tampouco os direitos civis, que são assegurados, com absoluta igualdade, a nacionais e estrangeiros".

Assim expondo, entende o impetrante que não pode subsistir o disposto no citado art. 3º do dec.-lei nº 9.202, já invocado, por ser atentatório da mesma Constituição, em face de seus princípios, como já reconheceu e decidiu êste colendo Tribunal Federal de Recursos no mandado de segurança nº 109, de que foi relator o ministro ARTUR MARINHO. Êsse mandado anterior teve como impetrante o Dr. Teodomiro Tostes, conforme ainda se menciona, e, naquela hipótese como nesta, o Sr. ministro de Estado negou licença para ser contraído o matrimônio. Ainda, na inicial, há uma referência ao parecer do próprio consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, o ilustre jurista LEVI CARNEIRO, acentuando-se que em outro brilhante parecer que êle emitiu no pedido de autorização feito pelo aludido Dr. Teodomiro Tostes, parecer junto aos autos do focalizado mandado de segurança nº 109, impetrado a êsse colendo Tribunal, reconheceu ser inconstitucional o dispositivo em tela. Nessa ocasião, acrescenta, aquêle eminente jurista deixou de opinar para que fôsse deferido o pedido de autorização formulado pelo Dr. Tostes, no sentido da realização do matrimônio com uma brasileira naturalizada unicamente por considerar que não cabe ao Poder Executivo declarar a inconstitucionalidade de lei, e termina, nesse parecer, por sugerir que seria conveniente o govêrno recomendar ai Congresso Nacional a modificação da legislação examinada.

O impetrante, com êsse fundamento, conclui o seu pedido com a assertiva de que o apontado art. 3º do dec.-lei número 9.202, de 1946, trazido a debate, é hoje de nenhum valor, não podendo produzir efeito. A concessão do mandado, a seu ver, se impõe, para a defesa de seu direito líquido, certo, incontestável, de

contrair casamento com brasileira naturalizada, possuidora de título de cidadania brasileira, qual seja a senhora de nome Jesuína Augusta de Seixas.

Solicitadas informações ao Sr. ministro do Exterior, houve por bem S. Ex.^a prestá-las, em ofício às fls. 17, e, nesse ofício, está esclarecido o seguinte:

"A questão suscitada no mandado de segurança consiste em saber se, em face de disposições constitucionais, ainda continua em vigor o art. 3º do dec.-lei número 9.202, de 26 de abril de 1946, que só permite ao ministro de Estado das Relações Exteriores autorizar casamento de diplomata com brasileira nata.

"A Constituição de 18 de setembro de 1946 aboliu a distinção que existia nas anteriores entre brasileiros natos e naturalizados, ressalvados os casos especificados na mesma, entre os quais não se "pode incluir o de que trata o art. 3º do referido dec.-lei nº 9.202 em litígio.

"Não obstante, antes de decidir um caso análogo anterior, o Ministério das Relações Exteriores quis ouvir seu consultor jurídico, Dr. LEVI CARNEIRO. Êste, em seu parecer, demonstrou estar o art. 3º, a que me refiro, em conflito com o princípio constitucional quanto à igualdade entre brasileiros natos e naturalizados. Apesar disso, mostrou o Dr. LEVI CARNEIRO que não devia o ministro de Estado conceder a autorização para casamento com brasileira naturalizada, cabendo ao interessado levar o caso aos tribunais, onde poderia conseguir prontamente, até por ação declaratória ou mandado de segurança, o pronunciamento da inconstitucionalidade do artigo em questão, ou obter, por ação sumária especial, a revogação do ato ministerial.

"Nessa conformidade, têm sido indeferidos os pedidos dessa natureza, deixando-se aos requerentes livre o caminho para obter do Poder competente a declaração de insubsistência do dec.-lei nº 9.202, no ponto de que se trata".

Com essas informações, foi ouvido o Sr. Dr. subprocurador geral da República, que emitiu o seguinte parecer:

"I. A matéria versada no pedido, como relembra a douda inicial, já foi objeto da apreciação do colendo Tribunal, por ocasião do julgamento do mandado de

segurança n° 109, concedido contra os votos dos eminentes ministros SAMPAIO COSTA e DJALMA DA CUNHA MELO.

"De verbo ad verbum, mantemos os pontos de vista sustentados naqueles autos (parecer junto em cópia). Quod scripsi, scripsi.

"II. Assim, quanto à preliminar, aceita pelo ministro SAMPAIO COSTA, de descabimento da medida, *si et in quantum*, diante do figurado no art. 320, II, do Cód. de Proc. Civil, eis que não foi exercitado recurso do ato ministerial, para a Presidência da República, não sendo de considerar-se, por inadequada no caso, a parte final daquele texto; assim, no tocante à preliminar - rejeitada unânimemente - de falta de qualidade do impetrante para o exercício da demanda.

"III. Quanto a esta última, cumpre rememorar que o impetrante, frisando a ilegitimidade do art. 3° do dec.-lei n° 9.202, de 26 de abril de 1946, frente à Constituição, no pressuposto de impossibilidade da lei estabelecer outras distinções entre brasileiros natos e naturalizados, além das expressamente figuradas, exhibe, na mais evidente das realidades, um direito integrado não no seu patrimônio jurídico, mas no da pessoa com quem pretende casar. A esta, portanto, é que competia a impetração, eis que o despacho ministerial a ela é que, indiretamente, teria atingido.

"Ouvimos, no julgamento da preliminar, até considerações alusivas às velhas regras de cavalaria, para as quais, entretanto, aos realísticos princípios legais da atualidade não sobra tempo para conhecimento e atenção. Por isso, talvez, menos oportuno o aceno.

"Na sêca realidade de hoje, apresenta-se, no caso, apenas a invocação dum direito, por parte de quem não é o seu titular.

"IV. No que toca ao impetrante - cônsul geral do Brasil em Buenos Aires - cumpre assinalar que o malsinado artigo 3° do dec.-lei n° 9.202 consigna tão-sòmente, pondo à margem considerações sentimentais, que a espécie sugere uma das muitas e corriqueiras restrições que a lei impõe a magistrados e a funcionários públicos em geral, aliás com o beneplácito genérico contido no art. 184, segunda parte, da Constituição.

"Quanto a magistrados, anotam-se as vedações, em altura constitucional, consignadas no art. 96, itens I e III; quanto a funcionários pròpriamente ditos, as várias e conhecidas proibições fixadas no Estatuto respectivo e nas leis e regulamentos referentes ao exercício profissional, inclusive no referente à advocacia.

"De resto, a vedação do dec.-lei número 9.202 e tôdas as congêneres não dizem respeito à liberdade individual - donde o romantismo de que se reveste o aceno ao § 1º do art. 141 da Lei Magna - constituindo, única e exclusivamente, medidas de resguardo, acauteladoras das exigências do serviço público, ao qual ninguém está ligado ou obrigado definitivamente, mas, a cuja obediência, o funcionário, implicitamente, se compromete, desde que, por uma livre manifestação da vontade, aceita uma função pública, e enquanto nela permanece, em virtude de manifestação idêntica.

"V. Por outro lado, longe do absurdo, o dec.-lei nº 9.202 - como, anteriormente, o dec. nº 23.805, de 26 de janeiro de 1934, o dec. nº 24.113, de 12 de abril de 1934, e o dec.-lei nº 791, de 4 de outubro de 1938, - consagra uma regra natural e patriótica, semelhante à estabelecida em vários países, qual a de evitar a desnacionalização do diplomata, forçado a permanecer anos a fio afastado de sua pátria e que deve ter o lar como um prolongamento da pátria, pela sua própria função", bem como a de prevenir "situações domésticas delicadas, e de conseqüências, eventualmente, quando ocorrer choque entre o patriotismo da espôsa e a missão do diplomata". "Valha-nos, no caso, a consideração de que foi em Portugal que nasceu a pessoa a que se refere, o mandado requerido pelo ilustre cônsul geral do Brasil em Buenos Aires.

"VI. Estamos aguardando, a publicação do venerando acórdão no mandado de segurança nº 109, para oferecer-lhe justos embargos.

"Confiamos, todavia, que, já na oportunidade do presente pedido, o egrégio Tribunal, conferindo o ponto de vista anterior à luz da realidade, venha a reformá-lo.

"Poderíamos, talvez, diante de certos aspectos verificados nos autos, nesta e naquela hipótese, ter agido com menor veemência e, até mesmo, entregue um e outro caso à própria sorte.

"Advogado da administração, teríamos, provavelmente, feito o bastante. Representante do Ministério Público, defensor da lei e, portanto, dos altos interesses do País, teríamos, todavia, faltado ao dever.

"Pro rege saepe pro Patria semper (fls. 20 a 23)".

Como vê o egrégio Tribunal, o impetrante traz ao nosso conhecimento uma matéria que envolve, sem dúvida, argüição de inconstitucionalidade de lei. O cogitado art. 3º do dec.-lei nº 9.202, é tido pelo impetrante como insubsistente na atualidade, em face dos preceitos constitucionais que devem ser observados numa hipótese como esta.

O Dr. subprocurador geral da República suscita, como acabei de mostrar, uma preliminar quanto ao fato de não ter o impetrante procurado antes obter a reforma da decisão pela via administrativa, bem como a de falta de qualidade do impetrante para o exercício da demanda.

São os esclarecimentos, Sr. presidente, que desejava trazer ao Tribunal, para dar como feito o relatório.

A sua publicação se faz necessária, nos termos do Regimento Interno, artigo 97.

1ª QUESTÃO DE ORDEM

(Prática do art. 97)

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente, trata-se de um caso típico de argüição de inconstitucionalidade. Entendo que deve haver, numa hipótese como esta, a prática do art. 97 do Regimento Interno, notando, porém, que há uma preliminar argüida que, no meu sentir, deverá ser julgada conjuntamente com o mérito. Entretanto, o Tribunal deliberará a respeito.

2ª QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Pela ordem, Sr. presidente.

Há uma questão preliminar. Segundo entendimento por mim pronunciado numa das últimas sessões dêste Tribunal, que assim também se manifestou, a questão preliminar deve ser decidida antes da deliberação sôbre a publicação do relatório. Mas, ainda em matéria relevante, como preliminar, o Tribunal também tem entendido, em casos semelhantes, dispensar a publicação do relatório pela desnecessidade de maior exame da tese de direito a ser discutida,

Perguntaria a V. Ex.^a, Sr. presidente, se o Tribunal está completo para decidir sôbre matéria constitucional.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (presidente): Para isso não tem *quorum*, porque o ministro ARTUR MARINHO vai funcionar no processo de que V. Ex.^a pediu vista e que tem como relator o ministro MOURÃO RÚSSEL, que está na Casa. O ministro HENRIQUE D'ÁVILA não participará, porque tomará parte o ministro ORLANDO CARLOS DA SILVA. A não ser num caso ou outro eventual do julgamento já começado e que o ministro ARTUR MARINHO tenha visto, o Tribunal não tem *quorum* para decidir matéria constitucional.

Devo, em relação à preliminar manifestada por V. Ex.^a, dizer, como é de conhecimento de todos os eminentes colegas, que o Tribunal tem sempre decidido que para publicação do relatório não há necessidade de número. Quanto às preliminares, apenas uma vez êle resolveu assim.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O Tribunal decidiu que o julgamento das preliminares devia preceder à sua deliberação sôbre a imprescindibilidade da publicação do relatório, ou seja, da existência de matéria constitucional.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (presidente): Em primeiro lugar, vou consultar se o Tribunal quer decidir a questão das preliminares antes da publicação ou se entende que para isso é indispensável, também, o *quorum* constitucional.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Sr. presidente: o meu voto já é por demais conhecido. Entendo que o julgamento não pode ser cindido entre preliminar e mérito. Assim me tenho manifestado, visando disposição justamente do Regimento, que assegura aos interessados direito de defesa, fixando o prazo de 15 minutos para o advogado falar a respeito da matéria que seja objeto de deliberação do Tribunal. E esse prazo - é evidente - só é concedido por uma única vez. O Regimento não prevê essa hipótese de dois julgamentos sobre um mesmo processo. Tenho votado nesse sentido.

Sou pela publicação do relatório, antes de qualquer outro pronunciamento.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, a respeito do assunto já assim me manifestei por ocasião do julgamento do mandado de segurança nº 109:

"A Constituição federal exige, no artigo 200, de modo implícito, a comparência da totalidade dos membros do Tribunal para o pronunciamento da inconstitucionalidade de uma lei ou de ato do Poder Público. Na verdade, a exigência constitucional refere-se tão-só à declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Público. Mas, como muito bem salientou o Sr. ministro MACEDO LUDOLF por ocasião da explanação do relatório, o Tribunal tem de conhecer se a matéria é ou não constitucional para determinar então, caso assim aconteça, a publicação, para as posteriores formalidades. É um começo de julgamento. Não se dirá que este começo de julgamento, sem a totalidade dos membros do Tribunal, ferirá a Constituição, porque nele não se está declarando a inconstitucionalidade da lei. Mas este resguardo, por isso mesmo que se trata de conhecer se é ou não matéria constitucional, é de alta relevância. Os tribunais têm assim entendido nomeadamente o Supremo

Tribunal e o Tribunal Eleitoral, de que faço parte e essa é a praxe. Nunca me chegou ao conhecimento que tivesse havido uma decisão formal nesse sentido, mas a praxe tem sido sempre essa: só se começar a ler o relatório, para posterior publicação, com o Tribunal completo, reunidos todos os seus membros".

Voltando-se agora a discutir a mesma matéria, reafirmo o rico ponto de vista, votando com êle.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente. Quando o ministro relator terminou a leitura do relatório, pedi licença para alertar a atenção de V. Ex.^a para o fato de estar sendo julgada matéria, constitucional, sem que o Tribunal estivesse com o seu *quorum* regimental.

Posteriormente, o próprio relator reconheceu que, de fato, o assunto envolvia matéria constitucional. Quer dizer, levantou a arguição de inconstitucionalidade.

Ora, como bem salientou o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, a arguição de inconstitucionalidade é levantada, na prática dos tribunais, quando êsses têm o *quorum* regimental, porque, como salientei há pouco, ler um relatório perante tribunal que não está com a totalidade dos membros para depois mandar publicar êsse relatório, é tomar tempo precioso do Tribunal inútilmente. Da mesma maneira por que êsse juiz que vai tomar parte no julgamento e, no momento, não tem assento no Tribunal, se vai instruir pela leitura do relatório no "Diário da Justiça", todos nós podemos, também, instruir-nos, havendo assim economia de tempo para nossos julgamentos.

Ora, Sr. presidente, o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, no seu voto, salientou, com razão, a necessidade de estar o *quorum* integral para deliberar se há ou não matéria constitucional a ser julgada. Êste o ponto.

Quem vai dizer se há ou não matéria constitucional? O Tribunal. Por isso, é necessário que tenha seu *quorum* legal. Se êle não tem o *quorum* regimental, como vai dizer que é matéria, constitucional?

Assim, Sr. presidente, sou pelo sobrestamento do julgamento até que o Tribunal esteja em condições de decidir se é ou não matéria constitucional, devendo ou não ser publicado o relatório.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (presidente): Parece que a Constituição não exige a integralidade do Tribunal. O que ela diz é que o Tribunal não pode julgar inconstitucionalidade sem estar íntegro.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Se amanhã V. Ex.^a convocar um novo juiz, que tenha de tomar parte no julgamento, ter-se-á que fazer novo relatório?

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: O juiz pode dispensar a leitura do relatório.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Assim como êsse juiz pode instruir-se com a publicação do "Diário da Justiça", nós também podemos. Portanto, foi uma lamentável perda de tempo ocupar a atenção do Tribunal com a leitura dessas peças.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Há uma disposição do Regimento que determina não poder o juiz que não assiste à leitura do relatório tomar parte no julgamento.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Mas quando a sua presença é necessária, se êle conhece do assunto, pode dispensar a leitura do relatório. Isto também é do Regimento.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sou pelo sobrestamento do julgamento, Sr. presidente.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, matéria de ordem constitucional encera o julgamento de maior responsabilidade que os tribunais proferem, porque êsse julgamento versa sôbre aplicação do direito máximo. Não há, portanto, que lamentar perdas de tempo. Há, em consequência de julgamento dessa ordem, fixação de normas para o direito comum. A própria determinação regimental aplicável impõe apreciável perda de tempo. Compete ao Tribunal fazer o julgamento em duas etapas, em dois momentos: no primeiro, terão os juízes de pronunciar-se sôbre a imprescindibilidade de decidir sôbre matéria constitucional. Não está, então, o Tribunal proferindo outro julgamento, ou aplicando direito constitucional ou definindo aplicação de normas constitucionais; estará decidindo sôbre a natureza do julgamento que vai proferir. Não há, portanto, como invocar-se a determinação constitucional de que os tribunais só podem deliberar com a maioria absoluta de seus membros. Pela mesma razão, não há que aplicar normas regimentais.

Ora, se o Tribunal tem de dizer sôbre a imprescindibilidade de decidir matéria constitucional, não sei como poderá fazê-lo sem ouvir o relatório. Só após o relatório detalhado poderá o Tribunal pronunciar-se; portanto, a leitura do relatório é imprescindível. Importa em perda de tempo, é certo, mas em perda de tempo útil.

Tenho-me batido, neste Tribunal, no sentido que inicialmente referi: o Tribunal tem de decidir as preliminares, ou as prejudiciais, antes de pronunciar-se sôbre a imprescindibilidade de decidir matéria constitucional. Não quero repisar argumentos. Parece que a própria palavra está dizendo: só quando não se puder resolver a contenda por outra forma, é que se irá à matéria constitucional.

Destarte, se há oportunidade de decidir-se sem enfrentar a matéria constitucional, isso deve ter preferência. A publicação do relatório, a meu ver, importa na afirmação de que não poderemos julgar fora do direito constitucional, como os tribunais têm feito, em casos ocorrentes.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Como falarão os advogados?

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Os advogados falam duas vêzes.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Não é o que se tem observado aqui.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: E, já agora, perde relêvo a discussão em torno daquilo que tenho sustentado, porque o próprio Supremo Tribunal Federal vem de resolver, e incluir no seu Regimento, que, mesmo para decidir matéria constitucional, é dispensável a totalidade do *quorum*.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Isso é lá para eles.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Vê o Tribunal que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu isso. E sempre que posso apoiar-me em decisões da Excelsa Côrte o tenho feito. Os tribunais incluíram a exigência como providência, a meu ver, acertadíssima e altamente acauteladora, pela inconveniência das decisões em conflito, que poderiam ocorrer, se não julgasse com a totalidade dos juizes matéria de tanta gravidade e significação.

Mais de uma vez, em ocasiões diversas, o Tribunal decidiu de acôrdo com o meu ponto de vista: manifestou-se sôbre as preliminares antes da decisão final. É exatamente o que está em deliberação, neste momento. Tenho opinião conhecida, Sr. presidente: acho que se devem discutir as questões preliminares e decidi-las antes de entrar no exame direto da matéria constitucional.

Quanto ao relatório, tenho ponto de vista antigo. Entendo que não é necessária a presença de todos os juizes.

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Mas, *de legis constituenda*, assim é que deve ser.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Isso não nos compete.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: V. Ex.^a dá licença para um aparte? Há uma emenda do presidente, nesse sentido.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sei que existe a emenda e antecipo que votarei contra ela.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Pois eu antecipo que votarei a favor dela.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS:... por isso que já existe implícita, pela forma por que o Regimento está redigido, uma afirmação de que é imprescindível decidir sobre direito constitucional. Não posso compreender como se possa afirmar a imprescindibilidade do exame da matéria constitucional e se vá, depois, decidir por uma preliminar. Parece-me que há uma incoerência nisso e os tribunais, órgãos superiores na aplicação e interpretação do direito, não podem tomar deliberações que contenham, em seu bôjo, incoerências.

Por tudo isso, Sr. presidente, reafirmo o meu velho ponto de vista: entendo que o relatório pode ser feito com a presença do número mínimo para que o Tribunal funcione.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Se o Tribunal, no momento, estivesse com o seu *quorum* completo, não vacilaria em apoiar, também, a proposta formulada. Aliás, já me manifestei nesse sentido em outra oportunidade. Mas, quanto à indicação ora submetida ao Tribunal por V. Ex.^a, Sr. presidente, onde se indaga se a matéria deve ser julgada de um jato, logo após a publicação do relatório, eu se a preliminar deve ser apreciada antes, não tenho a menor dúvida em aderir ao ponto de vista do ilustre ministro MACEDO LUDOLF, aceitando o princípio de imprescindibilidade do julgamento. Acho que êste deve ser feito de uma assentada.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O julgamento não será cindido, Sr. ministro. Temos aplicado mal essa expressão. Não vejo em que possa haver desordem judiciária na cisão de julgamentos. Não sou eu quem está afirmando que isso está errado, pois, nesses casos, invoco sempre a regra seguida pelo Supremo Tribunal Federal, que é a autoridade máxima. Aquela egrégia Côrte acaba de consagrar regra que importa em cindir o julgamento quando há matéria constitucional, pára contornar o inconveniente da exigência da totalidade dos seus membros. Admite que se julgue com a presença mínima do

quorum e que se relegue êsse julgamento para sessão posterior. No presente caso, não há cisão de julgamento, porque se delibera sôbre duas teses diferentes, sendo que a preliminar não tem ligação com a primeira.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Invoca V. Ex.^a precedente adotado pelo mais alto Tribunal do País. Ainda assim eu me reservo o direito de não aceitá-lo, porque acho que o julgamento deve ser feito de uma assentada, como declarei antes, isto é, a preliminar deve ser apreciada conjuntamente com o mérito. A circunstância exposta pelo eminente Sr. ministro ROCHA LAGOA, de que a feitura oral do relatório, para depois ser publicado, traz delongas e procrastinações injustificáveis à boa ordem dos trabalhos no Tribunal, é de manifesta, relevância. Creio mesmo que o Tribunal deve modificar sua lei interna no sentido de atribuir ao relator a faculdade de, reconhecendo existir matéria constitucional, mandar, ou não, desde logo, publicar o relatório, abreviando-se, destarte, o julgamento do feito.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: O Supremo Tribunal já decidiu que o julgamento das argüições de inconstitucionalidade não demanda a presença da totalidade dos juízes. Estou por isso. Quanto ao mais, entendo se deve julgar, antes de publicar o relatório, a questão preliminar.

QUESTÕES DE ORDEM

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Entendo que na hipótese pode ser apreciada a preliminar independentemente de publicação do relatório.

QUESTÕES DE ORDEM

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Pela ordem, Sr. presidente. Altero o meu voto para aderir à corrente dos que entendem não haver necessidade de *quorum* integral para apreciar a preliminar antes da publicação do relatório.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: mandou-se publicar o relatório, para os fins do art. 97 do Regimento Interno, contra os votos dos Srs. ministros CUNHA VASCONCELOS, CUNHA MELO e ELMANO CRUZ.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): Desprezo a preliminar, quanto ao fato de não ter o impetrante procurado esgotar as vias administrativas, porque, não obstante entender que o art. 320, nº II, está em vigor, no caso não teria o recurso cabível efeito suspensivo, impondo-se assim a impetração imediata do mandado.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, o Tribunal conhece meu ponto de vista, sustentado aqui reiteradamente, embora vencido sempre, mas, nem por isso, *data venia*, convencido. Os funcionários públicos só podem recorrer ao Judiciário quando esgotadas as vias administrativas, e o art. 320, nº II, do Cód. de Processo determina, que, quando a decisão tenha efeito suspensivo, não caberá o mandado de segurança. Assim, não conheço do mandado, na conformidade de meus votos anteriores.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Não me lembro, de memória, qual a orientação do voto de V. Ex.^a. Mas, peço permissão para prestar um esclarecimento que, sem a quebra do princípio que V. Ex.^a tem mantido, talvez possa alterar seu voto, no presente caso.

O recurso administrativo seria para o presidente da República. Mas o Tribunal admitiu e a autoridade administrativa já o admitira antes, que aos órgãos administrativos falece competência para deixar de aplicar lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Se o presidente da República tomasse conhecimento do recurso, seria para admitir essa mesma orientação, que foi transmitida ao Tribunal pelo Sr. ministro de Estado. Então, tenho por completa e perfeita a inutilidade do recurso administrativo. E mais, creio eu que, pondo à margem mais detalhes, já preponderou para o caso específico o ponto de vista que exponho. Este, Sr. ministro, o esclarecimento que me ocorreu prestar a V. Ex.^a como relator.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Agradeço a V. Ex.^a o esclarecimento. Em tôrno dêle já agora V. Ex.^a fixou os motivos determinantes da fundamentação geral, com exceção minha, razão por que sou obrigado a ler o voto que então proferi na matéria preliminar.

É certo que o eminente ministro das Relações Exteriores entendeu de escolher a lei sem procurar, desde logo, auscultar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Mas, para mim, nada impede ao Poder Executivo que êle rejeite ou acolha a argüição de inconstitucionalidade de uma lei, até pronunciamento em contrário do Poder Judiciário. Logo, o presidente da República podia, a despeito da opinião do eminente chefe da pasta das Relações Exteriores, divergir de S. Ex.^a e prover o recurso do recorrente.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Dê-me licença para um aparte? Êste é um ponto de vista interpretativo que encontra defesa ou acolhida numa determinada corrente de pensamentos jurídicos, mas o que o Tribunal disse e assim o tem feito reiteradamente, em harmonia com pontos de vista da administração, é que falha à autoridade administrativa poder para deixar de aplicar lei por inconstitucional. E a Constituição é informada a respeito pelos seguintes detalhes: o presidente da República, num regime normal, veta uma lei por inconstitucional, ou por contrária aos interesses nacionais. Se não vetou a

lei inquinada, não seria o presidente da República mesmo quem especiosamente iria, nos casos particulares, deixar de aplicá-la por ser inconstitucional.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Mas, no caso, cogita-se, apenas, de um ato ministerial.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: A meu ver, o presidente da República podia prover o recurso da parte.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Mas teria de esperar.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Eu respeito o ponto de vista de V. Ex.^a, mas o meu voto inda agora é como o de então. Aceito a preliminar do Dr. procurador da República.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, impetra-se o mandado de segurança para que um funcionário consular do Brasil possa convolar núpcias com uma senhora de nacionalidade portuguesa, naturalizada brasileira. Alega-se então que a lei que impossibilita o matrimônio aos funcionários diplomáticos com mulheres que não sejam brasileiras natas, é inconstitucional. Então foram argüidas duas preliminares pelo Dr. subprocurador, que entende, em primeiro lugar, que competia ao impetrante usar dos recursos administrativos. Rejeito esta preliminar. Sempre entendi, desde que tive assento ao Tribunal, que não há restrição alguma para a impetração do mandado de segurança frente ao preceito constitucional que regula a matéria. Tenho por derogados aquêles princípios específicos do Código de Processo e da antiga lei do mandado de segurança, de sorte que rejeito a preliminar.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Rejeito a preliminar.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Rejeito também a preliminar, não só porque o recurso administrativo para o presidente da República seria inócuo no caso - porque ao Executivo não cabe decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis - como, também. Porque esse recurso só poderia ser admitido no efeito devolutivo, tão-somente, o que não ensejaria a restrição contida no art. 320, inciso II, do Cód. de Processo Civil, para mim, como tenho feito sentir, em votos anteriores, em pleno vigor.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Rejeito a preliminar.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Rejeito a preliminar. Trata-se de prestação negativa, sendo, assim, indiferente o efeito do recurso.

1ª PRELIMINAR

CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Acompanho o Sr. ministro relator.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Trata-se de argüição de não ter o impetrante qualidade para requerer a medida, eis que, no entender do Sr. Dr. subprocurador geral da República, a finalidade do pedido está em possibilitar a determinada senhora estrangeira, naturalizada, a contrair casamento com brasileiro e que, sob êste aspecto, S. Ex.^a considera que deveria interessar mais a ela do que ao impetrante a concessão do mandado. O Tribunal já encarou devidamente o assunto em hipótese idêntica e a conclusão a que chegou foi no sentido de desprezar aquela argüição, por ser envolvente do mérito, dês que o impetrante pretendia ali o *writ*, como aqui também se pretende, para poder convolar núpcias com senhora que se naturalizou brasileira. Com êsse fim, visando a segurança de um direito inerente à cidadania, estou em que é legítima a qualidade do impetrante. Assim ficou anteriormente estabelecido com o meu voto, que mantenho, para desprezar a preliminar.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Rejeito a preliminar. Acho idôneo o remédio impetrado na situação.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: O preceito, Sr. presidente, que se diz inconstitucional é regra relativa e privativa dos funcionários do Ministério das Relações Exteriores. Por conseguinte, só a êstes é que cabia o direito de vir impetrar a segurança. Ninguém mais poderia pedir segurança contra êsse mandamento legal que só atinge os funcionários do Ministério referido. Considero a parte legítima.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Desprezo a preliminar.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Sr. presidente. Desprezo a preliminar. Tanto o impetrante como a pessoa com quem pretende casar-se, estavam em condições de impetrar o mandado de segurança. Tanto um como outro tinham e têm interêsse legítimo para postular em juízo, no tocante ao caso sujeito.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: Reconheço a legitimidade da parte para impetração. Tanto um como outro poderiam pedir a medida.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

' VOTO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: De acôrdo com o voto dos Srs. ministros HENRIQUE D'ÁVILA e DJALMA DA CUNHA MELO.

2ª PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE DE PARTE

VOTO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: O Tribunal decidiu que, por definição, não há possibilidade de casamento de uma só pessoa; a qualquer dos dois ou aos dois, em conjunto, candidatos às núpcias, assistia o direito de pedir mandado de segurança. E, assim, já considerou em caso idêntico - o mandado de segurança número 109 - pessoa legítima qualquer dêles para o exercício da demanda ou do mandado de segurança.

Continuo a pensar desta maneira, porque me pareceu, e continua a parecer, que o Tribunal teve inteira razão quando assim decidiu da outra vez.

VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF (relator): Segundo a Constituição federal vigente - art. 129, alínea IV - são brasileiros os naturalizados pela forma que a lei estabelecer.

O insigne CARLOS MAXIMILIANO, com sua opinião sempre autorizada, focalizando o texto constitucional, doutrina que a naturalização, entre nós, consiste, hoje, em conferir ao estrangeiro-que se naturaliza as prerrogativas de brasileiro nato, isto é, estabelece direitos de igualdade entre um e outro. As únicas restrições a respeito se definem quanto à faculdade dita passiva do sufrágio, ou seja, a eleição para o Congresso Nacional ou para a Presidência e Vice-Presidência da República; a nomeação para o Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e para cargos do Ministério Público Federal; a situação de proprietário, armador e comandante de navios nacionais que fazem o serviço de cabotagem; e, finalmente, a propriedade de emprêsas jornalísticas, de rádio-difusão, etc. Afora essas hipóteses expressamente configuradas, não há senão reconhecer que todo e qualquer estrangeiro que adquire a nossa nacionalidade fica equiparado a brasileiro nato no que se entende com as prerrogativas de cidadania a êste conferidas, máxime relativamente aos atos da vida civil. Não há que distinguir, salvante os casos já enumerados e constantes da citada Constituição, visando as restrições necessárias ou convenientes aos interesses de ordem pública sòmente.

Lei ordinária, portanto, que se destina a fazer distinção a respeito, não pode subsistir na atualidade, pois é dogma fundamental no nosso Pacto Supremo que os naturalizados são considerados brasileiros, como de logo deixei acentuado.

Portanto, muito bem focalizou o assunto debatido o ilustre titular da pasta das Relações Exteriores, quando assim se expressou em suas informações prestadas a êste Tribunal:

"A questão suscitada no mandado de segurança consiste em saber se, em face de disposições constitucionais, ainda continua em vigor o art. 3º do dec.-lei nº 9.202, de 26 de abril de 1946, que só permite ao ministro de Estado das Relações Exteriores autorizar casamento de diplomata com brasileira nata.

"A Constituição de 18 de setembro de 1946 aboliu a distinção que existia nas anteriores entre brasileiros natos e naturalizados, ressalvados os casos especificados na mesma, entre os quais não se pode incluir o de que trata o art. 3º do referido dec.-lei nº 9.202 em litígio.

"Não obstante, antes de decidir um caso análogo anterior, o Ministério das Relações Exteriores quis ouvir seu consultor jurídico, Dr. LEVI CARNEIRO. Êste, em seu parecer, demonstrou estar o art. 3º, a que me refiro, em conflito com o princípio constitucional quanto à igualdade entre brasileiros natos e naturalizados. Apesar disso, mostrou o Dr. LEVI CARNEIRO que não devia o ministro de Estado conceder a autorização para casamento com brasileira naturalizada, cabendo ao interessado levar o caso aos tribunais, onde poderia conseguir prontamente, até por ação declaratória ou mandado de segurança, o pronunciamento da inconstitucionalidade do artigo em questão, ou obter, por ação sumária especial, a revogação do ato ministerial.

"Nessa conformidade, têm sido indeferidos os pedidos dessa natureza, deixando-se aos requerentes livre o caminho para obter do Poder competente a declaração de insubsistência do dec.-lei nº 9.202, no ponto de que se trata" (fls. 17-18).

Como vê o egrégio Tribunal, é a própria autoridade pública informante que traz à apreciação desta instância superior o assunto ora debatido, tendendo francamente para o lado do impetrante. Daí a evidência de que o ato ministerial praticado, que negou o matrimônio do impetrante com uma senhora portuguesa, naturalizada brasileira, não pode prevalecer. O assunto já foi amplamente debatido entre nós, conforme mandado de segurança nº 109, de que foi relator o eminente ministro ARTUR MARINHO e no qual figurava, como impetrante, o Sr. Teodomiro Tostes, outro diplomata que também desejava casar-se com uma senhora estrangeira, naturalizada brasileira.

O Tribunal, em memoráveis debates, já assentou o ponto de vista de que, realmente, deve ser tirado de curso o dispositivo de lei ordinária a que se viu sujeito o ministro, para negar a prática do ato matrimonial em hipótese.

O meu voto foi também vencedor, no caso a que aludo. De sorte que, tendo em vista as considerações que acabo de fazer, resulta que a medida, a meu ver, é de se conceder.

Argumentou-se, naquela ocasião, que o aspecto de se equiparar o brasileiro naturalizado ao brasileiro nato não poderia interessar pròpriamente à pessoa do impetrante, porque diz mais de perto com a pessoa naturalizada, em relação à

qual se agita a possibilidade da realização do casamento. Mas o que ficou, então, estabelecido é que êsse aspecto tinha de ser examinado juntamente com outros fundamentos que levaram o Tribunal à convicção de que se impunha a declaração de insubsistência do decreto malsinado.

No mandado anterior, ainda lancei um argumento que, a meu ver, pode e deve ser trazido à baila. É que, em face da feição democrática e liberal do nosso regime constitucional, não se pode admitir qualquer restrição que entre em conflito com os direitos do cidadão, sobretudo num ponto que constitui o ato fundamental de sua vida civil, qual seja a realização do matrimônio com mulher de sua livre escolha.

Êsse aspecto, que inicialmente aflorei hoje, não pode deixar também de ter influência capital na solução do assunto. porque estamos fixando a situação da pessoa com quem quer matrimoniar-se o impetrante, para chegarmos à conclusão de que, realmente, a sua pretensão deve ter guarida, porque essa senhora com quem êle deseja casar-se, é, conforme está provado devidamente no processo, portuguesa, há muitos anos naturalizada brasileira, vivendo no Brasil.

De sorte que, Sr. presidente, havendo essas circunstâncias tôdas, devidamente ressaltadas, e tendo em vista mais o que ficou já decidido pelo Tribunal, o meu voto é para deferir a medida impetrada, como efetivamente a defiro.

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: V. Ex.^a considera a lei inconstitucional?

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Considero a lei como insubsistente ou inconstitucional. É condição que, praticamente, não pode ter maiores conseqüências. Aliás, foi matéria debatida aqui, na vez anterior, sôbre se a lei era inconstitucional ou não. Houve ilustres ministros que, atendendo à circunstância de se tratar de lei preexistente à Carta Política de 1948, achavam não se poder acoimá-la de inconstitucional. Mas, porque vingou o ponto de vista da maioria, de que tôda lei que infrinja os preceitos constitucionais, seja ela anterior ou não ao Pacto Supremo, é lei que se deve tachar de inconstitucional.

De forma que, encarando essa inconstitucionalidade, concretizada no ato ministerial atacado, é que votei da vez passada, e mantenho meu voto hoje, para conceder o mandado impetrado.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Sr. presidente, por ocasião do julgamento do mandado de segurança nº 109, do Distrito Federal, em que era impetrante o Dr. Tostes, - mandado, a que já aludiu o eminente Sr. ministro relator - fui voto vencido, negando, então, a medida impetrada, sob fundamento de que a lei que proibiu aos funcionários do Ministério das Relações Exteriores se casarem com pessoas que não fôsem brasileiras natas, era uma lei constitucional e em plena vigência, que não colidia com nenhum texto explícito da nossa Constituição, e que eu a considerava válida para todos os efeitos.

Argumentei, então, que, no caso, não se tratava de garantia de cidadania; que o princípio inscrito na Constituição, de respeito a brasileiros e estrangeiros, não tinha aplicação ao caso, por isso que o cogitado, no mandado, era saber se a lei ordinária podia requerer para o desempenho de certas funções públicas determinadas exigências, e cheguei à conclusão, Sr. presidente, citando vários dispositivos de lei, inclusive do Cód. Civil, de que a lei atacada de inconstitucional e inoperante face ao texto da nossa Constituição, era perfeitamente válida, porquanto, e além do mais, promulgada sob a vigência de Constituições anteriores, que sufragavam os mesmos princípios da atual, de referência à cidadania.

Peço permissão ao Tribunal para a fim de não me alongar em debates orais - reler aqui o voto proferido, então, naquele julgado, e que fica fazendo parte Integrante do meu voto no presente mandado de segurança.

É o seguinte o meu voto:

"Sr. presidente, no caso pôsto em julgamento não me parece que estejam em jôgo direitos de cidadania ou garantia concernentes aos cidadãos brasileiros. Não se nega ao requerente o direito de contrair matrimônio com a pessoa de sua legítima escolha. O que cumpre saber, o que se focaliza neste debate, é se a lei ordinária pode estabelecer, ao funcionário público, condições ou impedimentos

de determinada ordem. O ministro das Relações Exteriores negou o consentimento para o diplomata casar-se com a pessoa apontada, sob o fundamento de que essa pessoa não era brasileira nata e apoiava-se na lei, então *soi-disant* vigente, que nega ao diplomata o direito de contrair matrimônio com pessoa que não seja brasileira nata. Os impedimentos opostos aos funcionários para determinados atos, determinadas funções, são, em regra, previstos em lei. Diz-se que a lei atacada fere direito líquido e certo do impetrante de, como funcionário, casar-se com brasileira não de origem. É o dispositivo inconstitucional, em face da Constituição?

"O eminente Sr. ministro relator, e os demais ministros que o seguiram, concluem que sim, que, aliás, êsse convencimento parte do próprio govêrno. A mim, confesso, me repugna a lei que, de uma forma oblíqua, estabelece distinção entre brasileiros natos e naturalizados, quando não estribada, essa distinção, em texto explícito da Constituição. Mas a verdade - se não estou equivocado - convém que se diga. Os dispositivos impeditivos de funcionários exercitarem certos e determinados atos - matrimônio, com especialidade - não são novos, são antigos. Já na vigência da Constituição de 1891 existia lei a respeito, na carreira militar. Os aspirantes, ou os jovens oficiais, só se podiam casar depois de 25 anos e na graduação de 1º tenente, dependendo o casamento de concessão de licença do ministro, que, pelos regulamentos militares, promovia uma *enquête* sigilosa relativamente aos costumes, às origens e à família da futura desposada, a fim de acautelar a seleção da classe. Essas disposições ainda hoje persistem no Estatuto dos militares. Por outro lado, também no Código Civil são elas encontradas, como, por exemplo, na questão de impedimentos sôbre casamentos - já não vou ao ponto dos impedimentos relativos ao parentesco em linha reta e em linha colateral, mas aos que se referem a tutor ou curador, seus ascendentes e descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada; aos concernentes a juiz ou escrivão e seus ascendentes ou descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão, ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior. Todos êsses impedimentos, inclusive os de ordem de sangue, se fundam em motivos especiais, uns que dizem respeito à moral familiar, à organização da família, e outros que dizem respeito aos interêsses de ordem pública ou das próprias partes.

"Ora, a lei civil, como se vê, não permite casamento do juiz, do escrivão, do curador, com uma brasileira nata, desde que ela seja menor. Já aí não há distinção entre os próprios brasileiros natos que sejam, mas considerações de ordem superior, que dizem respeito à cautela dos bens dos menores, dos curatelados.

"No caso em espécie, de funcionário, *lacto sensu*, a lei estabelece uma série de impedimentos. Nessas condições, confesso aos meus colegas e não considero fraqueza nenhuma dizê-lo, que não me sinto sem dúvidas para decretar a inconstitucionalidade da lei atacada.

"O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Ex.^a me permite um aparte esclarecedor?

"De tôdas as maneiras, louvo as dúvidas de V. Ex.^a, que são dúvidas sérias e que estão sendo expostas com extremo brilhantismo. Mas tôdas essas restrições, criadas pela legislação comum de índole civil no casamento, estão encampadas por disposições expressas da Constituição, decorrendo dessa encampação necessária uma série de impedimentos.

"O art. 163 da Constituição manda que o Estado forneça proteção especial à família legítima:

"A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado".

"Protege-se o indivíduo com essas restrições porque a Constituição autoriza, ainda que implicitamente. De outra maneira, não. E protege-se em determinadas circunstâncias porque, pela definição mesma ortodoxa, velha, do casamento, a proteção é especial aos filhos mais do que as cônjuges. Questão de regularidade de casamento, e é o que quer a lei; aqui o tema é outro.

"O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Os impedimentos a que a lei se refere visam sempre a legitimidade do ato matrimonial.

"O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: V. Ex.^{as} me desculpem, mas Vossas Ex.^{as} surgiram com apartes justamente quando eu me enchia de dúvidas e ainda não tinha concluído meu pensamento.

"O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Perdão pela antecipação.

"O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Daí voltarem V. Ex.^{as} com os argumentos que eu iria colocar em confronto, para ver se essas dúvidas subsistiriam.

"Por ora, estou apenas a expor ao Tribunal as dúvidas que surgiram ao meu espírito de referência à lei apontada. E dúvidas tanto mais sérias desde que sabem V. Ex.^{as}, melhor do que eu, que a inconstitucionalidade das leis e dos atos é de ser decretada pelos tribunais quando evidente, fora de qualquer dúvida razoável. Essa tem sido a inteligência dêste próprio Tribunal e pacífica, de todos os tribunais do mundo. Numa das sessões passadas, tive oportunidade de a título de curiosidade, trazer uma estatística de respeito à atuação do Judiciário na América do Norte, sobre a decretação da inconstitucionalidade das leis. E tal o respeito à lei, presumível sempre como legítima, que, dentro de mais de um século, os tribunais americanos decretaram inconstitucionalidade de leis federais em reduzidíssimo número. Parece-me que, na época da estatística, em 1915, existiam 72 a 100 julgados, sendo que, de cinco em cinco anos, os tribunais decretavam a inconstitucionalidade de uma lei, tal a responsabilidade para o juiz, tal o grau de legitimidade em que é conceituada a lei, tal a relevância da matéria.

"O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Mas, no caso, trata-se de revogação e não de inconstitucionalidade.

"O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Pouco importa, eminente colega. V. Ex.^a, melhor do que ninguém, focalizou essa minúcia entre a inconstitucionalidade e a revogação de lei. Tem-se que examinar, em confronto com a Constituição, se ela subsiste ou não.

"O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Quando se aplica a lei revogada, o ato é abusivo e também dá lugar ao mandado de segurança.

"O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA: Não sei se voltarei mais ao caminho que havia traçado para o meu voto. Talvez me hajam fugido algumas idéias, com essa digressão posteriormente formada.

"Queria acentuar que a Constituição, quando assegurou a formação da família, expressou-se de um modo genérico, não especificou casos. Permito-me encaminhar o assunto dentro de saber se, em legislação ordinária, é dado prescrever aos funcionários determinadas restrições para o exercício de suas funções. A mim me parece que a legislação ordinária, determinando que o funcionário não se possa casar com pessoa que não seja brasileira, não está ferindo o texto constitucional que proíbe a distinção de classe, de nacionalidade, porque a função pública tem sua origem nas necessidades do Estado. O funcionário público tem, assim, que se ater a muitas restrições de ordem geral, que não são feitas aos demais cidadãos.

"A lei é dura, mas tem sua justificativa, justificativa essa que, ressaltando a sua inconstitucionalidade, não deixou de apontar, de modo geral, o projecto Sr. ministro relator.

"A finalidade da lei é resguardar os altos interesses nacionais. Ela não proíbe ao cidadão esposar quem quer que seja. Proíbe ao funcionário, que exerce determinada profissão, pela peculiaridade da mesma, casar-se com pessoa outra que não seja brasileira nata. São os requisitos especiais, referentes à função e não à qualidade do cidadão, que impõem essa restrição. Nem porque, como disse e torno a repetir, o Código tenha proibido ao juiz ou ao escrivão casar-se com menor órfã, fêz restrição ao cidadão que queira casar-se, porque êle poderá deixar a função e realizar a sua vontade.

"O funcionário, dentro dos limites da lei, é um instrumento do Estado, é um instrumento da lei. Não tem a volição completa sôbre todos os atos, muitos dos quais lhe são proibidos. Há proibição do funcionário advogar. Há proibição de certos funcionários, altos funcionários e mesmo membros do Legislativo, fazerem contratos. São restrições impostas em função do bem público.

"Por conseguinte, acho que a lei não feriu dispositivo constitucional, de maneira clara e precisa, porquanto o constrangimento é entre a função e o casamento, não entre o indivíduo e o casamento; aí não há impedimento algum,

êle é livre de contrair matrimônio, desde que dentro dos limites e das concessões que a lei permite. O que a lei lhe nega é que, como funcionário, contraia matrimônio sem que seja com uma brasileira nata. Eu lamento. Tenho espírito liberal. Talvez esteja em êrro, mas, se estou, é fruto de uma convicção tanto maior quanto a que me defronto, com a velha regra de declaração da constitucionalidade das leis. Nego o mandado, Sr. presidente".

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ROCHA LAGOA: Sr. presidente, foi promulgada uma lei regulando o casamento dos diplomatas brasileiros. Essa lei não admite que nenhum diplomata brasileiro se case com mulher que não seja brasileira nata.

Alega-se a inconstitucionalidade dêste dispositivo legal, por isso que os estrangeiros que se naturalizam brasileiros têm seus direitos assegurados, no mesmo pé de igualdade que os brasileiros natos, exceto para aquelas exceções especificadas na Constituição.

Não vejo essa incriminada inconstitucionalidade, Sr. presidente. Entendo que ninguém é obrigado a ser funcionário público. Se o funcionário aceita a investidura, sujeita-se à disciplina do Poder Público, sôbre o desempenho das funções inerentes à mesma investidura.

Há, evidentemente, altas razões do Estado que aconselham a não realização do matrimônio de diplomatas brasileiros com mulher estrangeira.

E, se quiséssemos, poderíamos procurar na História inúmeros exemplos nesse sentido. Mesmo na grande guerra de 1914, é sabido o exemplo do conde Von Bulow, ministro das Relações Exteriores da Alemanha, casado com uma senhora francesa. o que determinou situações bem desagradáveis.

De modo que, Sr. presidente, não encontro a argüida inconstitucionalidade, por isso que considero essa matéria puramente disciplinar, matéria regulamentar dos funcionários públicos.

Como bem invocou o Sr. ministro SAMPAIO COSTA, é tradição no direito brasileiro e, abada mais, é do direito reinol. Desde os tempos da Colônia havia essa restrição para celebração de matrimônio. É sabido que Tomás Antônio Gonzaga não pôde convolar núpcias com Marília de Dirceu, porque aguardava licença do rei, visto ser ouvidor de Vila Rica. E até hoje os juízes não podem realizar matrimônio com órfãs menores que tenham bens e estejam sob sua jurisdição. Também na legislação militar há vários preceitos neste sentido. Assim, o que ocorre é simples necessidade de o Estado impor determinadas restrições aos seus funcionários. Todavia, não são êles forçados a aceitar essas restrições; só enquanto forem funcionários. Mas não são obrigados a permanecer na função. Desta maneira, não vejo como dizer que é inconstitucional essa lei, porque vem ferir os direitos dos estrangeiros naturalizados brasileiros.

Ora, êsses estrangeiros naturalizados brasileiros nada têm de ver com a regulamentação dos funcionários brasileiros. A coação não é contra êles. Poderão casar livremente, com quem quiserem; menos com funcionário que a lei impeça. Logo, sendo norma de direito administrativo brasileiro, não há nada quê afete a liberdade ou o direito de cidadania, não só dêsses estrangeiros como dos próprios funcionários, porque não há confundir o direito de disciplinar as funções estatais - as funções pròpriamente do funcionário público - com o direito do cidadão, da pessoa, do individuo. A qualquer, momento, o funcionário pode deixar de sê-lo. E, aí, então, se reintegrará na plenitude dos direitos de cidadão. Assim, denego o mandado.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Sr. presidente, proferindo meu voto sôbre o mérito, de passagem e a propósito dos autos que tenho em mãos, quero pedir a atenção do Tribunal e de Vossa Ex.^a para alguma coisa que está desajustada nesta Casa e a exigir providências inadiáveis.

A fim de recordar meu pronunciamento no caso anterior, pedi os autos do mandado de segurança nº 109 e verifico que não estão nêle os votos proferidos. A decisão foi proferida em 26 de julho. Se não estão aqui os votos, evidentemente, o acórdão não foi lavrado ainda; e, se não foi lavrado o acórdão, o mandado não teve execução. Ora, já se vão oito meses, isto importa,

positivamente. numa desnaturação absoluta, completa, do mandado de segurança.

E não é só êste caso. Há dias lavrei acórdãos em dois mandados de segurança, concedidos pelo Tribunal, em julho do ano passado. Isto é denegação de justiça. O mandado de segurança é medida de urgência, remédio heróico, de execução imediata, para corrigir situação de fato desde que haja ocorrido uma ilegalidade.

Tal demora decorre, em parte, da resolução do Tribunal, tomada contra meu ponto de vista, de só se executar o mandado de segurança depois de lavrado o acórdão.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: V. Ex.^a me permite um aparte?

É uma ressalva que me permito fazer, como relator do mandado de segurança nº 109.

Não lavrei o acórdão do referido mandado de segurança porque os autos não me foram presentes. As notas taquigráficas do meu voto de relator, quer para a preliminar, quer para o mérito, foram revistas e entregues, tanto que também as pedi para recordar a decisão tomada pelo Tribunal e recebi, perfeitamente em ordem, a cópia do meu voto existente na Casa - sinal de que as notas foram revistas em tempo oportuno. Isso não quer dizer que também não possa, eu próprio, retardar notas taquigráficas. Êsse é, entretanto, outro assunto.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Tinha, já, em meu poder, as notas taquigráficas do voto de V. Ex.^a. Referi que alguma coisa está desajustada nesta Casa, determinando êsse retardamento incompreensível, inexplicável; um mandado de segurança, concedido há oito meses, não foi, ainda, executado.

O SR. MINISTRO MACEDO LUDOLF: Êsse atraso não ocorre somente com mandados de segurança; ocorre, também, com agravos e apelações.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: No caso do mandado de segurança nº 195, da Aeronáutica, lavrei o acórdão imediatamente, para abreviar. Entretanto,

até hoje, êste não foi cumprido, porque o Tribunal resolveu que, sem os votos, o acórdão não pode ser lavrado.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: Estou fazendo esta observação para lançar o assunto sob a atenção de meus ilustrados colegas, e, também, sob a atenção da digna Presidência, a fim de que cesse êste estado de coisas, que representa pouco caso para com o direito alheio. O Tribunal reconhece o direito líquido e certo, concede o mandado, e, entretanto, se procrastina por seis, sete, oito meses na execução dessa medida. Isso não é justiça.

Releve-me o Tribunal, mas é um desabafo para livrar-me do mal-estar que venho sentindo em verificar o que se está passando. Faço um apêlo a V. Ex.^a, Sr. presidente, no sentido de que apure a causa dessa delonga e a corrija. O mandado de segurança é remédio heróico: deve ser tornado efetivo desde logo. Ao contrário, falha a sua finalidade e falharia, também, êste Tribunal.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sugeriria a V. Ex.^a, Sr. presidente, o acréscimo de um dispositivo no Regimento que permita a execução do mandado de segurança logo a seguir ao julgamento.

O SR. MINISTRO AFRÂNIO COSTA (presidente): O Tribunal já se manifestou a respeito, rejeitando qualquer modificação nesse sentido.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: O Tribunal pode voltar atrás.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: O Tribunal deliberou contra meu voto. Em todo caso, está feita a denúncia, para que meus colegas dela tomem conhecimento.

Com relação ao mandado de segurança, devo dizer ao Tribunal que foram produzidos nos debates até agora verificados argumentos altamente impressionantes notadamente pelo Sr: ministro SAMPAIO COSTA - no sentido de demonstrar a contra-indicação da concessão do mandado. Não há como negar que medida semelhante à impugnada consta de vários outros textos legais referentes a ocupantes de outras muitas funções públicas. O argumento, entretanto, não é de molde a dirimir a questão que se sustenta. Se as demais leis estiverem erradas, nem por isso se consagrará o êrro da lei focalizada. Não

obstante, os argumentos produzidos são, inequívocamente, impressionantes. Há interesses relevantes ditando, impondo tais restrições.

No caso do mandado de segurança nº 109, acompanhei o voto brilhante do Sr. ministro relator e nessa posição continuo, porque há um argumento maior e mais forte que todos os outros apresentados, e êste favorável' à concessão da ordem. Sustentam o argumento o espírito e a letra da Constituição. Foi êle produzido, aqui, pelo Sr. ministro relator e é o seguinte: se o brasileiro naturalizado pode ser funcionário e diplomata, por que o funcionário e diplomata, brasileiro nato, não pode casar com brasileira naturalizada? Êste argumento é definitivo. Não poderá haver lei negando ao brasileiro naturalizado - ao brasileiro, portanto - o direito à inscrição num concurso para cargo de diplomacia. Se êle se inscrever, fizer as provas e satisfizer as condições de ingresso, ingressará mesmo na carreira. Nada o impedirá, porque as únicas restrições que se admitem ao exercício da função pública são as que estão na Constituição. Portanto, se o brasileiro naturalizado pode ser diplomata, realmente não compreendo que esteja no espírito da Constituição a restrição que se pretende.

Por êsse argumento, Sr. presidente, que, para mim, é mais impressionante que todos os outros, respeitabilíssimos, que se produziram contra a concessão da medida, mantenho o voto anteriormente proferido no mandado de segurança nº 109, e concedo a ordem.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELO: A medida, sem dúvida alguma, acauteladora de interesses superiores da nacionalidade, constante do dec.-lei número 9.202, de 26 de abril de 1946, art. 3º, não corporifica uma inovação no campo do nosso direito positivo. Vem de longe. Vejam-se, em abono da assertiva, o decreto nº 23.805, de 26 de janeiro de 1934, o dec. nº 24.113, de 12 de abril de 1934, e o dec.-lei nº 791, de 14 de outubro de 1938.

E nada tem de inconstitucional, conforme anteriormente aqui sustentei, sem receber contradita de vulto, em 26 de agosto do ano próximo passado, no julgamento do mandado de segurança nº 109, que versava hipótese gêmea da presente e que foi concedido por maioria de votos. As Constituições

republicanas, a de 1891, no art. 73, a de 1934, no art. 168, e a atual, no art. 194, e a Superlei do período ditatorial, a chamada Carta de 10 de novembro de 1937, no art. 122, inciso III, deixaram à legislação ordinária o estabelecimento de requisitos para os cargos públicos, atendidas as peculiaridades de cada serviço. Estabelecer-se que um diplomata só poderá contrair núpcias com brasileira nata não é algo estarrecedor. É, antes, pôr em prática um princípio de autodefesa inerente, no conceito de BLACK, a tóda sociedade organizada, a todo govêrno autônomo. Mais de refletir-se assim nos dias presentes. Li, faz pouco. "The Anatomy of Peace"; o livro de EMERY REVÉS, que ALBERT EINSTEIN recomendou à leitura e meditação dos líderes políticos e dos cientistas de todo o orbe e que a Suprema Côrte dos Estados Unidos, em carta divulgada por tóda a imprensa do pa~s, pediu ao povo norte-americano que lesse, por entendê-lo uma contribuição de substância para um entendimento entre as nações. REVÉS dá conta das grandes mudanças que se processaram no mundo. Frisa que a era dos descobrimentos geográficos está encerrada, que todos os cantos do mundo estão desvendados, não existindo um só à espera de navegadores aventureiros. O teatro da história humana está limitado por dimensões geográficas determinadas, constantes e conhecidas: A expansão, o crescimento, a conquista e a colonização, lembra êle, não são mais possíveis em terras virgens, mas sòmente à custa de outros. Até há pouco a Terra era grande demais para ser conquistada por uma única potência, por um único Estado. Os meios técnicos não guardavam paridade com o ciclópico *desideratum*. O planeta era aparentemente elástico. Parecia crescer constantemente. Alexandre, César, Gengis-Khan, espanhóis, ingleses, Napoleão, todos fracassaram. Conquistaram trechos imensos. Nunca o mundo inteiro. Sòmente hoje, pela primeira vez na História, continua REVÉS, a conquista do orbe por fôrças de terra, mar e ar de uma única nação se tornou, geográfica, técnica e militarmente, possível. O mundo é hoje uma quantidade conhecida. Que concluir dessa advertência, contida em livro recomendado por modo tão singular e profícuo, sendo que a sobrevivência de cada país, nos dias presentes, mais ainda do que outrora, demanda *élan* vital, instinto de duração (HAURIOU), senso de defesa em constante evolução e em perpétua procura e eficiência, de robustecimento, de equilíbrio? O ato impugnado corporifica uma das incontáveis manifestações do nosso instinto de duração. Reflita-se no conteúdo da função diplomática. O diplomata não é, como certos diplomatas entendem, um mero partícipe de banquetes e de festas, versátil, ocioso, inócuo. É um agente de confiança absoluta do seu país, com atribuições que concernem a interêsses econômicos,

militares, técnicos, políticos, relevantíssimos, e que dêle estão a exigir máxima fidelidade, máxima discrição, máximo sigilo. Como negar ao Estado o direito de se precatar, na especificação de requisitos para um cargo dessa natureza? Argumentou, faz pouco, o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS que, se brasileiro naturalizado pode ser diplomata, com maioria de razão brasileiro nato, diplomata, pode casar com brasileira naturalizada. Engana-se S. Ex.^a. Só brasileiro nato se pode inscrever em concurso para função diplomática. Nem se fale que o § 1º do art. 141 da Constituição é Inconciliável com a restrição em aprêço, a restrição do dec.-lei nº 9.202, art. 3º. Em artigo sob o título "Igualdade de todos perante a lei", publicado em dezembro de 1947, no vol. X da "Rev. de Direito Administrativo" e na "REVISTA FORENSE", vol. 116, pág. 393, o Sr. FRANCISCO CAMPOS, comentando precisamente o § 1º do art. 141 da Constituição, definindo o *todos são iguais perante a lei*, dêsse preceito constante, escreveu:

"Em resumo, pois, o § 1º do art. 141 da Constituição de 1946 significa simplesmente que o legislador deverá tratar como igual aquilo que (pessoa, fato, contrato, coisa ou estado de coisas, relação jurídica de qualquer espécie) seria arbitrário tratar como desigual. Desde que, ao regular um ato, um fato, uma atividade, ou ao criar um direito ou uma obrigação, a lei prescreve um determinado regime jurídico para um, sem que o estenda a todos os demais da mesma classe, está violando o princípio constitucional da igualdade perante a lei, e é, assim, uma lei inválida ou ineficaz".

À base do que sustenta êsse publicista, o art. 3º do dec.-lei nº 9.202 não amarfanhou o princípio de isonomia; o que fêz foi prescrever uma norma geral para os funcionários diplomáticos, uma regra para número indeterminado de casos, a ser aplicada em tôdas as oportunidades em que se realizar o estado de fato, por ela definido de maneira absoluta, não individualizada. *Est commune praeceptum*, destinado a reger as relações de tôda uma categoria de servidores públicos. Leis assim temos inúmeras neste país: nem poderia deixar de ser assim e estão virgens de impugnações, de arguições da situação-tipo dos autos. No seu livro "Fundamentos do Seguro de Estado" (ed. 1940, página 72), o Dr. OTACÍLIO ALECRIM transcreve e comenta, com a sagacidade e erudição que sempre encontro nos seus trabalhos, êste trecho do "Les Méthodes Juridiques", de FERNAND LARNAUDE:

"Acreditou-se, em certa época, e muitos pensam ainda, que as questões que a vida social faz nascer pudessem ser resolvidas pela aplicação do que, em direito comum, se chama: a lei igual e mesma para todos. Ora! nós assistimos à falência ruidosa desta idéia!

"As leis especiais se multiplicam; vamos encontrá-las no impôsto, na legislação dos acidentes, na das caixas operárias, na matéria das associações e mesmo das sociedades, onde as diferenciações se multiplicam.

"Não quer isto dizer, senão que para tôda situação um pouco particular é preciso um tratamento particular; que é isto uma condição essencial da perfeita adaptação do direito aos fatos múltiplos e variados, que é isto, sobretudo, uma condição essencial da Justiça Social?"

Entrosa-se, e bem, na excelência e pujança dessa "síntese filosófica", a restrição contra a qual se impetra êste mandado de segurança, que denego, pela manifesta iliquidez, pela evidente inconsistência jurídica da pretensão.

PEDIDO DE VISTA

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Não tenho dúvida em confessar, com tôda sinceridade, que, logo após o julgamento do mandado de segurança número 109, de que foi relator o eminente Sr. ministro ARTUR MARINHO e que foi concedido com o meu voto, entrei em sérias dúvidas quanto ao acêrto de meu pronunciamento. E, como ainda alimento essas dúvidas, para melhor exame e decisão do caso, peço vista dos autos, dado que os argumentos expendidos pelos Exmos. Srs. ministros SAMPAIO COSTA e ROCHA LAGOA e os votos emitidos anteriormente, não só pelo Sr. ministro SAMPAIO COSTA como pelo Sr. ministro DJALMA DA CUNHA MELO, são, na verdade, impressionantes, como muito bem frisou o Sr. ministro CUNHA VASCONCELOS.

Careço, por isso, de exame mais detido dos autos.

DECISÃO

Contra o voto do Sr. ministro SAMPAIO COSTA, foi rejeitada a preliminar de não ser utilizável o mandado, por se não haverem exaurido os meios administrativos; por unanimidade, foi rejeitada a segunda preliminar da falta de qualidade para impetrar a medida. Foi adiado o julgamento, por haver pedido vista o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, depois de haverem concedido o mandado os Srs. ministros relator e CUNHA VASCONCELOS e negando os Srs. ministros SAMPAIO COSTA, ROCHA, LAGOA e DJALMA DA CUNHA MELO. Usou da palavra o Exmo. Sr. Dr. ALCEU BARBEDO, subprocurador geral da República, pelo Ministério Público Federal.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: De exame metuculoso e refletido a que submeti a espécie controvertida nestes autos, convenci-me, Sr. presidente, do desacêrto em que incorri quando do julgamento de hipótese idêntica veiculada no mandado de segurança nº 109. Enfileirei-me naquela oportunidade entre os que, com seus votos, contribuíram para que se houvesse como incompatível com a Constituição vigente a norma consignada no artigo 3º do dec.-lei nº 9.202, de 26 de abril de 1946. Um estudo mais demorado e percuciente do caso, no entanto, trouxe-me a convicção de que a razão estava com os que sustentaram a tese contrária, isto é, que o aludido texto de lei ordinária não se atritava, de nenhuma maneira, com as franquias constitucionais asseguradas, sem distinção, aos brasileiros em geral. A proibição imposta ao impetrante de não poder casar-se senão com brasileira nata não interfere com os direitos que a lei maior confere a todos os brasileiros, abolidas as distinções de classe, sexo ou origem. Encontra ela decidido apoio na teoria estatutária vigente na legislação pátria, no concernente à ordenação dos serviços públicos; que assegura à administração o direito de estatuir e modificar, a todo o tempo, as normas que considerar condignas ao melhor desempenho da função pública; ressalvada ao servidor, apenas, a faculdade de contra elas insurgir-se, quando atentatórias de direitos anteriormente incorporados ao seu patrimônio. Tãosõmente, visa e atinge, *in casu*, em razão do próprio cargo, o funcionário da carreira diplomática, à semelhança de tantas outras disposições da legislação ordinária, até hoje não inquinadas de inconstitucionais, que cercearam direitos e criaram restrições de natureza política, civil e profissional à atividade normal dos servidores públicos. Haja vista, em matéria, também matrimonial, a restrição imposta aos jovens oficiais, lembrada pelo eminente ministro

SAMPAIO COSTA, em seu magnífico voto, que só podem contrair núpcias após a idade de 25 anos e na graduação de primeiro tenente, mediante licença especial do ministro, que, em obediência ao regulamento militar, deve promover *enquête* sigilosa relativamente aos costumes, às origens e à família da futura desposada, no sentido de acautelar a seleção da classe. E tantas outras limitações, desta mesma ou de natureza diversa, podem ser apontadas em nosso direito positivo, ainda vigentes e a cavaleiro, até o presente, de arremetidas semelhantes à que o impetrante empreende contra a ora focalizada. Os cargos públicos estão, sem dúvida alguma, ao alcance de todos os brasileiros, observados, porém, os requisitos que a lei estabelece. A lei menor poderá, portanto, sem ofensa à maior, criar outras condições para o exercício de determinadas funções, que não as concernentes, puramente, à idoneidade moral e capacidade física e intelectual.

A existência legal em causa tem por escopo prevenir situações incômodas e capazes de comprometer de maneira insanável os altos interesses nacionais confiados, no estrangeiro, ao tino, patriotismo e independência de seus diplomatas. Visando, portanto, o bom e fiel desempenho de tão complexas e delicadas funções, o Poder Público tem o direito e, até mesmo, o dever de afastar da senda do diplomata tãda e qualquer influência de índole desnacionalizadora. E o casamento com pessoa não brasileira nata, poderá, sem qualquer dúvida, acarretar sérias dificuldades ao desempenho de suas árduas e delicadas funções. Não vislumbrando, como não vislumbro, qualquer eiva de inconstitucionalidade na norma contida no art. 3º do decreto-lei nº 9.202, de 24 de abril de 1946, denego o *writ* impetrado.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Sr. presidente, também denego o mandado.

Não vejo em que interfira com o texto constitucional o impedimento criado pelo dec.-lei nº 9.202, quanto à exigência que faz de só casar diplomata brasileiro com brasileira nata. É certo que o art. 129 da Constituição genèricamente declara:

"São brasileiros:

.....
.....
IV - os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no país por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física".

Mas é certo também que a Carta Constitucional em outros artigos - 38, 90 e 155 - discrimina, entre as quatro categorias de brasileiros, aqueles aos quais é conferida a plenitude dos direitos políticos. Assim, para ser presidente da República, deputado ou senador e para exercer a profissão de comandante da Marinha Mercante é necessário estar incluído entre os brasileiros que preencham as condições exigidas nos itens I e II do art. 129; ficam, portanto, impossibilitados de exercer tais funções os brasileiros que se colocarem nos itens III e IV do referido artigo, entre eles, os naturalizados.

Argumenta-se, então, que, não constando da exceção expressa da Constituição a proibição de casar-se diplomata com brasileira naturalizada, *a contrario sensu*, tal proibição é inconstitucional. Não entendo assim. O direito de contrair matrimônio não é direito político nem mesmo de cidadania; é direito privado, seus Impedimentos estão compreendidos no Cód. Civil. Não havia como nem por que dizer a Constituição que não poderiam casar os funcionários públicos de determinada categoria com brasileiros naturalizados.

Na Suíça, o direito em causa consta, expressamente, do texto constitucional. O art. 54 da atual Constituição suíça erige em norma constitucional o direito ao casamento. Esse mesmo artigo, entretanto, é tido por comentadores - entre eles ANTÔNIO FAVRE - como uma reminiscência de sabor histórico ("Congresso Jurídico de Friburgo").

Daí, porque não ter a nossa Constituição, que é casuística em alguns pontos, mencionado essa circunstância. Se ela admite uma discriminação, a lei ordinária que assentar ou restringir a capacidade de contrair matrimônio evidentemente não contraria de modo algum o texto constitucional.

Denego o mandado.

VOTO - MÉRITO

VENCIDO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: São tantos os votos de eminentes ministros, juizes e magistrados conspícuos, contra a tese vitoriosa no mandado de segurança nº 109, que já é a mêdo que ousar divergir de tão doutas opiniões. Em todo caso, com a faculdade, que se confere aos magistrados, para, em liberdade espiritual, interpretar o direito, o que não se confunde com o arbítrio, *data venia* de tão brilhantes votos, continuo pensando que o art. 3º da lei questionada é profundamente colidente com a Constituição.

A matéria é daquelas que os constitucionalistas consideram institucional ou de garantia institucional, à diferença do que, tècnicamente, se considera estritamente constitucional. Não tomo a liberdade de fazer a distinção entre o que é Institucional e o que é estritamente constitucional, porque estou em um Tribunal de doutos, que conhecem muito bem essa distinção. Se se tratasse de matéria constitucional, isto é, daquelas que traduzem as próprias providências específicas que as Constituições casuísticas dos tempos modernos disciplinarem à diferença de método das sintéticas antigas, não precisaríamos descer a pormenores para chegarmos a conceder que há colisão entre o texto da lei ordinária e o da Constituição. As Constituições casuísticas dos tempos modernos a partir da de Weimar, de 1919, explicitaram várias ordens de fatos novos a fim de evitar dúvidas de maior. Tomamos o modelo das Constituições chamadas casuísticas e incluímos na, nossa várias discriminações: encontramos, hoje, por exemplo, todo um capítulo referente aos funcionários públicos, que não encontrávamos outrora; defrontamos todo um capítulo destinado a reger a vida da família e todo um outro sôbre educação e cultura, enfim textos em quantidade e qualidade que não encontrávamos antigamente. E, então, se essas Constituições casuísticas não quiseram descer a detalhes da natureza do que nos interessa, foi porque, mais do que outrora, os constituintes modernos passaram a considerar a matéria como tìpicamente institucional. Garantias velhas e latentes, como já tenho referido aqui mesmo. Certa feita, provocado por aparte, que me honrou, resumi o assunto no mandado de segurança nº 130, comentando STAMMLER *a propósito*, do direito natural de conteúdo variável.

Eis considerações de natureza mais elevada, dentro da doutrina do direito, que me ocorrem, assim de momento ou de plano, de fazer a respeito da matéria.

Se descermos, um tanto mais, a disposições básicas da Constituição, vamos encontrar categorias de definições para brasileiros, duas das quais, em ramos mais longos, são os natos e os naturalizados.

Quando a Constituição, ela própria, abre exceção, dizendo o que os brasileiros da segunda categoria não podem fazer ou obter, obviamente não há problema, porque ninguém se lembraria de questionar contra aquilo que está na Constituição. Casos excepcionais que se regem pelas ressalvas adequadas.

Se para matéria menos importante para a esfera da vida civil, que nem sempre se confunde com a política, a Constituição não houve de discipliná-la entre as exceções, foi porque tais exceções derivam necessariamente de textos explícitos que a contêm. Quando houve equiparação perfeita entre os direitos dos brasileiros natos e dos naturalizados, essa equiparação percorreu toda a gama e toda a escala de direitos que são conferidos aos brasileiros em geral, aos quais as definições abrangedoras apanham.

Sr. presidente, quando fazemos distinção estritamente técnica entre "capacidade" e "impedimento", e quando observamos que os impedimentos constantes de lei civil ou de direito comum.privado - à diferença do direito administrativo - têm razão de ser diversa daquela que, *data venia*, se pretende para o caso focalizado nos autos, as conclusões descem cristalinas para chegar à inconstitucionalidade do art. 3º em estudo; sustenta-se, assim, a meu ver, como a melhor, a doutrina sufragada pelo egrégio Tribunal quando do julgamento do mandado de segurança número 109.

Devo informar que a fazer distinção técnica entre capacidade e impedimento só toco nesse ponto porque um dos mais conspícuos ministros desta Casa, numa contestação argumentativa brilhantíssima, houve de arrolar exemplos de restrição feita pela lei, tais como a de magistrado para contrair núpcias com determinadas pessoas subordinadas a sua jurisdição. Só por isso eu toco nesse assunto e digo que aqueles impedimentos instituídos em direito o foram em benefício da pessoa dos nubentes e de seu patrimônio, ou ainda do casamento

como instituição social. Não é o caso, tanto mais quanto a orientação da lei de que se cogita é típica de direito administrativo no tocante a aspecto de serviço público. Já se vê que a ordem argumentativa oposta à que defende é impertinente, *data venia*. Eu não saberia como discricionariamente e como em disposição constitucional se poderiam criar casos que redundassem em verdadeira incapacidade política e cível de direitos. As leis de direito administrativo não devem disciplinar pontos como o versado, compreensíveis de detalhes que escapam a seu âmbito de ação.

Sr. presidente, estudando o art. 3º questionado, já tive a honra de expor a êste Tribunal, quando de meu voto de relator do mandado de segurança nº 109* (*N. da R.: Publicado na "REVISTA FORENSE", vol. 122, pág. 446), todos os aspectos do caso. Não escapou um único que não fôsse ponderado, ficando respondidos mesmo os que agora aparentam novidade no atual procedimento.

Solicito, pois, vênua para que fique fazendo parte integrante do meu voto atual e que proferi no mandado de segurança nº 109, o seguinte:

"Tacha-se de inconstitucional o artigo 3º do dec.-lei nº 9.202, de 26 de abril de 1946, já transcrito no relatório e lido textualmente em um de meus votos preliminares. Ou, antes, tais os têrmos do problema, que aquêle artigo, anterior à Constituição de 18 de setembro de 1946, na parte impugnada, colide com certas regras de fundo estatuídas para a ordem nova derivada.

"Caso, portanto, de incompatibilidade entre lei ordinária antiga e preceitos pertinentes na Constituição posterior. Incompatibilidade parcial, porque não se cogita de decidir, sem provocação específica, se funcionários da carreira diplomática podem ou não contrair núpcias com estrangeiras: impugna-se apenas a doutrina, que seria a legal, de só poderem casar com brasileira nata e não com brasileira naturalizada.

"Circunscrevendo-me ao efetivamente decisório, apóio o pedido do impetrante. Entendo, pois, que se deve ter como não escrita ou nulificada, ou tornada inexistente, a restrição antes imposta pelo adjetivo-jurídico *nata*, do art. 3º questionado.

"Com efeito.

"Ao declarar direitos em geral, o que "importa argumento de rubrica, e mais acentuadamente ao versar o problema da nacionalidade e da cidadania", o que conduz ao domínio do específico, a Constituição de 1946 marcou literalmente que *"são brasileiros"*, entre outros: *"os naturalizados pela forma que a lei estabelecer* (art. 129, IV, 1ª parte).

"São brasileiros, pura e simplesmente isso, sem distinção alguma entre os nascidos no Brasil, ou brasileiros natos, e outros que, por outros meios ou formas, entre os quais os naturalizados, adquiram a nacionalidade brasileira. A nacionalidade anterior não conta, até porque o problema que aqui se apresenta à diversidade de controvérsias outras ou doutras índoles (casos de polipatria, ou distinção entre naturalização e mudança de naturalidade), só é atinente a uma questão de ordem interna nacional do Brasil, sobretudo no que toque a direitos e garantias individuais, entre estas e êstes os civis próprios, assegurados, no fundo, pelo art. 141 da Constituição, no concernente à liberdade, que esta é, *in casu*, o que se acha realmente em causa. Liberdade de escolher com quem casar-se, salvo o que fôsse pela Constituição mesma, ou o que fôr atentatório da ordem pública, da moralidade e dos bons costumes; liberdade para todos igual perante a lei, que não prejudica o chamado direito adquirido (artigo por último citado, §§ 1º e 3º, combinados, no adequado). Uma lei nova não criaria impunemente distinção entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados, todos brasileiros, conforme a Lei Suprema, nem prejudicaria situação jurídica subjetiva perfeitamente definida, objetivável com liberdade comportável, dessarte, lei anterior que o tiver feito, e êsse é o caso em análise, reputar-se-á tácitamente revogada por contrariar preceitos inequívocos da Constituição e do regime nela estereotipado.

"Mesmo ao tempo da Carta de 1937, tal o preceito de seu art. 115, perguntar-se-ia se o art. 3º do decreto-lei questionado poderia dispor como dispôs, ou indagar-se-ia se outras leis, *v. g.*, o dec.-lei nº 389, de 1938 (art. 7º), poderiam autorizar contra o decreto-básico de 1937, que as leis federais restringissem o gozo de direitos civis e políticos de brasileiros naturalizados. Já então se poria uma questão de inconstitucionalidade só explicável pelo autoritarismo que prometia uma coisa na Carta e fazia outra por leis ordinárias, como se a própria Carta fôsse letra morta. Questão de inconstitucionalidade que agora se resolve no plano de incompatibilidade com a ordem, realmente constitucional, de 1946.

"Eis aí os termos do problema específico. Robustece-se ainda a conclusão a que chego quando se tem em aprêço que a Lei Magna, embora para outro objetivo ou com alcance diverso, avisou, expressamente, no art. 31, I, ser vedado "criar distinções entre brasileiros (textuais)", o que impressionou ao eminente consultor jurídico do Ministério do Exterior, ao fundar seu parecer naquela disposição. A mim o ali disposto impressionaria menos, porquanto, como reparei, é outro seu objetivo ou outra é sua indicação teleológica, mas, seja como fôr, ostenta um sistema ligado à natureza do regime, podendo, pois, abrangedoramente, descer ao fato concretizado num legítimo *ubi ratio ubi dispositio* de caráter político baixável ao plano jurídico.

"Exceções? Há, sim. Mas somente aquelas que a própria Constituição assinalou e estabeleceu, ou as que decorrem necessariamente de suas preceituações. Exemplo, art. 80, I, e remissão feita no inciso, isto é, só serem elegíveis para a Presidência e para a Vice-Presidência da República os brasileiros natos ou os que, à margem do *jus soli* ou *ad latere* do princípio da territorialidade, ali estão explicitamente indicados.

"Ainda, e finalmente, contanto que procuremos acalmar escrúpulos ligados a sentimentos patrióticos que às vezes se hipertrofiam:

"Pode-se descobrir facilmente porque o art. 3º e outras disposições da lei incriminada providenciaram a proibição em causa e outras de idênticas raízes. Dominou a idéia de segurança ou de acautelar interesses brasileiros, expontáveis em curtos momentos de conflito aberta ou larvado entre o Brasil e a nacionalidade de origem de mulher naturalizada que se casasse com diplomata, e também a de assegurar um tanto a vontade com que brasileiros pudessem, no estrangeiro, tratar ou conviver com diplomata brasileiro sem o constrangimento dêste ter em família uma súdita estrangeira, potencial ou veladamente hostil ao Brasil ou a seus usos e costumes. Ambas as circunstâncias podem merecer respeito, mas não resolveriam o caso pela persistência do tópico impugnado no art. 3º, em estudo. Em primeiro lugar, não vivemos em regime em que a suspeita ou o ódio, ou uma e outro, possam ser erigidos em regra num caso como o versado: não se legislaria para exceções odiosas. Em segundo lugar, ainda que pudesse dominar a necessidade da prevenção, não seria lei inferior que modificaria eficazmente a de hierarquia

sem par, apertando e restringindo onde ela não o fez. Ter-se-ia uma indicação para alterar a Lei Suprema por meio de reforma regular e não para sonegar suas garantias a pretexto de interesses incertos ou aleatórios, e isso se não se encontrasse, como se encontra, nas leis, como coibir traições e interesses nacionais expontados ou expontáveis em consequência de casamentos como o que se pretende evitar.

"Finalmente, em que pêsse à esclarecida e sempre ponderosa opinião do subprocurador geral da República, o provecto Dr. ALCEU BARBEDO, sempre vigilante naquilo que considera seu dever de defesa da União, também se apresenta despido de consistência deduzir da regra do art. 184 da Constituição a justificativa da cláusula atacada. O artigo mesmo frisa que "os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros", ainda nesse ponto *sem* distinguir os natos dos naturalizados. É exato que a parte final da disposição marca que para aquêlê acesso devem ser "observados os requisitos que a lei estabelecer". Mas tais requisitos não entendem como proibição, como a analisada, visto como o casamento, ato da vida civil, nada tem a ver com a funcional, nem no relativo a aptidões e capacidade, nem no concernente a meios e modos do exercício do cargo público e nem, mesmo, para um diplomata, no que se torne parte de sua representação ou perante o mundanismo que porventura se lhe imponha. Casado, um funcionário, ainda que diplomata, exerce as funções de seu cargo, quem quer que seja sua consorte: a questão de tato, na escolha da companheira de vida, é outra, e isso não é objeto de legislação senão de atos, fatos e fatôres persuasivos que o ambiente e a imposição das circunstâncias comandam. O artigo 184, pois, não se dirige ao detalhe. E se tiver reflexo sôbre particularidades, talvez invocáveis, é exatamente para indicar que, ao referir-se a brasileiros em geral, a Constituição traçou critério direto e explícito, do qual a lei, para requisitos outros, não se pode afastar.

"Ninguém diria que o brasileiro naturalizado mesmo, salvo restrições constitucionais, não pudesse ter acesso aos cargos públicos. PONTES DE MIRANDA, em mais de uma oportunidade, acentua observações exatas, dêsse teor: "A igualdade a que se refere o texto é simples postulado de igual aptidão, *apagadas, entre brasileiros, quaisquer distinções de sexo, de procedência, de naturalidade, de estado civil*" ("Comentários à Constituição de 1946", vol. 4º, pág. 148).

"Um brasileiro naturalizado não encontraria barreira segura na Constituição para ingressar na carreira diplomática. Por que, pois, proibir o que já está na carreira de casar-se com brasileira naturalizada, ligando-se à lei sobre requisitos uma exigência impeditiva que não está na legislação civil pertinente, nem é feita a funcionários outros em geral?

"Impedir, obrigando-o a celibato, para o qual não fêz votos ou a uma escolha de consorte que não a de sua eleição real, ou ainda o obrigando, caso ponha acima da carreira os seus sentimentos pessoais e afetivos legítimos, à perda do cargo, é constrangimento discricionário e violento, porque em tanto importaria uma insistência no casamento contra lei que fôsse realmente lei. Importaria porque, nos termos do art. 239, IV, do decreto-lei nº 1. 713, de 1939, é passível da pena de demissão, até a bem do serviço público, o funcionário que praticar desobediência à lei, ou mesmo o que se insubordinar gravemente contra esta, ou ainda os que se rebelarem contra ordens legais dos superiores.

"O Estado não tem direito a intervir, por lei, num problema como o do impetrante, nem esta o de corporificar-se em ato administrativo como o discutido. Em oposição, é de todos os modos evidente que o postulante conta com um direito líquido e certo de escolher a mulher que afirme ter escolhido para casar-se, ao mesmo tempo em que não será por isso que se aluirá seu direito; também incontestável, de continuar a servir cargo diplomático do Brasil. O ato em contrário à legítima pretensão do autor, desautorizando seu casamento, é nenhum, porque fundado em disposição inconstitucional de uma lei ordinária.

"Donde caber a segurança impetrada. Defiro-a, para o fim de possibilitar o impetrante a casar-se com a brasileira naturalizada que indica.

"É o meu voto".

Eis aí porque concedo o mandado. E mais ainda: a tese do art. 180 da Constituição só fortalece a interpretação que acabo de dar como fundamentação do meu voto. Aquela parte final tem explicação possível e é ela exatamente que contra-indica quaisquer outros entendimentos, como já tive oportunidade de assinalar. Isso, pondero acerca de pontos invocados pelo eminente subprocurador Dr. ALCEU BARBEDO.

Sr. presidente, reitero meu voto, concedendo o mandado de segurança, com a consciência segura de que estou defendendo a Constituição e o Direito.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: depois de desprezadas, por maioria, a preliminar de não caber a medida impetrada quando não exauridos os meios administrativos e, por unanimidade, a de falta de qualidade do impetrante, o Tribunal, por maioria de votos, denegou o mandado de segurança, contra os votos dos Srs. ministros relator, CUNHA VASCONCELOS e ARTUR MARINHO.

Designado o Sr. ministro SAMPAIO COSTA para lavrar o acórdão.

*

MILITAR - CARGO ELETIVO - VENCIMENTOS

- O militar, da reserva ou não, no exercício de cargo eletivo não pode receber os vencimentos de seu pôsto, ainda que desista dos vencimentos daquele cargo.

- VOTOS VENCIDOS: O militar da reserva, no exercício de função eletiva, pode perceber os vencimentos de seu pôsto, com a recusa do subsídio do cargo.

Impetrante: major Antônio Carlos de Miranda Correia Júnior

Rec. mand. de seg. nº 553 - Rel.: MIN. HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de mandado de segurança nº 553, de Mato Grosso, recorrente major Antônio Carlos de Miranda Correia Júnior, recorrido major Isaltino Gonçalves Nobre (chefe do Estabelecimento de Fundos da 9ª Região Militar), etc.:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, negar provimento ao recurso, contra os votos dos Srs. ministros relator, SAMPAIO COSTA e CUNHA VASCONCELOS. Os Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO, ARTUR MARINHO, ELMANO CRUZ e MOURÃO RÚSSEL votaram de acôrdo com as conclusões do Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA, que foi designado relator do acórdão. Tudo conforme consta dos votos de fls. 85 até 93, integrado neste o relatório de fls. 81 até 83.

Custas na forma da lei.

Tribunal Federal de Recursos, 27 de março de 1950. - *Ábner de Vasconcelos*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator designado.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: O recorrente, major da reserva do Exército, percebendo os proventos da inatividade, foi eleito prefeito municipal de Ponta Porá, Estado de Mato Grosso. O chefe do Estabelecimento de Fundos da 9ª Região Militar em Campo Grande, em vista da proibição constitucional de acumulação de cargos e de proventos, determinou a suspensão dos seus vencimentos militares. Alegara anteriormente o recorrente que não percebia os subsídios do cargo eletivo e sim apenas a representação para despesas com o exercício do cargo, com o que ficou o caso perfeitamente esclarecido. E por ter assumido a direção da chefia do Estabelecimento de Fundos da 9ª Região o seu atual titular em 23 de fevereiro do corrente ano, foi excluído o requerente da fôlha de pagamento militar. Em 15 de junho, dentro do prazo legal, pediu o presente mandado de segurança ao juiz de direito da 1ª Vara da comarca de Campo Grande. Pedidas as informações necessárias à apontada autoridade militar coatora, foi determinada também a citação do Dr. procurador regional da República em Cuiabá. Informando ao juiz *a quo*, o chefe do Estabelecimento de Fundos detalhou todo o incidente a respeito dos vencimentos do requerente, as dúvidas que lhe ocorreram em face do art. 182, § 5º, da Constituição federal, as consultas feitas à autoridade militar superior para solucionar o caso e mostrando-se discretamente suasório no sentido permissivo da percepção atual dos proventos militares, visto o orçamento municipal já não conter verba para subsídio do prefeito.

Nessas informações, diz a autoridade coatora que o caso foi afeto ao general-chefe da 9ª Região Militar, que, por sua vez, o levou ao ministro da Guerra para dar-lhe solução definitiva.

O procurador da República levanta as preliminares de intempestividade do recurso, bem como de inidoneidade do recurso por não se ter esgotado a instância administrativa.

Quanto ao mérito, alega que o cargo de prefeito municipal é remunerado, tanto basta, para impedir a acumulação de funções com a inatividade militar, pois a lei não cogita de opção. Opinou pela denegação do pedido. O Dr. juiz *a quo* acolheu as razões da Procuradoria da República, julgando improcedente a medida impetrada.

O requerente recorreu no quinto dia, a, partir da data em que a decisão foi proferida, fundando-se na Constituição federal, art. 104, nº II, letra *b*, e lei número 191, de 1936, art. 11, § 1º.

Reitera os argumentos anteriores, de não receber subsídio do cargo eletivo, não compreendendo nesse caráter a representação funcional, pelo que faz jus a continuar a perceber os vencimentos da inatividade militar, tendo nesse sentido feito a devida opção. Refuta a alegação de que foi afeto a estudo administrativo do caso ao ministro da Guerra, porque nenhuma solução foi dada a respeito. Lembra caso de percepção de vencimentos militares com o de representação de cargo civil, sem importar violação legal, e opiniões de consultores gerais da República.

O procurador da República refutou a defesa com a tese de que o subsídio de cargo eletivo se torna incompatível com os proventos da inatividade militar, ainda que haja desistência ou opção pelos últimos. Neste sentido lembra o parecer do Prof. HAROLDO VALADÃO, consultor geral da República, inserto no "Diário Oficial" de 17 de março de 1948, pág. 4.288.

Nesta instância, o ilustrado Dr. subprocurador geral alega que o caso vertente tem semelhança com o do mandado de segurança nº 251, julgado por êste egrégio Tribunal, em que se discutiu a hipótese do militar que aceita cargo

eletivo não remunerado, em face da pretendida liquidez do direito de percepção dos vencimentos militares. E a conclusão a que chegou foi idêntica à da sentença recorrida.

É o relatório.

1ª PRELIMINAR - INTEMPESTIVIDADE

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Não dou pela intempestividade do recurso. A fls. 3 dos autos, encontra-se o ofício do comandante do 11º Regimento de Cavalaria de Campo Grande, datado de 23 de fevereiro de 1949, comunicando ao requerente que seus vencimentos militares ficavam suspensos por causa do exercício de suas funções eletivas. A partir da data, em que teve ciência oficial do ato administrativo, é que começa a correr o prazo legal para a Interposição do mandado de segurança. Pouco importa, como alega a Procuradoria Geral da República, que o interessado, anteriormente, por outro modo, tivesse notícia da suspensão do pagamento da inatividade. O ato oficial da comunicação é que fixa o momento inicial do prazo. Requerido o mandado de segurança a 15 de junho, antes de completos os 120 dias do art. 341 do Cód. de Proc. Civil, não há que falar em decadência do direito de propor a medida judicial.

Desprezo assim a preliminar.

2ª PRELIMINAR - NÃO CABIMENTO DO MANDADO

VOTO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Alega também o representante da União a inaplicabilidade do mandado de segurança aos casos em que não se exaure a esfera administrativa. Sempre pensei que a Constituição federal, não tendo criado restrição ao instituto, modificou a exigência da lei adjetiva. Assim tenho votado sempre, apesar da divergência de opiniões a respeito. No caso, sobe de importância o fato de não se tratar de ato administrativo, em que o recurso, porventura interposto, tivesse efeito

suspensivo. O chefe do Estabelecimento de Fundos da Região Militar suspendeu o pagamento da inatividade do requerente. E suspenso continua, apesar de, como alega o procurador regional da República, ter sido o caso afeto às autoridades administrativas do Exército, o comandante da Região e o ministro da Guerra. O art. 320 do Cód. de Proc. Civil é explícito:

"Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução".

Assim, já porque a Constituição não criou restrição ao exercício do mandado de segurança, já porque o caso excede a condição imposta pela lei de processo, tenho como idônea a medida processual intentada. Rejeito, conseqüentemente, a preliminar.

PRÁTICA DO ART. 97 DO REGIMENTO INTERNO

PROPOSTA

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: Pela ordem, Sr. presidente.

Não tendo o Sr. ministro relator levantado a preliminar de inconstitucionalidade, eu a levanto e proponho ao Tribunal a prática do art. 97 do Regimento Interno.

VOTO - VENCIDO

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Sr. presidente, sempre entendi que a defesa dos direitos, baseada na Constituição, não traz desde logo um incidente de ordem constitucional. A Lei Magna assegura o exercício de todos os direitos e, a cada momento, discute-se matéria com ela relacionada, sem que diretamente se enfrente o problema.

O SR. MINISTRO ELMANO CRUZ: A meu ver, *data venia*, entendo que é matéria constitucional e torna-se imprescindível a publicação do relatório. Entretanto me curvarei reverente ao que o Tribunal decidir.

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: Não propus de início a preliminar de publicação do relatório, como acaba de ser proposto, porque assim tenho sempre pensado. Os tribunais podem discutir matéria de ordem constitucional desde que não haja divergência a respeito ou lei que se oponha à sua aplicação. Nada se alegou contra o preceito constitucional, apenas a defesa invoca, para maior segurança de seu direito, o princípio fundamental que o assegura.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: por unanimidade de votos, o Tribunal rejeitou as preliminares suscitadas pelo Sr. ministro relator e, contra o voto dêste, resolveu, ainda, o Tribunal mandar aplicar o disposto no art. 97 do Regimento Interno.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr: ministro presidente ARMANDO PRADO.

VOTO - MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: A Constituição federal, embora permita a elegibilidade dos militares para o exercício de cargos de natureza política, fulmina a acumulação remunerada. O art. 182, § 5º, diz que o militar, enquanto perceber remuneração de cargo permanente ou temporário, não terá direito aos proventos do seu pòsto, quer esteja em atividade, na reserva ou reformado.

O requerente não percebe o subsídio do cargo de prefeito, de que expressamente declinou, para conservar os vencimentos militares. Mas recebe a verba de representação, que não significa retribuição de serviço e se destina às despesas externas da função.

A Constituição de 1891, art. 24, parágrafo único, proibia a percepção simultânea de ordenado ou sòldo e subsídio, ao mesmo tempo que vedava a acumulação de vencimentos de qualquer natureza. Na monarquia era obrigatória a opção entre o emprêgo público e o cargo de representação nacional (cf. CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários", ns. 32 e 465, 3ª ed.).

Não se confunde a conceituação, em direito administrativo, da verba de representação com a de vencimentos ou subsídios. No sentido comum da linguagem, como se vê em AULETE, a despesa que é feita, a título de representação, é a de mera ostentação que certos funcionários e dignitários têm de fazer para sustentarem dignamente o decôro do cargo que preenchem.

Não é remuneração por serviço público prestado e assim não há confundir os aspectos.

Com êsse raciocínio, que discerne perfeitamente a característica de cada uma das percepções remuneradas dos cargos públicos, tenho para mim que não se confunde, pela sua finalidade, a verba destinada à representação com os subsídios ou os vencimentos.

Tenho como direito líquido e certo que o militar da reserva, quando no exercício de função eletiva, pode perceber os vencimentos da inatividade, com a recusa do subsídio do cargo de eleição. Na significação de subsídio não incluo a verba da representação, que não é retribuição funcional e se destina a objetivo impessoal.

Dou, assim, provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida e conceder a medida impetrada.

Em caso semelhante a êste, no mandado de segurança nº 251, do Distrito Federal, assim já votei.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Lamento dissentir do eminente Sr. ministro ÁBNER DE VASCONCELOS.

Fui o relator do recurso de mandado de segurança nº 251, do Distrito Federal, onde se cogitou de matéria idêntica à atualmente veiculada.

Ali, o capitão da Aeronáutica, Lino Machado Filho, que houvera sido eleito vereador à Câmara Municipal de São Luís do Maranhão, pretendia somar os

proventos de sua função militar com os próprios da função eletiva de que fôra temporariamente investido.

O SR. MINISTRO CUNHA VASCONCELOS: V. Ex.^a não estará equivocado nessa passagem? Não era o caso em que o cargo eletivo não tinha vencimentos?

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): V. Ex.^a tem tãda razão. O cargo de vereador, naquele caso, não era, remunerado. Retifico-me quanto ao pormenor. O Tribunal reconheceu, entretanto, que não podia o impetrante, no exercício de função temporária, embora gratuita, continuar a perceber os vencimentos militares. Na espécie, acentuou o Sr. ministro relator que o recorrente recolhia os estipêndios do cargo de prefeito de Ponta Porã, a título de representação. É a primeira vez que vejo sustentada, ou aventada entre nós, a hipótese da gratuidade da função de prefeito municipal. Sempre se houve como remunerada essa função pública. A vereança, em algumas Câmaras, é que tem sido exercitada, no Brasil, sem ônus para os cofres municipais. Tudo está a indicar que se pretendeu com semelhante artifício burlar a redação do art. 182 da Constituição federal vigente.

O SR. MINISTRO ÁBNER DE VASCONCELOS: A bem da verdade, deve ser dito que havia lei estabelecendo subsídio e representação. O prefeito, porém, renunciou a subsídio e, depois dessa renúncia, a Câmara não consignou mais a reserva de subsídio, mas somente a de representação, sem confundir uma coisa com outra.

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Agradeço o esclarecimento de V. Ex.^a.

Mas, ainda que se admita, para argumentar, como legítima a providência da Câmara Municipal de apenas atribuir ao prefeito de Ponta Porã uma certa gratificação ou representação pelo exercício do cargo, mesmo assim, e coerente com a voto que proferi no recurso de mandado de segurança nº 251, não posso admitir continue o requerente, no exercício de sua função eletiva, a perceber vencimento militar. Tanto mais que o Tribunal, apoiando meu voto, naquela ocasião, acentuou que, embora no exercício de função gratuita estranha às suas, não pode o militar continuar a perceber seus próprios vencimentos. A proibição constitucional, em sua rigidez, não deixa margem a dúvidas, nem propicia

quaisquer exceções. Mantenho, por isso, a decisão recorrida, por seus fundamentos.

É o meu voto, Sr. presidente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negou-se provimento ao recurso, contra os votos dos Srs. ministros relator, SAMPAIO COSTA e CUNHA VASCONCELOS. Para o acórdão, designado o Sr. ministro HENRIQUE D'ÁVILA.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro presidente ÁBNER DE VASCONCELOS.

*

PRESCRIÇÃO - DISPONIBILIDADE INTERRUPTIVA - HERDEIRO OU SUCESSOR

- **Não constitui causa interruptiva de suspensão de prescrição a disponibilidade do funcionário.**
- **A prescrição operada a favor do sujeito passivo de obrigação aproveita ao seu herdeiro, assim como ao sucessor, a qualquer título.**

Samuel da Silva Ferreira *versus* União Federal

Ap. nº 3.134 - Relator: MINISTRO ARTUR MARINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.134, do Estado do Rio de Janeiro, apelante Samuel da Silva Ferreira e apelada a União:

Acorda, por unanimidade, a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, conhecer da apelação para, *de meritis*, negar-lhe provimento, conforme consta das notas taquigráficas anexas.

Tribunal Federal de Recursos, 7 de maio de 1952. - *Alfredo Bernardes*, presidente; *Artur Marinho*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Samuel da Silva Ferreira acionou a União. Sentenciando afinal, o douto magistrado *a quo* relatou o feito com precisão e fundamentou o resultado atingido, isto é, que prescrevera a ação do autor. Convém, portanto, transcrever a referida sentença, esta (fls. 35 a 37):

Vistos, etc.:

"O Dr. Samuel da Silva Ferreira, brasileiro, casado, professor da Faculdade Fluminense de Medicina, propôs contra a União Federal a presente ação, em que sustenta: 1) foi nomeado, pelo presidente do Estado do Rio, em 25-9-29, lente de Fisiologia, do 1º ano do Curso Odontológico, da Faculdade Fluminense de Medicina, que pertencia ao Estado; 2) em 22-8-32, devido a dificuldades financeiras da Faculdade, foi o autor pôsto em disponibilidade irremunerada, permanecendo nessa situação até hoje, o que aceitou por espírito de colaboração; 3) a lei nº 1.254 do ano passado, incluiu aquela Faculdade entre os estabelecimentos que a ré mantém, e a seus professôres atribuiu o padrão "O"; 4) pelo que o autor pleiteia converter sua disponibilidade irremunerada, que é, em disponibilidade remunerada, ou, então, ser chamado para reger sua antiga cadeira.

"A União Federal repele a pretensão do autor, alegando: 1) faltava-lhe, por ocasião do advento da lei nº 1.254, de 1950, a qualidade de funcionário público, de vez que a lei não reconhece aquela forma de disponibilidade; 2) não exercia, pois, cargo público, nem fôra nomeado por autoridade competente.

"Replicando, combate o autor êsses argumentos, renovando os que já trouxera ao feito. Foi prolatado o despacho saneador, que passou em julgado, e, na audiência de instrução e julgamento, depois do autor ter deduzido seu direito, o

Dr. procurador da República levantou a preliminar da prescrição e, no mérito, arguiu estar incompleto o ato de nomeação do autor e negou-lhe a qualidade de professor em exercício, necessária ao seu aproveitamento, no momento da federalização da Escola.

"O que tudo foi examinado:

"1. O autor foi nomeado pelo presidente do Estado, em 25-9-29, lente de Fisiologia do 1º ano do Curso Odontológico da Faculdade Fluminense de Medicina (fls. 6). Pelo dec. estadual número 2.780 de 4 de junho de 1932, o "Curso de Odontologia passou a constituir, com o de Farmácia, com inteira autonomia econômico-financeira, a Escola Anexa de Odontologia e Farmácia. E por ato de 10 de junho desse ano, foi pôsto o autor em *disponibilidade irremunerada*, conforme se vê da apostila de fls. 8, por ato emanado da autoridade estadual.

"2. Nessa situação permaneceu o autor desde 1932 até 1951, quando veio pleitear o padrão "O", atribuído aos professôres em exercício na Faculdade Fluminense de Medicina, que passou a ser federal, por fôrça da lei nº 1.254, de 4 de dezembro de 1950. Mas, como a prescrição é matéria que pode, em qualquer tempo, ser declarada, é de acolher-se a preliminar levantada pela ré, na assentada do julgamento, pois o ato que pôs o autor em disponibilidade irremunerada foi o dec. estadual nº 2.780, de 4-6-32, conforme se vê da apostila de fls. 8 e da própria inicial. O autor nada reclamou contra êle. Fôsse embora por espírito de colaboração, como alega a fls. 3 da inicial, dadas as dificuldades financeiras do estabelecimento, ou por outra causa qualquer, o fato é que o autor não reclamou contra aquêle ato, cujo ciclo prescricional, de cinco anos (Cód. Civil, art. 178, § 10, inciso VI), ficou encerrado em 4-6-37. Esta é a data da prescrição de qualquer direito que o autor tivesse.

"3. Assim sendo, quando, em 1950, a União federalizou a Escola, já encontrou o autor como titular de um direito prescrito há 13 anos, não tendo tido, pois, com êle qualquer situação jurídica.

"Por tais motivos, e com fundamento no dispositivo invocado acima, do Código Civil, declaro prescrita a ação e condeno o autor nas custas.

"P. I. R.

"Niterói, 28 de maio de 1951. - *Orlando Carlos da Silva*" (fls. 35-37).

Essa sentença, publicada, em audiência de 28 de maio de 1951 (fls. 34), foi impugnada pelo autor, que apelou "dentro do prazo para agravo" (fls. 39-44, *ler*), contra-arrazoou a apelada (fls. 47-53), apoiada pela douta Subprocuradoria Geral da República (fls. 60, *ler*).

Foi levantada questão preliminar sôbre a natureza do recurso e, por isso, a intempestividade do interposto, conforme se viu da leitura das peças a que aludo.

É o relatório.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO: Nas razões de apelação, o autor destaca que, em 1934 mesmo, a Faculdade Fluminense de Medicina passou a ser estabelecimento particular de ensino e, assim, a prescrição não era mais a que correria contra Estado-membro (o Estado do Rio de Janeiro), ou especial de cinco anos, mas, sim, a ordinária (trintenária) para direitos pessoais; que, assim, entre 1932 e 1950, quando aforou esta lide, não estavam decorridos os 30 anos; que a União, por outro lado, federalizando a Escola, por lei de 1950, nada tinha a ver com essa situação passada, mas contra ela, que equiparou tudo que existia, foi que passou a fluir uma prescrição nova, e tão nova que não chegou a decorrer pelo prazo de um ano, muito menos de cinco.

Esta a síntese das razões de apelação a que o Dr. procurador da República respondeu circunstanciadamente e sôbre as quais o Dr. subprocurador geral da República emitiu o seguinte parecer: (*lê*).

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Considero que, em tese, o recurso deveria ser o de agravo, nos termos do art. 846 do Cód. de Proc. Civil. Já tenho exposto em votos, aliás vencedores, por que assim me parece. *In casu*, pois, a apelação seria intempestiva, mesmo porque o prazo teria começado a correr da data da audiência, realizada em 28 de maio, ao passo que o apêlo contra a sentença foi formulado e despachado em 4 do mês seguinte (fls. 34 e 39).

Mas, considerando que jurisprudência recente do egrégio Supremo Tribunal Federal teve entendido que o recurso é o de apelação, assim, portanto, lançando dúvidas sobre o problema jurídico, inclusive no ânimo das partes, dou como improcedente a preliminar, embora ressalve meu modo de ver em contrário.

Assim, conheço do apêlo.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Pôsto em disponibilidade irremunerada em 1932, talvez erradamente, o autor não reclamou contra tão estranha disponibilidade senão quando acionou a ré, em janeiro de 1951. Antes concordou com o que se fêz, por motivos constantes dos autos.

Aliás, o ato anulado, do govêrno do Estado do Rio, não foi encampado pela União, ora apelada, nem mesmo quando, em 1950, pela lei nº 1.254, a Faculdade, antigo estabelecimento estranho à ré, passou a ser mantido pela última dessas entidades. A lei não obrigou a União a receber passivo errado do Estado-membro, como não obrigaria escorreitamente, sobretudo quando, em verdade, o que o do Rio fêz, em 1932, foi, verdadeiramente, por via oblíqua, demitir o autor, pois a tanto equivale a disponibilidade não remunerada, ou disfarce a afastamento definitivo, *in casu*. Avulsão demissória como novidade sem técnica. E importa parcamente a consideração de que, quando o autor foi pôsto em disponibilidade sem remuneração, com a sua aquiescência, já a Faculdade nada mais tinha a ver com aquêle Estado, porque o ato surgiu poucos dias depois do dec. nº 2.780, de 1932.

Creio que isso resolve o assunto.

Mas, se aprofundarmos um pouco mais o exame do caso, e de maneira diversa da que o douto magistrado *a quo* o fêz, veremos a inconsistência jurídica dos dois argumentos essenciais do apelante contra a conclusão da sentença recorrida. Para o recorrente: 1º, existiria condição suspensiva - "situação suspensiva", como se lê às fls. 40 - a pender contra a prescrição decretada, donde não ter ocorrido o decesso de seu direito; 2º, tivesse começado a correr prescrição de cinco anos contra o Estado do Rio, esta, ainda que não suspensa, não continuaria a fluir contra sucessor daquela entidade com o prazo especial de cinco anos, porquanto a autonomia de Faculdade, passada para particulares, arrastaria ao prazo de 30 anos, próprio das prescrições ordinárias.

Já salientei ser inconsistente êsse modo de ver.

Com efeito:

1º O apelante ficou em disponibilidade irremunerada. Transformar a irremunerada em remunerada seria a condição a que alude o recorrente, ou, ainda, a disponibilidade mesma seria a condição a que se refere a parte. Contudo, disponibilidade nunca seria, juridicamente, num caso como o dos autos, condição suspensiva a obstar ao curso de prescrição, desde que é evidente não se registrar um caso de *actioni non natae non prescribitur*. A disponibilidade, igual a uma inatividade temporária ou especial, ou, ainda, inatividade *sui generis*, daria ensejo à volta à atividade própria ou integral. Errada que tivesse sido, ou atentatória de direitos do disponível, êste, capacitado disso, procuraria reacertar o desvio da normalidade: administrativamente, se possível; em juízo, sempre, se assim entendesse. O êrro contra direito, porventura ocorrente, não impedia a iniciativa do direito à ação do autor, que antes o quis ou tolerou em concreto, como se lhe fôsse lícito, de acôrdo com a administração, clausular o errado. Logo, e *ultima ratio*, a disponibilidade não se arrola, *in casu*, como condição suspensiva, nos têrmos do art. 170, nº I, do Código Civil, condição seria a volta do autor ao exercício da cátedra, ou transformar a disponibilidade irremunerada em remunerada, assim, portanto, não-condição específica, ou sem prazo que fôsse de vencimento, a serem acatados pelo Estado do Rio ou pela Faculdade particular, que passou a figurar como se fôsse aquêle Estado mesmo. Ocorreu, pois, inércia prejudicial do autor e, sabidamente, *dormientibus non succurrit ius*. Além disso, faríamos, como BAUDRY-LACANTINERIE e TISSIER,

distinções entre prescrição que não começasse a correr e prescrição já em curso, a suspender ("Della Prescrizione", nº 385, do "Tratad. I. P de Dir. Civ.", 3ª ed.).

2º Mas o autor, ora apelante, sustenta que contra a Faculdade Fluminense de Medicina, estabelecimento particular em 1932, já não se aplicava o prazo de cinco anos para a prescrição, senão o de 30, e que, assim, em 1951, quando foi citada a União, não estavam esgotados os 30 anos. Ligado ao primeiro, é êste um outro engano do preopinante, a não ser que se sufrague, com êrro interpretativo, o direito positivo adequado. Demonstrado como ficou que a prescrição começou a correr contra o Estado do Rio, o que, *ad argumentandum*, também aceita o autor, tem-se, *ipso facto et iuris*, que, excluída a chamada situação suspensiva, continuou ela a correr contra a Faculdade autônoma, particular, que tomou o lugar àquela unidade federativa. E quando se tem em conta que a prescrição continuou a correr, isto é, não começou a correr contra a sucessora (mas, sim, continuar, repete-se), compreende-se fãcilmente que manteve a mesma situação de prazo anterior, ou prazo especial de cinco anos. Por que assim? Porque "a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra seu herdeiro", conforme adverte, literalmente (aqui como excelente sugestão do direito), o art. 165 do Código citado. Emergem então dois problemas de direito interessando à espécie dos autos. No primeiro problema, filio-me à corrente de opinião de eminentes mestres, opostos a outros, segundo a qual o exato sentido da palavra *herdeiro*, usada na lei, é o de *sucessor em geral*, incluindo, pois, o a título singular. Essa corrente de minha referência conta com o ponto de partida de parecer de 1901 da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais, o qual, embora refugado em tãrmos, nunca deixou de ser a do legítmo senso do direito. Conta com a defesa de CARPENTER ("Manual do Código Civil Brasileiro", nº 55 da ed. de 1929), com a de NUMA DO VALE ("Prescrição", pág. 66), e se sustenta mesmo à luz de observações dos que lhe fazem restrições, v. g., FERREIRA COELHO ("Código Civil Brasileiro", pág. 310, etc., do 1º vol.), CLÓVIS ("Comentários", pág. 430 do 1º vol.) e CARVALHO SANTOS ("Código Civil Brasileiro Interpretado", págs. 394-395). E êste último chega mesmo a confessar que o bom direito seria o que se resume em WINDSCHEID: "Se por sucessão jurídica entra em cena na ação um outro titular, ou um outro obrigado, a ação com isso não se torna diversa, e, pois, a sua prescrição continua a correr inalterada" ("Pandectas").

No segundo problema assinalo, conforme é princípio, que a prescrição favorece a prescribentes e desfavorece aos sujeitos ativos de ações, sem alterar os termos em que o problema de origem foi armado, inclusive, pois, entrando em linha de conta o prazo, que, *in casu*, era o inicial de cinco anos em favor do Estado do Rio, como sê-lo-ia em favor da União, que, pela lei nº 1.254, de 1950, não convalesceria prescrição consumada, o que, de resto, seria, em tudo por tudo, um grave desvio da normalidade a atentar contra direito e legítimos interesses públicos. O prazo de cinco anos acompanhou o caso de ponta a ponta, outra vez, lembrando eu aquêle *inalterada* de WINDSCHEID, dominante, *erga omnes*.

Eis ai, pois, no jôgo dos princípios, ainda que se encarem os artigos do Código, Civil citados como meras normas a elucidarem a espécie, como se fortalece a sentença recorrida, ao mesmo tempo em que ficam inteiramente ponderadas as queixas do recorrente nas razões de recurso, fôlhas 39 a 44.

Nego provimento à apelação.

VOTO - MÉRITO

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS (revisor): Sr. presidente. O argumento de que lançou mão o apelante se apresenta, à primeira vista, com aspecto de solidez e confesso que, ao tomar conhecimento da espécie, realmente me impressionou tal argumento.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Peço a V. Ex.^a me permita que considere que me impressionou também.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: Mas, examinando mais profundamente o caso em concreto, no qual se invocava a inexistência da prescrição quinquenal, cheguei à conclusão de que, realmente, estava prescrita a ação e, nesse sentido, trago voto escrito, que me permito não ler ao Tribunal, depois das exaustivas, completas e irrespondíveis considerações do eminente relator.

O SR. MINISTRO ARTUR MARINHO (relator): Muito obrigado a V. Ex.^a, mas é pena que não fiquem aqui registradas as considerações sempre douradas e brilhantes de V. Ex.^a.

O SR. MINISTRO JOÃO JOSÉ DE QUEIRÓS: São de inteira desvalia. Acrescentarei, apenas, se é que isso se possa chamar de acréscimo ao voto do relator, a consideração de que o apelante foi pôsto em disponibilidade por ato do govêrno do Estado do Rio. Assim, na realidade, o que se pretende com a ação será alterar um ato da administração pública.

Dêsse modo, de qualquer maneira, a natureza da ação estaria caracterizada e, como frisou o eminente relator, disso decorreria, também, o cômputo prescricional.

Assim, e tendo como desnecessário acrescentar ao que tão ampla e sãbiamente consta do voto do eminente relator, como S. Ex.^a concluo por negar provimento à apelação, uma vez que se evidencia estar prescrito o direito do apelante.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: depois de haverem votado os Srs. ministros relator e revisor, negando provimento à apelação, pediu vista do processo o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, ficando, assim, adiado o julgamento da causa.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo no julgamento, proferiu voto o Sr. ministro ALFREDO BERNARDES, adotando as conclusões dos votos dos Srs. ministros relator e revisor, que confirmavam a sentença apelada. Assim, o julgamento da apelação teve o seguinte resultado: por unanimidade de votos, negaram provimento à apelação, para confirmar a sentença apelada.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro ALFREDO BERNARDES.

*

MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - PRAZO - RECONSIDERAÇÃO

- O prazo de decadência do direito de requerer mandado de segurança se conta do ato que inicialmente indeferiu a pretensão do impetrante, e não do despacho subsequente que, em grau, de reconsideração, o mantém.

Requerente: Camilo Marques Paula

Mand. de seg. nº 1.628 - Relator: MIN. HENRIQUE D'ÁVILA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 1.628, de São Paulo, em que figuram, como requerente Camilo Marques Paula e requerido o Exmo. Sr. ministro da Educação e Saúde:

Acordam os juízes do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, preliminarmente, por unanimidade de votos, não conhecer do pedido, na conformidade das notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante dêste.

Tribunal Federal de Recursos, 8 de maio de 1952. - *Macedo Ludolf*, presidente; *Henrique d'Ávila*, relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA: Camilo Marques Paula, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, brasileiro naturalizado, solteiro, residente e domiciliado na capital do Estado de São Paulo, por seu advogado requer a êste Tribunal mandado de segurança, alegando o seguinte: em 1941, chegou o impetrante ao Brasil e deliberou ingressar em curso superior; trazia, para isso, um certificado de conclusão do curso secundário expedido pelo Liceu Afonso de Albuquerque, da cidade da Guarda, Portugal; êsse estabelecimento de ensino

é oficial, conforme se vê da certidão do cônsul de Portugal em Santos, junta pelo impetrante; o certificado de conclusão do curso do impetrante prova que o mesmo completou os sete anos de estudos secundários, e encontrava-se devidamente legalizado pela autoridade consular brasileira em Lisboa; tendo pedido ao Ministério da Educação e Saúde a revalidação daquele curso, obteve o impetrante o deferimento, com a exigência de prestação de exames de História e Geografia do Brasil; fêz êsses exames em 3 e 4 de março de 1942, conforme prova a certidão junta (doc. n.º 4); com êsses exames de revalidação, o impetrante inscreveu-se na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para fazer exame vestibular; foi aprovado e, tendo ingressado naquela Faculdade, concluiu o curso de bacharel em direito em 1949; em 1950, pediu o registro de seu diploma; o Ministério da Educação, todavia, negou êste registro; recorreu o impetrante dessa decisão, em 28 de novembro de 1950, pedindo reconsideração, mas só em 11 de janeiro de 1952, passados 13 meses, soube, por comunicação telegráfica do gabinete do Sr. ministro, que seu pedido de reconsideração fôra indeferido. Contra êste último ato é que impetra o presente mandado de segurança.

Esta a hipótese sôbre a qual se deve pronunciar o Tribunal. Sintetizei-a em largos traços para melhor compreensão.

Pedi, na forma da lei, informações à autoridade coatora, ou seja, ao Sr. ministro da Educação e Saúde, que me as prestou, as constantes de fls. 31 a 41, onde, longamente, defende a legalidade de seu ato, alegando que o impetrante não cumprira despachos anteriores, segundo os quais estava êle obrigado a legalizar o curso secundário feito em Portugal.

Mandei, a seguir, ouvir o eminente Dr. subprocurador geral da República, que assim se pronunciou:

"I. Para chegar à certeza de que o presente mandado está envolvido na decadência prevista no art. 18 da lei número 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (art. 331 do Cód. de Proc. Civil), o egrégio Tribunal não precisará ultrapassar o primeiro período da terceira fôlha da inicial.

"Efetivamente, a fls. 2, item III, está bem explícito que, indeferido o registro de diploma, o impetrante *pediu reconsideração* em 28 de novembro de 1950, -

data em que, portanto, tomou conhecimento do primitivo indeferimento, - pedido de reconsideração, que veio a ser desacolhido em despacho de que o requerente teve ciência em 11 de janeiro último.

"É contra êste último ato - indeferimento da solicitação de reconsideração - que se impetra o presente mandado de segurança, di-lo, textualmente, a inicial, a fls. 3, primeiro período.

"Nada mais será necessário acrescentar em abono da decadência, eis que, entre a data do conhecimento do primeiro despacho indeferitório - 28 de novembro de 1950 - e a da impetração atual, decorreu mais de um ano e quatro meses.

"II. No mérito, ponto que seguramente não será atendido, impõe-se a denegação do pedido, nos têrmos das doutas informações que acompanharam o ofício ministerial de fls. 31".

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HENRIQUE D'ÁVILA (relator): Acolho a preliminar de decadência suscitada pelo eminente Dr. subprocurador geral da República.

O impetrante teve seu pedido de registro de diploma indeferido pelo Exmo. Sr. ministro da Educação e Saúde; pediu reconsideração dêste despacho e esta lhe foi negada por despacho de 28-11-1950; dêsse último despacho que desacolheu a reconsideração pleiteada é que se impetra o presente mandado de segurança.

Ora, êste Tribunal vem reiteradamente decidindo que o prazo de 120 dias de que cogitava o art. 331 do Cód. de Processo Civil, e hoje trata o art. 18 da lei nº 1.533, conta-se a partir do ato que indefere inicialmente a pretensão e não do despacho subsequente que, em grau de reconsideração, o mantém. É evidente, portanto, que o pedido foi formulado a destempo.

Assim sendo, dêle não conheço.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: preliminarmente, não conheceram do pedido. Votação unânime. Os: Srs. ministros DJALMA DA CUNHA MELO, ALFREDO BERNARDES, MOURÃO RÚSSEL, SAMPAIO COSTA e CUNHA VASCONCELOS acompanharam o voto do Sr. relator.

Não tomaram parte no julgamento, por motivo justificado, os Srs. ministros CÂNDIDO LÔBO e ELMANO CRUZ.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. ministro MACEDO LUDOLF.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

REBOQUE EM ALTO MAR - NAVIO NÃO APROPRIADO - ARBITRAMENTO DAS DESPESAS E SERVIÇOS

- A prestação de serviço de reboque feito por navio não apropriado para esse fim, em alto mar, não pode ser feito mediante a aplicação da tabela comum dos rebocadores e requer um arbitramento equitativo de tôdas as despesas e serviços.

Navegação Moura Vasques Ltda. e outro *versus* Cia. Comércio e Navegação

Ap. nº 10.305 - Relator: DESEMBARG. BULHÕES CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.305, de que são apelantes Navegação Moura Vasques Limitada e Rubens Nogueira Gama e apelada Companhia Comércio e Navegação:

Acordam os juízes da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça em dar provimento, em parte, ao recurso, para elevar a indenização para Cr\$ 173.068,60, juros da mora a partir da citação inicial, com exclusão dos honorários de advogado, e custas em proporção, contra o voto do relator, que fixava a indenização em Cr\$ 160.064,30, constante das seguintes parcelas: a) Cr\$ 130.000,00, pela

assistência que o navio *Itu* prestou ao *São Paulo* (fls. 172); *b*) Cr\$ 6.307,80, de prejuízos que os autores sofreram com o desvio de rota do *Itu* e sua permanência no pôrto de Santos (fls. 170), e, finalmente, *c*) Cr\$ 23.756,50, de lucros cessantes (fls. 170 v.), com exclusão de honorários de advogado e custas em proporção, inclusive as que foram constatadas a fls. 97, na importância de Cr\$ 10.726,60.

Os autores, ora apelantes, pleiteiam indenização pelo socorro que prestaram, em alto mar, ao navio *São Paulo*, da ré, o qual estava em perigo entre São Sebastião e Santos. O laudo unânime de fls. 65 (de vistoria *ad perpetuam rei memoriam* procedida logo após o fato, na comarca de Santos) esclarece que, no caso, não houve salvamento, que pressupõe a consumação de um sinistro, nem assistência, que seria o livramento de um perigo iminente, mas a prestação dum serviço de reboque, que é uma das formas de auxílio marítimo.

A sentença apelada, aceitando essa conclusão, pretendeu remunerar êsse reboque de acôrdo com a tabela de fls. 139, que regula as taxas a serem cobradas pelos rebocadores.

Entretanto, em primeiro lugar, como observam os apelantes, a própria tabela em questão prevê sempre uma jóia inicial de Cr\$ 60.000,00, além da diária de Cr\$ 30.000,00 pela navegação em demanda do navio a rebocar. Não bastaria assim mandar pagar os Cr\$ 40.000,00 pelo dia de navegação a reboque.

O mínimo pelo reboque pròpriamente dito, em circunstâncias normais, seria a soma daquelas parcelas, ou sejam Cr\$ 130.000,00.

É exato que o navio que prestou auxílio, no caso dos autos, não deixou a base para prestar o reboque, porquanto já se encontrava no mar.

Entretanto, isso apenas revela a inaplicabilidade da tabela de fls. 139, na hipótese de auxílio de que tratam os autos, o qual foi feito com desvio da rota e com sacrifício de sua tripulação e perigo para o próprio navio, simples *cutter* de casco de madeira, não destinado por sua natureza à prestação de semelhante serviço.

Deve-se também ter em vista a dificuldade do reboque, com o mar agitado e sendo a tonelagem do navio rebocado superior ao que o rebocava, realizando o serviço à noite (fls. 69).

Os peritos tiveram em vista tôdas as circunstâncias, bem como a natureza especial do caso, ao fazerem seu arbitramento, a fls. 70.

Deve-se assinalar que o referido laudo foi assinada pelo próprio perito da ré, ora apelada.

O mesmo aconteceu cora o novo laudo, a fls. 158, conseqüente à nova perícia determinada pelo juiz no curso da presente ação.

Divergem apenas os peritos neste último laudo, em primeiro lugar, porque admitem ter ocorrido no caso verdadeira assistência e, em segundo lugar, em reduzir a indenização de Cr\$ 173.068,60, como havia sido arbitrada no laudo anterior (fôlhas 71), para Cr\$ 130.000,00 pela assistência, além de Cr\$ 6.307,80 nela estadia em Santos e Cr\$ 23.756,50 de lucros cessantes (fls. 170 e 172), no total de Cr\$ 160.064,30.

Para rejeitar êsse segundo arbitramento, basta atentar no seguinte: *a)* se, de conformidade com a tabela de fls. 139, um simples rebocador, em mar calmo e em condições, normais, jamais cobraria menos de Cr\$ 130.000,00 por um simples reboque, como já mostramos: jamais poderia ser arbitrada essa mesma quantia para um serviço extraordinário, que os próprios peritos em questão chegam a classificar como de assistência; *b)* não explicam os autores do laudo de fls. 158 onde colheram os dados para apontarem a quantia de Cr\$ 23.756,50 para os lucros cessantes (fôlhas 170).

Ao invés disso, o laudo de fls. 63 explica concludentemente: *a)* motivo pelo qual foi arbitrado o serviço de reboque em Cr\$ 140.000,00 (fls. 78 e 93); *b)* a fixação dos lucros cessantes em Cr\$ 12.235,00 (fôlhas 79 e 92) e despesas com desvio da rota - em Cr\$ 10.833,80 (fls. 79, 90 e 91).

Deve-se ainda ter em vista que o arbitramento de fls. 63 foi feito dias após o fato em Santos, para cujo pôrto foi rebocado o navio socorrido.

Custas pela apelada.

Distrito Federal, 10 de outubro de 1950. - *Flamínio de Resende*, presidente; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, relator designado; *Sílvio Martins Teixeira*; *Flamínio de Resende*, vencido, em parte: Fixei a indenização, a que o acórdão já se referiu, tendo em vista o arbitramento constante do laudo pericial, unânime, de fôlhas 158, procedido na dilação probatória da causa.

*

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - SEU ÂMBITO

- Restrita que é a consignatória de aluguéis à matéria pertinente ao pagamento, ao seu âmbito formal escapam as questões que lhe não digam respeito e podem ser discutidas por ação própria.

Antônio Antunes *versus* Luís Joaquim de Almeida

Ap. nº 5.773 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.773, em que é apelante Antônio Antunes e apelado Luís Joaquim de Almeida:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em negar provimento ao aludido recurso, e, em consequência, confirmar a sentença recorrida, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se de uma consignação em pagamento de aluguéis relativos a um cômodo, nos fundos, e a uma loja, na frente, do prédio da avenida Suburbana nº 556, que o ora apelante se recusou receber do respectivo sublocatário, o apelado.

O apelante não nega que deu em sublocação ao apelado um cômodo, o de nº 8, do prédio referido, cujas sublocações explora. No cômodo em aprêço tem o apelado uma tósca oficina de sapateiro.

No recebimento do aluguel, alegou o sublocador que o apelado pretendia incluir na sua sublocação "um quarto nos fundos", o de nº 1, que, porém, de há muito está sublocado a Honorato Pimentel.

Ora, tal alegação não pode constituir justo motivo da recusa ao recebimento do aluguel em questão, por isso que, se o cômodo de nº 1 não está compreendido na sublocação, que o reclame seu morador contra a pretensão do ora apelado. Vale, contudo, o pagamento oferecido para quitação do débito pelos aluguéis correspondentes à parte que, realmente, desde há muito está sublocada ao apelado.

A matéria da defesa só por ação própria poderá ser ventilada, uma vez que a consignação em pagamento é restrita à discussão dêste e sua quitação.

Distrito Federal, 4 de abril de 1950. - *Eduardo de Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*.

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - DIREITO DE ARREPENDIMENTO

- Tratando-se de promessa de compra e venda de imóvel de valor superior a Cr\$ 1.000,00, em que o instrumento público é da substância do contrato, pode qualquer das partes arrepender-se.

- Exclui-se a ressalva ao direito de perdas e danos, não objeto do pedido, mas estabelecida na sentença.

Clemente Martins Silva *versus* Antônio Augusto Amado e sua mulher

Ap. nº 10.726 - Relator: DESEMBARG. HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.726, sendo apelantes: 1º, Clemente Martins Silva; 2º, Antônio Augusto Amado e sua mulher, e apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, negar provimento ao recurso do primeiro apelante, mas dar, em parte, ao recurso dos segundos apelantes, para excluir da conclusão da sentença recorrida a determinação ali contida, estabelecendo que as perdas e danos a que têm direito os autores, ora segundos apelados, seja composta nas condições expostas na sentença.

Decidiu com acêrto a sentença recorrida que, tratando-se de promessa de compra e venda de imóvel superior a Cr\$ 1.000,00, em que o instrumento público é da substância do contrato, pode qualquer das partes arrepender-se, consoante o disposto pelo art. 1.088 do Cód. Civil, sendo inaplicável à espécie o decreto que regula a compra e venda de imóveis loteados, porque o art. 1º da lei nº 649, de 11 de março de 1949, esclarece que a adjudicação compulsória somente tem lugar se no contrato de promessa de compra e venda não houver cláusula de arrependimento e essa cláusula foi pactuada no caso dêstes autos.

Realmente têm razão, em parte, os segundos apelantes quando se insurgem contra essa parte da sentença, porque, com efeito, pediram os autores unicamente a condenação dos réus a outorgarem a definitiva escritura de venda do imóvel de que são promitentes-compradores, não sendo o seu pedido alternativo, para, em caso de não alcançarem aquêle objetivo, serem os réus condenados a perdas e danos.

Mas têm razão apenas em parte, porque não há verdadeiramente essa condenação na sentença, senão apenas uma ressalva aos autores de cobrarem as ditas perdas e danos.

Em princípio, ressalva de direitos não tem judicialmente alcance nenhum. Se a ação é imprópria, ou se não está compreendido no seu objetivo a declaração judicial de determinada relação de direito, - como na hipótese de ser o juiz incompetente *ratione materiae* - com ressalva ou sem ressalva, em nada fica afetado o direito que possam ter as partes, como não o cria para quem não o tenha.

Todavia, tais ressalvas são freqüentemente fonte de confusões e equívocos, tanto mais quando, como no caso dêstes autos, fá se estabelece para a ressalva certas condições e extensão, o que tudo evidentemente escapa ao âmbito desta ação, invadindo a esfera da que porventura tenha a parte que se julga com o direito a que dita ressalva faz referência, sendo assim de manifesta conveniência a sua exclusão, aliás, incontestável direito dos segundos apelantes de a pleitearem.

Custas ex lege.

Distrito Federal. 22 de maio de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Henrique Fialho*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

BENS INALIENÁVEIS - SUB-ROGAÇÃO

- Não é mais objeto de discussão a sub-rogação de bens inalienáveis, mediante autorização judicial, nos casos de comprovado estado de necessidade do instituído, como meio de atender à vontade do testador em proteger o herdeiro.

Marieta de Moraes Lisboa, assistida de seu marido Bento Luís Moreira Lisboa, e outros *versus* Espólio de Maria Isabel da Cunha Braga

Aps. ns. 9.763 e 9.764 - Rel.: DESEMB. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis de números 9.763 e 9.764, em que são apelantes Marieta de Moraes Lisboa, assistida por seu marido, e outros, sendo apelado o Espólio de Maria Isabel da Cunha Braga:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, quanto à primeira daquelas, em dar provimento ao recurso a fim de, reformando a decisão recorrida, permitir a sub-

rogação da cláusula fideicomissária que recaía em parte de um prédio da rua General Câmara, 199, em Friburgo, Estado do Rio de Janeiro, em uma data de terras cultiváveis, da Fazenda do Ribeirão Dourado, do mesmo Município, conforme pleitearam os apelantes; e, por maioria de votos, contra o do revisor, desembargador BULHÕES CARVALHO, em negar provimento à apelação nº 9.764, para, neste caso, confirmar a decisão de fls. 29 dos respectivos autos, por apenso, que indeferiu a reversão da aludida cláusula às apólices da Dívida Pública Federal que havia sido anteriormente sub-rogada no imóvel da avenida Epitácio Pessoa nº 700, nesta capital.

Custas na forma da lei.

Com efeito, não é mais objeto de discussão a permissibilidade da sub-rogação de bens inalienáveis, mediante autorização judicial (dec. nº 4.355, de 17 de abril de 1869, art. 1º; Cód. Civil, arts. 1.676 e 1.677). As hipóteses contidas nesses dois dispositivos do Cód. Civil, - sub-rogação em virtude de expropriação e em consequência de execução por dívidas fiscais, - a jurisprudência pacífica dos nossos Tribunais ajuntou a sub-rogação nos casos de comprovado estado de necessidade do instituído como meio de atender à vontade do testador em proteger o herdeiro. CLÓVIS ("Código Civil", vol. VI, obs. ao art. 1.677) faz ver que "a sub-rogação pode dar lugar a abusos; mas sua proibição em absoluto seria injusta por lesiva de legítimos interesses. Muitas vezes o proprietário estará impossibilitado de usar o imóvel, por falta de recursos, pela situação do bem, ou por outra razão igualmente valiosa. O direito não pode querer o prejuízo do proprietário e a utilização do bem, quando os fins da inalienabilidade se podem alcançar com o expediente da sub-rogação. Como bem ponderou a Comissão da Câmara, cabe ao juiz autorizar a sub-rogação e este pode evitar os abusos, exigindo: 1º, que o interessado prove a necessidade da sub-rogação; 2º, que os bens, ou títulos para os quais é transferida a cláusula da inalienabilidade, tenham, pelo menos, valor igual ao substituído e essa avaliação feita por peritos".

Cabe, portanto, nessa hipótese, apreciar o juiz a coexistência dos pressupostos que aconselham a sub-rogação. No caso dos autos, de referência ao Imóvel da rua General Câmara nº 190, em Friburgo, estão eles reunidos. Trata-se de um prédio parcialmente gravado de condomínio, e do qual sete condôminos já têm sobre ele plena propriedade, prédio este em abandono, na iminência de perecer

seu estado de ruína e que não produz renda alguma. Não há quem o queira, no estado em que está, arrendar, arcar com as despesas de uma quase reconstrução e enfrentar os impostos, em atraso, que o oneram.

Por outro lado, os interessados não dispõem de meios para cobrir semelhante dispêndio, sendo, portanto, iminente a extinção do condomínio. A apelante, viúva, fiduciária, sem rendas, nem recursos outros, tem necessidade de aumentar os meios econômicos de que carece para alimentar e educar os fideicomissários, que são seus filhos. Nada mais justo, pois, que permitir-se a sub-rogação da cláusula testamentária que grava êsse imóvel (fideicomisso) naquela data de terras da Fazenda do Ribeirão Dourado, mais acessíveis à produção de rendas, como bem esclarecido ficou no processo e que teve uma avaliação relativamente em correspondência com a do prédio da rua General Câmara.

Não havia, portanto, uma razão que justificasse a recusa à pretensão dos apelantes nesse caso.

Quanto porém, àquela esboçada na apelação nº 9.764, a situação já não é a mesma, não sendo, portanto, de atender.

Pretendem a reversão da sub-rogação, da cláusula fideicomissária, que haviam transposto para o imóvel da avenida Epitácio Pessoa, 700, prédio e terreno, hoje de apreciável valor econômico, nas 50 apólices da Dívida Pública sôbre as quais originariamente incidia.

Não há, nessa hipótese, nem necessidade nem vantagem para os interessados. A sub-rogação, em casos que tais não constituindo uma imposição legal, porque esta só se dá consoante os arts. 1.676 e 1.677 do Cód. Civil, fica subordinada ao prudente critério do julgador na apreciação dos elementos em causa. Aliás, não colhe apontar vantagens-decorrentes da substituição, porque a vendado imóvel ofereceria uma larga margem em dinheiro, exonerada da responsabilidade, em favor daqueles, por isso que o que fica vinculado à cláusula instituída não é pròpriamente o valor do bem, mas êste mesmo na sua substância característica.

Dêste jeito, a decisão que recusou a reversão da cláusula às apólices traduz medida de louvável cautela, que, sem justificados motivos, não deve ser reformada.

É bastante expressivo o parecer com o qual a Procuradoria Geral, às fls. 43-46, dos autos respectivos, argumentou contra a pleiteada reversão.

Distrito Federal, 23 de fevereiro de 1951. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido quanto à decisão da apelação nº 9.764, nos termos do voto em separado:

Instituído fideicomisso sobre 50 apólices federais, foi feita sua sub-rogação no prédio à avenida Eptácio Pessoa nº 700, a fim de ser paga a respectiva construção. Solvidos agora todos os compromissos, pleiteia-se a volta ao *statu quo* anterior, com o respeito à vontade do testador e vantagem para o requerente. Sustenta esta não se tratar de sub-rogação nova, mas de simples reversão ao estado anterior, com cancelamento da sub-rogação precedentemente concedida.

Opõe-se o Ministério Público, alegando que a sub-rogação somente pode ser feita nos termos do dec.-lei nº 6.777, de 8 de agosto de 1944, mediante avaliação e venda em praça. Afirma também que, segundo o art. 1.736 do Cód. Civil, o fideicomisso tem direito à parte que ao fiduciário em qualquer tempo acrescer e, portanto, a valorização do prédio enriquece o fideicomissário, não podendo aproveitar ao fiduciário pela reversão do gravame às apólices primitivamente gravadas (fls. 43 do 2º apenso).

Parece-me evidente o equívoco dessa argumentação.

O dec.-lei nº 6.777, acima citado, regula a hipótese de "sub-rogação" de bens clausulados.

Ora, na hipótese, os bens clausulados pelo testador foram taxativamente 50 apólices da Dívida Pública. Posteriormente, foi feita a sub-rogação do ônus para um prédio. O que agora se pretende não é uma sub-rogação nova, mas pura e simplesmente o cancelamento da sub-rogação anteriormente concedida,

voltando o gravame a pesar sôbre as 50 apólices determinadas expressamente pelo testador no testamento.

Não é possível tratar uma reversão de sub-rogação, ou melhor, um cancelamento de sub-rogação, como se fôsse uma sub-rogação nova.

Também é evidente o equívoco existente na interpretação propugnada pelo Dr. procurador geral para o art. 1.736 do Cód. Civil.

O direito de acrescer do fiduciário que passa ao fideicomisso é relativo a bens que vieram a caber ao fiduciário pela morte, repúdio ou indignidade de algum co-herdeiro (arts. 1.710, 1.712, 1.7141 e outras hipóteses análogas (ver CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 24, pág. 208).

Não assim quanto aos melhoramentos e benfeitorias feitos pelo fiduciário e pelos quais êle e seus herdeiros têm o direito a ressarcimento (*idem*, pág. 197).

Para bem decidirmos a espécie dos autos, deveremos estudar com atenção a natureza da sub-rogação e exata extensão do direito do fideicomissário:

1º) Consideremos, em primeiro lugar, à natureza, e eficácia da sub-rogação. por exemplo, a já feita de 50 apólices substituídas por um prédio.

Essa sub-rogação, substituindo bens, não tem caráter definitivo e absoluto, nem extingue os valores respectivos.

Exemplo dêsse fato é o do art. 989 do Cód. Civil segundo o qual "na sub-rogação legal, o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até a soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor".

Assim é que, como sugere CARVALHO SANTOS, se, numa dívida de Cr\$ 30.000,00, alguém pagou apenas Cr\$ 20.000,00, não pode ficar sub-rogado nos direitos creditórios sôbre os Cr\$ 30.000,00, ainda quando o primitivo credor houvesse dado plena e geral quitação sem receber o total; entende-se que o conceito de sub-rogação exclui qualquer idéia de especulação que é própria da cessão ("Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. 8, pág. 107).

A doutrina, com efeito, tem fixado com grande nitidez a diferença entre sub-rogação, de uma parte, e cessão de crédito e novação, de outra parte.

A cessão de crédito, observa LAURENT, é equiparável a uma venda. O credor transporta todo o crédito ao cessionário. A operação se faz no interesse do credor. A sub-rogação, ao contrário, é um pagamento, embora acompanhada de cessão de direitos *condicionada e restringida* por êsse pagamento. É uma operação no interesse do devedor ("Principes", vol. 18, números 12, 18 e 295).

"A sub-rogação", como diz CARVALHO SANTOS, "é em suma a antítese da cessão, porquanto nesta, o direito se adquire *em tôda a extensão*, sem escapam parte alguma", ao passo que naquela, que é um pagamento, "não se ajusta outra coisa senão extinguir um crédito, com reserva dos direitos do credor em face do devedor e outros responsáveis pela obrigação, para fazê-los valer-se, não em sua extensão total, mas apenas na medida necessária para cobrir o crédito pessoal do terceiro em razão do desembolso feito" (ob. cit., vol. 13, pág. 97).

Delimitadas assim a cessão e a sub-rogação, fácil é também distinguir a cessão de crédito e a novação, porquanto naquela é o mesmo crédito primitivo que é transferido ao cessionário a cargo do mesmo devedor, que permanece estranho à cessão; ao passo que na novação o devedor intervém e a dívida antiga é substituída por uma *nova*.

Ora, determinada a natureza da sub-rogação da pessoa, nos créditos por efeito do pagamento, fácil é compreender a natureza da sub-rogação entre coisas, para transportar o gravame que recaia sobre uma coisa para uma outra.

Se essa substituição de coisa acompanhada de transferência de gravame fôsse total e absoluta, haveria um fato análogo à novação. É o que aconteceria se, por exemplo, entendêssemos que, sub-rogadas as 50 apólices anteriormente gravadas num imóvel, se devesse entender que tudo se passaria como se êste houvesse sido desde sempre o objeto do gravame. Ora, nada poderia existir de mais contrário à verdade, porquanto o que o testador gravou foram as apólices e não o prédio que as veio substituir sem qualquer autorização ou ordem do testador.

Para verificarmos não pode ser aceito êsse ponto de vista da substituição total e definitiva de objetos, basta considerar que o primitivo objeto do gravame não foi um valor, em dinheiro, mas um objeto determinado. Substituindo êste por dinheiro ou por um outro objeto de valor equivalente, a substituição não é total.

Se, por exemplo, um imóvel dotal é desapropriado, o respectivo preço é sub-rogado em outros bens (art. 393, parág. único, do Cód. Civil). Se, porém, por qualquer motivo, é desfeita a desapropriação, deve o gravame voltar ao prédio primitivo, por que a substituição por outro foi feita, apenas devido à impossibilidade de mantê-la no prédio anterior.

Assim, também, se uma coisa dada em garantia é destruída pelo fogo, o penhor recairá sôbre o valor da indenização, que substituirá a coisa destruída, pela impossibilidade de manter o penhor tal como estava a princípio estabelecido (art. 762, nº IV, § 1º, do Cód. Civil).

Em outros têrmos, em caso de sub-rogação de imóveis, o novo imóvel gravado em substituição ao primitivo apenas representa êste último.

Por isso muito lógicamente deveremos admitir que, a qualquer momento poderá ser restabelecido o gravame no objeto primitivamente gravado, tão logo seja materialmente possível.

Êste princípio da reversão parece, mesmo, ter sido proclamado pelo art. 56 do Cód. Civil:

"Na coletividade, fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor, e *vice versa*".

No caso especial da cláusula de inalienabilidade, o art. 1.676 do Cód. Civil só alude aos casos de desapropriação ou execução por dividas fiscais para autorizar a sub-rogação.

A jurisprudência é que a tem estendido, a requerimento da parte, desde que ocorra uma impossibilidade relativa, como no exemplo clássico do prédio agrícola que exija despesas para ser administrado ou do prédio urbano que careça de obras urgentes.

Ora, o mesmo princípio que levou os tribunais a admitir a sub-rogação diante da manifesta inconveniência de manter o gravame sobre determinado bem, deve logicamente conduzir os mesmos tribunais a completar a sua construção doutrinária admitindo a reversão do gravame às suas condições primitivas, tão logo desapareça a impossibilidade ou inconveniência de manter aquele gravame como inicialmente fora instituído pelo testador.

2º) Se considerarmos agora a questão no ponto de vista dos fideicomissários, veremos que, por definição legal, cabe-lhes o direito de receber a herança ou legado que, por morte do fiduciário, este lhes deve transmitir.

O fiduciário tem a propriedade da herança, embora restrita e resolúvel (artigos 1.733 e 1.734).

Pode por isso mesmo o fiduciário até mesmo alienar e hipotecar o imóvel que recebeu em fideicomisso, embora o direito do adquirente ou do credor hipotecário se extinga ao abrir-se a substituição, nos termos do art. 647 do Cód. Civil.

Se, portanto, o fideicomisso foi estabelecido expressamente sobre 50 apólices, è sobre estas que versa o direito eventual do fideicomissário. Não lhe interessa qualquer transação que o fiduciário faça sobre a coisa dada em fideicomisso, contando que fique reservado o seu direito a receber a coisa no devido tempo.

Se vier a ser feita uma sub-rogação e esta mais tarde vier a ser cancelada, em nada o fato prejudicará o fideicomissário, cujo direito è receber a coisa indicada no testamento.

No caso dos autos, o direito do fideicomissário è receber 50 apólices federais e não um prédio à avenida Eptácio Pessoa, aliás de valor inicialmente muito superior ao das ditas apólices, como reconheceu o Dr. curador a fls. 23 (fls. 33).

Sobre o caso, aliás, existe o acôrdo dos próprios fideicomissários (fls. 8), que receberiam, não apenas 50 apólices, determinadas pelo testador, mas 100 apólices, conforme pleiteia a própria requerente.

Tanto mais se impõe o acolhimento do pedido quanto é certo que o mesmo também se ajusta ao princípio de que deve ser respeitado estritamente o disposto pelo testador no testamento.

Dei, por isso, provimento ao recurso, para deferir o pedido de reversão da sub-rogação; *Hugo Auler*, com a seguinte declaração de voto em separado:

O meu julgamento está de acôrdo com o voto do desembargador relator, por isso que também nego provimento à segunda apelação.

E assim decido não só porque entendo que na sub-rogação de imóveis gravados ou inalienáveis, mediante permuta por apólices da Dívida Pública Federal, mormente quando há interesses de menor, a venda em hasta pública após a respectiva avaliação é da substância do ato de reversão, como também porque considero que a substituição de bens sujeitos a clausulamento somente poderá verificar se em casos de evidente conveniência ou de provada necessidade e, outrossim, pela razão de ter, para mim, o bem gravado com a cláusula de fideicomisso a ela ficar sujeito com tôdas as suas acessões, razão por que, juridicamente, na sub-rogação real, o que se vincula é a coisa com a sua *plus valia* e jamais com o seu valor contemporâneo à originária vinculação.

Em síntese, é a seguinte a hipótese dos autos centralizada afinal na presente apelação: a apelante recebeu, em virtude de verba testamentária de D. Maria, Isabel da Cunha Braga, cujo processo de inventário está aforado ao Juízo de Direito da 3ª Vara de Órfãos e Sucessões (1º Ofício), 50 apólices da Dívida Pública Federal na importância de Cr\$ 50.000,00, gravadas com a cláusula de fideicomisso e, portanto, com a obrigação de passarem aos seus filhos, se casada fôr, ou aos legítimos herdeiros dela, se não o fôr. Posteriormente, em 9 de agosto de 1934, há cerca de 16 anos passados, a apelante adquiriu pelo preço de Cr\$ 7.500,00 o terreno atualmente situado à avenida Epitácio Pessoa nº 700, nesta cidade, onde fez construir um prédio pelo preço de Cr\$ 53.275,14, passado o dito imóvel a ter orçada em Cr\$ 60.775,14 a sua avaliação real, como, porém, não houvesse podido pagar o preço da construção, a apelante recorreu e obteve do juízo do inventário a competente sub-rogação daqueles títulos da Dívida Pública Federal, dêles transferindo para o imóvel em causa a cláusula de fideicomisso. Agora, passados quase 17 anos daquela sub-rogação, porque o imóvel gravado esteja valendo muito mais em virtude da própria

natureza das coisas, que sofrem continuamente um processo natural de valorização, a apelante pleiteia a volta do *statu quo ante*, ou seja a transposição do clausulamento daquele bem para outras 50 apólices da Dívida Pública Federal, gravando-as com aquêle mesmo vínculo, a fim de obter simultâneamente a liberação do imóvel em questão.

O simples histórico da pretensão da apelante revela que a lei e a equidade não apóiam de modo algum o presente pedido de sub-rogação.

Em primeiro lugar porque, tratando-se de sub-rogação de imóvel gravado com a cláusula de fideicomisso, mediante permuta por apólice da Dívida Pública Federal, o processo que se impõe, necessariamente por força de expressa disposição de ordem pública, é o da venda em hasta pública, após a competente avaliação, para que o produto de sua alienação seja integralmente convertido na aquisição daqueles títulos que, em consequência, terão idêntica vinculação, ressalvado à apelante o direito de conservá-lo todavia em sua, livre disponibilidade, desde que, antes da assinatura do auto de arrematação, ofereça em substituição apólices do valor igual ou superior ao do maior lance obtido acima da avaliação, ou ao dêste, na falta de licitação, por expressa disposição legal como seja a do art. 2º do dec.-lei número 6.777, de 8 de agosto de 1944. Ademais, há ainda a ponderar que na, espécie *sub judice* a apelante tem filhos menores de seu casal e, assim, tenho para mim que por mais êsse motivo se impõe a necessidade da hasta pública no ato da sub-rogação, em face da regra de que "os imóveis pertencentes aos menores só podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, e sempre em hasta pública", consagrado pelo legislador no art. 429 do Cód. Civil.

Sei bem que contra êste argumento se poderá dizer que os filhos menores do apelante, na posição de herdeiros de segundo grau, não têm por enquanto a propriedade do imóvel em questão, que somente irá passar para o respectivo patrimônio quando se abrir a substituição. Realmente, o fideicomissário não tem a propriedade dos bens fideicomitidos enquanto o fiduciário vivo fôr, mas dizer que não lhe pertencem os mesmos bens é restringir por demais o seu direito aos mesmos bens, porque ambos são herdeiros da mesma herança ou legatários do mesmo legado: o fiduciário até a sua morte, durante determinado prazo ou sob certa condição; o fideicomissário a partir de qualquer um daqueles eventos a que porventura esteja subordinado o seu direito à aquisição da plena,

propriedade dos ditos bens. E o direito do fideicomissário é tão evidente que PLANIOL informa haver os tribunais de França reconhecido a seu favor o mesmo direito do fiduciário, como seja o de praticar atos de disposição, tais como a hipoteca e a cessão do seu direito sobre os bens dados em fidúcia pelo testador ou doador ("Traité Elémentaire de Droit Civil", Paris, Droit & Jurisprudence, 1946, vol. III, nº 3.926, pág. 1.2361. É certa se há de considerar esta tese, por isso que, em síntese, não constitui menos do que um proprietário *in fieri* o fideicomissário, enquanto apenas não se abrir a substituição. Conf.: COLIN-CAPITANT ("Cours Elémentaire de Droit Civil", Paris, Dalloz, 1945, tomo III, nº 1.995, pág. 1.016).

Portanto, a conclusão que se impõe é a de que, simultaneamente, o fiduciário e o fideicomissário têm em conjunto interesses relevantes nos mesmos bens fideicomitidos, o primeiro como titular de um direito sujeito a. uma condição suspensiva e a quem é permitido usar dos atos necessários à conservação da coisa sobre a qual recai o seu direito individual, definidas que são as respectivas posições pelas normas contidas nos arts. 119 e 221 do Código Civil. E dêste modo não se pode dizer, a rigor, que o fideicomissário tenha a propriedade dos bens fideicomitidos, mas também não se pode negar que lhe pertençam êstes mesmos bens. Em consequência, o art. 429 do Cód. Civil exige a hasta pública para a venda dos bens que pertençam a menor, ou seja, os bens que lhe caibam, que lhe sejam relativos, que lhe digam respeito, que lhe sejam devidos ou atributivos, eis que o texto legal não se refere expressa e taxativamente ao direito de propriedade, e, por conseguinte, não se pode negar naquela exigência de ordem pública desde que se trate de sub-rogação de bens imóveis gravados com a cláusula de fideicomisso quando na posição de fideicomissário se encontre um menor.

Em segundo lugar, porque, como bem o diz CORREIA MEIRA, "tudo quanto implique ao proprietário cerceamento de liberdade de disposição, constitui, sem dúvida, no sentido lato, uma inalienabilidade", defendendo a tese que eleva com razão o fideicomisso à categoria do instituto jurídico da inalienabilidade ("Do Fideicomisso", São Paulo, 1929, cap. XXII, pág. 82). E, assim, a sub-rogação de bens fideicomitidos deverá atender ao princípio de que "a cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta, aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de

impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade", consagrado no art. 1.676 do Cód. Civil, o que não constitui em absoluto a hipótese ora submetida a julgamento. Entretanto, a interpretação autêntica dada a essa disposição legal permite ainda que se admita a sub-rogação dos bens clausulados em outras hipóteses, desde que haja prova bastante de necessidade e conveniência dêste ato como ocorre, por exemplo, nos casos do bem clausulado encontrar-se em estado de ruína, não tendo o herdeiro provisão para custear as obras de reparação de vulto ou de reconstrução, quando não é possível o seu arrendamento, quando a aquisição de outros bens irá permitir uma renda maior, ou quando, porque, em estado de indivisão, estabelecido ordinariamente o condomínio, é decretada a sua extinção. Conf.: PONTES DE MIRANDA ("Tratado dos Testamentos", Rio, vol. III, nº 937, págs. 365-367), CLÓVIS ("Código Civil", Rio, 1939, vol. VI, pág. 137). Mas a verdade é que, na espécie *sub judice*, não há a menor prova, mesmo porque nesse sentido não foi feita qualquer alegação da ocorrência de qualquer uma daquelas hipóteses de conveniência ou necessidade da transposição do vínculo que recai sobre o imóvel para títulos da Dívida Pública Federal, principalmente quando se verifica afinal que a soma das apólices ofertadas é por demais inferior ao valor daquele bem em seu estado atual.

Em terceiro lugar, porque, em se tratando de fideicomisso, e, portanto, de uma espécie do gênero de inalienabilidade, o que se vincula é o próprio bem fideicomitado e jamais o seu valor econômico à época da liberalidade ou, se houve, supervenientemente, a da respectiva sub-rogação, tanto assim que o legislador foi de uma clareza solar ao dispor que, "quando se der a alienação de bens clausulados" (já não se fala mais, restritivamente, em *inalienabilidade*, mas em *cláusulas* de um modo geral), "o produto se converterá em outros bens que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros", tal como se infere da regra contida no art. 1.677 do Cód. Civil, que deverá ser entendida à luz do art. 2º do dec.-lei nº 6.771, de 8 de agosto de 1944. Portanto, na sub-rogação deve existir uma perfeita equivalência entre o valor contemporâneo à realização dêste ato, e não o da época da liberalidade ou da anterior sub-rogação, e o valor dos que irão ocupar o seu lugar. A clara redação do art. 1.677 do Cód. Civil revela, outrossim, que o aumento do valor da coisa vinculada fica também sujeito à cláusula imposta pelo testador ou doador, visto como o que se vincula

é o próprio bem com todos os seus acréscimos e valorizações naturais e jamais o seu valor anterior.

Aliás, esta conclusão tanto mais se impõe, na hipótese dos autos, que trata de sub-rogação de bens fideicomitidos, quanto menos se ignora que, enquanto não renunciar à herança ou legado, o fideicomissário terá direito à parte que ao fiduciário, em qualquer tempo, acrescer, segundo a regra do art. 1.736 do Cód. Civil. É a lição do egrégio CLÓVIS: "O fideicomisso constitui um acervo de bens em fundo hereditário, que se acha no patrimônio do fiduciário, até o momento de se abrir a substituição. Todos os aumentos naturais, que advierem a êsse acervo durante a fidúcia, transmitem-se ao "substituto" (ob. cit., vol. VI, pág. 211). Ora, a valorização do imóvel em questão é um aumento natural que adveio ao acervo hereditário durante a fidúcia, razão por que sôbre êste acréscimo econômico veio a incidir automaticamente o fideicomisso, passando os fideicomissários, que são os filhos menores da apelante, a ter sôbre êste melhoramento, devido tão-sòmente à própria natureza das coisas que estão no comércio, um direito eventual, sendo-lhes licito tudo fazer para a respectiva conservação. Por conseguinte, se houvesse necessidade ou conveniência de nova sub-rogação, todo o produto da venda do imóvel em questão, realizada em hasta pública, deveria ser clausulado, eis que aquele acréscimo natural, como seja a valorização atual dó bem fideicomitido, já foi atingido pelo direito eventual que assiste aos filhos menores de seu casal.

Esta é a aplicação certa, justa e equânime dos arts. 1.676, 1.677 e 1.736 do Código Civil e do art. 2º do dec.-lei nº 6.777, de 8 de agosto de 1944, e que tem a ampará-la a própria natureza jurídica da sub-rogação real que, segundo bem diz HENRI CAPITANT, "*a non seulement pour effet, comme le dit le vieux brocard (pretium succedit loco rei), de subroger le prix a la chose et la chose au prix, mais de substituer toute valeur nouvelle à celle qui faisait partie du patrimoine*" ("Essai sur la subrogation réelle", in "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, Recueil Sirey, 1919, tomo XVIII, pág. 416).

Ciente, em 31-5-1951. - *Jorge de Godói.*

*

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA

- Muito embora a ação de investigação de paternidade se considere personalíssima e só pelo investigante deva ser movida, nada impede que a filha de uma filha natural do "de cujus", por êle assim registrada, venha pleitear pela sua qualidade de herdeira.

Jurema Gomes dos Santos *versus* Espólio de Antônio Pinto de Carvalho e outros

Ap. nº 11.541 - Relator: DESEMBARG. EMANUEL SODRÉ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 11.541, em que é apelante Jurema Gomes dos Santos e apelados o Espólio de Antônio Pinto de Carvalho e outros:

Acordam os juízes da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para que se prossiga no feito como de petição de herança.

A autora, menor púbere assistida de seu pai, veio pleitear o seu reconhecimento como neta materna do *de cujus*, alegando que a mãe da autora era filha natural do *de cujus*.

O Dr. tutor judicial foi de parecer que a autora era carecedora de ação, pois a de investigação de paternidade é personalíssima e só pelo investigante poderá ser movida, não se transmitindo aos seus herdeiros o direito de ingressar em Juízo. O Dr. curador de família concordou com êsse parecer e o Dr. juiz *a quo*, acolhendo essa preliminar, julgou a autora carecedora de ação (fls. 40).

Agravou a autora, mas o acórdão desta 8ª Câmara, a fls. 53 v., mandou processar como apelação.

É certo que o comentário de CLÓVIS BEVILÁQUA ao art. 363 do Cód. Civil firmou que só o filho poderá propor ação, embora reconhecendo que a jurisprudência já se vinha acentuando no sentido de estender êsse direito aos

herdeiros do filho. Mas, se bem fôr examinada a inicial, se verá que o objetivo da autora é ver proclamado o seu direito à herança do avô materno. Não se pode contestar que a mãe da autora era filha natural do *de cujus*, porque êste mesmo a *registrou* como tal (fls. 6). Logo, o que é pleiteado na presente ação é o direito da autora à herança do *de cujus*, como sua neta, em face da certidão de nascimento de fls. 4.

O próprio Dr. curador de família ressalvou à autora á, propositura da ação de petição de herança: mas é precisamente êsse o real objetivo do presente feito, como, repita-se, decorre da inicial.

Custas pelos recorridos.

Distrito Federal, 25 de maio de 1951. - *Emanuel de Almeida Sodré*, presidente e relator; *Eduardo Espínola Filho*; *Faustino Nascimento*.

Ciente, em 20-6-51. - *Jorge de Godói*.

*

DESPEJO - CONSERVAÇÃO DO PRÉDIO

- Decreta.-se o despejo do locatário, provado o seu manifesto descaso pela conservação do prédio.

Luísa da Gama Cabral *versus* Manuel Moreira da Silva

Ap. nº 7.744 (embs.) - Relator: DESEMB. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos da apelação cível número 7.794, sendo embargante Luísa da Gama Cabral e embargado Manuel Moreira da Silva:

Acordam os juízes da 1ª Turma de embargos do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, julgar improcedentes os embargos, pagas as custas pela embargante.

A maioria da 8ª Câmara aplicou à espécie, e com acêrto, o parág. único do art. 1.206 do Cód. Civil, quanto à obrigação do locatário de fazer, por sua conta, as pequenas reparações de estragos que não provenham naturalmente do tempo ou do uso. Para se isentar da obrigação, devia a locatária provar que os estragos, verificados pelos peritos no prédio, resultaram do uso da coisa, do tempo. A perícia, entretanto, deixou claro que a locatária foi de manifesto descaso pela conservação do prédio. Não só êste foi encontrado "bastante danificado", com falta de mais de metade dos tacos na sala, falta de vidros, pisos sem enceramento, como os peritos assinalaram, em seus laudos, que haviam vidros quebrados, tacos soltos, falta de maçanetas e de espelho da fechadura, azulejos também soltos, caixa automática sem descarga, danos êsses "exclusivamente devidos à culpa da moradora" (laudo de fls. 75). Não são danos provenientes da ação do tempo e do uso do imóvel locado. E nem seria de aplicar o art. 1.192 do Código, como sustentou o voto vencido, aguardando-se a restituição do prédio, se, desde logo, evidenciada ficou a culpa da locatária, pela infração do disposto no art. 1.202, parág. único, do mesmo Código.

Distrito Federal, 12 de março de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator.

*

DUPLICATAS FALSAS - PROTESTO

- Não responde o banco pelo protesto de duplicatas falsas, apesar de notificado para não fazê-lo.

Teodoro & Cia. Ltda. *versus* Manuel Borges

Ap. nº 13.289 - Relator: DESEMBARG. OSCAR TENÓRIO

ACÓRDÃO

Acordam os juizes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, nos autos da apelação cível nº 13.289, sendo apelante a firma Teodoro & Cia. Ltda. e apelado Manuel Borges, dar provimento ao recurso para, reformando a sentença apelada, julgar improcedente a ação.

Contra J. P. Madureira e Casa Bancária Teodoro & Cia. Limitada, Manuel Borges intentou uma ação de ressarcimento de prejuízos causados pela emissão falsa de quatro duplicatas emitidas pelo primeiro réu, dadas como aceitas pelo autor, e descontadas no estabelecimento bancário do segundo réu. Teve, êxito na primeira instância. Entretanto, o segundo réu apelou da sentença.

Da leitura dos autos, verifica-sé que a razão está com o apelante. Se os títulos eram falsos (e a perícia apurou a falsificação), o suposto devedor deveria ter proposto, de imediato, a competente ação. Preferiu o caminho inócuo da notificação judicial, desacompanhada de qualquer prova capaz de levar a Casa Bancária a suspender ò protesto. A prevalecer o critério das notificações, os bancos estariam, a cada momento, à mercê de devedores relapsos.

Aliás, os títulos não foram protestados, mas distribuídos para protesto. Em. face da distribuição, o apelado fêz o depósito da quantia correspondente às duplicatas, evitando o protesto. Cabia-lhe intentar a ação dentro de 30 dias. Como depósito, foi cancelada a distribuição.

Por tôdas estas razões, a sentença apelada, em relação ao apelante, merece reforma.

Distrito Federal, 27 de julho de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Oscar Tenório*, relator; *Mem de Vasconcelos Reis*.

*

LOCAÇÃO PARCIAL - RETOMADA

- Quem alugou parcialmente a sua casa de veraneio, não está impedido de a retomar, nas mesmas condições em que o poderia fazer se a casa estivesse totalmente alugada.

Lúcio Correia *versus* Antônio de Oliveira Rocha Júnior

Ap. nº 9.324 (embs.) - Relator: DESEMB. SÁ E BENEVIDES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na apelação cível número 9.324, acordam, por unanimidade de votos, na 3ª Turma das Câmaras Cíveis Reunidas, em desprezar os embargos opostos ao acórdão.

Dissentiu do julgado o voto vencido, em que, tenda o autor alugado apenas uma parte da casa, usando a outra parte para o seu veraneio e "week end", equiparava-se ao que mora em casa própria, para o efeito do encargo da prova, - para retomar, - não lhe aproveitando a presunção de sinceridade do pedido.

Mas o certo é, e os autos o demonstram, que o autor tem a sua residência. nesta cidade, em casa de aluguel, e da de sua "propriedade na ilha do Governador alugou apenas uma parte, a fim de que pudesse usar eventualmente o remanescente. Entende o Tribunal que o seu direito é pelo menos igual ao de retomar casa que tivesse alugado por inteiro.

A circunstância de ter alugado apenas uma parte do imóvel não o faz residente nêle, nem apaga a circunstância de que a sua residência é aqui, na cidade, em casa de aluguel. O motivo alegado para a retomada é o mais aceitável: o autor alega que está sendo instado por sua vez a desocupar a casa de aluguel em que reside.

Cabia ao réu a contraprova, que infirmasse essa alegação, e dêsse ônus não se desincumbiu o mesmo réu.

Em tais condições, a sanção legal operaria *a posteriori* se o autor não vier a ocupar a casa retomanda para a sua exclusiva residência.

Em tais condições, o acórdão embargado decidiu bem, de acôrdo com o direito e a prova dos autos.

Distrito Federal. 28 de março de 1951. - *Ari de Azevedo Franco*, presidente interino; *Estácio Correia de Sá e Benevides*, relator.

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO -- FIXAÇÃO DO ALUGUEL

- Sendo o contrato, embora com o prazo declarado de quatro anos, prorrogação de outro anterior, de igual prazo, prorrogação declarada em ação própria, constituindo coisa julgada, direito assiste ao locatário-comerciante de pedir, em ação judicial, a renovação da sua locação.

Antônio Augusto Portela e outros *versus* Lejzar Minski

Ap. nº 13.347 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.347, sendo 1º e 2º apelantes, respectivamente apelados, Antônio Augusto Portela e outros e Lejzar Minski:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento, em parte, ao primeiro recurso, para fixar o aluguel mensal em Cr\$ 2.000,00 mensais, e negar provimento ao segundo recurso.

Insistem os primeiros apelantes em que a ação não podia ter sido julgada procedente, porque, na espécie, o contrato é de prazo inferior a cinco anos. Entretanto, o contrato renovando é de *prorrogação* de outro anterior, no total de oito anos, como consequência, aliás, do acórdão da 4ª Câmara, a fls. 8, que, em ação declaratória, expressamente reconheceu essa prorrogação.

Existe no prédio fundo de comércio, como apurou a perícia (fls. 67 e 115); ao contrário do alegado pelos réus.

Relativamente ao aluguel é que se reforma a sentença, porque não corresponde ao valor atual do prédio, localizado em Copacabana. O antigo aluguel, pedido pelo autor-segundo apelante, foi convencionado há oito anos. O perito dos primeiros apelantes foi excessivo na fixação. A Câmara resolve arbitrar o

aluguel mensal em Cr\$ 2.000,00, num justo equilíbrio entre os interesses do locatário e dos locadores.

Custas na forma da lei.

Distrito Federal, 11 de setembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Oscar Tenório*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

*

DESPEJO - SUBLOCAÇÃO TOTAL

- Se o locatário reside em prédio diverso do que lhe foi locado e não prova que efetivamente tem duas residências, julga-se procedente a ação de despejo, com fundamento em violação da lei e infração de cláusula contratual.

Bronislaw Trynzewski *versus* Maria Augusta Flores

Ap. nº 13.713 - Relator: DESEMBARG. HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.713, em que é apelante Bronislaw Trynzewski, sendo apelada Maria Augusta Flores:

Acordam os juízes da 6166 Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão unânime, negar provimento ao recurso, confirmando a sentença que julgou procedente a ação e decretou o despejo do apelado.

Ficou provado que o réu; ora apelante, está residindo em outro apartamento, fato que êle mesmo reconhece, alegando entretanto que a lei lhe faculta ter mais de uma residência.

Sem dúvida assim é, mas o réu deveria ter provado que efetivamente tem duas residências, coisa que não se, presume, sendo a prova tanto mais indispensável em face do que dispõe o art. 209, § 2º, do Cód. Civil.

Alegou ainda o réu, em sua defesa, que a pessoa que atualmente ocupa o apartamento objeto de despejo é de sua intimidade e nenhum aluguel paga. Ainda aí indispensável seria prova convincente dessa alegação, o que entretanto não ocorre.

Não há dúvida, por outro lado, que a violação da lei e infração do contrato pela sublocação proibida podem ser provadas por indícios e presunções, e é o que no caso acontece, como bem demonstrou a sentença recorrida.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 24 de agosto de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Henrique Fialho*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

PENSÃO ALIMENTÍCIA - REDUÇÃO

- Desde que não houve modificação na situação econômica do alimentário ou provedor, não há por que reduzir a pensão alimentícia a que está obrigado em relação à prole e à espôsa.

Cícero Cerqueira Carvalho *versus* Hilda Cerqueira Carvalho

Ap. nº 5.665 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de anelação cível nº 5.665, em a qual é apelante Cícero Cerqueira Carvalho e apelada Hilda Cerqueira Carvalho:

Acordam, preliminarmente, por maioria de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Distrito Federal, conhecer do agravo no auto do processo às fls. 27 e, por unanimidade, negar-lhe provimento, outro tanto o fazendo quanto ao mérito do recurso pròpriamente dito.

Custas na forma da lei.

Relativamente ao agravo aludido, do qual o relator não conhecia porque foi reduzido a têrmo sem despacho do juiz, a Câmara considerou que tal circunstância não impedia conhecê-lo, mas negou-lhe provimento, porque em matéria de prova é lícito ao juiz, na forma do art. 117 do Cód. de Proc. Civil, deferir as que sejam úteis ao conhecimento da causa, indeferindo aquelas que como tal não repute.

Mérito. Pretendeu o apelante exonerar-se da obrigação de pensionar sua espôsa e filhos, aos quais abandonara, ou obter redução da prestação alimentícia a que foi condenado. A forma adversativa do pedido foi, porém, limitada pelo saneador, que passou em julgado, em tal parte, apenas a pretendida redução da pensão.

Todavia, no caso em aprêço, a situação econômica do alimentante, ao contrário, da data de sua condenação para cá, só melhorou. Com efeito, ao ser fixada a pensão em referência, percebia êle Cr\$ 3.750,00 por mês - fls. 30 do apenso - e, agora, cêrca de Cr\$ 6.000,00 como empregado de uma companhia de seguros.

Não há dúvida que dois dos filhos do apelante já são maiores, mas um dêles sofre de moléstia nervosa e precisa de tratamento para restabelecer-se, enquanto que outro nada ganha e está cursando a Escola Carmela Dutra (fls. 43, 46 e 59). Assim, torna-se indispensável a ajuda do pai ao filho enfêrmo, embora maior, e à filha também maior, solteira, que, sem meios para provera própria subsistência, estuda a fim de habilitar-sé ao exercício de uma profissão. Os dois outros filhos são menores. Um trabalha, ganhando pouco, enquanto que o outro estuda, não trabalha e está na iminência de servir no Exército.

Quanto à mulher, sua pensão, como se vê de fls. 73-74 do apenso, já foi confirmada por êste Tribunal.

Aliás, o montante da contribuição alimentícia do apelante à sua família não ultrapassa de um têrço dos seus atuais rendimentos.

Distrito Federal, 11 de julho de 1950. - *Eduardo Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*.

Ciente, em 9-8-1950. - *T. Arthou*.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DISPONIBILIDADE - PROVENTOS

- **A disponibilidade resultante do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é de natureza especial e não se rege pelo Estatuto dos Funcionários da Prefeitura do Distrito Federal, quanto ao cálculo de proventos.**
- **Interpretação do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.**

Tomás Posada *versus* Prefeitura do Distrito Federal

Ap. nº 5.224 - Relator: DESEMBARG. MÁRIO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 5.224, sendo apelante Tomás Posada e apelada a Prefeitura do Distrito Federal:

Pelo dec. nº D-49, de 19 de abril de 1947, o prefeito do Distrito Federal declarou o apelante em disponibilidade, nos têrmos do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a partir de 18 de setembro de 1946, no cargo de professor de curso primário, em que se transformou o de professor dos cursos de continuação e aperfeiçoamento, com o provento correspondente ao vencimento integral daquele cargo (fls. 5, 1ª coluna).

Em sessão de 23 de setembro, ainda de 1947, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, nos têrmos da letra *a*, item 1, do § 2º do art. 12 do dec.-lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, resolveu julgar legal a concessão da referida

disponibilidade, com os vencimentos anuais de Cr\$ 23.400,00 (fls. 61), donde os vencimentos mensais de Cr\$ 1.950,00.

Acontece, porém, que o citado decreto nº D-49 veio a sofrer uma revisão pela administração, tendo surgido, assim, o decreto nº D-46, de 6 de maio de 1948, mediante o qual o prefeito, de acordo com o disposto no art. 1º, § 2º, da lei nº 74, de 6 de dezembro de 1947, e tendo em vista o que consta do processo nº 10.759-ASC, resolveu revalidar aquêlê dec. nº D-49, mantendo a disponibilidade do apelante, mas modificando os proventos da mesma, que passariam a ser fixados na forma do artigo 180 do dec.-lei nº 3.770, de 28 de outubro de 1941, ou Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da Prefeitura do Distrito Federal (fls. 11, 1ª coluna, fim e 2ª).

Em face do dec. nº D-46, de 6 de maio de 1948, o secretário geral, à vista das informações prestadas, refixou em Cr\$ 10.140,00 os proventos anuais da disponibilidade do apelante (fls. 12, 2ª coluna), donde a redução dos vencimentos mensais de Cr\$ 1.950,00 para Cr\$ 845,00. É contra essa diminuição de proventos que pretende o apelante segurança, salientando que os mesmos, fixados nos termos, do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não poderiam ser modificados por decreto-lei anterior a êsse Ato, qual o de nº 3.770, ou Estatuto, invocado no impugnado dec. nº D-46. Declara o apelante que até janeiro de 1948 recebeu os proventos na base mensal de Cr\$ 1.950,00 e que, por ato de 27 de julho do mesmo ano, êsses proventos foram reduzidos para Cr\$ 845,00, com a obrigação de devolver, mensalmente, a diferença desde 1946. Havendo acumulado os vencimentos de fevereiro em diante, por estar dependente de solução o seu caso, sòmente no mencionado dia 27 de julho, quando foi recebê-los, teve a surprêsa de verificar a efetivação da redução dos vencimentos devidos e dos descontos para pagamento do que a mais teria recebido, comprovada pelos contracheques de fls. 7 a 10 (fls. 3 v.).

Pretende ainda o apelante segurança para pagamento das adicionais por quinquênio a que se julga com direito, em face do art. 4º do dec. nº 9.909, de 17 de setembro de 1946, mandado observar pelo art. 14 do dec. nº 8.813, de 8 de março de 1947, salientando que o dec. nº 9.071, de 10 de dezembro de 1947, no art. 20, tornou extensivo aos funcionários em disponibilidade os aumentos de vencimentos estabelecidos pelos decs.-leis nº 6.027, de 24 de novembro de 1945, e nº 8.629, de 10 de janeiro de 1946. A lei nº 74, de 6 de dezembro de

1947, acrescenta, cogitava, no art. 1º, § 2º, da revisão, dentro de 90 dias da sua vigência, dos atos de disponibilidade e, no seu caso, a revisão fôra feita fora dêsse prazo, quando já decorridos cinco meses. E o que consta da petição inicial de fls. 2-4.

Solicitadas as informações, prestou-as o prefeito a fls. 20-23, delas se apurando que o dec. nº D-46 resultou da aprovação do parecer da Comissão instituída pela portaria nº 678, de 18 de fevereiro de 1943 (fls. 22, *d* e *e*), e que a refixação dos vencimentos se fêz de acordo com o parecer transcrito (fls. 22, *f*, e 23, *g*). A apelada, citada na pessoa do seu 6º procurador (fls. 18), ofereceu a contestação de fls. 25-26, sustentando que o art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal não mandou que fôsse contado o tempo em que o funcionário êste e afastado do cargo e que, vigorando entre nós a teoria estatutária como reguladora das relações jurídicas entre o Estado e o funcionário, a disponibilidade do apelante seria regulável, como o foi, pelo art. 180 do dec.-lei nº 3.770, ou Estatuto. Pela sentença de fls. 29-31, denegou o Dr. juiz a segurança pedida, reconhecendo a legalidade do ato impugnado e, tendo em vista a decisão do Tribunal de Contas de fls. 6, salienta que "a circunstância do registro prévio da disponibilidade do impetrante não torna irretratável a sua fixação, pois cabe ao Tribunal de Contas, para o caso de disponibilidade, tão-só o registro de despesa, só admitindo recusa, pelo dec.-lei nº 96, se a quantia fôr superior ao que o mesmo órgão entender devido".

Não se conformando com essa sentença, interpôs o apelante a apelação de fls. 33-36 v., recebida, no efeito devolutivo, pelo despacho de fls. 37. Insiste na argumentação aduzida na petição inicial focalizando que o cargo de professor do curso primário - padrão H - está sujeito ao regime especial de aumentos quinquenais e que as disposições do Estatuto, nos têrmos de seu art. 258, não são aplicáveis senão subsidiariamente aos membros do Magistério e do Ministério Público, regidos por leis especiais.

Contra-arrazoou a apelada, insistindo na legalidade da aplicação à espécie do art. 180 do Estatuto (fls. 39-40).

Eis o relatório.

Tem tãda procedênciã a pretensã do apelante, prejudicado que se acha êle em direito líquido e certo. Definida a situação do apelante, na conformidade do artigo 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ininvocável seria o art. 180 do Estatuto, quando mesmo êsse dispositivo fôsse posterior àquele Ato, porque então se apresentaria inconstitucional.

Dispõe o citado art. 24:

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

Pela disponibilidade, ficou o apelante, embora sem exercício atual, à disposição da Prefeitura. Assim, logo que esta fizer o facultado reaproveitamento, o apelante terá exercício efetivo no cargo para que fôr designado. A situação em que o apelante se encontra não depende de sua vontade, mas decorre do ato da administração. E, entretanto, um funcionário ativo. Ora, estabelecendo a disponibilidade remunerada, sem direito aos vencimentos anteriores, o transcrito art. 24 resolveu a única exceção cabível à espécie. O apelante não tem direito, é certo, aos atrasados correspondentes ao tempo que mediou entre a perda do cargo efetivo por desacumulação imposta na legislação precedente e a sua disponibilidade. Assiste-lhe, porém, o direito de ter o vencimento desta fixado como se houvesse permanecido no exercício do cargo durante êsse período. Justifica-se, dêsse modo, a sua pretensão também quanto aos aumentos reclamados, inclusive em relação às adicionais por quinquênio, pois a disponibilidade assegura todos os proventos inerentes ao cargo.

Quando mesmo se admita que, em regra, a disposição do art. 180 do Estatuto seja aplicável ao magistério, porque não abrangida nas exceções do art. 258, não, se pode atribuir àquele artigo o efeito de obstar a aplicação de posteriores leis especiais sempre que incompatíveis as suas disposições, com as disposições gerais do Estatuto (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º). Na espécie, aliás, nenhuma é a aplicação do discutido artigo 180, que se prende aos dois casos de disponibilidade, previstos no anterior artigo 179, entre os

quais não se inclui o da disponibilidade do apelante, a qual não resultou da supressão do cargo, mas de desacumulação, tratando-se, portanto, de uma disponibilidade especial de que não cogita o Estatuto, qualquer outra lei ordinária e a própria Constituição (arts. 189, parág. único, e 12).

Elucidativo sôbre o assunto é o parecer da Comissão de Justiça do Senado sôbre o veto oposto pelo prefeito ao artigo 40 da lei nº 260, de 26 de setembro de 1948, que interpretou, com acêrto, o pensamento do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ("Diário do Congresso Nacional" de 14 de dezembro de 1948. págs. 11, 4ª coluna, fim, e 12, 1ª, 2ª e 3ª colunas). Acresce que o dec. nº D-46, de 6 de maio de 1948, publicado no "Diário Oficial", seção II, de 7 (fls. 11), incide na censura feita pelo apelante, qual a da intempestividade da revisão, pois a lei nº 74, de 6 de dezembro de 1947, publicada no "Diário Oficial", seção I, de 9, dispõe no art. 1º, § 2º:

"Dentro de 90 dias, a partir da vigência desta lei, o prefeito fará a revisão compulsória de todos os atos vigentes que puseram quaisquer funcionários da Prefeitura em disponibilidade remunerada, renovando ou invalidando os atos de seus antecessores relativos a essa disponibilidade".

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade, em conceder a segurança requerida a fôlhas 2-4.

Custas pela apelada.

Distrito Federal, 5 de outubro de 1949. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, relator.

Ciente, em 1º de dezembro de 1949. - *Francisco Baldessarini*.

*

REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO PARCIAL

- A separação parcial de bens deve ser interpretada restritivamente e em conformidade com o teor do instrumento que a institui e se nêle, não são incluídos os aqüestos, "ipso facto" passam êstes à comunhão.

Espólio de Darcília Martins Teixeira e outra *versus* Coriolano Inocêncio
Teixeira

Ap. nº 6.139 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 6.139, em a qual são apelantes a espólio de Darcília Martins Teixeira, por seu inventariante, e Maria Teresa Eliane Kuntz, assistida de seu marido, sendo apelado Coriolano Inocêncio Teixeira:

Acordam, por unanimidade de votos, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, em desprezar o agravo no auto do processo e, no mérito, em negar provimento ao aludido recurso; pagas as custas na forma da lei.

Quanto ao agravo no auto do processo, interposto do despacho saneador de fls. 66, que não acolheu a excludente de carência de ação, levantada pelo réu, ora apelado, assim decidem porque é evidente o legítimo interêsse do testamenteiro em procurar pelos meios regulares a interpretação das cláusulas de uma escritura antenupcial em que foi parte a *de cujus*, e isto para a perfeita execução de sua incumbência.

No mérito. Verifica-se da escritura antenupcial, por certidão às fls. 7-8, cláusula 1ª, que os nubentes só pactuaram a separação absoluta dos bens que levassem e os que viessem a haver por sucessão hereditária, estabelecendo, desta forma, comunhão para os aqüestos, advindos do produto do trabalho e da economia, de doações e legados comunicáveis e que resultassem da inversão dos rendimentos dos bens incomunicáveis que não fôssem necessários à conservação dos mesmos.

Ora, os imóveis visados pela presente ação foram adquiridos na vigência do casamento do ora apelado com a finada Darcília Martins Teixeira, - fls. 12 e 19, e, presumivelmente, com o produto do trabalho do ora apelado, que para tanto tinha meios, quer como promotor público na comarca de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, quer como profissional, no exercício de sua advocacia (fls. 85-90). Mas, mesmo que assim não fôsse, a aquisição se teria dado com os rendimentos dos bens inalienáveis de sua espôsa, rendimentos que não eram necessários à conservação dêles e foram, então, invertidos em outros imóveis, mas, neste caso, já subordinados ao regime da comunhão.

A separação parcial de bens deve ser interpretada restritivamente e em conformidade com o teor do instrumento que a institui e se nêle não são incluídos os aqüestos, *ipso facto* passam êstes à comunhão.

Distrito Federal, 4 de julho de 1950. - *Eduardo Sousa Santos*, presidente; *Homero Pinho*, relator; *Sílvio Martins Teixeira*.

Ciente, em 9-8-1950. - *T. Arthou*.

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - ATO DISCIPLINAR - MANDADO DE SEGURANÇA

- Cabe mandado de segurança contra ato disciplinar; mas, neste caso, o Poder Judiciário sòmente aprecia a legalidade intrínseca ou extrínseca do ato.

Requerente: Cezare Augusto Bettini

Mand. de seg. nº 237 - Relator: DESEMB. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 237, em que é requerente Cezare Augusto Bettini e informante o Sr. general chefe de Polícia:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sessão plena, e contra os votos dos Srs. desembargadores MEM REIS, EURICO PAIXÃO, FERNANDES PINHEIRO, GUILHERME ESTELITA e NELSON HUNGRIA, conhecer do mandado de segurança, embora contra ato disciplinar, e, por unanimidade de votos, indeferi-lo.

O requerente entende violados os seus direitos por atos do diretor da Guarda Civil, mantidos pelo general chefe de Polícia, e decorrentes de penas disciplinares, que lhe foram impostas, e, ainda, de sua transferência, de um para outro setor da respectiva repartição da Guarda Civil desta capital. O Cód. de Proc. Civil, no art. 320, nº III, como a lei nº 191, de 1936, dispõe não caber mandado de segurança "contra ato disciplinar". A Constituição de 1934, no § 33 do art. 113, mandava que o processo do mandado de segurança fôsse o mesmo do *habeas corpus*, e, quanto a êste, no, § 23, expressamente o excluía, quando se tratava de: "2 - Transgressões disciplinares". Daí, o Supremo Tribunal Federal não admiti-lo em mandado de segurança contra pena disciplinar (ac. relatado pelo eminente ministro COSTA MANSO, citado por CARVALHO SANTOS, à pág. 363, vol IV, dos "Comentários ao Cód. de Proc. Civil").

A Constituição de 1946, tratando do *habeas corpus*, expressamente dêle excluiu o remédio "nas transgressões disciplinares" (art. 131, § 23). Entretanto, no § 24 do mesmo art. 131, determina, usando não mais do que dispunha a anterior Constituição, 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". Essa nova redação motivou divergência entre os comentadores da atual Constituição e os membros do nosso Pretório Excelso. Se CARLOS MAXIMILIANO (volume III dos "Comentários à Constituição", pág. 152) e TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI ("Diário da Justiça" de 6 de outubro de 1948) sustentam não ser admissível o mandado de segurança, tratando-se de ato disciplinar, no que são acompanhados pelos eminentes ministro HAHNEMANN GUIMARÃES e desembargadores MEM REIS, EURICO PAIXÃO, FERNANDES PINHEIRO, GUILHERME ESTELITA e NÉLSON HUNGRIA, já os demais ilustrados ministros do egrégio Supremo Tribunal Federal e a maioria dos juízes dêste Tribunal Pleno se manifestam pelo seu conhecimento. O ministro GOULART

DE OLIVEIRA, relator do primeiro caso levado ao conhecimento do egrégio Tribunal Supremo, em brilhante voto publicado no "Diário da Justiça" de 6 de outubro de 1948, deixou expresso em que: "apreciado bem o atual texto constitucional, não excetua, em princípio, o ato disciplinar da garantia do mandado de segurança por isso que fazendo-o de maneira expressa em relação ao *habeas corpus*, estende-a, por exclusão, ao outro remédio: para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*".

Os textos não oferecem a independência costumada. A liberdade de locomoção é o direito assegurado no *habeas corpus* contra a violência ou coação por ato ilegal ou abuso de poder, excluído, expressamente, a transgressão disciplinar. Mas, no que toca e respeita ao mandado de segurança, já se não especializa a esfera de direitos a amparar e garantir; os direitos serão da natureza daqueles não amparados pelo *habeas corpus*. Adotando, novamente, essa interpretação, porque já assim decidiu quando do julgamento do mandado de segurança nº 213, em 5 de abril deste ano, o Tribunal, por sua maioria, conhece do pedido. O pedido ainda se justificava, porque outro fundamento é invocado, ou o relativo à remoção do requerente de um para outro setor da sua repartição, remoção não considerada como pena disciplinar pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis.

No mérito, o mandado de segurança é indeferido, por unanimidade de votos. Em seu trabalho, "Direito Administrativo", o ilustre TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (página 107) acentua que o que torna insuscetível de apreciação judicial a pena disciplinar é o respeito à discricção da autoridade administrativa, é o conteúdo da pena naquilo que diz com a apreciação da conveniência necessidade ou oportunidade da pena. É o ato compreendido como função pròpriamente disciplinar. Não exclui, porém, a apreciação da sua legalidade intrínseca ou extrínseca. Conhecendo do mandado de segurança contra ato disciplinar, o Poder Judiciário aprecia é á legalidade ou não do ato; No caso dos autos, as penas impostas ao requerente como guarda-civil o foram pelo diretor da Guarda-Civil, a cujo quadro pertence o punido, subordinado àquele, e dentro de sua competência, fixada pelo respectivo regulamento, atos mantidos pelo chefe de Polícia, autoridade máxima para delas conhecer, em recurso. Não se pode deixar, portanto, de reconhecer a legalidade dos atos impostos por autoridade competente e contra funcionário seu subordinado. Se há hierarquia, se há poder disciplinar e se há ato ligado à função, ligação cujo,

conceito pertence à lei mesma que regula o poder disciplinar, a pena podia ter sido aplicada. E se o ato não constitui ilegalidade, o mandado não se justifica, não é de ser deferido.

Quanto ao ato de remoção, e não de transferência, podia o diretor fazê-la no interesse do serviço, ato que mereceu confirmação do chefe de Polícia, em recurso.

A remoção obedeceu ao regulamento e foi efetuada por autoridade para isso competente, atendendo ao interesse do serviço, sendo êste de apreciação exclusiva da autoridade administrativa.

Distrito Federal, 10 de novembro de 1948. - *A. Sabóia Lima*, presidente; *Frederico Sussekind*, relator; *Mem de Vasconcelos Reis*: Vencido, por entender, no caso *sub judice*, não ter cabido mandado de segurança, visto como a lei autoriza, no interesse do serviço da corporação a que pertence, a transferência do funcionário e a aplicação da pena que lhe foi imposta; somente se a lei vedasse aquela e não estabelecesse a primeira, é que poderia ter lugar êsse remédio judiciário, constitucional, pois se entende por direito líquido e certo aquêle que é evidente por si mesmo, face à lei, e independe de outra prova que a resultante do próprio ato em si. A Constituição federal de 1934, invocada para legitimar a concessão do mandado de segurança, no caso de ato disciplinar, não divergia daquilo que ora sustentamos, não a justificando. O fato de mandar que o processo fôsse o mesmo do *habeas corpus* não podia, como não pode, justificar a teoria ora sustentada, bastando, para tanto, atentar-se que o primeiro dêstes institutos visa proteger o direito de locomoção, ao passo que o último tem por objeto os direitos pessoais não amparados pelo remédio processual; *Eurico Rodolfo Paixão*, vencido na preliminar, pois não tomava conhecimento do presente mandado de segurança na parte em conexão com o ato disciplinar. Assim decidi porque entendo, segundo se expressou o eminente ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, no julgamento do mandado de segurança nº 770, requerente Roberto Dante (apenso ao nº 232 do "Diário da Justiça"), que a disposição do art. 320, III, do Cód. de Proc. Civil, que declara que não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, não é incompatível com a atual Constituição de 1934, em cuja vigência foi elaborada a lei nº 191 de 16 de janeiro de 1936, que continha idêntica disposição proibitiva. Em se tratando de ato disciplinar, exclui-se a possibilidade de haver ofensa a direito

líquido e certo: o próprio legislador excluiu essa, possibilidade, isto é, a possibilidade de poder o ato disciplinar causar lesão a direito líquido e certo. Do contrário, seria estabelecer a anarquia na administração pública, que não pode prosperar, ou mesmo manter-se, sem a obediência a seus regulamentos internos e normas outras de trabalho e orientação. Não tem o Poder Judiciário que entrar no exame do mérito do ato disciplinar, de sua legitimidade, a menos que comprovada, *prima facie*, a ilegalidade manifesta, grosseira, evidente a olhos profanos, do ato impugnado. Não era caso. Se nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus* (Constituição, art. 141, § 23), com muito maior razão não caberá mandado de segurança, que foi instituído para garantir direitos secundários em comparação com o direito protegido pelo *habeas corpus*; *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, vencido na preliminar: Conjugando-se o disposto no art. 320, nº II, do Cód. de Proc. Civil, que reproduz o que dispunha o art. 4º, nº IV, da lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, elaborada na vigência da Constituição federal de 1934, não era inconstitucional, em face dessa Constituição, nem está revogada pelo § 24 do art. 141 da vigente Constituição de 1946. Dada a amplitude dos termos desse § 24, sua interpretação literal conduziria ao absurdo de transformar o mandado de segurança em substitutivo, que seria praticamente preferido, dos demais meios judiciários de ataque ao ato impugnado. Se o texto constitucional parece ilimitado, cumpre ao Poder Judiciário fixar-lhe o exato alcance, restringindo o seu conteúdo dentro das regras de sua hermenêutica jurídica. Conjugando-se o citado § 24 com o precedente § 23, a conclusão é de que o mandado de segurança não cabe contra sanções disciplinares. Não cabendo destas *habeas corpus*, mesmo no caso de prisão, com mais forte razão não poderá caber o mandado, o que não exclui a responsabilidade da autoridade pelo abuso cometido e a conseqüente reparação devida ao atingido pela arbitrariedade; *Guilherme Estelita*, vencido na preliminar do conhecimento do pedido, e pelas razões dos votos dos Srs. desembargadores EURICO PAIXÃO e MÁRIO G. F. PINHEIRO, as quais, *data venia*, minhas faço: *Nelson Hungria*, vencido, nos precisos termos dos votos dos Srs. desembargadores EURICO PAIXÃO e FERNANDES PINHEIRO.

Ciente, em 2 de janeiro de 1950. - *Alfredo Bernardes*.

COMPRA E VENDA - MEDIAÇÃO - ADIANTAMENTOS

- **O intermediário na venda de imóvel é um simples aproximador das partes contratantes: não é mandatário nem representante da proprietária.**
- **Não se realizando a venda independentemente da vontade e de fato da pretendente a aquisição, cumpre ao intermediário restituir a esta a quantia que tinha recebido a título de adiantamento.**
- **Embora reconhecido o seu direito de arrependimento, deve o proprietário indenizar as despesas que a pretendente, em boa-fé, fêz para a realização do negócio.**

Antônio José de Sousa Melo e outra *versus* Júlia Faria Alvim

Ap. nº 10.886 - Relator: DESEMBARG. HENRIQUE FIALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 10.886, em que são apelantes: 1º, Antônio José de Sousa Melo, 2ª, Hilda Vieira Marques, sendo apelada Júlio Faria Alvim:

Acordam os juízes da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. em decisão unânime, negar provimento a ambos os recursos, confirmando a bem fundamentada sentença recorrida.

Improcede o recurso do primeiro apelante, que não nega tenha recebido, a título de adiantamento pelo negócio da venda do prédio em que agiu como intermediário, a quantia de Cr\$ 15.300,00, da apelada, pretendente à aquisição do dito prédio. Não realizado o negócio, independente da vontade e de fato da apelada, é elementar que restitua a quantia que dela recebeu como adiantamento de um negócio que não se realizou. Inútil é a alegação de que agiu como mandatário da proprietária, porque não corresponde à realidade. Intermediário é um simples aproximador das partes contratantes. Sua função e seu serviço consistem em procurar um comprador para o imóvel, e apresentá-lo ao proprietário, não havendo aí nenhuma representação nem consequentemente

mandato. Recebeu êle, portanto, a referida importância indèbitamente, e assim cumpre-lhe restituí-la. Se tem êle direito a salário, comissões, despesas, etc., que alega, é coisa com a qual nada tem a ver á ora apelada.

Quanto à segunda apelante, bem estabeleceu a sentença que, tendo, embora verbalmente, ajustado vender o seu prédio, não se tendo fixado prazo para a escritura de promessa, não podia *ex propria autoritate* decidir que a pretendente compradora excedera o tempo em que se deveria realizar dita escritura.

Não se verificando, portanto, mora da pretendente à aquisição, embora reconhecido o seu direito a arrependimento, deve indenizar a autora das despesas que esta em boa-fé fêz para realização do negócio ajustado.

Essas despesas foram suficientemente comprovadas, e nenhuma prova em contrário foi produzida, sendo elas, aliás, razoáveis.

Custas ex lege.

Distrito Federal, 25 de maio de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Henrique Fialho*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

PESSOAS JURÍDICAS - REPRESENTAÇÃO EM JURO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

- As pessoas jurídicas são representadas em juízo por seus administradores ou por aquêles a quem os estatutos conferem poderes de representação.

-- Procede o pedido de retomada para uso próprio, pela necessidade da sociedade proprietária de aumentar as suas instalações, de modo a melhor beneficiar os seus associados.

Sociedade Inter-Americana de Importação e Exportação "Socintex" Ltda.
versus Sindicato Nacional dos Foguistas da Marinha Mercante

Ap. nº 13.639 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.639, sendo apelante a Sociedade Inter-Americana de Importação e Exportação "Socintex" Ltda., e apelado o Sindicato Nacional dos Foguistas da Marinha Mercante:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, desprezar a preliminar de nulidade e negar provimento ao recurso, pagas as custas pela apelante.

Nos têrmos do art. 86 do Cód. de Proc. Civil, as pessoas jurídicas serão representadas em juízo por, seus administradores ou por aquêles a quem os estatutos conferirem poderes de representação. No caso dos autos, os estatutos do autor (fls. 65, art. 34, letra *a*) conferem ao presidente a sua representação em juízo. Aliás, a qualidade do autor, por seu presidente, já foi reconhecida legítima pelo despacho saneador, de que se não agravou. A sentença bem decidiu, decretando a procedência da ação, de vez que o Sindicato necessita dar assistência médica aos seus associados (art. 4º, letra *a*, dos estatutos), além de farmacêutica aos filhos menores de 14 anos, consultas às espôsas ou companheiras, etc., estando, para isso, em dificuldade, dado o pequeno espaço do prédio que ocupa. Daí a necessidade do prédio retomando, que é vizinho e para o aludido fim.

Distrito Federal, 18 de setembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Oscar Tenório*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

*

ANULAÇÃO DE CASAMENTO - CONSENTIMENTO COATO

- Para que a coação vicie a manifestação da vontade em ordem a invalidar o ato por essa forma obtido, há que revestir o fundado temor de dano à pessoa do paciente, ou a seus bens, impedindo-o expressá-la livremente.

Apelada: Maria Leopoldina de Arquino

Ap. nº 7.450 - Relator: DESEMBARG. HOMERO PINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível, *ex officio* de nº 7.450, procedente do Juízo da 2ª Vara de Família como 1º apelante, sendo 2º apelante o Dr. 3º curador de família e apelada Maria Leopoldina de Arquino:

Acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria e contra o voto do desembargador revisor BULHÕES CARVALHO, em dar provimento aos aludidos recursos e, em consequência, reformar a decisão recorrida, julgando, pois, improcedente a ação, pagas as custas na forma da lei.

Trata-se de uma ação de anulação de casamento, que a apelada, Maria Leopoldina de Arquino, promoveu, a pretexto de haver contraído matrimônio com Cláudio Raymond de Arquino sob coação paterna, que lhe viciara o consentimento (Cód. Civil, art. 209, de referência ao art. 183, IX).

A inicial da ação é longa, mas se resume, em linhas gerais, em afirmar que a autora era moça nervosa, tímida e respeitadora de seus pais e que, por isso, receando contrariá-los, aceitou casar-se com o réu por insinuação daqueles.

A prova testemunhal, que no caso se revestiria de relevante importância, constou do depoimento dos pais da autora e de uma testemunha. Tal prova nada adiantou, nada provou, conforme a própria sentença o reconheceu.

Houve, é certo, uma prova pericial, que consistiu no exame de sanidade mental da ora apelada, exame êsse que, por si só, dadas as inferências a que conduz, não resultou hábil para levar à conclusão pretendida pela autora.

Com efeito, se, como faz ver o procurador geral no seu parecer de fls. 78, o laudo de fls. 36 a 39 apresenta a paciente como pessoa sugestionável, aquêle outro, de fls. 43 a 48 v., esclarece que ela é, apenas, portadora de temperamento esquizóide, "como certas manifestações de imaturidade afetiva, que não importam o reconhecimento de uma sugestibilidade mórbida, capaz de sofrer,

totalmente, a influência alheia, de modo a anulá-la por ocasião de seu casamento".

Os atos de que os autos dão notícia, praticados pela ora apelada, bem demonstram que, com efeito, não tinha ela sua vontade anulada, nem influenciada sua capacidade volitiva, por outras pessoas, tanto que manteve noivado com seu futuro cônjuge, por muito tempo, segundo seus pais e sua testemunha o afirmam (fls. 27 v., 28 e 29), e, bem assim, depois de casada, viveu com seu marido, sem qualquer denúncia de uma situação indesejável, por cêrca de dois anos. Apenas depois que êste deliberou abandonar o lar conjugal que, em face da infelicidade a que foi levada, a ora apelada resolveu procurar no pretexto que fundamenta, a ação um meio para a dissolução de seu casamento.

Não houve, no caso, a prova da coação que vicia o consentimento, coação que se não mede pelo simples *temor reverentialis*, mas que "há de ser tal que incuta ao paciente aquêle fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido" (art. 98 do Código Civil).

Se, com efeito, a ora apelada é portadora de temperamento esquizóide, uma fronteira na acepção médico-psiquiatra, tempo houve, de seu casamento até agora, para claras explosões, que poderiam, com a maior facilidade, ter sido provadas, ou ao menos referidas, na instrução desta causa, em ordem a justificar-lhe o fundamento. Assim não ocorreu e, ao contrário disso, a própria perícia, já mencionada, reconhece que aquela condição temperamental não era de molde a admitir viesse a paciente a sofrer influência da vontade alheia para casar-se.

Nesta conformidade, impunha-se a improcedência da ação.

Distrito Federal, 26 de julho de 1951. - *Homero Pinho*, presidente e relator; *Otávio da Silveira Sales*; *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido, com o voto seguinte:

Na inicial da presente ação, o pedido de anulação funda-se na coação que teria sido exercida pelos pais da autora para forçar seu casamento, contra sua vontade.

Antes de proferir sentença, entretanto, o Dr. juiz *a quo* determinou a realização de exame pericial, facultando ao Dr. curador de família a nomeação de perito e designando desde logo um desempatador (fls. 32).

Realizada a diligência (fls. 34), divergiram os peritos da autora e o Dr. curador, motivo pelo qual interveio o terceiro perito, que desempatou, subscrevendo o laudo do perito da autora (fls. 36).

Segundo êste laudo do perito desempatador, que foi adotado pelo juiz, "a examinanda nunca deliberou por sua espontânea vontade, agindo sempre na execução de seus mais elementares atos por imposição de vontade alheia (automatismo), admitindo-se que assim agisse por estar êste sentimento embotado por efeito da doença constitucional, sendo a perturbação da vontade, ou melhor, a inibição da vontade um dos elementos preponderantes dos portadores da psicose esquizofrênica".

E a seguir lançou no seu laudo a seguinte conclusão: "Em vista das respostas dadas aos quesitos, os peritos concluem que a examinanda é portadora de uma doença de fundo constitucional, de natureza mais psíquica que somativa, em face das características evidentes que apresenta e que se projetam por contrastes absurdos, quer para o meio ambiente, quer na sua vida íntima (autismo), classificando-a como portadora de "síndrome demencial ou esquizofrenia processual" (fls. 39).

Ora, diante dêste terrível diagnóstico, lançado por dois peritos médicos, um dêles na qualidade de desempatador nomeado pelo juiz da causa, o acórdão supra nenhuma referência lhe faz nem ao laudo em que se encontra, senão através das seguintes palavras: "o laudo de fls. 36 a 39 apresenta a paciente como pessoa sugestionável".

É patente a inadvertência em que incidiram os ilustrados componentes desta Câmara, que subscreveram o acórdão como votes vencedores. Se, *data venia*, houvessem dado alguma atenção ao laudo de fls. 36, que é do próprio perito

desempatador, teriam prontamente verificado que o mesmo não se limita a apresentar a paciente como pessoa sugestionável, mas como "portadora de síndrome demencial ou esquizofrenia processual".

É claro que o juiz não está adstrito ao laudo, nem mesmo ao do perito que êle tenha nomeado para solver divergência entre os peritos das partes.

Rejeitando, porém, o laudo, manda a prudência e também o art. 258 do Código de Proc. Civil que êle ordene nova perícia.

A maioria vencedora, entretanto, não ordenou nova perícia. Nem sequer indicou os motivos pelos quais o bem cuidado laudo de fls: 36-39 deveria ser rejeitado. Limitou-se a adotar as conclusões do laudo do perito pelo curador do vínculo, que, no processo, funciona como parte contestante da ação.

Examinemos agora êste laudo divergente adotado pelo acórdão.

Concluiu êle que os exames procedidos na examinanda não levam a admitir seja ela portadora de personalidade psicopática, mas "apenas de temperamento esquizóide, com certas manifestações de imaturidade afetiva, que não importam o reconhecimento de uma personalidade mórbida, capaz de sofrer, totalmente, a influência alheia, de molde a anulá-la, por ocasião de seu casamento" (fls. 48 v.).

Respondendo ao 1º quesito, ainda precisou o mesmo perito o seu pensamento ao escrever: "A examinanda revelou ao exame mental ser portadora de personalidade esquizóide, comportando-se com as características gerais do tipo anestésico, sendo sujeita a reações emotivas de "tipo neurótico". "A observada se revelou tipo constitucional leptosomático, com reações emotivas imaturas e comportamento do tipo anestésico".

Antes de prosseguir no estudo do laudo, convém relembrarmos algumas noções de psiquiatria relativamente à constituição esquizóide.

Segundo ensina ERNESTO DANIEL ANDIA, no seu livro "Clínica Psiquiátrica", "RUIZ MAYA batizou com o nome de *esquizotimia* uma disposição natural comum a todos os indivíduos que, exagerada, vai

condicionar o síndrome esquizofrênico mediante dissociação da personalidade".

O *primeiro grau* desta tendência definiria o *caráter esquizóide*, correspondente a "indivíduos sonhadores, imaginativos, que vivem por dentro, pouco comunicativos", em cuja vida há duas partes, uma consagrada a uma atividade profissional normal e outra a uma atividade especulativa, irreal. Não são verdadeiros esquizofrênicos, são pré-esquizofrênicos.

A êste primeiro grau pertencem os hiperestésicos, os intermediários e os anestésicos (pág. 404).

"Êste Proteu psiquiátrico pode alcançar um segundo grau na escala patológica debaixo de uma influência afetiva ou toxinfeciosa ou sem motivo apreciável: o esquizóide deixa de adaptar-se ao ambiente. É a *esquizomania*: o indivíduo descuida-se cada vez mais da atividade, apesar de continuarem perfeitas suas funções; têm, além disso, consciência do seu estado mórbido e tratam de subtrair-se à realidade que lhes é imposta... Desadaptados, isolados da realidade, são dirigidos por complexos afetivos, cuja fôrça lhes impede aquela adaptação; daí sua inércia, sua inafetividade...".

"Um grau mais avançado na realização mórbida, *terceiro grau*, seria o representado pelo *síndrome esquizofrênico* ou *esquiaobrenia*, que tanto pode aparecer bruscamente como após a gradação sucessiva da esquizosis até aqui descrita (esquizotimia, caráter ou estado esquizóide, esquizomania)".

"Nestes enfermos, um empobrecimento do instituto global os leva primeiramente a exaltar sua auto-afetividade e assim, enamorados de si mesmos, *perdem gradativamente o interêsse pelo mundo exterior, chegando a um grau de indiferença emocional e intelectual* que podem chegar a atingir uma tendência permanente à bradimotricidade" (movimentação lenta).

"Esta mesma falta de interêsse motivará a decadência total da vontade e o ritmo psicomotriz ficará retardado ou atuará lentamente".

"Esta falta de coordenação entre seu mundo interior e o mundo exterior se há de manifestar por dois sintomas aparentemente opostos, que são: a

sugestibilidade e o negativismo, e dêles resulta a condição ambivalente e as estereotípias".

"O núcleo central lesado que empobrece e cinde a personalidade reside na arquitetura íntima da esfera afetiva e, por conseguinte, a fisionomia clínica do esquizofrênico responde a um transtorno de afetividade". "La fisonom a clínica del esquizofrénico responde a un trastorno de la afectividad" (fls. 403).

"A impossibilidade de sustentar atenção ante o estímulo externo, revela a predominância do autismo e não a condição demência que se lhe quis atribuir".

"Enfermos indolentes, sonolentos, laxos, que surpreendem com reações de excitação psico-reflexiva, de fisionomia bizarra ou de exagerado pudor, de risos ou prantos inadequados...", etc.

Relembradas estas noções de psiquiatria voltemos ao estudo do laudo divergente de fls. 43.

Começou êle com a confissão desalentadora de que o tempo dedicado ao exame da paciente foi insuficiente para análise em profundidade" (fls. 44).

Apesar disto, o diagnóstico encontrado pelo perito foi o de que a paciente pertenceria ao "tipo anestésico" (fls. 44), isto é, como vimos, equivalente ao de uma pessoa normal.

Verifiquemos agora se, pelos próprios sintomas enumerados pelo perito, seu diagnóstico está certo.

Já vimos constituírem sintomas de esquizofrenia "a ruptura das reações apetitivas com o mundo exterior", resultante da tendência do doente de "voltar-se para dentro de si mesmo", o que BLEULER designou com o nome de "autismo" (MIRA Y LOPEZ, "Psiquiatria Básica", pág. 254) a "perda gradual do interêsse pelo mundo exterior, conduzindo à indiferença emocional e intelectual"; a falta de reação pronta aos estímulos externos; indolência, pobreza de movimentação e particularmente o transtorno da afetividade.

Leiamos agora em que têrmos o perito descreve a sua paciente:

"Diz que sempre foi de temperamento frio, gostando da vida solitária, inacessível às grandes paixões (amorosas, artísticas ou outras modalidades), freqüentemente tomando atitude de ensimesmada (mas sem ter muitos pensamentos, o que caracteriza o denominado "autismo pobre", de E. MINKOWSKI, vêde "La Sciozoph énie").

"Revela-se, ainda, indolente, preguiçosa, justificando êsse comportamento porque é fãcilmente tomada de cansaço aos esforços".

O exame do seu ritmo psíquico revelou nítida alternância, pois a certas perguntas, "que normalmente deveria reagir prontamente e com vivacidade, respondeu indiferente, demoradamente, sem dispensar o necessário interêsse e atenção que eram de esperar. Suas respostas são sêcas, monossilábicas e indolentes".

"Ao exame superficial, a psicomotibilidade se revelou sem a necessária correspondência imediata e adequada (vêde "La struture du corps et le caractère" e "Psicologia Médica", de ERNESTO KRETSCHMER) "entre a excitação psíquica e a reação motora: a pobreza da movimentação, quase atitude estatuária", discreta expressividade de fisionômica às nossas perguntas, reações de superfície contraditórias, apesar de sua vida interior conflitual.

"Tem atitude geral de indivíduo autista, que perde o contato com a realidade do momento" (fls. 44).

"A sua timidez, atitudes de indecisão em face de alguns problemas da vida, a acentuada dependência afetiva materna, chôro fácil e imotivado (segundo referiu), com sinais de ansiedade, atitude de pouco contato com a realidade (frustração) e certos modos (vivências de atitudes da infância) injustificáveis, traduzem a imaturidade afetiva, expressão doe anormal afetividade".

O teste de WYMANN-HOHLSTED confirma que a paciente evidencia pouco contato efetivo com o meio.

O teste de instabilidade emocional de WOODWORTH revelou, possivelmente, 42 perguntas, que, analisadas, revelam instabilidade emocional (fls. 47-47 v.).

É a uma pessoa com êstes terríveis sintomas que o perito classifica como do tipo anestésico, isto é, com reações praticamente normais...

Vejamos, agora, como o perito encara o aspecto da lucidez intelectual, afetividade e liberdade de deliberação da vontade da paciente.

Em relação ao primeiro ponto, o perito chega a admitir que o estado mental da paciente seja muito lúcido (fls. 48 v.), embora lhe houvesse sempre respondido por monossílabos e com dificuldade (fôlhas 46).

Entretanto, é o mesmo perito quem informa que a paciente, além de "erros sensoperceptivos, ligados à pouca tenacidade de atenção", é "acometida de pseudo alucinações, fato freqüentemente observado nos esquizóides. Por vêzes, êstes tipos de personalidade têm vivências afetivas muito intensas que tomam as características gerais das chamadas pseudo alucinações psíquicas (por vêzes tomam o feitio de fantasias, devaneios, desejos imaginários, cuja carga afetiva se exterioriza sob a forma de alucinações psíquicas, etc., etc.)" (fls. 46 v.).

No lado afetivo, já vimos que o perito admite ser a paciente "indivíduo de afetividade imatura, patenteada nos exames objetivos e testes e trazendo, entre outros sintomas, o de ter atitude receosa afetivo-materna" (fls. 48).

Enfim, quanto ao lado da livre deliberação da vontade, que é ponto essencial para a decisão da presente demanda, entende o perito que "sua anormalidade afetiva, juntamente com as características do seu temperamento esquizóidico, condicionam-lhe certo grau de sugestibilidade, cuja intensidade, entretanto, não a torna incapaz de auto conduzir-se" (fôlhas 47 v.).

Esqueceu-se o perito de que a perda gradual de interêsse pelo mundo exterior conduz à indiferença emocional e intelectual; e esta indiferença, por ausência ou debilitação do interêsse afetivo, "motivará a decadência tonal da vontade e o ritmo psicomotriz ficará retardado ou atuará lentamente" (ERNESTO ANDIZ, ob. cit., pág. 402).

Compare-se êste laudo, defeituoso nas premissas e nas conclusões, com a precisão das respostas no laudo desempatador a fls. 38.

"Características da paciente: Psico-estesia diminuída, diante de estímulos externos; diátese ou tonalidade afetiva: triste, indiferente; ritmo psíquico demorado, lento, tanto para as sensações como para as reações; psicomotilidade: embaçada, confusa".

"Sintomas predominantes: Sugestividade, tonalidade de fria, indiferente, apática; ritmo psíquico, irregular; psicomotilidade: reação inadequada às excitações, embaraçada; caracteres somáticos: tendências a fadiga, indiferença, alheamento".

"Constituição: exagerada sensibilidade, insuficiência de poder de inibição, tendência ao isolamento, vida puramente interior, humor frio".

"Tonalidade ou complexo ideo-afetivo secundário, indo até a completa, tristeza; ritmo psíquico irregular, falta de correspondência entre a receptividade e a reação ou projeção; na afetividade procura desvios imprevistos; psicomotilidade; a reação é inadequada às excitações, rigidez, reservada, embotamento da afetividade".

"A examinanda sempre agiu por idéia e atos sugeridos por imposição alheia, agindo por sugestividade, com a sua vontade e ações coatas de associação dos sentimentos e ações volitivas nas ações mais importantes da vida".

"Pelo colorido dos principais episódios de sua vida pregressa, nota-se ausência de pensamento ético, ausência de senso lógico nas suas mais elementares ações; vítima de complexos desde a infância, destituída de verdadeira proteção paternal, habituou-se a agir pior automatismo, ao em vez de consultar o seu consciente".

"A examinanda nunca deliberou por sua espontânea vontade, agindo sempre, na execução de seus mais elementares atos, por imposição de vontade alheia (automatismo), admitindo-se que assim agisse por estar êste sentimento embotado por efeito da doença constitucional, sendo a perturbação da vontade, ou melhor, a inibição da vontade um dos elementos preponderantes dos portadores da psicose esquizofrênica".

Em suma: diagnosticaram os peritos da autora e desempatador a "esquizofrenia processual" (fls. 39).

Como o nome indica, caracteriza-se esta moléstia pela destruição progressiva dos elementos psíquicos, a pior forma da esquizofrenia (Prof. VALLEJO NAGERA, "Tratado de Psiquiatria", pág. 592). "As formas processuais correspondem à que poderíamos denominar esquizofrenia-enfermidade, genuína. Seu conteúdo mórbido pode assemelhar-se ao da clássica demência precoce, e subentende sempre uma longa duração psicótica, capaz de evoluir sob forma catastrófica ou por surtos" (MIRA Y LOPEZ, ob. cit., página 286).

Impressionou-se o perito divergente de que, no tempo insuficiente para análise, que dedicou à paciente, esta apenas respondeu sêca, monossilábica e indolentemente" (fls. 44).

Esqueceu-se de que a doença está na sua "longa preparação psicótica"; se é que não apresenta simples intervalos de aparente melhoria na sua lucidez, através de respostas difíceis, demoradas e monossilábicas...

Admitamos, porém,. por absurdo e para argumentar, que, ao contrário do que sustentou o perito desempatador, a paciente não tenha uma doença mental caracterizada.

Não se pode, de qualquer forma, obscurecer, de acôrdo com o próprio laudo divergente, que ela se encontre num estado de profunda fraqueza mental, de afetividade e de sugestibilidade, particularmente em relação a seus pais, de forma a não poder escapar à imposição dos pais quanto à realização do seu casamento.

Seu consentimento, em tal caso, não terá sido livre, pela impossibilidade psíquica em que se encontrava de reagir contra a deliberação dos pais.

Sem dúvida, o Cód. Civil não considera o simples temor reverencial (artigo 100).

Entretanto, como observa CARVALHO SANTOS, "convém ficar esclarecido que, se a violência vem se juntar ao temor reverencial, os juízes deverão se

mostrar menos exigentes na apreciação dos atos exteriores da violência, e esta, embora insuficiente, sòzinha, para anular a convenção, tornar-se-á bastante se a circunstância agravante do temor reverencial a ela se juntar. Sôbre êste ponto não há divergência em doutrina, já sancionada mesmo por uniforme jurisprudência estrangeira" (vol. 2, pág. 371).

Para apreciar a coação (determina ainda o art. 99 do Cód. Civil), "se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e tôdas as circunstâncias que lhe possam influir na gravidade".

Conforme explicou a autora ao perito, tentou resistir ao casamento que os pais lhe impunham, tendo chegado a fugir para uma fazenda de um seu parente. Aí foi recapturada pelos pais, que, durante a viagem, convenceram-na do êrro praticado e assegurando à mesma que seu estado mórbido melhoraria com o casamento. Vendo inúteis todos os seus argumentos, refugiou-se na doença que há muito vinha minando seu organismo. Que, vendo inúteis os seus argumentos e faltando quem a protegesse naquela alternativa, resolveu conformar-se com a situação, uma vez que em nada podia fazer prevalecer a sua vontade real" (fôlhas 37).

Ora, aí não se desenha apenas a interferência de mãe que "insinua o noivo que julga conveniente à sua filha", como pretende o perito divergente, a fls. 45.

O que se patenteia, ao contrário, é um fato que, no correr de nossa vida, não terá escapado de nossa observação: a atitude dos pais que pretendem escolher, para as filhas, o noivo que se lhes afigura mais recomendável, segundo seu próprio gôsto, e impô-lo, arbitrariamente à aceitação da filha, conforme estão habitualmente a lhe impor as demais normas de conduta.

O próprio perito divergente admite que, em tal escolha, a mãe se deixa levar inconscientemente a preferir, como tipo ideal, o homem que ela própria desejaria ter por espôso (fls. 45).

Na luta surda ou declarada que então se estabelece entre a filha e os pais, aquela procura resistir ou escapar por qualquer forma à imposição dos pais, e êstes, aproveitando-se do ambiente doméstico e dos múltiplos meios de coerção

moral e psíquica a seu alcance, procuram, ainda que com a melhor das intenções, impor o arbitrário predomínio de sua vontade.

Dir-se-á que, sendo a filha uma mulher normal, sua resistência poderia acabar por triunfar, por mais discricionário que fôsse o caráter dos pais.

No caso dos autos, entretanto, estamos em face de pessoa psiquicamente anormal, apresentando decadência total da vontade e retardamento do ritmo psicomotriz, revelados desde logo; como descreve o próprio perito divergente, pela "timidez, atitudes de indecisão em face de alguns problemas da vida, acentuada "decadência afetiva materna", choro fácil e imotivado, com sinais de ansiedade, atitude de pouco contato com a realidade (frustração) e certos medos (vivências de atitudes da infância) injustificáveis", etc. (fls. 47).

Ainda quando, portanto, a autora tivesse a capacidade mental de deliberar por espontânea vontade, não a teria para resistir à imposição dos pais quanto à escolha do noivo e à realização do casamento.

Para nos convenceremos disto, basta pormos em confronto os fatos reais e correntes da vida, tais como são de nosso conhecimento pessoal, e a situação doméstica e mental da autora, tal como a vemos descrita através da prova testemunhal e pericial.

O consentimento arrancado para o seu matrimônio certamente não resultou da livre deliberação de sua vontade.

Neguei, por isso, provimento ao recurso.

Ciente, em 14-9-51. - *Jorge de Godói.*

*

RETOMADA - CONDÔMINOS - PROTESTO DE PROVAS

- O direito de retomada é assegurado aos condôminos de um prédio, para residência de um deles.

- **Êrro na indicação do dispositivo legal não vicia a ação.**
- **O mero protesta de provas entraria a atual sistemática do Direito Judiciário brasileiro.**

Carmen Machado Lopes *versus* Oscar Arruda da Silva e outros

Ap. nº 14.435 - Relator: DESEMBARG. OSCAR TENÓRIO

ACÓRDÃO

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, nos autos de apelação cível nº 14.435, sendo apelante Carmen Machado Lopes e apelados Oscar Arruda da Silva, e outros, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação.

Os condôminos do prédio da rua Dois de Fevereiro nº 732 notificaram a inquilina, ora apelante, para a entrega da coisa alugada, a fim de que o condômino Dídimo Arruda da Silva possa morar com a família em prédio de relativo conforto, pois a residência atual é uma dependência destinada a depósito, em situação precaríssima. Não tendo surtido efeito a notificação, os ora apelados intentaram ação de despejo, logo contestada com a alegação de que o pedido viola o art. 15 da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, o qual permite a retomada, no inciso II, ao proprietário que residir ou utilizar prédio alheio, formulado o pedido pela primeira vez. Refutaram os autores, dizendo ter havido equívoco em a referência ao inciso II, quando a matéria se enquadra no inciso V.

Realmente, errônea indicação de dispositivo legal não vicia a ação, desde que a enunciação dos fatos não deixa dúvida sobre a natureza do pedido. A aplicação da norma pertinente aos fatos não depende da vontade das partes: a aplicação é dever do magistrado (v. FRANCESCO FERRARA, "Trattato di Diritto Civile Italiano", vol. I, parte I, nº 26).

É verdade que o Cód. de Proc. Civil determina, entre os requisitos da petição inicial, os fundamentos jurídicos do pedido. Trata-se da exposição dos fundamentos jurídicos do pedido e não da regra de direito, que se cite

(PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, pág. 27).

De modo inequívoco narraram os autores a situação de um condômino a morar em condições precárias na dependência de um prédio comum.

E tanto não se escondeu a situação, que a inicial veio instruída com a prova da necessidade (fls. 13-13 v.), reclamado no inciso V do art. 15. E o despacho somente reconheceu não haver prova a produzir, o que originou agravo no auto do processo. Na contestação, a ré protestou por todo gênero de provas em direito permitidas, vistorias, depoimento pessoal, testemunhas, etc. (fls. 19).

Não as precisou, pois vaga, muito vaga, foi a referência às provas. Os autores da ação, por seu lado, deixaram a critério do juiz a realização de uma vistoria no local.

Não se pode falar, portanto, em cerceamento da defesa.

Quanto à necessidade, ela resulta de um fato não contestado: o condômino mora em uma dependência. É natural que vá residir em um prédio sem a condição subalterna atual.

Não há o que modificar na sentença apelada.

Custas pela apelante.

Distrito Federal, 20 de novembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente; *Oscar Tenório*, relator; *Narcélio de Queirós*.

*

DEPÓSITO JUDICIAL - SEQÜESTRO - RECURSO

- O depósito judicial da coisa pelo devedor sem a intenção de liberar-se da obrigação, a invocar reminiscência desnecessária de velhos textos romanos, constituindo mais pròpriamente um seqüestro destinado a elidir a

execução de sentença com trânsito em julgado, deve ser repellido liminarmente pelo juiz.

- Se é verdade que a eficácia do provimento decisório que concede o seqüestro depende de um "dies ad quem" consistente no momento em que passa em julgado a decisão jurisdicional da lide a que se refere aquêlê procedimento cautelar, não se há de concedê-lo na fase de execução definitiva da sentença proferida na ação principal.

- Das decisões denegatórias de medidas preventivas, porque requeridas no curso da lide, cabe agravo de petição.

Cia. Geral Imobiliária e outro *versus* D. Zélia Pereira de Sousa

Ag. nº 2.072 - Relator: DESEMBARG. HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 2.072, em que são agravantes Companhia Geral Imobiliária e Renaud Laje e agravada Dona Zélia Pereira de Sousa:

Acordamos juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em conhecer do presente agravo de petição, desprezando-se, destarte, a preliminar de descabimento, e, no mérito, negar provimento ao recurso, para o efeito de confirmar a decisão agravada.

E assim decidem, pelos seguintes fundamentos:

Conclui-se da leitura e do exame dêstes autos que, vivendo em estado de casados, Renaud Laje e Dona Zélia Pereira de Sousa mantinham uma situação de economia comum, o que levou aquêlê a fazer à companheira uma doação constituída pela cautela nº 9, representativa de 1.550 ações nominativas da Companhia Geral Imobiliária, que foi conservada em mãos do doador, o qual ordenou, todavia, que os dividendos fôssem creditadas à mesma donatária nos livros da referida sociedade. Rompida aquela situação, Dona Zélia Pereira de Sousa resolveu propor uma ação ordinária pelo Juízo de Direito da 13ª Vara

Cível, fazendo-o contra a Companhia Geral Imobiliária, para o efeito de haver todos os dividendos em seu nome creditados e em cujo processo ingressou Renaud Laje com artigos de oposição, pelos quais se propôs à prova que tinha a propriedade de tais títulos. Esta ação foi julgada improcedente, reconhecida ao oponente a propriedade de tôdas as ações. Todavia, em grau de apelação, esta sentença foi reformada pela 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob o fundamento de que entre os concubinos tinha havido mandato tácito, que era válida a doação e que militava a favor da apelante uma presunção de propriedade, razão por que a Companhia Geral Imobiliária foi condenada a fazer a restituição da cautela representativa das ações. Contra êste acórdão foram interpostos recurso de revista e recurso extraordinário, razão por que Dona Zélia Pereira de Sousa extraiu carta de sentença para execução do julgado, nos termos do art. 992 do Cód. de Proc. Civil. Mas, por mais estranho que pareça, a coisa certa e em espécie não foi encontrada nem substituída, razão por que o Dr. juiz ordenou que a solução fôsse afinal a da avaliação e liquidação do valor das ações, com perdas e danos, para que sôbre o montante prosseguisse a execução. Feita uma reclamação, o Conselho de Justiça decidiu que a conclusão do acórdão importava apenas uma obrigação de fazer, motivo por que a exequente propôs contra a executada uma ação cominatória a fim de que esta última fôsse compelida a entregar-lhe a cautela representativa de tais ações. A Companhia Geral Imobiliária, depois de contestar a ação, resolveu exhibir a cautela e promover o presente procedimento cautelar, através do qual pretende o depósito judicial da coisa sem a sua liberação, nos termos dos artigos 675, II, 676 e 677 do Cód. de Processo Civil (doc. de fls. 2). Entretanto, o Dr. juiz *a quo* houve por bem indeferir liminarmente a petição inicial, sob o fundamento de que não mais existia litígio sôbre a coisa que era objeto de execução (despacho de fls. 9). E, justamente contra êste despacho denegatório do depósito judicial é que a Companhia Geral Imobiliária e Renaud Laje interpõem o presente agravo de petição, apoiado no art. 846 do Cód. de Proc. Civil (doc. de fls. 10-11). O recurso foi contraminutado a fls. 15, havendo sido mantido a fls. 17 v. o despacho liminar.

É o relatório.

Preliminarmente. Não merece acolhida a preliminar de descabimento do presente recurso, por isso que não se trata pròpriamente de despacho denegatório do pedido de seqüestro, mas de ato judicial de indeferimento da

petição inicial, através do qual o Dr. juiz *a quo*, sem entrar no mérito da causa, repeliu *in limine* a pretensão. E mesmo que de denegação de seqüestro na pendência da lide se tratasse, a verdade é que se há de reconhecer o cabimento do recurso, por isso que já no direito antigo se dava agravo de tais despachos, pois, como bem o dizia o clássico PEREIRA E SOUSA, com apoio no art. 15 do regulamento de 15 de março de 1842, "os agravos de petição somente se admitirão dos despachos pelos quais não se manda proceder a seqüestro" ("Primeiras Linhas sobre o Processo Civil", Rio, 1879, tomo II, § CCCXLVII, nº 682, VII, págs. 72 e 81). E outra não era a lição de GOUVEIA PINTO ("Manual de Apelações e Agravos", Lisboa, 1914, § 498, página 222). Dêste modo, se o legislador atual apenas deu o agravo de instrumento para as decisões denegatórias ou concessivas de medida requeridas como preparatórias da ação, no art. 842, III, do Cód. de Processo Civil, especificando o agravo no auto do processo para as que concederem medidas preventivas durante a lide, como se infere do art. 851, III, do mesmo diploma legal, foi porque, respeitando a tradição reinícola, reservou o agravo de petição para as decisões que denegar em medidas preventivas requeridas no curso da ação principal, na conformidade do art. 846 da citada legislação.

De meritis. A decisão agravada não merece cassação, devendo ser negado provimento ao recurso, por isso que, apesar de trazer a legenda de depósito judicial feito pelo próprio devedor sem a intenção de obter imediata liberação, o que os agravantes pleiteiam é justamente uma medida preventiva consubstanciada no seqüestro da cautela representativa das 1.550 ações e sobre a qual não mais pesa qualquer litígio, eis que transitou formalmente em julgado a sentença que reconheceu definitivamente a favor da agravada a propriedade de tais títulos. Com efeito, o seqüestro é uma medida de prestação Jurisdicional que envolve um procedimento cautelar, através do qual é autorizado o depósito da coisa litigiosa de modo a impedir temporariamente o seu uso e a sua disponibilidade, e que se impõe somente quando a sua posse ou a sua propriedade fôr contestada e houver, na pendência da lide, justo receio de rixa ou violência entre os litigantes ou probabilidade de ocorrência de lesões de difícil e incerta reparação, segundo a definição dos arts. 675 e 676 do Cód. de Proc. Civil. Como bem o diz PONTES DE MIRANDA, "o seqüestro supõe a litigiosidade da coisa, ou, por outras expressões, a incerteza subjetiva em relação a ela, e tem por fito a incolumidade da coisa até que se decida a coisa principal para que não sejam prejudicados os direitos dos interessados"

("História e Prática do Arresto ou Embargos", São Paulo, Livraria Acadêmica, 1929, número 26, págs. 62-63), e, assim, extinto o litígio, firmada a certeza subjetiva em torno da posse e da propriedade, decidida a causa principal e transitada formalmente em julgado a sentença, não mais poderá ter lugar aquêlê procedimento cautelar. Em consequência, o depósito judicial da coisa pelo devedor sem a imediata intenção de liberar-se da obrigação, a invocar reminiscência desnecessária de velhos textos romanos, constituindo mais pròpriamente um seqüestro destinado a elidir a execução da sentença com trânsito em julgado, impedindo por via oblíqua os efeitos da coisa julgada formal, deve ser repellido liminarmente pelo juiz, como realmente o foi na hipótese ora submetida a novo julgamento.

Realmente, na espécie *sub judice*, em face do julgado da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que reconheceu, definitiva e irrecorrivelmente, na pessoa da agravada, o direito de propriedade de tais ações, o que já era presumido por fôrça da inscrição em seu nome daqueles mesmos títulos nos livros da agravante, em face do disposto no art. 21 do dec.-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e do dec.-lei nº 3.391, de 7 de julho de 1941, não se pode ver e muito menos reconhecer a permanência do estado de litigiosidade por que passaram tais bens. Por sua vez, se as partes em litígio jamais negaram a incolumidade de tais efeitos durante a pendência da lide, não é agora que se há de concluir pela probabilidade de serem causadas aos mesmos bens lesões de difícil e incerta reparação, eis que já foi decidida a causa principal. Ademais, há a ponderar que os títulos se encontram em poder da agravante, que já foi condenada a entregar a respectiva cautela à agravada e se recusou a fazê-lo, quando devia e podia fazê-lo, tanto assim que está pretendendo efetuar uma oferta, para efeito de depósito, até que sejam julgados os recursos de revista e extraordinário do aresto que ora é objeto de execução. Esta circunstância, a entender-se de outro modo a questão para concluir pela admissibilidade do seqüestro pretendido pelos agravantes, iria permitir que por via oblíqua se desse efeito suspensivo àquêles recursos, efeito que não tem de modo algum, por fôrça do disposto no § 1º do art. 808 do Cód. de Proc. Civil. É bem verdade que o art. 687 do Cód. de Processo Civil da Itália contempla o caso especial de seqüestro como meio de liberação do devedor, mas, entre nós, para êste fim a via eleita é a do art. 314 e seguintes do nosso diploma de direito processual, o que entretanto não é objetivado pelos agravantes, que pretendem apenas neutralizar a ação cominatória, que a agravada contra êles propôs pára executar

a sentença que os condenou a entregar-lhe a cautela representativa de suas ações.

Finamente, é de notar-se, como observou com muita propriedade CARNELUTTI, que a eficácia da decisão jurisdicional difere da eficácia da sentença proferida no procedimento cautelar, porque nesta medida de segurança da coisa, que é objeto da causa principal, há sempre um *dies ad quem* em o qual se extingue sua eficácia, o vencimento operando a extinção. Tal *dies ad quem* consiste no momento em que passa formalmente em julgado a decisão jurisdicional da lide a que se refere o procedimento cautelar ("Sistema di Diritto Processuale Civile", Pádua, Cedam, 1936, tomo I, n° 116, pág. 334). Êste princípio foi, aliás, consagrado, entre nós, através da regra contida no § 2° do art. 687 do Cód. de Proc. Civil, e segundo a qual se a sentença que resolver a lide transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada. Nessas condições, se é verdade que, admitida a hipótese de haver o seqüestro ora pleiteado sido concedido na pendência da lide que existiu entre a agravada e os agravantes, teria ela perdido de pleno direito a eficácia, eis que transitou formalmente em julgado a sentença proferida naquela causa principal, não é menos verdade que se não há de decretá-lo depois do trânsito em julgado da decisão jurisdicional proferida naquela mesma ação.

Custas *ex lege*.

Distrito Federal, 24 de agosto de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*, relator; *Eduardo Espínola Filho*.

*

LOCAÇÃO - RETOMADA

- A retomada abrange não só a parte residencial como a comercial. Embora tenha o locador o direito de retomar, ao locatário é assegurado demonstrar a desnecessidade da retomada, de fim comercial.

Jorge Mussile & Cia. *versus* Maria Madalena Castro Santos

Ap. nº 14.721 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 14.721, sendo apelante Jorge Mussile & Cia. e apelada. Maria Madalena Castro Santos:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, contra o voto do Sr. desembargador revisor, negar provimento ao recurso e confirmar, por seus fundamentos, a sentença apelada.

A decisão de fls. 30 v., desta Câmara, já reconheceu o direito dos autores de pedir a retomada, porque esta abrange não só a parte residencial como a comercial. Deixou a apreciação da sinceridade do pedido ao que viesse a ser demonstrado nos autos. A prova foi apurada pelo próprio Dr. juiz que, em inspeção pessoal ao imóvel, verificou a desnecessidade da retomada do sobrado, que é ocupado pela ré-apelada, uma vez que os cômodos, já vazios, em comunicação com a loja, veio permitir aos autores-apelantes espaço maior e suficiente para o seu negócio. Acresce que os autores não provaram o aumento de seu capital social e nem de suas transações comerciais, o que poderiam ter feito mediante exame contábil. A retomada retornou desnecessária quanto ao sobrado.

Custas pelos apelantes.

Distrito Federal, 9 de outubro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Oscar Tenório*; *Narcélio de Queirós*.

*

CESSÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - CESSÃO DE LOCAÇÃO

- A figura jurídica dentro da qual está compreendida a cessão do contrato de locação é a da verdadeira e própria sucessão a título particular por ato "inter vivos", resultante de uma cessão de direito e de uma tributação de débito, as quais, operando a transmissão dos créditos e dos débitos derivados do contrato principal, que importa a transmissão integral da

relação contratual, coloca terceiro (cessionário) na mesma posição jurídica. em que se encontrava um dos contraentes (cedente), mediante o expresso consentimento da outra, parte contratante (cedido), que aceita o novo titular dos mesmos direitos e obrigações.

- Cessão da locação se distingue da cessão do contrato de locação, porque. representa um instituto jurídico através do qual se realiza, sem a intervenção do locador, a transmissão dos direitos do locatário, o qual, não obstante a renúncia ao "usura rei locatae", conserva a responsabilidade integral pelo implemento de tôdas as obrigações resultantes do contrato de locação de que é titular, não tendo o cessionário qualquer direito contra o locador para o qual é, "res inter alios acta", a cessão.

- A convenção pela qual o locatário se obriga a não ceder o contrato de locação sem o consentimento por escrito do locador constitui uma cláusula simplesmente restritiva e jamais rigorosamente proibitiva, razão por que a recusa de emissão daquela declaração de vontade deverá firmar-se em motivos legítimos, sérios e reais que, por sua natureza, justifiquem plenamente a ausência de consentimento, eis que não é lícito ao locador negar "ad nutum" a necessária autorização.

Sebastião Francisco de Andrade *versus* José Nunes Martins

Ap. nº 13.511 - Relator: DESEMBARG. HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 13.511, em que são: 1º apelante, Sebastião Francisco de Andrade, e 2º apelante, José Nunes Martins, sendo apelados os mesmos:

Acordam os juízes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento à primeira apelação e prover a segunda apelação, para o efeito de condenar o 1º apelante a dar o seu consentimento a fim de que o 2º apelante faça a cessão do seu contrato de locação ao adquirente da respectiva propriedade comercial, sob pena desta

declaração de vontade ser havida como enunciada na conformidade do art. 1.006 do Cód. de Proc. Civil.

Custas *ex lege*.

E assim decidem, pelos seguintes fundamentos:

Apreciada sob o ângulo da interpretação a ser dada a uma cláusula de interdição do direito de transferência do contrato de locação, a hipótese ora submetida a julgamento enseja a necessidade de ser trazida à colação uma das questões mais incompreendidas e malbaratadas no direito pátrio.

Trata-se do problema resultante das modificações que pode supervenientemente sofrer no comércio jurídico o instituto da locação de imóveis, resultante da confusão dominante entre a sublocação, a cessão da locação e a cessão do contrato de locação, e cuja causa pode ser encontrada no êrro técnico da redação do parágrafo único do art. 1.201 do Cód. Civil, talvez proveniente do equívoco em que incidiu o egrégio CLÓVIS, quando afirmou que, "cedido o contrato, desaparece a responsabilidade do cedente que passa a ser pessoa estranha ao contrato", acrescentando que "a cessão do contrato de arrendamento encontraria dificuldade no fato de importar transferência de obrigação, por substituição do devedor, mas o Código removeu o embaraço, exigindo para a validade da cessão o consentimento do locador" ("Código Civil", Rio, Ed. Francisco Alves, 1938, vol. IV, página 391). Êste trecho do espólio do saudoso jurisconsulto pátrio veio dar pábulo à confusão reinante entre a cessão da locação e a cessão do contrato de locação, denunciando por sua vez que a intenção do legislador foi a de referir-se à transferência do contrato de locação e não à cessão dos direitos resultantes do contrato de locação, ou seja, a cessão da locação - expressão empregada no parág. único do art. 1.201 do Cód. Civil, - porque, se assim não fôra, não se poderia compreender ao vocábulo *contrato* e não o termo *locação* no comentar aquela disposição legal.

Com efeito, tècnicamente, sublocar é conceder ao sublocatário os direitos de uso e gozo de que dispõe o locatário sôbre a coisa que o proprietário lhe deu em locação, dando pois origem a um contrato derivado de um contrato-base, que é o de locação principal, e determinando a justaposição de dois contratos, o que, aliás, conduziu LAURENT à perfeita conclusão de que, "*quand le preneur*

sous-loue, il y a deux baux pour une seule et même chose; le premier bail intervenu entre le bailleur et le preneur est maintenu; le premier bail subsiste dono, et il s'en forme un nouveau entre le preneur et le sous-locataire" ("Principes de Droit Civil", Bruxelas, Ed. Bruylant-Christophane & Cie., 1893, 5 a ed., vol. XXV, n° 192, páginas 218-219). Assim, a sublocação constitui uma nova locação perfeitamente autônoma e distinta da que lhe deu origem, tanto assim que para o proprietário é *res inter alios acta*, eis que não tem capacidade para vinculá-lo ao sublocatário por extensão contratual. Como bem o dizem BEUDANT-LEREDORUS PIGEONNIÉRE, "a sublocação é uma locação na qual o locatário principal desempenha o papel de locador, havendo, por via de consequência, duas locações superpostas: uma em que intervêm o locatário e o primitivo locador; outra em que intervêm o primeiro locatário e o novo arrendatário" ("Cours de Droit Civil", Paris, Ed. Artur Rousseau, 1938, tomo XI, 2ª ed., n° 503, pág. 450).

Já ao contrário, ceder a locação é efetuar, em síntese, uma cessão de crédito, porque a tanto se deva equiparar o direito dela resultante para o locatário que o cede a terceiro, mantida a unidade do contrato principal e, portanto, a integridade da relação jurídica formada entre o locatário e o locador. É que na cessão de locação se estabelece apenas uma relação marginal entre o cessionário e o cedente, porque nascida *a latere* do vínculo que liga êste último a quem é completamente estranho ao ato de transmissão do *usum rei locatae*. Como afirmam com muita propriedade BAUDRY-LACANTINERIE, a cessão da locação se reduz, única e exclusivamente, a um transporte do direito de uso e gozo resultante do contrato de locação ("Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", Paris, Recueil Sirey, 3ª ed., 1906, vol. XX, tomo I, n° 1.053, pág. 616). E justamente a cessão de locação, ao contrário da cessão do contrato de locação, é que se realiza sem a interveniência do locador, pois se não ignora que a cessão de crédito pode realizar-se sem o concurso do devedor, o qual, desde o instante em que lhe é comunicada regularmente, está na obrigação de aceitar o novo credor. Não resta a menor dúvida que, nessa hipótese, na ausência de intervenção do locador, que é o devedor da obrigação de permitir ao locatário o uso e o gozo da coisa locada, apenas os direitos do locatário que são objeto da transmissão, dela afastando-se as obrigações, o que vem criar uma situação complexa, pois, se na sublocação pode o locatário exercer contra o sublocatário os direitos que contra aquêle tem a faculdade de exercer o locador, na cessão da locação, inexistindo justaposição de contratos, o cedente

renuncia ao exercício daqueles mesmos direitos, o qual, não obstante a renúncia ao *usum rei locatae*, conserva a responsabilidade integral pelo implemento de tôdas as obrigações resultantes do contrato de locação de que é titular, não tendo todavia o cessionário qualquer direito contra o locador, para o qual é, *res inter alios acta*, a cessão. É em verdade uma situação anômala mas o fato é que, segundo HENRI DE PAGE, diversa da sublocação e da cessão do contrato de locação, a cessão do direito à locação é juridicamente possível e se existe *in concreto* deverá ser respeitada ("Traité Elémentaire de Droit Civil Belge", Bruxelas, Ed. Emile Bruylant, 1943, nº 717, pág. 728). Trata-se, pelo menos, do que FRANCESCO MESSINEO denominou de "cessão imprópria do contrato" e que se verifica tôda vez que o contrato é transmitido em sua integridade a um novo sujeito, sem a vontade e a intervenção de um dos contratantes ("Dottrina Generale del Contratto", Milão, Ed. Dr. A. Giuffrè, 1946, pág. 351). Nesta hipótese, são mantidas a unidade e a integridade do contrato de locação, cuja impermeabilidade sofre uma solução de continuidade, através da qual terceiro substitui sub-repticiamente o locatário que renuncia o exercício de qualquer ação contra o locador, o qual, no entanto, como observa DE RUGGIERO, pode contra o terceiro, sem que perca o direito de fazê-lo contra o originário devedor por fôrça de cumulativa atribuição ("Istituzioni di Diritto Civile", Messina, Ed. Giuseppe Principato, 2ª ed., 1935, vol. III, § 110, pág. 341).

Finalmente, a cessão do contrato de locação é uma figura jurídica distinta, fundada substancialmente na idéia de sucessão a título particular, pois se opera através da transmissão definitiva de todos os direitos e obrigações nascidos *ex contractu* quando o locatário, com o expresso consentimento do locador, se faz substituir, ativa e passivamente, por terceiro que foi estranho à formação do vínculo obrigacional, sem prejuízo da integridade da primitiva relação contratual, o que levou FRANCESCO MESSINEO a afirmar que a figura jurídica dentro da qual está compreendida a cessão do contrato é a da verdadeira e própria sucessão a título particular, por ato *inter vivos*, no contrato ("Manuale di Diritto Civile Commerciale", Milão, Ed. Dr. A. Giuffrè, 1947, vol. II, § 136, nº 28, pág. 523). É o que a prática denomina vulgarmente de transferência do contrato e para cuja validade é necessário o consentimento expresso do locador, a fim de liberar o locatário e admitir a sua substituição, o que permitiu a EMÍLIO BETTI chegar à conclusão de que então se trataria de um contrato plurilateral ("Teoria Generale del Negozio Giuridico", Turim, Utet, 1950, cap. X, página 547). Com efeito, na cessão do contrato de locação há, em

sentido técnico, uma sucessão mediante a qual se deve ter em vista um negócio plurilateral de transferência integral dos elementos ativo e passivo do contrato, por isso que o cedido, o cedente e o cessionário manifestam simultaneamente as respectivas vontades. Conf.: MARCELLO ANDREOLI ("La Cessione del Contratto", Pádua, Cedam, 1951, nº 7, págs. 31-34). Esta natureza jurídica do instituto de cessão do contrato de locação conduz, portanto, a uma construção dogmática erigida na idéia de assunção do contrato (*Vertragsubernahme* do direito germânico) e de que são fórmulas derivadas a cessão da locação e a sublocação, a mostrar, em tais hipóteses, a subsistência da teoria atomística do fenômeno da cessão (*Zerlegungskonstruktion*), esposada por GIERKE ("Deutsches Privatrecht", Schuldrecht, Monnaco-Lipsia, 1917, vol. III, § 180, páginas 185 e segs.). Portanto, a figura dentro da qual está compreendida a cessão do contrato de locação é a da verdadeira e própria sucessão a título particular por ato *inter vivos*, que, constituindo um negócio plurilateral, resulta de uma cessão de direitos e de uma atribuição de débitos, as quais operando a transmissão dos créditos e dos débitos derivados do contrato principal, determina a transmissão integral da relação contratual e coloca um terceiro (cessionário) na mesma posição jurídica em que se encontrava um dos contraentes (cedente), mediante o expresse consentimento da outra parte contratante (cedido), que aceita o novo titular dos mesmos direitos e obrigações. Conf.: GIOVANNI FONTANA ("Cessione di Contratto", in "Rev. di Diritto Commerciale di SRAFFA-VIVANTE", vol. XXXII, 1934, parte 1ª, nº 250).

Estas distinções talvez sejam supérfluas no estado atual de nossa legislação, em se tratando de contrato de locação regido pelas leis do inquilinato por isso que o legislador houve por bem subordinar ao consentimento por escrito do locador a sublocação, a cessão da locação e a cessão do contrato de locação, tanto no art. 3º do dec.-lei nº 9.669, de 29 de agosto de 1946, como no art. 2º da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950. Todavia, já do mesmo modo não deverão ser consideradas quando se tratar de arrendamento de imóveis disciplinado pelo dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, que autoriza implicitamente a cessão da locação quando outorga aos cessionários do fundo de comércio o direito à renovação do respectivo contrato de locação no artigo 3º do citado diploma legal. Esta hipótese é, aliás, como observa FRANCESCO MESSINEO, um caso em que o instituto da cessão imprópria do contrato melhor revela a sua utilidade prática, tal como seja o da transferência da propriedade comercial,

quando um novo titular (adquirente do fundo de comércio) sucede ao alienante por força de lei (portanto sem necessidade de novos atos jurídicos *ad hoc*) em todos os contratos que tenham sido estipulados para desenvolvimento de sua atividade profissional ("Dottrina Generale del Contratto", Milão, Ed. Dr. A. Giuffrè, 1946, pág. 351). Êste ensinamento tem perfeita aplicação no direito pátrio que, admitindo o direito do cessionário do fundo de comércio à renovação de contrato de locação no art. 3º do dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, reconhece *ipso facto* a legitimidade, da cessão de *usum rei locatae* com a possibilidade de obter até mesmo diretamente um novo contrato de locação.

Em conseqüência, se há de ter por Irrita e nenhuma qualquer cláusula inserta em contrato de locação regido por aquêle diploma legal e que tenha por fim interditar o locatário de cedê-lo ao adquirente do respectivo fundo de comércio e cuja declaração de nulidade *pleno iure* é autorizada pelo art. 30 do dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934. A entender-se de outro modo, estaria paralisada a livre disponibilidade do fundo de comércio por seu titular, o qual ficaria impedido de dispor de seus bens, tanto mais quanto o direito à locação é um dos elementos essenciais do fundo de comércio que se constitui por uma *universitas* integrada de bens corpóreos, como sejam maquinismos, móveis, instalações interiores e mercadorias, e por bens incorpóreos como sejam a razão social, o nome comercial, as patentes de invenção, as marcas de indústria e comércio, os direitos de propriedade artística, intelectual e industrial, a clientela, a freguesia eventual e o direito à locação de determinado imóvel para a correspondente exploração comercial ou industrial. E justamente porque da situação do imóvel é que dependem a clientela e a freguesia de passagem (*achalandage*), a doutrina e a jurisprudência mais recentes dos povos cultos se dirigem no sentido de compreender na transferência da propriedade comercial a cessão da locação, mormente quando não se ignora que a tendência atual do direito, como afirmam ESCARRA-RAULT, é a de dar uma preponderância aos elementos incorpóreos, mais exatamente, a certos elementos incorpóreos: - nome comercial, clientela, *achalandage*, direito à locação ("Principes de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1934, tomo I, nº 460, pág. 479), sendo de notar que muitas vêzes, como adverte GEORGES RIPERT, a cessão do direito à locação equivale à cessão do fundo de comércio, pois a situação do imóvel é o elemento determinante para a conservação da clientela ("Traité Élémentaire de Droit Commercial", Paris, Ilibrairie Générale de Droit & Jurisprudence, 2ª ed., 1951, nº 462, pág. 193). Ademais, como pondera com razão GASTON

GENDRIER, o direito à locação faz parte do valor venal do fundo de comércio, de sorte que retirar ao locatário o direito de ceder ou de sublocar, equivale a privá-lo dos benefícios do fundo de comércio e da *plus valia* da propriedade comercial ("Les Fondes de Commerce", Paris, Dalloz, 1934, nº 491, pág. 365).

Ora, na espécie *sub judice*, ao alienar o seu fundo de comércio, o segundo apelante não fêz de modo algum a cessão do respectivo contrato de locação sem o consentimento expresso do primeiro apelante ao terceiro adquirente de sua propriedade comercial, mas, apenas, se obrigou a fazer-lhe a mesma cessão, de acôrdo com a cláusula quinta do questionado contrato de arrendamento (docs. de fls. 5 v. e 20). É bem verdade que, imitando o novo adquirente na posse direta da propriedade comercial, o segundo apelante fêz, implicitamente, a cessão da locação, que é um instituto jurídico distinto da cessão do contrato de locação, e somente esta transferência de contrato foi que ficou subordinada ao expresso consentimento do locador, na invocada cláusula contratual. O fato é que o segundo apelante, apesar de haver respeitado aquela condição, não conseguiu, até a presente data, fazer ao adquirente do fundo de comércio a cessão do contrato de locação, por haver o primeiro apelante recusado o seu consentimento, quando para êsse fim compareceu ao cartório do tabelião do 13º Ofício de Notas desta cidade (cert. de fls. 21). Não há, pois, como configurar a hipótese de infração legal e contratual a autorizar a resolução do contrato de locação principal. Não ocorre infração contratual porque, havendo o primeiro apelante recusado o seu consentimento, não se realizou sem esta formalidade substancial a cessão do contrato de locação, restringindo-se a situação atual ao deferimento puro e simples do *usum rei locatae*, a uma cessão verbal da locação e que, por sua natureza, mesmo que constasse de instrumento, estaria implicitamente compreendido na transferência da propriedade comercial. Não se trata de infração legal, porque o parág. único do art. 1.201 do Cód. Civil se refere à cessão do contrato de locação, para a qual é necessário o consentimento do locador, e não à simples cessão da locação, que informa unicamente a cessão de um direito representado pelo deferimento do *usum rei locatae*, como também porque, repelida esta interpretação do invocado dispositivo legal, a hipótese seria de derrogação do parágrafo único do art. 1.201 do Cód. Civil pelos arts. 3º e 30 do dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934.

Incensurável, pois, a sentença apelada quando julgou improcedente a ação de despejo, negando a verificação da condição resolutória expressa no contrato de

locação. Todavia, está a merecer cassação a parte da sentença recorrida em que o Dr. juiz *a quo* julgou improcedente a ação cominatória, proposta pelo segundo apelante, para o efeito de compelir o primeiro apelante a consentir no ato da cessão do contrato de locação, sob pena de suprimento judicial da emissão da declaração de vontade a que se obrigava na respectiva convenção, tudo nos termos dos artigos 302, XII, e 1.006 do Cód. de Proc. Civil.

Realmente, em linha de princípio, o proprietário de um fundo de comércio tem o direito de ceder o seu contrato de locação acessoriamente à alienação da respectiva propriedade comercial, sem que seja necessário o expreso consentimento do locador, a menos que haja sido convencionada esta condição. Mas, nesta hipótese, quando é livremente convencionado que o locatário não poderá ceder o contrato de locação sem o consentimento por escrito do locador, o que se deve ter em vista é uma cláusula simplesmente restritiva e jamais rigorosamente proibitiva, razão por que a recusa de omissão daquela declaração de vontade deverá firmar-se em motivos legítimos, sérios e reais, que, por sua natureza, justifiquem plenamente a ausência de consentimento, eis que não é lícito ao locador negar *ad nutum* a necessária autorização. Apesar da opinião em contrário de LAURENT (ob. cit., volume XXV, ns. 220-225 págs. 246-250), a doutrina e a jurisprudência sempre se orientaram no sentido de negar ao locador a faculdade de recusar arbitrariamente o consentimento, como afirma AUBRY-RAU, para os quais "*la clause n'autorise pas le bailleur à refuser sans motif légitime son consentement*" ("Droit Civil Français", Paris, Editions Techniques, 1946, 6ª ed., vol. V, § 368, pág. 253). Trata-se, pois, de uma cláusula meramente restritiva do direito absoluto do locatário ceder o contrato de locação é que não tem senão por fim conceder ao locador o direito de verificar a idoneidade do sucessor no arrendamento e de recusar o seu consentimento somente quando houver motivos sérios e legítimos a justificar tal atitude. O direito à locação é um elemento essencial à valorização da propriedade comercial para que a sua transmissão fique subordinada aos simples caprichos e às exigências exclusivas do locador. E, assim, o seu direito de recusar o consentimento deve ter como justo limite a seriedade e a legitimidade do motivo, e das quais o juiz tem um poder soberano de apreciação, se não fôra por outras razões, pelo princípio de que o locatário, admitindo êsse contrôle ao firmar o contrato de locação, não abdicou do direito de cedê-lo ao adquirente de seu, fundo de comércio, mas apenas entendeu reservar ao locador o de verificar a idoneidade de seu sucessor em obediência

ao *intuitus personae*, que de certo modo ainda anima a relação contratual. De um certo modo porque, na França, a lei nº 51.685, de 24 de maio de 1951, já declarou a nulidade de pleno direito da cláusula, ao dispor no art. 3º que "são nulas, qualquer que seja a sua forma, as convenções tendentes a proibir o locatário de um imóvel destinado a fim industrial, comercial ou artesanal de ceder a sua locação ao adquirente do seu fundo de comércio ou de sua empresa", e com o que o legislador veio, afinal, como observa ALFRED JAUFFRET, tornar mais nítido o divórcio entre o regime dos arrendamentos comerciais, industriais e artesanais e o dos demais tipos de locação ("Revue Trimestrielle de Droit Commercial", Paris, Recueil Sirey, 1951, vol. IV, págs. 485-486).

Na hipótese dos autos, o único motivo apresentado pelo primeiro apelante como justa causa para que recusasse o seu consentimento necessário, ao segundo apelante, para fazer a cessão do contrato de locação ao adquirente da respectiva propriedade comercial, foi única e exclusivamente o fato de haver considerado rescindida a relação *ex locato* por culpa do locatário que teria cedido o *usum rei locatae*, o simples direito à locação ao comprador do fundo de comércio, ao imiti-lo na respectiva posse direta, infringindo a cláusula quinta do contrato de arrendamento. Mas a verdade é que inexiste qualquer infração contratual e, muito menos, qualquer infração legal, do que, aliás, é prova eloqüente o julgamento pela improcedência da ação resolutória da convenção. Não se trata, pois, de ilegitimidade de motivo, mas de ausência de motivo a justificar tal abstenção. E como se não ignora, em hipótese desta natureza, se, porventura, reconhecida fôr a ilegitimidade ou a ausência de motivo, o juiz poderá suprir a emissão da declaração de vontade e ordenar judicialmente a cessão do contrato de locação. Conf.: COURBIS ("Lá Propriété Commerciale", Paris, Recueil Sirey, 3ª ed., 1933, nº 71, pág. 56), GASTON GENDRIER ("Le Fonds de Commerce", Paris, Dalloz, 1934, nº 491, págs. 364-365), ALBERT COHEN ("Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce", Paris, Recueil Sirey, 1940, 2ª ed., tomo 1, nº 464, págs. 290-291).

Distrito Federal, 4 de setembro de 1951. - *Oliveira Sobrinho*, presidente; *Hugo Auler*, relator; *Eduardo Espínola Filho*, revisor.

DESPEJO - LEGITIMIDADE DO AUTOS - DESPACHO SANEADOR

- Resolvida a legitimidade do autor, como locador, no despacho saneador, de que se não agravou no auto do processo, não mais pode ser apreciada no, recurso de apelação.**
- Residindo em casa de sua propriedade, mas provando a necessidade da que se acha locada, para uso próprio, dada a insegurança e ausência de conforto daquela, procedente é a ação de despejo.**

Antônio Martins de Sousa *versus* Manuel Antônio Cerqueira

Ap. nº 14.343 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO SUSSEKIND

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 14.343, sendo apelante Antônio Martins de Sousa e apelado Manuel Antônio Cerqueira:

Acordam os juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento a.o recurso, pagas as custas pelo réu-apelante.

Não procede a alegação quanto à exigência do registro da escritura de promessa, de vez que a ação foi requerida na vigência do dec.-lei nº 9.669, de 1946, além de que o despacho saneador, de que se não agravou no auto do processo, considerou o autor, como-locador, parte legítima para pedir a retomada.

A sentença merece confirmação. De fato, não podendo o autor e a sua família continuar a residir na casa da frente, porque a cobertura ameaça ruir (laudo pericial, 6º quesito, fls. 51), sendo, por isso, necessárias obras de vulto e que se não podem efetuar com moradores (8º quesito, fls. 52), justa é a retomada pedida, necessidade demonstrada pelo autor, como lhe cumpria, nos termos da lei. Se o autor possui outras propriedades, nem por isso se lhe pode negar o direito de escolher, entre elas, a que melhor convém ao seu uso.

Distrito Federal, 6 de novembro de 1951. - *Frederico Sussekind*, presidente e relator; *Oscar Tenório*, revisor; *Narcélio de Queirós*.

*

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

DESPEJO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

- Ao proprietário assiste o direito de escolher, dentre vários imóveis, o que lhe convém para residência.

Vítor Polidoro **versus** Edgar Lima

Ap. nº 18.057 - Relator DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 23 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.211)

*

DESPEJO - RETOMADA - PROMITENTE-COMPRADOR

- Se o prédio térreo tem duas moradias, o promitente-comprador pode limitar-se a retomar uma delas, à sua escolha.

Luís Pereira de Castro Brito **versus** Maria Preciosa Rivera Fernandez

Ap. nº 18.336 - Relator: DESEMBARGADOR CÔRTEZ DE LACERDA - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 7 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.212)

*

ALIMENTOS - FIXAÇÃO DO "QUANTUM"

- **O marido é o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe, assim, prover a manutenção da família. A obrigação do pai de prestar alimentos aos filhos decorre da lei, independentemente de serem módicos ou elevados os rendimentos ou salários, uma vez que tal circunstância influi apenas na fixação do quantum dos alimentos.**
- **Os alimentos devem ser fixados atendendo-se às necessidades dos alimentandos e aos recursos do obrigado a prestá-los.**

Cláudio Jorge Latour da Silva Maya **versus** Carmem Cabral da Silva Maya

Ap. nº 11.111 - Relator: DESEMBARGADOR DUQUE ESTRADA - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 25 de abril de 1952.

(Arq, da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.213)

*

CAMBIAL - AUTONOMIA - REPRESENTAÇÃO

- **Para que uma obrigação cambial perca a sua característica de título autônomo, e se possa considerar vinculada a qualquer outra obrigação convencional, é necessário e imprescindível que assim esteja no contrato expressa e individualmente estipulado e aliás só valerá entre os contratantes e intervenientes.**
- **Aquêle que emite nota promissória e não prova que o faz como mandatário ou representante legal de outrem, ficará pessoalmente obrigado pela declaração, cambial.**

Duvivier & Cia. Ltda. **versus** Otávio Simões Barbosa

A p. nº 15.111 - Relator: DESEMBARGADOR. HENRIQUE FIALHO - Ac. unânime da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 17 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.214)

*

ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - PARALISAÇÃO DO PROCESSO

- É de confirmar a sentença que absolve o réu da instância, se o feito, paralisado por mais de 30 dias, o autor se abstém de lhe dar andamento, a despeito de intimado para fazê-lo.

Espólio de José Soares Patrício Júnior versus Elisa de Carvalho Lourenço

Ag. nº 2.370 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 11 de janeiro de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.215)

*

AGRAVO DE PETIÇÃO - TESTAMENTO CERRADO - ABERTURA POR PARTICULAR

- Cabe recurso de agravo de petição da decisão que põe termo ao processo sem lhe apreciar o mérito.

- O fim precípua da abertura do testamento cerrado pelo juiz é o de positivar a sua vigência. Assim, se o testamento cerrado foi aberto inadvertidamente por um particular, tal fato não implica, por si, sua nulidade, devendo o juiz apurar, mediante justificação, se a abertura não decorreu de ato do próprio testador com a intenção de revogá-lo.

Agravante: 1ª Igreja Batista Evangélica do Rio de Janeiro

Ag. nº 2.553 - Relator: DESEMBARGADOR SERPA LOPES - Ac. unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 13 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.216)

*

CONDÔMINO - ALTERAÇÃO DA COISA COMUM SEM CONSENTIMENTO

- O condômino que alterou a coisa comum sem o consentimento dos outros e que por isso é condenado a demolir as obras irregularmente feitas, não pode pretender obrigar os outros condôminos a lhe pagar tais obras que devem ser demolidas.

Thompson Lemos da Silva e sua mulher **versus** Maria do Carmo Lopes
Coutinho e outros

Ap. nº 4.923 (embs.) - Relator: DESEMBARGADOR BULHÕES
CARVALHO - Ac. unânime do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de
Justiça do Distrito Federal. em 7 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.217)

*

ALIMENTOS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA

- Na prestação de alimentos deve ser dada execução provisória à sentença, a fim de que seja socorrido desde logo o alimentando em estado de necessidade. Comparando as situações presumidas, de pobreza do alimentando e de abastança do alimentante, considerou o legislador que a demora em executar a decisão é mais anti-social do que o êrro em condenar quem não deva prestar alimentos, e que afinal terá, pelo menos

teòricamente, a possibilidade de indenizar-se, quando mais não seja pelo direito regressivo contra o efetivo devedor dos alimentos.

- A majoração deve também ser, desde logo, executada.

Reclamante: Pedro Martins da Rocha

Recl. nº 612 - Relator: DESEMBARGADOR SABÓIA LIMA - Ac. unânime da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 4 de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.218)

*

DESQUITE - INJÚRIA GRAVE

- A injúria grave que autoriza o desquite é aquela que atinge a honra, a respeitabilidade ou a dignidade do cônjuge.

H. V. L. versus L. G. V. L.

Ap. nº 8.585 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. em 9 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.219)

*

DESPEJO - CESSÃO DE LOCAÇÃO

- A cessão de locação ou sublocação total do imóvel, sem consentimento do locador, implica infração que autoriza o despejo.

Iná Farias de Nazaré versus Manuel Gomes Campos

Ap. nº 13.626 - Relator: DESEMBARGADOR HOMERO PINHO - Ac. unânime da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 16 de maio de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.220)

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO - EXECUÇÃO COMPULSÓRIA

- **Em compromisso de compra e venda, a vinculação das partes contratantes não precisa ser "Simultânea", desde que haja ato escrito que autentique, embora em "momentos diferentes", o acôrdo de vontades.**
- **Estipulado o direito a arrependimento, não cabe execução compulsória, cabendo ao promitente-vendedor devolver em dôbro o sinal, por ter se arrependido do convencionado.**

Mário dos Santos Oliva **versus** Aldemiro da Cunha Ferreira

Ap. nº 16.273 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac. unânime da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 27 de junho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.221)

*

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO - FIRMA EM LIQUIDAÇÃO

- **Firma em liquidação pode requerer a renovação do contrato de locação.**

Paulo Joaquim dos Reis **versus** D. Reis & Figueiredo, pelo Dr. liquidante judicial

Ap. nº 16.875 - Relator: DESEMBARGADOR OSCAR TENÓRIO - Ac. da 3ª
Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 14 de maio de
1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.222)

*

LOCAÇÃO - PRECEITO COMINATÓRIO

- O locatário não tem o direito de exigir do locador a retirada de anúncios colocados por outro locatário na fachada e na entrada do edifício, com aprovação das autoridades competentes, se já preexistiam à data do contrato e se êle se obrigou a respeitar.

Moreira Rocha & Irmãos **versus** Cia. Brasileira de Cinemas e outros

Ap. nº 17.388 - Relator: DESEMBARGADOR COELHO BRANCO - Ac.
unânime da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 21
de julho de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.223)

*

DESPEJO - PURGAÇÃO DA MORA

- Purgada a mora, não pode ser decretado o despejo. Verificado, porém, dolo processual por parte do locatário, que vem purgando a mora sucessivamente, deve ser condenado ao décuplo das custas.

João Batista Bidart **versus** Elza Lourenço

Ap. nº 16.915 - Relator: DESEMBARGADOR SABÓIA LIMA - Ac. unânime
da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 12 de maio
de 1952.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.224)

Tribunal de Justiça de São Paulo

CESSÃO DE DÉBITO - EFEITOS

- A cessão de débito obriga ao cedente e ao cessionário, mas só produz efeito quanto ao credor, se este aceita a substituição de seu devedor.

Antônio dos Santos *versus* Massa falida de Maria Dellamodesta e outro

Ap. nº 52.123 - Relator: DESEMBARG. PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 52.123, da comarca de Santos, entre partes, Antônio dos Santos e apelados a massa falida de Maria Dellamodesta e Moacir Carpinetti:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls. 99, negar provimento à apelação, por votação unânime, para confirmar a respeitável decisão recorrida, pelas seus jurídicos fundamentos.

Custas pelo apelante.

Assim decidem porque:

Ensina JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA que, relativamente à sucessão no *débito*, o Cód. Civil e o do Comércio não estabeleceram regras especiais, como fizeram relativamente à sucessão do lado ativo da obrigação, o que não quer dizer que condenassem em absoluto a sucessão de dívida.

Tem-se dito que a cessão da dívida somente é possível por meio de novação, sucedendo ao novo o antigo devedor, que se exonera da responsabilidade para com o credor.

Entende o citado J. X. CARVALHO DE MENDONÇA que essa asserção não é exata.

Na cessão de crédito, a condição do devedor não se altera; o credor pode, sem prejuízo do devedor, transferir os seus direitos a terceiro, produzindo efeitos para com o mesmo devedor, desde que seja a êle notificada a cessão.

Na cessão do débito, o contrato entre o cedente e o cessionário vale entre as partes e não quanto ao credor, pois lhe poderia trazer sérios prejuízos. Produz, porém, efeito contra êste, se aceita a substituição do seu devedor ("Tratado", volume VI, parte I, ns. 387 e 388).

Ora, no presente caso, consta dos autos que o autor não foi parte na transferência do débito, constante do doc. de fôlhas 7, devendo-se mesmo concluir que não a aceitou, tanto que, decorrido um mês dessa transação, D. Maria Dellamodesta declarou-se devedora ao Sr. Antônio dos Santos da quantia de Cr\$ 75.000,00, cujo pagamento é pedido neste processo (fôlhas 3 e 4).

Ocorre, neste caso, situação semelhante à que é conhecida no direito romano, sob a denominação de *adjectus solutionis gratis* ou *solucionis causa*.

Na *adjectio* concorrem três pessoas distintas: o *estipulante*, que é quem autoriza o pagamento; o *promitente*, que é quem se obriga a pagar; e o *adjectus*, que é o indicado para receber o pagamento.

O *adjectus*, em relação ao credor, é um mandatário, a quem o devedor tem a faculdade de pagar e êle a obrigação de receber, mas sem ter o direito de exigir judicialmente o pagamento.

Êsses princípios de direito romano passaram para o direito moderno, como se vê em POTHIER, "Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas", traduzido por CORRÊIA TELES, tomo II, nº 480; CARVALHO DE MENDONÇA, "Doutrina e Prática das Obrigações", vol. I, nº 233; TRABUCCHI, "Istituzioni di Diritto Civile", 3ª ed., pág. 430.

Nessas condições, quanto ao réu Moacir Carpinetti, a presente ação devia ser julgada improcedente, como o foi acertadamente.

Diz, entretanto, o apelante, que o seu crédito resultou de serviços prestados, não isoladamente à falida, mas notadamente a Moacir Carpinetti, que não teve dúvida em reconhecê-lo, em documentos solenes (fls. 79).

Mas, pelos serviços prestados a Moacir, deu-lhe o autor "plena, geral e irrevogável questão", como se vê no doc. de fls. 60, datado de 11 de janeiro de 1949.

Aliás, na inicial declara o autor que os serviços profissionais, cuja importância reclama pela presente ação, foram prestados à ex-proprietária da Cantina "Perola di Napoli", D. Maria Dellamodesta (fôlhas 2).

Ocorre ainda a seguinte circunstância, bem assinalada pelo apelado: sobrevindo a falência de Maria Dellamodesta, dias após a venda que ia fazer a Moacir Carpinetti, e ordenado pelo juízo falimentar fôsse contado a partir de 19 de novembro de 1948 o estado de insolvência da falida, como consequência foram arrecadados todos os móveis e utensílios que compunham a Cantina "Perola di Napoli", pelo que ficou desfeito o acôrdo celebrado entre Maria Dellamodesta e Moacir Carpinetti, tendo os credores desta se habilitado na falência (fls. 83).

Daí o dizer o Dr. juiz de direito que "estamos em face de um ato ineficaz, por si só insuscetível de revogação, porque insubsistente por sua própria natureza, nos têrmos da lei (fls. 75), e que, estando o aludido crédito sujeito a rateio, a ação deveria ter sido declarada suspensa, o que não foi feito para não embarçar a atuação do autor com referência ao outro co-réu". Mas, todos os atos da instrução dêste processo, em relação à massa falida, tinham que ser, a final, declarados nulos, por se haver contraria-lo o disposto no art. 24 da Lei de Falências.

Em face do exposto, negam provimento à apelação, a fim de confirmar a respeitável sentença recorrida, pelos jurídicos fundamentos.

São Paulo, 12 de abril de 1951. - *J. R. A. Vatim*, presidente com voto; *Prado Fraga*, relator; *Pedro Chaves*.

*

MEDIAÇÃO - COMISSÃO

- Não faz jus à, percepção de comissão o intermediário de negócio que aproxima as partes, mas não consegue concretizar o acôrdo de vontade das mesmas.

José Pacheco Profeta *versus* Dr. Cássio Silveira e sua mulher

Ap. nº 52.175 - Relator: DESEMBARG. SAMUEL MOURÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 52.175, de Pitangueiras, em que é apelante José Pacheco Profeta e apelados Dr. Cássio Silveira e sua mulher:

Acordam, em 1ª Câmara Civil, adotado o relatório de fls., por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo e, por igual votação, à apelação, sendo confirmada a sentença por seus fundamentos.

Custas pelo vencido.

Trata-se de cobrança de comissão de 3 % sôbre o valor da operação autorizada pela carta de fls. (venda da "Fazenda Santa Carolina", em Terra Roxa). O autor, que é advogado e não corretor, sustenta que cumpriu a sua missão: aproximou os dois interessados (o réu e a "C. A. I. C."), e levou-os a um acôrdo, concluindo o negócio, que só não se ultimou porque o vendedor, à última hora, se arrependeu e recusou a assinar o referido acordo já dactilografado.

A defesa confirmou a carta-autorização, as "demarches" e mais o que se seguiu, negando, porém, que tivesse havido concordância da parte do réu. à proposta da "C.A.I.C.", que não ofereceu o que êle apresentara como condição.

Isto pôsto:

Segundo se tem entendido e nos termos do venerando acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 176, pág. 286, para que o corretor faça jus à percentagem, como intermediário, "não basta a aproximação das partes. É preciso também que êle consiga que elas entrem em acôrdo sôbre a condição do negócio, colimando resultado positivo, real, concreto".

É necessário, como disse o Des. H. DA SILVA LIMA (voto *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 180, pág. 274), que a sua intervenção seja efetiva e proveitosa.

O direito à corretagem, porém, independe da efetivação do negócio, salvo se a sua não realização puder ser imputada à atuação do mesmo intermediário.

"O papel dêste", como acentuou ARLINDO FIGUEIREDO, em trabalho publicado em 1946, pág. 12, "consiste em aproximar os futuros pactuantes. Eliminar as suas divergências. Remover os obstáculos que possam impedir o êxito das negociações.

"Lograr, por fim, a sincronização de suas vontades, no concernente ao contrato principal que o mediador se incumbiu de promover".

SÍLVIO PORTUGAL, em magnífico acórdão publicado na "Rev. dos Tribunais", vol. 80, pág. 498, do qual foi relator, escreveu o seguinte:

"A finalidade da mediação não visa a fase pròpriamente executória do contrato que o mediador promove ou facilita entre duas ou mais pessoas, senão penas a fase de formação contratual, ultimada pelo acôrdo de vontades, jurìdicamente estabelecido entre os interessados".

Há, porém, quem divirja dêsse entendimento. Dizem que a mediação sendo uma convenção acessória, para que dê direito ao corretor de cobrar sua comissão, mister se faz que a convenção principal se consume. Não se efetivando, em consequência, o negócio projetado, a nenhuma remuneração terá direito o mediador dêle encarregado: Semelhante opinião é defendida, entre outros, pelo venerando acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 151, pág. 694, que confirmou a brilhante sentença que se segue ao mesmo E onde vêm

alinhados impressionantes argumentos. E é o que preceitua o artigo 32 do Cód. Comercial italiano:

"Al mediatore non compete il diritto de mediazione, se l'affare non è stato conchiuso".

Em nosso direito inexistente qualquer mandamento expresso a respeito, mas a doutrina e a jurisprudência têm se dividido entre as duas correntes acima expostas.

No caso sujeito, porém, essa controvérsia não estará muito adequada em face dos dizeres da carta-autorização de fls., redigida em termos que não dão margem a dúvidas.

Ficou nela claramente especificado que o autor só teria direito á comissão de 3 % sobre o preço da venda ou sobre o valor de qualquer transação que viesse a ser realizada com a "C. A. I. C.", o que equivale a dizer que a corretagem só lhe seria paga em caso de haver venda ou de haver outra "transação" realizada. Para procedência da ação era mister, em consequência, que o postulante demonstrasse (uma vez que êle próprio sustentou que a venda da fazenda à aludida "C.I.A.C." foi desde logo afastada) ter realizado - consumado - uma outra transação (*sic*) qualquer.

É isto não foi por êle conseguido, pelo que a atual cobrança estava mesmo fadada a mau êxito.

Abstraindo-se, porém, dessa interpretação que foi dada aos termos do aludido documento e, ainda assim, a conclusão não mudaria.

É que o autor não provou, cumpridamente, ter conseguido o acôrdo de vontades entre o réu e a "C. A. I. C."

Em carta datada de 27 de setembro de 1949 (junta por fotostática a fls.), ou seja, quase um ano depois de assinada a carta-autorização de fls. (esta é de 4-10-48), dizia o réu a "C. A. I. C. que só aceitava a modalidade do negócio "em princípio" e tornou expresso que, de qualquer modo, exigia como condição *sine qua* o adiantamento do numerário suficiente para liquidar o débito dêle,

signatário, para com os herdeiros da viúva Baccarat (que lhes vendera a fazenda, a prazo) e, outrossim, que a companhia reduzisse sua comissão.

Essa carta é autêntica, assim considerada pelas partes, e está no arquivo da "C. A. I. C.", que foi quem remeteu a fotostática ao juiz.

Por êsse documento, que está a fls., ficou evidenciado que o réu só aceitou a proposta da "C. A. I. C.", em princípio, e exigiu dinheiro para liquidar a dívida que o mesmo réu ainda tinha para com os vendedores da fazenda.

Estava-se, nessa altura, em plena fase pré-contratual, e as conversações e o negócio não passaram dela porque, concretizada a proposta da companhia na carta de fls., enviada ao apelado (nos autos está a cópia autêntica fornecida pela própria "C. A. I. C."), não foi a mesma aceita por aquêle, isto é, pelo vendedor.

E note-se que essa proposta não estava de acôrdo com o que expressamente fixara o réu, em sua mencionada carta de fls., porque ficou devidamente comprovado que a dívida dêste era de Cr\$ 2.500.000,00 (o que é admitido pelo autor), e, no entanto, a "C. A. I. C." não só não fornecia essa quantia como não se comprometeu mesmo a adiantar importância alguma, porquanto ofereceu tão-sòmente duas cambiais de seu aceite, para vencimento futuro, do valor, apenas, de Cr\$ 500.000,00 cada uma, e de desconto muito problemático. E ainda quando desconto se pudesse obter, é manifesto que o réu ficaria prêsso à dívida pelo endôssso que o banco evidentemente exigiria. Sem dúvida é um singular modo de fazer adiantamento, exigido como condição, *sine qua* de efetivação de um negócio.

É certo que o apelante, em suas alentadas alegações, desenvolveu todo o seu esforço no sentido de demonstrar que o apelado aderira àquela proposta de fls. Se aderiu, por que não a assinou? E onde a prova, de que aderiu realmente?

Procurou o postulante fazê-la com dois depoimentos suspeitos, francamente inaceitáveis (respeitáveis que sejam essas pessoas), porque partidos do representante da "C. A. I. C." (seu superintendente) e do advogado da mesma.

Trata-se, pois, em última análise, de depoimento da própria "C. A. I. C.", que é indiscutivelmente interessada na decisão da coisa pelas conseqüências que dela lhe advirão no caso de êxito por parte do advogado-corretor.

Não houve, em conseqüência do quanto ficou exposto, acertamento de vontades nem acôrdo sôbre tôdas as condições impostas, além de outras necessárias, nas quais nem de leve tocou o postulante, a saber: preço dos lotes, dos imóveis, dos animais, valor da multa, etc. Tôdas essas questões poderiam, ainda, separar os dois interessados. E a companhia ainda exigia escritura definitiva da família Baccarat ao réu e exibição de prova trintenária da propriedade.

Tudo isto poderia levar a completo fracasso o negócio, caso, por exemplo, aquela família se recusasse a outorgar escritura definitiva ou não fôsse possível a referida prova trintenária. O autor foi muito precipitado, mas nem por isto malicioso.

Por êsses motivos, foi negado provimento ao recurso, como acima se declarou.

São Paulo, 18 de setembro de 1951. - *Paulo Colombo*, presidente; *Samuel Francisco Mourão*, relator; *Cantidiano de Almeida*; *Ulisses Dória*.

*

DIREITO DE VIZINHANÇA - TOLERABILIDADE DO INCÔMODO

- Nem todo o incômodo é reprimível; só o é o anormal, ou intolerável, pois o que não excede a medida da normalidade, entra na categoria dos encargos ordinários de vizinhança.

Dr. Nicolau Radó *versus* Sadake Oyasugi

Ap. nº 55.965 - Relator: DESEMBARG. SABINO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n° 55.965, da comarca de São Paulo, em que é apelante o Dr. Nicolau Radó, sendo apelado Sadake Oyasugi:

Acordam, em 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso e confirmar, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida.

Custas pelo apelante.

Propôs o apelante uma ação cominatória contra o apelado para obrigá-lo a mudar uma chocadeira instalada junto ao muro divisório das duas propriedades, para local mais afastado, a pretexto de que o seu ruído era incômodo e nocivo à sua e à saúde de sua mulher. A sentença recorrida, com base na melhor doutrina e na jurisprudência, declarou que uma interferência é suportável, ou não, quando se tem em menor conta o prejuízo concreto do reclamante, do que a determinação do prejuízo que, naquele caso, experimentaria a média dos prédios e dos moradores. Nem todo o incômodo é reprimível. Só o é o anormal, ou o intolerável, pois aquêle que não excede a medida da normalidade, entra na categoria dos encargos ordinários de vizinhança.

A chocadeira do apelado, acionada por um motor de apenas três quartos de cavalo, não poderia causar ruído capaz de perturbar o sossêgo e saúde do apelante, mormente por estar localizada há dois e meio metros de seu prédio. E, dada a insignificante vibração do motor, segundo a prova testemunhal, o seu ruído não poderia jamais atingir a proporção que o apelante lhe atribui.

São Paulo, 5 de outubro de 1951. - *Clóvis de Moraes Barros*, presidente, com voto; *Vicente Sabino Júnior*, relator; *Camargo Aranha*.

*

**SOCIEDADE MERCANTIL - PRAZO INDETERMINADO -
DISSOLUÇÃO**

- Nas sociedades por prazo indeterminado, requerida a dissolução da sociedade por um dos sócios, não há como negá-la, para apenas determinar a apuração de haveres do sócio requerente da dissolução.

- De qualquer forma, não se pode deixar de decretar a dissolução, se, excluído o requerente da dissolução, restar apenas um único sócio.

Jaime Martins Pinheiro e outro *versus* Manuel Martins Pinheiro Junior e outros

Ap. nº 52.323 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 52.323, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Jaime Martins Pinheiro e outro e apelados Manuel Martins Pinheiro Júnior e outros:

Trata-se de ação proposta pelos apelantes Jaime Martins Pinheiro e Joaquim de Araújo Soares a fim de obterem a dissolução e conseqüente liquidação da sociedade Martins, Silva & Cia. Ltda., de que são sócios. Aduzem, para isso, em substância, que, com o falecimento de vários cotistas, não puderam os sócios remanescentes, por vários motivos, entrar em acôrdo sôbre a maneira de reestruturar a sociedade, impondo-se, pois, a sua dissolução, tanto mais que, no caso, trata-se de sociedade por tempo indeterminado, cuja dissolução se opera de pleno direito, por simples vontade de um dos sócios, nos têrmos do art. 335, nº V, do Cód. de Comércio.

Citados os dois outros sócios da firma, apenas o de nome Manuel Martins Pinheiro Júnior impugnou o pedido, dizendo não se justificar a pretendida dissolução, já que os §§ 1º e 2º da cláusula 5ª do contrato social facultam a continuação da sociedade após a retirada de algum sócio, desde que o mesmo seja reembolsado de seus haveres. Não desejando, pois, continuar na firma, deviam os autores ter se valido dessa cláusula, nunca pleitear a dissolução da sociedade, que só poderia acarretar prejuízos à firma e aos demais sócios.

Acolheu a sentença de fls. 103-105, cujo relatório se considera como incorporado ao presente, a impugnação oposta. Em conseqüência, dando pela

improcedência do pedido de dissolução, ordenou, por um princípio de economia processual, fôsse processada a apuração dos haveres dos sócios retirantes nestes mesmos autos.

Apelaram os autores, e, segundo o entendimento unânime da Turma julgadora, impõe-se o acolhimento de sua pretensão, no sentido de obterem a dissolução da sociedade de que fazem parte.

Ainda quando se aceite a argumentação da sentença de que os §§ 1º e 2º da cláusula 5ª do primitivo contrato (fls. 62) não se encontram revogados pela alteração de 18 de dezembro de 1945 (fls. 71), ao estabelecer a indeterminação de vigência do prazo do contrato social, indisputável é que, na espécie, desde que na alteração contratual estipulado ficou ser a sociedade por prazo indeterminado, a sua dissolução não podia deixar de ser decretada, à vista da manifestação da vontade de dois de seus sócios a respeito. Nesse sentido, invocam as apelantes a lição de CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado", III, pág. 215), convindo, lembrar, também, a do Prof. VALDEMAR FERREIRA, que é positivo ao doutrinar que se dissolvem as sociedades, independentemente da vontade dos sócios, ou seja, de pleno direito, nos casos apontados no art. 335, ns. 1, 2, 3 e 4 do citado Código. "Nas sociedades de prazo indeterminado", conclui o ilustre professor, "basta a manifestação unilateral da vontade de um dos sócios" ("Instituições", II, nº 273). Ainda como mostram os recorrentes, tem a jurisprudência de nossos tribunais feito constante aplicação daquele inciso legal. Consulte-se, a propósito, o julgado dêste Tribunal, inserto na "Rev. dos Tribunais", vol. 178, pág. 823.

Pleiteando, pois, a dissolução da sociedade, não podia a mesma ser negada aos requerentes, com o ordenar o magistrado, mediante a aplicação de cláusulas cuja insubsistência é fortemente contestada, a simples retirada dos autores, reembolsados êles de seus haveres. De manifesto que aquelas cláusulas, como se demonstra nas razões de recurso, constituem meros dispositivos para soluções amigáveis, para retiradas voluntárias de sócios, não contendo as mesmas qualquer renúncia ao direito dos sócios de, a qualquer tempo, requerer a dissolução da sociedade.

Bastam, como é evidente, tais considerações para se concluir que a decisão inferior não pode subsistir. E outras razões, para a dissolução pleiteada,

apontam os apelantes em suas razões, dentre as quais se destaca a impossibilidade da continuação da sociedade com um único sócio, ponto focalizado com mestria pelo Prof. LETÁCIO JANSEN no parecer de fls. 117-119.

Merece, nessas condições, provimento o recurso interposto, para o efeito de, decretada a dissolução da sociedade Martins, Silva & Cia. Ltda., proceder-se à liquidação do seu acervo, na forma da lei.

Quanto à nomeação do respectivo liquidante, que os recorrentes pretendem recaia no sócio Jaime Martins Pinheiro, maior cotista vivo e sócio gerente da firma, caberá ao juiz fazê-la, tendo em vista o disposto no art. 657 do Cód. de Processo.

Isto pôsto:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls. 146, em dar provimento à apelação, nos têrmos acima expostos, pagas as custas como de direito.

Dactilografado pelo relator.

São Paulo, 15 de março de 1951. - *José R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Pedro Chaves*, revisor; *Prado Fraga*, 3º juiz".

*

DESPEJO - CONSTRUÇÃO CLANDESTINA - "BIS IN IDEM"

- Tendo o autor optado pela ação cominatória para solucionar o seu litígio com o réu, seu inquilino, não mais tem o direito de recorrer à ação de despejo, com fundamento nó mesmo fato que constituiu objeto da outra ação.

Roque Martins *versus* Narciso Zanandréia

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 55.897, da comarca de São Paulo, em que é apelante Roque Martins e apelado Narciso Zanandréia:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal do Estado, adotado como parte integrante dêste o relatório lançado a fls., em repelir, por unanimidade de votos, a preliminar de nulidade da sentença, e, por igual votação em dar provimento à apelação, para julgar o autor carecedor da ação proposta, pagas as custas como de direito.

Das alegações formuladas pelo recorrente em suas razões de recurso, cabe ser examinada, em primeiro lugar, aquela referente à nulidade da sentença, por ter sido esta proferida sem que fôsse dada ao réu oportunidade ara manifestar-se sôbre os documento de fls. Sem qualquer fomento de direito, entretanto, a argüição feita, nenhuma infração se tendo verificado, na espécie, do art. 223, parág. único, do Cód. de Processo. Continham aquêles documentos as decisões proferidas na ação cominatória proposta pelo apelado contra o recorrente e que tinham concluído pela existência da infração contratual que serviu de fundamento á presente ação de despejo. Eram aquelas decisões do conhecimento do apelante, que assim, nenhum prejuízo poderia ter sofrido com a juntada das respectivas certidões a êstes autos. Aliás, ao que se colhe do processo, correram os dois feitos paralelamente, distribuídos que foram ao mesmo Juízo, impondo-se mesmo, por êsses motivos, fôssem aquelas peças trasladadas para esta ação.

insiste o réu, em segundo lugar, na alegação de que deveria o autor aguardar a execução da sentença proferida na ação cominatória, para só então pleitear a rescisão da locação, com o conseqüente despejo na hipótese de ser desrespeitado o precitado. O julgamento dessa argüição, todavia, depende da solução a ser dada ao mérito da causa, pelo que não deve ser examinada como matéria preliminar.

Mérito:

Consta dos autos que transita pelo mesmo Juízo em que teve andamento esta ação de despejo, uma ação cominatória movida pelo apeado contra o recorrente, com fundamento no art. 302 item XII, do Cód. de Processo e cláusula 4ª do contrato de locação do prédio, celebrado entre as partes. Deu motivo a essa ação cominatória o fato de haver o réu apelante construído um quarto e um barracão, nos fundos do prédio locado, sem licença do Poder Público. Foi o autor intimado a demolir essa construção, cabendo ao locatário, de acordo com a cláusula 4ª do contrato, dar execução às Intimações da Prefeitura, uma vez que lhes tenha dado causa.

Segundo o autor, implica essa cláusula em obrigação de fazer, razão pela qual não lhe cabia outra alternativa senão ajuizar a ação cominatória, dando ao réu o prazo de 10 dias para cumprir a intimação, sob pena de ser condenado à multa contratual de Cr\$ 20.000,00, prevista na cláusula 7ª do contrato.

Tendo o réu contestado a ação cominatória, prosseguiu a mesma com o rito ordinário, como determina o art. 303, § 2º, do Cód. de Processo. O autor, entretanto, sem aguardar a solução daquele litígio, ingressou em Juízo com a presente ação de despejo, pelo mesmo fundamento já acima referido, em cuja inicial, item 4º, deixou expresso o seguinte: "Não padece sombra de dúvida que o réu infringiu o contrato, dando nascimento a uma intimação da Prefeitura contra o autor e não a cumprindo, de tal sorte que êste se viu compelido a convocar o Poder Judiciário para que o fizesse. Tratando-se de uma obrigação de fazer, lícito não era ao autor rescindir sem mais delongas o contrato pela simples transgressão da cláusula 4ª do mesmo. Outorgou-lhe uma oportunidade, que o suplicado não soube aproveitar..." (fls.).

Nestas condições, desde que o próprio autor pretendeu dar ao réu a oportunidade de demolir as construções que havia feito no imóvel locado, sob pena de pagar a multa cominada, de manifesto que; optando pela ação cominatória, se sujeitou à execução dessa ação, não mais podendo, pelo mesmo motivo, valer-se concomitantemente da ação de despejo.

Tem, nesse caso, aplicação a máxima que diz: "*Electa una via non datur regressus ad alteram*". Condenado, pois, o réu, na ação cominatória, a proceder à demolição das obras condenadas, no prazo de 10 dias, sob pena de pagamento da multa contratual, com a sua condenação, também, nas custas e honorários

advocatícios, e confirmada essa decisão pelo acórdão de fls., ao autor cabia executar essa decisão, tal como nela se contém e declara. Não lhe era lícito, antes da decisão judicial na cominatória, por êle preferencialmente requerida, propor contra o réu a presente ação e despejo, com tôdas as conseqüências daí decorrentes, inclusive nova condenação em custas e honorários de advogado.

Em suma: Não cabendo ao apelado o direito de forçar o réu, por um mesmo fato, a pagar as custas de dois processos simultâneos, além dos respectivos honorários de advogado, o que se conclui de todo o exposto é que, tendo o autor preferido a ação cominatória para solucionar o seu litígio com o réu, já não lhe cabia mais recorrer à ação de despejo, com fundamento no mesmo fato que constituiu objeto da outra ação.

É o mesmo autor, portanto, carecedor da presente ação, e, nessa conformidade, fica julgado pela unanimidade da Turma julgadora.

São Paulo, 11 de outubro de 1951. - *Pedro Chaves*, presidente, com voto; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*.

*

ALIMENTOS - HABITAÇÃO

- Os alimentos abrangem não só o necessário para o sustento, vestuário, tratamento por ocasião das moléstias, senão também a habitação.

Ibrahim Romaili *versus* Maria Fumero Hernandez

Ap. nº56.049 - Relator: DESEMBARG. OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.049, da comarca de São Carlos, em que são partes, respectivamente, apelantes e apelados, Ibrahim Romaili e Maria Fumero Hernandez:

Acordam., em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., por votação unânime, dar provimento, em parte, à apelação da autora, para incluir na pensão fixada pela sentença as despesas com a sua habitação, Cr\$ 120,00 mensais, e negar provimento à do réu. A sentença merece confirmação, por seus próprios fundamentos, salvo na parte em que excluiu da pensão alimentar, que fixou, a despesa mensal que tinha a vítima, o marido da autora, com a habitação do seu casal (casa, água e luz).

Segundo o art. 1.537 do Cód. Civil, a indenização, no caso de homicídio, consiste:

"I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia".

Não foi pôsto em dúvida que a vítima devia prestar alimentos à autora. Os alimentos abrangem não só o necessário para o sustento, vestuário, tratamento por ocasião das moléstias, senão também a habitação. Assim, a importância que a vítima despendia com a sua habitação e a de sua mulher, a autora, deve também ser tomada em consideração, para a fixação da pensão que o réu prestará à autora. Essa importância, segundo informa o perito judicial, é de Cr\$ 120,00 mensais; tal importância deve ser acrescida à pensão, fixada pela sentença como parte integrante dos alimentos devidos. Conseqüentemente, os alimentos que o réu deverá prestar à autora devem ser constituídos da prestação já fixada pela sentença, com o acréscimo de Cr\$ 120,00 mensais. Os alimentos devidos devem ser os de Cr\$ 415,00 mensais.

Sôbre o total dessas prestações alimentares mensais, durante o período de três anos, ou seja, sôbre a importância de Cr\$ 14.840,00, é que deverão ser calculados os juros ordinários e os compostos, na forma determinada pelo art. 1.544 do Código Civil.

Os honorários do advogado da autora devem ser os arbitrados pela sentença - 15% sôbre o total da condenação.

A autora goza dos benefícios da assistência judiciária (lei nº 1.060, art. 11). Por isso, as custas totais também devem ser pagas pelo réu.

Tôdas as prestações mensais, correspondentes aos alimentos devidos e fixados, já se venceram. Não há prestações vincendas: o período de três anos, durante o qual o réu deve e devia prestar alimentos à autora, já se findou. Deverá, em tais condições, o réu pagar integralmente, de uma só vez, o total da condenação.

Custas pelo réu apelante e apelado.

São Paulo, 25 de setembro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

REGISTRO CIVIL - RETIFICAÇÃO DE PRENOME

- Sendo imutável o prenome, a sua retificação só é concedida nos casos de denominação imoral ou ridícula e em casos de erro do assento.

Apelado: Róseo Spotto

Ap. nº 52.309 - Rel: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 52.309, da comarca de Pinhal, em que é apelante o Dr. promotor público da comarca e apelado Róseo Spotto:

Acordam, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, adotados os relatórios de fls. como integrantes dêste, em dar provimento ao recurso interposto pelo representante do Ministério Público, para, reformando a decisão recorrida, indeferir o pedido de fls., pagas as custas pelo recorrido.

O prenome é imutável, nos têrmos do art. 72 do dec. nº 4.857, de 1939.

Excepcionalmente tem se permitido a retificação do prenome, nos casos de denominação imoral ou ridícula, ou de êrro do assento. Não é o caso.

O recorrido foi registrado com o prenome de "Rosário", prenome êsse muito encontradiço entre nós, principalmente em filhos de italianos.

Êsse o prenome escolhido pelo pai do recorrido quando fez o registro perante o escrivão. Êsse o prenome com que foi batizado. Êsse o prenome de um dos avôs do recorrido; a escolha, provàvelmente, visava homenagear êsse ascendente. Nem sequer se sugeriu a possibilidade de êrro no assento, suscetível de retificação.

Entre as duas denominações, a de "Rosário" é a mais comum. O qualificativo "Róseo" é inédito e extravagante.

Foi, também, extravagante e muito irregular o procedimento do recorrido, por ocasião do casamento, ao invés de juntar a certidão de nascimento, fazer uma justificação em que se deu aquele prenome.

São Paulo, 9 de outubro de 1951.- *Frederico Roberto*, presidente e relator designado; *A. de Oliveira Lima*; *J. M. Gonzaga*, vencido. Dadas as circunstâncias especiais do caso, confirmava a sentença.

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em dois acórdãos da lavra do eminente jurista AMÍLCAR DE CASTRO, já teve ocasião de ponderar que, atenta a finalidade da lei, força é concluir-se que prenome imutável é aquêlê que foi pôsto em uso, embora não conste do registro, e não o constante do registro e jamais usado ("Rev. dos Tribunais", vol. 143, página 270, e vol. 185, pág. 423).

Parodiando êsses arestos, pode-se dizer no caso presente: se o prenome "Roseo", atribuído ao apelado, é um fato notório, conhecido de todos há cêrca de 50 anos, enquanto o prenome "Rosário", lançado no livro de registro, nunca foi usado nem conhecido, denegar-se a retificação do registro em caso como esse, será causar o mesmo mal que a lei pretende evitar, quando proíbe a alteração do prenome, pois o inconveniente está apenas na possibilidade de ser

a pessoa conhecida por um nome, e vir depois a se apresentar com nome diverso, estabelecendo dúvida sobre sua identidade. O caso dos autos é típico. Conta hoje o apelante :país de 50 anos de idade. Sempre, desde criança, usou o prenome "Róseo" e por êle foi e é conhecido. Com êsse prenome estudou e diplomou-se, casou-sé, exerceu cargos públicos, fez o serviço militar, realizou negócios, candidatou-se a deputado. A prevalecer o registro do seu nascimento tal como está, o menor prejuízo que lhe resultará será o de ter que retificar os mencionados atos; pior do que isso será o trabalho de convencer a sociedade em que vive de que o seu nome não é aquêle que até agora usou.

*

DESPEJO - INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO LEGAL - SUBLOCAÇÃO

- Em face da nova lei, o consentimento expresso do locador, à sublocação do prédio, é necessário em qualquer hipótese.

Carlos Armando Martins Pinho *versus* D. Leonor Rodrigues da Luz

Ap. nº 364 - Rel. DESEMBARGADOR CUSTÓDIO DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 364, de São Paulo, em que é apelante Carlos Armando Martins Pinho e apelada Leonor Rodrigues da Luz:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso.

Custas como de direito.

A sublocação parcial foi feita já na vigência da lei nº 1.300, segundo decorre do recibo de fls. e das próprias alegações do locatário réu, nas suas razões de apelação.

O art. 2º desta lei estabelece que a cessão da locação, a sublocação total ou parcial e o empréstimo do prédio dependem de consentimento, por escrito, do locador.

Pela lei anterior, dec.-lei nº 9.669, art. 3º, o consentimento expresso do locador, no caso de sublocação parcial, só era exigido quando o locador residisse no prédio, impondo-se ao locatário-sublocador apenas a obrigação de comunicar ao locador a sublocação parcial.

Parece fora de dúvida que, em face da lei nova, o consentimento expresso é necessário, em qualquer hipótese. A redação do novo dispositivo legal, a supressão da exigência da comunicação assim como o disposto no art. 17 da lei atual, tudo está a indicar que a sublocação parcial depende sempre de consentimento expresso do locador.

A lei nova teria, assim, considerado a locação como um contrato *intuitus personae*, contrariando a opinião de alguns doutrinadores a respeito da matéria (cf. AGOSTINHO ALVIM, em notas ao artigo 3º da lei revogada).

No caso concreto, como se disse, a sublocação do porão foi feita na vigência da lei nova, tendo o locador provocado ate inquérito policial contra o locatário, por estar auferindo renda com a exploração de sublocação.

As alegações do apelante não encontram o menor apoio na prova dos autos. O alegado comodato não se presume.

São Paulo, 24 de outubro de 1951. - *Juarez Bezerra*, presidente, com voto; *Euclides Custódio da Silveira*, relator; *Augusto Néri*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ESTRADA IDE FERRO - FAGULHAS - INCÊNDIO EM PROPRIEDADE MARGINAL

- As estradas de ferro não respondem, evidentemente, por todos os Incêndios verificados nas suas margens. Para que ocorra sua responsabilidade, é preciso que fique provado que o fogo foi ateado por fagulhas de suas locomotivas. E, mesmo neste caso, não respondem as

ferrovias por aqueles incêndios ocasionados pela existência, a menos de 50 metros de seus trilhos exteriores, de materiais de fácil combustão.

Cia. Paulista de Estradas de Ferro *versus* Sílvio Afonso Junqueira Morgan e outro

Ap. nº 52.490 - Rel.: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 52.490, da comarca de São Paulo, em que é apelante a Cia. Paulista de Estradas de Ferro e apelados Sílvio Afonso Junqueira Morgan e outro:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

Custas pelos apelados.

Trata-se de ação de indenização, pelos danos causados por fogo atribuído a fagulha de locomotiva, que teria ocasionado incêndio em imóvel atravessado pela estrada de ferro.

Para que seja acolhido pedido de indenização, é preciso prova do dano e de que o réu é responsável pelo prejuízo sofrido pelo autor.

No caso, não se contesta a existência dos danos. Discute-se, apenas, a respeito da responsabilidade da ré.

As estradas de ferro não respondem, evidentemente, por todos os incêndios verificados nas suas margens. Para que ocorra sua responsabilidade, é preciso que fique provado que o fogo foi ateado por fagulhas de suas locomotivas. E, mesmo neste caso, não respondem as ferrovias por aqueles incêndios ocasionados pela existência, a menos de 50 metros de seus trilhos exteriores, de materiais de fácil combustão. E o que decorre do disposto no art. 154 do dec. nº

15.673, de 7 de setembro de 1922, norma que teve em mira possibilitar o desenvolvimento ferroviário do país e afastar riscos anormais.

No local onde ocorreu o incêndio, os apelados mantinham uma máquina de debulhar milho, movida por um velho automóvel "Ford", modelo 1928 ou 1929. A distância de 15 metros desse motor, estava um grande monte de palha de milho, material de grande facilidade de combustão. Esse mesmo monte de palha estava a 54,5 metros da linha da estrada de ferro. Acontece, porém, que entre aquela palha e os trilhos ferroviários, havia um outro monte de milho em palha, este apenas a 30 metros de leito ferroviário.

Verificado o incêndio, destruiu ele ambos esses montes de milho e de palha, como ainda a máquina de debulhar, o automóvel que lhe fornecia força motriz e ainda algumas palhadas existentes nas vizinhanças.

A verificação do local onde começou o fogo, no caso, é de absoluta importância, porque não responde a ferrovia pelo incêndio, se iniciado no monte de milho empalha existente a 30 metros de seu trilho, por força do já invocado art. 152 do Regulamento Geral das Estradas de Ferro.

Não se pode presumir que o fogo tenha tido início no outro monte de palha, colocado a 54,5 metros da linha, porque os técnicos proclamam a dificuldade de ser alcançada aquela distância por fagulha capaz de produzir combustão. Por isso mesmo é que aquele regulamento estabeleceu a margem de segurança de 50 metros, na qual proibiu a existência de materiais de fácil combustão.

Aliás, se iniciado o fogo naquele monte de palha, mais fácil seria atribuí-lo a alguma faísca partida do motor "Ford", cujo distribuidor funcionava descoberto, como verificou o perito, ou, ainda, de algum dos fogões em que algumas lavadeiras, na proximidade, ferviam roupa.

Acresce observar que, se o fogo tivesse tido início naquele monte de palha, colocado a 54,5 metros da linha, alcançado por fagulhas da locomotiva devido ao fortíssimo vento que então soprava em seu rumo, não se compreende como pudesse o fogo avançar, depois, contra o vento, para ir alcançar o outro monte de milho em palha, situado a cerca de 30 metros de distância, mais próximo da linha.

Ou o fogo começou neste local, mais próximo e fácil de ser atingido (e por êle não responde a ferrovia, *ex vi* do disposto no citado art. 154), ou teve início naquele outro monte de palha mais distante, mas neste caso não teve origem em fagulha da estrada de ferro.

Os apelados procuraram provar, com depoimentos de empregados seus, que o fogo foi ocasionado par uma fagulha da locomotiva e começou exatamente naquele monte de palha distante da linha. Tais depoimentos, todavia, são imprestáveis. Não só são suspeitos êsses empregados da fazenda, como os seus depoimentos estão enfraquecidos pelo tempo que os autores deixaram decorrer para, ajuizar esta ação, cêrca de três anos. Acresce que é inverossímil que alguém, às 10 horas da manhã de um dia luminoso, pudesse acompanhar, no ar, a trajetória de uma fagulha, que foi cair a mais de 50 metros de distância. O procedimento da testemunha que fêz tal afirmativa, também é inverossímil, pois não teria ela tido o cuidado de ir apagar imediatamente o fogo ateado pela fagulha.

A verdade, que transparece do conjunto da prova, é que ninguém viu onde começou o fogo, ou de onde se originou, pois quando foi notado já havia tomado tal desenvolvimento que 15 homens não puderam extingui-lo, nem mesmo circunscrevê-lo, apesar de contarem com alguma água no próprio local.

A prova - cujo ônus cabia indiscutivelmente aos apelados - é duvidosa, e sendo improvável que o fogo tivesse se iniciado no local onde os autores o situaram, forçoso concluir pela improcedência da ação.

São Paulo, 4 de setembro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *Breno Caramuru*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - MARIDO QUE ABANDONOU O LAR CONJUGAL

- O simples fato de não ter sido o pai destituído do pátrio poder não lhe outorga direito de requerer a busca e apreensão de filho menor deixado

sob a guarda de outrem, ao abandonar o lar conjugal. Nos conflitos de interesses entre os menores e os seus representantes legais deve o juiz usar sempre de prudente arbítrio, visando à proteção daqueles.

D. Elisa Rosa Simões *versus* Antônio Rodrigues

Ap. nº 56.065 - Relator: DESEMBARG. CANTIDIANO DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 56.065, da comarca de Santos, em que é apelante Elisa Rosa Simões e apelado Antônio Rodrigues:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, adotado o relatório de fls., dar provimento ao recurso, a fim de julgar improcedente o pedido.

Custas pelo apelado.

Não há dúvida, toca aos pais ter os filhos em seu poder, enquanto menores (Cód. Civil, art. 384, nº II). Mas, na espécie, não se cuida simplesmente de restabelecer essa posse, ferida por ato injusto de outrem. Foi o apelado que ensejou a situação contra a qual investe, no momento. Abandonou a família, em casa da sogra, onde sempre residiram mulher e filha, logo após o nascimento da última, estampando-se, assim, a inexatidão da própria inicial, que fala em despejo, a forçar a mudança. Não deu, à criança, até agora, amparo moral ou material algum, continuando sempre em poder da avó materna, que lhe vem tratando desde que veio ao mundo.

Agora, contando cinco anos feitos, quer tê-la em sua companhia.

É exato, não destituído do pátrio poder, mantivesse a guarda da filha, esta não lhe poderia ser tirada. Ou negada, se então impossibilitado de mantê-la.

Contudo, não é êsse o panorama que se delinea. Pretende a alteração do atual, ao que continuamente deu adesão plena, ainda que por economia ou

comodidade, para criar um novo, cujos contornos não se delineiam nos autos, ignorando-se em mãos de quem irá a menor parar, por desconhecer-se a posição do apelado, em relação aos seus.

Não está a pequena com a mãe, amasiada. Sim, na companhia da avó - a única conclamada para êste procedimento - em Ana Dias, na casa de um filho, com profissão definida.

Ademais, sòmente neste instante reclama o apelado do teor de vida das cunhadas, quando para a mesma casa levou a mulher, recém-casada, aí ficando depois de nascida a filha do casal, que abandonou por cinco longos anos no local.

Enfim, não se enxerga motivo para modificar-se, por via dêste remédio sumário, a situação da menor, mantida desde que nasceu.

De um acórdão desta Câmara são os seguintes conceitos, aplicáveis ao caso em tela: "O juiz de família deve sempre usar de prudente arbítrio ao decidir os conflitos de interêsse entre os menores e os seus representantes legais" ("Revista dos Tribunais", vol. 127, pág. 496).

O interêsse da menor, na espécie, está em que prevaleça o *statu quo*, até que, por outros meios, se aclare a condição de vida dos cônjuges.

São Paulo, 2 de outubro de 1951. - *Paulo Colombo*, presidente, com voto; *Cantidiano de Almeida*, relator; *Ulisses Dória*, vencido.

*

PRAZO - CONTAGEM

- Cogitando-se de prazo por dias, será êle contado de meia-noite a meia-noite.

Antônio Gardiano Galves *versus* Germano Pires e sua mulher

Ap. nº 455 - Relator: DESEMBARG. JUAREZ BEZERRA

ACÓRDÃO

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., nesta apelação nº 455, da comarca de Rio Prêto, em que é apelante Antônio Gardiano Galves e são apelados Germano Pires e sua mulher, negar provimento ao agravo no auto do processo e dar provimento parcial à apelação, para determinar que as custas sejam pagas em proporção e para cominar ao autor o máximo da multa do art. 15, § 6º, da lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

1. Do despacho que não permitiu ar inquirição de testemunhas arroladas pelo réu, agravou êste no auto do processo (fls.).

Atendendo requerimento do autor, o Dr. juiz de direito deixou de admitir a inquirição de testemunhas do réu, porque, efetuando-se a audiência no dia 14 de junho de 1950, o rol temente havia sido apresentado no dia 12 do mesmo mês, sem a antecedência, pois, do prazo estipulado no art. 239, § 1º, do Cód. de Proc. Civil.

Realmente, o depósito do rol das testemunhas se deu com infringência do inciso legal citado, que dispõe:

"O escrivão não lavrará a assentada da testemunha cujo nome, profissão e domicílio não constem do rol depositado em cartório, com dois dias, pelo menos, de antecedência".

É óbvio que, se não se pode lavrar a assentada da testemunha, menos ainda poderá ser ela inquirida.

Cogitando-se de prazo por dias, será êle contado da meia-noite a meia-noite.

Era essa a concepção no direito romano: "*More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur*". Dig., Lib. II, tít. 12, fr. 8 (segundo o costume romano, o dia começa desde a meia-noite e acaba na metade da noite seguinte).

E é essa também a tradição do nosso direito (PEREIRA E SOUSA, "Esbôço de um Dicionário Jurídico", t. 1º, Lisboa, Tip. Rolandiana, 1825; FERREIRA BORGES, "Dicionário Jurídico-Comercial", 2ª ed., Pôrto, Tip. de Sebastião José Pereira, 1856, pág. 123; COELHO DA ROCHA, "Instituições de Direito Civil Português", 7ª ed., T. L, Lisboa, Livr. Clássica Editôra, 1907, § 50, pág. 31; CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, "Código Filipino", 14ª ed., Rio de Janeiro, Tip. do Instituto Filomático, 1870, Livro III, tít. 13, nota 3, pág. 576; TEIXEIRA DE FREITAS, "Vocabulário Jurídico", Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro-editor, 1883, pág. 54; LAFAYETTE R. PEREIRA, "Direito das Coisas", ed. de J. B. de Andrade e Silva, Rio de Janeiro, Tip. de Batista de Sousa, 1922, § 71, pág. 155; SÁ PEREIRA, "Manual do Código Civil Brasileiro", vol. VIII, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, editor, 1924, n° 73, pág. 234; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2ª ed., vol. VI, 1934, Livr. Editôra de Freitas Bastos, Rio de Janeiro, n° 20, pág. 31).

Como na contagem do prazo se inclui o dia *ad quem*, segue-se que, entregue em cartório o rol das testemunhas a 12, o prazo mínimo de dois dias terminaria a 14.

Ao realizar-se a audiência no início do expediente do dia 14 de junho, ia em meio o decurso do aludido prazo.

Trata-se de um prazo incidente, instituído em favor da parte contrária para apurar a idoneidade das testemunhas indicadas. Êsse seu direito de investigação poderia ser exercitado até o final do segundo dia.

Bem aplicou o Dr. juiz de direito o disposto no art. 239, § 1º, do Cód. de Proc. Civil.

2. O autor é condômino do prédio locado ao réu, mas está exercendo o direito de retomada com o assentimento dos demais consortes.

Pretende o imóvel para a sua residência, sendo certo que mora em uma pensão sem o conforto necessário.

Tendo o autor decaído do pedido relativo à condenação do réu a pagar honorários de advogado, as custas devem ser pagas em proporção.

São Paulo, 17 de outubro de 1951. - *Juarez Bezerra*, presidente e relator; *Vasco Conceição*; *Euclides Custódio da Silveira*.

*

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA - ADJUDICAÇÃO
COMPULSÓRIA - IMÓVEL NÃO LOTEADO - CLÁUSULA DE
ARREPENDIMENTO**

- A lei nº 649, de 11 de março de 1949, é de aplicação imediata, uma vez que se limitou a alterar a redação do art. 22 da lei nº 58, desfazendo dúvidas que existiam a respeito da admissibilidade da adjudicação compulsória em se tratando de compromisso sôbre bens imóveis não loteados.

- Autorizando a referida lei a complementação do registro pela inscrição do compromisso de compra e venda a qualquer tempo, nada impede que essa medida possa ser providenciada no curso da lide.

Elide Ferreira Lisboa e outros *versus* Caieiras Santa Teresinha Ltda.

Ap. nº 50.321 - Relator: DESEMBARG. SILOS CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 50.321, de São Paulo, em que são apelantes Elide Ferreira Lisboa e outros, sendo apelada Caieiras Santa Teresinha Ltda.:

1. Caieiras Santa Teresinha Ltda., promissária-compradora do imóvel descrito no documento de fls., com fundamento no art. 1º da lei nº 649, de 11 de março de 1949, que deu nova redação ao art. 22 do dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e nos têrmos do art. 346, §§ 1º, 2º e 3º, do Cód. de Proc. Civil, pleiteou a adjudicação compulsória da meia parte ideal do referido

imóvel, dado que os sucessores do promitente-vendedor Elide Ferreira Lisboa e outros se recusaram a outorgar-lhe a competente escritura de venda, sem embargo de se achar pago integralmente o preço e não haver sido pactuado o direito de arrependimento.

2. Os réus se opuseram ao pedido, alegando que a legislação sobre loteamento não se aplicava à espécie em tela, sendo certo, ainda, que a lei n.º 649 não se aplicava retroativamente, visto haver criado direito novo. E alegaram mais que o contrato de compromisso de fls. não fôra inscrito e, por isso, não preenche as condições exigidas para a aplicação da mencionada lei n.º 649, manifestando, por fim, a pretensão de ver decretada a nulidade da avença pelas razões expostas na notificação de fls.

3. Julgada procedente a ação, apelaram os réus.

4. Agravo no auto do processo. Nega-se provimento. Era evidente que não cabia, no caso, a absolvição da instância pretendida pelos réus, sendo absolutamente desnecessárias as provas referidas pelo juiz no seu despacho.

5. No tocante ao mérito, impõe-se o reconhecimento de que a causa foi decidida com acêrto. A lei n.º 649 é de aplicação imediata, conforme se desume de seus termos incisivos, uma vez que se limitou a alterar a redação do art. 22 do dec.-lei n.º 58, desfazendo dúvidas que existiam a respeito da admissibilidade da adjudicação compulsória em se tratando de compromisso sobre bens imóveis não loteados. Atente-se para os termos do artigo 2º da citada lei:

"Esta lei se aplica aos contratos referidos no artigo anterior, ainda em via de execução compulsória, em qualquer instância".

Considere-se mais que o compromisso, sem cláusula de arrependimento, foi averbado à margem da transcrição competente três dias depois da sua lavratura. Se a lei autorizava a complementação desse registro pela inscrição, a qualquer tempo, nada impedia que ela fôsse providenciada, como o foi, no decurso da lide, sem oposição dos réus, que apenas recorreram do despacho de fls. quanto à repulsa à preliminar de absolvição da instância e ao pedido de provas.

6. À vista do exposto:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação. Custas na forma da lei.

São Paulo, 30 de março de 1951. - *Clóvis de Moraes Barros*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Fernandes Martins*.

*

FIANÇA - LOCAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO

- Em matéria de fiança, não é possível interpretação extensiva. Vencido o contrato e prorrogada a locação por tempo indeterminado "ex vi" da Lei do Inquilinato, considera-se desobrigado o fiador, embora contenha dito contrato cláusula dispondo que sua responsabilidade perdurará enquanto subsistir a do locatário, até final solução de tôdas as obrigações contratuais.

Beltran Saraceni - e sua mulher *versus* D. Maria Augusta Malta

Embs. nº 52.364 - Relator: DESEMB. CAMARGO ARANHA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos nº 52.364, da comarca da Capital, em que são embargantes Beltran Saraceni e sua mulher e embargada Dona Maria Augusta Malta, adotado o relatório de fls.:

Acordam, em 3º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, receber os embargos, de acôrdo com o voto vencido.

Custas pela embargada.

A questão em aprêço cinge-se à interpretação da cláusula *m* do contrato de fls., onde se estipulou que o fiador seria, como principal pagador, co-responsável solidário com o locatário por tôdas as obrigações, cuja responsabilidade

perduraria íntegra enquanto subsistisse a do locatário, até final solução de tôdas as obrigações contratuais.

É de ver que as obrigações assumidas pelo fiador, na conformidade da aludida cláusula, não podem ir além do prazo contratual, não só em vista do que preceitua o art. 1.483 do Cód. Civil, que não permite, na espécie, interpretação extensiva, como, principalmente, porque, extinto o contrato, a locação continuou por tempo indeterminado, recebendo a locadora embargada o aluguel do mês seguinte ao término do contrato, sem que houvesse de sua parte qualquer exigência relativa à entrega do apartamento, cuja locação ainda continuaria por tempo indeterminado se não houvesse o locatário se atrasado no pagamento dos aluguéis dos meses subseqüentes.

Assim, dada a extinção do contrato, sem reclamação da entrega do apartamento, cuja locação continuou por tempo indeterminado, não é possível pretender que ainda se ache o fiador vinculado ao aludido e extinto contrato, para que possa. responder por fatos posteriores ao seu término.

Nessas condições, recebem os embargos, na conformidade do voto vencido.

São Paulo, 6 de abril de 1951. - *Meireles dos Santos*, presidente; *Camargo Aranha*, relator; *Joaquim de Silos Cintra*; *João M. C. Lacerda*, vencido; *Justino Pinheiro*; *H. da Silva, Lima*, vencido, pelos fundamentos do próprio acórdão.

*

ACIDENTE DO TRABALHO - SEGURADOR

- O segurador do acidente do trabalho não é parte legítima para ser acionado pelo acidentado e isso porque o patrão tem direito regressivo contra êle. Mas, chamado a juízo, juntamente com o empregador, êste não fica excluído do processo pelo fato do comparecimento daquele.

Lanifício Santa Rosa S. A. *versus* Antônio Antunes de Oliveira

Ag. nº 57.029 - Relator: DESEMBARG. FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados é discutidos êstes autos de agravo de petição n° 57.029, da comarca da Capital, em que é agravante o Lanifício Santa Rosa S. A. e agravado Antônio Antunes de Oliveira:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso e negar provimento ao mesmo.

O juiz determinou fôssem citadas a empregadora e a seguradora, cujo nome fôsse indicado ao oficial, no ato da citação. Assim se cumpriu, tendo a seguradora comparecido, apresentado defesa e acompanhado a instrução. Só após a sentença foi que a empregadora veio a juízo, interpondo o presente agravo. O art. 10 do dec.-lei n° 18.809, de 5 de junho de 1945, preceitua que, declarando o empregador, no ato da citação a que alude o artigo 57 da lei de acidentes do trabalho, a entidade em que realizou o seguro, contra esta correrá o processo. O segurador do acidente do trabalho, não é parte legítima para ser acionado pelo acidentado ("Revista dos Tribunais", 104-115) e isso porque o patrão tem direito regressivo contra êle. Mas, chamado a juízo, juntamente com o empregador, êste não fica excluído do processo pelo fato do comparecimento daquele. É verdade que a empregadora não se defendeu. Isso não importa, porque o revel pode intervir no processo, qualquer que seja a fase em que o mesmo se encontre. Nessa conformidade, fica rejeitada a preliminar da contraminuta.

O autor entrou para o serviço do réu em 1 O de maio de 1949, onde permaneceu até 28 de agosto do ano seguinte, exercendo as funções de tintureiro, trabalhando com máquinas de tingir, de lavar, com água quente e fria, sabão líquido e quente, anilinas, etc. O laudo pericial atesta a existência de tuberculose bilateral, em evolução. E não há negar que a doença foi adquirida em serviço, pois o autor se sentiu mal um mês antes de o deixar. Inegável, outrossim, ter sido o ambiente do trabalho propicio à exclusão da moléstia. O mesmo perito verificou, as condições dêsse local. Além das máquinas nêle instaladas, que desprendem vapores d'água de apreciável calor, o solo se apresenta molhado, com umidade generalizada e pouca luz. A prova

testemunhal também é abonadora do pedido inicial. A sentença mandou se apurasse o *quantum* em execução, por ter havido desacôrdo quanto ao cálculo da média que o autor recebia e ao qual adicionou um abono de 55%. Êste abono deve ser computado na liquidação, para fixar-se o *quantum* da indenização. É o que se verifica dos julgados insertos na "Rev. dos Tribunais", 171-690 e 173-289. A sentença merece confirmação, portanto.

Custas pela agravante.

São Paulo, 19 de novembro de 1951. - *H. da Silva Lima*, presidente; *Fernandes Martins*, relator; *Ulisses Dória*; *Justino Pinheiro*.

*

EXECUTIVO CAMBIAL - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

- Tratando-se de letras de câmbio prêsas a compromisso de compra e venda, a sua cobrança sòmente é possível em ação de rescisão do contrato.

Paulo Nélon Juncal *versus* Fumio Yamao e Irmãos

Ap. nº 460 - Relator: DESEMBARG. GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo nº 460, da comarca de Ribeirão Prêto - entre partes, apelante Paulo Nélon Juncal e apelados Fundo Yamao e Irmãos, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam, os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, negar provimento, confirmando por seus fundamentos a sentença de fls., que julgou o apelante carecedor da ação proposta.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 7 de novembro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente, com voto; *L. G. Gyges Prado*, relator; *Breno Caramuru*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

Vencido; dava provimento, para julgar procedente a ação.

As cambiais ajuizadas, embora resultantes de um contrato de compromisso de compra e venda, não perdem sua característica de títulos autônomos. Foram transferidas ao apelante, que é terceiro.

Contra o apelante, portanto, não podem ser formuladas defesas de caráter pessoal que o devedor tivesse contra o cedente, salvo provando má-fé.

Má-fé não se presume e nem se provou. O simples fato de saber o apelante que os títulos resultavam de um compromisso de compra e venda, não demonstra, por si só, má-fé.

Nem procede a afirmativa da sentença de que o apelante era, ou é, sócio-gerente da sociedade vendedora do imóvel. A carta de fls., em que se procurou apoiar aquela afirmativa, foi assinada pelo apelante na qualidade de sócio-gerente dá sociedade "Tucuruvi Paulista Ltda.", enquanto o compromisso foi feito por "Dr. Luís Curti e sua mulher Giamusso & Cia. Ltda.". Aquela carta, portanto, prova apenas que o apelante sabia qual a origem dos títulos, mas não que fôsse sócio da sociedade vendedora.

Acresce que nenhuma defesa pessoal digna de acolhimento foi oposta. O que alegaram os apelados na sua contestação foi que não pagaram as cambiais, porque já não se interessavam pelo terreno compromissado.

Reconhecem, assim, que são devedores e que não resgataram a dívida.

Entendem os apelados que a falta de pagamento das prestações dá ao promitente-vendedor apenas o direito de embolsar a importância já recebida, mas ficando rescindido, sem maiores formalidades, o compromisso.

A letra do contrato, porém, não autoriza êsse entendimento. A rescisão do compromisso, nos têrmos da cláusula 10 á do contrato, na hipótese de falta de

pagamento das prestações, terá de se processar nos termos do disposto no art. 14 e seus parágrafos, dos decretos federais ns. 58 e 3.079. Aquelas normas legais apenas asseguram aos compromissários, no caso de atraso no pagamento de prestações, o direito à formalidade de prévia notificação, para ocorrência da mora. A falta de pagamento, assim, não importa em rescisão *pleno jure* do contrato. A rescisão, nesse caso, é um direito do promitente-vendedor, que, cumprida a formalidade da notificação do prazo de 30 dias, poderá considerar rescindido o compromisso. Mas, pode não lhe interessar o rompimento do contrato e, neste caso, é direito seu optar pela cobrança das prestações faltantes.

Na hipótese, aliás, tendo sido dadas cambiais para representar as prestações, forçoso é reconhecer que o preço foi pago, com títulos embora. Êstes títulos têm vida própria, e não pode o devedor se recusar a resgatá-los sob a alegação de que se arrependeu do compromisso.

A ação, portanto, é procedente.

SENTENÇA

Vistos, etc.:

Paulo Nélon Juncal, brasileiro, solteiro, maior, do comércio, residente e domiciliado na Capital do Estado, na qualidade de cessionário de direitos e com apoio nas promissórias de fls. intentou a presente ação executiva contra Fumio Yamao e Irmãos, para haver dêstes a importância de Cr\$ 10.100,00, valor total daqueles títulos (2), emitidos em favor do Dr. Luís Curti e Álvaro Lourenço Giamusso, e juros da mora e custas.

Citados os devedores e realizada a penhora de fls., ingressaram aquêles em juízo, com a contestação de fls., em que alegam: que os títulos cobrados constituem parte integrante do contrato de compromisso de compra e venda de lotes de terras firmado entre os executados e Dr. Luís Curti e sua mulher e Giamusso & Cia. Ltda., conforme o contrato e documento que oferecem; que, segundo êsse contrato, o preço da transação era de Cr\$ 27.000,00, sendo que Cr\$ 10.800,00 pagos no ato do mesmo e a importância restante, de Cr\$ 16.200,00, seria paga em três prestações, a saber: Cr\$ 5.000,00, em 30 de maio de 1949, Cr\$ 5.100,00, em 30 de novembro de 1949, e Cr\$ 6.100,00, em 30 de

maio de 1950; que fundamentam a ação os títulos referentes às suas primeiras prestações; que tais prestações foram representadas por títulos, conforme se vê da certidão da Coletoria Federal de Araçatuba, expressa na segunda página do contrato; que ditos títulos são nulos por contrariarem o disposto no art. 14 e seu § 1º do dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937; que, não interessando mais aos comissários a compra dos terrenos, perdem êstes a prestação inicial já paga, mas não estão sujeitos ao pagamento das demais prestações; que Paulo Néelson Juncal tinha conhecimento dos termos daquele contrato porque, além de ser sócio-gerente da firma vendedora, foi testemunha do mesmo; que, julgada improcedente a ação, deve o autor ser condenado nas custas, honorários de advogado e demais cominações a que estão sujeitos os autores de lides temerárias.

Proferido o despacho saneador de fls., realizou-se a audiência de instrução e julgamento, na qual foram feitas as inquirições requeridas, tendo as partes se manifestado a final.

Conclusos os autos para sentença, cumpre-me consignar aqui o seguinte:

Do conjunto da prova coligida apura-se que os títulos ora cobrados estão vinculados ao contrato de compromisso de compra e venda de terrenos firmado entre os executados e Dr. Luís Curti e sua mulher e Giamusso & Cia. Ltda.: os títulos são relativos aos mesmos contratantes, firmados na mesma data do contrato e com vencimentos e importâncias correspondentes. O exequente, na qualidade de sócio-gerente da firma vendedora (documento de fls.), e tendo firmado o respectivo contrato como "testemunha" (fls.), não podia ignorar aqueles fatos e, assim, não deveria aceitar a cessão de direitos de fls., como se os títulos fôsem autônomos.

Do exposto decorre que a presente cobrança deverá ser cumulada na ação rescisória do contrato de compromisso de compra e venda de terrenos acima referido, cujo contrato, por sua vez, está subordinado ao dec.-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937.

A propósito já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado que: "Sem exame da situação das partes em contrato a que está prêso título cambial,

inadmissível é a cobrança dêste por via executiva" ("Rev. dos Tribunais", volume 119, pág. 582).

Cumpre salientar que o exequente contestou a sua qualidade de sócio-gerente da firma vendedora de terrenos, mas nenhuma prova ofereceu que elidisse o, documento, de fls.

Pelos motivos acima, anulo o processo, *ab initio*, declaro insubsistente a penhora de fls. e condeno o autor nas custas.

Publique-se na audiência para hoje designada, às 16 horas, no "Forum".

Ribeirão Preto, 28 de junho de 1951. - *Pompílio Conceição*.

*

AGRAVO DE PETIÇÃO - EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA

- Cabe agravo de petição da decisão que julga procedente exceção de litispendência.

Antônio Mendes *versus* Sílvio Magalhães de Sousa

Ag. nº 57.044 - Relator: DESEMBARG. OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 57.044, da comarca de São Paulo, em que são partes, agravante Antônio Mendes, agravado Sílvio Magalhães de Sousa:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, negar provimento ao agravo de petição e confirmar a decisão que julgou procedente e exceção de litispendência, por votação unânime.

Antônio Mendes intentou contra Sílvio Magalhães de Sousa, no Juízo da 15ª Vara Cível desta Capital, em 27 de março do corrente ano, uma ação de

manutenção de posse do terreno sito nesta Capital. na rua Juréia, contíguo ao prédio nº 645 da mesma rua, de propriedade dêle, autor (certidão de fls.). O juiz de direito em exercício na 15ª Vara Cível desta Capital, na oportunidade em que se procedia à justificação de posse que fôra determinada, se declarou incompetente. Reconheceu, então, ser a ação de manutenção de posse conexa com a de interdito proibitório, anteriormente intentada na 13ª Vara Cível desta Capital. Determinou, por isso, fôsse o processo remetido para o Juízo da 13ª Vara Cível, cuja jurisdição já estava preventa, uma vez que nesse juízo fôra intentada, em 14 de março do corrente ano, a referida ação de interdito proibitório, cujo objeto era o mesmo terreno, objeto da ação de manutenção de posse (certidão de fls.). Os autos da ação de manutenção de posse foram remetidos para a 13ª Vara Cível; cujo juiz indeferiu o pedido de manutenção liminar.

No Juízo da 13ª Vara Cível, opôs Sílvio Magalhães de Sousa, tempestivamente, exceção de litispendência, que foi processada em separado.

Pela decisão de fls., acolheu o juiz da 13ª Vara Cível a exceção de litispendência, ordenando se suspendesse o curso da ação de manutenção de posse, apensando-se os autos da exceção aos da ação.

Dessa decisão agravou Antônio Mendes, com fundamento no art. 846 do Código de Proc. Civil. Contraminutado o agravo pelo exceptante, manteve o juiz a decisão agravada (fls.).

Cabe agravo de petição de decisão que julga procedente exceção de litispendência ("Rev. dos Tribunais", vol. 187, pág. 373).

"A exceção de litispendência visa impedir que se divida a continência da causa e que se pronuncie mais de uma decisão sobre o mesmo objeto e entre as mesmas partes. São requisitos da exceção de litispendência: *a*) a existência de outra ação pendente; *b*) que a primeira ação tenha com a segunda identidade de causa, coisa e pessoas. A identidade de pessoas é a que respeita ao titular do direito subjetivo, na mesma posição quanto ao objeto do litígio, e não a que se restringe ao indivíduo. A identidade de coisa é a concernente ao objeto da demanda, isto é, à relação jurídica em litígio. A identidade de causa é a que respeita, à *causa petendi*, isto é, ao fundamento de fato do pedido" (cf. PEDRO

BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, página 158).

Existe entre a ação de manutenção de posse intentada pelo exceto Antônio Mendes, contra o exceptante Sílvio Magalhães de Sousa, e o interdito proibitório, intentado por êste contra aquêle, identidade de pessoas, causa e coisa. Em ambas as ações as partes são as mesmas. O objeto das duas ações é o mesmo: versam as duas ações sôbre a posse do terreno, posse essa disputada pelo exceptante e pelo exceto. Há também identidade de causa; o fundamento de fato e de direito são os mesmos em ambas as ações: o fato da posse e o direito de posse:

Em tais condições, a decisão recorrida, acolhendo a exceção de litispendência, decidiu com acêrto e merece confirmação.

Custas pelo agravante.

São Paulo, 13 de novembro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente, com voto; *A. de Oliveira Lima*, relator; *J. M. Gonzaga*.

*

PURGAÇÃO DA MORA - ABUSO DE DIREITO

- Nega-se o despejo por pretendida infração de obrigação legal, se tudo indica que os atrasos no pagamento do aluguel têm decorrido de dificuldades financeiras ocasionais.

João Boggio *versus* Romeu Devisate

Ap. nº 388 - Rel.: DESEMBARGADOR EUCLIDES SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 388, de São Paulo, em que é apelante João Boggio e apelado Romeu Devisate:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso, por maioria de votos.

Custas como de direito.

O primeiro fundamento da ação, atraso no pagamento de aluguel, ficou prejudicado com a purgação regular da mora.

Quanto ao segundo, abuso no exercício do direito de purgar a mora, não ficou suficientemente comprovado, tudo indicando que os atrasos no pagamento têm decorrido de dificuldades financeiras ocasionais. Nada autoriza a conclusão de que o locatário venha procedendo abusivamente, com dolo ou má-fé, ou mero capricho.

Assim, nega-se provimento ao recurso.

São Paulo, 17 de outubro de 1951. - *Augusto Néri*, presidente, com voto; *Euclides Silveira*, relator designado; *Vasco Conceição*, vencido, pois dava provimento ao recurso, para julgar procedente a ação. O inquilino relapso, que timbra em molestar o senhorio, obrigando-o ao ajuizamento de repetidas ações de despejo por falta de pagamento, comete abuso de direito, e, em última análise, pratica infração legal, ficando por isso sujeito ao despejo.

Essa é a hipótese dos autos. O réu, anteriormente, já sofrera, duas ações de despejo por falta de pagamento, em curto prazo, e, cêrca de seis meses depois, incide novamente na falta. A sua defesa é de todo improcedente, por infundada. Alertado já pelos anteriores procedimentos do locador, por certo que o inquilino, se efetivamente encontrasse qualquer resistência de sua parte para o recebimento de aluguéis, teria recorrido ao meio legal do pagamento por via da consignação judicial. O depoimento da testemunha que diz ter presenciado a última recusa, é absolutamente inverossímil. A êsse tempo as relações das partes já estariam estremecidas e, no entanto, o que a testemunha relata é um cordial encontro entre credor e devedor.

Além da jurisprudência citada, pelo apelante, lembro o julgado inserto na "Revista dos Tribunais", vol. 189, pág. 772, que trata de caso idêntico ao dos autos, pois lá o despejo foi decretado por ocasião do terceiro atraso do

inquilino. Consigno, finalmente, que no curso da causa o réu depositou sempre com atraso os aluguéis que se foram vencendo, revelando assim displicência ou relapsia, o que confirma as alegações do apelante.

*

SOCIEDADE COMERCIAL - DISSOLUÇÃO - EX-SÓCIO

- O ex-sócio excluído da sociedade, e da qual é credor, é parte ilegítima para pedir a sua dissolução. É indiferente a circunstância de haver ou não sido registrada na Junta Comercial a alteração do contrato social.

Artur Castro de Freitas Costa *versus* João Carlos de Saules e outros

Ag. nº 57.194 - Relator: DESEMBARG. GOMES DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de agravo nº 57.194, da comarca de São Paulo, entre partes, Artur Castro de Freitas Costa, agravante, e João Carlos de Saules e outros, agravados:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso e confirmar, como confirmam, a decisão recorrida por seus jurídicos fundamentos e provas dos autos.

Custas pelo agravante.

São Paulo, 6 de novembro de 1951. - *Gomes de Oliveira*, presidente e relator; *Vicente Sabino Júnior*; *Amorim Lima*.

DECISÃO AGRAVADA

Vistos, etc.:

Artur Castro de Freitas Costa era sócio da Rodoviária Argus Ltda., sociedade por cotas. Em razão de divergência, foi êle, na forma do art. 17 dos estatutos,

excluído da sociedade, em virtude de deliberação tomada pela maioria dos sócios.

Como demorasse a sociedade em lhe pagar os seus haveres, veio êle a juízo requerer a dissolução da sociedade, fundando-se no inciso V do art. 335 do Cód. Comercial, inciso êsse que permite a dissolução das sociedades comerciais quando por prazo indeterminado, desde que um dos sócios queira a sua dissolução. Em seu petitório, o autor, de forma alguma, acoimou de nulo ou insubsistente o ato de sua exclusão.

O pedido foi impugnado pelos demais sócios, sob a alegação de que o autor, como sócio excluído, seria parte ilegítima para pleitear a dissolução.

Tal preliminar tem inteira procedência.

O inciso V do art. 335 do Cód. Comercial exige, no caso, como requisito essencial, que o pedido de dissolução parta de um sócio.

Ora, tal qualidade falece ao autor.

Desde abril de 1949 (data de sua exclusão), não é êle mais sócio. Assim, não poderia, em abril do corrente ano, comparecer a juízo para pleitear, com fundamento no art. 335, nº V, do Cód. Comercial, a dissolução da sociedade.

Indiferente a circunstância de haver ou não sido registrado na Junta Comercial o ato que o excluiu.

A respeito, bem mostrou o Prof. VALDEMAR FERREIRA: "A deliberação majoritária opera desde logo contra êles, principalmente quando consignada em escritura pública, enquanto não fôr anulada. O arquivamento do contrato modificado do estatuto social no Registro do Comércio, de resto, não dá, nem tira direitos..." ("Compêndio das Sociedades Mercantis", 3ª ed., 1º vol., pág. 442).

Em suma: o autor é hoje simples credor da Rodoviária Argus Ltda. e tem apenas os direitos que decorrem do seu crédito.

Como credor, não é êle legitimado a pleitear a dissolução com base no inciso invocado.

Julgando-o, pois, carecedor da ação, o condeno nas custas.

P. e I.

São Paulo, 30 de agosto de 1951. - *Lafayette Sales Júnior*.

*

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - AUSÊNCIA DO ADVOGADO RÉU - MOLÉSTIA

- Anula-se o processo a partir da audiência de instrução quando realizada na ausência do advogado do réu, que a ela não compareceu por comprovado motivo de moléstia.

Inimá Barra versus Aldo Luporini

Ap. nº 838 - Relator: DESEMBARG. PEREIRA DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 838, da Capital, em que é apelante Inimá Barra e apelado Aldo Luporini:

Acordam os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, anular o processo dès o têrmo da audiência de instrução e julgamento de fls.

O réu apelante foi condenado sem que o seu advogado estivesse presente à audiência de julgamento, muito embora tivesse apresentado atestado médico, naquele mesmo dia, pedindo o adiamento da audiência. Não foi atendido. Ao caso não seria de aplicar-se o art. 270 do Cód. de Proc. Civil, como pretende o autor apelado. A audiência não fôra interrompida, porque não começada. No dia e hora designados para o julgamento, mandou o réu apelante entregar o

pedido de adiamento, por motivo de doença do seu advogado. O juiz não admitiu tal e condenou o réu indefeso. *Summum jus, summe injuria*. O magistrado deveria ter adiado a audiência. O Código não proíbe o adiamento. Ao contrário, no seu art. 62, diz:

"As custas de atos e diligências que forem adiados, ou tiverem de repetir-se, ficarão a cargo da parte ou do serventuário que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou repetição".

Ora, se permite a lei a repetição de atos ou adiamento da audiência, sem justificativa imperiosa, como então não aplicar êsse dispositivo no caso de haver motivo justo? A mera suspeita de que o direito da parte pudesse ficar sacrificado com o não comparecimento de seu advogado, em razão de moléstia comprovada, autoriza a suposição de cerceamento de defesa. A justificação da defesa oral faz parte integrante do julgamento, mesmo quando o advogado de uma das partes não tenha produzido prova no processo ou requerido qualquer providência em favor de seu constituinte.

Dão, assim, provimento à apelação para 'que o juiz designe nova audiência de julgamento, com ciência do réu apelante, para apresentar a sua defesa, proferindo então a sua decisão.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 30 de janeiro de 1952. - *L. G. Gyges Prado*, presidente, com voto; *Pereira da Costa*, relator; *Breno Caramuru*, vencido, não anulava o processo, porque não houve prejuízo. Nenhuma prova requerera o apelante, como nenhuma prova produziu a parte contrária, na audiência, que pudesse ser influenciada pela presença do seu advogado. E sem prejuízo, não se decreta nulidade.

SUSPENSÃO DE INSTÂNCIA - RECURSO - PRAZO

- A suspensão dos prazos, por acôrdo das partes, não pode abranger aquêles referentes aos recursos. Trata-se de questão de ordem pública que a vontade das partes não pode alterar.

Bento Silveira Melo *versus* José Paulo Sobrinho

Ap. nº 767 - Relator: DESEMBARG. AUGUSTO NÉRI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 767, da comarca de Andradina, em que é apelante Bento Silveira Melo e apelado José Paulo Sobrinho:

Acordam os juízes da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, em não tomar conhecimento do recurso, porque interposto fora do prazo legal.

A sentença foi proferida no dia 20 de junho do corrente ano, quando é certo que a apelação só foi interposta no dia 15 de agosto, ou seja, quando já eram decorridos 56 dias. Descontados os dias de férias forenses, há, ainda assim, um intervalo de 25 dias entre a sentença e a interposição do recurso. Existe, a fls., um requerimento, assinado por ambas as partes, em que é pedida a suspensão de instância. Tal pedido foi feito com o propósito manifesto de interromper o prazo para o recurso. Mas, como é bem de ver, a suspensão dos prazos por acôrdo das partes não pode abranger os prazos para recurso. Trata-se de questão de ordem pública que a vontade das partes não pode alterar. Aliás, já decidiu, nesse mesmo sentido, o venerando acórdão *in* "Rev. dos Tribunais". vol. 174, pág. 616.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 20 de dezembro de 1951. - *Juarez Bezerra*, presidente, vencido; *Augusto Néri*, relator; *Vasco Conceição*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - INSCRIÇÃO EM INSTITUTO ASSISTENCIAL - OMISSÃO

- Responde a Municipalidade pela omissão de seus órgãos, relativamente à inscrição de servidor em instituto de previdência social.

D. Cristina Adelaide Gomes e sua filha *versus* Prefeitura Municipal de Santos

AP. nº 3 - Relator: DESEMBARGADOR CUSTÓDIO DA SILVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 3, de Santos, em que são apelantes e recíprocamente apelados o Juízo, de ofício, a Prefeitura Municipal e Cristina Adelaide Gomes e sua filha menor:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls., dar provimento em parte ao recurso oficial e ao da Municipalidade ré, prejudicada a apelação das autoras, por maioria de votos.

Custas como de direito.

Dá-se provimento em parte ao recurso oficial e ao da Municipalidade ré, apenas para fixar os honorários advocatícios, desde logo, em Cr\$ 3.000,00.

A procedência da ação ficou perfeitamente justificada na sentença: houve omissão culposa da Municipalidade, ao deixar de inscrever o falecido na Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos, como lhe impunha o dec.-lei número 9.209, de 29 de abril de 1946, art. 1º. Os argumentos deduzidos nas razões de recurso, a f., foram vantajosamente respondidos nas contra-razões de fls.

Discorda-se apenas do critério da sentença para a fixação dos honorários advocatícios, entendendo-se que, em casos semelhantes, devem ser êles fixados, desde logo, pelo julgador, tendo em vista os elementos fornecidos pelos autos.

Com o provimento parcial da apelação da ré e do recurso oficial, fica prejudicada a apelação das autoras, cujo objetivo é precisamente aumentar a verba de honorários.

São Paulo, 20 de dezembro de 1951. - *Juarez Bezerra*, presidente; *Euclides Custódio da Silveira*, relator designado; *Vasco Conceição*, vencido, pois negava provimento a todos os recursos; *Augusto Néri*.

SENTENÇA

Vistos e examinados êstes autos de ação ordinária movida por Cristina Adelaide Gomes e Maria Helena Gomes contra a prefeitura Municipal de Santos:

Relatório - Narram as autoras, na inicial, que, em 1º de abril de 1948, faleceu nesta cidade, em conseqüência de desastre, o seu marido e pai, Augusto Gomes Jardim, com 54 anos de idade, antigo empregado da Prefeitura Municipal de Santos.

Operário diarista da ré desde janeiro de 1926, Augusto Gomes Jardim trabalhou, a princípio, no Mercado Municipal, e, a seguir, na Diretoria de Obras, sendo que últimamente executava o serviço de limpeza em colégios da Prefeitura. Como servidor municipal, não tinha a pessoa de que se trata direito a aposentadoria custeada pelo Município. Entretanto frisam as autoras - "era evidente que nem a família do servidor municipal, nem êste último, poderiam ficar à margem de proteção social, conquista das necessidades modernas de proteção à família e ao indivíduo, de que presentemente gozam tôdas as classes trabalhadoras".

A obrigação da Prefeitura Municipal de Santos, de inscrever o seu servidor, Augusta Gomes Jardim, no Instituto de Aposentadoria e Pensões competente resultava, de maneira indeclinável, quer de leis federais, quer de leis estaduais e municipais. A ré deixou, todavia, de cumprir essa obrigação legal e daí resultou dano às requerentes, que se viram sem a pensão a que teriam direito, mensalmente, caso o seu marido e pai estivesse legalmente inscrito em Instituto de Previdência Social.

Aduzindo as razões apontadas, concluem as requerentes da ação na petição inicial, pleiteando a condenação da ré ao pagamento das pensões que deveriam receber, caso Augusto Gomes Jardim estivesse inscrito em Instituto de

Aposentadoria e Pensões, acrescida da indenização de honorários de advogado e custas.

Veio a inicial instruída com os documentos de fls.

A ré contestou a ação a fls., sustentando que não incidiu em culpa, pela simples razão de que não havia lei que Impusesse à contestante a obrigação de inscrever Augusto Gomes Jardim em qualquer Instituto de Aposentadoria e Pensões; que, em face do disposto no art. 209 do Cód. de Processo, cumpre à contestante esclarecer, tendo em vista o alegado no item 2º do libelo, que Antônio Gomes Jardim recebia, por ocasião da sua morte, o salário diário de Cr\$ 35,00, o que não quer dizer, entretanto, que nos anteriores percebesse a mesma remuneração.

Com a contestação juntou a ré as certidões a fls., e, posteriormente, o processo administrativo a fls. Saneado o processo (fls.), procedeu-se ao arbitramento de que trata o laudo a fls., sendo a causa objeto da audiência a que alude o traslado a fôlhas, na qual as partes apresentaram os memoriais a fls.

O julgamento foi convertido em diligência (fls.) a fim de ser ouvido o representante do Ministério Público (Cód. de Proc. Civil, art. 80, § 2º), o qual ratificou todo o processado, conforme se vê na cota a fls.

Feito, por essa forma, o relatório, passo à apreciação da causa:

A leitura do processo administrativo nº 7.649, junto a fls., comprova que o falecido Augusto Gomes Jardim foi admitido ao serviço da ré em 18 de setembro de 1928, como diarista, passando a trabalhar na Turma de Canais. Em janeiro de 1945 o operário em questão passou a vencer o salário de Cr\$ 25,00 diários, como trabalhador na Turma de Conserva de Jardins (cf. fls.), falecendo em 1º de maio de 1948, quando ainda era operário diarista da ré (fls.).

Quando Augusto Gomes Jardim exercia as funções de operário diarista da ré, entrou em vigor o dec. nº 20.465, de 1º outubro de 1931, cujo art. 1º assim se inscreve:

"Os serviços públicos de transporte, de luz, fôrça, telégrafos, telefones, portos, água, esgotos ou outros que venham a ser considerados como tais, quando explorados diretamente pela União, pelos Estados, Municípios ou emprêsas, agrupamento de emprêsas ou particulares, terão, obrigatòriamente, para os empregados de diferentes classes ou categorias, Caixas de Aposentadoria e Pensões, com personalidade jurídica, regidas pelas disposições desta lei e diretamente subordinadas ao Conselho Nacional do Trabalho".

Em face do citado dispositivo legal, surgiu dúvida quanto à filiação obrigatória de diversos operários às Caixas de Aposentadoria e Pensões, em virtude dos serviços executados por tais servidores não se enquadrarem, a rigor, no preceito legal de que se trata. Competindo ao Sr. ministro do Trabalho, em última instância, "julgar sôbre filiação ou exclusão dos funcionários das diversas categorias, estaduais ou municipais" (cf. fls.), a Prefeitura de Santos, conforme se lê na certidão a fls., endereçou uma consulta ao Ministério do Trabalho "sôbre a situação perante o seguro social, do seu pessoal assalariado, diarista e mensalista" (fls.).

Solucionando a consulta, foi proferido o parecer a fls., aprovado pelo Sr. ministro do Trabalho, no qual consta: "*a*) que, dentre os empregados referidos na consulta, estavam sujeitos ao regime do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários os que prestavam serviços na descarga de areia, na construção civil (calçamentos, reparações de logradouros e demais obras), na reparação de material de transporte, instalação e reparação de luz; *b*) quanto ao restante do pessoal, sua situação ficaria aguardando a promulgação da lei que decidiria de sua filiação nas instituições de previdência social, por isso que os dispositivos vigentes não autorizavam a respectiva sujeição às Caixas de Aposentadoria e Pensões, uma vez que definem expressamente os serviços públicos por êles abrangidos" (fls.).

Ora, o operário Augusto Gomes Jardim não trabalhava em serviço de descarga de areia, em construção civil ou em serviço de reparação de material de transporte, de sorte que, segundo o entendimento do próprio Ministério do Trabalho, "os dispositivos legais vigentes não autorizavam a respectiva sujeição às Caixas de Aposentadoria e Pensões, uma vez que definem expressamente os serviços públicos por êles abrangidos".

A inscrição do operário mencionado não era, portanto, obrigatória, tanto mais quanto, nos termos do dec.-lei nº 4.551, de 4 de agosto de 1942, citado a fls., ficou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado autorizado a celebrar acordos com os governos dos Estados para o fim especial de estender aos servidores estaduais e municipais o regime de previdência instituído para os servidores da União. A expressão - "celebrar acôrdos" estava claramente a indicar que a inscrição de servidores estaduais e municipais no referido Instituto não era obrigatória, mas facultativa. Essa situação modificou-se, radicalmente, com a promulgação do dec.-lei número 9.209, de 29 de abril de 1946, cujo art. 1º assim dispõe:

"Fica estendido ao pessoal assalariado, diarista e mensalista dos serviços estaduais e das Prefeituras Municipais, que não estejam sujeitos a outra forma de previdência social, o regime instituído pelo dec. nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, com as modificações constantes da legislação posterior, filiando-se à Caixa de Aposentadoria e Pensões em cujo âmbito territorial estiverem incluídos

Em face do citado dispositivo legal, a inscrição de Augusto Gomes Jardim tornou-se obrigatória. Competia à ré efetuar, mensalmente, os descontos previstos em lei, depositando-os, juntamente com a "cota de previdência" e a contribuição que lhe competia, na qualidade de empregadora, à agência do Banco do Brasil, para oportuno recolhimento à instituição de previdência competente (dec. nº 20.465, art. 13). No caso de que se trata, a instituição competente era a Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos, com agência nesta cidade, conforme esclareceu o perito a fls.

Não vale argumentar com a alegação de que o operário gozava do direito à aposentadoria e à licença, que são formas de previdência social. Não era lícito à ré conceder ao seu servidor menores direitos do que aquêles conferidos por lei federal. Se esta propiciava uma pensão à família do servidor, no caso de falecimento dêste, não podia a ré deixar de inscrevê-lo, subtraindo ao operário o direito de ter a sua família amparada por uma modesta pensão, no caso de falecimento.

Deixando de inscrever Augusto Gomes Jardim na Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos e de fazer os descontos determinados no art. 13

do decreto nº 20.465, de 1º de outubro de 1931, a ré incidiu em omissão culposa, causando dano às autoras, as quais ficaram ao desamparo em consequência do falecimento do seu marido e pai. Compete, portanto, à ré, o obrigação de reparar o dano causado, de acôrdo com o. que prescreve o art. 159 do Cód. Civil brasileiro. Aliás, a própria ré, em dois casos análogos ao dêstes autos, baixou leis especiais concedendo pensões a viúvas de servidores municipais falecidos (cf. fls.), reconhecendo, por êsse modo, a sua própria culpa ao deixar de inscrever os seus servidores na instituição de previdência competente, conforme prescreve, de maneira categórica, o dec.-lei nº 9.209, de 29 de abril de 1946.

A reparação do dano consiste em pagar às autoras (viúva e filha de Augusto Gomes Jardim) a pensão a que elas teriam direito se a ré tivesse cumprido a obrigação que lhe era imposta por lei, de fazer os descontos legais nos vencimentos do seu servidor, recolhendo-os, juntamente com a "cota de previdência" e contribuição que lhe cabia, como empregadora, à Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos (dec. nº 20.465, art. 13).

De acôrdo com o regulamento da referida Caixa, se a ré tivesse efetuado os descontos a que era obrigada por lei, Augusto Gomes Jardim teria contribuído com Cr\$ 1.122,50, além de Cr\$ 685,00 de jóia e aumentos, e as autoras teriam agora o direito, em consequência do falecimento daquele servidor, a uma pensão mensal de Cr\$ 341,60 (cf. laudo a fls.). Metade dessa pensão competiria à viúva de Augusto Gomes Jardim e a outra metade à filha do casal, enquanto permanecesse solteira (dec. nº 20.465, arts. 33 e 34).

Conclusão - Em face das razões expostas, julgo procedente a ação e condeno a ré a pagar às autoras:

a) a pensão mensal de Cr\$ 341,60, a partir da data do falecimento de Augusto Games Jardim, sendo metade à autora Cristina Adelaide Gomes, enquanto esta permanecer no estado de viuvez, e a outra metade a Maria Helena Gomes, filha do casal, enquanto a mesma permanecer solteira (dec. nº 20.465, arts. 33 e 34). Das prestações vencidas deverão ser descontadas as contribuições que Augusto Gomes Jardim seria obrigado a fazer, caso tivesse sido inscrito na Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Públicos.

b) Apagar os honorários do advogado das autoras, na base de 20% sobre a quantia líquida referente às prestações vencidas, e igual percentagem sobre as prestações vincendas durante um período de cinco anos. Os honorários de advogado não podem ser calculados sobre o capital a se constituir (Cód. de Proc. Civil, art. 912), "pois não passa êle para o patrimônio dos beneficiários da vítima". "A fixação deve ser feita tendo-se em vista todo o proveito tirado da demanda - pensões vencidas e vincendas. Na impossibilidade da fixação do *quantum* destas, aplica-se a regra do art. 25, nº V, do Livro V do Cód. de Impostos e Taxas, por analogia". Assim já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado no acórdão inserto na "Rev. dos Tribunais", vol. 180, pág. 739, decisão essa confirmada em grau de embargos ("Rev. dos Tribunais", volume 182, pág. 695).

c) As custas do processo, na forma da lei.

Nos termos do art. 822, parág. único, inciso III, do Cód. de Processo, apelo, de ofício, para o egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado, para onde êstes autos deverão ser remetidos, com as cautelas de praxe, depois de transcorrido o prazo para recurso voluntário.

Para ser publicada na audiência designada.

Santos, 27 de março de 1951. - *Paulo Otaviano Dinis Junqueira.*

*

INTERDIÇÃO - CURADOR

- Não se deve submeter os interditos à curatela de pessoas que lhe não mereciam a confiança, ao tempo em que ainda gozavam de pleno discernimento.

Artur Fernandes Vieira e outra *versus* Manuel Fernandes Vieira

Ag. nº 56.021 - Relator: DESEMBARG. AMORIM LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento n° 56.021, da comarca de Santos, entre partes, agravantes Artur Fernandes Vieira e Áurea Fernandes Vieira, agravado Manuel Fernandes Vieira:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo, ficando assim confirmada a decisão recorrida.

Cinge-se o recurso a impugnar a nomeação do curador do interditado. Sobreleva, entre as razões expostas pelo Dr. juiz de direito, a circunstância dos agravantes deverem vultosas quantias ao interditado: Ainda que se atribua ao Interditado uma intenção de liberalidade, permanece a dívida, nos termos do art. 1.171 do Cód. Civil. Acresce igualmente que os agravantes não residem no lugar onde o interditado elegeu domicílio, centro de suas atividades econômicas.

E não é de somenos a apontada desavença entre o interditado e o seu filho, ora agravante, dissídio anterior ao processo de interdição: não se deve submeter os interditos à curatela de pessoas que lhe não mereciam confiança, ao tempo em que ainda gozavam de pleno discernimento.

Note-se também que a nomeação de curador é ato essencialmente revogável, tais sejam as circunstâncias ulteriores. Assim, ainda não é oportuno examinar a futura e eventual nomeação de outro curador, tal como o fez a sentença. Tudo dependerá de novos acontecimentos, de novos fatos. E, efetivada a substituição do atual curador, ensejar-se-á novo exame do caso, através de outro recurso.

Custas pelos agravantes.

São Paulo, 9 de outubro de 1951. - *Gomes de Oliveira*, presidente, com voto; *Amorim Lima*, relator; *Davi Filho*.

*

CAMBIAL - PORTADOR

- A cambial não pode ser subtraída das mãos de quem apresenta qualidade de portador legítimo. Sòmente pelos meios ordinários, provados o furto ou a falsidade, será possível desprezar-se as obrigações oriundas do formalismo cambial.

Serafim Jorge Ferreira *versus* D. Nísia Ferreira de Camargo

Ag. nº 57.099 - Relator: DESEMBARG. AMORIM LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento número 57.099, da comarca da Capital, em que é agravante Serafim Jorge Ferreira e agravada Nísia Ferreira de Camargo:

Acordam, em 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. A cambial não pode ser subtraída das mãos de quem aparenta a qualidade de portador legítimo. Sòmente pelos meios ordinários, provados o furto ou a falsidade, será possível desprezar-se as obrigações oriundas do formalismo cambial. A letra, sacada e posta em cobrança em uma casa bancária, enquanto não houver um pronunciamento em processo contencioso, será havida como pertencente à agravada.

Custas pelo agravante.

São Paulo, 20 de novembro de 1951. - *Gomes de Oliveira*, presidente; *Amorim Lima*, relator designado; *Ulisses Dória*, vencido; *Paulo Colombo*.

*

CONDOMÍNIO - COMPETÊNCIA

- A ação de extinção de condomínio deve ser processada no juízo cível comum, embora a finalidade da ação seja fazer cessar a comunhão sôbre prédios gravados de inalienabilidade.

Edmundo Crisculi e sua mulher *versus* Regina Maria Luísa Lucchesi de Lucca e outros

Ag. nº 57.058 - Relator: DESEMBARG. SILOS CINTRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 57.056, de São Paulo, em que são agravantes Edmundo Crisculi e sua mulher e agravados Regina Maria Luísa Lucchesi de Lucca e outros:

1. O Dr. Edmundo Crisculi e sua mulher lançaram em juízo, perante a 4ª Vara de Família e das Sucessões, uma ação de extinção de condomínio, tendo por objeto três prédios situados nesta capital, cumulando a com o pedido de sub-rogação do vínculo de inalienabilidade e impenhorabilidade que incide sôbre os mesmos imóveis.
2. O juiz declarou-se incompetente para processar a ação e ordenou que os requerentes dissessem se pretendiam obter a sub-rogação do vínculo. Prestados os esclarecimentos, manteve o magistrado sua decisão.
3. Surgiu, então, êste agravo, no qual sustentam os agravantes a competência do Juízo da 4ª Vara de Família e das Sucessões para processar o feito, por não se tratar de venda para extinção de condomínio puro e simples, mas para a cessação do estado de comunhão relativo a bens alienáveis.
4. O juiz sustentou bem o despacho agravado. A ação de extinção de condomínio deve ser processada no juízo cível, pois não se pode dizer seja ela um acessório ou um incidente do inventário de Henriqueta Dal Pino Lucchesi, tão-só por que os prédios, em relação aos quais se pretende fazer cessar a comunhão, estão gravados com o ônus da inalienabilidade. Uma vez declarado extinto o condomínio no juízo cível comum e pracedos os imóveis, competirá ao Juízo da 4ª Vara de Família e das Sucessões a providência da sub-rogação do vínculo que, já então, terá passado para o produto da alienação.
5. Pelas razões expostas:

Acordam, em 5ª Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 28 de outubro de 1951. - *Mário Masagão*, presidente, com voto; *Joaquim de Silos Cintra*, relator; *Clóvis de Moraes Barros*.

*

DIVISÃO - NATUREZA - EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO

- As ações divisórias pertencem ao grupo das impròpriamente chamadas ações mistas, isto é, têm o caráter de ação pessoal, relativamente à obrigação em que, para com o autor, se acham os condôminos e confrontantes, de dividir ou demarcar, e caráter real, enquanto se fundam no domínio da propriedade.

- Na divisória e, conseqüentemente, na sua execução, a única prescrição possível é a aquisitiva ou usucapião.

Cláudio Ferrari Righi e outros *versus* Vito Fugarra e outros

Ap. nº 54.849 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 54.849, da comarca de Caçapava em que são apelantes Cláudio Ferrari Righi e outros e apelados Vito Fugarra, sua mulher e outros:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, repelida a preliminar de nulidade do processo, em negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão apelada, por seus fundamentos, pagas as custas pelos apelantes.

Improcede a preliminar suscitada pelo ilustre representante do Ministério Público nesta instância. O art. 80, § 3º do Cód. de Processo impõe a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas causas em que houver interesse de incapazes; e o art. 84 fulmina de nulidade os atos realizados com preterição daquela formalidade.

Temos, porém, julgado que se nenhum prejuízo resultou dessa omissão, não é de se decretar a nulidade do feito ("Rev. dos Tribunais", vol. 158, pág. 233).

No caso, aliás, a sentença foi favorável aos incapazes.

Improcedem, igualmente, as razões do recurso interposto.

Na divisão judicial da fazenda "Roseira" foi atribuído aos antecessores dos exequentes um quinhão separado em duas partes pela estrada de rodagem Rio-São Paulo.

Numa delas estão instalados os exequentes; a outra é ocupada pelos executados, sucessores de Domingos Righi.

A sentença homologatória da divisão foi confirmada por acórdão desta Câmara em 1930.

Acontece que Domingos Righi adquirira de João Fugarra e sua mulher - pais dos exequentes - em 1918, uma gleba naquele processo divisório, reclamando-lhes fôsse atribuída essa gleba; mas não lograram sentença favorável do juiz, decisão essa que, também, foi confirmada por êste Tribunal.

Não obstante essa decisão, continuaram a deter a aludida gleba.

Alegam a sua aquisição por usucapião. Mas êste não ocorreu, nem podia ser alegado em execução.

A prescrição aquisitiva não corre entre condôminos; de modo que só a partir de 1930, quando se extinguiu a indivisão, foi que começou a correr o prazo prescricional de aquisição favorável a Domingos Righi.

Sòmente 20 anos depois ingressaram os recorridos com a execução.

Não se pode dizer que Domingos Righi e seus sucessores adquiriram aquela gleba por usucapião, que, no caso, exige justo título e boa-fé, pois não foi levada em conta a sua reclamação no processo divisório, por sentença confirmada por êste Tribunal.

Não é possível, na fase executória, anular-se a decisão exequenda; deve ela ser integralmente cumprida.

Ocorre, ainda, que Righi e seus sucessores continuam na posse da outra gleba, contrariamente à fôrça dos seus títulos.

O direito não pode amparar-lhes a pretensão.

São Paulo, 16 de outubro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente e relator; *Francisco de Sousa Nogueira*; *A. de Oliveira Lima*, vencido na preliminar de nulidade do processo, suscitada pelo Dr. procurador geral; acolhi essa preliminar. Quanto ao mérito, confirmei a sentença, por seus fundamentos. Ressalvei, porém, aos executados direito à indenização pelas construções e plantações que, porventura, tenham feito nas terras, depois de haver transitado em julgado a sentença homologatória da divisão, como alegaram.

Segundo o art. 547 do Cód. Civil, aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito a indenização. Não terá, porém, se proceder de má-fé. Se de ambas as partes houver má-fé, estatui ainda o art. 548 do Cód. Civil, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, com encargo, porém, de ressarcir o valor das benfeitorias. Presume-se a má-fé no proprietário quando o trabalho de construção ou lavoura se fêz em sua presença e sem impugnação sua.

A parte da gleba de terras, em cuja posse os exequentes devem ser imitados, fica contígua a outra parte por êles ocupada, desde a homologação judicial da divisão. Deve-se, assim, presumir, nos expressos têrmos dêsse dispositivo legal, também a má-fé dos exequentes, proprietários das terras, uma vez que as

construções e as plantações feitas o teriam sido em sua presença e sem impugnação desta.

Os executados, embora possuidores de má-fé, têm direito, nos termos do art. 517 do Cód. Civil, de serem ressarcidos pelas benfeitorias necessárias.

Assim sendo, efetivada a imissão na posse, poderá prosseguir a execução para a determinação das indenizações devidas, como o permite o art. 994 do Cód. de Proc. Civil.

SENTENÇA

Omissis...

2. Assim expostos os fundamentos do pedido e os da contestação ao mesmo, passo a decidir.

Para ser imitado na posse do quinhão que lhe coube, na ação de divisão, não é necessário, ao condômino, intentar ação distinta, ou seja, ação de imissão de posse.

É a lição de WHITAKER:

"A imissão de posse, quando pacífica, dá-se pela simples exibição da fôlha de pagamento ou do ato demarcatório. Havendo resistência, porém, a autoridade do juiz deve ser invocada, porque a ninguém é lícito fazer justiça por si".

"A imissão deve ser requerida nos próprios autos, perante o juiz da sentença homologatória, pela parte interessada (seja a que figurou no processo, ou seu representante e sucessores), contra o resistente, seu herdeiro ou sucessor singular. Feito o pedido, o juiz mandará citar o réu para fazer a entrega da coisa, dando-lhe o prazo de 10 dias e cominando-lhe a pena de despejo, para o caso de desobediência" ("Terras", 2ª ed., nota 243, págs. 235 e 236).

Resta saber se a presente execução de sentença está prescrita, como alegam os executados.

Conforme salienta CARVALHO SANTOS, com apoio na jurisprudência dos tribunais, inclusive na do Supremo Tribunal Federal, a prescrição da execução se regula pela prescrição da ação ("Código Civil Interpretado", vol. XXVI, 2º Suplemento, pág. 320).

O Cód. Civil brasileiro, em seu artigo 177, estabelece o seguinte:

"As ações pessoais prescrevem ordinariamente em 30 anos, as reais em 10, entre presentes, e, entre ausentes, em 20, contados da data em que poderiam ter sido propostas".

Em primeiro lugar, salientaremos que êsse dispositivo legal é imperfeito, tendo deixado de abranger a ação de reivindicação, que pode intentar, dentro de 30 anos, o senhor de um prédio indevidamente ocupado por possuidor sem justo título e boa-fé.

Efetivamente, o Cód. Civil, em seu art. 75, dispõe que "a todo o direito, corresponde uma ação que o assegura". Em seu art. 550 preceitua o mesmo Código que, "aquêle que, por 30 anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé...".

Logo, o possuidor sem título e sem boa-fé, só adquire o domínio do imóvel em que se acha localizado, após o decurso do prazo de 30 anos. Nessa conformidade, decorridos que sejam 29 anos, ainda pode o senhor do prédio intentar contra tal possuidor a competente ação real de reivindicação, pois esta ilação decorre da própria conceituação que a lei civil dá ao usucapião trintenário.

No entretanto, o art. 177 do Cód. Civil, preceitua "as ações reais prescrevem em 10 anos entre presentes, e, entre ausentes, em 20...".

Comentando essa incongruência da lei civil, o Prof. LUÍS FREDERICO CARPENTER sustenta, com inteiro cabimento, e com o apoio de CARVALHO SANTOS e da jurisprudência dos tribunais, que a prescrição da ação real de reivindicação é de 30 anos (e não 20), malgrado o disposto no art. 177 do Cód. Civil ("Código Civil Interpretado"; vol. III, pág. 461).

Feita essa consideração preliminar, passemos a analisar o texto do art. 177 do Cód. Civil.

Por êle, as ações pessoais prescrevem ordinariamente em 30 anos e, as reais, em 10 entre presentes, e em 20 entre ausentes.

Quanto à natureza da ação de divisão, divergem a doutrina e a jurisprudência.

Entende FRAGA que a ação de divisão é real, ao dizer:

"A ação de divisão da coisa comum, como as suas congêneres de divisão de herança e de demarcação, tendo por seu principal fundamento um direito real, a sua natureza deve corresponder à dêste direito: portanto, ela é real - *actio in rem* - pôsto que acessoriamente tenha por objeto a satisfação de certas obrigações pessoais" ("Terras", 4ª ed., § 17, pág. 75).

Para WHITAKER, as ações de divisão são pessoais (ob. cit., págs. 67 a 70).

Segundo JOÃO MENDES JÚNIOR, as ações de divisão constituem ações mistas:

"Ações mistas são aquelas que nascem do *jus in re* e da obrigação, simultaneamente reunidos no mesmo sujeito, tais são as três ações: *familiae erciscundae, communi dividundo e finium regundorum*, isto é, a partilha de herança, divisão de coisa comum e a demarcação de limites" ("Direito Judiciário Brasileiro", pág. 105).

Em sua monumental introdução à "Consolidação das Leis Civis", nega TEIXEIRA DE FREITAS a existência de ações mistas, muito embora reconhecendo que nas ações assim chamadas há na realidade dois direitos que simultaneamente pertencem á mesma pessoa, em relação à mesma coisa (*apud* "Direito Judiciário Brasileiro", pág. 107).

Já CARVALHO SANTOS defende a existência das ações mistas ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", volume I, pág. 377).

Em brilhante acórdão, da lavra do eminente desembargador ARMANDO FAIRBANKS, a egrégia 3ª Câmara da então Côrte de Apelação de São Paulo decidiu magnificamente a questão da prescrição da ação divisória:

"Tôda a celeuma que se tem levantado em assunto de prescrição da ação divisória provém de se confundir a prescrição aquisitiva com a extintiva, institutos inteiramente diversos - êrro em que têm caído escritores e tratadistas e em que também incidem os réus, ora invocando uma, ora outra, dessas espécies. Parece, entretanto, definitivo que a ação divisória só pode ser excluída pela prescrição aquisitiva, como cabalmente demonstraram MORATO, PENAFORTE (números XII a XIV) e FRAGA. É ocioso reproduzir aqui os argumentos que têm sido invocados de parte a parte; notam apenas que os partidários da ação extintiva são ininteligíveis e caem a cada passo em contradição, chegando WHITAKER e LACERDA DE ALMEIDA a aconselhar o expediente inútil e dispendioso de uma reivindicação preliminar, que restitua ao proprietário o extinto direito de dividir e demarcar..."

"A solução do problema, entretanto, é a seguinte: as ações divisórias pertencem ao grupo das impròpriamente chamadas ações mistas, isto é, têm o caráter de ação pessoal relativamente à obrigação em que, para com o autor, se acham os condôminos e confrontantes, de dividir ou demarcar, e caráter real, enquanto se fundam no domínio ou propriedade. TEIXEIRA DE FREITAS demonstrou, à saciedade, a impropriedade dessa denominação. As chamadas ações mistas, disse êle, são tão impossíveis, como impossível seria um direito ser, ao mesmo tempo, pessoal e real" ("Introdução à Consolidação das Leis Civis", 3ª ed., pág. 171). Mas, deixando de lado a impropriedade técnica do termo, a verdade é que tanto TEIXEIRA DE FREITAS (*ibidem*, página seguinte) como PAULA BATISTA (§ 21) reconhecem que nessas ações há dois direitos intimamente ligados, o real, ou de propriedade, e o pessoal, relativo à obrigação de dividir ou demarcar, pelo que, em relação ao primeiro, só se pode cogitar de prescrição aquisitiva e sòmente quanto ao segundo se pode falar em prescrição extintiva ou liberatória. Eis a lição de LAFAYETTE (§ 59 e respectivas notas 6 e 7): "Há dois gêneros de prescrição: a aquisitiva (*usucapio*) e a liberatória ou extintiva. Tanto a primeira como a segunda mantêm em si o princípio extintivo, donde lhes vem a denominação comum; mas uma se distingue da outra por seu objeto, condições e efeitos".

"A aquisitiva tem por objeto o domínio e os direitos reais" (*jura in re aliena*), pressupõe como condição e posse; é ao mesmo tempo causa de extinção e de aquisição de direitos. No seu modo de atuar predomina a força geradora; a extinção vem por via de consequência: o proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor. A lei toma-a pelo seu lado positivo, considera-a modo de aquisição e sob êste aspecto a regula, marca-lhe as condições e define-lhe os efeitos".

"A extinta é negativa; nasce da inércia, e tem por efeito dissolver a obrigação, paralisando destarte o direito correlato. As ações reais não são suscetíveis de prescrição extintiva, subsistem enquanto subsiste a que são inerentes, embora não tenham sido exercidas durante 30 ou mais anos; nascem e morrem com o direito".

"A prescrição, extintiva, embora, pela variedade dos direitos a que se refere, não seja estranha às outras divisões do direito, todavia é tratada com parte integrante do direito das obrigações, ao qual se liga intimamente como um dos modos de extinção dos direitos pessoais".

"Ora, havendo nas ações divisórias, um direito pessoal e outro real, conclui-se que o primeiro, ou seja, a obrigação de dividir, é matéria de prescrição extinta, e o segundo, ou direito real, matéria de usucapião".

"Mas acontece que, em relação a êsse direito pessoal, a doutrina e a lei positiva - Cód. Civil - declaram, por exceção, imprescritível o direito de dividir; a todo o tempo, - diz o art. 629 do Código, - será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum", pelo que, tem-se que concluir que em matéria de ação divisória, a única prescrição possível é a aquisitiva ou usucapião" (acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 112, págs. 186 e 189).

De acôrdo com êsse luminoso aresto, não há que examinar e discutir a prescrição das ações de divisão. E, por via de consequência, as execuções dessas ações. Resta examinar apenas se os executados, herdeiras e sucessores de Domingos Righi adquiriram, por usucapião, a gleba, atribuída a João Fugarra.

Domingos Righi adquiriu a gleba em aprêço em 1918, e só transitou em julgado a decisão que homologou a divisão em 1930 (acórdão do egrégio Tribunal). Não correndo prescrição aquisitiva contra condôminos, segue-se que só a partir de 1930 começou a correr o prazo da prescrição aquisitiva a favor de Domingos Righi.

Em 1950 os exeqüentes ingressaram em juízo pedindo a execução da sentença homologatória da divisão, portanto 20 anos depois de iniciado o prazo da prescrição aquisitiva.

Mas, com 20 anos de posse, Domingos Righi e seus sucessores não usucapiram a gleba atribuída a João Fugarra, porquanto Righi não era possuidor dessa gleba a justo título e nem de boa-fé. A lição de CARVALHO SANTOS, com apoio em parecer de MENDES PIMENTEL e acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em favor dos executados, já citada nesta decisão, a êles não aproveita porque não foi levada em conta pela sentença homologatória da divisão e nem pelo acórdão que a confirmou. E, no juízo executório, não pode o magistrado modificar o julgado exeqüendo, sob pretexto algum.

Acontece ainda que Domingos Righi, pelos seus sucessores, não abandonou o outro quinhão que lhe foi atribuído. Evidentemente, não poderia receber quinhões em dôbro, acima da fôrça de seus títulos...

3. Em face de todo o exposto, do mais que dos autos consta e do direito aplicável à espécie, defiro a petição de fls., dos exeqüentes, determinando que, transitada esta em julgado, expeça-se o competente mandado de imissão de posse, a favor dos exeqüentes concedendo aos executados o prazo de 10 dias, para fazerem a entrega do imóvel, sob pena de, decorrido êsse prazo, ser expedido contra os executados o competente mandado de despejo.

Hei esta por publicada na presente audiência, para os devidos fins de direito.

Custas pelos executados.

Caçapava, 15 de fevereiro de 1951. - *Jesuíno Cardoso Filho*.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS - CHEQUE FURTADO - ENDÔSSO FALSIFICADO

- O beneficiário de cheques furtados no correio por violação de caixa postal é parte legítima para reaver do Banco sacado a sua importância paga indevidamente a terceiro.**
- Parte legítima também é para a ação de indenização o Banco sacado, pouco importando houvesse efetuado o pagamento à vista de apresentação de outro estabelecimento de crédito que não deu pela falsidade do endosso.**
- Responde por perdas e danos o Banco sacado que paga cheque cujo endosso foi falsificado, não isentando de responsabilidade o fato de ter sido o endossante apresentado por outro estabelecimento bancário, que declarou, no título, conferir a assinatura ali lançada com a constante de seu arquivo.**

Banco Mercantil de São Paulo, S. A. *versus* Tecidos J. Rodrigues. S. A.

Ap. nº 472 - Relator: DESEMBARG. GYGES PRADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível - processo nº 472, da comarca de São Paulo, - entre partes, apelante Banco Mercantil de São Paulo, S. A., e apelada a firma Tecidos J. Rodrigues. S. A., adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste:

Acordam, os juízes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. mantendo, por seus fundamentos, a sentença apelada.

1. Na apelação interposta da sentença que o condenou a indenizar a firma apelada da quantia de Cr\$ 18.965,50, correspondente a três cheques furtados à autora, alega o Banco Mercantil de São Paulo, preliminarmente, a ilegitimidade sua e da recorrida, e, quanto ao mérito, haver pago bem. não obstante a

reconhecida falsidade do endôso dos cheques, porque, na falta de ficha de João Rodrigues, representante da prejudicada, no estabelecimento do apelante, obtiveram os falsários apresentação ou abono da letra e firma do suposto endossante em outro Banco, sendo êste, e não o réu, que efetuou regularmente o pagamento, segundo o uso e praxe bancária, o responsável pelo evento danoso.

2. Quanto à sustentada ilegitimidade da firma autora, alega o recorrente que, não chegando ela a tomar posse dos cheques, que foram subtraídos da sua caixa postal por um ex-empregado, aos fregueses da autora, que lhe haviam remetido os cheques pelo correio, e não a ela recorrida, é que cabia pleitear o ressarcimento do prejuízo.

Não tem razão a recorrente. Os cheques emitidos em favor da apelada chegaram ao seu destino, que era São Paulo, e foram colocados na caixa postal da autora. Estavam os títulos, assim, em poder da apelada, não simbòlicamente, mas na realidade, por se acharem à sua disposição na caixa postal. Se daí foram tirados criminosamente, vítima da subtração foi a autora e não os remetentes, que perderam a posse dos títulos desde que os puseram no correio. A êsse respeito quase se pode dizer que existe coisa julgada, pois houve processo-crime contra o falsário Mílton Cardoso, condenado (orno incurso no art. 171 do Cód. Penal (doc. a fls. dos autos) e quem apareceu como sendo vítima foi a firma apelada.

Nem poderia ser de outro modo porque, nos têrmos do art. 8 ° do dec, legislativo n.o 2.591, de 7 de agôsto de 1912, "o beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em "poder do sacado desde a data da emissão do cheque". Se credora era a apelada e na sua posse estavam os títulos colocados à sua disposição na caixa postal de que era a única a ter chave, a autora, e não os fregueses que lhe haviam mandado os cheques em pagamento da mercadoria, é que pode reclamar a indenização de que tratam os autos.

3. Também parte legítima para responder ao pedido é o apelante, porque a ordem de pagamento foi dada contra êle, foi êle quem pagou, bem ou mal - matéria essa de mérito - pouco importando a interferência de outro Banco pela apresentação do portador, porque êsse ato é estranho à vida normal do cheque.

Se o pagamento estava a cargo do apelante e se a autora se queixa do não recebimento, parte contrária na demanda em que se discute a validade da desobrigação, a que se apega o recorrente, tem que ser êste e não o Banco que apresentou ou abonou o endôssô falsificado.

É certo que foi por haver confiado na apresentação de seu confrade, cujas informações lhe mereceram inteiro crédito, que o réu pagou os cheques. O fato, que não pode ser pôsto em dúvida, não torna o apelante parte ilegítima; autorizava, apenas a convocação do Banco apresentante para integrar a lide, nos têrmos do art. 91 do Cód. de Proc. Civil, a requerimento do réu, direto responsável pela validade do pagamento (art. 934 do Código Civil).

4. No mérito, a própria repulsa da preliminar, que se prende ao merecimento da causa, já está indicando que a solução do pleito é a que foi adotada na sentença recorrida. O réu, como sacado, devia pagar ao portador legítimo dos cheques, cumprindo-lhe examinar, não a autenticidade da assinatura do Banco apresentante, mas a do endossante, porque a transmissão do direito à provisão se verificou pelo endôssô e não pela apresentação ou abono de firma ou letra falsificada.

Alega o réu que, no caso de apresentação, como a dos autos, a nada mais era obrigado, por ser êsse o uso ou praxe bancária, mas sem razão alguma. Trata-se de mero expediente para facilitar os pagamentos de cheque, simples atestação ou informação, que não isenta o devedor de pagar a quem de direito. Se o réu não tinha ficha do endossante em seu arquivo, o que devia fazer era exigir apresentação do beneficiário por qualquer freguês do estabelecimento, de modo a poder verificar, por prepostos de sua imediata confiança, a legitimidade do endôssô, sem correr o risco de pagar a quem não fôsse e verdadeiro credor.

5. Pleiteia, ainda, ó apelante, a reforma da sentença alegando que um dos falsários foi empregado da firma autora. Êsse fato foi confirmado por ela na carta de fls. e em depoimento da segunda testemunha da apelada. Era empregado, não, porém, encarregado de tirar correspondência a caixa postal, como esclareceu a testemunha.

Não se tratando de pessoa a quem a autora houvesse confiado a chave, o evento não resultou de ato culposos da apelada e, assim, não pode ser responsável pelo furto.

A subtração, em si, não foi a causa do pagamento indevido, porque os cheques não eram ao portador. Resultou da falsificação dos endossos, e quanto a esse fato a autora foi inteiramente estranha.

Não havendo culpa concorrente, procede a ação, como foi bem julgada, inclusive com a inclusão da verba para honorários, sob pena de não ser completa a indenização concedida. Quanto aos juros, como frutos civis, devem ser também pagos a partir da contestação da lide.

Custas pelo apelante.

São Paulo, 31 de outubro de 1951. - *Alcides da Silveira Faro*, presidente, com voto; *L. G. Gyges Prado*, relator designado; *Pereira da Costa*, vencido, de acordo com a seguinte declaração de voto:

Dava provimento à apelação. Consoante a lição de CARVALHO DE MENDONÇA: "Cabe a cargo do sacado a responsabilidade pelo pagamento do cheque falso ou falsificado:

"1. Se ele deixa de verificar com a necessária atenção a autenticidade da firma do emissor. Para essa verificação serve o registro das assinaturas dos seus clientes (cadastro);

"2. Se a falsidade ou falsificação era facilmente reconhecível: exemplos emendas, raspaduras, discordância entre as somas escritas em algarismos e em cifras. Aquela, nos termos da lei, é que prevalece" ("Tratado de Direito Comercial", vol. V, parte 2ª, nº 1.042). Entendo que o apelante não incidiu em falta dessas cautelas: Disse bem o apelante: "se o Banco não possuía a ficha com a assinatura real da autora, como ficou provado, absurdo seria pretender dele que reconhecesse nos cheques a falsificação. O Banco réu não pagou em face das assinaturas falsificadas, mas sim em face da apresentação e endosso de um Banco idôneo - o Banco Bandeirantes do Comércio. A ele não competia e não compete saber se as assinaturas eram falsas ou não, uma vez que tinha

ficha da autora, mas apenas verificar a autenticidade do endôso e apresentação do Banco Bandeirantes". O saudoso ministro FERREIRA ALVES, em voto vencido, que se encontra transcrito no mesmo, volume da obra citada (n° 1.041), em um caso de falsificação de cheque, escreveu: "Tratando-se de um título ao portador, que exige pronto pagamento e não demorado exame, não sendo a falsificação evidente, pelo contrário, sendo hábilmente feita, de modo a escapar aos mais exercitados olhos de banqueiros obrigados ao confronto de firmas, não voto pela responsabilidade do Banco, que efetuou o pagamento de boa-fé, sendo-lhe presente o cheque ao portador revestido, de tôdas as formalidades extrínsecas garantidoras da autenticidade de tais títulos, com numeração e dizeres do Banco, com a assinatura manuscrita de E. O. Stanton, gerente da casa Kard Rand & Cia., da praça de Santos, com dois impressos, a data de carimbo e subcarimbo de uso privativo da firma emissora. A assinatura manuscrita iludiria a qualquer, de maneira a não se suspeitar ser falsa. Acresce que, da parte do Banco, há o argumento em seu favor da negligência dos autores na guarda do livro dos cheques e do sinete, deixando-os sôbre as mesas do escritório, de modo a facilitar a subtração ou falsificação ou uso indébito dos mesmos".

Firmado nesses princípios não vejo como imputar qualquer espécie de culpa ao Banco réu e apelante, que se conduziu a respeito do pagamento dos cheques dentro das normas bancárias, procedendo com a maior boa-fé e sem possibilidade imediata de poder verificar a falsificação da assinatura do endôso da firma autora, em os cheques pagos, visto como o Banco réu não possuía a ficha com a assinatura real da autora. Tampouco o uso do "decalque" poderia ser facilmente reconhecível, a olho nu, por qualquer verificador bancário, em exame rápido, sem o aparelhamento óptico necessário. A autora, a meu ver, não conseguiu demonstrar a culpabilidade do apelante, nem sequer pelo mais leve indício. Contudo, o réu argüiu a culpa da autora apelada. "Os falsificadores eram empregados seus - os cheques foram subtraídos de sua caixa postal. Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Tanto assim que cheques não foram subtraídos da caixa da autora uma única vez, mas várias vêzes". Êsses fatos ficaram suficientemente provados. Hoje, a doutrina e a jurisprudência são acordes em adotar a teoria da culpa das partes para apurar-se a responsabilidade, em lugar da teoria do risco, em se tratando de cheque falso ou falsificado, devendo suportar o prejuízo quem para êle concorreu por negligência ou descuido.

Por êsses motivos entendo que a ação deveria ser julgada improcedente por falta de violação de direito por parte do Banco réu apelante.

*

REGISTRO DE IMÓVEIS - VENDAS SIMULTÂNEAS - TRANSCRIÇÃO - PRIORIDADE

- A prioridade decorre não da transcrição, mas da ordem de prenotação do título.

- Havendo conflito de transcrições de títulos dominiais prevalece o que foi prenotado anteriormente.

Aldo Zucchi, sua mulher e outro *versus* Nicolau Jacinto e sua mulher

Ap. n° 55.022 - Relator: DESEMBARG. FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 55.022, desta Capital, em que são apelantes Aldo Zucchi, sua mulher e outro e apelados Nicolau Jacinto e sua mulher:

Em ação possessória, proposta por Aldo Zucchi contra Nicolau Jacinto, foi reconhecida a posse do autor, remetendo-se o exame e julgamento da questão de domínio para outra causa.

Daí a propositura da presente ação por Nicolau Jacinto, réu naquela ação.

É, porém, improcedente o pedido.

A escritura do autor é de 22 de agosto de 1941 e foi transcrita em 21 de novembro do mesmo ano (fls.).

A escritura do réu é de 17 de setembro daquele ano, levada a registro em 23 do mesmo mês e ano, só foi efetivamente transcrita em 24 de novembro (fls.).

Não obstante essa prioridade na transcrição, prevalece o título do réu porque, nos termos do disposto no art. 202 do decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, a prioridade decorre, não da transcrição, mas da ordem de prenotação do título.

Acresce que da prova dos autos se infere que o réu estava de posse do imóvel desde maio de 1926, quando o seu proprietário - Sebastião José Mariano - o entregou, para a venda em lote (fls.); em, 1934 Mariano outorgou um mandato em causa própria a Zucchi, para a venda do sítio (fls.); outra escritura foi outorgada por Mariano aos irmãos Zucchi, para a venda de mais 137 lotes (fls.); finalmente, em 1937, o mesmo Mariano outorgou uma procuração em causa própria a Zucchi, relativamente a outra área do mesmo imóvel.

Ficou, assim, Zucchi titular dos direitos que Mariano tinha no sítio conhecido pelos nomes de "Aracaçu", "Ponte Rasa" e "Vila São Geraldo", e, finalmente, "Vila Jardim do Sol".

Naquela qualidade de procurador em causa própria realizou Zucchi a venda de quase 200 lotes de terreno, durante cerca de 15 anos.

Foi, então, que o autor entabulou negociações para a aquisição do sítio Aracaçu, conseguindo de Sebastião José Mariano a escritura ajuizada, cuja transcrição foi obtida três dias antes da transcrição da escritura do réu.

Mas esse negócio teria ficado sem efeito, para narrar o próprio autor, em depoimento pessoal certificado a fls., pois Mariano teria reconhecido o erro em que havia incidido, procurando ressarcir o prejuízo a que dera causa.

Isso mesmo é confirmado por Mariano: - razões de recurso a fls.

Ora, é requisito indispensável para a procedência da ação-reivindicatória, além da prova de domínio do autor, que o réu possua injustamente o bem reivindicando (art. 524 do Cód. Civil). Não se pode dizer que seja injusta a posse do réu no caso examinado, fundada naqueles títulos, legitimamente

outorgados e transcritos. Aliás, essa posse já foi reconhecida por, esta Câmara em acórdão certificado a fls.

Há um conflito de transcrições; mas, como já se disse, prevalece o que foi prenotado anteriormente. Aliás a reivindicatória não é meio hábil para o cancelamento de registro, que não foi pedido.

Além disso não fez o autor prova da posse injusta do réu. Deveria decair do pedido.

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotados os relatórios de fls. como integrantes dêste, em dar provimento ao recurso interposto, para, reformando a sentença apelada, julgar improcedente a ação, pagas as custas pelo autor ora apelado.

São Paulo, 9 de outubro de 1951. - *Frederico Roberto*, presidente e relator; *A. de Oliveira Lima*; *J. M. Gonzaga*.

*

DESQUITE LITIGIOSO - FALECIMENTO DE UM DOS CÔNJUGES

- Falecido um dos desquitados às vésperas da sentença, não pode esta ser proferida, dissolvida como ficou a sociedade conjugal.

- Aplicação do art. 315, nº I, do Cód. Civil.

Dr. Olavo Pujol Pinheiro *versus* Amaro Rocumback

Embs. nº 55.056 - Relator: DESEMBARG. BARROS MONTEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de declaração nº 55.056, da comarca de São Paulo, em que é embargante o Bel. Olavo Pujol Pinheiro e embargado Amaro Rocumback:

O Bel. Olavo Pujol Pinheiro, na qualidade de terceiro prejudicado e em defesa de direito próprio, fundado no artigo 815 do Cód. de Processo, opõe ao acórdão de fls. os embargos de declaração de fls., alegando que, desde o ano de 1944, vinha prestando seus serviços profissionais à finada Paulina Reimberg, tendo esta obtido ganho de causa nas ações de alimentos e de desquite, com a condenação do réu, seu marido, ao pagamento de honorários, fixados em Cr\$ 720,00 para a ação de alimentos e em Cr\$ 10.000,00 para o desquite.

Dando, pois, provimento ao recurso interposto pelo vencido Amaro Rocumback, para o fim de anular a decisão recorrida, que decretou o desquite e considerou sua cliente cônjuge inocente, dado o falecimento desta dois dias antes de proferida a decisão, diz o embargante que o acórdão embargado é omissivo na parte relativa aos honorários a que tem direito, já anteriormente arbitrados. Pede, assim, que seja declarada a omissão, ou para esclarecer-se que a decisão ora prolatada não atinge ao julgado na ação de alimentos quanto aos honorários do patrono da finada e despesas com execução do mandato, ou para ressaltar-se a cobrança desses honorários pelas vias ordinárias, no montante já fixado, ou como fôr arbitrado. Finalizando, pede o embargante que, na hipótese de não serem conhecidos seus embargos, sejam fornecidas pela Secretaria as peças que indica, para o exercício da ação competente.

Em primeiro lugar, como se vê, não se mostra o embargante muito seguro do seu direito de oferecer, como terceiro prejudicado, embargos de declaração ao acórdão de fls. Esse direito, entretanto, é incontestável, merecendo, pois, sejam conhecidos os embargos apresentados. É o que decorre do art. 815 do Cód. de Processo, mostrando SEABRA FAGUNDES que o interesse do terceiro à reforma da sentença, se vincula, como o da parte, ao prejuízo que dela lhe advenha, com a única diferença de que, enquanto que o interesse da parte está pressuposto na decisão contrária ao pedido, o do terceiro é de aferir-se do próprio recurso, em cuja interposição se manifesta ("Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", nº 50). Se na sistemática do nosso direito processual constituem os embargos de declaração, indubitavelmente, um recurso, se pode o terceiro ser prejudicado com a omissão, obscuridade ou contradição existentes na sentença, de manifesto que não se lhe pode negar o direito de esclarecer o julgado, por via daquele recurso. Desde que, na espécie, demonstrou, *quantum satis*, o embargante que, como advogado da parte que

faleceu, pode perecer seu direito aos honorários a que fêz jus, devem os seus embargos ser conhecidos, para que sejam apreciados como fôr de justiça.

No mérito, incabíveis são, a rigor, os embargos declaratórios opostos, porque não padece o acórdão embargado da omissão apontada pelo embargante. Se apenas ordenou o julgado que, dada a morte da recorrida Paulina Reimberg, fôsse impôsto ao feito perpétuo silêncio, não se referindo, por qualquer forma, aos honorários do advogado da apelada, em nada poderia ferir qualquer possível direito do embargante a êsses honorários.

Em face da tendência da doutrina e da jurisprudência, com o objetivo de tornar mais claro o sentido da sentença, em acolher, com largueza, os embargos declaratórios (SEABRA FAGUNDES, ob. cit., número 490), e, para que nenhuma dúvida subsista a respeito do direito possível do embargante à referida verba, impõe-se o recebimento dos embargos oferecidos para o efeito de, consoante o pedido formulado, ressalvar ao embargante as vias regulares para a cobrança, de quem de direito, da importância referente aos honorários pelos serviços prestados à extinta, no montante já anteriormente arbitrado ou como fôr oportunamente fixado.

Isto pôsto:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado; conhecer, por unanimidade de votos, dos embargos de fls., e em recebê-los, por igual votação, para o fim acima enunciado, pagas as custas como de direito.

São Paulo, 27 de setembro de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

ACÓRDÃO DECLARADO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 55.056, da comarca de São Paulo, em que é agravante Amaro Rocumback e apelada Paulina Reimberg:

Acordam, em 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., em dar

provimento à apelação, para anular a decisão recorrida, pagas as custas como de direto.

Assim é de se decidir porque, tendo falecido a apelada dois dias antes de proferida aquela sentença; já se achava desfeita a sociedade conjugal, *ex vi* do disposto no art. 315, nº I, do Cód. Civil. Não havia, assim, que se cogitar de dissolução com fundamento no nº III do mesmo dispositivo, uma vez que não se podia desfazer o que já estava feito.

Nula, pois, aquela decisão, como pondera a Procuradoria Geral da Justiça em seu parecer, cumpre que assim seja declarado e imponha-se ao feito perpétuo silêncio.

São Paulo, 16 de agosto de 1951. - *J. R. A. Valim*, presidente; *Rafael de Barros Monteiro*, relator; *Prado Fraga*; *Pedro Chaves*.

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS - FATO DE TERCEIRO

- **Não interessando a indagação sobre a culpa do preposto do réu, condutor do ônibus e causador do desastre, não se justifica a paralisação da ação civil de indenização movida contra a empresa transportadora, até a solução do processo criminal movido contra aquele preposto.**
- **O fato de ter um, automóvel passado à frente de outro, tirando a visibilidade do chofer deste pelo levantamento de poeira e acarretando desastre, em consequência, não se considera motivo de força maior.**
- **A culpa das empresas de transporte por auto-ônibus é presumida.**
- **Fato de terceiro não constitui força maior e só tem relevância quando o conseqüente desastre era imprevisível e inevitável.**

- Não se tratando de ação de indenização movida contra um ofensor que também esteja sendo processado criminalmente, não tem cabimento a indenização dobrada.

Viação Aprazível Paulista Ltda. *versus* Mário de Abreu Lima e outros

Ap. nº 52.202 - Relator: DESEMBARG. SILVEIRA FARO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 52.202, da comarca de Monte Aprazível, em que é apelante Viação Aprazível Paulista Ltda, sendo apelados Mário de Abreu Lima e outros:

Trata-se de um pedido de indenização formulado pelos autores, passageiros que eram de um auto-ônibus pertencente à ré, e que se chocou com um caminhão que estava parado à beira da estrada de rodagem, ferindo a todos os postulantes.

Na contestação, após sustentar como preliminar, repelida ao depois, e sem recurso, pelo despacho saneador, que a citação deveria ter recaído sôbre o chofer do caminhão aludido e sôbre o chofer de um auto que passou à frente do ônibus, levantando muita poeira e prejudicando, com isso, a visibilidade do condutor dêste último, alega a ré exclusivamente a sua nenhuma responsabilidade porque terceira e não concorreu para o evento com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Acrescentou que os motoristas estavam sendo processados criminalmente (o que, a seu ver, aconselhava a sustação da ação cível nos têrmos do Cód. Penal, o que foi indeferido pelo magistrado), mas, mesmo que se apurasse culpa de seu preposto, com isto nada tinha que ver a preponente (arts. 1.058, parág. único, e 1.523 do Cód. Civil).

Disse, por fim, que se tratava de caso fortuito conseqüente à nuvem de pó levantada pelo auto que passou à frente do ônibus da contestante, cujo condutor não pôde, conseqüentemente, ver o caminhão parado na estrada, em lugar inadequado, e salienta que o chofer de tal caminhão não estava regularmente habilitado.

Nas razões de apelação, e em face dos fundamentos da sentença, a aludida ré levanta a questão da inaplicabilidade do dec. federal nº 2.681, de 1912, por ser tratar de caso fortuito, e outrossim, e pela primeira vez, examinou a questão relativa ao quantum da indenização, que reputou exagerada, assunto êste não ventilado na contestação.

Assim relatada a espécie, passa-se à decisão:

Bem andou o juiz denegando a sustação da demanda, porque, na espécie, não interessa a indagação sôbre a culpa do preposto da ré, condutor do ônibus em que viajavam os autores.

Aliás, essa culpa afigura-se evidente.

Basta salientar que o ônibus que êle dirigia foi de encontro a um caminhão que estava parado à beira da estrada (pouco importando, pois, que o chofer dêste último fôsse ou não habilitado), e, bem assim, que dito ônibus vinha em velocidade exagerada, como o constatou a perícia e está demonstrado nos autos.

O fato de um outro auto ter passado à frente do coletivo, levantando muita poeira, não diminui a responsabilidade do aludido preposto, porque nem isto constitui fôrça maior, como também porque, a ser verdadeira a circunstância, maior seria, então, a culpa do mesmo, por não ter parado o veículo até desfazer-se o pó.

Se não o fêz, agiu com imprudência; e, se não pôde breicar desde logo o ônibus, é porque realmente vinha êle em excesso de velocidade.

De qualquer forma, porém, tais indagações são despiciendas, porquanto, ao contrário do que sustenta a defesa, o dec. federal nº 2.681 tem inteira aplicação à espécie, como é hoje quase pacífico, poucas, muito poucas, sendo as decisões em contrário - "*Rari nantes in gurgite vasto*".

Em a nota 44 (pág. 74) de sua monografia "Da Responsabilidade Civil em Acidentes de Automóvel", VIEIRA FERREIRA cita copiosa jurisprudência

fazendo aplicação extensiva do citado diploma aos acidentes em bondes e ônibus. E o acórdão *in* "Rev. dos Tribunais", vol. 161, pág. 781, aplicou dito decreto até a um caso de transporte por mar, acórdão êsse que tem a seguinte ementa: "A indenização de acidente sofrido por passageiro em transporte marítimo é regulada pelo dec. nº 2.681, de 1912, aplicável a todos os meios de transportes, indistintamente".

Êsse respeitável aresto contém as seguintes considerações: "Os efeitos do decreto nº 2.681, segundo vastíssima jurisprudência, têm sido estendidos a todos os meios de transportes, indistintamente. Não haveria lógica em excluir o transporte por água (ou por estrada de rodagem, acrescente-se). O passageiro tem direito à sua incolumidade. A empresa transportadora explora da mesma forma o serviço público e assume as mesmas responsabilidades perante os passageiros que ela transporta, mediante o pagamento do preço da passagem. O contrato de transporte é o mesmo em essência. A *ratio legis* domina a questão".

Impõe-se, em consequência, a aplicação, no caso sujeito, do mencionado diploma legislativo, cujo art. 17 estabelece a responsabilidade da empresa transportadora pelos desastres que, sucederem aos viajantes, e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. E só absolve a transportadora quando se trata de caso fortuito ou força maior, ou quando ocorra culpa do viajante, não concorrendo a da empresa.

A culpa da transportadora é, assim, presumida sempre, e ela só afastará tal presunção provando qualquer daquelas duas circunstâncias.

Na espécie, não se cogitou de culpados viajantes (os apelados) e não se trata evidentemente de força maior.

O ônibus da apelante foi de encontro a um caminhão parado à beira da estrada, e isto só se pode explicar pela velocidade em que vinha aquele. A alegada poeira não constitui força maior, mesmo porque, se o coletivo caminhasse normalmente, êle poderia ser brecado imediatamente ou ter sua marcha diminuída sensivelmente, de modo a evitar a colisão.

E sabido, por outro lado, que fato de terceiro não constitui força maior, e só tem relevância quando o consequente desastre era imprevisível e inevitável, o que

aqui não se deu, uma vez que não só era de se prever poeira nas conhecidas estradas do interior, máxime em período de sêca, como também por ser a colisão perfeitamente evitável. Era bastante que o chofer guiasse com atenção, e em marcha normal, e parasse o carro quando a visibilidade diminuísse ou desaparecesse.

Impunha-se, portanto, a procedência da ação com a conseqüente condenação da ré no pagamento de uma indenização aos autores.

Qual, porém, essa indenização?

Houve uma perícia com arbitramento e, com base nela, o juiz chegou às cifras que assinalou em sua sentença (fls.), com honorários de advogado na base de 10%, montando tudo em Cr\$ 213.578,28, para todos os postulantes, conforme discriminação no corpo do julgado.

O magistrado fêz também aplicação do art. 1.538, § 1º, do Cód. Civil, mandando pagar em dôbro a indenização quanto aos autores que ficaram com deformidade, salientando-se que naquele total já está incluída essa majoração.

A ré, em sua apelação (e só neste passo examinou a questão, não focalizada na contestação), tomou conhecimento do pedido relativamente à reclamada indenização, e, tendo em vista, a propósito, cerrada critica, que será em seguida apreciada, pois da rejeição ou acolhimento da impugnação apresentada resultará o que deve ela ser condenada a pagar.

Vem, em primeiro lugar, o ponto relativo à condenação em dôbro, *ex vi* do § 1º do art. 1.538 do Cód. Civil, supra-referido, salientando-se que os beneficiados pela duplicação foram os interessados Mário de Abreu Lima e Tomás Correia Mascaro.

O juiz, como ficou dito com referência a êsses dois autores, mandou pagar em dôbro a indenização arbitrada, declarando expressamente que não incluía ali a multa criminal por inexistir, no Código Penal, essa penalidade nos crimes de lesões corporais. Tomou, assim, partido, na controvérsia reinante, enfileirando-se ao lado daqueles que, como AGUIAR DIAS ("Da Responsabilidade Civil",

ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, pág. 334) e outros, sustentam que "o texto do art. 1.538 é de aplicação impossível quanto à multa que manda pagar".

Deixou de lado os debates travados e ainda não pacificamente solucionados, a respeito da outra questão, a saber, se a duplicação determinada pelo § 1º do citado artigo só deve abranger a multa, se só as outras verbas, ou se tôdas elas. Esse ponto também ainda não teve solução uniforme.

Mas nem era mister que tivesse, no presente caso, porque não se trata, aqui, de ação movida contra um ofensor que também esteja sendo processado criminalmente.

A controvérsia apontada só terá que ser resolvida quando chamado a Juízo, dito ofensor (o preposto) e não um terceiro, como é a preponente.

Esta mesma egrégia 8ª Câmara, ainda há pouco tempo, decidiu, interpretando os arts. 1.538 e 1.544 do Cód. Civil, que a penalidade da multa em dôbro e os juros compostos, só ao próprio ofensor podem ser impostos (no caso de ser o preposto processado criminalmente).

Mas a presente ação é movida contra a emprêsa preponente, que não cometeu nem poderia ter cometido crime nenhum.

Procede, assim, a primeira impugnação à sentença, devendo, por conseguinte, ser excluída a duplicação da indenização quanto aos dois postulantes acima especificados.

A segunda impugnação da apelante refere-se aos vencimentos do autor Mário de Abreu Lima, que o juiz aceitou como sendo Cr\$ 3.790,14 mensais (fls.).

Entende a recorrente, que, na apreciação dos lucros cessantes, só deveriam ser computados os vencimentos fixos dessa vítima, embora reconhecendo que êle também tinha vencimentos variáveis, como avaliador que é da Fazenda, e, calculados sôbre as multas arrecadadas. Diz a impugnante que o magistrado só devia ter mandado incluir as percentagens percebidas diretamente, mas nunca as indiretas. E acrescenta: "se o afastamento do serviço pudesse acarretar prejuízo, êste seria, como é óbvio, só daquelas percentagens resultantes do

trabalho direto". Concluí, assim, sustentando que, de qualquer modo, os peritos deviam ter considerado um período maior para se comprovar se o autor em questão percebia ou não sistematicamente tais percentagens e em que média anual".

Com referência à distinção feita entre percepção direta e indireta (de difícil entendimento aliás), não tem razão a recorrente.

Mas tem-na com referência à segunda parte.

Realmente: para calcularem as percentagens que o recorrido teria deixado de perceber, tomaram em consideração os três peritos, como base, apenas os cinco meses anteriores ao acidente, ou seja, o que êle percebera, em média, nesses cinco meses (vêde laudo *ut fls.*).

Mais racional seria que tivessem considerado a renda média do ano anterior, como pretende a apelante:

E assim se deverá fazer em liquidação da sentença.

A terceira impugnação refere-se aos honorários médicos relativos ao autor João José de Oliveira, que a sentença mandou pagar num total de Cr\$ 30.000,00.

A apelante entende que são exagerados êsses honorários, que, a seu ver, deveriam ser apenas de Cr\$ 12.000,00.

A propósito, o perito dos autores arbitrou êsses honorários em Cr\$ 30.000,00 e o da ré em Cr\$ 12.000,00. O terceiro perito adotou a primeira opinião, a final acolhida pelo juiz.

Claro, porém, que o mais justo será a média dos dois valores, ou sejam, Cr\$ 21.000,00.

É acolhida, pois, em parte, a pretensão da apelante para reduzir a Cr\$ 21.000,00 os honorários médicos do autor João José de Oliveira.

Finalmente, a quarta e última impugnação refere-se ao "preço do tratamento hospitalar" e ao "número de radiografias", reputados exagerados (quase Cr\$ 30.000,00 para todos os cinco pacientes).

As despesas com hospital e medicamentos andaram em Cr\$ 24.386,00 para os cinco feridos e as de ortopedia e traumatologia em Cr\$ 7.600,00.

Ao todo: Cr\$ 31.986,00 para todos os acidentados que estiveram hospitalizados, - dois deles, por 78 dias; um outro, por 61 dias; um outro, por 33 dias, e o último, por cinco dias (fls.). A diária foi cobrada à razão de Cr\$ 100,00.

A simples exposição desses dados evidencia que não houve exagêro na cobrança das despesas de hospital, bem como as ortopédicas e traumatológicas.

Parece até que foram moderadas: Cr\$ 31.000,00 para cinco pacientes, três dos quais com mais de dois meses de hospitalização.

Quanto às demais verbas, não foram impugnadas pela apelante, e, por essa razão, devem ser mantidas.

Em conclusão, é a sentença de primeira instância reformada parcialmente, para os seguintes fins:

a) cancelar da indenização o pagamento duplicado com referência aos dois autores acima especificados; b) reduzir a verba para honorários médicos do autor João José de Oliveira a Cr\$ 1.000,00, e c) mandar arbitrar em execução as percentagens a que teria feito jus o autor Mário de Abreu Lima no período de sua internação, tomando-se por base o que a êsse título percebeu no ano anterior.

No mais é a sentença confirmada.

Ex positis:

Acordam, em 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado como parte integrante dêste o relatório de fls., dar

provimento à apelação para os fins supra-declarados, pagas as custas em proporção.

São Paulo, 14 de setembro de 1951.

João M. C. Lacerda, presidente, com voto; *Alcides da Silveira Faro*, relator; *Tácito M. de Góis Nobre*.

*

JURISPRUDÊNCIA RESUMIDA

RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE GRATUITO DE PASSAGEIRO - MOTORISTA MENOR

- **Entre os motivos capazes de exonerar a responsabilidade do pai está a possibilidade de justificadamente haver perdido o poder de direção sobre o menor.**
- **O fato de viajar o passageiro gratuitamente, não isenta o condutor do veículo de reparar os danos causados por sua culpa.**

Joaquim Martins **versus** Mussa Sales

Ap. nº 49.348 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE - Cív. 8.225)

*

CASAMENTO - ANULAÇÃO - BIGAMIA - PROVA DE FALECIMENTO DA PRIMEIRA ESPÔSA

- Cabe ao réu, e não à autora, em ação de anulação de casamento por bigamia, a prova do falecimento da sua primeira mulher em data anterior à realização do segundo matrimônio.

Irene Rodrigues da Silva **versus** Irineu Borghi Frazatto

Ap. nº 49.476 - Relator: DESEMBARGADOR GOMES DE OLIVEIRA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.226)

*

CAMBIAL - ENGANO DO SACADOR AO PREENCHÊ-LA

- Não se considera letra de câmbio o título em que há, como na promissória, promessa ao invés de ordem de pagamento, feita por quem se apresenta em juízo como credor.

Apelado: José Chedide

Ap. nº 49.840 - Relator: DESEMBARGADOR MÁRIO MASAGÃO - Ac. da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.227)

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - MÚTUO - "AFFECTIO SOCIETATIS"

- Pelo simples fato de estar obrigado o mutuado a pagar ao mutuante, com os lucros do negócio financiado, não se pode concluir necessariamente pela existência de uma sociedade em conta de participação; faltaria ainda o elemento subjetivo - o risco, quanto às perdas e lucros - caracterizador da affectio societatis.

- Se por circunstâncias supervenientes, justa causa ou motivo de força maior, a continuação do negócio perde seu interesse ou oportunidade, nada tem com isso o financiador, subsistindo a obrigação do financiado, de restituir a importância financiada.

Miguel Felício **versus** Edmundo Guaraldo

Ap. nº 60.388 - Relator: DESEMBARGADOR C. LACERDA - Ac. da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 31 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.228)

*

TRANSPORTE DE MERCADORIA - QUEBRA DE PÊSO

- É sempre presumida a culpa da transportadora, pela mercadoria recebida para transporte, só se admitindo contra essa presunção os casos especificados pela lei.

Exportadora Junqueira Meireles S.A. **versus** Fazenda do Estado de São Paulo

Ap. nº 60.788 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.229)

*

CONDOMÍNIO - VENDA DE CAFÉ - TESTEMUNHAS

- Se um ou mais condôminos agiram abusivamente, lesando os demais, cabe a estes acioná-los, querendo, mas, sendo perante terceiros, acreditados como administradores da comunhão, não há senão honrarem todos o compromisso assumido, que, se alcançasse bom êxito. Por certo estaria aproveitando a todos.

- Os negócios de café comumente são realizados por troca de cartas ou outra forma escrita, não podendo prevalecer a prova testemunhal.

André Fracarolli e outros **versus** Sociedade Comissária Exportadora e Importadora

Ap. nº 52 353 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.230)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ABALROAMENTO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Não constitui motivo de isenção de culpa o abalroamento causado por terceiro. Para que tal abalroamento possa constituir causa de isenção deve revestir-se das características de caso fortuito ou fôrça maior. O abalroamento é fato ou circunstância ligada ao próprio trânsito, ao próprio transporte pelas ruas da cidade.

- Não exclui a culpa da empresa transportadora o fato de viajar no estribo do coletivo o passageiro vítima de desastre.

- Hoje está vitoriosa a tese de que a culpa do preposto faz presumir a do preponente, tornando-o responsável pelos atos por aquêle praticados. Salvo ocorrência de culpa da vítima, o patrão responde, civilmente pelos danos causados por preposto, especialmente no uso de coisas perigosas, como veículos de velocidade.

- É praxe seguida pela jurisprudência, como critério facilitador da fixação de despesas pessoais, calcular-se estas em um terço do salário.

- Nas ações de indenização por danos causados em virtude de desastre os honorários de advogado devem ser calculados na base de 20% sobre as prestações vencidas e vincendas.

Cia. Municipal de Transportes Coletivos **versus** Francisco Alberto de Castro e outro

Ap. nº 52.639 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 30 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.231)

*

INVENTÁRIO - PARTILHA - HERDEIRO INSTALADO EM DETERMINADO IMÓVEL

- Instalado um herdeiro em determinado imóvel do espólio, onde exerce sua atividade econômica, lavrando terras e construindo benfeitorias, manda o princípio preconizado no art. 606 do Cód. Civil, tendo em vista a questão da comodidade, seja ele aí aquinhoadado.

Rafael Munhoz Velasco, sua mulher e outro **versus** Albino Machado

Ap. nº 53.478 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT - Ac. unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 31 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.232)

*

INTERMEDIÁRIO DE NEGÓCIO - COBRANÇA DE COMISSÃO

- Se o corretor fez a aproximação das partes e o negócio não se realizou por culpa do proprietário, este deve pagar a comissão contratada.

D. Ermelinda Roque Botelho **versus** Sociedade Financeira Barros Handley Ltda.

Ap. nº 53.754 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 13 de setembro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.233)

*

PROVA - LAUDO PERICIAL - ÊRRO

- Deixando de constituir um juízo técnico para ser apenas um parecer de técnicos, não fornece o laudo pericial a prova. Não se vincula o juiz, portanto, às conclusões dos peritos, propiciando o laudo, tão-somente, elementos que, livremente apreciados e examinados, contribuirão para a formação da convicção do julgador quanto aos fatos da causa.

- O erro em que incidiu uma perícia pode ser demonstrado, não só por outra perícia, como até por testemunhas.

Leiteria São Francisco Ltda.. **versus** O Rei dos Aviamentos S.A.

Ap. nº 53.896 - Relator: DESEMBARGADOR BARROS MONTEIRO - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 6 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.234)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS

- O fato de ter sido um motorista condenado na Justiça criminal não autoriza, por si só, que se atribua responsabilidade a seu patrão por danos causados em desastre.

João Joaquim dos santos **versus** Empresa Auto-Viação São Bernardo Ltda.

Ap. nº 54.494 - Relator: DESEMBARGADOR CUNHA CINTRA - Ac. da 4ª
Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 6 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.235)

*

AUXILIAR DE COMÉRCIO - MANDATO TÁCITO

- A natureza das ocupações habituais de cada caixeiro ou preposto, os atos que seu patrão tem por hábito consentir que pratique, sem oposição, e os que negociantes da mesma profissão costumam confiar aos agentes, que têm empregos semelhantes, fervem para determinar a extensão e a duração do mandato tácito que se presume que todo o comerciante confia ao seu preposto.

Leonídio Leonel Dallalana **versus** A. D. Moreira & Cia.

Ap. nº 64.714 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac.
unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro
de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.236)

*

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - FIM COMERCIAL

- Não exige a lei a prova de necessidade quando o pedido de retomada 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.

Jorge Heide **versus** Narchi & Cia.

Ap. nº 64.829 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO - Ac. da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.237)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS

- Não pode ser considerado como fôrça a maior ou caso fortuito, o fato de terceiro, a dizer, a colisão de bonde com auto-caminhão, colisão de que seria culpado o condutor dêste.

Cia. Municipal de Transportes Coletivos **versus** Benedita Ribeiro

Ap. nº 64.881 - Relator: DESEMBARGADOR JUSTINO PINHEIRO - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.238)

*

PRESCRIÇÃO - VÍCIO REDIBITÓRIO - PRAZO

- Mesmo que a parte não alegue, por tratar-se de um prazo aparentemente estabelecido para o exercício da ação, mas na realidade prefixado para o exercício do direito redibitório, do qual a ação representa um meio para torná-lo efetivo, é de decadência o prazo previsto no art. 178, § 2º, do Código Civil, e por isso não admite suspensão nem interrupção.

Antônio Sebastião dos Santos **versus** João Balduino de Oliveira

Ap. nº 66.001 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.239)

*

DESQUITE AMIGÁVEL - ALIMENTOS - RENÚNCIA EM CARÁTER DEFINITIVO

- Pode a mulher, no desquite amigável, renunciar definitivamente à pensão alimentícia, pois esta não se confunde com os alimentos devidos em razão do parentesco, que são irrenunciáveis.

- No desquite amigável só impròpriamente é que se pode falar em renúncia à pensão alimentícia, pois a renúncia pressupõe um direito, e, no caso, êsse direito a alimentos não existe.

Apelados: Geraldo Patrone e sua mulher

Ap. nº 66.016 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 20 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.240)

*

SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO - MULHER MENOS DE 16 ANOS

- Enquadrando-se o rapto consensual na categoria dos crimes sexuais, é de se deferir o pedido de autorização para o casamento de menor de 16 anos, raptada, visando a evitar a imposição de pena criminal.

Apelante: J. B. G.

Ap. nº 55.270 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de agosto de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.241)

*

COMPRA E VENDA MERCANTIL - FALTA DE ENTREGA DE SALDO DE MERCADORIA

- A indenização pelo inadimplemento de contrato de compra e venda mercantil geralmente se faz pela diferença entre o preço ajustado e o do dia da interpelação para a entrega da mercadoria. Mas, se o autor, vendo que o réu não lhe entregava o restante da mercadoria, adquiriu-a de outros industriais e comerciantes, fazendo-o por preço maior que o ajustado com o réu, teve prejuízos. Êstes é que devem ser indenizados.

Fiação e Tecelagem Odete S.A. **versus** Pedro Piccinino

Ap. nº 66.284 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de agosto de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.242)

*

SEGURO DE VIDA - ROMPIMENTO DO NOIVADO

- A instituição de beneficiária de seguro feita com contemplação de casamento futuro, cessa se êste se não realiza.

D. Santa Castelo Chiavone e seu marido **versus** D. Ernestina da Cunha Mendes

Ap. nº 66.336 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.243)

COMPRA E VENDA MERCANTIL - PROPOSTA IMPRESSA

- **A assinatura do vendedor, lançada em proposta, logo abaixo das expressões impressas "confirmação" e "de acôrdo", evidenciam, de forma cabal, haver o contrato se realizado pelo acêrto de vontades.**

- **A indenização de perdas e danos pela inexecução de compra e venda mercantil, por falta de entrega da mercadoria no prazo estabelecido, deve ser calculada tomando-se por base a diferença entre o preço do contrato e o vigente na data prevista para a entrega da mercadoria.**

S. A. Indústrias Votorantim **versus** Fernando Marcondes

Ap. nº 55.544 - Relator: DESEMBARGADOR CUNHA CINTRA - Ac. da 4ª
Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.244)

*

LOCAÇÃO - PRORROGAÇÃO - FIANÇA

- **Nos contratos que se prorrogam por fôrça das leis do inquilinato, o que se prorroga é simplesmente a locação, pelo mesmo preço, regida pelos princípios legais que regem a matéria e não o contrato, em sua íntegra com tôdas as suas cláusulas.**

- **Prevalece a fiança até o vencimento do contrato de locação a que é ela adjeta. Prorrogada esta, por fôrça das leis do inquilinato, cessada está a responsabilidade do fiador.**

Espólio de Maria da Glória Bresser Meneses e outro **versus** Karel Pecka e
outro

Ap. nº 55.553 - Relator: DESEMBARGADOR TEODOMIRO DIAS - Ac. da
4ª Câmara

Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 13 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.246)

*

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - AMPLIAÇÃO DE NEGÓCIO

- A pretensão de ampliar um negócio já existente justifica o pedido de retomada de imóvel alugado. A necessidade dessa ampliação é que incumbe ao locador provar, se já estiver utilizando prédio próprio.

Maximino Dias **versus** Kyuloku Morishita

Ap. nº 55.651 - Relator: DESEMBARGADOR. SILOS CINTRA - Ac.
unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 31 de agosto de
1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.246).

*

TRANSPORTE DE MERCADORIA - FURTO OU PERDA - PRESCRIÇÃO

- Em qualquer caso - avaria ou perda ou furto - a prescrição é de um ano: o que varia é o início da contagem dêsse prazo: a) no caso de avaria conta-se o prazo da datada entrega da mercadoria; b) no caso de furto ou perda conta-se o prazo a partir de 30 dias após aquêle em que, de acôrdo com os regulamentos, dever-se-ia fazer a entrega.

Cia. Paulista de Estradas de Ferro **versus** Cia. Industrial de Tecidos Raion de
Americana (C.I.T.R.A.)

Ap. nº 55.801 - Relator: DESEMBARGADOR FREDERICO ROBERTO - Ac. unânime da Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.247)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DEPOSITÁRIO PÚBLICO

- As pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas ao risco integral, nos termos da lei. Essa responsabilidade pelos atos de seus agentes advém, não da culpa de outrem, mas pela ação de outrem. Agem êles como se fôsem elas próprias.

Apelados: Jonas Bento de Godói e outros

Ap. nº 55.813 - Relator: DESEMBARGADOR J. R. A. VALIM - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 20 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.248)

*

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - PROVA

- O contrato de sociedade comercial em conta de participação está dispensado das formalidades prescritas para a formação das demais sociedades comerciais, inclusive quanto à sua transcrição na Junta Comercial, visto que o vínculo obrigacional diz respeito apenas às partes contratantes; dito contrato prova, por si só, os direitos e obrigações que êle encerra.

Apelantes: Jacques Langfeld e outros

Ap. nº 55.914 - Relator: DESEMBARGADOR AMARGO ARANHA - Ac. unânime da 5ª Câmara Civil de Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.249)

*

SEGURO CONTRA FOGO - AUSÊNCIA DOS LIVROS COMERCIAIS - PROVA DOS PREJUÍZOS

- Se o proprietário do estabelecimento mercantil sinistrado não puder apresentar os livros comerciais exigidos por lei, não estará, só por esse fato, impedido de recorrer a outros meios de prova para demonstrar o quantum do prejuízo sofrido.

- Tratando-se de questão de prova, que é por lei regulada, é permitida à parte produzi-la por todos os meios de direito; lícito não é impedi-la, e menos considerá-la imprestável para o fim colimado.

Leonel Júlio da Silva *versus* Brasil - Cia. de Seguros Gerais e outro

Ap. nº 56.155 - Relator: DESEMBARGADOR CAMARGO ARANHA - Ac. unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.250)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO ILÍCITO DE EMPREGADO

- Por isso mesmo que o automóvel é veículo perigoso, é dever do seu dono usar de tôdas as cautelas para impedir que qualquer pessoa, mesmo à sua revelia, saia com a máquina. Não o fazendo, responde pelo desastre resultante.

Krikor J. Bogossinn **versus** Brás Coelho

Ap. nº 56.221 - Relator: DESEMBARGADOR J. M. GONZAGA - Ac.
unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 11 de setembro
de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.251)

*

POSSE - CONCEITO

- É falsa a opinião dos que assentam a conservação da posse na possibilidade do contato físico com a coisa. A posse se revela pela posição normal em que a coisa se encontre em relação a sua utilidade econômica. Por isso, ainda que não cultive o imóvel, não o explore, não o percorra ou visite freqüentemente, o possuidor que o adquiriu legítimamente, conserva a posse até que venha a perdê-la por fato estranho ou de terceiro.

- O que caracteriza a posse não é o exercício efetivo de atos possessórios, mas o fato da possibilidade de dispor da coisa. Posse não é exclusivamente o ato da apreensão material da coisa.

Saul Vieira e outros **versus** Telêmaco Hipólito de Macedo Van Langenronck e
sua mulher

Ap. nº 56.395 - Relator: DESEMBARGADOR MORAIS BARROS - Ac.
unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 14 de setembro
de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.252)

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - CÁLCULO

- Não se confunde a transmissão, dos bens, matéria regida pelo direito civil, com o pagamento do impôsto de sucessão, assunto atinente a campo diverso. Assim, não há como recorrer, precìpuaente, aos subsídios do Código Civil, para resolver-se a situação já definida, tanto na lei fiscal como na processual, em harmonia.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Espólio de Eduardo Geraldo Barbosa de Oliveira

Ag. nº 55.631 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA
- Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 28 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.253).

*

COMPETÊNCIA - RÉU COM DIVERSOS DOMICÍLIOS

- Apesar da variedade de residências e de centros de ocupações, subsiste a unidade da pessoa, podendo esta ser acionada em qualquer de seus domicílios, pelos atos que aí praticar.

D. Angiolina Grimaldi **versus** Tito Roucht Pistoresi

Ag. nº 55.906 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 24 de agosto de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.254)

*

DESAPROPRIAÇÃO - JUROS - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

- Os juros da mora constituem obrigação acessória, sendo sempre exigíveis, ainda que seja omissa a condenação. Devem, nas expropriações, ser calculados sobre a diferença da oferta depositada e a indenização fixada.

Carmine Fortino versus Prefeitura Municipal de São Paulo

Ag. nº 56.157 - Relator: DESEMBARGADOR J. R. A. ALVIM - Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 6 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.255)

*

INVENTÁRIO - AVALIAÇÃO - RECURSO

- Contra o despacho que faz prevalecer a avaliação descabe qualquer recurso. Recorrível é somente a decisão que a endossou em definitivo, com a homologação do cálculo.

Fazenda do Estado de São Paulo versus Espólio de Roberto Bertoni

Ag. nº 56.337 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.256)

*

FALÊNCIA - HIPOTECA

- A constituição de direito real de garantia, dentro do termo legal da falência, não produz efeitos relativamente à massa, tratando-se de dívida contraída antes desse termo.

- Pode, porém, a dívida subsistir como quirografária, uma vez que a nulidade do acessório não importa a da obrigação principal, a não ser que se prove fraude dos contratantes.

Domingos Galbiatti **versus** Romualdo Fernandes Granado

Ag. nº 53.916 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 18 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.257)

*

EXECUTIVO FISCAL - CITAÇÃO EDITAL

- Constitui requisito indispensável para a citação edital, nos executivos fiscais, que a certidão referente ao paradeiro ignorado do executado seja passada por dois oficiais de justiça. A inobservância dessa formalidade importa na nulidade do processo ab initio.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** José Modesto de Castro

Ag. nº 54.028 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 13 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.258)

*

IMPÔSTO DE INDÚSTRIAS E PROFISSÕES - BAR DE ENTIDADE ESPORTIVA

- Não pratica o comércio a entidade esportiva que, sem finalidade de lucro e para uso exclusivo de seus sócios, mantém bar em sua sede, não sendo, conseqüentemente, devido o impôsto de indústrias e profissões.

Fazenda do Estado de São Paulo **versus** Clube Atlético Paulistano

Ag. nº 54.781 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 4 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.259)

*

FALÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PARA PREVIDÊNCIA SOCIAL

- O empregador é simples depositário das importâncias que desconta dos salários de seus empregados, como contribuição destes para os Institutos de Aposentadoria a que pertençam. Decretada sua falência, caberá ao Instituto usar do direito de restituição daquelas importâncias.

I.A.P.I. versus Massa falida da Indústria Paulista de Ferro e Aço Ltda.

Ag. nº 55.067 - Relator: DESEMBARGADOR FERNANDES MARTINS - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.260)

*

EXECUTIVO FISCAL - COMPETÊNCIA

- Não importa em nulidade, nos executivos fiscais, o julgamento da causa por juiz diverso daquele que proferiu o despacho saneador; a identidade física do juiz é exigível somente em relação ao que presidiu a instrução do feito.

Cia. Fabril de Juta Taubaté S.A. versus Fazenda do Estado de São Paulo

Ag. nº 66.940 - Relator: DESEMBARGADOR PAULO COLOMBO - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 26 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.261)

*

FALÊNCIA - CRÉDITO DE INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

- O único título hábil dos Institutos ou Caixas de Aposentadorias, para valer em juízo, na cobrança de seus créditos, é a certidão da inscrição da dívida lançada em livro próprio. Conseqüentemente, não merece fé em juízo o termo de verificação de débito levantado pelo Instituto.

I.A.P.I. versus Massa falida da Sociedade Industrial de Artefatos de Madeira Ltda.

Ag. nº 66.677 - Relator: DESEMBARGADOR MORAIS BARROS - Ac. unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 21 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.262)

*

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - UNIÃO DOS CÔNJUGES

- A preferência por necessidade de união de cônjuges funcionários públicos deve respeitar a classificação em concurso, sob pena de ficar praticamente abolidos os dispositivos constitucionais a respeito.

Requerente: Jurandir Gonçalves Ferreira

Mand. de seg. nº 66.420 - Relator: DESEMBARGADOR PINTO DO AMARAL - Ac. do Trib. de Just. de São Paulo (sessão plena), em 1º de agosto de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.263)

*

DESAPROPRIAÇÃO - TERRAS COM CAFEZAL

- Deve o juiz preocupar-se mais com a justa indenização da coisa expropriada do que, porventura, com o que hajam dito as partes na petição inicial, ou na contestação. Desde que a perícia certificou que o número de cafeeiros existentes na área exproprianda é superior à estimativa do expropriado, deve prevalecer aquêle resultado e não a estimativa.

Espólio do Dr. José Pereira Barreto **versus** Departamento de Estradas de Rodagem

Embs. nº 49.886 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Trib. de Just. de São Paulo, em 22 de novembro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.264)

*

NULIDADES DE ATOS JURÍDICOS - DÉBIL MENTAL

- Se a interdição presume juris et de jure a incapacidade da pessoa, mister se demonstre, não havendo, a existência de semelhante estado, convincentemente, ao tempo dos atos impugnados.

- É nulo, não só anulável, o ato do alienado, interdito ou não, viciado sempre por uma incapacidade natural, pela carência da razão a arredar qualquer manifestação consciente da vontade.

Pedra de Miranda Lima **versus** Tuyovo Rimura e outros

Ap. nº 61.927 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA
- Ac. unânime da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 25 de outubro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.265)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - COLISÃO DE VEÍCULOS - ATO DE PREPOSTO

- Não é a propriedade do veículo que importa pròpriamente para a determinação de responsabilidades. O que é importante é saber a serviço de quem se achava, na ocasião do acidente, o veículo, e bem assim o seu condutor.
- O reconhecimento da responsabilidade civil, nos têrmos da lei, deve ser alcançado de forma indireta, bastando a prova da culpa do autor do evento quando se encontrava no exercício da função de que foi encarregado por terceiro por efeito de um vínculo de subordinação.

Tanfik Soubhia e outros **versus** Clodoaldo Pereira Coutinho

Ap. nº 52.205 - Relator: DESEMBARGADOR PRADO FRAGA - Ac. da 3ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 25. de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.266)

*

EXECUTIVO CAMBIAL - TÍTULOS LIGADOS A CONTRATO

- Sempre se admitiu, na jurisprudência e na doutrina, que as cambiais relacionadas com certos contratos comutativos não perdem, por essa só circunstância, a liquidez inerente ao formalismo cambial.
- A circunstância de não representar a cambial "valor recebido em moeda corrente" não a inutiliza. A letra representa muitas vêzes pagamento compensatório, valendo então a provisão como moeda corrente, qualquer que seja a sua espécie.

Ario Barnabé **versus** Mário Hashiba e outro

Ap. nº 53.088 - Relator: DESEMBARGADOR AMORIM LIMA - Ac.
unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 19 de junho de
1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.267)

*

DESAPROPRIAÇÃO - PRÉDIO OCUPADO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL

- Em se tratando de locação para fim comercial, onde existe um fundo de comércio protegido por lei, tem-se reconhecido ao inquilino o direito de ser indenizado pelos prejuízos que sofrer em consequência da brusca terminação do contrato locativo, acarretada pela desapropriação do imóvel. Deve êle, nessa emergência, fazer valer o seu direito contra a expropriante, pela via ordinária, pedindo perdas e danos. A desapropriação feita sem indenização prévia equipara-se ao esbulho e dá lugar a reparações excedentes do âmbito da indenização própria dita.

Quaresma & Moutinho **versus** Prefeitura Municipal de São Paulo

Ap. nº 53.391 - Relator: DESEMBARGADOR SAMUEL MOURÃO - Ac.
unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 23 de outubro
de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.268)

*

RESPONSABILIDADE CIVIL - DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

- Para que a denúncia caluniosa possa acarretar a responsabilidade criminal, é preciso que seja inspirada por dolo, quando o agente sabe ser a vítima inocente. A responsabilidade civil, derivada do dolo ou da culpa civis, assenta-se em menos rigor: decorre de imprudência, temeridade ou êrro grosseiro.

João Belato **versus** D. Luísa Rodrigues Serrão

Ap. nº 54.463 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT -
Ac. unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 9 de
novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.269)

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - DEFENSOR CRIMINAL DATIVO

- Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. O Estado supre a inércia do indiciado e o faz em benefício dêle e do geral. Entretanto, se o indiciado não fôr falto de recursos, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo.

Vitório Mazzer **versus** Dr. Antônio Strini Sobrinho

Ap. nº 54.640 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da
6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.270)

*

OUTORGA UXÓRIA - SUPRIMENTO

- Se é injurídico partilhar bens na constância do casamento, muito mais injurídico e imoral é pretender o marido, separado da espôsa, obter

suprimento de consentimento para alienação de bem do casal, para gastar o produto da venda com seu exclusivo sustento e da concubina.

Rosalvo Rodrigues da Silva **versus** D. Claudina Barbosa de Alfena

Ap. nº 55.533 - Relator: DESEMBARGADOR MOURA BITTENCOURT -
Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 19 de
novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.271)

*

CASAMENTO - CERTIDÃO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

- A prova resultante do registro civil constitui presunção jurídica da veracidade do ato, só podendo ser elidida por prova contrária e pelos meios comuns de direito, transferindo-se o ônus à parte contrária que impugna o registro, prova que deve ser idônea, porque uma instituição que é fonte de importantes relações de ordem civil e de direito público não pode ficar facilmente exposta a contestações e dúvidas, perder a fé pública que lhe é inerente.

Max Frey **versus** Antônia Alarcon

Ap. nº 55.581 - Relator: DESEMBARGADOR SILVA LIMA - Ac. unânime da
6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de novembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.272)

*

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - PEDIDO SIMULTÂNEO DE DOIS PRÉDIOS

- Nada impede a retomada simultânea de dois prédios, onde funcionam cinemas, para uso próprio dos autores da ação. É notório tornar-se mais

econômico o emprego de salas de espetáculos, em cadeia, em consequência da locação de filmes para tôdas, conjuntamente. Ademais, a lei não impõe entraves, destinando-se os imóveis, em conjunto, à exploração comercial associada.

Empresa Cinematográfica São Jorge S.A. **versus** Rosielo & Berto

Ap. nº 55.760 - Relator: DESEMBARGADOR CANTIDIANO DE ALMEIDA
- Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 30 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.273)

*

DESQUITE LITIGIOSO - RECONCILIAÇÃO

- Obtida a reconciliação dos cônjuges, não é possível o prosseguimento da ação nos mesmos autos, em virtude de fatos supervenientes. Anula-se o processo ab initio, mormente por inobservância da lei nº 968, de 1949.

Armando Soledade Costa **versus** D. Dirce Spolaore Costa

Ap. nº 56.897 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA - Ac. unânime da 6ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 26 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.274)

*

ALIMENTOS PROVISIONAIS - RECURSO

- O recurso cabível da sentença que concede alimentos provisionais é o de agravo de instrumento.

Mário Junqueira **versus** D. Zilé de Sousa Junqueira

Ap. nº 57.180 - Relator: DESEMBARGADOR SILOS CINTRA - Ac. unânime da 5ª Câmara Civil do Trib. de Just. de São Paulo, em 16 de novembro de 1961.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.275)

*

DIREITO DE VIZINHANÇA - MAU USO DA PROPRIEDADE

- O mau uso que um proprietário faça de seu prédio, pondo em risco a saúde dos moradores do prédio vizinho, dá a êstes o direito de se oporem a essa situação.

Hartwig Lotidehchentold **versus** Francisco do Patrocínio Moutinho

Ap. nº 20 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. unânime da 2ª

Câmara Civil do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 26 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.226)

*

DESPEJO - CONSTRUÇÃO CLANDESTINA

- O inquilino que, à revelia do locador, faz construção clandestina no prédio, infringindo posturas municipais e acarretando a imposição de multa, sujeita-se ao despejo.

José Dragva **versus** Alfredo Dias Moreira

Ap. nº 66 - Relator: DESEMBARGADOR BRENO CARAMURU - Ac. unânime da 2ª Câmara Civil do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 5 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.277)

*

DESPEJO - ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS

- Se o atraso no pagamento dos aluguéis resulta apenas de dificuldades financeiras momentâneas do inquilino e não de má-fé, capricho ou intenção de prejudicar, não há cogitar evidentemente de abuso de direito. A lei quis obviar precisamente tais situações e por isso não limitou o número de vezes em que a mora poderá ser purgada.

Antônio Carmino Cosentino **versus** José Magalhães

Ap. nº 140 - Relator: DESEMBARGADOR CUSTÓDIO DA SILVEIRA - Ac. da 1ª Câmara Civil do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 5 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.278)

*

LOCAÇÃO - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

- O uso próprio, de que cogita a lei nº 1.300, de 1950, pode ser para morada ou para outros fins.

Papelaria Sul da sé Ltda. **versus** Municipalidade de São Paulo

Ap. nº 168 - Relator: DESEMBARGADOR JUAREZ BEZERRA - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Alçada do Estado, de São Paulo, em 3 de outubro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.279)

*

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA - ESTABELECIMENTO
COMERCIAL - FIXAÇÃO DO PREÇO DEIXADA AO ARBÍTRIO DO
PROMITENTE-VENDEDOR**

- Acarreta, de pleno direito, a nulidade do contrato de compromisso de compra e venda de estabelecimento comercial deixar-se ao arbítrio do promitente-vendedor a fixação do preço da transação.

Irmãos Iani & Cia. Ltda. *versus* Almério André Cavalcânti

Ap. nº 173 - Relator: DESEMBARGADOR AUGUSTO NÉRI - Ac. unânime da 1ª Câmara Civil do Trib. de Alçada do Estado de São Paulo, em 12 de setembro de 1951.

(Arq. da "REVISTA FORENSE" - Cív. 8.280).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**TERRAS PÚBLICAS - ALIENAÇÃO PELO ESTADO - ABSOLVIÇÃO
DA INSTÂNCIA**

- Antes de decretar absolvição da instância, deve o juiz assinar prazo, à parte responsável, a fim de suprir a falta que motivara o pedido.

- Na alienação de terras públicas, o Estado age, não como Poder Público, mas como pessoa jurídica, de modo que as formalidades da alienação e modo de transferência do domínio devem ser regulados pela lei federal, aplicando-se o direito comum em falta de lei especial.

Epaminondas Ferreira Pêgo e sua mulher *versus* Secundino Alves de Sousa

Ag. nº 3.634 - Relator: DESEMBARG. LOPES DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 3.634, de Teófilo Otôni, no qual são agravantes Epaminondas Ferreira Pêgo e sua mulher e agravado Secundino Alves de Sousa:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., para servir-lhe de parte expositiva, dar provimento ao recurso, pagas as custas do mesmo pelo agravado. O provimento é cassar a decisão recorrida e mandar que o Dr. juiz *a quo* assine aos agravantes prazo para suprirem a falta que motivou a absolvição da instância, como determina o art. 202 do Cód. de Proc. Civil, e, conforme o resultado obtido, profira o despacho saneador que couber.

A exigência feita pelo juiz é fundada. Não somente entre nós, mas também em outros países, muito se tem discutido a respeito da natureza do ato pelo qual o Estado aliena terras do seu domínio, devolutas (CIRNE LIMA, "Terras devolutas", 76).

Neste mesmo Tribunal, enquanto RAFAEL MAGALHÃES aplicava àquele ato as normas do Direito Civil, exigindo escritura pública, quando o valor do contrato assim o dispusesse, e a transcrição, TITO FULGÊNCIO dispensava a escritura, mas julgava indispensável o registro; ARTUR RIBEIRO eliminava uma e outra coisa, considerando necessário apenas o Registro Torrens, na forma do regulamento federal (art. 1º) e da lei estadual então vigente ("REVISTA FORENSE", vol. 129, pág. 149).

Essa questão, porém, ficou definitivamente resolvida pelo dec. nº 19.924, de 27 de abril de 1931, expedido pelo Governo Provisório, e dispondo em seu art. 5º:

"Os títulos expedidos pelo Estado e as certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas, referentes à concessão de terras devolutas, *valerão como escrituras públicas*, qualquer que seja o preço da concessão, para os efeitos da *transcrição no Registro de Imóveis*".

Prevaleceu, assim, a doutrina que ensinava que, na alienação de terras públicas, o Estado age, não como Poder Público, mas como pessoa jurídica, de modo que as formalidades da alienação e modo de transferência do domínio devem ser

regulados pela lei federal, aplicando-se o direito comum em falta da lei especial.

É também a construção argentina (BIELSA, "Tratado de derecho administrativo", vol. I, pág. 540).

A falta, porém, era sanável. E, para economia do tempo, do esforço e das despesas, é justamente que a lei processual manda que no despacho saneador o juiz, antes de absolver o réu da instância, assine à parte responsável pela irregularidade prazo dentro do qual a corrija.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *A. Vilas Boas*; *Eduardo de Meneses Filho*.

Vencedor o Exmo. Sr. desembargador APRÍGIO RIBEIRO.

RELATÓRIO

Em Teófilo Otôni, Epaminondas Ferreira Pêgo e sua mulher propuseram contra Secundino Alves de Sousa ação de reivindicação de uma sorte de terras situada no distrito de Poté.

Como título de domínio juntaram o que lhe foi expedido pelo Govêrno do Estado, investindo-o na propriedade de um lote de terras devolutas.

O réu, na contestação, alegou preliminarmente que o título oferecido pelos autores não estava transcrito no Registro de Imóveis, pedindo fôssem êles por isso julgados carecedores da ação.

E o juiz, pelo despacho de fls. 27, absolveu-o da instância, pelo fundamento invocado.

Dentro do prazo, o vencido agravou de petição.

Sustenta, na minuta do agravo, que a transmissão de domínio de terras devolutas do Estado opera-se pela expedição do título, independentemente da transcrição do Registro de Imóveis.

O recurso deve ter preparo oportuno.

Peço dia. - *Lopes da Costa*.

*

DIVISÃO DE TERRAS - LINHA PERIMÉTRICA - EMBARGOS DE TERCEIRO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Embargos de terceiro são oponíveis pelo confinante estranho à divisão, como ação ainda em curso, e quando a linha perimétrica do imóvel dividendo, assinalado por piquêtes, haja invadido terras suas sobre as quais tenha posse.

- Sem prova de dolo ou culpa, não são devidos honorários de advogado.

Wilson Cori Chaves e outros *versus* Daniel Ermelindo Ribeiro

Ag. nº 3.629 - Relator: DESEMBARG. AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo da comarca de Raul Soares, entre partes: Wilson Cori Chaves e Hugo Ferreira da Rocha e suas mulheres, agravantes, e Daniel Ermelindo Ribeiro, agravado:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer do agravo com o fundamento invocado, e dão-lhe provimento, em parte, para excluir da condenação as perdas e danos e os honorários de advogado, por incabíveis na hipótese. Isto porque, se o próprio agravado, a fls. 14 v., acha que não ficou apurado dano algum com a invasão da área reclamada, pelo perito, com a linha perimétrica e fixação de piquêtes assinaladores dessa linha, que diz apurados

podem ser a seu tempo, não era possível a condenação em perdas e danos, como fêz a decisão recorrida. E, quanto aos honorários de advogado, não estando provado que os agravantes, com a atitude do perito, tivessem agido com dolo ou culpa, nem que por parte do agrimensor isso se tivesse dado, é evidente que os honorários do advogado do agravado não eram devidos, e, não o são, agora, em face da preceituação do art. 64 do Cód. de Processo Civil, regulador da matéria.

No mais, a decisão deve ser mantida e á, mantêm, pois não procede a argumentação dos agravantes de que embargos de terceiro não são oponíveis pelo confinante, estranho à divisão, quando esta, como no caso, ainda não está terminada e a linha perimétrica do imóvel dividendo tenha invadido terras suas ou sôbre as quais tenha posse, fincando o agrimensor no terreno os piquêtes para assinalar tal linha. Tal remédio de direito era e é possível, uma vez que; ao tempo da lei anterior ao Cód. de Processo, a doutrina e a jurisprudência o preconizavam, e, hoje, em face do art. 707 do Código, - que declara que "quem não for parte no feito e sofrer turbação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha, ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens por via de embargos de terceiro", - é evidente que o confinante, antes da sentença de homologação da divisão, na eventualidade da invasão do seu imóvel pela linha perimétrica do dividendo, que com êle entesta, pode de tal remédio fazer uso.

Antes do Cód. de Processo assim pensava WHITAKER, e, hoje, vários mestres assim pensam, e, entre êles, JORGE AMERICANO, que assim se expressa: "Se os atos de campo na divisória constituírem ameaça, ou invasão da área do confrontante, o remédio que assiste a êste não é o interdito possessório e sim os embargos de terceiro (art. 707), modalidade possessória contra ameaça, turbação ou esbulho judicial. O princípio do respeito à competência obsta a que a possessória seja ajuizada em juízo diverso, e o da continência da causa fá-las absorver na causa, transformando-se em embargos de terceiro" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 2º, pág. 300).

Diante disso, o provimento só em parte é possível, e para fim já declarado.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aufran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, vogal; *J. Benício*, vogal.

RELATÓRIO

Na comarca de Raul Soares, perante o Dr. juiz de direito, na divisão de terras da Fazenda São Lourenço, ali sediada, requerida pelos herdeiros de João Caetano de Sousa, da parte a êste pertencente, acontece que a linha perimétrica invadiu as terras pertencentes ao confinante Daniel Ermelindo Ribeiro, ficando o agrimensor nestas terras piquêtes assinaladores, fato que levou o confinante a opor embargos de terceiro, que, recebidos, contestados e feita a prova, foram, afinal, julgados procedentes pela decisão de fls. 9 v.-10, na qual, ainda, o seu prolator condenou os embargados em perdas e danos e honorários de advogado, por ter como provada a posse e a violação dela pelo ato malsinado.

Contra essa decisão, os vencidos agravaram de instrumento, com base na segunda parte do item IV do art. 842 do Cód. de Processo, em cujo recurso se observaram as prescrições legais.

Com êsse relatório, em mesa, para julgamento.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 1950. - *Austran Dourado*.

*

HONORÁRIOS DE ADVOGADO DE INVENTARIANTE - DESPESAS JUDICIAIS - MONTE LÍQUIDO

- Para o desempenho de suas funções, o inventariante é obrigado por lei a constituir advogado, cujos honorários, por isso se compreendem nas despesas judiciais, correm por conta do espólio e devem ser deduzidos do monte inventariado para fixar-se o monte líquido.

Recorrente: Fazenda Pública Estadual

Rec. de rev. nº 291 - Relator: DESEMB. LINCOLN PRATES

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de recurso de revista nº 291, de Belo Horizonte, em que é recorrente a Fazenda Pública estadual:

Acordam, em Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça, contra os votos dos Exmos. desembargadores MENESES FILHO, NEWTON LUZ e VILAS BOAS, em indeferir o recurso de revista, para manter, por seus fundamentos, a interpretação constante da decisão recorrida - sendo o inventariante obrigado por lei, para o desempenho de suas funções, a constituir advogado, os honorários dêste se compreendem nas despesas judiciais e correm por conta do espólio, devendo, assim, ser deduzidos da herança.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lincoln Prates*, relator para o acórdão; *Austran Dourado*; *Costa e Silva*; *Aprígio Ribeiro*; *Eduardo de Meneses Filho*, vencido, com o seguinte voto, lido na assentada do julgamento:

Melhor considerando o assunto, repudio o ponto de vista em que me coloquei ao solucionar o agravo nº 3.540, de Belo Horizonte, o acórdão de 15 de julho último, citado pelo recorrido e pelo Exmo. Sr. procurador geral.

Estava impressionado com uma consideração que encontrei nos arestos por mim citados, a de que os honorários de advogado que representa os herdeiros são encargo obrigatório decorrente do Regulamento da Ordem dos Advogados, o qual não permite ao leigo procurar em Juízo os seus próprios interesses. Concluí, com aquela jurisprudência, que o sucessor, recolhendo sòmente, em definitivo, o que resta depois de satisfeitos êstes ônus legais, consiste nisso apenas a herança líquida tributável.

De fato, essa despesa tem caráter de necessária, decorre de preceito legal.

Mas a lei a impõe aos herdeiros e não ao monte.

Êles a realizam para recolhera herança, como podem realizar quaisquer outras conducentes ao mesmo fim, que se apresentem necessárias, como as de viagens ou outras, que o sucessor assumam e são encargo seu pessoal.

A lei não declara o que é herança líquida para efeito de incidência de taxa de herança.

O Cód. Civil não a define.

O Cód. de Proc. Civil dispõe:

"Art. 499. Encerrado o inventário, proceder-se-á à liquidação para o pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis*, observando o contador o que dispuser a respeito a legislação fiscal".

E as leis tributárias dêste Estado não contêm regras a respeito.

Remontamos ao Cód. Tributário de 1936 que, por ser a última codificação, pode ser tomado para ponto de partida porque revoga as disposições anteriores.

No art. 142, êle se limita a dizer que o impôsto recai nas heranças líquidas, expressões que repete na tabela anexa I.

O silêncio está igualmente na lei número 17, de 27 de outubro de 1947, e seu regulamento aprovado pelo dec. nº 3.248, de 10 de fevereiro, de 1950.

Há hipótese em que os honorários de advogado se podem enquadrar entre as dívidas passivas do monte e por isso mereçam dedução. Parece aludir a essa o parecer de CLÓVIS BEVILÁQUA sempre citado pelos que querem deduzir. É a hipótese de bens litigiosos, que o *de cujus* transmite sujeitos a demandas, aos quais inerem como condição do valor transmitido, que não pode ser considerado livre de encargos.

Os honorários de quem representa os sucessores no processo administrativo do inventário, diversamente, não são ônus transmitidos pelo inventariado, só existem como consequência da morte dêle, êle não tinha em vida e pois não transmitiu. Por isso mesmo o Regulamento da Ordem dos Advogados, impondo-os, está sujeitando a êles os sucessores e não o sucedendo.

Herança é o que o *de cujus* deixou e não o que foi alterado por fato posterior à vida do *de cujus*, quer para menos, quer para mais; porque, assim como os

encargos posteriores à abertura da sucessão são desprezados, também o são os frutos e quaisquer rendimentos que a ela sobrevenham.

A. *Vilas Boas*, vencido.

Foi voto vencedor o do desembargador NEWTON LUZ. - *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Revista n° 291, de Belo Horizonte, bem processada.

Recorrente, a Fazenda Pública Estadual.

Recorrido, o espólio do Dr. Clemente de Faria.

O venerando acórdão recorrido, proferido pela 1ª Câmara em 11 de maio dêste ano de 1950, mandou deduzir do monte inventariado, para fixar o monte líquido sujeito a taxa de herança, os honorários do advogado, contratualmente devidos como remuneração do serviço de representar a meeira e os herdeiros no inventário, à base de 4% sôbre o valor do espólio.

Está em divergência com o acórdão-padrão, cuja tese o recorrente pede que, prevaleça, proferido pela egrégia 2ª Câmara, em 4 de abril de 1949 ("Mensário Forense", 4, 139), que não permitiu deduzirem-se do monte para se livrarem da taxa de herança os honorários de advogado que no inventário representara herdeiros.

O Exmo. Sr. procurador geral é pela manutenção do acórdão recorrido.

Passo os autos ao Exmo. Des. NEWTON LUZ.

Uma vez pedido dia, distribuam-se cópias dêste parecer e bem assim de quaisquer observações que a êle faça o eminente revisor.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

FALÊNCIA - DESPACHO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA

- O despacho que manda arquivar falência é de conteúdo puramente administrativo, podendo, pois, ser reformado pelo juiz que, reabrindo-a, restitui a situação à continuação do processo.**
- Onde cabe recurso ordinário, descabe mandado de segurança, que só pode remediar ofensas a direito líquido e certo.**

Requerente: Gentil Chaves de Araújo

Mand. de seg. nº 262 - Relator: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Lambari, em que é requerente Gentil Chaves de Araújo:

Acordam os juízes, em Câmaras Civis Reunidas, por voto unânime e de acôrdo com o parecer do Exmo. Sr. Dr. procurador geral do Estado, no indeferimento do mandado. A decisão contra a qual se rebela o impetrante não constitui nenhuma ofensa à lei, visto como o despacho que mandou arquivar a falência, de conteúdo puramente administrativo, podia ser reformado pelo juiz para o efeito de, reabrindo aquela, restituir a situação ao estado ordenado pelo acórdão da veneranda 2ª Câmara dêste Tribunal. É evidente que, se daí resultou qualquer ofensa a interêsse do impetrante, devia êle manifestar sua insubmissão por meio de recurso ordinário que a lei faculta, contra despachos e decisões judiciais, e não usando do remédio de que lançou mão e que só pode remediar ofensas em direito líquido e certo. E que não lhe é lícito invocar infração de semelhante direito, basta considerar, como opina asisadamente o parecer, que na sua falência, irregularmente trancada, habilitaram-se três credores retardatários, e, portanto, com direito à discussão do acervo.

Pague as custas.

Belo Horizonte, 2 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lincoln Prates*; *A. Vilas Boas*; *Amílcar de Castro*; *Autran Dourado*.

RELATÓRIO

Foi em Lambari requerida a falência de Gentil Chaves de Araújo e, denegada, houve recurso para êste Tribunal, que reformou a decisão, mas o juiz, sob a alegação de haver sido pago o requerente, mandou arquivá-la. Assumindo a jurisdição o titular efetivo, decretou a insubsistência do despacho, a pedido de credores, e mandou continuar no processo, em que se habilitaram retardatários. Dai o presente pedido de mandado de segurança, pelo qual o falido pretende se tranque novamente o administrativo. O Exmo. Sr. procurador geral a êle se opõe. Não despachei o pedido de fls. 22 porque, em desobediência ao meu despacho, não me foram os autos conclusos senão agora.

A julgamento.

Belo Horizonte, 19 de julho de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

DESPEJO - RETOMADA

- Morando o proprietário em outra localidade e declarando que quer mudar-se para o lugar onde fica a casa de sua propriedade, é evidente a necessidade do prédio para uso próprio, e manifesto é o seu direito à retomada do imóvel.

Armanda Campos Ferreira *versus* Áurea de Sousa Ribeiro

Ap. nº 6.219 - Relator: DESEMBARG. AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civil da comarca de Belo Horizonte, entre partes: Arminda Campos Ferreira, apelante, e Áurea de Sousa Ribeiro, apelada:

Acordam, em Turma, da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo, assim, a decisão recorrida, que decretou o despejo da apelante, por seus próprios fundamentos, que são conformes ao Direito e à prova dos autos; pagas as custas pela apelante.

Assim decidem porque, se é a própria ré, nas razões de apelação, quem diz que a autora mora fora, de Belo Horizonte, em Colatina, no Estado do Espírito Santo; e se a apelada declara que quer se mudar para esta capital, é evidente a necessidade do prédio para sua moradia, uma vez que, se possui, por herança, parte de um prédio onde mora um seu irmão, que aluga o imóvel, e, quando ali se hospeda a autora, paga-lhe pensão, não morando em casa própria, portanto, é manifesto o direito à retomada do imóvel para nêle a autora morar, que foi o motivo constante da notificação (fls. 5).

A lei só exige que o proprietário-locador prove a necessidade do prédio de que pretende a retomada quando reside em prédio próprio (§ 4º do art. 18 da Lei do Inquilinato), e, se não ocorre a hipótese no caso dos autos, a insinceridade devia ser provada pela locatária, ré na causa, e isto ela não fêz.

Aguarde a apelante que a insinceridade se manifeste, na ocorrência dos motivos ditos no § 6º do artigo citado, para que se aplique a lei.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 1950. - *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, revisor; *J. Benício*, vogal.

Presidiu ao julgamento o Exmo. Sr. desembargador BATISTA DE OLIVEIRA.

RELATÓRIO

Ao relatório da decisão de fls. 42, que é fiel, anexando que, julgada procedente a presente ação e decretado o despejo da ré, pela decisão dita, dela a vencida apelou, tempestivamente, em cujo recurso se observaram as prescrições legais.

Ao Exmo. Sr. Des. COSTA e SILVA, revisor.

Belo Horizonte, 22 de maio de 1950. - *Autran Dourado*.

*

SOCIEDADE POR QUOTAS - RETIRADA DE UM DOS SÓCIOS - DISSOLUÇÃO

- Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, opera-se a dissolução por vontade de um dos sócios, quando foi constituída por tempo indeterminado, desde que o contrato silencie sôbre o caso de retirada de um signatário e sôbre a forma por que se lhe apurem e paguem os haveres.

Samuel Vicente Glueck *versus* D. Dayse Barros Rosemburg

Ap. nº 6.381 - Relator: DESEMBARG. COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação nº 6.381, entre partes: como apelante, Samuel Vicente Glueck, e, como apelada, D. Dayse Barros Rosemburg:

Acordam os Juízes da Turma julgadora, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por voto unânime, incorporando neste o relatório de fls. 81, conhecer da apelação e negar-lhe provimento, para confirmar a sentença apelada, que julgou procedente o pedido de D. Dayse Barros Rosemburg, declarando dissolvida a sociedade Glueck & Cia. Limitada, pagas as custas na forma da lei. Trata-se de sociedade de quotas de responsabilidade limitada. Pelo contrato de fls., é de duração indeterminada. Disciplina-se a dissolução dessas sociedades pelos arts. 335 e 336 do Cód. Comercial, que traçou regra geral para as sociedades mercantis. Prescreve o art. 335, nº 5, dêsse Código que as sociedades se reputam dissolvidas, por vontade de um dos sócios, quando constituídas por tempo indeterminado. No silêncio do contrato sôbre o caso de retirada de um signatário e sôbre a forma por que se lhe apuram e pagam os

haveres, não há por onde se lhe deva recusar a dissolução postulada. Forma-se a sociedade por quotas *intuitus persona*.

Surgindo discórdias, quebrada a afeição entre os sócios, máxime no caso em que há apenas dois, nada se deve opor à dissolução.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício*; *Newton Luz*.

RELATÓRIO

À parte expositiva da decisão de fls. 30 a 32, tenho que acrescentar que o Dr. juiz de direito da 2ª Vara Cível julgou procedente o pedido de D. Dayse de Barros Rosemburg e declarou dissolvida a sociedade Glueck & Cia. Ltda., considerando a autora, D. Dayse Rosemburg, carecedora da ação. Resolveu ainda que, para fins do art. 657 do Cód. de Proc. Civil, trouxessem os sócios, em três dias, a indicação do liquidante e condenou o réu e a autora, D. Dayse, ao pagamento de 2/3 e 113, respectivamente, nas custas do processo. Samuel Vicente Glueck, no prazo da lei, apelou dessa decisão e, pelos motivos aduzidos em suas razões de fls. 36 e 43, pediu fôsse provido o recurso e negada a dissolução pleiteada. Juntou o apelante os documentos de fls. 44 a. 51. Foi recebida a apelação em ambos os efeitos. Dentro do prazo, vieram as contra-razões de fls. 53 a 73, em que concluiu a apelada postulando a confirmação da decisão recorrida. Remessa e preparo dos autos em tempo. Assim expostos, passo-os à revisão, devendo ser conclusos ao Exmo. Sr. Des. J. BENÍCIO.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Costa e Silva*.

*

DEVEDOR PECUARISTA - TÍTULO SUJEITO À EXECUÇÃO

- Embora no gozo dos favores da lei nº 209, de 1948, o devedor direto fica sujeito a execução por dívida constante de título emitido em 1947, desde que, executado, não provou a dívida ajuizada ser reforma ou novação de outra anterior a 19 de dezembro de 1946.

Feliciano de Sousa Viana *versus* Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais

Ap. nº 6.184 - Relator: DESEMBARG. AUTRAN DOURADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação civil da comarca de Curvelo, entre partes: Feliciano de Sousa Viana, apelante, e Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais, apelado:

Acordam, em Turma da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotando o relatório *retro* como parte integrante dêste, conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo, assim, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, que são conformes ao Direito e à prova dos autos; pagas as custas pelo apelante. Assim decidem porque, como bem diz o Dr. juiz *a quo*, não fêz o apelante, réu na causa, prova de ser a dívida ajuizada reforma ou novação de outra anterior a 19 de dezembro de 1946, podendo sofrer êle a execução pelo título de fls. 4, emitido em 15 de outubro de 1947 por José de Sá Meneses Filho e pelo réu avalizado, vencido em 11 de fevereiro de 1948, devidamente protestado por falta de pagamento. Isso porque, embora concedidos os favores da lei nº 209, de 1948, ao executado (fls. 45), nem êle nem o devedor direto com os mesmos favores se furtariam à execução, pois não se tratando de novação de dívida anterior à data de que fala o art. 1º da lei nº 209, consoante a jurisprudência mansa e pacífica desta Câmara e das Câmaras Civis Reunidas, e, hoje, também do Supremo Tribunal Federal (rec. extraordinário nº 15.905, entre partes: Banco da Lavoura de Minas Gerais, recorrente, e Antônio Cambraia de Andrade, recorrido), a penhora era possível.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Autran Dourado*, relator; *Costa e Silva*, revisor; *J. Benício*, vogal.

RELATÓRIO

Ao relatório da decisão de fls. 33, que é fiel, acrescento que, não tendo o Dr. juiz de direito a dívida ajuizada como reforma ou novação de outra anterior a

19 de dezembro de 1946, julgou procedente a executiva, de que êstes autos nos dão conta, mesmo estando o réu beneficiado com a moratória da lei nº 209, de 1948.

Inconforme com a decisão, o vencido apelou para êste Tribunal em cujo recurso se observaram as prescrições legais.

Ao Exmo. Sr. Des. COSTA E SILVA, revisor.

Belo Horizonte, 27 de março de 1950. - *Austran Dourado*.

*

LOCAÇÃO - CONSIGNAÇÃO DE ALUGUÉIS

- É justa a recusa de levantamento, quando a quantia se oferece com dedução das custas da consignação.

Maria Dornas *versus* Salomão & Cia.

Ap. nº 7.182 - Relator: DESEMBARG. MENESES FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 7.182, de Belo Horizonte (3ª Vara Cível), em que é apelante Maria Dornas e apelado Salomão & Cia.:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento.

Custas pela apelante.

Evidentemente que a quantia oferecida não é integral, uma vez que a autora impõe como condição para, o pagamento, desde o início, que a ré pague as custas da consignação.

Argumenta a autora que, se a ré se propõe a receber, *ipso facto* confessa que o pagamento é devido, e, pois, a consignação procede por se dever pressupor que houve injusta recusa a um anterior pagamento oferecido amigavelmente.

A primeira inferência é certa: comparecendo para receber, a ré reconhece que o pagamento é devido. Mas nem por isso cabe admitir que tenha havido anterior oferta e injusta recusa, fatos que passam a constituir tema para prova na ação.

E, na empresa de prová-la, a autora não logrou sucesso.

Duas testemunhas ofereceu. Ambas afirmam que houve recusa de um mês de aluguel. Não sabem a que mês correspondia tal oferta nem quando ela ocorreu.

A quantia consignada na ação abrangeu de início seis meses. Tanto basta para estar excluída de cogitação a procedência do pedido com base em semelhante prova.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 1.951. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *L. Prates*; *Lopes da Costa*.

SENTENÇA APELADA

Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Belo Horizonte.

Vistos, etc.:

Maria Dornas, locatária dos dois últimos andares do prédio da rua Guaicurus nº 601, fez citar para a presente ação os locadores Salomão & Cia., consignando em pagamento a importância de Cr\$ 15.000,00, referentes aos aluguéis vencidos no período de 31 de julho a 31 de dezembro de 1950.

Alega a autora que a firma locatária, com o propósito deliberado de majorar os aluguéis, tem se recusado a recebê-los e isso com o objetivo de rescindir o contrato de arrendamento e justificar o despejo, razão por que ajuizou a presente ação de consignação em pagamento, para os efeitos e conseqüências legais.

Designados dia e hora para o pagamento, em cartório, previamente citados os locadores, compareceu o seu representante que, informado de que da importância consignada seria deduzido o valor das custas, recusou o pagamento, sob a alegação de ser a importância então a receber inferior ao débito dos aluguéis. E, dentro no prazo, apresentaram os réus a contestação de fls. 12, alegando, em resumo: *a)* não houve recusa no recebimento; *b)* a devedora está em mora; *c)* o depósito não foi integral.

Foi a contestação impugnada pela autora (fls. 17-21) e, saneado o processo (fls. 23), realizou-se a audiência de instrução e julgamento, durante a qual foram ouvidas duas testemunhas indicadas pela autora (fls. 28 e v.) e tomado o depoimento pessoal da firma ré, por seu representante legal, aduzindo, a seguir, os procuradores das partes as alegações resumidas no termo de fls. 29.

Do fato alegado pela autora de ter mandado pagar aos locadores, por intermédio da testemunha Geraldino Forzani, a importância de Cr\$ 2.500,00, correspondente a um mês de aluguel, infere-se necessariamente que o ajuste entre locadores e locatários era no sentido de que o pagamento dos aluguéis devia ser feito no domicílio dos locadores.

As testemunhas ouvidas na instrução não informam qual o mês de aluguel que a autora pretendia pagar, quando pela testemunha Geraldino mandou a importância de Cr\$ 2.500,00, para a entrega aos locadores.

Geraldino depõe que foi em junho do ano passado que recebeu da autora a incumbência de pagar aos locadores aquela importância.

Mas o aluguel de julho foi pago em dezembro, conforme recibo a fls. 5.

Não provou a autora haja feito aos locadores outra oferta de pagamentos e ela própria vem a confessar que está em débito de seis meses de aluguéis, tanto que consigna a importância correspondente, isto é, Cr\$ 15.000,00.

Afirmam os réus que em absoluto não recusaram o pagamento.

A prova ministrada pela autora de que fêz a oferta desmerece acolhida, porquanto as testemunhas não esclarecem qual o mês de aluguel a ser pago e nem a época da oferta, com exatidão.

A tolerância dos locadores, quanto ao atraso no pagamento dos alugueis por parte da autora, mostra que improcede a alegação da inicial acêrca dos propósitos dos locadores em rescindir a locação.

Se porventura tivessem os locadores recusado em junho a oferta de pagamento, recebendo em dezembro a importância do aluguel correspondente àquele mês, como prova o recibo de fls. 5, dita recusa foi inoperante e não podia evidentemente justificar a consignação proposta.

Para justificar o procedimento intentado, devia a autora provar que depois do pagamento a que alude o recibo de fls. 5 fêz ofertas de pagamento dos alugueis em atraso aos locadores e êstes recusaram. Essa prova não foi, porém, produzida.

Ora, desde que os locadores não recusaram o pagamento, era direito que lhes assistia de não receberem a importância consignada, com a dedução das despesas judiciais da consignação, como o fizeram e consta do termo de fls. 11.

Aliás, se o credor comparece no dia e hora designados para o recebimento da quantia consignada, êsse comparecimento importa em confissão implícita de ter sido sua a mora em receber, como observa MACHADO GUIMARÃES, ao acrescentar que, lògicamente, por conta dêle (credor) devem correr as custas até êsse momento despendidas pelo devedor, como as despesas com os selos da inicial, distribuição, taxa judiciária, etc. ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, pág. 321).

Os réus compareceram ao cartório para saber qual a importância que iriam receber, e, informados de que do depósito seria descontado o valor das despesas, julgaram incompleto o pagamento e não receberam, esclarecendo na contestação a inexistência de mora de sua parte, e, portanto, com o direito de recebimento integral do débito.

É princípio incontestado que o credor não é obrigado a receber quantia inferior à que lhe é devida, salvo se incidiu em mora.

Assim, inexistindo prova de que os locadores tivessem incorrido em mora, compete-lhes o direito de recebimento da soma integral dos aluguéis devidos, sem qualquer dedução.

Procede, portanto, a defesa alegada de justa recusa, que abrange essa outra, de não ter sido integral o pagamento.

II. Sem dúvida que, não tendo os locadores proposto a ação de despejo (oportunidade em que a autora poderia purgar a mora) nem a de cobrança dos aluguéis, poderia a autora, em débito de aluguéis, não esperar a iniciativa dos credores, purgara mora, nos termos do artigo 959, nº I, do Cód. Civil.

LUÍS ANTONIO DE ANDRADE, em excelente artigo doutrinário, demonstra convincentemente que o mandamento do artigo 959, nº I, do Cód. Civil tem aplicação nas hipóteses de arrendamento predial: "é precisamente para redimir os faltosos que existe o instituto da *purgatio*, pouco importando se trate de um contrato de locação ou de outro qualquer, pois que para tal efeito a lei não distingue entre êste ou aquêle. Ao inquilino ou a outro contratante qualquer que não esteja em mora não interessa a purgação; precisamente para os faltosos, para os que se encontram em mora no solver a obrigação é que a *emendatio* existe" ("REVISTA FORENSE", vol. 102, pág. 432).

Em se admitindo, pois, que a autora, ajuizando a ação, tenha querido purgar a mora, para sua admissão, era de mister depositasse não só o valor dos aluguéis, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta.

Êsses prejuízos, refere LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE ("REVISTA FORENSE", citada) consistem, aplicados os arts. 1.056 e 1.061 do Cód. Civil, no pagamento de juros à taxa legal, custas e pena convencional, se estipulada; quanto às custas, prescindível é o seu oferecimento, dado que, pelo próprio mecanismo do processo, somente o devedor ofertante as despenderá, o único encargo do credor é o de, aceita a purgação, receber a oferta.

É certo que os locadores não reclamaram os juros moratórios devidos pela locadora, se pretendesse purgar a mora, voluntariamente.

Entretanto, reclamam o não pagamento das despesas judiciais da consignação, a cargo da devedora.

E, tendo faltado a parcela atinente ao pagamento dessas despesas, o depósito não foi completo e inadmissível é, conseqüentemente, a pretendida purgação de mora pela autora.

III. Diante do exposto:

Julgo improcedente a ação e condeno a autora ao pagamento das custas.

P. I. R.

Belo Horizonte, 6 de junho de 1951. - *Gentil Guilherme de Faria e Sousa*.

*

RETIFICAÇÃO DE IDADE

- Não sendo citada a espôsa para o pedido de retificação de idade do marido no têrmo de casamento, anula-se o processo.

- O prazo para recurso, não sendo lido na sentença em audiência, contar-se-á da intimação às partes.

D. Zilá Mendes Lopes *versus* Adeodato Ferreira Lopes

Ap. nº 6.278 - Relator: DESEMBARG. COSTA E SILVA

ACÓRDÃO

Vistos, expostos e discutidos êstes autos de apelação cível nº 6.278, da comarca de Juiz de Fora, sendo apelante D. Zilá Mendes Lopes e apelado Adeodato Ferreira Lopes:

Acordam os juizes da Turma Julgadora, em sessão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado como integrante deste o relatório de folhas 28, por voto unânime, conhecer da apelação e provê-la, para cassar a decisão apelada. É fora de toda dúvida que tem a apelante interesse no caso de que cogitam estes autos. Para o demonstrar, aí está, a certidão de casamento de fls. 16. De 3 de dezembro, a decisão recorrida. Não foi lida em audiência e, assim, o prazo se contará da intimação às partes, o que ocorreu a 6 do referido mês. Mas, acontece que a apelante reside em Leopoldina e, assim, nos termos do § 1º do artigo 815 do Cód. de Proc. Civil e Comercial é de três meses o prazo para a interposição do recurso. Nula a decisão recorrida, proferida em processo nulo, dada a falta de citação da apelante. Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 4 de setembro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Costa e Silva*, relator; *J. Benício*; *Newton Luz*.

RELATÓRIO

Adeodato Ferreira Lopes, residente em Juiz de Fora, declarou, em petição dirigida ao Sr. Dr. juiz de direito da Vara Criminal, que retificou a idade no termo de assentamento do seu primeiro casamento com D. Ana Minervina Lopes. Em virtude de tal retificação feita de sua idade, requereu cito Adeodato se expedisse mandato precatório para que, no Cartório de Paz do Distrito da cidade de Cataguases, se realizasse idêntica retificação no assentamento do seu segundo casamento com D. Zilá Mendes Lopes. Pediu, ainda, o suplicante se lhe dispensasse a produção da justificação, à vista da prova documental exibida. A petição juntaram-se os documentos de fls. 3 e 4. Ouvido o Dr. promotor, mostrou-se concorde. O Dr. juiz de direito deferiu o requerido e expediu-se a carta precatória. D. Zilá Mendes Lopes, segunda esposa de Adeodato, manifestou, a fls. 9, recurso de apelação e, deduzindo as suas razões, pediu reforma da decisão do MM. juiz *a quo*. Recebida a apelação em seus efeitos regulares, ofereceram o apelado e o Ministério Público as contra-razões de fls. e, em tempo, vieram os autos a esta egrégia instância, onde tiveram oportuno preparo. Assim expostos, passo estes ao Exmo. Sr. desembargador J. BENÍCIO, ilustrado revisor, acompanhados das petições e certidões juntas.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 1950. - *Costa e Silva*.

*

RENÚNCIA - PRESCRIÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Renúncia à prescrição pode ser condicional. Não aceita a condição, a renúncia se tem como não realizada.

- O prazo prescricional da ação para haver honorários de advogado se inaugura no dia em que o cliente toma conhecimento da desistência do mandato.

Dr. Farid Simão *versus* Genaro Masci

Ap. n° 6.165 (embs.) - Relator: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n° 6.165, de Belo Horizonte, 1° apelante Genaro Masci, 2° apelante Dr. Farid Simão:

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça, em Turma da 1ª Câmara Civil, incorporando a esta decisão o relatório de fls., para servir-lhe de parte expositiva, dar provimento em parte à primeira apelação, do réu, julgando prejudicada a do autor, vencido o Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS, que confirmava integralmente a decisão recorrida. Distintos foram os serviços prestados pelo autor ao réu. Os primeiros como mandatário, no processo de conhecimento, findaram em 22 de maio de 1948, com a renúncia ao mandato. Os outros, na execução da sentença, foram de assessor. O autor, como êle mesmo declara na inicial, relutou em prestá-los, acedendo sòmente depois de grande insistência do réu. Nesta segunda fase, o último serviço foi prestado a 17 de maio de 1949. O primeiro a 2 de março de 1949. A natureza diversa do serviço, á renúncia, o intervalo, de quase um ano que medeou entre êles, tudo concorre para mostrar que não podem ser modificados. A 22 de maio de 1948, assim, data da renúncia, a ação de cobrança dos honorários começou a entrar no prazo de prescrição de um ano (Cód. Civil, art. 178, § 6º, n° X). A inicial foi ajuizada a 18 de agôsto de 1949. O réu alegou a prescrição. O autor, porém,

pretende que houve renúncia à prescrição, eis que o devedor, em primeira instância, contestando a ação, declarou ter estado sempre pronto a pagar o serviço que lhe foi prestado, mas na Importância que oferecera ao advogado (contestação de fls.) e, nas razões do recurso, que pagaria a quantia ofertada, mesmo que estivesse prescrita a ação do credor. Vê êste aqui nestas declarações, uma renúncia tácita. O verificar se esta realmente existe é uma questão de fato e que deve ser com muita cautela examinada, pois a renúncia gratuita deve sempre, em caso de dúvida, ser interpretada, quanto à sua existência ou inexistência, a favor do renunciante (DANZ, "A interpretação dos negócios jurídicos", 279). Houve, nas declarações do réu, uma renúncia, - é certo, - mas uma renúncia condicional. O devedor, sem embargo de não poder ser a tal obrigado em juízo, onde alegaria a prescrição, estava pronto a pagar a importância que oferecia ao credor. Era a condição da renúncia. Não aceita a condição, a renúncia se tem como não realizada (BAUDRY-LACANTINERIE, "Tr. ", XXVII, 61, nº 68). A ação para cobrança dos honorários pelos serviços prestados naquela primeira fase acima descrita está pois realmente prescrita. Não, porém, para haver a importância do trabalho feito no segundo período, referido, na fase de execução da sentença, e individuado pelas cópias de fls. e fls., serviços êsses que não foram negados pelo réu. Por êsses fundamentos, declara o Tribunal prescrita à ação para cobrança dos honorários relativos ao processo de conhecimento e condenam o réu ao pagamento do trabalho feito na fase da execução, pelo advogado, como assessor, da parte, apurado o valor na liquidação da sentença.

Custas em proporção.

Belo Horizonte, 27 de abril de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Lopes da Costa*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *A. Vilas Boas*.

RELATÓRIO

A Companhia Cervejaria Brahma requereu contra um seu empregado, Genaro Masci, inquérito judicial, para que fôsse autorizada a dispensá-lo. Defendeu-o em ambas as instâncias o advogado Farid Simão. O empregado obteve ganho de causa. E como não entrasse com o seu procurador em acôrdo sôbre o que lhe devia pelos serviços prestados, êste propôs contra aquêle a presente ação de cobrança de honorários. O Dr. juiz a julgou procedente, nos têrmos do laudo de

um dos peritos, que opinou para que o valor da causa fôsse calculado sôbre o que deveria receber o cliente, se fôsse despedido sem justa causa (fls. 211). A sentença foi publicada na audiência de 25 de janeiro, para a qual as partes não foram intimadas (fls. 214). O órgão oficial a publicou a 26-1-1950 (fls. 214 v.). A 6 de fevereiro, apelou o réu (fls. 216 v.). Pretende: 1º) que se declare prescrita a ação, pois que o réu, como se vê a fls. 155, renunciou ao mandato em 22 de maio de 1948. Já havia decisão definitiva proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho (fls. 21). O autor, depois da renúncia, não lhe prestou mais serviços algum; 2º) ou, eventualmente, negada a prescrição, sejam os honorários calculados sôbre os salários a que o apelante tinha direito de 7 de março de 1947, data em que deixou de receber os salários, a 22 de maio de 1948, data da renúncia ao mandato, pelo Dr. Farid (fls. 155), o que soma tudo Cr\$ 9.677,00 de honorários; 3º) que as custas sejam proporcionais, pois o autor, apelado, pediu honorários que não lhe foram concedidos. A 9 do mesmo mês apelou o autor (fls. 261). Pretende se majore a condenação, para que se conte com parcelas do capital sôbre o qual se deve aplicar a taxa de 20%: *a)* os salários atrasados recebidos pelo réu; *b)* o valor da continuação no emprêgo; *c)* para que se lhe conceda honorários de advogado. Nesta instância ambos os recursos tiveram preparo oportuno. A revisão do Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS.

Belo Horizonte, 19 de março de 1950. - *Lopes da Costa*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é embargante Farid Simão e embargado Genaro Masci:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, receber os embargos, para o fim de restabelecer a sentença recorrida. Sem dúvida, a tese sustentada no aresto embargado é substancialmente certa. O causídico que renuncia ao mandato deve postular os seus honorários no prazo que se inaugura ao dia em que o cliente toma conhecimento da desistência. Não importa que a lei se refira à revogação e não à renúncia. Neste passo, acudiu a duas hipóteses: a extinção do mandato, pela ultimação dos serviços para os quais se constituiu o procurador, ou pelo rompimento do vínculo. Ora, a renúncia é ato muito mais

vigoroso a repúdio ao contrato, eis que, sendo unilateral, produz de logo seus efeitos e seria evidente absurdo que o patrono, havendo abandonado o constituinte, a meio caminho, só tivesse iniciado o prazo prescricional após sentença final na causa, cujo amparo deixara a cuidado de outrem. Verifica-se, porém, dos autos, que o embargado renunciou à prescrição. Sem nenhuma palavra restritiva, confessou lisamente que devia o estipêndio reclamado, e mais, que não pretendia fixá-lo. Não tocou, nem de leve, na prescrição, de que só em razão de recurso se veio a lembrar. Solenemente reconheceu, pois, a prestação dos serviços, e seu dever em remunerar o advogado, apenas divergindo na soma cobrada, por lhe parecer excessiva. Êsse aspecto é simplesmente aritmético; o que importa é que reconheceu o direito do autor, em palavra inequívocas. *Honorários devidos* é a expressão usada, que revela seu pensamento de solvê-los na parcela que entendia justa. Por conseqüência, não pode o embargado socorrer-se de um favor legal de que desenganadamente abriu mão, em tempo e têrmos próprios.

Pague as custas.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lincoln Prates*; *A. Vilas Boas*; *Lopes da Costa*, vencido, nos têrmos do meu voto no acórdão embargado.

RELATÓRIO

Aos de fls. acrescento que, havendo esta Câmara, em acórdão de fls. 285, provido em parte a apelação do réu e, constando do aresto o vencimento do Exmo. Sr. desembargador VILAS BOAS, o autor ofereceu embargos, regularmente processados.

Vão os autos a exame do Exmo. Sr. desembargador MENESES FILHO.

Belo Horizonte, 7 de julho de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

SOCIEDADE - REPRESENTAÇÃO

- Não pode ser acionado individualmente o representante de sociedade por ato que praticou em nome desta.

- Não se toma em consideração fundamento não invocado no libelo.

José Teófilo dos Santos *versus* Alexandrino Costa

Ap. nº 6.281 (embs.) - Relator: DESEMB. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação nº 6.281, de Belo Horizonte, em que é apelante José Teófilo dos Santos e apelado Alexandrino Costa:

Acordam, em sessão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, negar provimento e condenar o apelante nas custas, tudo contra o voto do Exmo. Sr. Des. LOPES DA COSTA.

Está provado nos autos que o apelante é gerente da sociedade comercial Indústria e Comércio de Bebidas Ltda., de Sete Lagoas (fls. 47 e 49).

Afirmou, o apelado, que o apelante queria a casa para essa firma e também. para uma outra desta capital em que tem ingerência.

O apelante explica que era sòmente para a sociedade de Sete Lagoas.

Como quer que seja, quem realizou os entendimentos e obteve as vias do contrato, que na Policia declarou ter perdido, como obteve as chaves restituídas com a. intervenção policial, foi o apelante.

Sendo gerente da sociedade, cumpria-lhe providenciar em nome dela e não considerá-la como estranha na ação. Se devida, a convocação dela para a causa já estava realizada através da ciência dada ao gerente, o qual, não vindo agir em nome da firma, assumiu posição de responsável pessoal, condição que, aliás, já advinha de figurar no contrato como principal pagador.

Que houve prejuízos para o apelante não resta dúvida, não só porque a casa estêve à disposição do apelante até serem por êle restituídas as chaves, o que também acarreta cessação de renda pelo tempo necessário à admissão regular de outro locatário, como também alega o apelado, e isso depende de prova na execução, que realizou adaptações especiais para o apelante.

Belo Horizonte, 1º de junho de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente *ad hoc*, com voto; *Eduardo de Meneses Filho*, relator; *Lopes da Costa*, vencido, com o voto que segue, por mim dactilografado: Pela inicial, vê-se que o autor, apelado, baseou seu pedido de aluguéis e de indenização de benfeitorias, feitas por ordem e conta do réu, num contrato de locação que com êste celebrara.

O réu, na contestação, opõe que nada contratara em seu próprio nome, e sim em nome da sociedade de que é sócio-gerente, único autorizado a usar da firma social.

Isso ficou provado. O próprio autor juntou aos autos cópias de carta que recebera da sociedade, propondo contrato, e da resposta que a ela havia dado (fôlhas 4 e 5).

Emergiu, porém, dos autos, pela testemunha de fls. 31, não contestada pelo réu, que êste, no contrato, se portara como fiador e principal pagador.

Tal fundamento não podia ser tomado em consideração. Era um fundamento novo, não invocado no libelo. E o pedido se individua pelo seu fundamento.

Depois, mesmo admitindo que dêsse segundo fundamento se pudesse conhecer, melhor para o autor, apelado, não seria a solução, porque a fiança só se prova por escrito (Cód. Civil, art. 1.483).

Por êsses fundamentos, dava provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação.

RELATÓRIO

Regulares o processo e preparo desta apelação nº 8.281, de Belo Horizonte, interposta por José Teófilo dos Santos contra sentença final que julgou procedente ação de indenização a êle movida por Alexandrino Costa.

A espécie está bem descrita na sentença, a qual conclui pela condenação do réu ora apelante a pagar os aluguéis pelo tempo durante o qual reteve as vias do contrato de locação, sem devolvê-las assinadas em nome da sociedade comercial de que é gerente ou desistir de as assinar; e também condena a pagar indenização de outras perdas e danos que se liquidarem, além de 20% para honorários de advogado e custas.

Quer o apelante ser declarado parte ilegítima para a responsabilização, porque as negociações para o contrato de aluguel foram entretidas em nome da firma comercial Indústria e Comércio de Bebidas Ltda., de Sete Lagoas. Passo os autos ao Exmo. Sr. Des. LINCOLN PRATES.

Belo Horizonte, 1º de maio de 1950. - *Eduardo de Meneses Filho*, relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Belo Horizonte, em que é embargante José Teófilo dos Santos e embargado Alexandrino Costa:

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, receber os embargos, nos têrmos do voto vencido do Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA. Sem dúvida, o venerando acórdão foi vitima de um engano. Com efeito, está provadíssimo dos autos que o autor alugou o prédio para a firma Sete Lagoas, Indústria e Comércio de Bebidas Ltda., da qual o réu Teófilo era sócio. Assim, quem rompeu o contrato foi a firma e não êle, pessoalmente. Assevera o aresto que êle, comparecendo ao Juízo, aceitou a responsabilidade. Aqui reside, justamente, o equívoco, porque êle não foi chamado a pretório na qualidade de sócio da empresa contratante, e sim individualmente, e compareceu para renegar a responsabilidade individual que querem imputar-lhe. Se não viesse, seria condenado à revelia, e se respondesse em nome da sociedade, esta repudiaria, naturalmente, qualquer obrigação oriunda da sentença, sob o fundamento certo de que nenhuma ação lhe tinha sido proposta. Isso pôsto, não há dúvida de que o autor carecia de ação contra o réu, ao qual nada alugara, e

assim deveria ter sido a conclusão da sentença. Quanto à argüida obrigação solidária que à última hora se suscita, para carregar a obrigação aos ombros do embargante, suscita o voto vencido dois princípios certíssimos: 1º) o réu não foi demandado como fiador e, por conseqüência, não lhe cabia defender-se dessa responsabilidade; 2º) a fiança não se prova mediante testemunha, e sim por escrito.

Custas pelo embargado.

Belo Horizonte, 28 de setembro de 1950. - *A. Vilas Boas*, presidente, com voto; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Lincoln Prates*; *J. Benício*; *Eduardo de Meneses Filho*, vencido, com os fundamentos do acórdão embargado.

RELATÓRIO

Embargos opostos ao acórdão confirmatório da sentença do juiz da 3ª Vara Cível da capital, que julgara procedente ação de indenização por Alexandrino Costa contra José Teófilo dos Santos. O aresto se baseou em que sendo o réu gerente da firma contratante, o seu chamamento à lide implicava na da sociedade e, se compareceu pessoalmente e não em nome da empresa, isso significava o aceite da responsabilidade pela obrigação, tanto mais que dela se constituía fiador e principal pagador.

Trata-se, convém relevar, dum ajuste de locação entre autor e Indústria e Comércio de Bebidas Ltda., que foi rompido pela não execução por parte da locatária. Assinou vencido o acórdão o Exmo. Sr. desembargador LOPES DA COSTA, cujo voto frisou não haver o réu contratado em nome próprio e que a alegada fiança não podia ser levada em conta, por dois motivos: não haver sido argüida na propositura da ação e sim fora de tempo, com surpresa para o réu, e não poder ser admitida em base testemunhal. Recurso em termos. À revisão.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CASO DE AGRAVO DE PETIÇÃO
- VISTORIA - EXIBIÇÃO DE LIVROS COMERCIAIS**

- Toma-se conhecimento de agravo de instrumento, em caso manifesto de agravo de petição, se está instruído das peças principais do processo originário, suficientes para o exato julgamento do recurso.

-- "Vistoria ad perpetuam rei memoriam" é medida preventiva, ou incidente, nunca, porém, preparatória da lide e só se justifica quando visa à conservação de prova suscetível de desaparecer com o tempo.

-- O sócio pode requerer a vistoria dos livros da sociedade anônima, mas argüindo fatos que demonstram o seu interêsse na investigação como a sua necessidade indeclinável.

Celso Rodrigues e outro *versus* Malharia Sedan S. A.

Ag. nº 3.678- Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 3.678; de Juiz de Fora, sendo agravantes Celso Rodrigues e outro e agravada Malharia Sedan S. A., etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, integrado neste o relatório *retro*, preliminarmente, conhecer do agravo, por maioria de votos e, *de meritis*, negar-lhe provimento, unânimemente, pagas as custas na forma da lei.

Resolvem conhecer do agravo, não sob o fundamento invocado, porque a vistoria *ad perpetuam memoriam*, tal como requerida, não pode ser considerada medida preparatória, senão de caráter eminentemente preventivo, uma vez que tem por objeto apenas perpetuar a memória de fato transeunte, ou prova que pode desaparecer com o tempo. Ou se realiza por antecipação da lide e será medida preventiva, ou se realiza no curso da lide mesma, antes do momento processual próprio, e será então medida incidente. Preparatória é que não pode ser.

Todavia, não obstante vir o agravo de instrumento, quando o caso é manifestamente de agravo de petição, - porque o Dr. juiz, pela decisão agravada, indeferiu a inicial do pedido da vistoria, pondo assim têrmo ao processo sem resolver o mérito - caso   de se conhecer do agravo, porque o respectivo instrumento registra as principais peças do processo originário, suficiente para o exato julgamento do recurso. De outro modo seria prender-se ao bizantinismo formalístico, já ultrapassado na processualística moderna. Conhecendo, pois, do agravo, negam-lhe provimento. A vistoria *ad perpetuam memoriam* só se justifica quando se visa   conserva o de prova, suscetível de desaparecer com o tempo.   necessário que se trate de fato transeunte, cujos vestígios podem apagar-se de futuro. No caso em apr o, os requerentes, ao que se infere do seu questionário aos peritos, objetivam constatar o que da escritura o comercial da agravada consta a respeito de irregularidades que, de resto, não especificam e que teriam ocorrido na gestão da sociedade anônima.

Ora, o que rezam os livros e documentos do arquivo da agravada não são atos que possam desaparecer através do tempo, pois que estão perpetuados de molde a se manterem inalterados pelos dias afora. Acresce que os agravantes, na inicial do pedido da vistoria, não indicaram, com clareza, os atos violadores da lei ou dos estatutos sociais, praticados pelos diretores da sociedade anônima, limitando-se a vaga referência a "irregularidades e a determinados atos administrativos", sem qualquer individualiza o de umas e de outros.

O sócio pode requerer a exhibi o dos livros da sociedade anônima; mas terá de fazê-lo argüindo fatos que demonstram não são o seu interêsse da investiga o da escrita comercial, como também a sua necessidade indeclinável. No caso concreto, a inicial   omissa a respeito.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Costa e Silva*; *Autran Dourado*, vencido na preliminar do conhecimento do recurso, porque, a meu ver, o caso não se enquadra no dispositivo invocado; e, se fôsse possível conhecer-se do agravo de instrumento como de peti o, o que nego, na hipótese isso não ocorria, por ser certo que o juiz não indeferiu a inicial, nem p s fim ao processo sem resolver o mérito da causa, exigência do art. 846 do Cód. de Proc. Civil.

RELATÓRIO

Celso Rodrigues e D. Arlinda de Sousa Lima Franco, sócios da Malharia Sedan S. A., da cidade de Juiz de Fora, alegando pretender mover contra esta e seus diretores ação de prestação de contas, de responsabilidade civil e outras que lhes couberem, pois que não estão de acôrdo com as contas apresentadas e relativas ao exercício comercial de 1949, bem como com determinados atos de gestão de seus diretores, requereram uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam* nos livros e documentos da referida sociedade anônima, formulando, desde logo, os respectivos quesitos. Citada a implicada para a moratória, reclamou ela contra a medida, argumentando que esta não tem o apoio da lei, inclusive da Lei das Sociedades Anônimas, acrescentando que a vistoria *ad perpetuam* deve versar sôbre fato transeunte, suscetível de ser apagado com o tempo, ao passo que, no caso, terá ela por objeto a escrituração de uma sociedade anônima, cruz não pode desaparecer, sobretudo no atual regime fiscal, sujeita que está ao impôsto de renda. Em virtude dessa reclamação, o Dr. juiz de direito, atendendo a que o fato não é de natureza transeunte e mais aos motivos de impugnação da sociedade anônima, reconsiderou o despacho anterior, concessivo da vistoria, e indeferiu a petição inicial. Esta decisão é de 5 de julho e do instrumento de agravo não consta a respectiva certidão de intimação. Certo é, porém, que, a 5 de agosto seguinte, os requerentes dela interpuseram agravo de instrumento, com base no art. 842, XII, do Cód. de Proc. Civil, pleiteando a revogação da decisão agravada e a realização da vistoria. Contraminutado o recurso, com documentos sôbre que foram ouvidos os agravantes, o Dr. juiz respondeu, sustentando sua decisão. A remessa, apresentação e preparo foram oportunos.

Assim vistos e relatados, ponho êstes autos em mesa para o julgamento.

Belo Horizonte, 1º de outubro de 1950. - *J. Benício.*

*

TESTAMENTEIRO - BISPO - PESSOA JURÍDICA - FORMA DE CORTESIA

- Pessoa jurídica não pode ser testamenteira e, constituído testamenteiro o bispo de diocese, aquele e não a esta incumbe o encargo.

- Para designar o eventual sucessor a quem deva também competir a testamentário, basta exprimir o necessário para individuá-lo, na impossibilidade de mencionar-lhe o nome.

- Forma de cortesia expressa pelo testador para com o testamenteiro não tira a êste o caráter e regalias do encargo, nem lhe diminui os percalços da missão.

Ana Florença de Jesus e outros *versus* D. João Cavati

Ag. nº 3.642 - Relator: DESEMBARG. APRÍGIO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da comarca de Caratinga, em que são agravantes Ana Florença de Jesus e outros e agravado D. João Cavati (testamenteiro de Antônia Valeriana do Nascimento).

Acordam, em Câmara Civil do Tribunal de Justiça, conhecer do recurso e lhe negar provimento. O juiz decidiu bem. O piedoso legado, não o deixou a morta ao bispo de Caratinga, e sim à diocese, com quem êle não se confunde. O prelado é pessoa física e esta é pessoa jurídica, e pessoa jurídica não pode ser testamenteira, por ser sujeito a encargos apenas pessoais, em caso de infidelidade no desempenho. E, tendo sido constituído testamenteiro o bispo, e o encargo sendo indelegável, não se poderia transmitir à diocese. A testadora designou nomeadamente o prelado que então regia a diocese, não o fazendo com referência ao seu eventual sucessor, por não ser possível adivinhar-lhe o nome, dizendo, porém,. quanto bastava para individuá-lo. Nestes têrmos, como foi D. João Cavati que cumpriu a veneranda cédula, e como não é êle legatário, lhe era irrecusável a vintena. O fato de haver a testadora pedido ao seu executor a caridade de aceitar o encargo é simples forma de cortesia, que lhe não tira o caráter e regalias, assim como não diminui os percalços da missão.

Custas pelos agravantes.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *Aprígio Ribeiro*, relator; *Eduardo de Meneses Filho*; *Lincoln Prates*.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto por D. Ana Florença de Jesus e outros legatários dos bens deixados por D. Antônia Valeriana do Nascimento, contra a decisão do juiz de Caratinga, que arbitrou vintena ao testamentário bispo diocesano. Entendem os agravantes que, em verdade, testamentária é a diocese, entidade a se confundir como governante, e, por conseguinte, nada ter o prelado a receber pelo desempenho do encargo.

O recurso está bem processado; ponho as autos em mesa.

Belo Horizonte, 8 de outubro de 1950. - *Aprígio Ribeiro*.

*

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" - RECURSO - JUIZ INCOMPETENTE

- **É tempestivo o recurso que, apesar de interposto perante juiz incompetente, foi nos autos a conclusão do juiz competente, no prazo legal, pouco importando o despacho tardio, que não prejudica, a parte diligente.**
- **Impôsto de transmissão de propriedade "causa mortis" deve ser calculado sobre os valores da herança e do legado, separadamente, quando o beneficiário é aquinhoadado, ao mesmo tempo, a êsses dois títulos.**
- **Para o abatimento de 207, do impôsto de transmissão "causa mortis", previsto pelo art. 80 da lei nº 17, de 1947, a idade de 55 anos deve ser apurada em função do momento da arrecadação e nunca em atenção à época da abertura da sucessão e a exigência de certidão de idade e atestado de residência passado por autoridade policial (dec. número 8.248, de 1950, art. 12, parágrafo único) não é taxativa.**

- O adicional de 1% do decreto estadual nº 2.118, de 1947, se computa sobre o valor de cada quinhão, desde que igual ou superiora Cr\$ 100.000,00, sem atenção à natureza dos bens que o constituem.

Fazenda do Est. de Minas *versus* Espólios de Joaquim Trajano da Silva e sua mulher

Ag. nº 3.553- Relator: DESEMBARG. J. BENÍCIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento, procedentes de Belo Horizonte, sendo agravante a Fazenda Estadual e agravados os espólios de Joaquim Trajano da Silva e sua mulher, etc.:

Acordam, em 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, incorporado neste o relatório *retro*, preliminarmente, conhecer do agravo e, no mérito, dar-lhe provimento em parte, vencido em parte o Exmo. Sr. desembargador segundo vogal, pagas as custas na forma da lei.

Os agravados alegam que o agravo foi interposto seròdiamente, porque, intimada da decisão a Fazenda agravante no dia 22 de março, o recurso foi interposto no dia dois de abril seguinte, assim fora do prazo legal duplicado de que goza a Fazenda Pública. Não tem, porém, razão. O agravo foi interposto no dia 1º de abril, perante juiz incompetente, é certo, mas os autos foram à conclusão do juiz competente ainda nesse mesmo dia 1º de abril, dentro, pois, no prazo legal, pouco importando que o magistrado haja proferido o seu despacho no dia seguinte, 2 de abril, uma vez que a parte foi diligente e não ser de justiça que se lhe impute, prejudicando-a, o retardo do despacho do juiz.

Não procede a pretensão da Fazenda quando pleiteia que se somem, num cálculo único, para o efeito do pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis*, os valores da herança e os valores do legado, que tocaram a cada beneficiário. É certo que a lei nº 17 de 1947, art. 8º, e respectivo regulamento, art. 9º, determinam que as tabelas sejam aplicadas sobre o quinhão, isoladamente considerado, de cada beneficiário. Se, porém, êste é aquinhoado a mais de um título, *pro heredo* e *pro legato*, é evidente que faz jus a dois

quinhões e o cálculo para o imposto terá que ser feito em relação a cada um separadamente, como, com acêrto, foi feito na hipótese. Assim, como na partilha, cada um desses interessados deve ter dois pagamentos - o de sua herança e o de seu legado na formação do cálculo, para a cobrança do imposto *causa mortis*, - duas operações distintas devem ser feitas para que se apure a importância de tributos devida por cada um, na condição de herdeiro e na condição de legatário.

No que tange ao abatimento do imposto devido pelos herdeiros e legatários D. Maria de Lourdes, João Batista e D. Alzira, ainda não tem razão a Fazenda. A lei nº 17, de 27 de outubro de 1947, concessiva da redução, dispõe, art. 8º:

"O imposto será arrecadado com o abatimento de 20 %, quando o beneficiário, residente no país, fôr maior de 55 anos, ou tiver mais de oito filhos que vivam às suas expensas".

O dec. nº 3.248, que regulamentou aquela lei, exige certidão de idade e atestado de residência passado pela autoridade policial para a comprovação dos requisitos necessários à obtenção do favor legal. Êstes meios de prova, porém, não podem ser taxativos; há os de força supletiva e que satisfazem os intuitos da lei tanto quanto os meios de prova específica. Os interessados fizeram prova de idade mediante certidão do termo de batismo, realizado antes da lei do registro civil e certidões de casamento civil. Por tais documentos, vê-se que os interessados, quando da arrecadação do imposto, já contam muito mais de 55 anos.

E em relação à residência no país, dispensável o atestado da autoridade policial, porque se trata de herdeiros notoriamente conhecidos, residentes no domicílio dos inventariados, e exigir-se mais prova de residência seria excesso formalista, condenável no juízo gracioso do inventário, onde se costuma decidir pela verdade sabida. Acresce que a idade em questão deve ser apurada em função do momento da arrecadação e nunca em atenção à época da abertura da sucessão! Não está na lei que o interessado seja maior de 55 anos quando do óbito do inventariado. Ao invés, essa; idade tem que ser comprovada quando da arrecadação, *verbis*: "será arrecadado com o abatimento de 20 % ...".

A agravante, porém, tem razão no que toca ao adicional de 1 % destinado à Fundação da Casa Popular. O dec.-lei federal nº 9.777, de 8 de setembro de 1948, art. 3º, criou o mesmo imposto percentual sobre o valor do imóvel adquirido, cobrável juntamente com o imposto de transmissão de propriedade. Entretanto, o Estado, atendendo aos objetivos sociais do tributo e, talvez, também à conveniência de afastar a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade do imposto federal, pelo dec.-lei nº 2.118, de 8 de junho de 1947, art. 1º, majorou de 1% o imposto de transmissão de propriedade, exigível nos atos *inter vivos* ou *causa mortis*, desde que os bens sejam de valor igual ou superior a cem mil cruzeiros. No caso em apreço, foi aplicado o decreto-lei federal que criou o imposto sobre os valores de bens imóveis transmitidos. Entretanto, no nosso Estado, há lei regulando o caso, e essa não: tem em conta a natureza dos bens adquiridos, senão, tão-só, o valor desses bens, igual ou excedente de cem mil cruzeiros. Como se vê, o cálculo homologado, cobrando esse adicional apenas sobre o valor dos imóveis do acervo, se alongou da lei reitora da espécie. Justamente para que reaplique no Estado o citado decreto federal, é que se fez baixar o dec.-lei estadual nº 2.118.

Pelo exposto, resolvem os juízes desta 2ª Câmara Civil, como já ficou dito, dar provimento em parte ao agravo para mandar que no cálculo se compute o adicional de 1% sobre o valor de cada quinhão de interessado, desde que igual ou superior a cem mil cruzeiros, - sem atenção à natureza dos bens que o constituam, - pagas as custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 12 de junho de 1950. - *Batista de Oliveira*, presidente; *J. Benício*, relator; *Newton Luz*; *Amílcar de Castro*, vencido: nego provimento ao agravo.

RELATÓRIO

No Juízo de Direito da 4ª Vara Civil desta Capital processam-se os inventários e partilhas, conjuntamente, dos bens deixados pelo casal Joaquim Trajano dos Santos-Ana Magalhães Santos, ambos falecidos sucessivamente, deixando testamentos nos quais instituíram legados, sendo que D. Ana instituiu, entre os legatários, seus herdeiros legítimos Maria de Lourdes, João Batista e Alzira.

No processo fêz-se liquidação e cálculo para cada sucessão. A Fazenda Estadual, porém, reclamou, dizendo que, nos termos do art. 9º da lei nº 17, as taxas são aplicadas sobre o quinhão de cada beneficiário e, por isso, o cálculo para o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* não podia ser feito, como aconteceu, sobre o valor da herança e do legado de cada interessado, separadamente, devendo, antes, os valores de uma e de outra ser somados, formando um só quinhão, consoante exigência legal. A legatária D. Luísa também reclamou contra o adicional de 1% que não podia recair sobre o seu legado, que deve ser pago em dinheiro, quando aquele adicional deve recair só sobre o valor de imóveis avaliados, correndo por conta do monte o seu pagamento e não pelo seu legado. O inventariante, por sua vez, invocando o artigo 8º da lei nº 17, pleiteou o abatimento de 20% sobre o valor dos impostos "por cada uma", devidos pelos herdeiros João Batista, Maria de Lourdes e Alzira, maiores de 55 anos de idade, conforme certidões de batistério e de casamento oferecidas.

No sentido da procedência em parte da reclamação da legatária D. Luísa, decidiu o Dr. juiz que mandou fôsse contado o adicional de 1% apenas sobre o valor dos imóveis avaliados. De acordo com essa decisão, fêz-se nova liquidação e cálculo, sobre a qual a Fazenda não foi ouvida. O Dr. juiz homologou-a por sentença, de que as partes foram intimadas em 22 de março (fls. 20), e a Fazenda Estadual, inconformada, dela interpôs agravo de instrumento, com base no art. 842, X, do Cód. de Proc. Civil, perante juiz incompetente.

Mas, êste, despachando, autuada a petição de interposição com a minuta, determinou que seguissem os autos conclusos ao juiz competente e, ainda, no mesmo dia 1º de abril, de fato se fêz a conclusão ao Dr. juiz da 4ª Vara Civil, competente, que, por despacho de 2 seguinte, ordenou o processo do recurso.

Na minuta a Fazenda agravante pleiteia:

1º) que, no cálculo, se englobem os valores de herança e valores de legado de cada um dos interessados no inventário de D. Ana Maria de Lourdes, João Batista, D. Alzira e D. Ivone, não podendo ser o cálculo feito separadamente, em relação a heranças e a legados, como aconteceu, por ofender o disposto no art. 8º da lei nº 17 e respectivo regulamento baixado pelo dec. nº 3.248, de 10

de fevereiro de 1950, art. 9º, que determina que as taxas do impôsto sejam, aplicadas sôbre o quinhão, isoladamente considerado, de cada beneficiário;

2º) que o adicional de 1% seja cobrado sem atenção à natureza imóvel dos bens transmitidos, como resolveu a decisão agravada, bastando, para que legítima seja a cobrança, que os bens de cada beneficiário, não importando, pois, sua natureza, sejam de valor igual ou superior a cem mil cruzeiros, como está expresso no art. 1º do dec. nº 2.116, de 8 de junho de 1947;

3º) que se excluam os 20 % de abatimento sôbre os impostos devidos pelos quinhões dos herdeiros João Batista, Maria de Lourdes e Alzira, concedidos por serem maiores de 55 anos de idade, visto as certidões oferecidas não serem de nascimento e faltarem atestados de residência da autoridade policial do lugar, como expressamente exige, para a concessão do benefício, o art. 12 do regulamento número 3.248, parág. único, que exige a apresentação de certidão de idade e atestado de residência passado, pela autoridade policial do lugar. E, no caso, os documentos oferecidos não fazem certo que os beneficiários contavam 55 anos de idade quando foi aberta a sucessão de D. Ana, a 10 de agosto de 1949, podendo-se admitir, isso mesmo de modo incompleto, a prova dos requerentes em relação a João Batista.

Contraminado o recurso, o Dr. juiz sustentou sua decisão e os autos vieram regularmente à Secretaria do Tribunal, onde foram distribuídos sem dependência de preparo, como de lei.

Nesta instância, por inadvertência minha, foram ouvidas as partes como se tratasse de recurso *ex officio*.

Assim vistos e relatados, ponho os autos em mesa para o julgamento.

Belo Horizonte, 29 de maio de 1950. - *J. Benício*.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

**"LEGITIMATIO AD CAUSAM" - CAMINHOS PÚBLICOS -
EDIFICAÇÃO MARGINAL**

- A "legitimatío ad causam", mesmo quando resolvida, sem recurso, no saneador, pode ser apreciada afinal.

- Em se tratando de caminho municipal, a autorização para edificar compete à Municipalidade, embora, posteriormente, haja transferência administrativa para o Estado.

Chaim Numa *versus* Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem

Ap. nº 7.358 - Relator: DESEMBARG. LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

O Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem promoveu esta ação cominatória contra Chaim Numa para compeli-lo à demolição da obra que está a edificar à margem da estrada pública Cassino-Rio Grande, com infração do regulamento de trânsito. Alega que o réu está fazendo uma construção de alvenaria em sua propriedade a apenas 14,5 metros do eixo dá mencionada estrada, e que se acha quase concluída, quando, pelo referido regulamento, art. 155, só lhe seria permitido isso a 30 metros de distância. Por tratar-se de via pública em zona rural. Contestando, levantou o réu a preliminar de ilegitimidade do autor, por ser a aludida estrada municipal e não estadual. De mérito, sustenta que a casa que está edificando em sua propriedade foi autorizada pela Prefeitura de Rio Grande, que lhe deu o alinhamento e aprovou a respectiva planta, por tratar-se de zona suburbana; que o autor o que pretende é desapropriá-lo de parte de sua propriedade, por via indireta, sem indenização alguma, com recorrer a esta ação *de opera demoliendo*. No saneador, o juiz repeliu a preliminar de ilegitimidade, do qual não houve recurso. Instruído o processo e após debates orais, foi a causa julgada procedente e condenado o réu a demolir a obra. Da respectiva sentença apelou o vencido, que volta a insistir na preliminar de ilegitimidade; de mérito, pede a reforma do julgado, para desestimação da demanda, pelos motivos já expostos em sua contestação. O autor contrariou o recurso, sustentando não ser possível abrir-se o debate sôbre a preliminar de ilegitimidade, que ficou definitivamente julgada no saneador,

do qual não houve recurso; de mérito diz que o réu confunde direito de propriedade com direito de construir, e que, por isto, não há que se falar em desapropriação indireta, mas em limitação do uso da propriedade, à norma do art. 572 do Código Civil, devendo assim ser confirmada a sentença. O Sr. procurador do Estado opinou neste mesmo sentido.

I. Improcede a preliminar de se não poder abrir o debate acêrca da *legitimatio ad causam* ativa no julgamento de segundo grau, se a mesma já foi resolvida no saneador sem recurso, pôsto alguns tribunais entendam em sentido contrário. A questão da legitimidade para a causa deve ser decidida, liminarmente, no despacho saneador (at. 294, nº I, do Cód. de Proc. Civil); se a legitimidade ativa é resolvida favoravelmente, como no caso, o recurso cabível será o de agravo no auto do processo; se a ilegitimidade fôr reconhecida, já o recurso deve ser o de agravo de petição; ambos êsses recursos estão previstos no art. 851, nº IV, do aludido Código. Dizer-se, porém, que se a legitimidade ativa fôr reconhecida no saneador, sem recurso da respectiva decisão, não poderá ela ser afinal desestimada, é atentar contra a finalidade processual: a realização do direito; seria dar-se direito a quem não tem. A *legitimatio ad causam*, como ensina CHIOVENDA, no sentido correto da expressão, quer dizer que, para que o juiz estime a demanda, não basta considerar existente o direito, mas que êle corresponda, realmente, àquele que o faz valer em juízo e contra quem é o mesmo demandado. Isto, na prática, se resolve, em última análise, quando se verifique a ilegitimidade, em falta, ou carência de ação ("Justiça", vol. XXVII, pág. 526). É que a demanda judicial não pode ter resultado favorável senão quando se exercite pela pessoa a quem a lei concede tal faculdade e, precisamente, contra aquêle a quem ela deve ser exercida. Isto é norma de direito plateral, e não processual; e a falta de legitimidade leva à repulsa da demanda por materialmente infundada (cf. W. KISCH, "Derecho Procesal Civil", § 23).

II. Isto pôsto, cumpre examinar se a estrada Rio Grande-Cassino é estadual ou municipal, e a quem compete o poder de polícia sôbre ela. A sentença decidiu tratar-se de estrada estadual, sujeita à administração do autor, concluindo, daí, pela procedência da ação *de opera demoliendo*. A prova dos autos, porém, é contrária à premissa. A referida estrada foi construída pela Municipalidade de Rio Grande em 1939, para ligar a cidade à praia do Cassino, em zona suburbana, embora a mesma via servisse para ligá-la ao Município de S.

Vitória. Competia, assim, àquela Municipalidade autorizar a construção, como o fêz, a 26 de novembro de 1948 (fls. 19), e aprovar a respectiva planta. O autor é o primeiro a confessar isso, pois, já no curso da demanda, conseguiu da referida Municipalidade a transferência da mencionada estrada para êle, pela lei número 136, de 10 de abril do ano passado. Mas, ainda assim, improcede a demanda, pois, consoante o art. 155 do regulamento de trânsito, a licença especial, a que êle se refere, diz respeito a estradas coloniais e às de campo, e não às de zona suburbana, como é a de que se trata. Além disto, cumpre acrescentar, se é certo que as leis que regulam o alinhamento de edifícios nas vias públicas determinam que a licença oficial para as construções é necessária, todavia, isso só é certo em se tratando de edificar para dentro dos limites estabelecidos, e não para fora dêles, pois até lá não vai o poder de polícia (FLEINER, "Derecho Administrativo", § 23, nota 16). No caso dos autos, como a estrada era municipal, o réu conseguiu a autorização necessária da autoridade competente para concedê-la. Se o autor, agora, quiser alargá-la, como parece, transformando-a em estrada de campanha, poderá fazê-lo, mas para isso mister se faz prévia desapropriação parcial das propriedades marginais. Não há dúvida de que o poder competente poderá obstar construções nas vias públicas que possam ofender um plano de reforma delas, ainda antes de realizá-la. Para tal, porém, é preciso que o plano já exista e esteja em via de aprovação (FLEINER, ob. cit., § 23, nota 20). Ora, dos autos não se infere a existência dêsse plano, e nem é concebível o mesmo por tratar-se de zona suburbana. Além disto, far-se-ia mister ainda que, com o respectivo plano, se procedesse à desapropriação, por utilidade pública, das áreas marginais, que, aliás, vem revisto no artigo 5º, alínea *i*, do dec.-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que se refere a abertura, conservação e melhoramentos de estradas (SEABRA FAGUNDES, "Da Desapropriação," nº 113). Nada disto ocorre na espécie, sendo assim o autor carecedor da ação intentada.

Por êsses motivos, acordam, em 3ª Câmara Cível, por maioria, dar provimento, para reformar a sentença e julgar o autor carecedor de ação, condenando-o nas custas.

Pôrto Alegre, 25 de outubro de 1991. - *Loureiro Lima*, presidente e relator; *Décio Pelegrini*, vencido: Confirmava a sentença apelada, por seus próprios fundamentos; *Darci Pinto*.

Fui presente. - *Ernâni Coelho.*

*

INVENTÁRIO - BENS INALIENÁVEIS -- INCOMUNICABILIDADE

- Não se remete as partes para as vias ordinárias, quando a questão suscitada no processo de inventário não requer maior indagação.

- A cláusula de inalienabilidade imposta à legítima dos filhos pelo testador importa a incomunicabilidade dos bens.

Bernardino Martins de Vargas e outros *versus* Espólio de Venuzino Francisco Goularte

Ap. nº 5.700 - Relator: DESEMBARG. NEI WIEDEMANN

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de inventário e partilha dos bens deixados por Venuzino Francisco Goularte, vindos a esta instância em virtude de apelações interpostas por alguns dos filhos - primeiros apelantes - e pela viúva, - segunda apelante, - acordam, em 1ª Câmara Cível, dar provimento à primeira apelação, por maioria de votos, e negar provimento à segunda, também por maioria.

Pretendem os primeiros apelantes seja reformada parte da decisão de fls. 36 a 40, ou seja, a que remeteu para as vias ordinárias o exame e decisão da argüição levantada contra o testamento feito por Venuzino Francisco Goularte em 15 de setembro de 1941 (fls. 5 a 6), por entender se tratar de questão de alta indagação. Ponderada a espécie, entendeu-se (contra o voto do Sr. desembargador relator, que manteve a decisão apelada) não se incluir ela entre as previstas pelo artigo 466 do Cód. de Proc. Civil. Discute-se sobre a faculdade, que terá o testador, de clausular os bens de seu patrimônio com restrições idênticas àquelas que sobre êles pesavam quando lhe vieram às mãos. Entendem os apelantes que o *de cuius*, havendo recebido "campos absolutamente e vitaliciamente inalienáveis, impenhoráveis e não sujeitos a

qualquer ônus real ou responsabilidade legais ou convencionais" (fls. 18), não podia impor aos bens, de que dispôs em testamento, as cláusulas de "incomunicabilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade e insuscetibilidade de ônus reais ou responsabilidades de qualquer espécie" (fls. 6), por se tratar daqueles mesmos bens. Sustenta a apelada que o testador agiu dentro nos termos legais. Vê-se, assim, que a questão gira tão-somente em torno da interpretação de textos legais, aplicáveis as verbas testamentárias cujo teor já foi trazido aos autos, porque nêles deviam elas figurar necessariamente. Ora, como sintetiza JORGE AMERICANO, a norma jurídica não depende de investigação, como também dela não depende o que é manifesto por simples prova documental: serão de alta indagação as questões surgidas fora desse terreno ("Código de Processo Civil do Brasil", vol. 2º, 1941, página 373). Ou, como dizia PEGAS, "*licet quaestio juris sit subtilism, aut difficultosa, non requirit altiore indaginem, quia jus, et ejus resolutio semper est certa*" ("Resol. Forenses", cap. V, nº 27). Conseqüentemente, é de se prover a primeira apelação, para que, no juízo do inventário, se deslinde a questão proposta.

Relativamente à segunda apelação, com a qual a viúva pretende a reforma da decisão de fls. 36 a 40, na parte em que firmou que, ainda sendo o regime de bens do casamento o da comunhão universal, os bens havidos por algum dos cônjuges com a cláusula de inalienabilidade são incomunicáveis, acordou a Câmara (contra o voto do revisor) ter sido acertada a solução de primeira instância. A orientação doutrinária e jurisprudencial, como mostrou o acórdão proferido na apelação cível nº 2.452, por esta 1ª Câmara Cível, que se pode considerar predominante e que conseguiu mesmo o sufrágio quase unânime do Supremo Tribunal Federal, é a que vê na comunicação dos bens conseqüente ao regime legal do casamento uma verdadeira alienação, e, no fundo, de natureza contratual, de modo que aos seus efeitos não poderá estar sujeito um bem Inalienável (acórdãos de 9 de janeiro e 14 de novembro de 1942, publicados, respectivamente, na "REVISTA FORENSE", vol. 92, pág. 87, e na "Jurisprudência do Supremo", vol. 15, pág. 70; e acórdão de 6 de setembro de 1943, transcrito no "Diário da Justiça" de 29 de fevereiro de 1944, página 1.246). Esta orientação é a que mais se coaduna com a índole da cláusula de inalienabilidade. É certo que entre as exceções previstas em lei, catalogadas no artigo 263, não há referência aos bens gravados de inalienabilidade, mas a inclusão destes na incomunicabilidade entre os cônjuges decorre por via de compreensão, como acentuou aquêle egrégio Tribunal. Se o bem inalienável,

no dizer de CLÓVIS, não pode ser transferido a outrem ou por outrem adquirido ("Código Civil", vol. VI, pág. 128, nº 3), é evidente que a comunicação advinda do regime legal virá aumentar a meação de um dos cônjuges e possibilitar a transferência dos bens aos seus sucessores, quando a indisponibilidade imposta pelo testador visou à situação do herdeiro e não de um estranho à sua sucessão (apelação cível nº 2.452, em 22 de agosto de 1944, *in* "Justiça", vol. 25, pág. 742). Assim sendo, merece confirmação, nesta parte, a decisão recorrida.

Custas pela segunda apelante e pela herança apelada.

Pôrto Alegre, 11 de abril de 1950. - *Homero Martins Batista*, presidente; *Nei Wiedemann*, relator designado: Vencido, quanto à segunda apelação.

I. O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, com as exceções estabelecidas em convenção pré-nupcial, ou resultantes de infração legal, ou derivadas da consideração da idade dos nubentes, ou de sua situação familiar, ou da ocorrência de determinada situação (Cód. Civil, arts. 262, 256 e 258), e, ainda, com as exceções enumeradas no art. 263 do Cód. Civil. Em nenhum destes dispositivos se encontra estatuído que os bens inalienáveis são comunicáveis. Não há, portanto, norma *expressa* que ampare a solução adotada pela douta maioria. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal, e este regime prevalecerá em relação aos adquiridos na constância do casamento, no silêncio do contrato (Cód. Civil, arts. 258 e 259). Esta é a regra geral, pois que sofre exceções, e estas são as que ficaram enumeradas acima. Assim sendo, se é princípio assentado aquêle de que as normas, que abrem exceções à regra geral, só abrangem os casos que especificam, - tal como dispunha expressamente o artigo 6º da Lei de Introdução de 1916, - verifica-se que nenhuma daquelas normas "especifica" a exceção à comunicabilidade, firmada no aresto. Portanto, não sendo possível considerar implícita em alguma destas normas a exceção apontada, não cabe a aplicação do art. 4º do dec.-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

II. Objeta-se, entanto, que aquela solução se impõe "por força de compreensão": será necessária consequência lógica dos termos legais.

Examinando êste aspecto, vê-se que em dois passos se torna necessária essa construção lógica: na interpretação, do art. 1.793 e na do art. 263, ns. II e XI, do Cód. Civil. Naquela, para demonstrar que incomunicabilidade é inalienabilidade não significam cláusulas diferentes: nesta, para mostrar a desnecessidade da referência expressa à inalienabilidade.

Brevitatis causa, tomam-se em consideração os elementos colacionados na decisão de primeira instância, e que são os mais ponderoso, aliás, em favor da tese ali adotada, e confirmada pelo aresto. De acôrdo com as citações feitas, "a cláusula de inalienabilidade dos bens se opõe a tôda e qualquer espécie de alienação. A intransmissibilidade determina a incomunicabilidade dos bens ou, em outros têrmos, os bens inalienáveis são, de sua natureza, incomunicáveis" (ITABAIANA, *apud* fls. 37-38); "a (cláusula) de inalienabilidade é um todo de que a outra, a de incomunicabilidade, é a parte. Uma é o gênero, a outra a espécie. E quando se afirma a existência de um todo, tem-se afirmado a existência da parte. O maior compreende o menor. A referência ao primeiro dispensa ao segundo" (MÁRIO GUIMARÃES, *apud* fls. 38); "os bens inalienáveis estão previstos por fôrça de compreensão entre os incomunicáveis que êle (art. 263 do Cód. Civil) expressamente já excetuara" (RAFAEL MAGALHÃES, *apud* fôlhas 39); "em suma, se os bens inalienáveis são, por sua natureza mesma. Incomunicáveis, estão êles incluídos na referência expressa do nº II do art. 263, do Cód. Civil, que trata dos bens incomunicáveis" (OROZIMBO NONATO, *apud* fls. 39). Posta de lado a inexplicável omissão de referências ao nº XI do artigo 263 citado, examine-se o cerne dêsses argumentos. Se a inalienabilidade é *gênero* e a incomunicabilidade *espécie*, conforme ITABAIANA e MÁRIO GUIMARÃES, verifica-se que a incomunicabilidade tem maior número de elementos constitutivos do que a inalienabilidade: aos elementos essenciais da inalienabilidade deve-se acrescentar a diferença específica para que se configure a espécie - incomunicabilidade. Nesta se encontrará, portanto, *necessariamente*, um elemento *a mais* do que no gênero. É esta uma necessidade lógica impostergável e incontroversa. Entretanto, de acôrdo com RAFAEL MAGALHÃES e OROZIMBO NONATO, a incomunicabilidade é *gênero* e a inalienabilidade é *espécie*: é aos elementos essenciais da incomunicabilidade que se deve acrescentar a diferença específica para se obter a espécie - inalienabilidade. É esta que terá um elemento *a mais* do que aquela. Ou seja, inalienabilidade e incomunicabilidade sobem e descem na escala das idéias

conforme a conveniência, e, na hipótese *sub judice*, elas tomaram - simultânea e correspectivamente - as duas posições. Mas, nem mesmo considerando a lógica como "a ciência primordial dos dinâmismos contraditórios de qualquer experiência", ou seja, nem mesmo na "lógica do contraditório", esta valência simultânea e igual pode ser tolerada. Mesmo aí, o fundamento contraditório elabora, constrói, por si mesmo, "*deux vérités, inverses et antagonistes, les deux non contradictions de la dialectique contradictoire, vérité affirmative ou d'identité et une vérité négative ou de diversité (qui est le faux de la logique classique), comme aussi une fausseté, en tant que contradiction des deux vérités. Et entre ces trois valeurs polaires impossibles ou idéales, s'échelonne toute une série de valeurs possibles et effectives, essentiellement relatives et relationnelles, qui ne sont que les processus mêmes de l'opération logique, c'est-à-dire les processus élaborant les deux non-contradictions et la contradiction relatives et relationnelles*" (STEPHANE LUPASCO, "Logique et contradiction", 1947, pág. XVIII *et passim*). E ainda que se admita, com ORTEGA e GRANELL, que a verdade depende da pergunta formulada, e que, por isso, podendo se fazer infinitas perguntas, ou, pelo menos, diferentes espécies de perguntas, é admissível supor que existem diferentes classes de verdades (MANUEL GRANELL, "Lógica", ed. "Rev. de Occidente", 1919, pág. 455), ainda assim não poderá prevalecer aquela simultaneidade de aspectos contraditórios, pois somente foi formulada uma pergunta. É evidente, portanto, que, ante êsse (na lógica aristotélica) sofisma por confusão (STUART MILL, "Lógica", trad. OVEJERO Y MAURYM, 1947, págs. 806-831), somente uma conclusão se impõe: inalienabilidade e incomunicabilidade são cláusulas diversas, cada uma delas tendo finalidade própria.

III. Impugna-se, porém, esta conclusão, porque seria contrária à norma legal expressa, uma vez que, no regime de bens da comunhão universal, a comunicação é uma alienação e, no fundo, sempre de natureza contratual (Supremo Tribunal Federal, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 92, pág. 87; "Direito", vol. 60, pág. 229). Não dou pela relevância desta impugnação, eis que oposta à *communis opinio* sobre a natureza do matrimônio, bem como a orientação do direito positivo brasileiro. Neste, não existe "contrato" de matrimônio, e o patrimônio do casal forma "comunhão familiar" (CLÓVIS BEVILÁQUA, "Código Civil Comentado", vol. 2, obs. ao art. 262; vol. 4º, obs. ao art. 1.176, etc.). Na maior parte dos ordenamentos jurídicos positivos, o matrimônio é instituição, e não contrato (LUÍS FERNANDES CLERIGO, "El

derecho de familia en la legislación comparada", pág. 12), pois que "las cosas son como son, y no lo que se les llama". MARTIN WOLFF (colaborador da P. ARMINJON e BORIS NOLDE no "Traité de droit comparé") consigna sinteticamente: "*marriages are not contracts - they create a status nor an obligation*" ("Private international law", " ed., 1950, págs. 447-448), frase que indica o tema da explanação de ROBERTO DE RUGGIERO, baseada no conceito fundamental de uma nítida contraposição entre o direito de família e tôdas as outras partes do direito privado ("Instituições de Direito Civil", trad. ARI DOS SANTOS, vol. 2º, págs. 7 e segs.). E são de DABIN as asserções: "*il y a une institution familiale; il n'y a pas de personne familiale. La famille ne constitue ni une personne morale, ni même une société au sens propre du terme*" (JEAN DABIN, "La philosophie de l'ordre juridique positif", pág. 358; "Miscellanea Vermeersch", vol. 6º, II, 1935; *apud* SAVATIER, "Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui", 1948, pág. 107). Atendido êste aspecto do direito familiar desaparece a pedra angular da impugnação formulada, eis que a comunhão, de que se vem falando, não é de natureza contratual; por êstes fundamentos, dei provimento à segunda apelação.

Foi voto vencido na primeira apelação o Sr. Des. JOÃO SOARES.

Foi presente o Sr. Dr. JOSÉ CORREIA DA SILVA.

*

LOCAÇÃO - NOVAÇÃO - PAGAMENTO

- O recebimento reiterado do preço do arrendamento, depois de decorrido o prazo do pagamento, e a expressa concordância do credor ao pedido do devedor de aguardar o pagamento da prestação vencida, sem prefixar época para o pagamento, sabre tornar indeterminado o prazo, importa renúncia dos direitos oriundos da mora do devedor, e na purgação dela.

João Batista Siga e sua mulher *versus* Eunice Gonçalves Rosa

Ap. nº 7.640 - Relator: DESEMBARG. HOMERO BATISTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, entre partes, apelantes João Batista Siga e sua mulher e apelada Eunice Gonçalves Rosa:

Acorda a 1ª Câmara Cível prover a apelação para, reformando a sentença de fls. 49, julgar improcedentes as ações cumuladas, de rescisão do contrato de arrendamento, cobrança da multa convencional e dos aluguéis e de despejo.

O apelado João Batista Siga tomou em arrendamento, mediante contrato por escritura pública de 20 de julho de 1949, pelo prazo, a contar dessa data, de quatro anos, à apelada Eunice Gonçalves Rosa, uma fração de campo de sua propriedade, situada no município de São Lourenço do Sul. Estabeleceram o preço, por êsse arrendamento, de Cr\$ 200.000,00, ou sejam, Cr\$ 50.000,00 anuais, que o arrendatário se obrigou a pagar à locadora, em sua residência, na cidade de Pelotas, "em prestações semestrais vencidas de Cr\$ 25.000,00, cada uma, após 10 dias do semestre vencido". Estipularam, outrossim, que "a simples falta de pagamento nas épocas fixadas, por si só, constituirá a mora, independentemente de qualquer interpelação judicial ou aviso extrajudicial..."; assim como, pela cláusula XIV do contrato, que a infração de qualquer de suas cláusulas, sôbre importar, independentemente de interpelação judicial, a sua rescisão, sujeitaria o infrator à obrigação de pagar a multa de Cr\$ 20.000,00, imediatamente, à parte que se conservasse fiel.

O arrendatário, no entanto, faltou ao pagamento da prestação semestral, correspondente ao segundo período do ano de 1950, que deveria ter satisfeito de 21 a 31 de janeiro de 1951. Por que tenha o arrendatário, por esta falta, incidido em mora, fundada nesta pleiteia a locadora a rescisão do contrato, indenização de perdas e danos, preestimados em Cr\$ 20.000,00 pela cláusula XIV do contrato, o pagamento da prestação vencida e o despejo do arrendatário.

Êste, contestando a ação, admitiu a falta imputada. Recusa-lhe, porém, o efeito que lhe atribui a autora, de tê-lo constituído em mora, falhando, destarte, o fundamento dos vários pedidos por ela formulados. É que os pagamentos recebidos foram efetuados sempre muito depois da data aprazada, sem impugnação da autora que, ao revés, manifestou expressamente sua concordância pelo bilhete de fls. 38, datado de 17 de abril de 1951, em esperar

o pagamento da prestação ora reclamada, sem prefixação de novo prazo. Houve, assim, um acôrdo entre autora e réu, ao princípio tácito e por último expresso, em alterar a época de pagamento, que se tornou indeterminada. Em consequência, não mais prevalecendo o prazo estipulado no contrato, só mediante interpelação da autora poderia ele, réu, ser constituído em mora, o que, todavia, não se verificou.

A sentença repeliu esta defesa, considerando que o procedimento da proprietária deve ser considerado ato unilateral de liberalidade, de interpretação ou aplicação restrita e objetivada a cada caso ocorrente, sem qualquer extensão ao cumprimento regular das cláusulas contratuais.

Assim seria de se conceituar o procedimento da autora, se tratasse de ato accidental, episódico, de tolerância, e quando não houvesse, como sucede na espécie dos autos, manifestação expressa dela, concordando com a espera do pagamento, solicitada pelo réu, por telegrama, e atendida sem limitação de tempo. Não se trata, ao que se vê, de mera tolerância da credora, por ato unilateral, mas de uma concessão feita por acôrdo das vontades de ambos os contratantes.

O essencial, na modificação das convenções, ensina JOSSERAND, é o elemento consensual ("Cours", XI, 247). Ora, êste elemento, no caso dos autos, se revelou, primeiro pela aceitação dos pagamentos das prestações vencidas, feitos fora do prazo contratual, e, por último, por forma iniludível, pela solicitação do devedor e anuência expressa da credora. Ora, se houve concessão da autora, por acôrdo de vontade com o réu, em que o pagamento da terceira prestação se fizesse sem observância do prazo pactuado no contrato, o que, aliás, já vinha sendo praticado com a tácita concordância da credora, não há falta ou omissão imputável ao réu, o que significa não ter o mesmo incorrido em mora, consoante a norma do art. 963 do Cód. Civil.

A concessão teria sido feita após vencida a prestação, quando o réu já havia incidido em mora, alega a autora, visando desfigurar a prorrogação do prazo. Sob êste aspecto, então, ter-se-á verificado, de sua parte, a purgação dessa mora. A alta de pagamento, pelo réu, da prestação, no prazo contratual, teria acarretado a rescisão do contrato e investido a autora nos direitos de reaver o imóvel locado e haver a multa de Cr\$ 20.000,00, convencido o réu, amigável

ou judicialmente, de sua falta. Ao revés de exercer êsses direitos, oriundos da mora do devedor, aprouve à autora relevar o réu de sua falta, passando a aguardar o pagamento, conforme concessão expressa (bilhete de fls. 38), por tempo não especificado. Procedimento semelhante revela a renúncia de parte da autora, dos direitos decorrentes da mora do réu, o que importa a purgação da mora em que houvesse êle incorrido. É o que estatui o art. 959, III, do Cód. Civil, mantendo princípio já dominante no direito anterior, como desdobramento da doutrina (CLÓVIS BEVILÁQUA, "Código Civil", vol. IV, pág. 117). Não perdeu, assim, atualidade a lição de M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, consoante a qual "a mora do devedor pode também ser purgada pela renúncia do credor aos efeitos já produzidos contra aquêle. Que o credor possa renunciar seus direitos expressamente não se discute. Pode também fazê-lo tácitamente, praticando atos que revelam a vontade de não se aproveitar, no todo ou em parte, dos efeitos da mora. Apenas isso deve ser inequívoco, como tôda renúncia, que deve ser restritamente interpretada. Tal, por exemplo, *um prazo concedido ao devedor moroso*, a novação com êle operada, etc. Outro caso de renúncia tácita do credor é se recebe a prestação sem reclamar prejuízos..." ("Obrigações", nº 267, ed. de 1908). Ao que se vê, a lição *supra* socorre à defesa do réu, quer se entenda que se verificou uma renúncia tácita, quer expressa, em relação aos direitos originados da mora do devedor.

Julgando improcedente a ação, todavia, não se defere ao réu, apelante, os pedidos de indenização de danos, de honorários advocatícios e da sujeição da autora às penas do art. 1.531 do Cód. Civil. Não resultou a ação proposta de dolo ou culpa da autora, mas de uma inexata compreensão da espécie, para que seja compelida ao pagamento daqueles honorários. E os danos, assim como a penalidade do artigo 1.531 do Cód. Civil, sôbre pressuporem a malícia da autora, sequer invocada, só poderiam ser exigidos pela via reconvençional.

Custas, em proporção, por ambas as partes.

Pôrto Alegre, 8 de abril de 1952. - *Homero Martins Batista*, presidente e relator; *Nei Wiedemann*; *Lourenço Mário Prunes*.

*

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - PERDAS E DANOS

- Se as partes não passaram dos simples entendimentos preliminares da compra e venda e a convenção não chegou a se firmar, não pode a que se julgar prejudicada demandar perdas e danos.

Leone Bolzoni *versus* Anselmo Vieira de Carvalho e outro

Ap. nº 7.308 - Relator: DESEMBARG. LOUREIRO LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Os apelados promoveram a presente ação contra o réu para rescindir o contrato de promessa de compra e venda de imóveis, que com êle tinham, e haver do mesmo perdas e danos pelo seu inadimplemento. Alegam que, a 17 de maio de 1948, convencionaram a compra de sete lotes coloniais, cuja situação mencionam, pelo preço de Cr\$ 12.000,00, obrigando-se o promitente-vendedor de lhes dar escritura no prazo de 30 ou 40 dias, mediante pagamento do preço ajustado. O réu faltou ao compromisso, vendendo um dos lotes a terceiro. A demanda foi contestada, sustentando o réu que não firmou o aludido compromisso, mas apenas encarregou um dos autores de fazer a venda dos mencionados lotes, por mandato verbal; além disto, o mesmo agiu de má-fé, procurando afastar o terceiro que comprou o referido lote, para por êsse meio tentar negócio direto para si. Reconvindo, alega que os autores são litigantes temerários, devendo ser condenados nas perdas e danos decorrentes dêste litígio. A reconvenção foi impugnada. Saneado o processo, não houve recurso. Na instrução, interpôs o réu dois agravos no auto do processo das decisões que indeferiram fosse ouvida uma testemunha do réu, e que mandou tomar o depoimento de uma do autor. Após debates orais, foi a causa julgada procedente, condenado o réu a satisfazer perdas e danos, inclusive honorários de advogado, e improcedente a reconvenção. O vencido apelou pleiteando a reforma da sentença, pelos motivos constantes de suas razões, para que se julgue a ação improcedente e procedente a reconvenção. Os autores pedem confirmação.

I. Verifica-se da prova dos autos que os autores baseiam sua ação em três escritos emanados do réu. O primeiro, de fls. 7, é uma simples nota em que há apenas indicação de sete lotes ao preço de Cr\$ 12.000,00, com o prazo de 30 ou 40 dias para receber o dinheiro. Nêle não se vislumbra o menor compromisso de venda aos autores; é antes uma indicação para um mandatário. Essa nota tem a data de 17 de maio de 1948. O outro escrito é uma carta do réu aos autores, datada de 21 do mesmo mês e ano. Nela comunica o missivista haver recebido respostas do aludido terceiro comprador dizendo fazer o negócio, e que, assim, venderia aos autores só os outros lotes restantes, acrescentando que a causa disso fôra não ter-se lembrado que esperava resposta daquele, e porque se baseara na informação dos autores de que o mencionado terceiro não queria comprar o dito lote. Neste documento, de fato, parece haver-se o réu comprometido com os autores, mas o motivo vem bem claro. Finalmente, o último escrito é também uma carta, com data de 25 do referido mês e ano, na qual repete o réu, mais ou menos, a mesma coisa, dizendo que Guadagnin, o terceiro, desmentiu que não faria o negócio. Pelos depoimentos do réu e do autor, combinando-os, vê-se que a razão está com o réu. A promessa de venda não passou de sua fase inicial de entendimentos; não chegou a se efetivar. A isso chamam os alemães *Punktation*, e por tal entendem notas que as partes, antes de firmar a convenção, redigem como base do negócio. Êsses apontamentos se destinam, simplesmente, à memória, sem a menor vinculação das partes. Todavia, essa vinculação poderá existir, mas, para isso, mister se faz que as partes já se hajam entendido nos pontos principais do contrato (WINDSCHEID, "Pandette", vol. II, §§ 310-312). Se uma das partes rompe os entendimentos, já quando acertados em seus pontos principais, recusando-se a concluir a convenção, nem por isto terá a outra direito a perdas e danos, mas simplesmente o de exigir o pagamento de interêsses negativos, segundo JHERING, isto é, poderá apenas demandar o pagamento de despesas que haja feito durante e em virtude dos entendimentos, e nada mais. Não tendo havido, portanto, no caso, promessa real de compra e venda, não podiam os autores vir demandar perdas e danos pelo seu suposto inadimplemento, pelo que deve ser reformada a sentença nesse ponto, para julgar-se a ação improcedente, confirmando-a sòmente no tocante à desestimação da reconvenção, por carecer a mesma de prova fundada.

Por tais motivos, acordam, em 3ª Câmara Cível, por maioria, dar provimento, em parte, para reformar a, sentença e julgar a causa improcedente,

confirmando-a no respeitante à reconvenção. Prejudicados os agravos, face ao art. 275 do Cód. de Proc. Civil.

Custas na forma da lei.

Pôrto Alegre, 13 de setembro de 1951. - *Loureiro Lima*, presidente e relator; *Décio Pelegrini*, vencido: Confirmava a sentença apelada, cujos fundamentos, a meu ver, ajustavam-se à prova dos autos e aos princípios de direito aplicáveis à espécie. É inocultável a efetivação do negócio, estando as partes acordes no preço e demais condições. Qualquer dúvida deixada pelo documento de fls. 7, que faz referência expressa à venda de sete lotes, no lugar chamado, hoje, Hibiraiaras, pelo preço de Cr\$ 12.000,00, seria espancada pelo depoimento pessoal do réu (fls. 63), que confirmou a efetiva realização da compra e venda. É certo que o réu alegou indução a erro, porque o autor lhe afirmou desinterêsse de outro pretendente pelo negócio. Mas, em primeiro lugar, nenhuma prova fêz êle da alegação. Depois, ao mesmo tempo que a fórmula, informa que estava deslembado de que esperava resposta do outro pretendente. Definitivo o negócio, interpelado o réu e carecente o autor de documento autorizador de adjudicação compulsória, restava-lhe recorrer, como fêz, à ação de indenização de perdas e danos. Também desestimei a reconvenção, mas neguei provimento ao agravo no auto do processo, de fls. 64, e dei provimento a idêntico recurso, interposto a fôlhas 123, referentes a testemunhas impedidas de depor. No primeiro caso, o depoimento não foi tomado. No segundo, não conheci do depoimento da testemunha impedida; *Darci Pinto*.

*

SEGURO DE EDUCAÇÃO - APÓLICE CADUCA - REINTEGRAÇÃO

- **É válida a reintegração da apólice caduca se as declarações prestadas foram de boa-fé e se ajustam as circunstâncias apuradas, no sentido de que o proponente poderia razoavelmente considerar-se em boas condições de saúde.**
- **A omissão a consulta, anterior, de rotina ou preventiva, não constitui infração que dê lugar a invalidade da reintegração, se a consulta, dados os seus termos, não se liga à moléstia da qual haja tratamento médico.**

Maria Campedelli D'Aloia *versus* Cia. de Seguros de Vida Previdência do Sul

Ap. nº 7.310 - Relator: DESEMBARG. MAURÍLIO DAIELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 7.310, desta capital, em que é apelante Maria Campedelli D'Aloia e apelada Cia. de Seguros de Vida Previdência do Sul:

Acordam, em 2ª Câmara Cível, por maioria, dar provimento à apelação, para julgar procedente a ação.

Custas pela apelada.

Virgílio Rodolfo José D'Aloia contratara em favor dos seus filhos menores seguros de educação, em 1947, com a Cia. de Seguros Previdência do Sul, deixando-os caducar em setembro de 1948, por falta de pagamento. Entretanto, dada a insistência do representante da companhia seguradora, em Limeira, Estado de São Paulo, foram as apólices reintegradas em janeiro de 1949, mediante proposta firmada pelo segurado. E tendo êste falecido em julho do mesmo ano, a companhia seguradora negou-se a pagar, alegando ter aquêlo omitido na respectiva proposta circunstâncias referentes ao seu estado de saúde, que davam lugar, em face do acordado na mesma proposta e por fôrça dos arts. 1.443 e 1.444 do Cód. Civil, à insubsistência e invalidade da reintegração.

Proposta a ação, sob o fundamento de que o segurado ignorava o seu estado de saúde, bem como a sua espôsa, acrescentou-se que o sintoma da doença que àquele vitimara só se tornara patente após a assinatura da proposta, como deflui do atestado fornecido pelo seu médico-assistente.

O juiz entendeu que o segurado ocultara, propositadamente, o seu estado de saúde, que não lhe poderia passar desapercibido, fato êsse que, revelado, poderia influir em não ser aceita a proposta. Ademais, as declarações do facultativo não lhe são favoráveis, pois que reticentes e não esclarecedoras,

como seriam de desejar, e, por isto, com fundamento no artigo 1.444 citado, julgou improcedente a ação da qual a interessada recorre.

Examinada a prova, devidamente, tudo leva a crer que o segurado não tivera conhecimento da gravidade do seu mal, tanto assim que, indo à consulta médica a 3 de julho de 1948, deixou caducar as apólices em setembro do mesmo ano.

Alega-se, porém, que o proponente, ao assinar a proposta constante de fls. 36, omitira a circunstância de que não se encontrava sob tratamento médico e, ao invés disso, acrescentou considerar-se em boas condições de saúde.

O proponente sofria do mal de cuja gravidade não se apercebia, nem terceiros que com êle tratavam, tanto assim que o agente da companhia vinha insistindo para a reintegração das apólices caducas, independente de exame de sanidade. Além disso, se tivesse ciência dêsse estado, por certo não teria deixado caducar os títulos. De modo que, razoavelmente, se considerava em boas condições de saúde, não se devendo assim considerar fraudulenta a declaração constante nesse sentido na proposta de fls. 36.

Restaria examinar se o fato de ter o segurado anteriormente consultado ao seu médico e de sua família constitui infração ao questionário, que indagava se, atualmente, se encontrava em *tratamento médico*.

Realmente, no sentido amplo, a dita consulta e correspondente medicação importam tratamento, mas, como se vê do próprio questionário, o tratamento aludido está ligado a *moléstia* existente, de que não se tenha curado.

A doutrina, ao examinar o art. 1.444 do Cód. Civil, admite que as declarações inexatas, mesmo prestadas de boa-fé, anulam o contrato se, conhecido o estado, possam influir na aceitação ou não da proposta ou na taxa do prêmio a ser pago.

Essa doutrina, além de não se ajustar ao que está expresso na lei, devendo-se examinar o art. 1.444 de acôrdo com o art. 1.443 do Cód. Civil e não isoladamente, contraria a corrente doutrinária que se vem elaborando com acento na legislação de outros países, que só a culpa ou a má-fé na omissão das declarações devidas é que poderá dar lugar a anulação do contrato de seguro (v. JOÃO VICENTE DE CAMPOS, no "Dicionário de Seguros", de AMÍLCAR

DOS SANTOS, 2ª edição, verbete "Declaração"). Talqualmente, a orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando decisão do Tribunal de Minas (ac. de 9 de agosto de 1949, no "Diário da Justiça" de 11 de junho de 1951, pág. 1.431, suplemento).

Ora, na hipótese vertente, além de terem sido prestadas de boa-fé as declarações, de que o proponente se sentia em boas condições de saúde, ajusta-se perfeitamente às circunstâncias já referidas, pois o seu médico-assistente só lhe determinou restrições ao seu sistema de vida quanto ao uso de fumo, álcool, guiar automóveis, após a reintegração, quando o mandou consultar a um especialista na cidade de São Paulo. A consulta anterior, de julho de 1948, não pode ser ligada a êsse estado grave de saúde, revelado ao próprio paciente. De modo que, se a *causa mortis* se pode filiar ao estado anterior, entretanto, teve a sua eclosão por motivos supervenientes.

Nestas condições, o segurado só tinha razões para se considerar em boas condições de saúde na época em que fêz a sua proposta e igualmente não teria omitido circunstância essencial ao dizer que não estava em tratamento médico, desde que a consulta anterior feita ao médico, dado os termos com que se apresenta, se configura de prevenção ou rotina, não se podendo considerar ligada a tratamento de moléstia, que ainda não se declarara.

Pôrto Alegre, 28 de dezembro de 1951. - *Erasto Correia*, presidente; *Maurílio Alves Daielo*, relator; *João Clímaco de Melo Filho*, vencido: Confirmava a sentença recorrida, em face dos termos da proposta de reintegração de fls. 36 e do disposto no art. 1.444 do Cód. Civil.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

APELAÇÃO - SENTENÇA DEFINITIVA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - ABSOLVIÇÃO DE INSTÂNCIA - IMPROPRIEDADE DA AÇÃO

- Da decisão que entende imprópria a ação depois de produzida a prova e feitos os debates, cabe apelação.

- O indeferimento da petição inicial tida como inepta, só cabe no momento da apresentação dela, de plano.

-. Não pode ser decretada a absolvição de instância sem pedido do réu nesse sentido, não devendo também ser decretada depois de finda a instrução da causa.

- As sentenças apeláveis são as definitivas e definitivas são quaisquer decisões finais, proferidas em julgamento do feito, tenha ela o fundamento que tiver e conclua como concluir. Não são definitivas apenas as sentenças que põem fim ao feito, mas as que julgam o feito, resolvendo-lhe o mérito, decidindo em definitivo um litígio suscitado.

- Se a sentença adota cumulativamente duas soluções, a de impropriedade da ação e a do sobrestamento, o recurso cabível é o de apelação.

Basílio dos Anjos Calçado *versus* Otávio Jansen Pereira

Ag. nº 1.941 - Relator: DESEMBARG. SOUTO MAYOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 1.941, da comarca de Niterói, em que é agravante Basílio dos Anjos Calçado, e é agravado Otávio Jansen Pereira:

Pelo Juízo da 1ª Vara Cível da catai, propôs Basílio dos Anjos Calçado uma ação de reintegração de posse contra Otávio Jansen Pereira, tendo por objetivo reaver dêste um imóvel que lhe prometera vender, mediante condições que não teriam sido cumpridas pelo promitente-comprador.

Teve a ação seu curso regular, considerando-se o processo limpo de irregularidades e isento de nulidades quaisquer (despacho saneador transcrito a fls. 13 verso).

Na audiência de instrução e julgamento, entendeu o MM. e culto Dr. juiz substituto, em exercício na mencionada Vara, de converter o julgamento em

diligência, mandando fôsse o réu intimado pessoalmente para ser ouvido em audiência. Afinal, na audiência, para depois aprazada, produzidas as provas e verificados os debates orais, ditou S. Ex.^a a decisão transcrita a fls. 16 v.-17 v., em a qual, depois de várias considerações, concluiu, à luz do petitório contido na inicial, que *o autor elegeu uma via que deve ser vista como incompetente ou imprópria, acrescentando que é do preceito que quem tal faz também deve ser visto como tendo renunciado à via competente* (fls. 17); e por isso, invocando os arts. 276 e 375 do Cód. de Processo, absolveu o réu da instância, deixando livre ao autor, ressalvado o ato probatório, recorrer ao citado art. 276.

Inconformado, apelou o autor da sentença, mas, pelo despacho transcrito a fls. 21 e v., sustentado a fls. 23, denegou-lhe o Juízo o recurso, por ter como inapelável a decisão, a qual, *pela matéria e objeto, poderá ser veiculada sob a forma de despacho saneador*.

Contra tal despacho, que impediu a subida da apelação, eis que a rejeitou, insurge-se, por via do presente agravo, o autor-apelante, sustentando, contra o dizer do erudito Dr. juiz *a quo*, que êste lhe trancou o feito, proferindo decisão definitiva, e que entrou na apreciação mesma do mérito da causa.

Isto pôsto, e tudo bem visto e examinado:

Três foram os artigos do Cód. Civil em que se baseou a decisão do probo e culto Dr. juiz *a quo*, na audiência de instrução e julgamento da ação intentada pelo agravante contra o agravado: o art. 276, o art. 375 e o art. 160.

Diz o primeiro que a impropriedade da ação não importará nulidade do processo: o juiz anulará sòmente os atos que não puderem ser aproveitados, mandando praticar os estritamente necessários para que a se processe, quanto possível, pela forma adequada.

Reza o segundo que o exercício de uma ação por outra não induz nulidade, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas.

Estabelece, por derradeiro, o último que a petição inicial será indeferida se manifestamente inepta ou quando a parte fôr ilegítima.

Mas, na espécie, que fêz o MM. e honrado Dr. juiz *a quo*?

Êle entendeu, depois de produzida a prova, depois de ouvidos os debates, que o autor não articulara, na inicial, *fato* de que nascesse o seu *direito*. Faleciam-lhe, assim, ao autor, aquêles pressupostos da ação possessória, pressupostos que êle devia provar para poder exercitá-la. Achou, pois, que a ação era imprópria, ante a inicial, que, evidentemente, parece ter entendido *inepta*; e, com base no artigo 160 do Cód. de Processo, *absolveu o réu da instância*.

Com isso, pôs têrmo ao feito, proferindo decisão definitiva, na qual apreciou, como não podia deixar de apreciar, o mérito do pedido.

Como, então, entendeu inapelável a decisão questionada?

Que restava ao autor fazer, diante da decisão?

Se, a teor do art. 375, o exercício de uma ação por outra não induzia nulidade, por que não lhe deu decisão o MM. Dr. juiz *a quo*, ou por que não mandou se processasse pela forma adequada a ação que entendia própria, conforme a regra do art. 276? Certamente porque entendeu que não estavam satisfeitos, nos casos, os requisitos dessa ação que entendia êle apropriada.

E como poderia o autor promover os meios de prosseguir no feito, aproveitados os atos probatórios ressalvados pelo MM. Dr. juiz *a quo*, se êste já havia absolvido o réu da instância?

Aliás, tal absolvição de instância, na altura em que foi proferida, ou seja, em sentença final de ação, e com fundamento no art. 160, não tinha cabimento, por dais motivos: *primo*, porque o indeferimento à petição inicial tida por inepta sòmente caberia à apresentação dela, ao limiar do Juízo, ao ingressar neste o autor, de plano; *secundo*, porque o réu não pediu fôsse absolvido da instância, condição *sine qua* da absolvição, mesmo no caso do art. 160 (art. 201, inciso V).

Relembrem-se, ao propósito, julgados dos nossos Tribunais:

"A inicial sòmente pode ser indeferida ao receber o seu primeiro despacho, constituindo êrro de técnica uma tal decisão no saneador" (ac. unânime da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 14-11-1945, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. VII, ns. 8.614 e 8.615).

"Não é possível a decretação da absolvição da instância após a instrução da causa, por inépcia da inicial, máxime sem pedido do réu" (ac. unânime da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 14-3-1946, *in* ALEXANDRE DE PAULA, *cit.*, nº 8.620).

Se a inicial era inepta, o talentoso Dr. juiz *a quo* deveria tê-la indeferido de plano. Não o fêz. Antes, na oportunidade legal, proferiu o saneador, declarando nada haver que sanear no processo.

Não podia, pois, na sentença final decidir pela inépcia da inicial. O art. 160 estabelece o que DE PLÁCIDO E SILVA chama a *sanção da preclusão* ("Comentários ao Código de Processo Civil", 3ª ed., vol. I, pág. 329), aplicável, porém, desde logo, por conta do princípio da economia processual (PEDRO BATISTA MARTINS, "Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. II, pág. 138, nº 87).

Para dar a decisão que deu, - e a sustentação do despacho, a fls. 23, não deixa dúvidas a respeito, - o digno e operoso Dr. juiz *a quo* apreciou o mérito da causa, o mérito do pedido, verdade tanto mais evidente quanto se tiver em conta o conceito que, de *mérito*, faz o festejado processualista ENRICO TULLIO LIEBMAN (*in* "Rev. de Direito", vol. 146, pág. 466).

Mas, e vá para argumentar, mesmo quando não tivesse entrado no mérito, como êle objeta e sustenta, para denegar a apelação, ainda assim o recurso adequado ao caso não seria o de agravo de petição, com fundamento no art. 846 do Cód. de Processo, mas o de apelação.

E que, a teor do art. 820 dêsse diploma, são apeláveis, salvo disposição expressa em contrário, as decisões *definitivas* de primeira instância.

Ora, nem se vê que a decisão *definitiva*, aí, compreende qualquer *decisão final*, proferida em *juízo* do feito, tenha ela o fundamento que tiver e conclua como concluir. É como diz, condensando a *communis opinio* a respeito, o lúcido DE PLÁCIDO E SILVA: "E essa decisão definitiva não deve ser compreendida como aquela que possa, eventualmente, pôr termo, ou fim, ao feito; mas aquela que *julga o feito*."

"A decisão definitiva, aludida no artigo, é a própria *sentença definitiva*, que os praxistas definem como o decisório judicial que decide a lide principal e põe termo à controvérsia, pela absolvição ou pela condenação do réu."

"Dê-se modo, é a decisão que resolve o mérito da questão, ou que põe fim ao litígio suscitado, decidindo em definitivo sobre a pretensão manifestada na petição inicial, quando, seguindo o feito todo os trâmites legais, é levado ao juiz para seu julgamento final".

E, logo adiante:

"Em todo caso, admite a Lei Processual que a sentença, mesmo não resolvendo o mérito, possa ser imputada como decisão definitiva, exercendo, em tal caso, toda eficácia de sentença que haja decidido sobre o mérito: quando, por haver resolvido uma questão prejudicial, seja esta incompatível com o mérito da causa, não permitindo uma decisão, sobre a questão principal. Mas, aí, como se evidencia, há realmente uma decisão final e definitiva, porquanto não se atendeu ao mérito porque a solução da questão prejudicial importou sua solução. Houve, em verdade, uma *decisão final à contenda*, por força do que estabelece o próprio art. 286 do Cód. de Processo."

"Decisão definitiva, portanto, a nosso entender, é o decisório que julga por fim o feito, isto é, conhece do seu mérito ou questão principal, ou de questão prejudicial, que prejulgue o mérito, em caráter definitivo, tornando-se irretratável, ou matéria julgada, se dela não recorre a parte que se sente prejudicada."

".....
....."

"Praticamente, pois, somente se pode reputar como *definitiva* a própria *decisão final*, ou seja a sentença que, segundo o procedimento instituído deva ser pronunciada como o *ato final* ou o *último ato* que indica o termo final do processo" (ob. cit., vol. 3º, págs. 1.478 e 1.479, ns. 1.991-1.992).

Na espécie, a causa correu todos os seus trâmites processuais; e foi no *último ato* do processo, na derradeira audiência de instrução e *juízo*, que o MM. Dr. Juiz *a quo* proferiu a *decisão final*, a sentença que seria a *definitiva* naquela instância, e que seria definitiva para sempre, se dela não houvesse recurso da parte vencida.

Logo, o recurso cabível não seria o de agravo, mas o de apelação.

É certo que o digno e proveito prolator da decisão agravada, reafirmando que julgou a ação *imprópria*, pela inépcia da inicial, ressalvou à parte prejudicada o direito de valer-se de dispositivos que citou, permissivos da continuação do feito, ou melhor, da renovação do feito, com aproveitamento de atos probatórios do processo julgado. Vale dizer, então, que a sentença apelada adotou duas soluções, uma das quais a que a deu pela impropriedade da ação. Mas, então, enquadra-se o caso naquele acórdão da 2ª Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, de que foi relator o eminente ministro OROZIMBO NONATO, do qual consigna o já citado ALEXANDRE DE PAULA este trecho: "*Se a sentença adota cumulativamente duas soluções, a de impropriedade da ação e a de sobrestamento, o recurso cabível é o de apelação*" (ob. cit., vol. VIII, número 10.303-A).

Qual se vê, a boa doutrina e a jurisprudência não estão, no caso, com o ilustre e operoso prolator da decisão agravada.

Tudo aconselha suba a apelação interposta à instância superior, para que esta, apreciando as razões das partes interessadas e as provas dos autos, decida o feito como melhor entender em sua alta sabedoria.

Há um critério que, por assim dizer, e como já o notou o doutíssimo SEABRA FAGUNDES ("Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", ed. "REVISTA FORENSE", pág. 97), é uma tradição da nossa jurisprudência: é o critério da benignidade para com o vencido; e este critério há de inspirar as decisões que,

sem ofensa a qualquer dispositivo legal, propiciem aos derrotados, mercê do recurso, um novo exame e uma nova apreciação da sua causa.

Por êstes fundamentos, tendo em vista o que dos autos consta e os princípios de direito, mais os preceitos legais atinentes à espécie em tela:

Acordam, por votação unânime, os juízes integrantes da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao agravo interposto, para o efeito de mandar, como mandam, que, observadas as formalidades legais, suba à instância superior o recurso de apelação, manifestado pelo ora agravante, na ação em que contende com o agravado.

Custas pelo recorrido, na forma da lei.

Niterói, 23 de dezembro de 1949. - *Ferreira Pinto*, presidente; *G. A. Souto Mayor*, relator; *Fróis da Cruz*; *Portela Santos*.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - DESAPROPRIAÇÃO

- A simples declaração de utilidade pública não autoriza o poder expropriante a penetrar no imóvel e nêle praticar atos de proprietário. O depósito prévio de quantia equivalente à arbitrada em processo judicial é condição indispensável para a imissão de posse.

Requerente: Prefeitura Municipal de Mafra

Mand. de seg. nº 87 - Relator: DESEMB. NELSON GUIMARÃES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 87, da comarca de Mafra, em que é requerente a Prefeitura Municipal e é requerido o Dr. juiz de direito:

Acordam, em Tribunal Pleno e pelo voto de desempate do Exmo. Sr. desembargador presidente, conhecer e denegar o pedido de segurança contra o ato do Dr. juiz de direito que determinou a recolocação de uma cêrca divisória do terreno de propriedade do Dr. Felipe Miranda e à rua Felipe Schmidt, na cidade de Mafra.

Custas pela requerente.

A Prefeitura Municipal de Mafra alega na inicial: *a)* que, por decreto municipal nº 82, de 14 de abril do corrente ano, foi declarada de utilidade pública uma área de terras medindo 99,90 m², parte integrante de um imóvel de propriedade do Dr. Felipe de Sousa Miranda, sito à rua Felipe Schmidt; *b)* que, anteriormente a êsse decreto, já a Prefeitura comunicara ao seu proprietário a necessidade dessa área de terras para o alargamento da citada rua, com o pedido de proposta para a sua compra, não logrando, todavia, qualquer resposta; *c)* que, por isso, foi decretada a desapropriação dessa área de terras pela lei municipal nº 84, de 8 de maio de 1950, já considerada de utilidade pública pelo dec. nº 82, de 14 de abril dêste ano; *d)* que, publicado o decreto que considerou de utilidade pública êsse pedaço de terras, a requerente, conforme é autorizado pelo art. 70 do dec.-lei número 3.385, de 21 de julho de 1941, penetrou no citado terreno, na área a ser desapropriada; *e)* que, neste meio-tempo, foi expedido pelo Dr. juiz de direito da comarca mandado de manutenção de posse a favor do proprietário do referido imóvel, que foi devidamente acatado; *f)* que o, proprietário dêsse terreno, sem licença da Prefeitura e contrariando as posturas municipais, iniciou a colocação de uma cêrca tôsca na antiga divisa, contrariando, assim, o novo alinhamento da rua, o que motivou a lavratura de um auto de infração; *g)* que o Dr. juiz de direito, desprezando tôdas as normas legais, ação possessória ajuizada, determinou fôsse requisitada fôrça policial para que os trabalhos embargados continuassem para o levantamento da aludida cêrca; *h)* que o ato arbitrário do Dr. juiz de direito da comarca violou direito líquido e certo da requerente e, por isso, reparável por meio demandado de segurança.

Em resposta ao pedido de informações, disse o requerido: *a)* que a declaração de utilidade pública de parte do terreno de propriedade do Dr. Felipe Miranda não precedeu nem foi contemporânea, com a entrada e apossamento dessa área de terras por parte da requerente, sendo, ao revés, precedido de muito por êsses

atos e isto porque o dec. nº 82 e a lei, nº 83, respectivamente, de 14 de abril e 10 de maio do corrente ano, já encontraram a requerente dentro dêsse pedaço de terras, conforme está provado pelo ofício dirigido ao seu proprietário em data de 29 de março, nos seguintes termos: "já procedi e estou procedendo à remoção do barranco ali existente, tendo atingido o seu terreno em 99,20 m², do qual a Prefeitura necessita para a abertura da referida rua... de imediato agradecerá a sua autorização para mudar a cêrca de 11 sua propriedade no novo alinhamento... agradecendo a sua resposta com a máxima urgência, para que não sofra paralisação esta importante obra"... etc.; *b)* que, realmente, sem autorização a cêrca foi mudada para o novo alinhamento e a obra prosseguiu sem qualquer paralisação; *c)* que a turbação já confessada ganhou maior intensidade e revestiu nuances variadas, removendo-se a terra, detonando-se cargas de explosivos, cortando-se árvores, derrubando-se cêrcas e deslocando-se parte das mesmas; *d)* frente a essa situação, o proprietário ingressou em 20 de maio com uma ação de turbação de posse, com pedido de manutenção liminar, o que foi deferido, diante da prova feita nos autos; *e)* que a impetrante, ao invés de respeitar a decisão judicial, descumpriu o mandado com o embargar os serviços de restauração da cêrca em sua situação anterior, isto ê, na anterior divisa, de onde tinha sido retirada pela requerente, e lavrar auto de infração contra o Dr. Felipe Miranda, que "sem ordem e sem licença da Prefeitura" construía uma cêrca fora do alinhamento; *f)* que, em vista dêsse flagrante desrespeito à ordem judicial, o proprietário do referido imóvel solicitou, telegráficamente, providências para que fôsse efetivado o mandado expedido a seu favor, com o restabelecimento das cêrcas que existiam em suas terras; *g)* constatada a procedência da reclamação, e não a impassividade e inatividade frente à situação que se apresentava, recorreu à fôrça para que sua decisão fôsse cumprida, seguindo, assim, os ensinamentos de ASTOLFO DE RESENDE contidos na sua conhecida obra "Da Posse e sua Proteção"; *h)* que só posteriormente a Prefeitura ingressou em juízo, com a competente ação de desapropriação da área de terras já citada, com o pedido de imissão provisória, mediante depósito da quantia que fôsse arbitrada.

A Procuradoria Geral do Estado, por meu representante, no parecer de fls., opinou pela concessão da segurança pedida. por achar que o Dr. juiz de direito exorbitara ao expedir o mandado liminar, por já se encontrar ajuizada a competente ação de desapropriação, com o pedido de imissão provisória.

O legislador brasileiro, ao prescrever na própria carta constitucional: "é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização em dinheiro", mostrou de modo solene e altamente significativo não só a extensão desse direito, como também o dever dos poderes públicos de proteger a propriedade particular contra as invasões ou turbações de qualquer natureza, e, mais, que não lhes é lícito, sob qualquer fundamento ou pretexto, desconhecer o pleno direito do proprietário, subtraindo-lhe as vantagens decorrentes desse instituto.

E porque a *alienação compulsória* constitui uma exceção da plena garantia da propriedade; está condicionada "à prévia e justa indenização em dinheiro", salvo o caso de *urgência*, quando, então, mediante depósito de quantia equivalente à arbitrada em processo judicial, será o expropriante imitado, provisoriamente, na posse dos bens. É o que está, expressamente, consignado no art. 15 da Lei de Desapropriações:

"Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Proc. Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens".

Frente à garantia constitucional e ao expressamente previsto na Lei de Desapropriações, não é possível admitir-se que o poder expropriante, por autoridade própria, sem dar cumprimento ao que está renunciado na lei, ocupe, se apossar, de imediato, de bens de propriedade alheia, pouco importante para o caso, já esteja esse bem sob decreto de desapropriação ou de declaração de utilidade pública.

O art. 7º da Lei de Desapropriações, a que se apegou a requerente para justificar o seu ato e impetrar o presente pedido de segurança, não lhe dá a faculdade, que alega, de poder penetrar no imóvel do requerido e nêle praticar todos os atos julgados necessários ao objetivo da desapropriação: derrubada de cercas, de árvores, remoção e movimento de terras, etc., etc.

Diz o art. 7º:

"Declarada á utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas á penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de fôrça policial. Aquele que fôr molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

Para mostrar a absoluta falta de razão da requerente, quando aponta êsse artigo de lei para justificar o seu confessado apossamento da área de terras de propriedade do Dr. Felipe Miranda, para aqui se traslada a série de notas que os mais autorizados comentadores da Lei de Desapropriações fazem sôbre o apontado artigo.

Diz EURICO SODRÉ, em "A Desapropriação", págs. 69-70: "Para proceder aos necessários estudos e levantamento de plantas e organizar assim o plano cadastral ou particularizado, pode o expropriante, isto é, o titular do direito de desapropriação penetrar nas propriedades compreendidas na declaração de utilidade pública".

É o que dispõe o art. 7º do dec.-lei nº 3.365.

Já era assim na legislação anterior: dec. nº 4.956, de 1903, art. 7º; dec. número 1.664, de 1855, art. 14; dec. número 353, de 1845, art. 2º.

Se qualquer proprietário se opusesse à entrada de engenheiros e peritos em seu prédio, evidentemente não se levantaria o plano particularizado das obras, e, por via de conseqüência, ficaria burlada a execução expropriatória.

A lei vigente, em seu art. 7º, reproduz princípios anteriores de direito escrito, assegura o direito do expropriante de penetrar nas propriedades particulares, em trabalho de estudo, garantindo os expropriados contra os excessos ou abusos de poder."

SEABRA FAGUNDES, em "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", páginas 141-143, assim se manifesta:

"A declaração de utilidade pública da desapropriação acarreta diversas conseqüências implícitas. As conseqüências implícitas se impõem como

resultados automáticos do ato declaratório; como efeitos jurídicos que dêle devem promanar necessariamente. Tal é o caso da prioridade em favor da pessoa de direito público que primeiro declare a utilidade da desapropriação. É uma consequência que decorre independentemente de determinação da lei. Desconhecê-la seria negar qualquer expressão jurídica ao ato declaratório, como manifestação da vontade de expropriar por parte do órgão que o pratica.

"As consequências explícitas vêm referidas de maneira expressa, no texto da lei, já porque não decorrem, necessariamente; da natureza do ato declaratório, já porque, pela importância especial que revestem, o legislador acha conveniente a sua menção clara. É o que sucede no caso da autorização prevista neste artigo.

"Ela não é consequência inseparável, por natureza, do decreto expropriatório. Existe apenas como efeito suplementar, que a lei lhe atribui, a fim de facilitar a ação das autoridades administrativas, implicando uma restrição à posse do dono quando a coisa ainda se acha sob o seu integral domínio. *A sua finalidade é permitir o levantamento ou aperfeiçoamento das plantas da obra a executar e mais providências dependentes da presença direta no local.* Se a lei não previsse tal possibilidade, a oposição do proprietário ou possuidor poderia obstar, legitimamente, à penetração do pessoal técnico nos terrenos e edifícios expropriados, impedindo o rápido andamento do plano geral das obras". E mais adiante: "antes da declaração, só com o assentimento do proprietário poderão os técnicos da Administração penetrar nos terrenos ou edifícios a expropriar, para os *estudos e levantamentos* que se fizerem necessários. Mesmo após a *declaração*, o que cabe à autoridade administrativa é procurar obter o consentimento do dono do prédio". E ajunta, para terminar os seus comentários: "no direito anterior, também após a verificação (equivalente à declaração na lei atual), os proprietários dos prédios e terrenos sujeitos ao expropriação não poderiam obstar a que esses terrenos ou prédios fôsem *examinados e percorridos pelos engenheiros encarregados do levantamento dos planos e plantas*".

Melhor não poderia ser dito para Mostrar a absoluta sem razão do impetrante quando solicitou segurança para o seu ato de arbítrio ao penetrar, indevidamente, na propriedade do Dr. Felipe Miranda.

E para justificar o ato judicial contra o qual se insurge o requerente, diz ainda SEABRA FAGUNDES: "*Se a invasão ou apropriação da coisa se der sem que tenha precedido declaração de utilidade pública, pode o proprietário recorrer aos interditos possessórios e cobrar, perdas e danos da pessoa jurídica responsável pela violência*".

Florianópolis, 6 de dezembro de 1950. - *Guilherme Abry*, presidente, com voto; *Nélson Guimarães*, relator designado; *Ferreira Bastos*, relator, vencido: Pelo decreto nº 62, de 14 de abril de 1950, da Prefeitura de Mafra, ficou declarado de utilidade pública, para o fim de ser desapropriado ou adquirido mediante acôrdo, o terreno situado naquela cidade à rua Felipe Schmidt, com área de 99 90 m², pertencente ao Dr. Felipe de Sousa Miranda.

O decreto em questão foi publicado no "Jornal de Mafra", edição de 23 de abril do ano p. findo.

Anteriormente, em data de 29 de março, o prefeito oficiara ao Dr. Felipe de Sousa Miranda cientificando-o do novo alinhamento da rua Felipe Schmidt, cujas obras *tinham atingido, que não penetrado*, o terreno em causa, propondo-lhe a aquisição do mesmo.

A êsse ofício nenhuma resposta lhe deu o seu destinatário.

Declarada, assim, a utilidade pública, ficou a Prefeitura autorizada, *ex vi* do disposto no art. 7º do dec.-lei, nº 3.365, de 21 de julho de 1941, a penetrar no terreno compreendido na declaração.

Foi o que fêz a requerente, mas só depois do referido dec. nº 62, conforme o depoimento do próprio empreiteiro das obras, Antônio Mendes, nos seguintes têrmos: "que o tempo referido nas perguntas respondidas ao Dr. juiz, de duração da obra de remoção e corte (dois meses e 26 dias), se referia a tôda a obra, tendo, quanto ao terreno do justificante (Dr. Felipe de Sousa Miranda), as obras atingido o imóvel na parte necessária ao alinhamento no mês de abril p. passado" (fls. 31 v.).

Como se pode concluir daí que a Prefeitura, em data de 21 de março, tenha penetrado no terreno em foco?

Se a invasão dêste se tivesse dado sem que à mesma precedesse a declaração de utilidade pública, podia o proprietário recorrer aos interditos possessórios e cobrar perdas e danos da pessoa jurídica responsável pela violência.

No caso, porém, tal não ocorreu, conforme ficou sobejamente demonstrado.

Acresce a circunstância de que a 20 de maio, quando o proprietário do terreno ingressou com uma ação de turbação de posse, com pedido de manutenção liminar, que lhe foi concedida a 3 de junho seguinte (fls. 26 v. e 32), já tinham sido publicados a lei nº 64, de 8 de maio, da Câmara Municipal, autorizando o Executivo a adquirir, mediante compra ou desapropriação amigável ou judicial, a área do terreno foreiro urbano, considerada de utilidade pública pelo dec. nº 62, de 14 de abril de 1950, e o dec. nº 63, de 10 do mesmo mês, desapropriando a aludida área.

Ainda: o processo de desapropriação intentado pela Prefeitura de Mafra teve início a 24 de maio, e porque alegasse urgência propondo-se a fazer depositar a quantia arbitrada, o Dr. juiz *a quo*, por despacho de 2 dêsse mês, ordenou a citação do réu (fls. 16).

O douto SEABRA FAGUNDES, comentando o art. 7º do dec.-lei que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, escreve: "Ainda quando reconhecidamente danosa a penetração em prédio compreendido na declaração de utilidade pública, não pode se lhe opor o proprietário invocando os interditos possessórios, por isso que os atos lesivos, autorizados como são em texto expresso, não constituem esbulho nem turbação. Cabe-lhe, tão-sòmente, pedir as reparações devidas" ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro", pág. 143).

E LEVI CARNEIRO, referindo-se ao mesmo art. 7º e ao art. 36 do citado decreto-lei, ensina que "num e noutro caso, a lei assegura ao proprietário a plena indenização das perdas e danos que possa sofrer; faculta-lhe a exigência de caução. Mas não autoriza o uso das ações possessórias - nem mesmo quando se trata de bens de que seja possuidor - por isso que os atos que a lei permite no interêsse das obras a realizar não constituem esbulho nem turbação. Implicam, no dizer do insigne magistrado, "Sr. desembargador SEABRA FAGUNDES, "uma restrição à posse do dono" ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro",

página 121). Êsse mesmo esclarecidíssimo comentador da nossa lei justifica os dispositivos acima transcritos (ob. cit, páginas 121, 123 e 425-432). Parecer *in* "Revista de Direito Administrativo", vol. IV, pág. 371.

As transcrições acima deixam claro que à época em que se fêz uso da ação de turbação de posse não era cabível o Interdito.

Qualquer dano resultante de abuso ou excesso de poder, pacífica ou compulsória a penetração no imóvel expropriado, daria, sim, lugar à responsabilidade civil da Administração Pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal dos funcionários orientadores ou executores da diligência.

Êstes os motivos que me levaram, divergindo *data venia* dos votos vencedores, a conceder a segurança requerida; *Hercílio Medeiros; Osmundo Nóbrega; Alves Pedrosa*, vencido de acôrdo com o voto do Exmo. Sr. Des. FERREIRA BASTOS; *Guilherme Abry; Edgar Pedreira*.

Foi voto vencido o do Des. FLÁVIO TAVARES. Estêve presente ao julgamento o Dr. VÍTOR LIMA, subprocurador do Estado. - *Nélson Guimarães*.

Tribunal de Justiça de Goiás

TUTOR - RECURSO - FILHO ADULTERINO - RECONHECIMENTO - PÁTRIO PODER

- Do despacho que nomeia tutor, o recurso admissível é o agravo de instrumento.

- Os filhos havidos fora do matrimônio, sendo adúlterinos, não podem ser reconhecidos senão depois de dissolvida a sociedade conjugal.

- A mãe, seja legítima ou ilegítima, tem a presunção de capacidade para o exercício do pátrio poder e só será destituída mediante provas cabais de que não se acha em condições de o exercer, em virtude da prática de atos

contrários à moral e aos bons costumes. Exige-se, porém, para prova dêles um processo contencioso, em que a mãe terá ensejo de defender-se.

M. J. *versus* H. P.

Ag. nº 437 - Relator: DESEMBARGADOR MACHADO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento nº 437, da comarca de Pirenópolis, em que são, agravante M. J. e agravada H. P.:

Da decisão proferida pelo Dr. juiz de direito da comarca de Pirenópolis, nomeando B. tutora dos menores impúberes R. e L., filhos ilegítimos, reconhecidos pelo pai R., já falecido, por ser sua avó, foi interposto o presente agravo de instrumento, com base no art. 842, VII, do Código de Proc. Civil.

Alega, em síntese, a agravante que tal decisão é injurídica e ofende fundamentalmente os seus direitos, porque a nomeação de tutora, na espécie, diz respeito a menores sob o pátrio poder da mãe, a qual sòmente podia ser dêle destituída mediante processo regular, em que fôsse ouvida a requerimento do Ministério Público ou de algum parente dos menores. Espera, assim, que, provido o recurso, seja cassada a sentença agravada. Convém ainda salientar que a tutora, a princípio designada, não aceitou o encargo, tendo sido então nomeada uma tia dos referidos menores, D. N.; que prestou o compromisso. A seguir, a agravada contraminuta, refutando as alegações da agravante e levantando a preliminar de incabibilidade do recurso, por ser próprio o de apelação. Por sua vez, o MM. juiz manteve a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Acordam, em 1ª Câmara do Tribunal de Justiça, por votação unânime, conhecer do agravo interposto, que tem assento em lei, e dar-lhe provimento, para cassara sentença agravada. Assim decidem, porque se verifica inicialmente que o recurso interposto era o único admissível na espécie e encontra amparo no

dispositivo invocado pela agravante. Sem fundamentos, pois, a preliminar suscitada pela agravada, que por isso mesmo deve ser repelida.

No mérito, igualmente, a razão jurídica está do lado da agravante. Apura-se do processo que os menores acima mencionados foram reconhecidos pelo pai, por serem seus filhos naturais. Mas, parece, que são adulterinos, pois R. não convivia com a sua espôsa H. quando faleceu, vivendo em estado de mancebia com M., ora agravante e mãe dos referidos menores. Portanto, êsses filhos foram havidos fora do matrimônio, sendo, de conseguinte, adulterinos, hão podiam ser reconhecidos, senão depois de dissolvida a sociedade conjugal, o que não aconteceu na espécie (dec.-lei n° 4.737, de 24-9-42; lei n° 883, de 21-10-49; art. 358 do Cód. Civil). Contudo, essa circunstância não afeta a solução jurídica do caso debatido nos autos, porquanto o que está em jôgo é saber se o pátrio poder da agravante podia ser cassado da maneira como foi. Efetivamente, são manifestamente improcedentes os argumentos arrolados pela sentença agravada. Assim é que o art. 413, número V, do Cód. Civil, invocado pelo prolator, diz respeito à incapacidade para o exercício da tutela. Com efeito, no que se refere à perda ou suspensão do pátrio poder, o assunto é regulado pelos arts. 394 e 395 da citado Código, que não amparam em hipótese alguma a tese defendida pelo referido magistrado. Realmente, a mãe, seja legítima ou ilegítima, tem a presunção da capacidade a seu favor, que só será destituída mediante provas cabais de que não se acha em condições de exercer o pátrio poder, pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 395, n° III), já que, na espécie, se imputa à agravante êsses fatos. Exige-se, porém, para a prova dêles um processo contencioso, em que a mãe terá ensejo de defender-se amplamente, quer arrolando testemunhas, quer contestando as produzidas pela parte contrária. E necessário que fique, pois, cabalmente demonstrado ter a mãe praticado os atos que lhe são imputados, o que, como já se frisou, sòmente poderá ficar apurado mediante o competente processo que assegure à mãe o direito de defesa (CARVALHO SANTOS, "Código de Processo Civil Interpretado", vol. 8, págs. 53-148; art. 31 do Cód. de Menores). Argumenta-se, entretanto, no caso em debate que o mau procedimento da mãe está provado pelo fato de achar-se ligada a um homem sem o vínculo do matrimônio. Êsse argumento impressiona à primeira vista, contudo, em muitos casos, é irrelevante, eis que, geralmente, em se tratando de filho ilegítimo, não se poderá exigir que a mulher seja honesta, mas pode acontecer justamente o contrário mulher, embora ligada maritalmente a um homem, ama-o e em vista

disso respeita-o e procede bem, não praticando quaisquer atos contrários à moral e aos bons costumes. São questões de fato, que só por via de processo regular podem ser convenientemente apuradas. Ademais, reconhecido o filho pelo pai, no caso da morte dêste, o exercício do pátrio poder passará à mãe ilegítima, aplicando-se, assim, por analogia, a regra estabelecida pelo Cód. Civil, art. 382 (CARVALHO SANTOS, ob. cit., pág. 54). Também o mesmo autor ensina que os filhos incestuosos ou *adulterinos*, em regra, ficarão sempre sob o pátrio poder da mãe (observação cit., págs. 44-54). E se a mãe natural irão fôr pessoa idônea, tome o juiz as providências que a lei lhe faculta nos arts. 394 e 395 já citados, mediante, é certo, a instauração do processo adequado (CLÓVIS BEVILÁQUA, "Código Civil", vol. 2, pág. 392).

Em suma, o que se viu nestes autos, é que o MM. juiz *a quo*, desprezando todos os ensinamentos atrás expostos e sem dar à mãe a oportunidade de defender-se, por via de um processo regular, disparatada e abruptamente cassou-lhe o pátrio poder, dando aos seus filhos uma tutora, naquela fase da infância em que eles mais necessitavam dos carinhos maternos.

A sentença agravada, além de injurídica, é, pois, profundamente desumana. A sua reforma se impõe como uma homenagem à justiça e ao bom senso.

Custas pela agravada.

Goiânia, 15 de maio de 1952. - *Eládio de Amorim*, presidente; *Ovídio N. Machado Júnior*, relator; *Moacir José de Moraes*; *Maximiano da Mata Teixeira*.

Tribunal de Justiça do Ceará

HIPOTECA - TÍTULOS DE CRÉDITOS - ARREMATAÇÃO - NOTIFICAÇÃO

- Quando o débito é garantido por títulos de crédito, a hipoteca constitui acessório e aquêles, uma vez vencidos, podem ser cobrados, independentemente do vencimento da hipoteca.

- Não é obrigatória a notificação dos credores por segunda hipoteca, no caso de arrematação, quando o exeqüente tenha sua hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Genaro Teixeira Lima e outros *versus* Standard Oil Company of Brazil

Ap. nº 4.118 - Relator: DESEMBARG. AVELAR ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de anelação cível, da comarca de Fortaleza, entre partes, apelantes Genaro Teixeira Lima e outros, e apelada Standard Oil Company of Brazil, tendo como integrativo do julgado o relatório de fls. 180 a 161, etc.:

O relatório deixou expresso tratar-se, na espécie, de uma ação executiva, com a qual a apelada cobra dos apelantes Cr\$ 56.146,00, de duplicatas vencidas e não pagas.

Julgada a penhora, com recurso tido por deserto, foi vendido, em leilão público, o imóvel penhorado.

Ofereceram os executados embargos à arrematação, fazendo alegações, umas permissíveis, na oportunidade, outras intempestivas.

O juiz desprezou os embargos, vindo, daí, a apelação dos devedores e de um assistente.

Invocam, os primeiras apelantes, como meio de obter a reforma da sentença de 1ª instância, as razões a seguir: *a)* falta de citação inicial; *b)* inexecüibilidade da obrigação; *c)* cobrança de quantia já paga.

O segundo apelante juntou, mais, a alegativa de nulidade da arrematação, pela ausência de sua notificação, para conhecimento da realização da praça, dada a sua qualidade de segundo credor hipotecário.

Vale examinar, em face da Lei Processual, quais as alegações de defesa possíveis nos embargos do executado.

Cogita do assunto o art. 1.011 do Código de Proc. Civil, restringindo a defesa às arguições de nulidade da execução, pagamento, novação, concordata judicial, transação e prescrição superveniente à penhora.

Está claro não ser de repelir a arguição de nulidades insanáveis, entre estas a relacionada com a citação, alegada no, caso, embora a restrição acima indicada.

A alegativa da ausência de citação inicial não foi feita, no momento oportuno, ou seja, na primeira fase da execução, quando os executados deixaram esgotar-se o prazo, para a defesa, sem apresentar qualquer alegação (certidão de fls. 16).

Veio a surgir, nos autos, com os embargos, a arrematação, renovada por ocasião da apelação.

Na sentença recorrida, o Dr. juiz *a quo*, com respeito à ausência de citação, expendeu as considerações adiante:

"A alegação não procede, em face do que certificaram os oficiais de justiça às fls. 15 e 16.

"Êstes auxiliares da Justiça, como se sabe, têm fé pública; no limite de suas atribuições, e só poderá ser abalada, ou posta em dúvida, diante de prova plena e convincente da inveracidade de suas afirmações".

"E essa prova não o fizeram os embargantes, que trouxeram, a Juízo, duas testemunhas, cujos depoimentos de maneira alguma apóiam aquela alegação, mas, ao revés, o que dêles transparece é que os oficiais estiveram em casa dos embargantes e a citação foi feita".

1 Verifica-se, com efeito, que, de fls. 15 v. a 16, encontra-se a certidão de dois oficiais de justiça, os mesmos encarregados da penhora, e cujo auto assinaram, juntamente com o depositário público, de haverem levado a efeito a citação dos embargantes, para todos os atos da causa, até final.

Os oficiais de justiça têm fé pública, prevalecendo as suas afirmações até prova concludente em contrário.

Sôbre o assunto, predica DE PLÁCIDO E SILVA:

"Os oficiais de justiça têm fé pública, valendo, como certas, as afirmações de suas certidões" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 1º, pág. 134, 2ª edição).

PEDRO BATISTA MARTINS ensina:

"A fé pública é uma presunção da lei; presunção *juris tantum*, que cede à prova em contrário. O fundamento desta presunção é intuitivo: sem ela seria impossível a prova de atos praticados em juízo" ("Comentários ao Código de Processo Civil", ed. "REVISTA FORENSE", vol. 1º, pág. 364).

Os embargantes declarando não terem sido citados, dando como falsa a certidão dos oficiais, deveriam, para ilidir a fé dos serventuários, fazer prova da indicada falsidade.

Para comprovação do fato, trouxeram, a depor, duas testemunhas. A primeira, conforme declarou, é compadre e amigo do embargante, afirmou não haver visto se os oficiais de justiça foram à casa dos embargantes, para fazer a citação; que ouviu do embargante não ter sido procurado pelos oficiais para citá-lo, mas, apenas, um oficial apareceu, em sua casa, para cobrar certa quantia, que devia à Standard. A segunda declarou residir próximo aos embargantes, tendo ouvido, de um dêstes, que devia certa quantia à Standard e que esta havia mandada à sua casa os oficiais de justiça, a fim de receberem tal débito, tendo os oficiais ficado de voltar, mas não o fizeram; que não viu os oficiais.

Tais afirmativas não são de molde a infirmar a certidão dos encarregados da citação.

Como norma processual conhecida, nas ações executivas, os oficiais de justiça vão à residência do devedor citá-lo, para pagar a dívida, e, se este não paga, fazem a penhora, em seus bens.

Falam os embargantes da presença, dos oficiais em sua casa, para cobrar o débito, mas não os citaram.

Houve, está evidente, a citação, não procedendo a negativa dos embargantes.

Quanto à alegativa de cobrar a embargada dívida não vencida, é destituída de fundamento.

O art. 1.530 do Cód. Civil estabelece cominações para o caso de cobrança de débito, antes do vencimento.

Na espécie, dizem os devedores não poder ser executada a dívida por não estar vencida a hipoteca.

A hipoteca, realmente, é de 20 de fevereiro de 1948, não estando vencida ao tempo do início da execução, 14 de abril de 1948.

Acontece, no entanto, destinar-se a hipoteca a garantir os débitos e obrigações dos embargantes, para com a embargada, nas transações intercorrentes e futuras, constituindo uma garantia acessória, pois as mesmas transações se estabeleciam pela emissão de duplicatas. Destas, as que estão nos autos e cujo pagamento se pede, estão vencidas.

A primeira, de Cr\$ 13.948,00, tinha o vencimento para 1º de setembro de 1947; a segunda, de Cr\$ 22.098,00, para 11 do mesmo mês e ano; a terceira, de Cr\$ 13.400,00, para 2 de outubro de 1947; a quarta, de Cr\$ 6.700,00, para 20 de outubro de 1947, totalizando Cr\$ 56.146,00, justamente o débito cobrado.

A obrigação principal estava vencida, seguindo o mesmo destino a obrigação acessória, no caso a hipoteca. O acessório segue o principal.

Não há como entender ser defesa a cobrança da dívida por não estar vencida a hipoteca.

E legítima a cobrança.

Em relação a cobrar a embargada importância já paga, há, nos autos, elementos por onde concluir pela sua improcedência.

Assim, de fls. 70 a 75, encontram-se seis recibos, firmados pelo exequente, referentes a diversas quantias vagas pelos embargantes, no total de Cr\$ 16.000,00, mas todos de datas posteriores à da execução.

A ação teve início em 14 de abril de 1948, sendo os recibos de julho, agosto e outubro daquele ano.

Não havia, desta sorte, parte do débito pago ao ser proposta a demanda.

Resta examinar a alegativa do segundo apelante, quanto à nulidade da venda em leilão público, do prédio do executado, sem sua notificação, na qualidade de segundo credor hipotecário.

Esta exigência está, realmente, contida no art. 826 do Cód. Civil, havendo, no entanto, que distinguir.

O credor, promovente da execução, tem a sua hipoteca inscrita em primeiro lugar, daí a desnecessidade de notificação dos demais.

São dessa opinião, como fêz notado o juiz da primeira instância, CLÓVIS BEVILÁQUA, ESPÍNOLA, AMÍLCAR DE CASTRO e OSVALDO PINTO.

Na jurisprudência podem ser citados, em abono da tese, os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, na "Rev. dos Tribunais", vols. 89, pág. 565; 77, pág. 317; 84, pág. 61; 93, pág. 92; e 103, pág. 667.

Examinadas ficaram tôdas as alegações dos apelantes, tôdas sem consistência, de modo a subsistir a decisão recorrida.

Em face do exposto:

Acordam os juizes da Turma julgadora da Câmara Civil em tomar conhecimento dos recursos, negar-lhes provimento, para confirmar a decisão recorrida, por unanimidade.

Custas pelos apelantes.

Fortaleza, 26 de março, de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Avelar Rocha*, relator; *Péricles Ribeiro*; *Boanerges do Amaral*.

IMISSÃO DE POSSE - PROVA DO DOMÍNIO

- A ação de imissão de posse tem como pressuposto essencial a prova do domínio.

João Silveira Lima e sua mulher *versus* João Constantino dos Santos e sua mulher

Ap. nº 3.806 - Relator: DESEMBARG. BOANERGES DO AMARAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 3.806, de Baturité, em que são apelantes João Silveira Lima e sua mulher, sendo apelados João Constantino dos Santos e sua mulher:

Com fundamento no art. 381, nº I, do Cód. de Proc. Civil, João Constantino dos Santos e sua mulher propuseram, no Juízo de Baturité, contra João Silveira Lima e sua mulher, a presente ação de imissão de posse, sob a alegação de que, por escritura pública, lavrada em notas do Tabelião Colombo Taumaturgo, a 1º de outubro de 1938, são senhores e possuidores de uma parte de terra, com um açude, uma casa de taipa coberta de telhas, um cercado de arame e madeira, sito no lugar "Pesqueiro", com as extremas seguintes: ao Norte, com a capoeira de algodão dos herdeiros de Galdino Ferreira Lima, a começar de um pé de mutambeira até um marco de pedra; ao Nascente, com o rio Pesqueiro; ao Sul e Poente, com terras de José Sabiá.

Historiam os autores, na inicial, os fatos determinantes da ação, ao mesmo tempo em que juntam os documentos que defluem de fls. 4 a 9.

Às fls. 15 a 17 v., contestaram os réus a demanda, alegando que os autores são carecedores da ação, eis que a propriedade imobiliária só se adquire pela transcrição do título de transferência no Registro de Imóveis, na conformidade do que dispõe o art. 530 do Cód. Civil.

E solicitaram os réus, ainda, a requisição de várias certidões dos autos da ação possessória, movida pelo espólio de Galdino Ferreira Lima contra João Constantino dos Santos e sua mulher.

A posse do referido imóvel - acrescentam os réus - sempre esteve em poder do espólio de Galdino Ferreira Lima e Filomena Silveira Lima, cujos herdeiros estão amparados por uma sentença possessória passada em julgado.

E, ao que informam, ainda, os réus, os autores compraram parte do terreno em litígio a quem não mais podia vender.

O que é fato, entretanto, é que o escrivão se opusera a fazer o registro da escritura dos autores.

Transitou em julgado o despacho saneador; e, na audiência de instrução e julgamento, a que se procedeu, ouviram-se, apenas, duas testemunhas dos autores.

Não depuseram as testemunhas do réu, cuja prova, a requerimento do advogado dos autores, foi dispensada pelo juiz, que o fizera, alias, escudado no artigo 266, nº II, do Cód. de Processo.

Afinal, julgou o Dr. juiz *a quo* procedente a ação, esteado na escritura de compra e venda dos autores.

Acontece, porém, que se não conseguira registrar essa escritura.

Mas o Dr. juiz de direito de Baturité, reconhecendo, embora, que a escritura não havia sido transcrita no Registro de Imóveis, alicerçou a sua sentença nos seguintes fundamentos:

"Se os réus, contestando a ação, alegam que os autores não adquiriram a coisa pela ausência de registro no Ofício de Imóveis competente, seria de atender-se, ao lado dessa alegação, exibissem melhor título de direito à coisa litigiosa, e jamais pretender que a escritura pública, devidamente formalizada, nada represente".

Não pode sobreviver a sentença do ilustre juiz de Baturité.

Consoante o disposto no art. 381, ns. I, II e III, do Cód. de Proc. Civil, compete a ação de imissão de posse aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham.

Os terceiros, a que se refere o n° I do art. 381, são os que detêm a coisa em nome do alienante.

É de mister, pois, que exista, alguma relação jurídica entre os detentores e o transmitente, condição sem a qual não pode o adquirente pedir a imissão contra terceiros.

O Código Nacional de Processo contempla a ação de imissão de posse como verdadeira ação possessória.

Mas a imissão de posse não é pròpriamente uma ação possessória.

A ação imissória e a ação de manutenção de posse têm pontos de contato, mas não se confundem.

A imissão de posse pressupõe a existência do domínio.

O domínio é que dá direito à ação de imissão de posse.

A ação de imissão de posse visa à tomada da posse nova, mediante prova do domínio, enquanto que a ação de manutenção tem por escopo a efetivação da posse preexistente.

Pela simples ação de imissão de posse, os terceiros, que têm posse velha, *ad interdicta*, não podem ser despejados.

A inicial, na *missio in possessionem*, deverá ser instruída com o título de domínio na hipótese do nº I do art. 381.

Nenhuma dúvida deve pairar sobre o *jus possidendi*.

Ouçã-se sobre o assunto, a lição de DE PLÁCIDO E SILVA:

"*Requisitos para a imissão* - Para os casos de administração, representação ou mandato, autoriza o pedido a prova de nomeação, eleição ou constituição do mandato, a fim de que a pessoa investida nesses poderes possa requerer a imissão.

"Para o caso de aquisição, é necessário a prova do *jus possidendi*, incontroverso, o que decorre do documento, em que se fixa a compra, devidamente transcrita no Registro de Imóveis" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. 2º, 3ª ed., pág. 775, nº 1.020).

Do mesmo pensar é o Des. AMORIM LIMA, nos seus judiciosos comentários ao art. 381 do Cód. de Processo:

"Quando a ação é dirigida contra o alienante, deve ser instruída com o título de domínio, isto é, com o título em que o réu transfere o domínio para o autor" ("Código de Processo Civil Brasileiro", vol. 2º, 1941, pág. 284).

Os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos, estão sujeitos à transcrição, formalidade sem a qual se não opera a transferência do domínio.

A propriedade móvel transfere-se pela tradição; mas a imóvel só se transfere pela transcrição.

Daí porque, para a transferência do domínio, se exige a transcrição do ato sujeito a essa formalidade.

Nos termos do art. 533 do Cód. Civil, os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (artigos 856 e 860, parág. único).

Antes da transcrição o adquirente não é dono.

Exigem os Tribunais judiciários, para aquisição da propriedade imóvel, a transcrição do título de transferência.

Quem não exhibe o título de domínio não pode intentar a ação de imissão de posse, de que trata o art. 381, inciso I, do Cód. de Proc. Civil.

Essa exibição do título de domínio, com a inicial, é uma exigência do art. 382 do Código Unitário.

Nesse sentido, aliás, pacífica e remansosa é a nossa jurisprudência.

A 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao se ocupar da matéria, no acórdão de 24 de janeiro de 1947, relatado pelo Des. MEM DE VASCONCELOS, assim decidiu:

"A ação de imissão de posse não é ação possessória.

"A prova do domínio é requisito fundamental da ação de imissão de posse. Na sua falta, deve o autor ser julgado carecedor de ação" ("REVISTA FORENSE", vol. CXIV, 1947, pág. 408).

A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, à sua vez, não julgou de outro modo, no aresto de 8 de novembro de 1945, do qual foi relator o Des. FÁBIO MALDONADO, assim se externando:

"Para que seja exercitável e possa ser julgada procedente a ação de imissão de posse, quando intentada com fundamento no art. 381, n° I, do Cód. de Processo

Civil, é essencial que o autor exhiba, liminarmente, o título demonstrativo de seu domínio sobre a coisa reclamada.

"É indispensável, ainda, que êsse título se mostre devidamente formalizado.

"A lei exige, além disso, o requisito indeclinável da transcrição do respectivo título no registro público" ("REVISTA FORENSE", vol. CVI, 1946, pág. 313).

No mesmo sentido foi o julgamento da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, através do acórdão de 30 de julho de 1946, da lavra do desembargador FREDERICO ROBERTO, no qual se emitem êstes conceitos:

"A ação de imissão na posse, fundada no art. 381, nº I, do Cód. de Processo, compete ao adquirente de bens, para haver a respectiva posse, contra o alienante ou terceiros, que os detenham.

"Exige-se o oferecimento liminar do título de domínio" ("Rev. dos Tribunais", vol. 163, pág. 770).

A 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, julgando da mesma maneira, serviu-se, ainda, da oportunidade que se lhe oferecia, para esclarecer o que seja título de domínio, assim se manifestando no aresto de 19 de janeiro de 1945, redigido pelo Des. SILVEIRA PAIVA:

"O título de domínio, a que se refere o art. 382 do Cód. de Proc. Civil, é a certidão da transcrição do título da "transferência da propriedade no Registro de Imóveis, nos termos dos arts. 530, I, 533 e 860, § 1º, do Cód. Civil" (ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. V, pág. 430, nº 6.474).

Não diversifica a jurisprudência desta egrégia Côrte de Justiça, como o demonstra o acórdão de 28 de fevereiro de 1944, prolatado pelo conspícuo Des. LEITE DE ALBUQUERQUE:

"A ação de imissão de posse só pode ser exercida por quem tem título legítimo de domínio e o exhibe, com a petição inicial, ao ingressar em juízo"

(ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. V, pág. 429, nº 6.471).

E outra, em verdade, não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se verifica do acórdão da 2ª Turma, de 16 de novembro de 1948, relatado pelo ministro OROZIMBO NONATO, no recurso extraordinário nº 10.709:

"A imissão é conceituada em nosso direito como possessória. Mas seu fundamento é o domínio. Em tal caso, portanto, tem o juiz que examinar a questão a propriedade, que é apresentada como o próprio fundamento da ação" ("REVISTA FORENSE", vol. CXXIII, 1949, pág. 116; ALEXANDRE DE PAULA, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. IX, pág. 536, nº 13.213).

Por êsses motivos:

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em Câmara Civil, pelos juízes de sua Turma julgadora, por maioria de votos, dar provimento à apelação para, cassando a sentença recorrida, julgar os apelados carecedores da ação proposta.

Custas *ex lege*.

Fortaleza, 15 de março de 1951. - *Pires de Carvalho*, presidente; *Boanerges do Amaral*, relator; *Daniel Lopes*, vencido: *João Constantino dos Santos* e sua mulher adquiriram por compra, mediante escritura pública de 1º de outubro de 1938, a Raimunda Ribeiro da Silva e herdeiros de Pedro Antônio do Nascimento, uma parte de terra no lugar "Pesqueiro", com várias benfeitorias e devidamente estremada.

A 9 de maio de 1944, porém, a vendedora e seus filhos ajuizaram uma ação de consignação em pagamento, objetivando a invalidação da mesma venda, a pretexto de ter sido, a 12 de outubro de 1917, o mesmo bem vendido a Galdino Ferreira Lima e lhes cumpriram passarem a seus sucessores a respectiva escritura, tendo sido, contudo, repelidos pelo juiz. Isto não obstante, foram os autores privados de sua posse e propriedade, a 4 de julho de 1944, mediante ação possessória movida pelo espólio de Galdino Ferreira Lima, em razão da venda efetivada ao tempo da frustrada consignação em pagamento, mas vencidos,

estranhavelmente, na ação possessória, preferiram os prejudicados recorrer à ação de imissão de posse, como proprietários do bem em aprêço, com o protesto de juntarem, oportunamente, aos autos, a escritura entregue em cartório para registro, ainda não efetuado por impugnação dos réus, pretendentes também ao registro.

Ora, irrecusável era a posse anterior dos autores, como o era o seu domínio, apenas dependente do registro do respectivo título, não efetuado simplesmente por intervenção dos réus, que o impugnaram a pretexto da compra que lograram consubstanciar na escritura posteriormente passada.

Reputando a falta de registro um obstáculo criado pela parte contrária, houve como feita a prova do domínio para a ação de imissão de posse.

A compra dos autores constava de escritura pública de 1º de outubro de 1938, junta por certidão a fls. 24, e na posse do bem adquirido vinham mantendo-se, só a 4 de julho de 1944, tendo sido dela despojados a mero pretexto da venda anterior, e até com violência, pois João Constantino dos Santos chegou a ser prêso, com outros membros de sua família, sendo sôlto de ordem da autoridade judiciária então em exercício. O juiz do presente feito, convencido da injustiça sofrida na ação possessória, reparou-a concedendo a imissão requerida. Melhor fôra que os autores recorressem à ação rescisória, mas justo foi o reconhecimento, desde logo, de seu direito, à vista da realidade dos fatos.

Por espírito de justiça é que, *data venia*, discrepei da opinião da maioria; *Leite de Albuquerque*.

Tribunal de Justiça de Alagoas

VENDA DE BENS SOB ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL - PROMOTOR PÚBLICO

- O promotor público está incluído entre as pessoas que não podem comprar bens sob administração da justiça.

Manuel Marinho de Gusmão *versus* Gastão Tenório Lins

Ag. nº 10.244 - Relator: DESEMBARG. ARTUR JUCA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento, procedentes da comarca de Murici, em que é agravante o bel. Manuel Marinho de Gusmão e agravado Gastão Tenório Lins:

Acorda a Turma julgadora do Tribunal de Justiça dar provimento, em parte, ao recurso interposto.

E assim o faz, porque o agravante, bel. Manuel Marinho de Gusmão, adjunto de promotor público da comarca de Murici, em pleno exercício de seu cargo, adquiriu, mediante cessão, os créditos de Cr\$ 20.000,00 e Cr\$ 30.000,00, representados por duas notas promissórias, emitida uma e avalizada outra por Djalma Gomes da Silveira, cujo inventário se está processando naquela comarca.

Os títulos de dívida cedidos e negociados com o agravante estavam habilitados no inventário do devedor, correndo ainda uma ação executiva com fundamento em um dêles.

Interessados no espólio de Djalma Gomes da Silveira existem incapazes, sendo obrigatória, portanto, a intervenção do representante do Ministério Público, não só no inventário mas também na demanda promovida.

Aliás, o agravante não contestou a sua qualidade de representante do Ministério Público, em pleno exercício do cargo, quando da lavratura da escritura de cessão, e tampouco a existência de litígio em relação aos créditos cedidos, limitando-se a argüir a ilegitimidade do agravado para pleitear a nulidade da cessão e a inexistência de qualquer prejuízo para os incapazes.

Na apreciação de tais nulidades não há de cogitar-se de lucro ou prejuízos para os incapazes.

O Cód. Civil, art. 1.133, inciso IV, dispõe que "não podem ser comprados ainda em hasta pública pelos juízes, empregados de fazenda, secretários de tribunais, escrivães e outros oficiais de justiça, os bens ou direitos, sôbre que se litigar em Tribunal, juízo, ou conselho, no lugar onde êsses funcionários servirem ou a que se estender a sua autoridade", esclarecendo no art. 1.134 do referido Código que "esta proibição compreende a venda ou cessão de crédito, exceto se fôr ou entre co-herdeiros ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no, artigo 1.133, inciso IV".

Entre as pessoas a que se referem os citados artigo e inciso, como entende CARVALHO SANTOS, incluem-se juízes de direito, juízes municipais, pretores, juízes de paz, *promotores de justiça*, escrivães de coletoria e coletores estaduais, municipais e federais, e escrivães-contadores, oficiais de justiça, avaliadores, etc. ("Código Civil Brasileiro Interpretado", volume XVI, pág. 144).

As proibições previstas nos dispositivos referidos, como lembra CLÓVIS BEVILÁQUA, têm o fundamento moral de manter a isenção de ânimo daqueles a quem se confiam interesses alheios.

Os atos realizados em desrespeito às disposições em tela são nulos e não simplesmente anuláveis.

ESPÍNOLA, no seu "Manual de Código Civil", vol. III, pág. 571, diz: "Quanto às proibições contidas nos arts. 1.133 e 1.134 do nosso Cód. Civil, acreditamos que sua desobediência acarreta a nulidade do ato, porquanto foram estabelecidas por consideração de moralidade pública".

Tratando-se, como tudo indica, de preceito de ordem pública, a desobediência ao mesmo acarreta a nulidade do ato jurídico, podendo a nulidade ser alegada por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público quando lhe couber intervir, devendo ser pronunciada pelo juiz, como na espécie dos autos, *quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e a encontrar provada, não lhe sendo permitido supri-la ainda a requerimento das partes* (Cód. Civil, artigo 146, parág. único).

Andou, assim, acertada a sentença agravada decretando a nulidade da cessão de créditos realizada em desrespeito às disposições legais, rejeitando, conseqüentemente, os embargos de terceiro oferecidos pelo agravante.

Quanto, porém, à condenação do agravante ao pagamento de honorários de advogado, não merece confirmação, dada a ausência do dolo, culpa contratual ou extracontratual, na forma do art. 64 do Cód. de Proc. Civil.

Custas pelo agravante.

Maceió, 18 de maio de 1951. - *Augusto Galvão*, presidente; *Artur Jucá*, relator; *Barreto Cardoso*; *Mário Guimarães*.

*

AÇÃO RESCISÓRIA - COMPETÊNCIA

- Se a decisão rescindenda foi apreciada, de qualquer modo, pelo Supremo Tribunal Federal, não tem o Tribunal local competência para a ação rescisória.

- VOTOS VENCIDOS: Se a decisão do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não tomar conhecimento do recurso extraordinário, a competência para a rescisória permanece com o Tribunal local.

Antônio Camelo de Freitas e outros *versus* D. Julieta Lopes de Vasconcelos e outros

Aç. resc. nº 3.169 - Relator: DESEMB. BARRETO CARDOSO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória procedentes da capital, entre partes, autores Antônio Camelo de Freitas e outros, e, réus D. Julieta Lopes de Vasconcelos e o espólio do Dr. João Pureza de Vasconcelos:

Acordam, preliminarmente, em conhecer da exceção de incompetência oposta pelo bacharel Carlos Cavalcânti de Gusmão, Dr. José de Gusmão Lira e sua mulher, bacharel João de Gusmão Lira e sua mulher e José Soares de Sousa, com direito a intervir no processo na qualidade de assistentes, e julgá-la procedente para que seja, perante o Supremo Tribunal Federal, processada e julgada a ação rescisória, declinando o Tribunal de Alagoas da sua competência,

Tendo havido recurso extraordinário do acórdão nº 8.374, recurso julgado em 26 de maio de 1947 e publicado no "Diário da Justiça" de 25 de julho de 1949, compete ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento da presente ação, *ex vi* do disposto na Constituição federal, art. 501, I, letra *k*, e no Cód. de Processo Civil, art. 144, IV.

O caso da pretensão que os autores agora trazem mais uma vez perante a Justiça foi apreciado no acórdão em lide pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido relator o ministro CASTRO NUNES, cuja opinião foi adotada, para não tomar aquela egrégia Côrte conhecimento do recurso. Assim se manifestou o citado ministro:

"Entendeu o juiz não terem os habilitandos interêsse legítimo, pois que sobrinhos do falecido e, portanto, excluídos pelo dec.-lei nº 1.907, de 1939, de qualquer direito, como colaterais que são em terceiro grau. O Tribunal (de Alagoas) confirmou a decisão, acrescentando que estaria prescrita a ação, pois que, decorridos mais de seis meses do falecimento do *de cujus*, fazendo assim aplicação do dito decreto-lei, art. 2º, § 1º. Os recorrentes repelem a aplicação dêsse diploma legal, dizendo-o *absurdo, lei de exceção, feita adrede para um determinado caso e inconstitucional*, limitando-se a argüições vagas, confusas e inoperantes.

"O Tribunal, diante de uma habilitação de herdeiros promovida quando já em vigor aquêle diploma legal, aplicou-o para precluir o direito hereditário reclamado. Não vejo como afirmar que tal decisão seja, *prima facie*, contrária à letra da lei, condição para que se admita o recurso pelo fundamento adotado".

Pelo exposto é de ser reconhecida a incompetência do Tribunal de Justiça de Alagoas para rescindir, ou não, a decisão proferida sobre a ação de habilitação à herança em aprêço.

Custas pelos autores.

Maceió, 20 de fevereiro de 1951. - *Barreto Cardoso*, presidente e relator; *Meroveu Mendonça*, vencido: Votei pela competência deste Tribunal para tomar conhecimento da rescisória e julgá-la como de direito.

O Supremo Tribunal Federal não confirmou nenhum dos acórdãos rescindendos. Do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Alagoas nº 4.868, o Supremo Tribunal Federal *não tomou conhecimento*:

"Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: *não conheceram* do recurso, unânimemente" ("Diário da Justiça" de 25 de julho de 1949 e junto a fls. 84).

"É do Tribunal local a competência para julgar a rescisória quando, interposto recurso extraordinário da decisão rescindenda, dela não toma conhecimento o Supremo Tribunal Federal" (ac. das Câmaras Reunidas do Tribunal de São Paulo, de 25 de janeiro de 1946, *in* "REVISTA FORENSE", vol. 108, pág. 97).

Mesmo quando o Supremo Tribunal não conhece do recurso por lhe parecer não haver ofensa a lei federal, e esta questão é renovada na rescisória, tem-se entendido ainda ser competente o Tribunal local.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no acórdão de 5 de janeiro de 1944, pelos votos dos ministros JOSÉ LINHARES, FILADELFO AZEVEDO, VALDEMAR FALCÃO e BARROS BARRETO ("REVISTA FORENSE", vol. 104, pág. 68); *Edgar de Lima*; *Osório Gato*: Votei pela incompetência deste Tribunal para o julgamento da ação rescisória.

Tem a mesma por finalidade a rescisão de dois acórdãos: o de nº 4.868, de 8 de março de 1935, deste Tribunal, que reconheceu Inácia Maria de Araújo herdeira de Basiliano O. de Mendonça Sarmiento, sucedendo-a, por sua morte,

seu filho João Pureza de Vasconcelos, e o de nº 8.374, de 3 de abril de 1945, também dêste Tribunal.

Do último, houve recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que dêle não tomou conhecimento. Entretanto, conforme se vê no voto do relator, o ministro CASTRO NUNES, adotado pelos demais juízes, reconheceu o acórdão, *prima facie*, não ter sido a decisão recorrida contrária à letra da lei.

O juiz citado, em seu livro "Teoria e Prática do Poder Judiciário", ensina que a competência para julgar a ação rescisória de julgado proferido em recurso extraordinário, mesmo que dêle não conheça, pertence ao Supremo Tribunal.

"A atual Constituição manteve a mesma disposição com ligeira alteração de forma, sem lhe mudar a substância - "decisão contra a letra de lei federal", - a que corresponde na ação rescisória a hipótese da letra *c* do art. 798 do atual Cód. de Proc. Civil - "contra literal disposição de lei".

"Do exposto decorre que o recurso extraordinário, quando interposto com base no inciso *a*, equivale à ação rescisória, quer dêle conheça, quer não conheça, o Supremo Tribunal.

"Se não conhece, isso equivale a dizer que a lei federal questionada não foi violada na sua letra pelo julgado local.

"Se conhece e lhe nega provimento (o que só muito raramente pode ocorrer), o resultado é o mesmo, pois que, deixando de pé o julgado recorrido, deu por improcedente a arguição.

"Se conhece e lhe dá provimento, reforma a decisão local, o que equivale a julgar procedente a rescisória.

"Daí resulta que a propositura da rescisória perante um Tribunal de Apelação, ainda quando não proibida a repetição pelo Cód. de Processo, envolveria necessariamente o julgado do Supremo Tribunal" (ob. cit., pág. 263).

"Ação rescisória. Se o Supremo Tribunal Federal, embora não conhecendo do recurso extraordinário, apreciou os fundamentos da demanda, indicados na

rescisória como violadores do direito expresso, compete-lhe, e não ao Tribunal de Justiça, conhecer da mesma ação rescisória" (acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 17 de novembro de 1949, in "Diário da Justiça" de agosto de 1950).

O segundo acórdão deste Tribunal, mesmo a *prima facie*, foi apreciado pelo Supremo, que declarou não ter a decisão ido de encontro à letra da lei.

Um julgamento novo sobre a matéria. Envolverá necessariamente julgado desse Tribunal, o que fere o art. 101, n° I, letra k, da Constituição federal, que diz:

"Ao Supremo Tribunal Federal compete:

1° Processar e julgar originariamente:

.....
.....

k) as ações rescisórias de acórdãos".

Mário Guimarães, vencido: Votei pela competência deste Tribunal, para tomar conhecimento da rescisória e julgá-la. Só se rescinde o que existe, o que tem existência real, o que foi discutido e analisado, com a penetração objetiva do fenômeno jurídico legalizado. Não se rescinde a interposição dum recurso, mas a objetividade legal dêle. É isto o que se acha mais próximo do senso comum, do bom-senso jurídico, da sistemática processualística e da lógica científica da lei. Dêste modo, não se pode rescindir um recurso abstrato, do qual não se tomou conhecimento, pondo-se à margem a concretização jurídica dos autos, porque *a contrario sensu* técnico seria infringir as objetividades previstas de caráter legal para a interposição constitucional do recurso extraordinário, As considerações pessoais, feitas pelo notável ministro CASTRO NUNES, não foram objeto da decisão e sim argumentos puramente do relator, porque, se não fôssem, o Supremo Tribunal Federal teria nevado provimento, entrando no merecimento, o que, evidentemente, não fôra feito. Eis, pois, o que a lógica indutiva dos autos, me levou a assim decidir.

Fui presente. - *Lavenère Machado*.

Tribunal de Justiça de Sergipe

MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO ADMINISTRATIVO - DEMISSÃO - JUSTA CAUSA

- O funcionário público demitido não precisa, para interpor mandado de segurança, provar que recorreu às vias administrativas.**
- A demissão exige justa causa, ainda que o funcionário não tenha vitaliciedade ou estabilidade.**

Prefeitura Municipal de Itabaiana *versus* Maria Lucila Silveira

Ap. nº 37 - Relator: DESEMBARGADOR DANTAS MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 37, de 1951, da comarca de Aracaju, em que é apelante a Prefeitura Municipal de Itabaiana e apelada Maria Lucila Silveira:

Maria Lucila Silveira, arrimada ao art. 319 do Cód. de Proc. Civil, requereu mandado de segurança com o objetivo de tornar sem efeito o ato sob nº 58, do prefeito municipal de Itabaiana, que a destituiu da função de enfermeiro-chefe do Pôsto de Puericultura local. Pedidas as informações de praxe, aquela autoridade assim concluiu: "... não poderia a impetrante buscar amparo no Poder Judiciário antes de esgotar todos os recursos da esfera administrativa, proibida, como é, pelo art. 209 do dec.-lei nº 128, de 28 de outubro de 1942, *in verbis*:

"O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, ou após a expiração do prazo a que se refere o § 1º do art. 207".

"Sim, porque o referido art. 207 permite ao funcionário pedir, entre outros recursos, reconsideração de todos os atos de seu superior hierárquico, que julgue prejudicial aos seus interesses, ao tempo em que o art. 209 lhe proíbe recorrer ao Poder Judiciário antes de esgotados os trâmites administrativos" (sic) (fôlhas 26). O pedido foi julgado, em parte, procedente (fls. 36 *usque* 37). Dessa decisão recorreu a impetrada (fls. 44 *usque* 56). As razões da impetrante decorrem de fls. 58 *usque* 61. O Dr. procurador geral do Estado, ouvido a fls. 72 e verso, opinou pela concessão da medida pleiteada".

Isto pôsto:

Foi suscitada a seguinte preliminar, desprezada por maioria de votos, pelos fundamentos que vão, logo depois, expendidos:

O funcionário demitido para interpor o mandado de segurança em seu favor, a fim de proteger o seu direito, precisa provar que recorreu ao poder administrativo e que o seu recurso não foi provido? Ou somente depois de negado em última instância administrativa o direito reclamado é que o Poder Judiciário pode conhecer de mandado de segurança Impetrado?

I. Há quem pense que o dispositivo do art. 320, inciso II, do Cód. de Processo Civil se acha alterado pelos §§ 24 e 4º, combinados, do art. 141 da Constituição federal e, desta forma, foi por eles derogado.

O art. 320 do Cód. de Proc. Civil dispõe assim:

"Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

"

"II - de ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução".

A Constituição federal, chegada posteriormente ao Cód. de Proc. Civil, quando assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, preceitua:

"§ 23 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".

Antes, no § 4º do mesmo artigo, já houvera proclamado, assegurando:

"A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Diante dos termos amplos dos dispositivos constitucionais, o art. 320, inciso II, para alguns, parece estar derogado. Os argumentos, para êstes, partem do pressuposto de que o § 24 do art. 141 da Constituição federal não criou as restrições a que alude o Cód. de Proc. Civil, e ainda porque a lei ordinária não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário os direitos individuais assegurados por ela. Um dispositivo regulamentar não pode excluir ou restringir uma garantia constitucional.

Nos tribunais esta tese tem sido alvo de discussões: no Tribunal Federal de Recursos, o ilustre juiz ARTUR MARINHO a tem sustentado e SEABRA FAGUNDES, dentre outros, também a sustenta ("Contrôle dos Atos Administrativos", 2ª ed., pág. 343).

Filio-me aos que entendem, como o Supremo Tribunal Federal, em várias das suas decisões, que o dispositivo constitucional não derogou o dispositivo processual do inciso II do art. 320 do Cód. de Proc. Penal, apenas o regulamentou. As suas decisões devem ser respeitadas porque são elevadas à categoria de interpretação autêntica das leis, no dizer de EDUARDO ESPÍNOLA ("Sistema de Direito Civil Brasileiro", 1ª ed., pág. 148; art. 59, § 2º, da Constituição de 1891 e art. 101 da atual). Por conseguinte e por êstes motivos, não procede, nesta parte, a preliminar.

II. Mas, "o ato administrativo não se torna perfeito para que o funcionário possa recorrer ao Poder Judiciário antes de encerrada a instância administrativa". Esta regra é compatível com o artigo 141, § 24, da Constituição federal como têm resolvido os tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, como ficou esclarecido. Sòmente depois de haver sido negado em instância administrativa

superior o direito reclamado, é que o Poder Judiciário pode conhecer ou não da procedência do pedido, ou da medida impetrada. Mas é preciso que a lei cogite dêse recurso, que esteja prescrito nela, no sentido exato do termo, para obtenção da reconsideração do ato impugnado. Além disto, o ato do prefeito (em caso igual, quando dia presidente do Estado) já não daria lugar a recurso, porque a instância administrativa era a suprema e assim encerrada. Dêle já não cabia recurso algum. Se o ato de que caiba recurso administrativo tem efeito suspensivo, independente de caução, nos termos do inciso II do artigo 320 do Cód. de Proc. Civil, não se dará ou não se admitirá o mandado de segurança. Em contrário senso do artigo e inciso referidos, dar-se-á o mandado de segurança se o recurso administrativo não tem efeito suspensivo e depende de caução. "A lei", diz CASTRO NUNES, "ao estabelecer que o ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, fiança ou depósito, não pode ser ajuizado por meio de mandado de segurança, parte do princípio de que já está atendida por êsse meio, isto é, pela possibilidade legal do recurso com tal efeito, a tutela do direito, suprimida, conseqüentemente, a *executoriedade* do ato, condição do cabimento do *writ*" ("Mandado de Segurança", 2ª ed., pág. 195, nº 95). Isto porque, como já está dito em palavras outras, "o efeito suspensivo atribuído a tal recurso, evidentemente, tem por fim assegurar ao recorrente a fruição do direito ameaçado ou violado até a respectiva decisão" (palavras do ilustre ministro BENTO DE FARIA, relator do acórdão do Supremo Tribunal Federal de 15 de abril de 1936, *in* "Rev. de Direito", volume 38, pág. 158). O recurso administrativo, pois, só terá lugar se *tiver efeito suspensivo e se independer de caução*. Se a lei não fala em recurso, qualquer reclamação, ou reconsideração, medidas de que pode lançar mão o prejudicado, deixam de ser recursos, para ter a sua feição própria. Mesmo que se tenha a reclamação, ou reconsideração, como recursos, estas não têm efeito suspensivo, declaram o Estatuto dos Funcionário Públicos Civis de Sergipe (dec.-lei nº 29, de 28 de outubro de 1941) e o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis Municipais (dec.-lei nº 128, de 28 de outubro de 1942, art. 207, § 2º, de ambos êsses estatutos).

Nessa hipótese, a reclamação, ou a reconsideração, não são recursos propriamente, no sentido preciso do termo. São meras reclamação e reconsideração. Por assim ser, foi que o ministro PLÍNIO CASADO já houvera acentuado: "É mister que a lei expressamente declare caber o recurso do ato

incriminado, e com aquêles efeito" (*in* CASTRO NUNES, ob. cit., nota 8 à pág. 197).

"Desde que o ato da autoridade possa ser reparado", esclarece L. MACHADO GUIMARÃES, "por via de recurso administrativo, e que o recurso, sem dependência de caução, tenha efeito suspensivo, não se dará o mandado de segurança.

"Trata-se dos atos que, em virtude do recurso, ficarão suspensos, deixando subsistente o direito que se quer assegurar, caso em que o interessado nenhum prejuízo sofre com a demora. Nos casos, porém, em que a ameaça ou a violação do direito decorram da recusa ou mesmo da simples omissão, por parte da autoridade pública, em praticar o ato que se faz necessário ao exercício do direito do impetrante, admite-se o mandado de segurança, mesmo que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo independentemente de caução, e isto por que, não obstante o recurso, a fruição do direito continua vedada" ("Comentários ao Código de Processo Civil", edição "REVISTA FORENSE", vol. IV, página 344, nº 354).

Ora, a nossa lei, além de não criar recurso próprio para os atos demissionários, aludindo somente ao pedido de reconsideração, diz peremptoriamente que os recursos não têm efeito suspensivo.

Logo, havendo recurso, ou, mesmo, tendo-se a reclamação e a reconsideração como recursos, sem efeito suspensivo, não há necessidade de prova, por parte do segurando, de haver recorrido à instância administrativa. O inciso II do art. 320 do Cód. de Proc. Civil preceitua:

"Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

"

"II - de ato que caiba recurso administrativo *com efeito suspensivo, independentemente de caução*".

Êste dispositivo, lido em sentido oposto, *em contrário senso*, ficará assim: Dar-se-á o mandado de segurança quando se tratar:

II - de ato de que caiba recurso administrativo sem efeito suspensivo (que não tem efeito suspensivo, diz a própria lei do Estado), independentemente de caução.

E por isso mesmo é que o ilustre ministro CASTRO NUNES, em sua apreciada obra, já referida, doutrina: "Se o recurso não é suspensivo, o ato se executa, a violência se realiza ou consuma-se, e facultada está a via judicial" (ob. cit., pág. 199).

Um pouco antes já houvera advertido:

"O essencial no recurso é o *efeito suspensivo* e a possibilidade de interpô-lo sem prestar caução, fiança ou depósito, como dizia a lei nº 191, ou *independentemente de caução*, como se exprime equivalentemente o Cód. de Processo" (ob. cit., pág. 196, nº 97).

Não é só provocar o pronunciamento da autoridade administrativa; é reparar os efeitos do recurso para obtê-lo (ver acórdãos do Supremo Tribunal Federal, *in* "Arq. Judiciário", vols. 93. pág. 418, 96, pág. 356, 90, págs. 169 e 252, notadamente os votos dos preclaros ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e EDGAR COSTA, nos últimos julgados citados.

No *mérito*: A segurança, ora apelada, se bem que não tivesse completado o estágio, quase a concluí-lo, foi dispensada, quando atestados de autoridades fidedignas, existentes nos autos, abonam sua conduta no exercício das funções do cargo de que fôra dispensada. Não houve procedimento algum em que ficasse apurada a justa causa para o ato contra o qual se invoca a segurança requerida. Dada a tendência de reconhecer garantias aos servidores públicos, tem havido um como que nivelamento de todos que exercem funções públicas. E a liberalidade dos nossos costumes transplantada para a nossa legislação. Não só a Constituição do Estado como a Lei orgânica dos Municípios asseguram essa garantia aos funcionários públicos do Estado e dos Municípios, que não forem vitalícios, nem estáveis, além dos moldes da Constituição federal, o que a jurisprudência dos tribunais já vinha aceitando ainda na vigência da

Constituição de 16 de julho de 1934. Há bem pouco tempo o Tribunal Federal de Recursos proferiu a decisão, cuja súmula vai, a seguir, transcrita: "A demissão a bem do serviço público pressupõe dolo do funcionário, que deve ser apurado em processo administrativo, ainda que não goze de estabilidade" (*in* "Rev. de Direito Administrativo", vol. 24, pág. 134).

Por êstes fundamentos, acordaram os juízes da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada.

Custas pela apelante.

Aracaju, 13 de dezembro de 1951. - *Hunald Cardoso*, presidente, vencido na preliminar de intempestividade do mandado de segurança em causa, em obediência à jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, que assim vem, reiteradamente, decidindo: "O funcionário público, antes de pleitear seu direito judicialmente, deve usar dos recursos administrativos" (acórdão de 21 de dezembro de 1949, no mandado de segurança nº 1.100). "Mandado de segurança contra ato administrativo. Precedência dos recursos administrativos, na instância administrativa" (acórdão de 17 de novembro de 1949, no mandado de segurança nº 1.094); *J. Dantas Martins*, relator; *Enoch Santiago*.

Fui presente. - *Gonçalo Rollemberg Leite*.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE DIREITO DA 18ª VARA CÍVEL DO DISTRITO FEDERAL

DESPEJO - AGRAVO DE PETIÇÃO - IMÓVEL RÚSTICO E IMÓVEL URBANO - PURGAÇÃO DE MORA

- Do despacho que defere purgação de mora, em ações de despejo por falta de pagamento, cabe agravo de petição, porque implica pôr termo ao processo, sem decidir o principal.

- **A locação de olaria localizada em zona rural não está sujeita à Lei do Inquilinato, quando a matéria-prima de determinado terreno é o fator principal da indústria.**
- **O uso da ação de despejo por falta de pagamento, prevista na Lei do Inquilinato, não atinge o direito de livre convenção de aluguel amparado pelo Cód. Civil.**
- **A provocação de incidentes infundados acarreta custas em décuplo.**

Felinto Ribeiro da Silva *versus* Albertino Fernandes Martins

SENTENÇA

Felinto Ribeiro da Silva promove contra Albertino Fernandes Martins ação de despejo por falta de pagamento da locação estabelecida sobre o terreno da avenida Brasil, 1.381, onde explora uma olaria, na base de Cr\$ 3.000,00 mensais, correspondendo aos meses de maio e junho de 1951.

Citado, contestou a fls. 13, alegando que o terreno pertence à Prefeitura e que o aluguel sempre foi de Cr\$ 400,00 mensais, requerendo, à luz do § 1º do art. 15 da Lei do Inquilinato, a designação de data para purgação da mora.

Remetidos os autos à Vara de Fazenda, (fls. 28 v.), a Prefeitura declarou que não é locadora, pois, em face da aquisição, ressaltou ao autor o direito de continuar arrendando o imóvel, até ser integrada na posse no local da olaria (fls. 39). Voltando a este juízo, foi proferido o saneador de fls. 47, que transitou em julgado, deferindo vistoria realizada a fls. 56.

Na audiência, o réu insistiu no pedido de purgação de mora, havendo, no depoimento pessoal prestado, o réu aceito no autor a qualidade de locador.

Ante o patente dolo processual com que o réu vem se conduzindo, o despacho de fls. 68 deferiu a purgação da mora requerida, porém, com o pagamento de custas em décuplo.

Em vez de comparecer para purgar a mora requerida, ou depositar para recorrer, pretendeu interpor apelação, que foi denegada, pois o despacho que defere a purgação de mora põe termo ao processo, sem lhe decidir o mérito. O recurso cabível seria o agravo de petição. Não tendo sido purgada a mora, vieram os autos para a sentença.

Isto pôsto:

1º) Embora na contestação houvesse sustentado que o aluguel devido anteriormente era de Cr\$ 400,00 mensais, posteriormente reconheceu que passou a pagar Cr\$ 3.000,00 e o autor explica ter realizado o aumento de comum acôrdo com o réu, em virtude de se tratar de imóvel rural, não sujeito às restrições da Lei do Inquilinato.

Êste juízo aceitara, seja em face do entendimento entre as partes, seja em face da localização e da natureza da indústria explorada, tratar-se de imóvel rústico. A definição dêste compreende não apenas a destinação pura e simples de lavouras, mas de tôdas as atividades destinadas à *economia rural* e componentes da mesma. Veja-se FILADELFO AZEVEDO ("Destinação do Imóvel", pág. 176). Tanto a indústria extrativa, a profissão agrícola, como a transformação material, mecânica ou química de produtos do solo, no próprio local campestre, são atividades inerentes aos prédios rústicos, segundo o cânone fundamental da teoria da acessão - o acessório segue o principal.

Não é prédio urbano a casa onde se recolhe o trigo, para eirar, na própria fazenda onde é colhido. A sua localização em plena granja não iria ninguém jamais considerar urbano o prédio, apenas porque nêle não se planta, mas se alojam máquinas. Do mesmo modo a casa, onde se ordenham as vacas e tôdas as atividades conexas.

2º) Frente a êsse raciocínio, uma olaria situada na estrada do Pôrto Velho, 1.331, ou seja em ambiente agrícola, rodeado de culturas, integrante dum complexo rural, há de ser considerada prédio rústico e não urbano, no sentido jurídico. É rústico, não porque se encontre fora dos limites urbanos, mas porque se situa no quadro das atividades de exploração do solo.

Entretanto, uma olaria ou cerâmica, que recebesse matéria-prima de diferentes lugares, instalada sem liame com o terreno de determinada zona, teria de ser considerada prédio urbano e não rústico.

Eis, pois, o desenvolvimento do conteúdo das palavras do despacho de fls. 88 *in principio*, em harmonia com a diligência deferida no despacho saneador de fôlhas 47, para a qual sintomáticamente o réu não formulou nenhum quesito destinado a demonstrar que se trataria de prédio urbano.

3º) Em se tratando, pois, de prédio rústico, a livre convenção de aluguel tem amparo legal.

4º) Embora acobertado pelos preceitos comuns do Cód. Civil, o autor abriu mão de rescindir pura e simplesmente o contrato de arrendamento, preferindo a ação de despejo prevista na Lei do Inquilinato e que tolera a purgação da mora. Evidentemente, o exercício do rito-processual mais favorável ao locatário não implicará modificação dos direitos substantivos do contrato que se reja por lei diversa.

5º) Negando, a princípio, legitimidade de parte e relação *ex locato* com o autor, para, em seguida, confessar a existência da mesma, requerendo purga da mora, para afinal não utilizá-la e enchendo o processo de petições e incidentes bizantinos, a ponto de transformar uma corriqueira ação de despejo por falta de pagamento em trabalhoso processo, o réu incorreu nas penalidades correspondentes previstas na lei judiciária civil. Assim, julgo procedente a ação e decreto o despejo, condenando o réu ao pagamento de custas em décuplo e honorários de advogado na base de 20% sôbre os aluguéis de Cr\$ 3.000,00 mensais, vencidos. Prazo de 30 dias, para desocupar.

Distrito Federal, 23 de setembro de 1952. - *Osni Duarte Pereira*.