

Fac-símile
**Memórias do Juiz
mais antigo do Brasil**
- Volume II -

Hermenegildo Rodrigues de Barros

Realização



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF

Rua Raul Pompeia, nº 101, 7º andar, São Pedro, Belo Horizonte/MG

CEP 30330-080

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: gejur@tjmg.jus.br

Os conceitos e afirmações emitidos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

B273m Barros, Hermenegildo de, 1866-1955.

Memórias do juiz mais antigo do Brasil / Hermenegildo de Barros. – Ed. fac-sim. – Belo Horizonte: TJMG ; 2022.

4 v.

ISBN: 978-65-87273-05-1

Fac-sim da: 1. ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1942.

1. Ministro de tribunal supremo – Memórias. 2. Direito – Brasil. 3. Barros, Hermenegildo de, 1866-1955 - Memórias. I. Título.

CDD: 808.883

CDU: 341.4191081

Ficha catalográfica elaborada pela
Coordenação de Biblioteca - COBIB do TJMG

Des. Luciano Pinto

Des. Tiago Pinto

Organizadores

[Fac-símile]

**MEMÓ
RIAS** do
Juiz mais
antigo
do **Brasil**
Volume II

 Hermenegildo Rodrigues de Barros 

Belo Horizonte
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
2022

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador Gilson Soares Lemes

Presidente

Desembargador José Flávio de Almeida

1º Vice-Presidente

Desembargador Tiago Pinto

2º Vice-Presidente

Desembargador Newton Teixeira Carvalho

3º Vice-Presidente

Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador Edison Feital Leite

Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Comitê Técnico

Desembargador Tiago Pinto

Desembargadora Mariangela Meyer Pires Faleiro

Desembargador Jaubert Carneiro Jaques

Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira

Desembargador Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito Murilo Sílvio de Abreu

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas: Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental: Fernando Rosa de Sousa

Produção Editorial

Associação dos Magistrados Mineiros - Amagis

Gerência de Jurisprudência, Biblioteca e Publicações Técnicas - GEJUR/DIRGED

Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas - COJUR

Diretoria de Comunicação - DIRCOM

Coordenação de Publicidade - COPUB

Projeto gráfico: Shirley Moraes

Volume II

[Fac-símile]

MEMÓ RIAS do

MEMÓRIAS
do Juiz mais
antigo do Brasil

Hermenegildo de Barros

VOLUME II



IMPRESA NACIONAL — RIO DE JANEIRO — 1942

Hermenegildo de Barros

347:343 (094.9)

B. 277 m

1942

v. 2

MEMÓRIAS

do

Juiz mais antigo do Brasil

Volume II

250

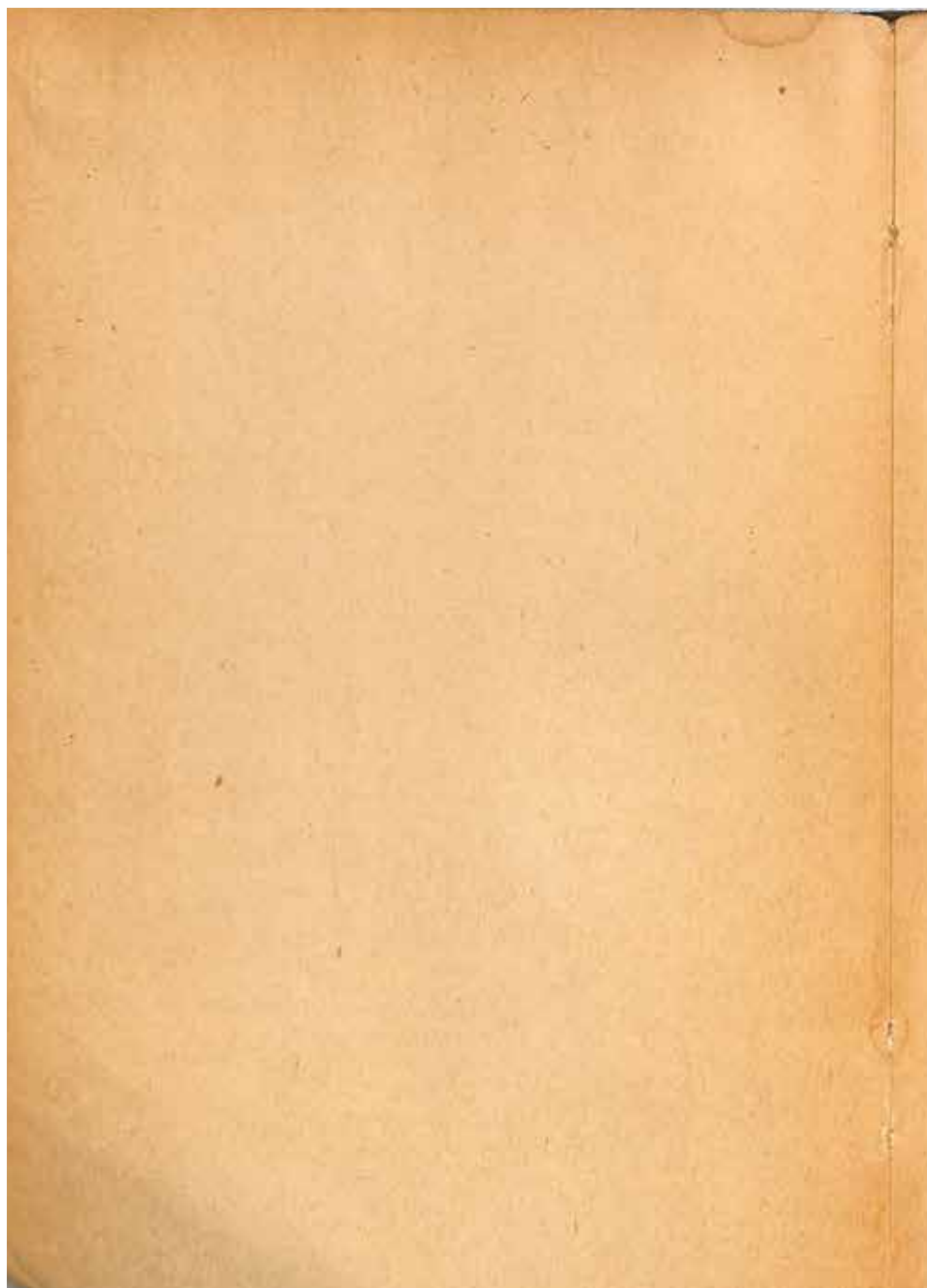
IMPRENSA NACIONAL
RIO DE JANEIRO — 1942



~~1717~~

1441

PARTE CIVIL



BANCOS EM JUIZO

177 — Inicia-se este 2.^o volume, ainda com matéria civil e em prosseguimento da questão do Banco Hipotecário do Brasil.

O 3.^o volume será destinado à matéria criminal, juízo arbitral e confirmação de fatos referidos no prefácio.

O 4.^o volume, finalmente, se ocupará de "outros assuntos", não compreendidos nos volumes anteriores, salvo o que se refere à Revista do Supremo Tribunal Federal, assunto esse apreciado em o n. 152, no seu aspecto propriamente jurídico, e sob o número 572, em explicação ou resposta a uma arguição do Sr. deputado João Mangabeira.

Em primeiro acórdão, o Banco Hipotecário do Brasil perdeu a questão, embora eu a tivesse apreciado em face da lei que não podia, a meu juízo, ter inteligência diversa da que lhe dei; em face da opinião de juristas, entre os quais o Sr. Ruy Barbosa, o mais competente para esclarecer o assunto, porque foi o ministro da Fazenda do Governo Provisório, autor do decreto n. 1.036-B, de 1890; em face da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, indubitavelmente consagrada no acórdão unânime n. 425, de 11 de abril de 1908, um de cujos signatários foi o ministro Pedro Lessa, que agora tentou, mas não conseguiu, demonstrar que a hipótese é diferente, quando é a mesmíssima, como se vê do citado acórdão n. 425, que transcrevi integralmente; em face, finalmente, de outras decisões de autoridades judiciárias e administrativas, todas acordes em que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido que o Banco Hipotecário estava isento de qualquer imposto.

O banco não se conformou com esta nova decisão contraditória de que foi relator o ministro Pedro Lessa. Opôs embargos. Mas, os embargos opostos ao acórdão foram rejeitados.

Eu continuei vencido, com o seguinte voto:

HERMENEGILDO DE BARROS, vencido em parte. Reportando-me à parte final do meu voto no acórdão embargado, começarei formulando a seguinte questão:

E' válido o acordo, que o Governo celebrou com o Banco Hipotecário do Brasil, nos 11 de dezembro de 1911?

Para melhor compreensão do assunto, convém resumir-lo em duas palavras.

O Governo Provisório da República autorizou, pelo decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, a organização do Banco de Crédito Popular do Brasil e concedeu-lhe isenção de quaisquer impostos.

Dois anos depois, este banco, representado por seu presidente, José Ferreira Ramos, requereu e obteve autorização para se transformar em Banco Hipotecário, com a faculdade de emitir letras, nos termos da legislação em vigor. A autorização foi concedida pelo decreto n. 1.312, de 10 de março de 1893, expedido pelo Presidente da República, Floriano Peixoto, e assinado pelo ministro da Fazenda, Serzedello Corrêa.

Por decreto n. 1.361, de 20 de abril de 1893, foram aprovados os estatutos organizados depois da transformação.

No art. 1.º desses estatutos, declara-se que a sociedade anônima fundada na cidade do Rio de Janeiro com a denominação de Banco de Crédito Popular do Brasil, para execução do decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, continua a funcionar sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil.

Achava-se este banco no gozo dos favores assegurados pelo decreto número 1.036-B, quando lhe foi denegada isenção de direitos aduaneiros, para materiais destinados à construção de prédios em Copacabana, sob o fundamento de que tais favores já não estavam em vigor, desde que o banco deixara de cumprir obrigações do contrato.

O banco reclamou, e o ministro, cedendo à alegação de que, em favor do banco, havia um acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que o decreto n. 1.036-B estava em vigor e o banco isento de qualquer imposto, celebrou com ele o citado acordo de 1911, em virtude do qual o banco fazia renúncia da isenção de determinados impostos e o Governo reconhecia como subsistentes e em pleno vigor os privilégios do decreto n. 1.036-B, que não estivessem compreendidos na renúncia.

E' válido esse acordo?

Para negá-lo, fora preciso não reconhecer ao Poder Público a faculdade de contratar com os particulares.

Trata-se, no caso, de um ato que não é somente contratual, mas legislativo também, pois o Governo reconhecia em favor do banco os privilégios do decreto n. 1.036-B, salvo aqueles de que o mesmo banco fazia renúncia, e declarava em vigor aquele decreto, dando assim execução a um ato do Poder Legislativo.

Verificando-se, pois, a existência de um contrato, e de um contrato prestigiado por lei e por decisão unânime do mais elevado Tribunal do país, surprende, desde logo, que seja o governo que venha dizer que não o executará, porque não tinha competência para conceder a isenção, ou porque a sociedade não é a mesma sociedade que continuou a funcionar, sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil, embora o mesmo governo tivesse, por vezes, afirmado o contrário, não só quando aprovou os estatutos de 1893, como quando os modificou em 1895 e em 1905. Nessas modificações e reformas, o Governo reiterou a declaração de que o Banco de Crédito Popular do Brasil

continuava a funcionar sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil e não pagava selo, em vista do disposto no art. 14 do decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890. Deve estar ainda na memória do Tribunal o julgamento não há muito proferido na causa entre a União e A. Thum. Aquela arguia de nulidade o contrato que celebrara com este, por ser enormemente lesivo, e o Tribunal retorquiu que ao Governo não era permitida semelhante defesa, por não ser lícito a ninguém invocar a própria torpeza.

Se não tem eficácia jurídica o fato de haver o Governo declarado, insistentemente, que o Banco de Crédito Popular do Brasil continuava a funcionar sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil, sendo este banco continuador daquele, promovendo-se a responsabilidade do ministro que exorbitou, mas não se prejudique o direito da parte, fundado no contrato por ela celebrado com o mesmo ministro.

E' certo, porém, que este, ao celebrar o contrato com o banco, não exorbitou de forma alguma. Ao contrário, agiu prudentemente e procurou acautelar, de modo inequívoco, os interesses da Fazenda Nacional. De fato, na ocasião do contrato, supunha-se geralmente que o Banco Hipotecário estava no gozo da isenção de todos os impostos. Essa crença, partilhada por governos e administrações locais, provinha da circunstância, muito significativa, de existir um acordo unânime do Supremo Tribunal, afirmando a isenção e declarando, em pleno vigor o decreto n. 1.036-B, que passou, no dizer desse acórdão, "a ser instrumento de um contrato entre o Governo da Nação e o mesmo banco, gerando direitos, que logo entraram a fazer parte do patrimônio deste".

Ora, se até então podia haver alguma dúvida sobre estar, ou não, o Banco Hipotecário sujeito a pagamento de impostos, essa dúvida teria desaparecido diante do pronunciamento claro e decisivo do Supremo Tribunal Federal, cuja autoridade suprema a ninguém neste país seria lícito desconhecer, e muito menos ao ministro da Fazenda, interessado em fazer respeitar a independência e harmonia dos poderes.

O ministro procedeu, então, como lhe cumpria, ou fez muito mais do que aquilo a que era obrigado.

Vendo-se diante da lei, em face do caso julgado, que reconhecia a existência do contrato, gerador de direitos que faziam parte do patrimônio do Banco, o ministro entrou em acordo com este para aliviar os encargos da Fazenda.

O acordo consistiu em que o banco fazia renúncia de muitas das isenções de que estava de posse, já asseguradas por lei e por decisão do poder judiciário, ao passo que o Governo não lhe fazia em troca concessão de espécie alguma, porque se limitava a declarar subsistentes as outras isenções não compreendidas na renúncia.

O acordo, portanto, é válido, porque é legal; além de legal, extremamente vantajoso aos interesses da Fazenda Pública.

Estaria delirando quem ousasse contestar a conveniência desse acordo, em que o banco, não recebendo favor algum, se desfazia de favores, de que gozava, quanto à isenção de impostos de importação, de exportação, de consumo e outros.

Não há quem afirme que seja argumento pouco valioso em favor do banco o que resulta do acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 11 de abril de 1908. O argumento é de primeira ordem, mesmo porque o acórdão não contém assinatura divergente, ninguém lhe contesta a procedência dos fundamentos, não se lhe aponta um erro de lógica, de doutrina, uma falha qualquer que lhe diminua o valor. A única objeção, articulada até agora, é que o acórdão não diz o que se lhe atribue, isto é, que o atual Banco Hipotecário está isento de qualquer contribuição, não está sujeito a nenhum imposto.

O acórdão se poderia dizer tudo, menos isso, tão categórica, inequívoca e reiterada é a afirmação de que o banco está no gozo da isenção de todos os impostos, assegurada pelo decreto n. 1.036-B, de 1890. Basta que qualquer pessoa o leia, com atenção, ou sem ela.

Não me prevaleço, porém, da autoridade desse julgado para fundamentar o meu voto. Argumentarei, como se não existisse o acórdão do Supremo Tribunal Federal, e, admitindo, por um momento, que ao Poder Público seja lícito fugir à responsabilidade dos contratos, com a alegação de que não tinha competência para celebrá-los, examinarei se procedem as razões invocadas contra o direito cujo reconhecimento o Banco Hipotecário está pleiteando.

A primeira razão aduzida é que a isenção de impostos foi concedida pelo poder legislativo ao Banco de Crédito Popular do Brasil, e não se transmitiu ao Banco Hipotecário do Brasil, que não é continuador ou sucessor daquele, visto como o primeiro banco se transformou no segundo, que lhe alterou o nome, as operações bancárias e o capital, de modo que, não sendo o Banco Hipotecário do Brasil o mesmo Banco de Crédito Popular do Brasil, ao poder executivo era vedado conceder àquele uma isenção que era privativa deste, não tendo, pelo mesmo motivo, significação alguma o acordo de 11 de dezembro de 1911.

Esta primeira razão, que é a capital do acórdão embargado, não procede.

A personalidade jurídica de uma sociedade não desaparece pelo fato da mudança de nome, capital e operações bancárias.

No que respeita à mudança de nome e de capital, parece intuitivo e é expressa a opinião de Carvalho de Mendonça, de acordo, aliás, com o art. 91, do decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, — no sentido de que a mudança de nome, o aumento ou redução de capital, a entrada ou saída de algum sócio, tudo isso determinará modificação ou alteração do contrato ou dos estatutos da sociedade, e não a sua transformação. Esta resultará da mudança do objeto ou fim social e, portanto, o que se tem de examinar é se essa mudança determina o desaparecimento da primeira sociedade, ou se, pelo contrário, a segunda sociedade é uma continuação da primeira, a despeito da mudança das operações bancárias.

O mais que se poderia avançar — e um dos votos vencedores o reconhece — é que, neste particular, a questão é controversa. De fato, escritores sustentam que a mudança de objeto da sociedade não importa o seu desaparecimento, pois a mudança é determinada pela vontade dos sócios, único elemento a que se deve atender.

Mas a questão aqui não é de doutrina ou de teoria, mais ou menos aceitável, porém, de lei expressa.

Cumpra, ainda uma vez, acentuar que não houve mudança de objeto ou fim social. Transformado o Banco de Crédito Popular do Brasil em Banco Hipotecário do Brasil, este continuou com as operações de crédito popular, tendo apenas adicionado a estas as operações de crédito real, de modo que o Banco Hipotecário passou a funcionar com duas carteiras — a de crédito popular, já existente, e a hipotecária, criada posteriormente.

A transformação, nos termos expostos, determinou o desaparecimento da primeira sociedade, ou fez com que o Banco Hipotecário do Brasil deixasse de ser o Banco de Crédito Popular do Brasil?

Não, é a lei que o diz expressamente, sem que se faça mister recorrer ao ensinamento de escritores. De fato, o art. 286, letra g, do decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, declara que as sociedades de crédito real podem fazer em carteiras especiais, completamente distintas da carteira hipotecária, operações bancárias, absolutamente diversas, como as que menciona o mesmo dispositivo, sem que isso importe para elas a perda da sua qualidade de sociedades de crédito real. Ora, se estas sociedades não perdem a sua qualidade, por fazerem operações hipotecárias e de outra natureza, conclui-se que o Banco de Crédito Popular não perdeu esse caráter, ou a sua feição primitiva, por ter criado ao lado da carteira popular a de crédito hipotecário.

O decreto n. 370, do mesmo modo que o decreto n. 1.036-B, — tem força de lei, por serem ambos emanados do Governo Provisório da República.

Assim, não tem consistência jurídica o argumento único do acórdão embargado e do ministro procurador geral de que, sendo a isenção de impostos da competência do Poder Legislativo, não podia o Poder Executivo transferir ao Banco Hipotecário uma isenção que tinha sido concedida pelo Poder Legislativo ao Banco de Crédito Popular do Brasil, pois aquele banco não é continuador ou sucessor deste. O argumento é inconsistente, porque, quem concedeu a isenção ao Banco de Crédito Popular do Brasil foi o Poder Legislativo, pelo decreto n. 1.036-B. Quem transferiu a isenção ao Banco Hipotecário do Brasil, por ser este o mesmo Banco de Crédito Popular do Brasil, foi ainda o Poder Legislativo, pelo decreto n. 370, de 1890. O acordo de 11 de dezembro de 1911 foi, portanto, uma consequência da anterior concessão legislativa e do julgado do Supremo Tribunal Federal de 11 de abril de 1908, com esta diferença: o acordo garantia apenas a isenção de alguns impostos, ao passo que a lei e o julgado garantiam, de modo absoluto, a isenção de todos eles.

Ultimamente, o embargante alega a existência da lei n. 2.886, de 15 de setembro de 1914, para provar que o Banco Hipotecário do Brasil é o mesmo Banco de Crédito Popular do Brasil. Não é uma alegação desprezível.

Com efeito, o decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, autorizou a criação do Banco de Crédito Popular do Brasil, com os favores constantes do mesmo decreto.

Dois anos mais tarde, aquele banco, devidamente autorizado, se transformou em o Banco Hipotecário do Brasil.

Considerou-se, então, que o primitivo banco desaparecera e com ele os favores concedidos pelo citado decreto n. 1.036-B.

Mas, se alguns anos depois, em 1914, o Congresso Nacional, tendo decretado a moratória, declarou que não ficavam compreendidos nesta "os depósitos em caderneta da Caixa Econômica Geral, instituídos em vista do disposto no art. 4.º do decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890", — a consequência é que o Congresso reconheceu a subsistência do decreto número 1.036-B, pois, se assim não fora, não lhe teria feito referência tão expressa. E, tendo reconhecido a subsistência do decreto n. 1.036-B, necessariamente reconheceu a do Banco de Crédito Popular do Brasil, regulado exclusivamente por aquele decreto, que só ao mesmo banco se refere.

Em outros termos: o Banco de Crédito Popular do Brasil foi criado para executar o decreto n. 1.036-B. Se o banco desapareceu, o decreto teria também desaparecido. Mas, a lei do Congresso Nacional vale por uma afirmação de que o decreto se acha em pleno vigor. Logo, subsiste o Banco de Crédito Popular do Brasil, de que o Banco Hipotecário do Brasil é um prolongamento.

A lei de 1914 é ainda um argumento em favor das isenções de impostos, porque, tendo concedido moratória a todos os bancos, só excluiu desse favor o Hipotecário, em compensação, provavelmente, aos privilégios de que este já gozava e que a outros institutos de crédito não tinham sido concedidos. Só assim se explica a exceção, que, de outra forma, seria injustificável, odiosa e talvez inconstitucional.

Não apreciarei se foram exagerados, ou não, os favores concedidos ao banco. Certo é que foram concedidos por lei, por um contrato solene, e somente sobre isto é o Tribunal chamado a se pronunciar.

Quaisquer considerações sobre a índole, a natureza dos bancos populares seriam impertinentes e descabidas nesta ocasião.

Apreciada a razão fundamental do acórdão embargado, examinarei agora uma outra, que não é desse acórdão, mas da declaração de dois votos vencedores. A razão aludida é a seguinte: Para aprovar os estatutos que o Banco Hipotecário organizara depois da transformação, o Governo exigiu, conforme depuseram o general Silva Ramos e o Dr. Serzedello Corrêa, que fosse suprimido o parágrafo único do art. 1.º desses estatutos, o qual mandava considerar como parte integrante deles o decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro

de 1890. Ora, o banco concordou com a supressão exigida, operando-se assim a transformação; logo, concluem os dois votos vencedores, perdeu os direitos que lhe haviam sido conferidos pelo mesmo decreto.

Registe-se, em primeiro lugar, a declaração de que o decreto n. 1.036-B conferiu direitos ao Banco Hipotecário. Esses direitos ele os não perdeu com a supressão aludida, absolutamente inócua, ou sem a significação que lhe é atribuída.

O art. 1.º dos estatutos dizia que a sociedade anônima fundada na cidade do Rio de Janeiro com a denominação de Banco de Crédito Popular do Brasil, regida por estatutos aprovados pelo decreto n. 1.205, de 23 de dezembro de 1890, para execução do decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, continuava a funcionar sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil. Ora, se o art. 1.º dos estatutos fazia assim referência tão expressa ao decreto número 1.036-B, para cuja execução fora o banco organizado, não era necessário que, imediatamente depois do art. 1.º, viesse um parágrafo único do mesmo artigo declarar o que este já tinha declarado, isto é, que o decreto número 1.036-B considerava-se parte integrante dos estatutos, tanto mais quanto o art. 80 e último desses mesmos estatutos ainda prescrevia que os casos aí omissos seriam regulados pelas leis em vigor e, nomeadamente, pelo decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890.

O que se deve acreditar, portanto, é que o Governo mandou suprimir o parágrafo único simplesmente para evitar uma repetição escusada, já que não é possível atribuir-se-lhe a inépcia de, querendo suprimir um favor pela supressão de certo dispositivo que o consagrava, conservar dois outros dispositivos que importam o reconhecimento do mesmo favor.

Os depoimentos do general Silva Ramos e do Dr. Serzedello Corrêa não provam, absolutamente, que a supressão do parágrafo tivesse por objetivo extinguir a isenção: 1.º, porque dos próprios estatutos ficava constando que a isenção era mantida pela referência duas vezes feita ao decreto n. 1.036-B, sendo certo que contra o que está escrito não pode prevalecer o depoimento de testemunhas — *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*; 2.º, porque, na própria carta de aprovação dos estatutos, o Governo declarou, pelo seu ministro da Fazenda, que ela não pagava selo, em vista do disposto no decreto n. 1.036-B; 3.º, porque, meses depois da transformação, ou em 17 de agosto de 1894, o general Ramos figurou, por parte do Banco Hipotecário, em uma escritura de cessão, em que este era cessionário, sendo cedente o Banco da República, com intervenção da União, tendo-se feito na escritura a declaração de que esta não pagava selo, em vista do disposto no art. 14 do decreto n. 1.036-B, de 14 de novembro de 1890. Os depoimentos dessas testemunhas são, portanto, inteiramente contraproducentes.

Chego ao último argumento — o de não haver o banco cumprido as obrigações constantes do art. 4.º do decreto n. 1.036-B.

Declarei, no meu voto anterior, que, havendo, a respeito, dois laudos contraditórios, um afirmando que o banco cumpria todas as suas obrigações, outro negando o fato, não me pronunciava por nenhum deles, e que, se era real a falta de cumprimento de obrigações, ficava salvo à União o direito de propor ação contra o banco, para o fim de ser declarada caduca a concessão do privilégio.

Objetou-se-me que a ação já tinha sido proposta nestes mesmos autos pela ré, por meio de reconvenção.

O argumento não altera o resultado, que continua a ser o mesmo.

E' sabido que na reconvenção o réu assume a posição de autor e o autor se transforma em réu.

Ora, se o réu na reconvenção é obrigado a provar o objeto da sua ação e se a prova apresentada é um parecer de peritos, manifestamente contraditório com o parecer de outros peritos, segue-se que a ação da ré, autora na recon-

venção, devia ser julgada improcedente, desde que nenhuma razão foi aduzida para se dar preferência ao laudo dos peritos que concluíram em favor da autora, com sacrifício do laudo que outros peritos emitiram em favor do réu.

Se se descesse à análise dos motivos que pudessem determinar a preferência de um dos laudos sobre o outro, essa preferência se manifestaria pelo laudo proferido em favor do réu na reconvenção, porque esse laudo está de acordo com uniformes e reiteradas declarações da União, no sentido de que o banco nunca deixara de cumprir as suas obrigações, sendo digno de nota que essas declarações foram feitas pelos fiscais da União, criados exclusivamente para o fim de verificar se o banco estava, ou não, cumprindo as suas obrigações.

Relembrarei, a propósito, o que se passou no julgamento da ação intentada pelo engenheiro Lobão contra a União. O Supremo Tribunal julgou que era completa a prova de haver o autor cumprido a obrigação relativa à construção de uma estrada de rodagem, porque o Presidente da República submetera ao conhecimento do Congresso, afim de que este resolvesse o que julgasse conveniente, o pedido do autor para se lhe pagar a construção de um determinado trecho, que os prefeitos do Alto Acre e Alto Purús informavam achar-se concluído, de acordo com as condições legais.

Ora, se o Supremo Tribunal julgou *provemente provado, a toda evidência*, que o engenheiro cumprira a sua obrigação, neste caso em que o Presidente da República não era propriamente representante da União, nem afirmava o cumprimento daquela obrigação, mas apenas sujeitava à deliberação do Congresso o pedido de pagamento, por parte do mesmo engenheiro, — não se compreende como possa afirmar agora que o Banco Hipotecário do Brasil não cumpria as suas obrigações, quando os fiscais do Governo, nomeados para a fiscalização, sempre atestaram e atestam que todas as obrigações foram cumpridas! Os termos desses atestados são eloquentes. Invocando a sua qualidade de fiscais do governo junto ao Banco Hipotecário do Brasil, aqueles funcionários afirmam que as operações do mesmo banco, que eles acompanharam com a maior atenção, foram sempre regulares e praticadas de acordo com o decreto n. 1.036-B, e outros que especificam.

Acrescentarei, por último, mas só *ex abundantia*, por ser desnecessário o argumento, que, no próprio laudo em que se afirma não ter o banco cumprido as suas obrigações, no tocante à *Caixa de Penhor Nacional* e à *Caixa Econômica*, se encontra a prova em sentido contrário. Nos anexos que os peritos desse laudo organizaram, consigna-se que o banco não só emprestou dinheiro sob penhores, como recebeu depósitos na Caixa Econômica. Sim, respondem os peritos, o banco praticou essas operações, mas em proporções insignificantes. Não tem valor a objeção, porque o decreto n. 1.036-B não estabeleceu o máximo nem o mínimo das operações. Quis apenas que elas fossem praticadas, pouco importando se em maior ou menor escala, conforme as circunstâncias, não havendo prova, aliás, de que o banco houvesse recusado emprestar dinheiro sob penhor ou receber depósito na Caixa Econômica.

Em conclusão: recebo os embargos, em parte, para julgar improcedente a reconvenção e procedente a ação, nos mesmos termos do meu voto anterior, isto é, considerando subsistente o decreto n. 1.036-B, com as modificações introduzidas pelo acordo de 11 de dezembro de 1911."

(*Diário da Justiça* de 21 de agosto de 1931: *Rev.*, 77-98).

178 — O Dr. Alberto de Faria, inteligente homem de letras, culto, combativo, de invencível tenacidade, sustentou renhida polêmica com o advogado do Banco Hipotecário, cuja pretensão ele contrariava com ardor.

Justificava essa sua atitude de intervenção no pleito, fora dos autos, pois não era parte, nem advogado da União, dizendo-se aco-

lhido pela benevolência do Supremo Tribunal Federal, cujos ministros liam com interesse os seus folhetos contra o banco, como Pedro Lessa e Guimarães Natal, "a todos sobrelevando, porem, o ministro HERMENEGILDO DE BARROS".

Disse, em seguida, que havia no Supremo Tribunal Federal "duas correntes que exprimem o fundo de liberalismo e de autoritarismo dos homens que o compõem".

A primeira corrente pertencia Pedro Lessa, que lembrou, aliás, nos seus *Discursos e Conferências*, "a sabedoria de uma lei inglesa que proíbe os juizes de falarem com as partes sobre os pleitos".

A segunda corrente o ilustre Dr. Alberto de Faria ligou o meu nome, dizendo:

"Se se quisesse procurar, para designar a corrente oposta, um nome, ocorreria de pronto o do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS".

Há nas duas correntes quem sirva com igual lealdade e nobreza o seu sacerdócio. Nem desvendei estas intimidades do culto no Templo, senão porque convinha salientar a honra insigne e a autorização indiscutível que me foi concedida pelo ilustre magistrado, referindo-se expressamente a mim, no seu voto vencido, como se eu tivesse qualidade no feito; mais ainda, mais lisonjeiramente ainda, objetando palavras minhas à opinião de seus ilustres colegas Lessa e Natal; muito mais ainda, opondo a interpretação que eu, o humilde, dera às palavras do acórdão em que figuravam os nomes desses dois notáveis ministros, contra a interpretação autêntica, isto é, contra a interpretação que eles davam a seus próprios votos e que o ilustre ministro insistia em não aceitar.

Tão elevada distinção poucos terão alcançado e nenhum, decerto, a receberia com a surpresa com que a ouviu um modesto comerciante, retirado da atividade, bacharel que pouco advogou e há mais de trinta anos fez doação de sua incipiente biblioteca jurídica".

Depois, e em capítulo especial, o "modesto comerciante, retirado da atividade, bacharel que pouco advogou", referiu-se ao meu voto, não para analisá-lo ou combatê-lo, senão somente para significar que era mais lógico e mais jurídico o voto, também vencido, do ministro Godofredo Cunha, porque, ao passo que este dava tudo ao banco, eu dava pouco, uma décima parte, apenas, do que ele pedia.

Na hipótese, prossegue, só duas soluções seriam admissíveis — a de se dar tudo ao banco, conforme o voto do ministro Godofredo, ou a de não se lhe dar coisa nenhuma, conforme o voto vencedor.

A conclusão intermédia a que eu chegara e com a qual o Banco já se contentava — essa, conclue o Dr. Alberto de Faria, não podia ser adotada, porque importaria em dar ao banco coisa diversa do pedido, isto é, uma parte, apenas, quando ele queria tudo, a não ser que o banco alterasse os termos da petição inicial, desistindo da ação intentada, para propor outra.

Eis, de fato, o que se lê no folheto, em que o Dr. Alberto de Faria pleiteava a confirmação do acordão embargado:

"São dois os votos vencidos, ambos longamente fundamentados, o do Senhor ministro HERMENEGILDO DE BARROS e o do Sr. ministro Godofredo Cunha.

O voto do Sr. ministro Godofredo Cunha não mereceu da parte contrária o mesmo entusiasmo que o do seu ilustrado colega.

Não só o Dr. Sales como o ilustre jornalista que tomou a defesa do banco manifestaram, sem reserva, seus elogios mais calorosos pelo voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

"Admirável exposição e modelo de estilo pedagógico", disse dele Medeiros e Albuquerque, que está na primeira plana ou no primeiro lugar para atestados dessa natureza.

Entretanto, o voto do Sr. ministro Godofredo Cunha dava ao banco *tudo*.

O do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS dá ao banco *pouco*.

Há grande injustiça por parte dos beneficiados.

O voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS é literariamente uma peça admirável; já isso me tinha parecido antes de o saber pelo Sr. Medeiros e Albuquerque, e já lhe tinha sentido infelizmente os efeitos na impressão geralmente causada.

Não consente, porem, o espirito de justiça esconder que é mais lógico e mais jurídico o voto do Sr. ministro Godofredo Cunha.

Dentro do pedido do banco e do pedido que, reconvinde, fez a União, não cabe senão o radicalismo do Sr. ministro Godofredo Cunha, ou a solução do acordão embargado.

A solução intermédia, do Sr. ministro HERMENEGILDO, não entra nas premissas nem nos tratados de Processo em que estudei."

Para se dar coisa diferente do pedido, os praxistas ensinam esta lição: — "o advogado desiste da ação e propõe outra que esteja certa ou que seja de mais honestos intuitos".

A um juiz de tão lúcida inteligência como o Sr. HERMENEGILDO DE BARROS, basta apresentar assim nua e crua a hipótese.

"Tomando conhecimento da discussão no ponto e no terreno em que foi colocada perante o Tribunal, podia o ilustre magistrado adotar no seu voto o alvite que pareceu uma simples redução do pedido.

Agora que S. Ex. tem denúncia, por mim e pelo advogado do banco, que há necessidade de *alterar* a petição inicial, para que seu voto possa subsistir, uma formalidade se impõe — a propositura de nova ação.

O Sr. ministro, que não foi relator nem revisor do feito, não tinha lido, decerto, a petição inicial. Lendo-a agora, vai S. Ex. verificar que temos inteira razão o Dr. Sales e eu — para que prevaleça seu voto é preciso *alterar* a petição inicial, *modificar* o pedido. As partes discutiram outra coisa. Foi outro o objeto da ação. Restaurar o acordo não foi assunto em discussão".

Embora o não tivesse dito explicitamente, o ilustre Dr. Alberto de Faria me atribuiu o erro de haver julgado *ultra petita*, ou de haver julgado coisa diversa do pedido. Não teve razão, entretanto.

O pedido do banco foi, como já o disse, não só para ser recindido o acordo de 11 de dezembro de 1911, como para ser declarado subsistente o decreto n. 1.036-B, de 1890.

Eu podia, portanto, julgar improcedente o primeiro pedido e procedente o segundo, sem infração de qualquer regra processual. Foi o que fiz.

179 — Já agora aproveitarei o ensejo, que se me oferece, para retificar o conceito do Dr. Alberto de Faria, quando me consagra o chefe, por assim dizer, de uma corrente autoritária no Supremo Tribunal Federal, em contrário à corrente liberal atribuída ao ministro Pedro Lessa.

No meu tempo, nunca houve chefe de coisa alguma naquele Tribunal, ao menos para mim, nem eu pretenderia ser figura destacada de alguma corrente, que porventura ali se formasse, modesto e humilde, como sempre fui, embora a independência e altivez fossem do meu feitio, quando as circunstâncias o exigiam.

O Dr. Alberto de Faria apresentou, como prova do liberalismo a que aludiu, a narração feita pelo professor Rivarola, depois de haver assistido a uma sessão no Supremo Tribunal Federal.

Contou o professor aos leitores de *La Nación*, de Buenos Aires, que a cordialidade entre advogados e juizes é completa. Encantou-o, sobretudo, este caso: "um juiz ilustre, cujo nome já tinha transposto as fronteiras, que outrora nos separavam e ora nos unem, aproveitara um momento para sair de sua cadeira, vir à grade, e conversar naturalmente com um ilustrado advogado, sustentando um voto com que muito o contrariara dias antes e discutindo com ele quase como um camarada".

Se *liberalismo* é isso que Rivarola, segundo disse, desejava para o seu país, eu realmente não faria parte dessa corrente. Jamais deixaria a minha cadeira, para ir discutir com advogado, que se achasse nos cancelos do Tribunal, a propósito de voto, que houvesse proferido em causa por ele patrocinada. Nem nos cancelos, nem fora deles.

Sobre questões em juízo, eu só conversaria com os advogados nos autos, ou nos memoriais que eles me ofereciam.

Depois de julgadas as questões, o debate para mim ficava definitivamente encerrado.

Certo ou errado o meu voto, não procurava justificá-lo perante ninguém, e, muito menos, perante o advogado, a quem ele porventura pudesse contrariar.

Dessa norma de conduta, entretanto, não se poderia concluir pelo meu suposto autoritarismo.

Aos advogados sempre dispensei toda a consideração que eles mereciam e nunca me esquecerei de que foi no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros que se realizou a comemoração dos meus cinquenta anos de magistratura.

Fui e serei sempre reconhecido ao Instituto, que teve a iniciativa de festejar o meu jubileu judiciário. Ainda agora, ofereço a prova do meu reconhecimento, inserindo nestas *Memórias* tudo quanto se passou na memorável sessão de 15 de novembro de 1936.

Referindo-se a essa sessão, a *Revista de Direito Eleitoral*, do Dr. Mozart Lago, disse que a homenagem prestada pelo Instituto ao vice-presidente do Supremo Tribunal Federal e presidente do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral foi "a maior consagração pública de sua vida, e, quicá, também a mais eloquente solenidade, que aquela casa de jurisconsultos até hoje realizou em honra e louvor de um magistrado brasileiro".

Quem se sente, assim, como eu, tão dignificado, jamais poderia ser, e nunca foi efetivamente, suspeitado de *autoritarismo* para com os advogados.

Disso tem a prova o próprio Dr. Alberto de Faria, tanto que se mostrou profundamente desvanecido pelo fato de haver eu tomado em alta consideração os seus folhetos contra o Banco Hipotecário, embora ele não fosse parte nem advogado no feito.

De resto, tendo votado, aliás numa parte mínima, em favor do banco, que o Dr. Alberto de Faria hostilizava sem transigências, eu só teria motivos para ser reconhecido à delicadeza das referências com que me honrou o ilustrado escritor, a quem nunca tive a felicidade de ser apresentado e a cuja memória rendo aqui as minhas mais sinceras homenagens.

180—O Banco Hipotecário do Brasil, que já era um banco falido, ao que resultava dos debates, teve ainda, alguns anos depois, de suportar condenação, desta vez justa, ao pagamento de elevada importância, correspondente ao selo devido pela transferência de suas ações e pelo recibo de dividendos, a qual deixara de ser paga pelos acionistas, por não ter o banco fiscalizado a cobrança desse selo, como era de seu dever, em virtude de lei.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre o Banco Hipotecário do Brasil, como agravante, e a Fazenda Nacional, como agravada.

Esta propôs ação executiva contra aquele para cobrar a quantia de réis 199:731\$640.

Não sendo encontrados bens do executado para a penhora, expediu-se precatória ao Juízo federal do Estado de Minas Gerais, para ser penhorada a fazenda *Pantarrate*, no município de Teófilo Otoni.

Feita a penhora, não só nesta fazenda como na de nome *América*, o banco opôs embargos, alegando que o executivo provem não só da falta de selo nas transferências de ações feitas por termo pelos respectivos acionistas, como da falta de selo em recibo de pagamento de dividendos aos mesmos acionistas, mas que, nos termos do art. 1.º do decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, tabela A, n. 13, e tabela B, § 4.º, n. 2, as partes interessadas, e não o banco, é que tinham obrigação de pagar o selo, isto é, os transferentes e adquirentes, e os que receberam dividendos.

A Companhia Brasileira de Imóveis e Construções também opôs embargos de terceira senhora e possuidora da fazenda *América*.

A exequente contestou os embargos do executado, alegando que este é responsável pelo imposto, não só porque pelo citado decreto n. 3.564, artigo 41, incumbe aos funcionários aí mencionados, assim como às sociedades anônimas e outras corporações, a fiscalização do imposto do selo, na parte que lhes for atinente, como porque pelo art. 81 os infratores das leis e dos regulamentos do selo são solidários responsáveis à Fazenda Federal pelo valor do imposto e das multas, salvo o direito regressivo de uns contra os outros, e assim não podia o executado permitir que seus acionistas transferissem as respectivas ações e passassem recibo nos seus livros de pagamento de dividendos sem o selo devido.

A sentença de primeira instância, baseada na impugnação da Fazenda, julgou improcedentes os embargos à penhora e mandou que esta subsistisse, na parte relativa à fazenda *Pantarrate*, ficando, porém, excluída da penhora a fazenda *América* com suas benfeitorias.

O banco agravou, com fundamento no art. 3.º do decreto n. 5.449, de janeiro de 1928.

Efetivamente, o art. 41 do decreto n. 3.564 dispõe: "Aos ministros de Estado, aos diretores do Tesouro, aos secretários de Estado, ao Tribunal de Contas, aos chefes, tesoureiros e pagadores das Repartições Federais, às autoridades judiciárias, civis e militares, ao Conselho Municipal e à Prefeitura Municipal do Distrito Federal, às Juntas Comerciais, à Câmara Sindical, aos tabelães e outros serventuários de justiça, às sociedades anônimas e outras corporações incumbe a fiscalização do imposto do selo, na parte que lhes for atinente, sem prejuízo do disposto no artigo antecedente". E o art. 81 considera solidariamente responsáveis pelo valor do imposto e das multas os infratores das leis e dos regulamentos do selo, salvo o direito regressivo.

Ora, o selo pela transferência de ações e pelo recibo de dividendos é devido pelos acionistas. O selo deve ser colado nos livros que o banco deve ter para aqueles fins.

Como sociedade anônima, que o é, o banco tem obrigação de fiscalizar o pagamento do selo. O selo não foi pago; logo, o banco é responsável pelo valor do imposto.

ACORDAM, pois, negar provimento ao agravo e confirmar a decisão agravada, pagas as custas pelo agravante.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 1930. — *Godofredo Cunha*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *F. Whitaker*. — *E. Lins*. — *Bento de Faria*. — *A. Ribeiro*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Pedro dos Santos*. — *Soriano de Souza*.

Fui presente — *A. Pires e Albuquerque*.

(*Arq. Jud.*, 15-3).

Banco Evolucionista

181 — Mais importante que a do Banco Hipotecário do Brasil foi a questão do Banco Evolucionista.

O general Francisco Glycerio, ministro da Agricultura do Governo Provisório da República, fez a várias pessoas concessões de terras devolutas.

Uma dessas concessões, de 50.000 hectares, foi feita ao engenheiro Ricardo Alfredo Medina, que a transferiu ao Banco Evolucionista.

A concessão deveria ser dividida em duas áreas de 25.000 hectares, cada uma. O banco mediu e demarcou as terras da primeira área, em cuja propriedade foi investido.

Mais tarde, hipotecou essa área de terras a José Alves Ribeiro de Carvalho, cujos herdeiros propuseram ação executiva hipotecária contra o banco, fazendo recair a penhora nos 25.000 hectares de terra, que o banco fora anteriormente autorizado a vender.

A viúva e herdeiros de José Alves Ribeiro de Carvalho fizeram cessão do seu direito creditório ao Dr. Arthur de Barros Falcão de Lacerda, que, por sua vez, o cedeu a Antonio Joaquim Teixeira, com quem o feito prosseguiu.

Feita a penhora, o Estado de São Paulo opôs embargos de terceiro senhor e possuidor, alegando, substancialmente, que os bens penhorados, por serem terras devolutas, eram de sua propriedade, ex-vi do art. 64 da Constituição de 1891.

Por sentença, em primeira instância, do Juízo federal, depois de ter andado a causa pela Justiça local, os embargos do Estado de São Paulo foram julgados não provados. O Estado apelou.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento, em parte, à apelação, para julgar provados os embargos de terceiro senhor e possuidor, somente quanto à metade dos 25.000 hectares de terras, ou sejam 12.500 hectares.

Esta decisão foi adotada de acordo com o voto do ministro Heitor de Souza, o único que se pronunciara pelo direito do banco aos 12.500 hectares.

Eu lhe reconheci o direito aos 25.000 hectares e comigo julgaram os ministros Arthur Ribeiro e Pedro Mibielli, embora o acórdão esteja assinado por eles, sem qualquer declaração, como se fossem vencedores.

Os ministros Viveiros de Castro e Edmundo Lins foram vencidos, em parte, porque julgaram integralmente provados os embargos do Estado de São Paulo, quanto ao domínio e posse das terras penhoradas, isto é, os 25.000 hectares.

O ministro Pedro dos Santos se declarou vencido, sem dizer em que sentido, sendo certo, porém, que o seu voto julgou provados os embargos do Estado de São Paulo.

Assim, os três votos — HERMENEGILDO, Arthur Ribeiro e Mibielli — que concediam o mais, naturalmente concediam o menos, e deviam ser adicionados, como o foram, ao voto do ministro Heitor de Souza, com o qual formaram a maioria dos quatro votos, contra os três de Lins, Viveiros e Pedro dos Santos. (*)

(*) Vide nota ao n. 28.

Segue-se o acordão com os votos:

"N. 4.256 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, Distrito Federal, em que é apelante o Estado de São Paulo e apelado Antonio Joaquim Teixeira, cessionário e sucessor da viúva e herdeiros de José Alves Ribeiro de Carvalho... (Histórico):

"Examinadas, atenta e minuciosamente, as alegações das partes e as provas produzidas, e considerando que não tem alcance prático e nem influe para a decisão do litígio a alegação do apelante de que, não estando ainda constatada a existência de terras devolutas nas margens do rio Tietê entre os municípios da capital de São Paulo e o de Mogi das Cruzes, nem medidas, nem demarcadas, nem pagas as mesmas terras, que foram objeto da concessão feita a Ricardo Medina, ao tempo em que a Constituição da República transferiu aos Estados o domínio dos terrenos devolutos, passaram aquelas terras (as da predita concessão) a pertencer ao Estado de São Paulo desde a promulgação da mesma Constituição, e não vale semelhante alegação porque este próprio Estado, para cumprir mandato do Governo da União, como quer o apelado e fazem certo o art. 51 do decreto de 1834 e o aviso de 29 de dezembro de 1891, do ministro da Agricultura, ou *ex-auctoritate propria* e para revalidar a concessão do Governo provisório como quer o apelante, reconheceu a existência das mesmas terras, a propriedade do banco sobre elas e expediu em favor deste o título de domínio de 14 de outubro de 1892 — que se acha copiado a fls. 309, dos autos;

Considerando que, em realidade, a falta de medição, demarcação e de pagamento do preço das mesmas terras, no momento da promulgação da Constituição, não autoriza o asseio de que se tenha resolvido a concessão respectiva, pois, consoante a lição da doutrina e da jurisprudência, compreendida no parecer do consultor geral da República, transcrito nas próprias razões do apelante:

"Não se pode considerar que a Constituição haja resolvido tacitamente todas as concessões de terras devolutas em cuja posse efetiva não estivessem ainda os concessionários. Ou essas concessões estas, não podiam ser consideradas como tendo passado de ser devolutas, não podiam ser consideradas como tendo passado ao domínio do Estado em virtude da disposição constitucional ou as concessões deixassem de ser satisfeitas, as terras correspondentes se incorporariam ao domínio do Estado. Em um ou outro caso, porém, não pode ser contestado que os Estados receberam as terras devolutas que a Constituição lhes outorgou, nos mesmos termos em que a Nação as possuía, sujeitas às condições das concessões anteriormente feitas. A Nação não podia transferir mais do que tinha. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.* — (Ord. Liv. 4.º, tit. 37, § 7.º; Alvará de 13 de março de 1772; CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 406). Consequentemente, o Estado não podia ter adquirido senão aquilo que a Nação lhe podia ter transferido";

Considerando que é um fato insuscetível de contestação a investidura do Banco Evolucionista na propriedade dos 25 mil hectares que mediu, demarcou e pagou, seja que tal investidura tenha resultado, como parece indubitável, do contrato de 14 de outubro de 1890 e assim de ato do governo da União, do que ela tenha emanado de ato do Governo do Estado de São Paulo, ao qual, segundo alega o próprio apelante, "convindo a colonização das terras questionadas que já lhe pertenciam, aprouve confirmar, revalidar e ratificar, por tal motivo, a concessão de 1890 do Governo da União;

Considerando, porém, que a cessão das ditas terras não foi pura e simples, como pretende o apelado, mas sujeita a uma condição suspensiva, perfeitamente válida — a obrigação, em que se constituiu o concessionário, de fundar nas mesmas terras burgos agrícolas ou núcleos coloniais;

Considerando que essa condição está ineludivelmente expressa não só no prêmio do contrato de 14 de outubro de 1890, mas em quase todas as suas cláusulas — notadamente nas cláusulas segunda, terceira, quarta, quinta e sexta, e ainda no título de propriedade expedido em 14 de outubro de 1892;

Considerando que a cláusula quinta é decisiva e fulminante para deixar evidenciada a existência de tal condição, pois aí se comina a caducidade da concessão das terras se não forem construídos os numerosos núcleos coloniais ou fundados os burgos agrícolas nos prazos prefixados;

Considerando que é uniforme nos códigos modernos dos países cultos a regra legal de que, subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar não se terá adquirido o direito a que ela visa — (Cód. Civil pátrio, art. 118; Cód. Civis italiano, 1.158; francês, 1.181; português, 678; alemão, 158; federal, das obrigações, 171, al. 2);

Considerando que também na lição unívoca dos doutrinadores pátrios e alienígenas, nas vendas condicionais, o contrato não é perfeito nem a alienação é definitiva senão depois de verificada a condição;

Considerando que não aproveita ao apelado a invocação do acordo ou rescisão levada a efeito em dezembro de 1901 como causa extintiva da obrigação para o Banco Evolucionista de fundar os burgos agrícolas que foram objeto do contrato de 1890, pois, ressalvando o direito deste e dos demais concessionários que já tivessem títulos de propriedade expedidos pelos presidentes ou governadores dos Estados, implicitamente reconheceu o mesmo acordo a inteira validade e vigência de tais títulos, que passavam então a ser o instrumento exclusivo do contrato entre os concessionários e o poder concedente;

Considerando que, no caso ocorrente, o título de propriedade expedido em favor do Banco Evolucionista, junto por cópia a fls. 309, declara, expressa e inequivocamente, que este concessionário fica investido no domínio das sobreditas terras para os fins expressos na cláusula terceira do contrato de 14 de outubro de 1890, e submete, também taxativa e inequivocamente, aquele banco a todas as condições e obrigações do referido contrato;

Considerando que, estando excedidos há muito e de muito, como reconhece o próprio apelado, os prazos a que se referem as cláusulas 4.^a e 5.^a do mesmo contrato e tendo-se operado, dest'arte, a caducidade da concessão em proveito do apelante que ficara, ex-vi do art. 64 da Constituição Federal, dono das terras perdidas por tal motivo pelo banco, não era possível à União Federal, sem a intervenção e assentimento do mesmo apelante, transigir e renunciar direitos que já não eram seus, mas desto, libertando a concessão dos onus que nascera geminado com esta;

Considerando que a manutenção, para o banco, do seu direito em relação às terras de que já tinha título de propriedade expedido pelo presidente do Estado de São Paulo, que foi reconhecida e pactuada pelo termo de rescisão de 17 de dezembro de 1901, a fls. 113 e 310, só pode ser entendida na extensão e força do mesmo título, onde está enunciada, com evidência solar, a submissão do concessionário a todas as condições e obrigações do contrato de 1890;

Considerando que carece também de procedência a alegação de que há decisões da Justiça local paulista e da Justiça federal, reconhecendo o domínio pleno e definitivo do Banco Evolucionista sobre as terras em questão, porque tais sentenças, eivadas umas de incompetência manifesta, proferidas, outras, sobre ações possessórias e em relação a terceiros, não podem constituir caso julgado oponível na espécie;

Considerando, entretanto, que o contrato de 14 de outubro de 1890, provendo o inadimplemento, por parte do concessionário Ricardo Medina, de quem é sucessor o Banco Evolucionista, da obrigação de fundar os burgos agrícolas de que se trata e cominando a sanção de caducidade ou revogação da concessão para essa inexecução contratual, estatuiu que, mesmo verificada essa hipótese, o concessionário perderia o direito apenas à metade das terras já adquiridas para o núcleo que não estivesse constituído;

Considerando que o último membro da citada cláusula 5.^a se refere indiscutivelmente no caso figurado ao direito do banco à metade das terras já adquiridas para o núcleo que não estiver constituído e que não se achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas estabelecidos na conformidade da cláusula 1.^a, que são precisamente os 25 mil hectares adquiridos para esse fim;

Considerando que, nestas circunstâncias, admitidas as soluções mais favoráveis ao referido banco — isto é — a condicionalidade da alienação que lhe foi feita das terras em litígio e o descumprimento da obrigação de fundar os núcleos coloniais e os burgos agrícolas em questão, não há como recusar-lhe a metade dos 25 mil hectares adquiridos pelo título de propriedade de fls. 309, para a construção dos mesmos núcleos, pois ficou avençada a subsistência do seu domínio sobre a metade daquela área mesmo na ocorrência de mora da sua parte, o que vale dizer de sua culpa, porque a mora no sentido técnico de *injuria tarditas*, equivale à culpa;

Considerando que carece de procedência e é de todo inoperante o argumento de que não socorre ao banco a parte final da predita cláusula 5.^a do contrato, porque na rescisão não se ressalvou senão o direito dos concessionários sobre as terras das quais tivessem títulos de propriedade expedidos pelos governadores ou presidentes dos Estados, sem se falar na metade, nem se aludir à cláusula 5.^a do contrato de 1890, pois é intuitivo que se valesse a coartada, não falando a mesma rescisão na subsistência das obrigações do concessionário constantes do contrato rescindido e do título de propriedade, estariam também extintas por tal raciocínio essas obrigações e escoimado o domínio do banco da condição, onus ou restrição que vem sendo alegada pelo apelante contra aquele;

Considerando que improcede, por igual, a objeção de que a restrição ou perda parcial do domínio do concessionário expressa no segundo membro da referida cláusula 5.^a só se podia referir às terras adquiridas definitivamente em plena propriedade e não às adquiridas nos termos do título expedido pelo Governo do Estado de São Paulo, certo, como é, que no regime do contrato de 1890 não há terras adquiridas desde logo em plena propriedade, só se cogitando nele de terras adquiridas para a fundação dos núcleos e de domínio sujeito à condição suspensiva, como sustenta longamente o próprio apelante;

Considerando que, no tocante às chamadas terras adquiridas pelo apelante, está fartamente provado nos autos que umas o foram em processo judicial de desapropriação movida contra o Dr. João Baptista de Oliveira Pentecoste Estellita Alvares e sua mulher, que, por sua vez, as houveram de seu pai Thomaz Luiz Alvares, o qual, em 22 de setembro de 1854, fizera registrar compra a João Francisco de Moura e Dr. Fernando Moura, em época anterior à concessão feita ao banco;

Considerando que é suficiente, no que concerne a essas terras, que passaram do domínio particular para o do apelante, a prova de domínio e posse deste;

ACORDAM, em Supremo Tribunal Federal, dar provimento, em parte, à apelação do Estado de São Paulo, para julgar provados os seus embargos do terceiro senhor e possuidor quanto à metade da área de 25 mil hectares constante do título de propriedade expedido em favor do Banco Evolucionista (110

e 309) e quanto às terras que adquiriu por desapropriação e compra, constantes dos títulos de fls. 7 e 58, mantidas, porém, a sentença apelada e a penhora quanto aos demais bens do executado.

Custas em proporção.

Rio de Janeiro, 5 de novembro de 1926. — *Godofredo Cunha*, presidente.
— *Heitor de Souza*, relator designado.

HERMENEGILDO DE BARROS — Dei também provimento, em parte, à apelação, mas somente quanto ao imóvel adquirido por desapropriação ao Dr. Oliveira Pentead, nos termos do voto, que se segue:

O Governo provisório da República, representado pelo ministro da Agricultura, general Francisco Glycerio, contratou, em 14 de outubro de 1890, a fundação de núcleos agrícolas, às margens do rio Tietê, em São Paulo, com o engenheiro Ricardo Alfredo Medina, a quem concedeu uma área de 50 mil hectares de terras devolutas, à razão de 1\$033 réis por hectare, numa faixa de 13.200 metros de cada lado do mencionado rio, no município de São Paulo, uma légua acima da Ponte Grande, e no município de Mogi das Cruzes.

Como cláusulas apreciáveis no julgamento da causa ficaram estabelecidas as seguintes: que a concessão seria dividida em dois territórios de 25 mil hectares cada um, os quais seriam entregues ao concessionário, à proporção que, à sua custa, fossem medidos, demarcados e pago o preço, respeitados os direitos de terceiros e as concessões anteriormente feitas (cláusulas 1.^a e 2.^a do contrato); que em cada território seria fundado um núcleo agrícola, dividido em lotes, para o estabelecimento, devendo o concessionário construir, no local destinado para a sede, edifícios para farmácia, enfermaria, escolas e fábricas para o beneficiamento dos principais produtos do núcleo (cláusula 3.^a); que, dentro do prazo de um ano, contado da data do contrato, o concessionário deveria ter adquirido o território preciso para formação do primeiro núcleo, que ficaria definitivamente construído, dentro de dois anos seguintes, com os edifícios, fábricas, e o número de famílias marcado na cláusula 3.^a, devendo ficar concluído o segundo núcleo nos dois anos subsequentes (cláusula 4.^a); que, se, nos prazos estipulados, não tivessem sido construídos os núcleos, ficaria sem efeito a concessão, perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estivesse construído e que não se achasse ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas (cláusula 5.^a).

O contrato estabeleceu ainda que os prazos mencionados poderiam ser prorrogados nos casos de força maior, justificada perante o Governo, que se reservou o direito de resolver as dúvidas que surgissem na execução do mesmo contrato (fls. 303).

A 30 de maio de 1891, Ricardo Medina transferiu o contrato ao Banco Evolucionista, e essa transferência, que era permitida pela cláusula 12, foi aprovada a 20 de novembro do mesmo ano pelo ministro da Agricultura, Doutor João Barbalho Uchôa Cavalcanti (fls. 307).

O banco mediu e demarcou as terras da primeira área, tendo sido os respectivos trabalhos encerrados e julgados por sentença de 12 de outubro de 1891.

O ministro da Agricultura, Dr. Alfredo Maia, que julgara bons aqueles trabalhos, remeteu ao presidente de São Paulo, por aviso n. 46, de 29 de dezembro de 1891, o processo de medição e demarcação das terras, afim de ser expedido ao concessionário o respectivo título de transmissão de domínio.

O presidente do Estado hesitou, a princípio, à vista de reclamações que lhe foram apresentadas, e que ele submeteu à apreciação do ministro.

Este, porém, as julgou improcedentes (fls. 134) e devolveu o processo ao presidente do Estado, para a expedição do título.

O banco pagou na Tesouraria Federal 25:825\$000, preço correspondente a uma área de 250 milhões de metros quadrados, ou 25 mil hectares, à razão de 1\$033 réis, por hectare, segundo a estipulação do contrato.

Em seguida, o Dr. Bernardino de Campos, presidente do Estado de São Paulo, expediu o título de 14 de outubro de 1892, pelo qual ficou o Banco Evolucionista, como cessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, investido no direito de propriedade da referida área de terras devolutas que lhe haviam sido concedidas (fls. 110, 309 e 313).

Por escritura de 17 de setembro de 1896, o Banco Evolucionista, representado pela sua Diretoria, hipotecou a José Alves Ribeiro de Carvalho "toda a área de terras devolutas, de que já tinha título passado pelo Governo do Estado de São Paulo de acordo com o da União, contendo 250 milhões de metros quadrados, inclusive 2 mil hectares de terrenos já demarcados, que o Banco Evolucionista fora autorizado a vender, por despacho do Ministério da Indústria e Viação, de 9 de fevereiro de 1892" (fls. 343, verso).

Em virtude da lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900, que autorizou o Governo federal a rescindir os contratos celebrados com o Dr. Alfredo de Barros Madureira, com o Banco Evolucionista e com outros, para a fundação de núcleos coloniais e localização de imigrantes, foram esses contratos rescindidos a 17 de dezembro de 1901, mediante a condição de pagar o Governo Federal a quantia de 3 mil contos de réis, a título de indenização, pela rescisão e despesas feitas de boa fé pelos contratantes, que se obrigaram a não fazer qualquer reclamação por perdas, danos ou lucros cessantes em virtude da rescisão, e a desistir das terras a que se referem os contratos rescindidos, "mantidos somente os seus direitos em relação às terras de que já tenham título de propriedade expedido pelos governadores ou presidentes dos Estados" (fls. 113 e 310).

Tendo falecido o credor hipotecário, José Alves Ribeiro de Carvalho, os herdeiros deste propuseram, no Juízo da 5.ª Vara Cível do Distrito Federal, ação executiva hipotecária contra o Banco Evolucionista, fazendo recair a penhora nos 250 milhões de metros quadrados pertencentes ao banco, incluídos os 2 mil hectares de terras, já demarcados, e que fora autorizado a vender (fls. 387).

A essa penhora o Estado de São Paulo opôs embargos de terceiro senhor e possuidor a fls. 72, alegando: que os bens penhorados são de sua propriedade, por serem consistentes em terras devolutas, em parte, e em terras, benfeitorias e edificações adquiridas de particulares, por título hábil; que a penhora em terras devolutas só poderia subsistir, se o Estado tivesse confirmado a concessão feita, por título provisório de 14 de outubro de 1892, ao Banco Evolucionista do Brasil, mas que, tendo este título ficado dependente do contrato de fundação de núcleos agrícolas celebrado entre o Governo provisório e Ricardo Alfredo Medina, em 14 de outubro de 1890, contrato que foi rescindido em 17 de dezembro de 1901, caducou nessa data o título e, portanto, as terras devolutas, concedidas pelo Governo Federal em 1890, voltaram ao domínio e posse do Estado, que a elas tem direito por força do art. 64 da Constituição de 1891; que as terras devolutas compreendidas no raio de uma légua do centro da cidade de São Paulo (largo da Sé) foram cedidas à Municipalidade, que as afora fora desse raio na propriedade plena do Estado, com ressalva das concedidas a particulares por título legítimo; que a penhora é ainda insubsistente, por ter terrenos adquiridos de particulares por escritura pública, e em construído o reservatório d'água para abastecimento público da Mooca; que esses terrenos e benfeitorias não podiam ser compreendidos na penhora, não só eram do domínio particular, como também porque, não se tendo tornado efetiva a concessão, não existem terras devolutas a penhorar; que tendo o Banco Evolucionista requerido, em 1908, ao ministro da Indústria e Viação, que se to às terras que possuía no Estado, quando foi rescindido o contrato que celebrara com o Governo Provisório, até agora não se fez tal declaração; que é nulo

o processo, não só porque o Juízo é incompetente, como porque, se competente fora, devera o Juízo ser o privativo dos Feitos da Fazenda e não o comum. Para a prova dos embargos de terceiro ofereceu o Estado de São Paulo não só a carta de sentença de fls. 7, da qual consta haver desapropriado, por utilidade pública, em 1902, a chácara situada no lugar denominado Belenzinho, de propriedade do Dr. João Baptista de Oliveira Penteadó, a quem pagou pela indenização o preço de 80 contos de réis, como a escritura de 6 de maio de 1909, fls. 59, pela qual adquiriu a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura, por 10 contos de réis, uma área de terreno com 20 mil metros quadrados, situada nos campos da Mocca, freguesia de São José de Belém, terrenos esses vendidos aos Mouras pelo Governo Provisório de São Paulo em 5 de dezembro de 1889 (fls. 66 e 69).

Recebidos os embargos para discussão, em apartado, porque alguns particulares se apresentaram também como terceiros embargantes, a viúva e herdeiros de José Alves Ribeiro de Carvalho os contestaram, alegando: que os bens penhorados não são consistentes em terras devolutas, nem em terras adquiridas de particulares, mas em terras que se tornaram de propriedade do Banco Evolucionista, desde 14 de outubro de 1890, por concessão que ao Dr. Ricardo Medina, de quem é cessionário o banco, fizera o Governo Provisório da República, não podendo a penhora ficar dependendo de aprovação ou consentimento do Estado de São Paulo, que não era então proprietário de terras devolutas, pois que estas só depois da Constituição passaram ao domínio dos Estados; que a concessão de 14 de outubro de 1890 não caducou, porque o acordo da rescisão, autorizado pela lei do Congresso Nacional n. 746, de 29 de dezembro de 1900, efetuado em 17 de dezembro de 1901, manteve os direitos do banco em relação às terras, de que ele já tinha título de propriedade, expedido pelo presidente do Estado, Dr. Bernardino de Campos, em 14 de outubro de 1892; que o patrimônio da Municipalidade da capital de São Paulo é constituído, não por uma légua de terra, como diz o embargante, mas por meia légua concedida por Martim Garcia em 1589, conforme afirma o prefeito, Dr. Clementino de Castro, na mensagem que em janeiro de 1892 dirigiu à Intendência Municipal; que a Câmara Municipal não podia aforar a particulares terras a outrem pertencentes por título legítimo, como as penhoradas ao banco, e tanto não podia que, tendo ela proposto uma ação de manutenção de posse, quando o banco realizava os trabalhos de terras para colocação de colonos, foi a ação julgada improcedente em 1895 pelo Dr. Miguel de Godoy Moreira e Costa, juiz de direito da 2.ª Vara Civil de São Paulo, tendo sido a sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça, cujo acórdão prevaleceu, desde que o Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário interposto do mesmo acórdão;

Que as terras penhoradas ao Banco Evolucionista, e que se dizem adquiridas de particulares pelo Estado de São Paulo, estão dentro da zona dos 25 mil hectares concedidos ao banco, que os mediu, demarcou e pagou o preço de 25:825\$000, tendo sido os trabalhos julgados bons por sentença do juiz comissário, de 12 de outubro de 1891, depois da qual foi aprovada pelo Governo da União a planta da medição e demarcação, na qual se acham mencionados os característicos e confrontações das terras;

Que o banco entrou no domínio e posse destas, em virtude do aviso de 29 de dezembro de 1891, transmitido pelo Governo da União ao presidente do Estado de São Paulo, para que expedisse o título de propriedade, que foi de fato expedido em 14 de outubro de 1892;

Que o título de propriedade do banco é hábil e legítimo, ao passo que os oferecidos pelo Estado são imprestáveis, porque ele adquiriu terras do Dr. Fernando Moura e João Francisco de Moura, que, por sua vez, as obtiveram, em 5 de dezembro de 1889, da Junta Governativa do Estado de São Paulo, que a

esse tempo não tinha terras devolutas, só transferidas aos Estados pelo art. 64 da Constituição de 1891;

Que o foro, em que correu o executivo hipotecário, é o competente, por assim o haver decidido o Supremo Tribunal Federal em conflito de jurisdição, e que os embargos de terceiro foram apresentados fora do prazo legal.

Pela sentença a fls. 157 do juiz de direito, Elviro Carrilho da Fonseca e Silva, foram os embargos julgados não provados.

O juiz considerou que o Governo Provisório fez concessão a Ricardo Medina, de quem é cessionário o banco, de uma área de terras devolutas, contendo 250 milhões de metros quadrados, mediante as condições do contrato;

Que na data deste — 14 de outubro de 1890 — o Estado de São Paulo ainda não se tinha constituído Estado da União Brasileira, visto só ter sido promulgada a Constituição em 24 de fevereiro de 1891;

Que o Governo Provisório tinha poderes para fazer a concessão, que não caducou, porque o acordo de recisão, autorizado pelo Congresso Nacional, e efetuado em 17 de dezembro de 1901, manteve o banco nos direitos que lhe haviam sido concedidos;

Que o presidente do Estado expediu, em 14 de outubro de 1892, título de propriedade das terras devolutas ao banco, cujo direito sobre as terras, que a Câmara Municipal pretende aforar a particulares, foi reconhecido pela Justiça do Estado de São Paulo;

Que os embargos foram oferecidos em tempo, mas o embargante não provou domínio e posse sobre as terras penhoradas.

O Estado de São Paulo apelou desta sentença, que foi confirmada, por seus jurídicos fundamentos, pela 1.^a Câmara da Corte de Apelação, tendo esta considerado ainda:

Que não basta a prova do domínio do terceiro embargante, sendo também indispensável a da posse, prova que ele não fez, pois nem sequer juntou o auto de penhora, por onde se pudesse verificar que as terras, cuja posse disputa, são as mesmas, a que se referem os títulos que juntou, isto é, as terras adquiridas aos Mouras, e, por desapropriação, ao Dr. Penteador;

Que os títulos de propriedade dos dois primeiros não podem ser opostos ao do banco, porque foram expedidos pela Junta Governativa de São Paulo, antes da promulgação da Constituição, quando os Estados não eram ainda donos de terras devolutas, até então pertencentes à União;

Que o outro título de propriedade, conquanto revestido de todos os característicos legais, não pode também ser oposto ao do banco, por não estar provada a posse de boa fé dos primeiros ocupantes, nem que a ocupação tivesse sido legalizada, nos termos da lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, e regulamento n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, não se podendo alegar contra a penhora que as terras voltaram ao domínio do Estado, em consequência da recisão (fls. 321 verso).

Embergado o acórdão, as Câmaras Reunidas da Corte de Apelação receberam os embargos, para anular todo o processo e as decisões recorridas, por ser da competência dos juizes e Tribunais federais o conhecimento do pleito entre um Estado e cidadãos de outro (fls. 735 verso).

Desta decisão foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Não tendo o recurso efeito suspensivo, o Estado de São Paulo requereu e obteve expedição de carta precatória à Justiça da capital de São Paulo para o levantamento de toda a penhora feita no executivo hipotecário, tendo sido a precatória cumprida e devolvida ao Juízo deprecante (fls. 860).

Conhecendo do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal deu-lhe provimento, para, reformando a decisão recorrida, julgar válida a ação executiva hipotecária, e ordenar que baixassem os autos às Câmaras Reunidas da Corte

de Apelação, para que julgasse o merecimento dos embargos de terceiro senhor e possuidor do Estado de São Paulo, visto como o Juízo competente para a causa principal o é também para os incidentes, e sendo a causa principal — o executivo hipotecário — da competência da Justiça local, por sua natureza, pela qualidade e residência das partes, essa competência se estende aos incidentes (fls. 843).

Embargada a decisão, o Supremo Tribunal, por acórdão n. 1.031, de 1 de agosto de 1919, depois de rejeitada a preliminar de não ser caso de recurso extraordinário, recebeu os embargos do Estado de São Paulo, para, dando provimento ao recurso, reformar a decisão recorrida, na parte em que anulou *ab initio* a ação executiva hipotecária, que o Supremo Tribunal considerou válida, por ser competente a Justiça local para processá-la e julgá-la, desde que o réu, Banco Evolucionista, tem sua sede nesta Capital, onde também residem os autores.

Considerou, porém, o Supremo Tribunal competente a Justiça federal para conhecer dos embargos de terceiro senhor e possuidor, opostos à penhora pelo Estado de São Paulo, e processados em auto apartado, por não ter competência a Justiça local para dirimir litígios entre um Estado e pessoas residentes em outro Estado, em face do art. 60, letra d, da Constituição.

Em consequência, mandou o Supremo Tribunal que os embargos de terceiro senhor e possuidor fossem entregues ao embargante para alegar o seu direito perante a Justiça federal, ou fossem remetidos a esta, se assim o requeresse o embargante, para conhecer dos mesmos embargos (fls. 1.019).

Devolvidos os autos à primeira instância e remetidos por esta à Justiça federal, a requerimento do embargante, o juiz federal substituto, depois de nova discussão e prova dos embargos, os julgou não provados pela sentença de folhas 1.395.

Os fundamentos desta sentença são quase os mesmos das sentenças que foram proferidas pelo juiz de direito do civil e pela 1.ª Câmara da Corte de Apelação.

Como matéria nova, o juiz federal apenas considerou que a alegação, também nova, de que, levantada a penhora, esta desapareceu, não é procedente, porque a penhora ficou subsistindo, desde que o Supremo Tribunal não julgou nula *ab initio* a ação executiva hipotecária.

Desta decisão o Estado de São Paulo apelou.

Insiste o apelante na alegação de não haver penhora, porque esta desapareceu, desde que foi levantada, sem ter sido feita novamente.

Sobre essa alegação já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal.

Julgados não provados os embargos de terceiro opostos pelo Estado de São Paulo e sendo recebida somente no efeito devolutivo a apelação interposta da sentença, Antonio Joaquim Teixeira, que é atualmente o exequente e apelado, na qualidade de cessionário do Dr. Arthur de Barros Falcão de Lacerda, que por sua vez o tinha sido da viúva e herdeiros de José Alves Ribeiro de Carvalho (fls. 592 e 913), Antonio Joaquim Teixeira requereu ao juiz federal, prolator da sentença apelada, a expedição de carta precatória ao Juízo Federal de São Paulo para avaliação das terras penhoradas.

Tendo, porém, o Supremo Tribunal julgado incompetente a Justiça federal para essa avaliação, que era um incidente da ação executiva hipotecária, já julgada da competência da Justiça local do distrito, o exequente requereu a esta fosse expedida precatória à Justiça local de São Paulo para a avaliação aludida.

O juiz local indeferiu o requerimento, sob o fundamento de que os bens, que se pretendia avaliar, não estavam penhorados, desde que a penhora fora levantada, a requerimento do Estado de São Paulo, não podendo prosseguir a execução sem que a penhora fosse restaurada.

Esta decisão foi confirmada pela Corte de Apelação.

Entendendo que a penhora tinha sido virtualmente restaurada pelo acórdão n. 1.031 do Supremo Tribunal, que julgara válida a ação executiva hipotecária, anulada pela Corte de Apelação, e que esta se recusara a executar o aludido acórdão, o exequente requereu à Justiça federal que fossem avocados os autos da ação executiva e dos incidentes processados no Juízo local.

O juiz federal indeferiu também o requerimento, sob o fundamento de que, "para haver a avaliação dos bens penhorados, era indispensável que houvesse penhora, e esta deixou de existir, desde que foi levantada, em consequência da anulação da ação executiva hipotecária pelo acórdão das Câmaras Reunidas, e não havia sido restaurada".

O Supremo Tribunal, conhecendo do agravo interposto dessa decisão, julgou que "a Justiça local, exigindo nova penhora, quando a que havia sido ilegalmente levantada foi automaticamente restabelecida pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, que julgou válida e subsistente a ação executiva hipotecária, está evidentemente desrespeitando esse acórdão, impedindo a sua execução, mas que o meio de fazer cessar esse desrespeito não é a avocação de todo processo e seus incidentes, e sim a providência estabelecida na 2.ª parte do § 3.º do art. 58 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894".

Não há dúvida, portanto, sobre o restabelecimento da penhora.

Quanto à prova do domínio e posse das terras penhoradas:

Não se trata de ação promovida pelo banco executado, caso em que lhe incumbiria o onus da prova.

Trata-se de um incidente da execução, de embargos de terceiro senhor e possuidor, opostos pelo Estado de São Paulo à penhora feita nos 250 milhões de metros quadrados, ou 25 mil hectares de terras devolutas concedidas ao Banco Evolucionista (fls. 343 verso e 387 verso).

Admitindo-se, para argumentar, que o banco executado não tenha o domínio dessas terras, isso de modo nenhum aproveitaria ao Estado de São Paulo, por ser coisa elementaríssima, de julgamento quotidiano, que, nos embargos de terceiro senhor e possuidor, deve o terceiro embargante provar, antes de tudo, o seu próprio domínio, sob pena de decair, ainda que do domínio do executado nenhuma prova se tenha oferecido.

Nas terras em questão, qualquer litigante poderia pretender provar o seu domínio, menos o Estado de São Paulo, pela razão muito simples de que, antes da Constituição, os Estados não tinham o domínio das terras devolutas, que eram de propriedade da União.

Ora, as terras devolutas, de que se trata, foram concedidas pela União a Ricardo Medina, antes da Constituição.

Logo, é indiscutivelmente certo que o Estado de São Paulo não tinha, nem podia ter, o domínio dessas terras.

Qualquer esforço que ele fizesse para provar esse domínio, seria inútil, porque só depois da Constituição (art. 64) passou aos Estados o domínio das terras devolutas.

Isto já seria bastante para que os embargos de terceiro senhor e possuidor do Estado de São Paulo fossem, desde logo, julgados improcedentes, como o foram pela sentença apelada, sobretudo quando, não podendo apresentar a prova de domínio, o terceiro embargante não cogitou sequer de provar a sua posse nas terras devolutas, que se tornaram de propriedade particular.

Não tendo o exequente necessidade de provar o domínio e a posse do executado, está feita, entretanto, essa prova, não em 50 mil hectares das terras devolutas, que lhe foram concedidas pela cláusula 1.ª do contrato, mas, apenas, em 25 mil hectares ou 250 milhões de metros quadrados, porque só esses 25 mil hectares foram medidos e demarcados pelo banco, que pagou o respectivo preço, tudo dentro do prazo de um ano.

Essa era a única condição exigida, para que fossem entregues ao concessionário as terras da concessão, divididas em duas áreas de 25 mil hectares cada uma, nos termos das cláusulas 1.^a e 2.^a do contrato.

Nenhuma outra condição se exigia, para que o concessionário fosse investido na propriedade das terras, para que se lhe expedisse, enfim, o título de domínio.

A cláusula 4.^a, em sua primeira parte, completa a determinação das anteriores, relativas à medição, demarcação e pagamento do preço de uma das áreas de 25 mil hectares, para a fundação de um núcleo (cláusula 3.^a), pois acrescenta a referida cláusula: "Dentro do prazo de um ano, contado da presente data, o concessionário deverá ter feito a aquisição do território preciso para a formação do primeiro núcleo".

Dentro do prazo de um ano, o banco mediu, demarcou e pagou o preço das terras, porque a concessão é de 14 de outubro de 1890 e o processo da medição e demarcação foi julgado por sentença de 12 de outubro de 1891.

A concessão foi feita a Ricardo Medina por quem a podia fazer, isto é, pelo Governo Provisório da República, que era o proprietário das terras.

Medina transferiu a concessão ao Banco Evolucionista, porque o contrato autorizava a transferência, aliás aprovada pelo ministro da Agricultura, sem necessidade, pois a transferência não dependia de aprovação alguma.

Satisfeito o que se exigia para a transferência do domínio, seguiu-se o título, não provisório, mas definitivo, do mesmo domínio, expedido a 14 de outubro de 1892.

Nesse título, menciona-se a razão por que foi ele expedido, isto é, por ter sido observado o contrato em relação aos 25 mil hectares de terras devolutas ou 250 milhões de metros quadrados.

Reza, com efeito, o título:

"O cidadão Dr. Bernardino de Campos, presidente do Estado de São Paulo.

Fazemos saber que, tendo o Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, contratado com o *Governo da União* a fundação de burgos agrícolas, em terras devolutas, sitas neste Estado, das quais mediu e pagou na Tesouraria Federal uma área, contendo 250.000.000 de metros quadrados, no município da Capital, à razão de 1\$033 réis por hectare, conforme o contrato, e, achando-se quite com a Fazenda da União, da quantia de réis 25:825\$000, fica o mencionado banco investido do direito de propriedade das terras para os fins expressos na cláusula 3.^a do contrato celebrado em 14 de outubro de 1890 com o Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, sem prejuízo do direito que tiverem os indivíduos ocupando áreas da zona medida, desde que apresentem títulos comprobatórios de sua legítima ocupação, que deverão ser respeitados em toda a sua plenitude.

Outrossim, fica o Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, sujeito a todas as condições e obrigações do referido contrato de 14 de outubro de mil oitocentos e noventa. E, para firmeza...

Objeta-se que o banco foi realmente investido na propriedade das terras, mas "para os fins expressos na cláusula 3.^a do contrato", que determina a fundação do primeiro núcleo para o estabelecimento de 500 famílias e a construção de edifícios para uma farmácia, enfermarias, etc.

E, como essa terceira condição deixou de ser cumprida, conclue-se que o contrato, o domínio, ficou sem efeito, não tendo o banco direito a coisa alguma.

Se a objeção fosse procedente, a conclusão não seria essa, mas a que se acha expressa na cláusula 5.^a do contrato.

Com efeito, a cláusula 4.^a estabelece o prazo de um ano para o concessionário adquirir o território preciso para a formação do primeiro núcleo; o de dois anos seguintes para a construção definitiva desse primeiro núcleo, com o

número de 500 famílias, farmácia, enfermarias, etc.; o de dois anos subsequentes para a conclusão do segundo núcleo.

Aqui está a cláusula:

"Dentro do prazo de um ano, contado da presente data, o concessionário deverá ter feito a aquisição do território preciso para a formação do primeiro núcleo.

Este ficará definitivamente construído com os edifícios, fábricas, e o número de famílias marcado na cláusula precedente, e assim, caminhos, estradas, etc., dentro de dois anos que se seguirem. Depois de pronto o primeiro núcleo, começará o povoamento do segundo, que deverá ficar concluído nos dois segundos anos".

A concessão de 50 mil hectares foi dividida em dois territórios de 25 mil hectares cada um, onde deveriam ser construídos dois núcleos, um em cada um deles.

Dentro do primeiro ano, o banco adquiriu o primeiro território de 25 mil hectares para a formação do primeiro núcleo.

Dentro de três anos, porém, não ficou definitivamente construído esse primeiro núcleo, e muito menos, dentro de cinco anos, o segundo núcleo a construir-se no segundo território dos outros 25 mil hectares, o que aliás não é objeto de questão.

Ora, a cláusula 5.^a do contrato dispõe:

"Se, nos prazos estipulados, não tiverem sido construídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão constante deste contrato, perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo, que não estiver construído, e que não se achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidos na conformidade da cláusula primeira".

Logo, se procedesse a objeção de haver o contrato ficado sem efeito, por não ter sido fundado o primeiro núcleo, o banco teria perdido apenas a metade dos 25 mil hectares das terras adquiridas, e não a totalidade destas, mesmo admitidas todas as hipóteses contrárias ao banco.

A objeção, porém, não é procedente.

O domínio do banco sobre os 25 mil hectares de terras está fora de qualquer dúvida, porque esse domínio ele o adquiriu, por haver medido, demarcado e pago o preço no prazo convencionado, conforme ficou reconhecido no próprio título de domínio.

A formação do primeiro núcleo não era uma condição estabelecida, para que o concessionário se investisse na propriedade das terras, para que se lhe expedisse o título de domínio, tanto que este foi expedido antes de verificada a suposta condição.

A constituição do primeiro núcleo era, apenas, o fim, para o qual as terras foram concedidas, mesmo porque, sem estar na propriedade delas, não poderia o concessionário organizar o núcleo.

Se, porém, não foi preenchido o fim, para o qual se fez a concessão, isto seria motivo para que a União reivindicasse o seu domínio, para que promovesse a caducidade da concessão, ou ela mesma a declarasse sem efeito, firmada na cláusula 10 do contrato:

"As questões que se suscitarem na execução do presente contrato serão resolvidas pelo Governo".

Só o Governo da União podia declarar o contrato sem efeito, porque foi ele quem o celebrou com o banco, concessionário de Medina, como se declara ex-

pressamente no próprio título de domínio, que o presidente do Estado, apenas, assinou, como delegado, mandatário da União, visto como assim o determina o art. 51 do decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Se o Governo federal não podia, por autoridade própria, declarar sem efeito a concessão, como o fez em relação a uma outra concessionária — a Companhia Predial de São Paulo — que aliás se conformou com o ato: se era indispensável uma ação, para que o contrato fosse declarado sem efeito, esse resultado só poderia ser conseguido a requerimento do Governo da União, e nunca do Estado de São Paulo, por meio de embargos de terceiro, que absolutamente não foi parte no contrato.

Ora, o Governo da União, longe de declarar o contrato sem efeito, ou de promover essa declaração, pelo contrário, sempre o declarou em inteiro vigor. Assim:

1.º Em 9 de fevereiro de 1892, quando ainda não tinha sido expedido o título de propriedade, o ministro da Indústria e Viação autorizou o banco a vender 2 mil hectares de terras, dentre as que lhe haviam sido concedidas.

2.º Em 6 de setembro de 1892, ainda antes da expedição do título de domínio, o ministro confirmou que tinha concedido permissão ao banco para alienar dois mil hectares das suas terras e mandou que fossem excluídas das medições efetuadas pela Companhia Predial de São Paulo as áreas reclamadas pelo banco, as quais lhe pertenciam, conforme a planta apresentada pelo fiscal, sendo ainda certo que o banco se achava na posse legal dessas terras, cujo título de propriedade, ele, o ministro, já tinha mandado expedir, depois de examinados e julgados bons os trabalhos da medição e de haver o banco entrado para os cofres públicos, desde janeiro de 1892, com a importância correspondente ao valor do território medido, de acordo com o preço contratado.

São do próprio ministro todas essas considerações, como se vê a fls. 932.

3.º Expedido o título de domínio a 14 de outubro de 1892, decorreram muitos anos, sem que o Governo da União tivesse declarado sem efeito o contrato, quando podia fazê-lo, logo depois de 14 de outubro de 1893, data em que terminava o prazo de três anos para a construção do primeiro núcleo.

Não o fez, entretanto, tendo, ao contrário, comunicado ao ministro da Fazenda, em aviso de "28 de outubro de 1899, seis anos depois de extinto o prazo, que a concessão de terras devolutas feita, em 14 de outubro de 1890, ao engenheiro Medina para a fundação de núcleos coloniais, da qual é concessionário o Banco Evolucionista, ainda está em vigor, o que equivale a uma prorrogação do prazo, expressamente autorizada pela cláusula 11 do contrato.

Em vista dessa comunicação ao ministro da Fazenda, recomendou este ao delegado fiscal, em São Paulo, que fizesse cessar a legalização das mesmas terras (fls. 921).

Não é, portanto, verdadeira a alegação de não ter sido confirmada a concessão feita pelo título provisório de domínio a 14 de outubro de 1892.

O título não é provisório, mas definitivo, e a confirmação se fez, antes e depois da expedição do mesmo título, o que era, aliás, absolutamente desnecessário.

4.º Dois anos depois da confirmação feita em 1899, o Governo da União resolveu, em 17 de dezembro de 1901, *recindir* o contrato de 14 de outubro de 1890, e ainda por essa ocasião o contrato foi considerado em pleno vigor.

Na verdade, a rescisão foi deliberada, não por iniciativa do Poder Executivo, mas em virtude de autorização do Poder Legislativo; não por inobservância de qualquer cláusula do contrato, ou porque na sua execução se suscitassem questões — caso em que o Governo da União se reservou a faculdade de as resolver, na forma da cláusula 10.

A rescisão foi deliberada por conveniência da própria União, que reconheceu que a execução completa dos contratos com os dez concessionários acarretaria para o Tesouro Federal encargo avaliado pela antiga Inspetoria Geral de Terras e Colonização em cerca de 36 mil contos de réis, conforme o consignou o ministro da Viação, em seu relatório de 1902, para encarecer a vantagem resultante da rescisão, mediante o pagamento de três mil contos de réis.

Foi para evitar aquele encargo de 36 mil contos que a lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900, autorizou o Governo Federal a rescindir os contratos celebrados com os dez concessionários, entre os quais o Banco Evolucionista, para a formação de núcleos coloniais e localização de imigrantes.

Usando da autorização, o Governo Federal não agiu discricionariamente, mas entrou em acordo com os concessionários para levar a efeito a rescisão, mediante a condição de pagar-lhes três mil contos de réis, "a título de indenização pela rescisão e despesas feitas *in bona fide* pelos mencionados contratantes para a execução de seus contratos", indenização a que certamente se não obrigaria, se o contrato não existisse, ou não fosse um ato *perfeitamente jurídico* e acabado.

Ainda mais: Nesse mesmo contrato de rescisão ficou estipulado que os contratantes se obrigavam a não fazer qualquer reclamação por perdas, danos ou lucros cessantes e a desistir das terras concedidas, "*mantidos somente os seus direitos em relação às terras de que já tinham título de propriedade expedido pelos governadores ou presidentes dos Estados*" (fls. 113 e 310).

Ora, em 17 de dezembro de 1901 — data da rescisão do primeiro contrato — o banco já tinha título de propriedade sobre 25 mil hectares de terras, título expedido pelo presidente do Estado de São Paulo, nove anos antes, isto é, a 14 de outubro de 1892.

Logo, sobre esses 25 mil hectares é impossível qualquer contestação ao domínio do banco.

Ele apenas perdeu, em consequência do contrato de rescisão, pelo qual foi indenizado proporcionalmente em relação aos demais contratantes, tendo recebido dos três mil contos a quota que lhe cabia — ele apenas perdeu os outros 25 mil hectares de terras, de que ainda não tinha título de propriedade, por não os ter medido, demarcado e pago o preço.

Em suma, o prazo para a formação do primeiro núcleo *extinguiu-se*.

O Governo Federal, *único competente para declarar sem efeito o contrato*, não o fez, e, pelo contrário, sempre declarou o contrato em vigor, ou porque reconhecesse caso de força maior, que autorizava a prorrogar os prazos estipulados para a execução do contrato, ou porque quisesse proteger o contratante, ou por outro motivo qualquer.

O que é certo é que, após tantas e tão reiteradas afirmações de estar o contrato em vigor, o Governo celebrou, por fim, esse outro contrato de 17 de dezembro de 1901, pelo qual ficou *mantido o direito* do banco nos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade desde 1892.

Vem a propósito a recordação do caso do engenheiro Gastão da Cunha Lobão.

Esse engenheiro havia contratado a construção de uma estrada de rodagem, ligando Sena Madureira a Bagé, no Alto Acre; mas, segundo o contrato, o pagamento só seria feito depois que a estrada estivesse concluída de *extremo a extremo*, e houvesse sido submetida às necessárias provas de resistência.

Em ação contra a União, o engenheiro pediu o pagamento de réis. 5.096:065\$964, embora ele próprio alegasse na petição inicial que tinha construído apenas o primeiro trecho da estrada — de Sena Madureira a Alvorada, no rio Antimari.

O Supremo Tribunal julgou procedente a ação, por estar provada a construção do *primeiro trecho*, não só pelo reconhecimento do Presidente da República em mensagem ao Congresso, como por um parecer da Comissão de Fi-

nanças da Câmara dos Deputados e pelas alegações do representante da União em primeira instância.

Mas, o Presidente da República, então o Dr. Nilo Peçanha, não reconheceu coisa alguma.

Tendo recebido o pedido de pagamento pela construção do *primeiro trecho* da estrada, apenas "submeteu o assunto à deliberação do Congresso Nacional, para que este, em sua sabedoria, resolvesse o que julgasse conveniente", segundo considerou o próprio acórdão do Supremo Tribunal.

A Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados formulou, na verdade, um projeto de lei, autorizando o Presidente da República a abrir o crédito de 5.472:036\$528 para pagamento do engenheiro, quando este pedia apenas o pagamento de 5.096:065\$964!

Alem disso, a Comissão do Senado opinou pela rejeição do projeto, por não ter os elementos precisos para julgar se a construção estava concluída, etc., etc.

Em regra, a representação da Fazenda Nacional, no Acre, tem sido contrária aos interesses da mesma Fazenda, como tantas vezes há julgado o Supremo Tribunal.

Todavia, no caso do engenheiro Lobão, o representante da Fazenda apenas alegou que o primeiro trecho da estrada fora construído, mas não disse que pela construção desse primeiro trecho o engenheiro tivesse direito ao pagamento reclamado.

Não disse, nem podia dizer tanto, porque a lei, em virtude da qual se celebrou o contrato, estabeleceu claramente: *o pagamento só se fará, depois que a estrada estiver concluída, de extremo a extremo; o pagamento só se fará, depois que a estrada houver sido submetida às necessárias medições e provas de resistência.*

Ora, o próprio engenheiro alegou, na petição inicial da ação, que tinha construído, apenas, o primeiro trecho da estrada, e silenciava sobre a segunda condição requerida para o pagamento, porque nem mesmo esse primeiro trecho havia sido submetido às necessárias provas de resistência, e muito menos o segundo trecho, que não estava construído. (Revista do Supremo Tribunal, volumes 34, 99 e 41 — 129).

Admita-se, entretanto, que o Presidente da República, a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados e o representante da Fazenda, no Acre, houvessem realmente reconhecido o direito ao pagamento do primeiro trecho da estrada, embora esse reconhecimento fosse contrário à lei expressa, que exigia para o pagamento a construção completa da estrada *de extremo a extremo*.

Neste caso, adotando-se o mesmo critério, não poderia deixar de ser reconhecido o direito do Banco Evolucionista aos 25 mil hectares de terras, que lhe foram concedidas em virtude de contrato, porque o Governo Federal, parte contratante com o banco e único competente para declarar o contrato sem efeito, nunca fez essa declaração, e, pelo contrário, sempre declarou, reiteradamente, inequivocamente, que o contrato se achava em pleno vigor, tendo celebrado, afinal, um novo contrato, em que *reconfirma* o anterior, mediante indenização, mas ressalvava expressamente o direito do banco aos 25 mil hectares, de que ele já tinha título de propriedade.

Este novo contrato foi autorizado pelo Poder Legislativo, celebrado pelo Poder Executivo e, o que é mais importante, confirmado até pelo Poder Judiciário, não só da União, como dos Estados.

E' o que se vai demonstrar.

5.º Quando os concessionários de terras devolutas para formação de burgos agrícolas acionaram a União para cobrança dos três mil contos de réis de indenização a cujo pagamento ela se obrigara pela rescisão do contrato, a sentença de primeira instância os julgou carecedores da ação proposta, sob o

fundamento de que, tendo sido rescindidos os contratos, mediante a condição de pagar o Governo Federal três mil contos de indenização, estipulou-se por essa forma uma condição suspensiva, que estabelecia para o credor uma simples expectativa de direito.

O Supremo Tribunal, porém, desceu a ensinar ao juiz inferior o que era uma condição suspensiva e, reformando a sentença, julgou a ação procedente, porque a lei de 23 de novembro de 1899, mantida pela de 29 de dezembro de 1900, autorizou o Poder Executivo a entrar em acordo com os concessionários de burgos agrícolas, no sentido de rescindir os respectivos contratos, que não tivessem incorrido em pena de caducidade, e, tendo o Governo usado da autorização, firmou com eles um contrato de rescisão, que ficou perfeito e acabado, sendo assim obrigatório para as partes, por ser um contrato puro e simples, sem dependência de condição suspensiva, que no caso absolutamente não podia haver (fls. 122).

Esse acordão, declarando perfeito e acabado, obrigatório para as partes, o contrato de rescisão de 1901, pelo qual foi reafirmado o direito do banco aos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade — esse acordão foi proferido na apelação cível n. 925, em 18 de junho de 1904.

O Supremo Tribunal não poderia insurgir-se agora contra a sua sentença, à semelhança de Saturno, devorando a própria produção.

Não foi esse o único acordão do Supremo Tribunal, que pode ser invocado em apoio do domínio do executado — o Banco Evolucionista.

Existe ainda o que foi proferido a 16 de janeiro de 1907, na apelação cível n. 1.157, entre a União Federal e os Drs. Gabriel e Ismael Dias da Silva,cessionários da Companhia Predial de São Paulo, já conhecido pelas referências que se lhe tem feito.

O caso é este:

Em 21 de outubro de 1890 — sete dias depois da concessão feita a Ricardo Medina — o Governo Provisório da República concedeu à referida Companhia Predial de São Paulo 30 mil hectares de terras devolutas, abrangendo três territórios de 10 mil hectares cada um, para o mesmo fim de fundação de núcleos agrícolas e localização de imigrantes.

No prazo ajustado de um ano, a Companhia não mediu o primeiro território de 10 mil hectares, tendo medido apenas 5.477 hectares.

Melhor ainda:

A Companhia mediu 10.587 hectares, mas verificou-se, logo depois, que o excesso de 5.477 hectares era de terras pertencentes a outra empresa, isto é, o Banco Evolucionista, como anteriormente já ficou exposto.

Tendo sido declarado caduco pelo Governo Federal o contrato da concessão das terras, a Companhia com este ato se conformou.

Dissolvida mais tarde essa Companhia, os já referidos cessionários dela propuseram ação, em que pediam, ou a entrega da metade das terras, na forma da cláusula 5.^a do contrato, ou o preço pago por elas.

Defendeu-se a União federal, alegando principalmente que "o art. 64 da Constituição fez caducar todos os contratos de burgos agrícolas, cujas terras não houvessem sido medidas e pagas até à data da promulgação da Constituição".

Essa é também uma das alegações do Estado de São Paulo, terceiro embargante.

O Supremo Tribunal julgou, porém, que:

"o contrato celebrado competentemente pela União, de acordo com a legislação então vigente, era um ato juridicamente perfeito e acabado, ao tempo em que se promulgou a Constituição, e, nestas condições, representando um direito adquirido para a Companhia con-

cessionária, não podia ser atingido e desfeito por lei posterior, acrescentando que as terras objeto do contrato, tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que, a 24 de fevereiro de 1891, estava em inteiro e incontestável vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.º, § 2.º) para o efeito do art. 54 da Constituição".

O Supremo Tribunal mandou restituir o preço pago.

Julgou, porém, que a Companhia não tinha direito à metade das terras, porque não medira toda a primeira área de 10 mil hectares, mas somente uma parte, ou 5.477 hectares, sendo certo que a cláusula 5.ª do contrato reconhece o direito à metade do território de 10 mil hectares, que fosse totalmente medido e pago. (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 28, pág. 194).

Vê-se, pois, que, mesmo depois de declarado caduco pelo Governo da União o contrato da Companhia, o Supremo Tribunal só não lhe reconheceu o direito à metade do primeiro território de 10 mil hectares, porque ela não o mediu integralmente, mas apenas em parte, nem pagou o preço correspondente.

Aplicando o acordão ao caso dos autos, reconhece-se:

1.º, que o contrato com o banco não foi declarado caduco, mas em vigor, tendo, afinal, um novo contrato assegurado o direito dele aos 25 mil hectares;

2.º, que, se porventura fosse declarada caduca ou sem efeito a concessão ao banco, por não ter construído o primeiro núcleo, o direito dele à metade dos 25 mil hectares seria indiscutível, desde que o banco mediu os 25 mil hectares e pagou o respectivo preço.

Vale a pena transcrever o acordão nessa parte. Ele diz que das cláusulas 1.ª a 3.ª resulta:

"1.º, que cada território deve ter 10 mil hectares —
(no caso do banco, cada território deve ter 25 mil hectares);

2.º, que nenhum território seria entregue à concessionária: a) sem que estivesse medido e demarcado, isto é, medidos e demarcados os 10 mil hectares, que o deviam constituir (o banco mediu e demarcou os 25 mil hectares, que deviam constituir o primeiro território); b) sem que fosse pago o respectivo preço, isto é, o preço correspondente aos 10 mil hectares (o banco pagou o preço correspondente aos 25 mil hectares);

3.º,;

4.º, que, decorrido o prazo de três anos, sem que estivesse constituído o primeiro núcleo com todas as obras necessárias, e ainda o número mínimo de famílias, acima indicado, a concessão ficaria sem efeito, e a concessionária perderia o direito à metade do território adquirido, que deveria ter 10 mil hectares, como já se mostrou, e que só poderia ser adquirido depois de sua medição total (o banco adquiriu os 25 mil hectares, de que obteve título de aquisição, ou domínio, depois de os haver medido totalmente).

Entretanto os autos demonstram:

1.º, que a concessionária mediu e demarcou apenas 5.477 hectares do primeiro território, isto é, número inferior aos 10 mil da cláusula 1.ª e ainda aos 7.500, mínimo da cláusula 3.ª.

Ora, o direito que o contrato lhe reconhece é à metade do território de 10 mil hectares totalmente medido e pago (o banco mediu e pagou a totalidade dos 25 mil hectares), e não a metade de qualquer porção de terras de extensão inferior.

Se nos prazos estipulados não tiverem sido constituídos os núcleos, diz o contrato, ficará sem efeito a concessão, perdendo a concessionária o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver constituído.

Mas o núcleo só se podia constituir depois de adquirido o território preciso nos termos da cláusula 4.^a

Este território era de 10 mil hectares e só podia ser adquirido depois de medido e demarcado integralmente, conforme a cláusula 2.^a; logo, a metade das terras de que trata a cláusula 5.^a é a metade de todo o território de 10 mil hectares, que ela pressupõe já demarcado para a constituição do núcleo.

Se ele não foi todo demarcado, não houve, na realidade, nenhuma aquisição por parte da concessionária, que, portanto, nada tem a perder, como nada tem a guardar ou conservar.

Pouco importa que a medição primitiva feita pela concessionária tenha sido de mais de 10 mil hectares: não foi culpa da apelante que a companhia houvesse demarcado terras, que não eram devolutas (eram terras, que já estavam na propriedade do banco).¹

Este acordão foi embargado, tendo sido os embargos rejeitados unanimemente a 31 de julho de 1920.

Não é só a Justiça da União, pelo seu órgão mais elevado, que se pode invocar no caso em debate, porque a Justiça dos Estados se tem igualmente pronunciado sobre ele.

O terceiro embargante alegou que pertence à Municipalidade de São Paulo uma determinada porção das terras compreendidas no centro da cidade.

Não lhe aproveita a alegação, não só porque a ninguém é lícito invocar direito alheio, como porque, nos embargos de terceiro senhor e possuidor, este é obrigado a provar o próprio domínio.

Alem disso, a alegação é improcedente, porque, na ocasião em que o Banco Evolucionista estava medindo e demarcando as terras de sua concessão, a Câmara Municipal de São Paulo, alegando invasão de terrenos de sua propriedade, propôs ação de manutenção contra ele.

O juiz da 2.^a Vara Cível da capital de São Paulo, Dr. Miguel de Godoy Moreira e Costa, julgou a ação improcedente, por sentença de 9 de outubro de 1895, considerando:

que ao banco foi expedido título de domínio em 14 de outubro de 1892 e ele "exerceu todos os atos possessórios possíveis sobre o terreno em questão, mediu e demarcou o terreno, fez concessão em seu próprio nome, dividiu em lotes, fez picadas, inutilizou caminhos vicinais com a maior publicidade, sendo o domínio transmitido ao banco em 14 de outubro de 1892".

Acrescentou a sentença que as terras reclamadas pela autora — Câmara Municipal — são aquelas a que se refere o título pelo qual foi transferido ao Banco Evolucionista o domínio dessas terras: que "a medição, demarcação e divisão dos lotes feitas pelo Banco Evolucionista não prejudicou direitos de terceiros", tendo sido os respectivos trabalhos julgados por sentença de 12 de outubro de 1891; que "só o Governo da União é o competente para declarar caduca qualquer concessão, ou privilégio, pelo não cumprimento das cláusulas do contrato que lhe deu existência jurídica".

Esta sentença foi confirmada por acordãos do Superior Tribunal de Justiça do Estado, de 28 de maio e 11 de novembro de 1896, constituindo assim

coisa julgada, porque do recurso extraordinário interposto para o Supremo Tribunal Federal, este não tomou conhecimento.

Por conseguinte, ainda que não houvesse, como há, os dois já conhecidos acordãos do Supremo Tribunal em favor do banco, bastaria essa decisão da Justiça do Estado, reconhecendo o seu domínio e a sua posse, para que o Supremo Tribunal não pudesse agora invalidá-la, em face do art. 62 da Constituição.

Foi o que reconheceu o juiz federal, Dr. Aquino e Castro, em sentença de 16 de janeiro de 1908, quando considerou que, tendo a Justiça do Estado julgado que o banco é possuidor de todas as terras compreendidas na concessão, que lhe foi feita, não podia ele, juiz federal, julgar o contrário na ação proposta pelo banco em seu Juízo, porque isso importaria em anular, alterar ou suspender a decisão da referida Justiça estadual, com infração do art. 62 da Constituição Federal.

Além dessa decisão da Justiça estadual, outras foram proferidas em vários embargos de terceiros senhores e possuidores.

Sem falar nas sentenças proferidas pelo juiz Elviro Carrilho e pela Corte de Apelação sobre esses mesmos embargos do Estado de São Paulo, agora em exame, aí estão as sentenças sobre os embargos da herança do barão de Campinas, do Banco de Crédito Real de São Paulo, do Dr. Luiz de Oliveira Lins e Vasconcellos e do coronel Octaviano Augusto de Oliveira, todos julgados improcedentes e não provados.

Na sentença proferida sobre os embargos da herança do barão de Campinas, já do conhecimento do Supremo Tribunal em grau de recurso extraordinário, há este fundamento:

"Considerando que na rescisão dos contratos de concessões não estão incluídos os 25 mil hectares de terras, já de propriedade do banco, visto já ter satisfeito todas as condições da concessão, estando eles compreendidos na ressalva da lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900 e termo de rescisão a fls. 11."

Por aí se vê que, embora se tratasse de embargos de terceiro senhor e possuidor, a decisão da Justiça local se pronunciou inequivocamente sobre o domínio do banco, em relação aos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade, expressamente mantido pelo contrato de rescisão, que a lei de 1900 havia autorizado.

A mesma coisa se está observando no julgamento dos embargos do Estado de São Paulo.

Descurando-se do próprio domínio, e não cogitando de provar a sua posse, o terceiro embargante mais se preocupou em contestar o domínio do executado.

Os juizes do Supremo Tribunal, por sua vez, não atenderam à consideração de que, nos embargos de terceiro senhor e possuidor, deve o terceiro embargante provar o seu domínio e posse, pouco lhe importando que, por parte do executado, nenhuma prova se tenha produzido.

Predominou a controvérsia sobre o domínio do executado, e não do terceiro embargante.

Ultimamente — a 24 de agosto do corrente ano, o Dr. Affonso de Carvalho, juiz da 1.^a Vara Cível da capital de São Paulo, proferiu sentença em ação intentada pela Companhia Predial, para reivindicar terras componentes do sítio Jacuí.

A autora derivava o seu domínio de Eugénio Honold, que o adquirira do Banco de Crédito Real, cujo domínio proviera do Banco Evolucionista, cessionário da concessão feita a Medina.

O juiz, depois de fazer o histórico das controvérsias e incidentes ocorridos em torno da concessão originária, de acordo com a qual se fizeram inúmeras

transações: depois de aludir a "tantas decisões em que juizes e Tribunais admitiram sempre a realidade de uma situação acatavel adquirida pelos sucessores do primitivo concessionário" — o juiz julgou provado o domínio da autora, considerando, entre outras coisas, que as terras em questão foram consideradas devolutas pelo Governo Provisório da República, que dispôs delas soberanamente, fazendo concessões e aforamento, sendo certo que o próprio Governo do Estado de São Paulo reconheceu implicitamente a legitimidade dessas concessões, à vista da lei estadual n. 323, de 1895, onde se revela o empenho do Estado em promover a revisão de todas as concessões de terras, feitas pela União, afim de ser declarada a caducidade relativamente aos titulares, que não tivessem cumprido as cláusulas do contrato.

No que respeita à cláusula 3.^a do contrato, a sentença observou:

"Cumpria, em verdade, fossem respeitadas as condições e obrigações da cláusula 3.^a do contrato de 14 de outubro de 1890.

Mas essas condições (fundação de um núcleo agrícola, construção de edificios, etc.) não passavam de ressalvas estabelecidas pelo Governo da União, afim de que esta pudesse oportunamente, em caso de inadimplemento das cláusulas, promover a declaração de caducidade do título expedido.

Mas uma tal promoção jamais se fez por parte da União para que sobre ela se pronunciasse o Poder Judiciário.

E, somente o que ocorreu foi o reconhecimento desse Poder de que tal caducidade ainda não existia, eis que, referindo-se ao acordo de 1901 (acordo que implicitamente houvera por válida a concessão) considerou esse ato *perfeito e acabado* (ver acórdão do Supremo Tribunal Federal de 18 de julho de 1904).

E, é certo que o dito acordo válido, e perfeito em nada prejudicou os direitos do Banco Evolucionista, uma vez que o título deste já estava expedido pelo presidente do Estado de São Paulo.

Nos termos desse acordo, a União, mediante uma indenização de três mil contos, recindiu todos os contratos firmados com os concessionários, mantendo, entretanto, os direitos de quem já estivesse na posse do seu título dominial, devidamente assinado pelo poder competente.

Entrando no acordo, perdeu o Banco Evolucionista somente metade dos terrenos constantes da concessão, e isso pelo motivo de somente haver medido a outra metade". ("O Estado de São Paulo" de 1 de setembro de 1926).

Eis aí a sentença confirmando o que ficou exposto em relação ao direito do banco sobre os 25 mil hectares de terras, isto é, a metade da concessão, tendo ele perdido, apenas a outra metade, em virtude do contrato de rescisão.

Não será demais reproduzir o art. 62 da Constituição: "As justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados, nem anular, alterar, ou suspender as decisões, ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição".

No caso, aliás, uma Justiça não está anulando sentença de outra, porque, até agora, as duas, quer a federal, quer a local, tem estado harmônicas no reconhecimento desse direito, que o Estado de São Paulo contesta ao Banco Evolucionista.

Da Justiça federal existe ainda uma sentença do atual ministro Pires de Albuquerque, em ação preposta pela Câmara Municipal de São Paulo para reivindicar terras na posse do Banco Evolucionista.

O juiz considerou sem valor probante, por falta de conferência, o documento em que a autora fundava o pedido; mas acrescentou que, se ele tivesse alguma eficácia, não justificaria a pretensão da autora, porque o procedimento desta, deixando de demarcar e de possuir os ditos terrenos, durante mais de duzentos anos, "silenciando diante da concessão de 1890, e abstendo-se de protestar e de reclamar contra as demarcações e atos públicos a esta posteriores, que vieram investir o réu na propriedade e posse destas terras, é seguro indício de que ela própria não considerava tal documento um título constitutivo de domínio".

Não procede, portanto, a consideração de que as sentenças das Justiças federal e local, reconhecendo o domínio do Banco Evolucionista sobre as terras que lhe foram concedidas, não podem constituir caso julgado, desde que umas foram proferidas por autoridade incompetente, e outras em ações possessórias, nas quais intervieram terceiros.

Do exame de todas as sentenças vê-se que a única, que foi anulada, por motivo de incompetência, é a do juiz Elviro Carrilho, confirmada pela Corte de Apelação.

Todas as outras estão em pleno vigor, inclusive as do Supremo Tribunal Federal, transitadas em julgado.

Das sentenças aludidas, apenas duas foram proferidas em ação possessória: a do juiz local, Miguel de Godoy, e a do juiz federal, Aquino e Castro.

Todavia, a primeira julgou expressamente provada não só a posse como o domínio do banco nas terras da concessão e acrescentou que esta concessão só poderia ser decretada caduca pelo Governo Federal.

Esta sentença transitou igualmente em julgado, porque o Superior Tribunal de Justiça do Estado a confirmou e o Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário interposto da decisão.

A segunda sentença, a do juiz federal, teve por fundamento exclusivo o art. 62 da Constituição, por não poder a Justiça Federal anular a sentença da Justiça local, que já havia reconhecido a posse do Banco Evolucionista.

Todas as outras sentenças foram proferidas em ações de reivindicações e de terceiros senhores e possuidores, em as quais o objeto principal da discussão e julgamento foi o domínio. Nessas ações o Banco Evolucionista foi sempre parte, ora com um, ora com outro litigante, e em todas elas o julgamento versou, não apenas sobre o domínio das terras concedidas pelo contrato de 1890, mas versou também:

a) sobre o contrato de rescisão de 1901, que o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1904, considerou perfeito, acabado e obrigatório para as partes;

b) sobre esse mesmo contrato de rescisão que o juiz local, Carvalho e Mello, julgou garantidor do direito do banco aos 25 mil hectares de terras;

c) sobre esse mesmo contrato de rescisão, em virtude do qual o banco ficou mantido no direito aos 25 mil hectares de terras, tendo perdido apenas os outros 25 mil hectares, que não chegou a medir e dos quais por isso mesmo não obteve o título de propriedade, segundo julgou o juiz Affonso de Carvalho;

d) sobre a inteligência das próprias cláusulas do contrato de 1890, especialmente a 5.^a, que o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 16 de janeiro de 1907, confirmado unanimemente por um outro de 31 de julho de 1920, julgou asseguradora do direito da concessionária à metade das terras, desde que ele as tivesse medido e pago o preço, embora não tivesse construído o núcleo;

e) sobre a inteligência do art. 64 da Constituição que o referido acórdão do Supremo Tribunal julgou não ser aplicável às terras

concedidas ao banco, as quais, pelo fato mesmo da concessão, *deixaram de ser devolutas*, e não podiam passar ao Estado de São Paulo, por força do citado art. 64.

Como, pois, se poderá dizer que tantas sentenças, reconhecendo, positivamente, inequivocamente, o domínio do banco, não podem constituir caso julgado?

Certo, não haverá coisa soberanamente julgada, no sentido de exceção oposta pelo réu ao pedido do autor, porque, embora concorram os outros requisitos da exceção — identidade de coisas e causa — faltaria o da identidade das pessoas, desde que só o banco tem figurado nas ações, ora com uns, ora com outros.

É fora de dúvida, porém, que todos esses casos julgados podem e devem ser invocados por quem os tenha em seu favor para o efeito do art. 62 da Constituição.

Esses casos julgados constituiriam até o melhor de todos os argumentos em defesa do direito do banco, sem embargo de não haver propriamente coisa julgada, sem mais recurso, ou coisa soberanamente julgada, na linguagem técnica, mesmo porque, se já tivesse havido discussão e julgamento sobre este mesmo assunto entre o banco e o Estado de São Paulo, os presentes embargos de terceiro, opostos pelo mesmo Estado, não teriam razão de existência.

A prova de que o citado art. 62 é inteiramente aplicável ao caso está nas várias demandas movidas a propósito da venda da massa falida da Companhia Estrada de Ferro Araraquara à São Paulo Northern Railroad Company.

No Juízo da falência daquela Companhia (não era propriamente um Juízo ordinário contencioso), a São Paulo Northern apresentou proposta de compra da massa falida, a qual foi aceita pelo juiz local, que mandou expedir alvará de autorização para a venda (não era também uma sentença no sentido restrito).

Várias demandas foram intentadas no Juízo federal, ora por um, ora por outro, mas sempre contra a São Paulo Northern para o fim de ser anulada a venda da massa falida, por ter sido feita em virtude de proposta, quando deveria ser realizada em leilão.

Numa das ações, em que foi autor Arthur Barbosa Freitas, a ré contestou o pedido, alegando que a decisão proferida na falência pelo juiz local constituiu coisa julgada.

O juiz federal do Estado do Rio proferiu sentença final, anulando a ação, por se julgar incompetente para conhecer dela, desde que já havia ação *soberanamente julgada* pela Justiça do Estado de São Paulo (não havia ação, nem venda da massa), não podendo ele, juiz federal, julgar novamente sem infringir o art. 62 da Constituição.

O Supremo Tribunal *confirmou* essa decisão em recurso de agravo número 3.633.

Nessas ações, que toem vindo ao Tribunal por mais de uma vez, o objeto do litígio era o mesmo — a venda da massa falida da Araraquara — mas as partes variavam, embora uma delas fosse sempre a São Paulo Northern.

O Supremo Tribunal tem sido tão escrupuloso na observância do art. 62 da Constituição que, mesmo nestes autos, já o aplicou a um caso, aliás, em que a aplicação me não pareceu inteiramente cabida.

Conforme já ficou exposto, em outro lugar, tendo sido recebida tão somente no efeito devolutivo a apelação interposta pelo Estado de São Paulo da sentença que julgou não provados os seus embargos de terceiro senhor e possuidor, os exequentes Antonio Joaquim Teixeira e sua mulher requereram à Justiça local desta cidade expedição de carta precatória à Justiça local de São Paulo, para o fim de serem ali avaliadas as terras penhoradas.

Os exequentes requereram a avaliação à Justiça local, porque o Supremo Tribunal já havia julgado anteriormente que só ela, e não a federal, era competente para essa avaliação.

A Justiça local indeferiu o requerimento, porque as terras, que os exequentes pretendiam avaliar, não estavam penhoradas.

Considerando que esse indeferimento importava em desrespeito ao acórdão n. 1.031 do Supremo Tribunal, que, em grau de recurso extraordinário, já tinha julgado restaurada e, portanto, subsistente a penhora — os exequentes requereram à Justiça federal a avocação dos autos da ação executiva e dos seus incidentes.

E como a Justiça federal também indeferisse o requerimento, pela mesma razão de não existir penhora, os exequentes agravaram, considerando como ofendido o art. 58, § 3.º, da lei n. 221.

O Supremo Tribunal tomou conhecimento do agravo, a que negou provimento pelo acórdão n. 4.094, de 6 de novembro de 1925: "porquanto a substituição completa da Justiça local, competente para o processo e julgamento da causa, pela Justiça federal, cuja competência ficou limitada à matéria do recurso extraordinário, seria atentatória do estatuido no art. 62 da Constituição Federal.

Mas, se o Supremo Tribunal já tinha julgado que a Justiça competente para a avaliação era a local, e se esta não quis fazer a avaliação, por um motivo que o Supremo Tribunal já havia também julgado improcedente, parecia razoável que os exequentes pedissem à Justiça federal a execução do acórdão do Supremo Tribunal, porque o citado art. 58, § 3.º, da lei n. 221 dispõe: *"Se por qualquer motivo for obstada ou impedida a execução das sentenças do Supremo Tribunal Federal, tanto o Ministério Público, como as partes interessadas, poderão promover a execução das mesmas sentenças perante o Juízo federal, recusando-se o local"*.

Ora, o meio pelo qual se devia dar execução ao acórdão do Supremo Tribunal, desrespeitado pela Justiça local, era exatamente esse — o requerimento à Justiça federal para a avaliação das terras.

Por conseguinte, longe de ter havido atentado ao art. 62 da Constituição, longe de ter havido substituição da Justiça local pela federal, ou intervenção indevida de uma Justiça em questões submetidas à outra, o que houve foi a observância da lei, porque os exequentes pretendiam a intervenção da Justiça competente — a federal — para se executar uma sentença do Supremo Tribunal, que o próprio acórdão n. 4.094 considerou desrespeitado, acrescentando, porém, que o meio de fazer cessar esse desrespeito não é a avocação de todo o processo e seus incidentes, e, sim, a providência estabelecida na 2.ª parte do § 3.º do art. 58 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 — exatamente a disposição invocada pelos exequentes.

De resto, não farei dúvida em concordar que tivesse havido erro por parte dos exequentes, quando requereram a avocação do processo, em vez da execução do acórdão do Supremo Tribunal, embora a avocação tivesse precisamente por objetivo aquela execução, consistente na avaliação das terras.

Não houve, porém, atentado ao art. 62 da Constituição, visto como o que se queria, em última análise, era a intervenção da Justiça federal, competente para fazer cessar o abuso da Justiça local.

Como quer que seja, recorro o incidente simplesmente para mostrar que, tendo aplicado o art. 62 a uma hipótese de duvidosa aplicação, a meu ver, o Supremo Tribunal não poderia deixar de aplicar o mesmo artigo na hipótese dos autos, em que há várias decisões de Justiça local, reconhecendo claramente, inequivocamente, o domínio e a posse do Banco Evolucionista nas terras que lhe foram concedidas, além de decisões também da Justiça federal da primeira instância, e até do próprio Supremo Tribunal Federal.

Verificado que três juizes reconheceram o direito do banco aos 25 mil hectares das terras, excluídas as que o Estado de São Paulo adquirira em virtude de desapropriação ao Dr. Oliveira Pentead; que um juiz, apenas, reconhecia o direito do banco à metade dos 25 mil hectares, excluídas as referidas terras adquiridas por desapropriação, e ainda as que o Estado comprara ao Dr. Fernando Moura; que três outros juizes julgavam o banco sem direito algum, foi apurado o resultado da votação, no sentido de prevalecer o voto intermédio, de acordo com o qual foi lavrado o acordão.

Estou de acordo com essa apuração e concordaria também com o voto aludido, se ao caso devesse ser aplicada a cláusula 5.^a do contrato de 1890.

Mas, para se aplicar essa cláusula, seria preciso que se admitissem, como diz o acordão, *as soluções mais desfavoráveis ao banco*, ainda que essas soluções sejam contrárias ao direito e à prova, isto é, seria preciso admitir: que nos embargos de terceiro senhor e possuidor este não é obrigado a provar o seu domínio e posse; que o domínio do banco executado ficou dependendo de uma condição suspensiva, que se não realizou, por não ter o banco formado o primeiro núcleo colonial; que esse primeiro núcleo não foi organizado por culpa do banco, sem que tivesse ocorrido obstáculo de qualquer espécie; que, por não ter o banco formado o primeiro núcleo, no prazo de três anos, a contar da data do contrato, a concessão ficou sem efeito, por declaração expressa do Governo Federal; que este nunca declarou o contrato em pleno vigor; que, posteriormente, não se lavrou novo contrato de rescisão em que ficaram matitados os direitos do banco aos 25 mil hectares de terras, de que já tinha título de propriedade expedido pelo presidente do Estado de São Paulo; que, em favor do invocado domínio do banco, nenhuma decisão judiciária foi proferida, nem pela Justiça local, nem pela Justiça federal da primeira instância, nem pelo Supremo Tribunal Federal.

Admitindo-se tudo isso, em que se dá por não provado o que dos autos provado está, ainda assim o direito do banco à metade dos 25 mil hectares seria incontestável diante da cláusula 5.^a do contrato.

Não me lembro se já produzi a respectiva demonstração.

Na falta de tempo para verificá-lo, repetirei o raciocínio, se já foi aduzido. Ao Banco Evolucionista foram concedidos 50 mil hectares de terras, em dois territórios de 25 mil hectares cada um, nos quais deveria o banco construir dois núcleos coloniais, um em cada um dos referidos territórios, que seriam entregues ao concessionário, à proporção que ele os medisse, demarcasse e pagasse o preço respectivo (cláusulas 1.^a, 2.^a e 3.^a do contrato).

Dentro do prazo de um ano, contado de 14 de outubro de 1890, devia o concessionário ter adquirido o território preciso para a formação do primeiro núcleo, que deveria ficar construído dentro ainda dos dois anos subsequentes a estes, ou dentro de cinco anos, deveria ficar construído o segundo núcleo.

E' o que dispõe a cláusula 4.^a.

A cláusula 5.^a acrescenta: "Se, nos prazos estipulados, não tiverem sido construídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão constante deste contrato, perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver construído e que não se achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidos na conformidade da cláusula primeira".

Ora, dentro do prazo de um ano, o banco mediu, demarcou o primeiro território e pagou o preço correspondente aos 25 mil hectares, tendo assim adquirido o território preciso para a formação do primeiro núcleo.

E, como não conseguiu, dentro dos dois anos seguintes, formar esse primeiro núcleo, claro é que o banco teria perdido, apenas, a metade das terras adquiridas, e conservado o direito à outra metade ou — 12.500 hectares.

Esta seria a conclusão, que resulta claramente da cláusula 5.^a do contrato, do acordão do Supremo Tribunal de 16 de janeiro de 1907 e 31 de julho de

1920, no sentido de que o território ficou adquirido pelo fato da medição, demarcação e pagamento do preço, ficando o concessionário, nos termos da cláusula 5.^a, com direito a metade das terras adquiridas, embora não tendo sido construído o núcleo.

Essa conclusão, porém, só seria admissível, a bem da argumentação, quando ao banco tudo se negue sem razão, porque o seu direito aos 25 mil hectares é claríssimo, por não ser aplicável ao caso a cláusula 5.^a do contrato de 1890, ainda que ele estivesse em vigor.

A cláusula citada diz que, se nos prazos estipulados não tiverem sido construídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão.

Em primeiro lugar, a concessão não foi declarada sem efeito pelo Governo Federal, que era o competente para isso, já porque foi ele quem fez a concessão, já porque esse direito lhe ficou reservado pela cláusula 10.^a do contrato, e desse direito ele fez uso, declarando caduca a concessão feita à Companhia Predial de São Paulo, que se conformou com o ato.

Quando se entenda que o Governo Federal não podia, por autoridade própria, declarar sem efeito a concessão, certo é ainda que a caducidade não foi decretada pelo Poder Judiciário, cuja intervenção o Governo Federal não reclamou em tempo algum.

Somente esse Governo poderia promover a declaração de caducidade, e nunca o Estado de São Paulo, absolutamente estranho ao contrato, não anulável, além do mais, por meio de embargos de terceiro senhor e possuidor.

Ora, o Governo Federal, em vez de declarar sem efeito a concessão, em vez de promover a declaração de sua caducidade, sempre e sempre declarou que o contrato se achava em pleno vigor, mesmo depois de decorridos muitos anos da extinção do prazo para a formação do primeiro núcleo, o que equivaleria a uma prorrogação de prazo, que a cláusula 11.^a autorizava.

Considera o acordão que, estando excedidos os prazos e tendo-se operado a caducidade da concessão, em favor do Estado de São Paulo, que ficou, ex-vi do art. 64 da Constituição, dono das terras perdidas pelo banco, considera o acordão que não era possível à União Federal, sem intervenção do Estado, transgir e renunciar direitos, que já não eram dela, mas do mesmo Estado.

Admita-se que a concessão ficou sem efeito automaticamente, sem que ninguém a tivesse declarado caduca.

Qual seria a consequência da caducidade? Passariam para o Estado de São Paulo, por força do art. 64 da Constituição, as terras que estavam no domínio do banco?

Nunca, porque, pelo art. 64, só as terras devolutas ficaram pertencendo aos Estados; mas as terras concedidas a Ricardo Medina, antes de 24 de fevereiro de 1891, "não podiam mais ser consideradas terras devolutas para o efeito do art. 64 da Constituição".

São palavras do Supremo Tribunal Federal no acordão unânime, já tantas vezes citado, de 16 de janeiro de 1907, confirmado pelo de 31 de julho de 1920.

Pelo fato da concessão, as terras deixaram de ser devolutas, para se tornarem de domínio particular, e teriam voltado ao domínio da União, admitindo-se mesmo que a concessão tivesse caducado automaticamente, sem sentença do Poder Judiciário ou ato administrativo do Governo da União.

Esta, por conseguinte, seria a proprietária das terras, se porventura o banco as tivesse perdido, e delas poderia dispor, segundo lhe aprouvesse, como efetivamente dispôs, já declarando, por vezes reiteradas, o contrato em vigor, apesar de extinto o prazo para a formação do primeiro núcleo, já recindindo o contrato, mas garantido o banco no direito aos 25 mil hectares, de que ele já tinha título de propriedade.

Se prevalecesse a doutrina do acordão de que, pelo fato da extinção do prazo, verificada em 14 de outubro de 1893, não podia mais a União transgir, neste caso não subsistiria o próprio contrato de rescisão, celebrado por ela em 17 de dezembro de 1901.

A essa consequência, porém, não chegou ninguém até agora, nem os que sustentam que o banco não tem direito a coisa alguma, nem o acordão, que lhe reconhece o direito à metade das terras adquiridas, pois considera subsistente o contrato de rescisão, embora com a inteligência de que "a manutenção para o banco do seu direito em relação às terras, de que já tenha título de propriedade, expedido pelo presidente do Estado de São Paulo, que foi reconhecida e pactuada pelo termo de rescisão, só pode ser entendida na extensão e força do mesmo título, onde está enunciada, com evidência solar, a submissão do concessionário a todas as condições e obrigações do contrato de 1890".

Por outro lado, esse contrato de rescisão, de subsistência incontestável, e até agora incontestada, já foi considerado *perfeito, acabado e obrigatório* para as partes, por um outro acordão do Supremo Tribunal Federal, de 18 de junho de 1904.

Uma outra razão, pela qual não é aplicável ao caso a cláusula 5.^a do contrato, se este porventura não tivesse sido completamente revogado, está em que a cláusula manda ficar sem efeito a concessão, se nos prazos estipulados não tiverem sido construídos os núcleos, isto é, no caso de inobservância de cláusulas do contrato.

Ora, não foi a falta de observância do contrato que determinou a rescisão muitos anos depois de extinto o prazo, mas a própria conveniência da União que, para se libertar de um pesado encargo de cerca de 36 mil contos, usou da autorização legal para rescindir os contratos, mediante a indenização de três mil contos de réis.

Mas, a razão principal, a razão preponderante de não ser aplicável ao caso dos autos a cláusula 5.^a do contrato de 1890, é que esse contrato foi rescindido pelo de 17 de dezembro de 1901, que tornou sem efeito a concessão das terras, menos para os concessionários, que já tinham título de propriedade expedido pelo presidente do Estado, como o Banco Evolucionista, cujo direito aos 25 mil hectares ficou mantido, em virtude desse novo contrato, independentemente de qualquer condição.

Observa o acordão, que, tendo o contrato de rescisão ressalvado ao banco o direito às terras, de que ele já tinha título de propriedade expedido pelo presidente do Estado, IMPLICITAMENTE reconheceu a mesma rescisão a vigência de tal título, no qual se declara que o banco fica investido no domínio das terras para os fins expressos na cláusula 3.^a do contrato de 14 de outubro de 1890 e submetido também aquele banco a todas as condições e obrigações do referido contrato.

Convém notar, antes de tudo, que o CONTRATO COM O BANCO NÃO FOI CELEBRADO pelo presidente do Estado, mas pelo Governo da União, como ficou expressamente declarado no título de propriedade.

O presidente do Estado foi, apenas, um mandatário, um delegado incumbido pela União de assinar aquele título, por determinação do regulamento da lei de terras.

Nestas condições, é muito duvidoso que o presidente do Estado, simples delegado da União, pudesse enxertar condições, num título que ele estava encarregado apenas de assinar ou expedir.

Em todo caso, o título expedido pelo presidente do Estado contém realmente essas obrigações a que o acordão se refere.

Mas, se o contrato de rescisão de 1901 revogou o de 1890, não se pode entender, nem mesmo implicitamente, que ele tivesse mandado observar qualquer cláusula do contrato revogado, desde que a nenhuma delas se referiu de modo algum.

Uma vez, portanto, que o contrato de rescisão manteve o banco no direito às terras, de que ele já tinha título de propriedade, expedido pelo presidente do Estado, sem estabelecer qualquer condição, a consequência é que o banco ficou dispensado da obrigação de construir o núcleo, de que trata a cláusula 3.^a do contrato de 1890, pouco importando que, no final do título ex-

pedido pelo presidente do Estado, se declare que o Banco Evolucionista, cessionário de Medina, ficava "sujeito a todas as condições e obrigações do referido contrato de 14 de outubro de 1890".

Que os direitos do banco ficaram mantidos, sem condição alguma, é o que resulta do contrato de rescisão, que de fato nenhuma condição impôs.

Ei-lo, na íntegra, para que nenhuma dúvida subsista a respeito:

"Aos 17 dias do mês de dezembro de 1901, presentes, na Secretaria de Estado dos Negócios da Indústria, Viação e Obras Públicas, no Rio de Janeiro, o Sr. Dr. Alfredo Eugênio de Almeida Maia, ministro de Estado da mesma Repartição, por parte do Governo Federal dos Estados Unidos do Brasil e o Dr. Sancho Bittencourt Beiringuêr Cesar, na qualidade de procurador dos seguintes contratantes: ... Banco Evolucionista... entre si acordaram, de pleno e comum acordo e de conformidade com a autorização concedida ao Governo Federal pelo dispositivo da lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900 (orçamento vigente), em rescindir os seguintes contratos: ... Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, em 14 de outubro de 1890, para a fundação de dois núcleos coloniais e colocação de 2.000 famílias de imigrantes no Estado de São Paulo... mediante a condição de pagar o Governo Federal a quantia de três mil contos em inscrições emitidas pelo Banco da República do Brasil sob a garantia do Governo Federal, recebidas estas pelo seu valor nominal, quantia esta paga pelo Governo Federal, a título de indenização pela rescisão e despesas feitas *in bona fide* pelos mencionados contratantes para a execução de seus contratos, cessando por força do presente termo de rescisão todo e qualquer direito decorrente dos decretos ns. 528 e 954, de 28 de junho e 7 de dezembro de 1890, bem como de apresentar por si ou por terceiros, em qualquer tempo, reclamações por perdas, danos ou lucros cessantes em virtude desta rescisão, ou qualquer outra decorrente dos mencionados contratos; ficando também entendido que os referidos concessionários *desistem*, pelo presente termo de rescisão, das terras a que se referem os contratos ora rescindidos, mantidos somente os seus direitos às terras de que já tinham título de propriedade expedido por governadores ou presidentes dos Estados.

Por assim haverem acordado..."

Supondo-se, para argumentar, que, pelo contrato de rescisão, ficou o banco obrigado a fundar núcleos, qual será o prazo para o cumprimento da obrigação e qual a sanção para o não cumprimento dela, se o contrato de rescisão é omissivo a respeito de tudo isso?

Não, a rescisão do contrato foi pactuada *sem condição*, e o próprio acordo fornece a respeito mais um argumento.

Combatendo a opinião dos que entendem que o banco não tem direito a coisa alguma, nem, por conseguinte, à metade das terras, porque o contrato de rescisão apenas ressaltou o direito do banco às terras, de que ele já tinha título de propriedade, mas não fala nessa *metade de terras*, nem alude à cláusula 5.^a do contrato rescindido — combatendo aquela opinião, o acordo conclue que, se ela prevalecesse, não estaria o banco sujeito à obrigação de construir os núcleos, porque o contrato de rescisão também não fala nessa obrigação, que a referida opinião considera subsistente, por ter sido contratada a rescisão de acordo com o título de propriedade.

A conclusão do acordo é lógica, mas ele não demonstra que o banco esteja sujeito àquela obrigação, o que vem provar que nenhuma das duas opiniões é procedente.

Se, de fato, o banco não tem o direito assegurado pela cláusula 5.^a do contrato rescindido, porque o contrato de rescisão a essa cláusula não se refere, não estará também o banco obrigado à construção do núcleo, de que trata a cláusula 3.^a do contrato rescindido, porque a essa cláusula nenhuma referência faz o contrato de rescisão.

Mas o banco não tem os direitos e obrigações do contrato rescindido, porque este foi *revogado absolutamente, completamente, sem condição alguma*.

O contrato de rescisão é um contrato novo, autônomo, independente do contrato rescindido, cujas obrigações desapareceram com o próprio contrato, pois que a nenhuma delas o contrato de rescisão faz a mais vaga referência.

O argumento que o acordão mostra ser contraditório, realmente o é; mas o acordão, por sua vez, eria, no contrato de rescisão, obrigação de que o mesmo contrato não cogitou.

Tudo isso vem demonstrar que, não sendo aceitáveis as duas correntes de que me afasto, a única verdadeira é a que reconhece ao banco o direito aos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade, cuja subsistência está fora de qualquer controvérsia, porque esse título não foi anulado em tempo algum, e é reconhecido pela unanimidade dos julgadores do feito, como já o foi pela autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Não tendo o Estado de São Paulo provado o seu domínio nos 25 mil hectares de terras, porque esse domínio é do Banco Evolucionista, não tentou sequer o mesmo Estado provar a sua posse nas referidas terras, como seria também indispensável, mesmo porque essa posse, durante longos anos, já foi reconhecida ao banco por várias decisões judiciais.

Impõe-se, portanto, o julgamento da improcedência dos embargos de terceiro em relação às terras concedidas ao Banco Evolucionista.

Não são eles menos improcedentes, no que respeita às terras adquiridas a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura.

E' certo que estes venderam ao Estado de São Paulo por dez contos de réis uma área de terrenos, com 20 mil metros quadrados, situada nos campos da Mocca, freguesia de São José do Belém, conforme escritura de 6 de maio de 1909 (fls. 59).

Mas, quem alega domínio derivado tem obrigação de provar que aquele, de quem houve a coisa, era proprietário dela ao tempo da transferência, e essa indagação deve ir até onde se verifiquem condições para a usucapião, nos casos em que esse instituto é admissível.

Ora, João Francisco de Moura e o Dr. Fernando Moura adquiriram esses terrenos a *non domino*, isto é, do Governo Provisório do Estado de São Paulo, que não tinha o domínio deles na época em que os vendeu — 5 de dezembro de 1889 (fls. 66 e 69), porque a esse tempo as terras devolutas não eram ainda de propriedade dos Estados.

Ainda que o fossem, a venda não poderia ser feita particularmente, mas somente em hasta pública, nos termos expressos do art. 2.^o, § 11, do decreto n. 7, de 20 de novembro de 1889, pelo qual o Governo Provisório conferiu aos governadores a atribuição de regular a administração dos bens do Estado e autorizar a venda dos que não convinha conservar, contanto que essa venda se fizesse em hasta pública.

Se, pois, o Estado de São Paulo vendeu o que não era dele, ou vendeu por título particular, quando a venda devia ser feita em hasta pública, essa venda é nula de pleno direito, sem que se possa invocar, para legitimá-la, a prescrição aquisitiva, porque terras devolutas não se adquirem por esse meio.

E' o que dispõe o art. 1.^o da lei n. 601, de 13 de setembro de 1850: "*Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra*".

O art. 1.^o excetua, apenas, as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de dez léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente.

Portanto, a regra geral é que as *terras devolutas* só podem ser adquiridas por compra, excluindo qualquer outro meio de aquisição, como a *prescrição aquisitiva* ou *usucapião*.

Por exceção, *terras devolutas* poderão ser concedidas gratuitamente, mas tão somente as que estiverem situadas em uma zona de dez léguas nos limites do Império com países estrangeiros.

Admitida, porém, a opinião de que, antes do *Código Civil*, art. 67, as *terras devolutas* podiam ser adquiridas por prescrição de 40 anos, não está decorrido esse prazo para se poder considerar revalidado o domínio de João Francisco de Moura e Dr. Fernando de Moura.

O 3.º embargante alega que construiu o *Reservatório de Belenzinho* nessas terras, que diz haver adquirido a particulares.

Tendo sido feita em terreno alheio, a construção ficou pertencendo ao dono do terreno, em virtude da regra — *edilicium solo cedit* — salvo ao Estado de São Paulo o direito de haver indenização do Banco Evolucionista, por não constar que tivesse feito a construção de má fé.

Era essa a doutrina anterior ao *Código Civil*, que a consagrou em seu art. 547.

Relativamente às terras que o Estado de São Paulo adquiriu do Dr. João Baptista de Oliveira Penteado e sua mulher, em virtude de desapropriação por utilidade pública, os embargos são procedentes, porque o 3.º embargante tem domínio e posse nessas terras, não podendo prevalecer a *penhora* em relação a elas.

Pelo decreto n. 1.034, de 13 de junho de 1902, a Fazenda do Estado de São Paulo declarou de utilidade pública, para ser desapropriada, a chácara, situada no lugar denominado Belenzinho, bairro de Tatuapé, na freguesia do Braz, chácara que o decreto consignou ter sido da propriedade do finado Thomaz Luiz Alvares.

O processo de desapropriação foi promovido contra o Dr. João Baptista de Oliveira Penteado e sua mulher, então proprietários do imóvel.

Avaliado este em 80 contos de réis por peritos escolhidos pelos interessados, o juiz homologou o laudo, e houve por incorporado o imóvel ao patrimônio do Estado, por sentença de 26 de julho de 1902, tendo o Dr. Penteado recebido a importância fixada, de que deu quitação ao Tesouro do Estado.

Aquela sentença, portanto, transitada em julgado, é o título legítimo de propriedade do Estado de São Paulo (fls. 46 verso e 53, fls. 339).

O Dr. Penteado, de quem o 3.º embargante é sucessor, era por sua vez legítimo dono do imóvel, que pertenceu, antes dele, ao Dr. Benedicto Estellita Alvares.

Da carta de adjudicação de fls. 194 a 288 consta que o Dr. João Baptista de Oliveira Penteado, na qualidade de cessionário de Felipe Rodrigues de Siqueira e sua mulher, intentou contra o Dr. Benedicto Estellita Alvares ação executiva hipotecária, tendo por base a escritura de hipoteca de 28 de abril de 1899, sendo o imóvel hipotecado a chácara de Tatuapé, ou do Belem, situado no bairro do Belenzinho.

Julgada subsistente a penhora, foi o imóvel levado à praça, e não havendo lançador, o credor Dr. Penteado requereu adjudicação pelo preço da 3.ª praça, em 25 de fevereiro de 1901, sendo o requerimento deferido.

A carta de adjudicação era, portanto, o título de propriedade do Dr. Penteado, que adquiriu o imóvel em execução contra o Dr. Benedicto Alvares, sendo certo que, antes deste, já o imóvel estava no domínio de particulares, tanto que do lançamento do imposto predial de 1888 a 1889 já constava o nome de Thomaz Luiz Alvares, como proprietário da chácara de Belenzinho, segundo reza a certidão de fls. 340.

Ora, a concessão de *terras devolutas* a Ricardo Medina é de 1890, e, portanto, nessas terras não podia estar compreendida a chácara de Belenzinho,

que em época anterior já se achava no domínio de particular, tanto mais incontestável quanto o próprio decreto de concessão a Medina mandou respeitar os direitos de terceiros e as concessões anteriormente feitas.

Provado o domínio do 3.º embargante, está igualmente provada a posse, porque a sentença que incorporou a chácara do Belem ao patrimônio do Estado mandou imiti-lo na posse, em que se acha de fato, pois ali mantem o Estado o Instituto Disciplinar.

Pelo exposto, dou provimento à apelação somente na parte relativa ao imóvel, que foi desapropriado, por utilidade pública, ao Dr. João Baptista de Oliveira Penteado, para declarar que esse imóvel, com o edificio aí construído e destinado ao Instituto Disciplinar, é do domínio e posse do 3.º embargante, o Estado de São Paulo.

Nego provimento à apelação, quanto à concessão das terras devolutas e das que foram vendidas por João Francisco de Moura e Dr. Fernando Moura, porque o Estado de São Paulo não provou o seu domínio e posse nessas terras, que são do Banco Evolucionista, inclusive o Reservatório de Belenzinho, construído pelo Estado, salvo o direito deste de ser indenizado pela construção, como for de direito.

Viveiros de Castro, vencido, apenas, na parte em que o acordão reconheceu illogicamente (seja dito com a devida vênia) a propriedade do Banco Evolucionista sobre a metade da área de 25.000 hectares, constantes do título de propriedade expedido em favor do referido banco.

Se, como reconheceu o acordão, houve uma cessão condicional; se o termo de rescisão, mantendo os direitos do concessionário, o fez de acordo com o título expedido pelo presidente do Estado, título em que expressamente declara que a investidura da propriedade é para o fim mencionado na cláusula terceira do contrato celebrado com o Ministério da Agricultura, isto é, para fundação de burgos agrícolas, não é possível fugir à seguinte conclusão, desde que não foi satisfeita a condição, desde que nenhum núcleo colonial foi fundado, a cessão da terra ficou sem efeito.

O Banco Evolucionista não ficou proprietário de parcela alguma de terras cedidas para o fim exclusivo do povoamento e cultura do solo.

Todas as cláusulas do contrato ficaram subordinadas à referida condição, de acordo com a qual deve ser interpretada e aplicada a cláusula 5.ª, à qual se appegou o acordão para reconhecer o direito do apelado à metade das terras já adquiridas.

Mas, mesmo tomando em consideração unicamente a disposição literal da citada cláusula 5.ª, como se ela fosse uma entidade autônoma, sem a menor ligação com as outras cláusulas, não poderia aceitar a conclusão do acordão, porquanto a referida cláusula 5.ª fala em núcleos, prevê a hipótese de ter o concessionário fundado pelo menos um núcleo e iniciado a fundação de outros, não podendo concluí-lo por qualquer circunstância.

Nessa hipótese, pareceu justo ao Governo que o concessionário, que lhe havia valorizado as terras com o estabelecimento de um ou de vários núcleos coloniais, ficasse com direito à metade das terras, que havia adquirido para prosseguir na fundação dos burgos agrícolas.

Ora, no caso dos autos isto não se deu.

O concessionário não fundou um único núcleo colonial, não contribuiu, de forma alguma, para a valorização das terras; como, pois, lhe reconhecer direito à metade das terras, que lhe foram cedidas para um fim, que ele não realizou?

Focalizada a questão, pondo-se de lado discussões inúteis e explanações descabidas, é esta a pretensão do apelado: tendo obtido uma concessão de terras para o fim exclusivo de fundar burgos agrícolas coloniais, não os fundou, quis usufruir as vantagens, descartando-se dos onus, e agora pretende aproveitar-se da valorização das terras, para que, absolutamente, não contribuiu.

Pretenções dessa natureza não podem ser amparadas pelo Direito.

Dei, portanto, provimento à apelação, para julgar provados os embargos de terceiro senhor e possuidor, oferecidos pela Fazenda do Estado de São Paulo, ora apelante.

Ed. Lins — vencido em parte, de acordo com o seguinte voto proferido na sessão de julgamento.

A propriedade do Estado nas terras devolutas sitas no seu território resulta do art. 64 da Constituição Federal, que lhe passou o respectivo domínio.

Só deixariam de pertencer-lhe, se a 24 de fevereiro de 1891 já não fossem devolutas.

E' o que alega o apelado dar-se na espécie, porque, antes daquela data, isto é, a 14 de outubro de 1890, o Governo Provisório lhe transferiu o domínio das terras penhoradas, como se vê de fls. docs. fls. 110 a fls. 309.

É verdadeira a alegação, mas é também incontestável que, não tendo ele cumprido as condições sob as quais o Governo Provisório lhe concedera tais terras, foi rescindido o respectivo contrato, como se vê pelo doc. fls. 310, lavrado a 17 de dezembro de 1901.

Firma-se, porém, o apelado na cláusula constante da rescisão verbis.

"que os concessionários e cessionários desistem, pelo presente termo de rescisão, das terras a que se referem os contratos, ora rescindidos, mantidos somente os seus direitos em relação às terras de que já tenham título de propriedade, expedido pelos governadores ou presidentes dos Estados"

Ora, raciocina o apelado, ele já tinha título de propriedade das terras penhoradas, expedido pelo presidente do Estado de São Paulo, como se vê a folhas 110 e 309.

Vejamos se procede esta alegação. Eis o que diz o doc. invocado:

"Fica o mencionado Banco Evolucionista investido do direito de propriedade das referidas terras, para os fins expressos na cláusula terceira do contrato celebrado em 14 de outubro de 1890 com o ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Outrossim fica o Banco Evolucionista, concessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, sujeito a todas as condições e obrigações do referido contrato de 14 de outubro de 1890 (fls. 309)".

Eis o que rezam as cláusulas 3.^a, 4.^a e 5.^a desse contrato.

Cláusula 3.^a:

"Em cada território será fundado um núcleo agrícola dividido em lotes de 15 hectares, ou mais, se for conveniente, e em número suficiente para o estabelecimento de 500 famílias de trabalhadores agrícolas pelo menos.

"No local destinado para a sede, o concessionário construirá edifícios para uma farmácia, enfermarias, escolas para ambos os sexos, e outrossim, estabelecerá fábricas para o beneficiamento dos principais produtos do núcleo, tudo de acordo com as disposições do mencionado decreto n. 528, de 29 de junho último (fls. 304)."

Cláusula 4.^a:

"Dentro do prazo de um ano, contado da presente data, o concessionário deverá ter feito a aquisição do território preciso para fundação do primeiro núcleo."

"Este ficará definitivamente construído com os edifícios, fábricas e o número de famílias marcado na cláusula precedente, e, assim, caminhos, estradas, etc., dentro de dois anos, que se seguirem.

"Depois de pronto o primeiro núcleo, começará o povoamento do segundo, que deverá ficar concluído nos dois segundos anos (folhas 304).

"Se, nos prazos estipulados na cláusula 5.ª, não tiverem sido concluídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão constante deste contrato, perdendo o concessionário o direito à metade das terras já adquiridas para o núcleo, que não estiver constituído, e que não se achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidos na conformidade da cláusula primeira (fls. 304).

Ora, não há nos autos prova de que o apelado tenha cumprido estas obrigações: — logo, ficou sem efeito, de acordo com a cláusula supra, combinada com a cláusula já transcrita do título de propriedade, que o Estado de São Paulo lhe concedeu — a concessão das terras devolutas, que lhe fora feita pelo Governo Provisório, e pelo mesmo Estado de São Paulo.

A este, pois, continuou a pertencer o domínio das mencionadas terras devolutas, que são as penhoradas.

Quanto a estas, pois, é plena a prova dos embargos.

Igualmente plena é a prova da propriedade das outras terras particulares penhoradas e ora embargadas: é o que se vê dos documentos de fls. 335 v., 337 v., 339 e 339 v., 340 e 340 v., 341 e 341 v., 342, 346, 355 e seguintes, 372 e 372 v., 373, 374 e seguintes.

Todos esses documentos provam plenamente o domínio e posse do apelante nas terras penhoradas.

E quanto ao nenhum domínio do apelado, além do que fica exposto, pode-se ainda ler o que disse este Tribunal em questão jurídica idêntica nos considerando do acórdão publicado no "Direito", vol. 93, pág. 503, transcrito a fls. 1.318 v.

Tendo assim o apelante provado plenamente o domínio e posse das terras penhoradas, dou provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar provados os embargos de terceiro senhor e possuidor oferecidos pelo apelante.

Custas pelo apelado.

Pedro dos Santos, vencido.

A. Ribeiro.

Pedro Mibielli.

(Pandectas, 3-47, 2.ª Parte).

NOTA — Depois do acórdão, a redação de Pandectas escreveu o seguinte:

A questão acha-se admiravelmente discutida e explanada, quer pelo relator, quer nos votos vencidos, principalmente no do ministro HERMENEGILDO DE BARROS. Quando proferido o acórdão sobre os embargos opostos, por ambas as partes, publica-lo-emos, com as observações que nos sugerir, salientando o brilho dos trabalhos apresentados pelos notáveis advogados, a cuja competência profissional foi confiada a defesa dos interesses em litígio.

182 — Efetivamente, as duas partes opuseram embargos ao acórdão.

No julgamento desses embargos, continuou dividida a votação. Os ministros Heitor de Souza e Soriano de Souza julgaram que o banco tinha direito aos 12.500 hectares.

Julgaram-no com direito aos 25 mil hectares os ministros Pedro Mibielli, Arthur Ribeiro, Cardoso Ribeiro e eu.

Julgaram que o banco não tinha direito a coisa alguma os ministros Edmundo Lins, Whitaker e Pedro dos Santos.

Aplicado o mesmo raciocínio anterior sobre a contagem dos votos, os quatro juizes, que concediam mais, ficaram reunidos aos dois, que concediam menos, sendo vencida, *in totum*, a terceira turma, que não concedia nada.

No meu voto apreciei, uma a uma, todas as alegações do Estado de São Paulo, para concluir que todas elas eram improcedentes. Mostrei que essas alegações dos embargos se contradiziam, por mais de uma vez, pois o Estado negava, a princípio, o que passava a afirmar depois, e vice-versa.

Sustentei que, pelo fato da medição e demarcação dos 25 mil hectares de terras, no prazo de um ano, o concessionário as havia adquirido, pois era essa a condição imposta para a aquisição da propriedade, em que ele foi efetivamente investido.

Daí a impossibilidade de ser declarada caduca a concessão, caducidade, aliás, não prevista no contrato e que, se porventura prevista, só poderia ser declarada pelo poder competente, que, entretanto, sempre declarara, por todas as formas, que o contrato se achava em pleno vigor.

Quanto à alegação principal de que as terras penhoradas eram devolutas e, por esse motivo, haviam passado ao domínio do Estado de São Paulo, deixei provado, à evidência, que as referidas terras, que eram devolutas até 14 de outubro de 1890, deixaram de o ser dessa data em diante, pelo fato da concessão feita a Medina, cujo contrato com a União criara para ele um direito adquirido, que a Constituição de 1891 não podia alterar.

As terras, portanto, não passaram ao domínio do Estado de São Paulo, porque o art. 64 da Constituição só transferiu aos Estados aquelas terras que, na data da Constituição, pertenciam à União, e nunca as que já tinham sido objeto de contrato anterior.

Essas haviam passado ao domínio particular, por título legítimo, e não eram devolutas, em vista do art. 3.º, § 2.º, da lei de 1850.

Além da lei expressa, ponderei que, de acordo com ela, era a opinião do consultor geral da República, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagrada em memorável acórdão de redação do ministro Epitácio Pessoa, de 16 de janeiro de 1907, acórdão confirmado pelo de 31 de julho de 1920, por mim redigido e assinado sem discrepância por egrégios ministros, agora divergentes na questão do Banco Evolucionista.

Depois de haver apreciado todas as alegações do Estado de São Paulo, sem exceção de uma só, passei a considerar os votos dos ministros Viveiros de Castro e Ed. Lins, primeiro e segundo revisores, signatários do acórdão de 1920, por eles repudiado, sem explicação alguma, no julgamento desta causa.

Detive-me, em seguida, na apreciação do voto do ministro Heitor de Souza, que só concedia ao banco 12.500 hectares e que passou a constituir o segundo acordão, embora só tivesse obtido a adesão do ministro Soriano de Souza, porque ao voto aludido, para que se pudesse formar a maioria, se juntaram os quatro votos, que reconheciam ao banco o direito a 25.000 hectares, contra os três votos restantes, que lhe não reconheciam direito a coisa alguma.

Não é possível resumir o que disse.

Basta considerar que o voto do ministro Heitor de Souza é jurídico, brilhante, na parte em que considerava que o Banco Evolucionista fora legalmente investido na propriedade dos 25.000 hectares de terras e não perdera essa propriedade pelo acordo de rescisão do contrato em dezembro de 1901.

Demonstrou o acordão que as terras cedidas ao banco já não eram devolutas, quando foi promulgada a Constituição, cujo artigo 64 não podia ser aplicado com efeito retroativo, tendo mesmo citado os acordãos redigidos por Epitácio Pessoa e por mim sobre espécie absolutamente idêntica, segundo acentuou, e que conduziram à conclusão de serem devidos os 25.000 hectares de terras.

Entretanto, o acordão Heitor de Souza, lamentavelmente contraditório, reconheceu ao banco o direito a 12.500 hectares, somente.

Não se compreende como o espírito lúcido do eminente ministro pudesse incorrer em tão grosseira contradição.

A *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 8.º, pág. 132, assinala essa contradição, dizendo:

"O ministro HERMENEGILDO DE BARROS, no seu voto vencido sobre a questão do Banco Evolucionista, publicado na *Gazeta Judiciária* de 21 do corrente, demonstrou a lamentável contradição entre a segunda parte do acordão e a primeira.

Com efeito, diz o douto e arguto ministro, "tendo o acordão consignado que o Banco Evolucionista ficou legalmente investido no domínio dos 25 mil hectares de terras, e não o perdeu pelo contrato de rescisão de 1901, onde, pelo contrário, esse domínio ficou reafirmado, disse, entretanto, na segunda parte, que o banco perdeu o domínio à metade dos 25 mil hectares, em virtude da caducidade da concessão, prevista na cláusula 5.ª do contrato de 14 de outubro de 1890. Ora, pela cláusula 5.ª, combinada com a 4.ª, a concessão ficaria caduca, se o concessionário não tivesse construído o primeiro núcleo dentro do prazo convencionado de três anos, a contar da data do contrato, isto é, se não tivesse construído o núcleo até 14 de outubro de 1893. Por conseguinte, o acordão afirma que o banco tinha o domínio dos 25 mil hectares, em 17 de dezembro de 1901, e afirma, ao mesmo tempo, que o banco perdeu o domínio à metade dos 25 mil hectares, em 14 de outubro de 1893."

Enfim, melhor se julgará do caso pela transcrição do segundo acordão e dos votos a que tenho feito referência:

"Vistos, examinados e discutidos estes autos de apelação cível, do Distrito Federal, em que são embargantes e, reciprocamente, embargados o Estado de São Paulo e Antonio Joaquim Teixeira... (Histórico).

Isto posto:

Considerando que o argumento capital do 1.^o embargante — o de ter o art. 64 da Constituição Federal operado, tácita e instantaneamente, a resilição de todos os contratos anteriores de alienação de terras devolutas, como o de que foi titular originário o engenheiro Ricardo Alfredo Medina e de que é cessionário o Banco Evolucionista, argumento que encerra uma verdadeira prejudicial do litígio, carece de procedência diante das razões que se seguem;

Considerando que, no acórdão embargado, já ficou acentuado que, em face da doutrina e da jurisprudência compendiadas no parecer do consultor geral da República sobre a espécie, "não se pode considerar que a Constituição haja resolvido automaticamente as concessões de terras nas condições daquela de que é titular o Banco Evolucionista, porque, ou essas concessões estavam perfeitas e acabadas e as terras, tendo deixado de ser devolutas, não podiam ser consideradas como tendo passado ao domínio dos Estados em virtude da referida disposição constitucional; ou tais concessões dependiam de condições para a sua efetividade, e só depois que estas deixassem de ser satisfeitas as terras correspondentes se incorporariam ao domínio dos Estados";

Considerando que é, ainda, o mesmo parecer que sustenta, "em qualquer destas hipóteses, não pode ser contestado que os Estados receberam as terras devolutas que a Constituição lhes outorgou nos mesmos termos em que a Nação as possuía, sujeitas aos mesmos onus e condições a que elas estavam subordinadas — e assim os Estados não podiam ter adquirido senão aquilo que a União lhes podia ter transferido — *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*" (Ord. Livr. 4.^a, tit. 37, § 7.^o; alvará de 31 de março de 1772; CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 406, apud citado parecer do consultor geral da República);

Considerando que, consoante esse parecer, insuspeito por emanar do mais graduado e autorizado órgão técnico de consultas jurídicas da União, tem sido a jurisprudência deste Tribunal, não só em relação à alteração no sistema de propriedade das terras devolutas, que se contem no predito inciso constitucional (art. 64), como também no tocante à modificação que, no domínio do subsolo, introduziu o § 17 do art. 72 do nosso magno estatuto político;

Considerando que, entre outras decisões deste Tribunal sobre a matéria, merecem especial destaque os acórdãos unânimes, de 16 de janeiro de 1907, de que foi relator o então ministro Epitácio Pessoa, e de 31 de julho de 1920, de que foi relator o Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS, ambos proferidos sobre espécie absolutamente idêntica;

Considerando que, no primeiro desses acórdãos, proferido na apelação civil n. 1.157, de São Paulo, este Tribunal, conhecendo da alegação feita pela própria União Federal de que o art. 64 da Constituição fez caducar todos os contratos de burgos agrícolas, cujas terras não houvessem sido medidas e pagas até a data da promulgação da mesma Constituição, decidiu: "que o contrato de fls. 17 (concessão de terras devolutas à Companhia Prodina de São Paulo em 21 de outubro de 1890) celebrado competentemente pela União, de acordo com a legislação então em vigor, era ato juridicamente perfeito e acabado ao tempo em que se promulgou a Constituição e nestas condições, representando um direito adquirido para a companhia concessionária, não podia ser atingido e desfeito por lei posterior; acrescentando que as terras, objeto desse contrato, tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que a 24 de fevereiro de 1891 estava em inteiro e incontestado vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850), para o efeito do art. 64 da mesma Constituição;

Considerando que, embora sem título de propriedade sobre as terras em questão e sem a tradição destas em 24 de fevereiro de 1891, quando se tornou vigente a Constituição da República, o concessionário delas, ainda na plenitude do prazo para a sua medição, demarcação e pagamento que só terminaria

a 14 de outubro do mesmo ano, isto é, mais de sete meses, depois de promulgada aquela Constituição, tinha um direito adquirido como o define a lei, conceitua a doutrina e reconhece a jurisprudência;

Considerando que já assim o definia, antes do art. 3.º, § 1.º, da Introdução do Código Civil, o direito anterior a este (Nova Consolidação — art. 21, alínea primeira):

Considerando que argumentar diante da doutrina que a lei nova pode ser aplicada às estipulações de um contrato consumado no regime do direito anterior em homenagem aos direitos adquiridos à sombra daquele, é pretender provar a irretroatividade das leis, no conceito de *Dernburg*, é um postulado de bom senso jurídico esclarecido, que as Constituições e Códigos consagram como preceito fundamental;

Considerando que, na lição dos doutrinadores pátrios, "é indispensável atender que, quando as partes celebram qualquer contrato sob o império de uma lei, deve-se entender que se apropriam dos princípios desta que tais princípios entram como elementos essenciais no contrato de modo que se se quiser substituí-los pelos da lei nova, se irá alterar o contrato em sua essência e substituir o arbítrio despótico do legislador à livre atividade individual na esfera própria desta — o que importa em aniquilar a fé dos contratos". (Ribas, "Direito Civil", pág. 229; Eduardo Espinola, "Sistema de Direito Civil Brasileiro", pág. 152 — *in fine*);

Considerando que não é diversa a lição dos civilistas alienígenas, todos acordos em proclamar que as obrigações são reguladas em sua formação, em seus efeitos e em sua extinção pela lei sob cujo domínio foram constituídas, dependendo a eficácia dos contratos do direito vigente ao tempo de sua conclusão — (Alves Moreira "Direito Civil Português", pág. 74; *Dernburg* — "Pandette", edição ital. — § 43).

Considerando que não aproveita objetar que os direitos do Banco Evolucionista no momento da promulgação da Constituição Federal não eram líquidos e estavam condicionados a fatos ainda não verificados por dependerem de prazos ainda não transcorridos, pois é incontestável que esses direitos, resultantes de estipulações e pactos solenemente firmados, são precisamente os direitos adquiridos que não podiam ser resolvidos pela mesma Constituição;

Considerando que se deve considerar como direito adquirido sob o ponto de vista da não retroatividade das leis, não somente os direitos já aperfeiçoados no momento da promulgação da lei nova, mas ainda os direitos simplesmente eventuais e subordinados a condições ainda não verificadas — (Ribas, obra citada, n. 237; *Pandectes Francenses* — XXVII — 786; *Merlin, Repertoire* — verb. *Effet rétroactif* — *Dalloz* — XXVII — 786; *Merlin, Repertoire* — verb. *Effet rétroactif* — *Dalloz* — Repert. des lois, ns. 202 e 203; *Baudry — Lacantinerie et H. de Fourcade, Droit Civil*, vol. 1.º, n. 159; *Aubry et Rau* — *Droit Civil*, vol. 1.º, § 3.º, nota 5.ª; *Laurent* — *Droit Civil*, vol. 1.º, n. 213);

Considerando que, nem porque se trate de disposição constitucional, nem porque esta se refira à modificação da propriedade, que é matéria de ordem pública, o art. 64, da Constituição Federal, pode ter o efeito retroativo que lhe atribue o 1.º embargante;

Considerando que o asserto de que as leis constitucionais operam instantaneamente, sem o obstáculo do direito adquirido, é verdadeiro, quando se trata de disposição de direito público, propriamente dito — o gozo de direitos por regime político, a lei pudesse co-existir com o antigo;

Considerando que, nas relações de direito privado, a contemplação de direitos adquiridos é um critério supremo e tão exigente que a própria lei constitucional tem de os respeitar;

Considerando que é tão fundamental, quanto profunda a diferença entre as instituições e leis políticas constitutivas e as institutivas, sendo a retroatividade a característica das primeiras, mas inadmissível em relação às segundas;

Considerando que, se isso é uma verdade no terreno da doutrina e nos demais países, entre nós mais se acentua quando se considera que o governo republicano, sempre coerente e iluminado pelos seus princípios, proclamou invariavelmente, quer no regime provisório e preconstitucional, quer na Constituição e depois dela, a inviolabilidade dos direitos adquiridos;

Considerando que, no aviso de 23 de março de 1891, como já fizera nos decretos preliminares da organização republicana, o Governo da República declarou: "Nem se diga que a Constituição, não respeitando as instituições existentes, destruindo para reconstruir, não respeita e não conhece direitos adquiridos. Se a retroatividade se dá quanto ao que intimamente se prende à organização política, quanto ao que é fundamental, relativo às instituições políticas constitutivas, sofre limitação, quanto ao que se refere às leis políticas institutivas, as quais, regulam as instituições orgânicas secundárias. A Constituição vem encontrar cidadãos no exercício e gozo de direitos adquiridos; e, se transforma o sistema, não se poderá dizer forçosamente suprimido por ela o gozo de direitos legitimamente adquiridos e cujo exercício não é incompatível e pode perfeitamente co-existir com as novas instituições";

Considerando que, em fevereiro de 1900, reconhecia ainda o Governo Federal que "um contrato feito por meio de um decreto entre pessoas habéis e com as formalidades legais não pode ser revogado ou rescindido nem mesmo pelo poder constituinte, senão de acordo com as cláusulas preestabelecidas. (Diário Oficial, n. 52, de 23 de fevereiro de 1900);

Considerando que os mesmos princípios e orientação dominam os avisos de 12 de março de 1890; de 16 de abril, 22, 29 e 30 de maio de 1891 e de 23 de março de 1892;

Considerando que Ruy Barbosa, membro do Governo Provisório e o cimo mais elevado da nossa cultura jurídica, desenvolvendo o pensamento daqueles avisos, de que foi provavelmente o autor ou inspirador, afirma em magistral estudo constitucional que a preocupação do direito adquirido pairou sempre acima de todas as mutações legislativas, as mais radicais. (O Direito, vol. 70);

Considerando que este Tribunal já firmou, em mais de um aresto, a incolumidade do direito adquirido em pacto de natureza patrimonial, mesmo diante de leis constitucionais, e no memorável caso do Banco Hipotecário do Brasil decidiu "que, tratando-se de um contrato já realizado ao tempo em que se promulgou a Constituição Federal, de um direito já adquirido em pacto de natureza patrimonial, sem nenhum caráter institucional ou político, não pode ter o efeito de anulá-lo qualquer preceito desse magno estatuto político (Direito, vol. 107, pág. 50);

Considerando que não colhe, por igual, o argumento de que, tratando-se de modificação no sistema da propriedade, imediata é a aplicação do novo dispositivo legal, pois, se é certo que as leis que modificam o conteúdo do direito de propriedade se aplicam imediatamente às relações que surgirem, não menos exato é que tais leis não têm efeito derogatório sobre as relações jurídicas que se hajam definitivamente constituído no império da lei revogada;

Considerando que ter aplicação imediata não é retroagir aos atos perfeitos e completos no domínio de uma lei anterior, que presidiu à formação de tais atos, os quais firmaram direitos definitivos e adquiridos a respeito dos quais não se aplicam as leis novas, seja quando elas veem definir quais são as coisas suscetíveis de tais direitos, seja porque restrinjam o seu conteúdo, seja porque determinem a maneira de adquirir esses direitos — Chironi e Abello — Diritto Civile — vol. 1.º — pág. 91; Baudry Lacantinerie et H. Fourcade — obra citada — pág. 123. Popovilev — Droit Civil Transitoire na Revue Trimestrielle de Droit Civil — de 1908, pág. 461);

Considerando que a Constituição Federal criou, no tocante à propriedade das terras devolutas, "direito novo", aplicável às instituições futuras, aos fatos ocorridos após a sua promulgação e não pode ser aplicável à contração de um princípio (a irretroatividade das leis) que ela própria inscreveu num dos seus lineamentos capitais;

Considerando que os autores mais radicais na matéria de retroatividade das leis sobre a propriedade, e o próprio Gabba de que tanto se valeu neste ponto o 1.º embargante, não perdem de vista o critério dos direitos adquiridos, sustentando aquele egregio mestre que "no proceder a inovação no regime da propriedade o legislador deve respeitar, quanto possível, os direitos adquiridos. (Retroattività delle leggi — vol. 3.º, n. 51);

Considerando que, na nossa própria história legislativa e no que concerne à organização da propriedade, há exemplos de respeito aos direitos adquiridos, entre os quais o que é fornecido pela lei de 1835, que, abolindo os morgados, respeitou a propriedade vinculada pelos antigos até que se extinguissem de todo — (Consolidação das Leis, art. 73, e leis citadas na sua nota);

Considerando que, como elucida Reinaldo Porchat — "admitindo-se mesmo que se trate de uma lei de ordem pública, o que convém ao aplicador de uma nova lei dessa natureza ou de direito público é verificar se nas relações jurídicas já existentes há ou não há direitos adquiridos, porque no caso afirmativo a lei não deve retroagir pois a simples invocação do motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público. (Retroatividade — pag. 57);

Considerando que é assim indubitável que o preceito do art. 64 da Constituição Federal não resolveu ou infirmou o contrato de 14 de outubro de 1890, o qual conferia ao Banco Evolucionista direitos adquiridos às terras que eram objeto da respectiva concessão desde que satisfeitas fossem as suas contra-prestações;

Considerando que a medição e demarcação da área de 25 mil hectares foi feita no prazo, avençado, de um ano, tendo os respectivos trabalhos sido julgados bons e perfeitos em decisão de 12 de outubro de 1891, do juiz comissário que os presidiu na forma do decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, (at document. tos de fls. 142 e 506);

Considerando que essa sentença transitou em julgado na ausência de recursos para o presidente do Estado de São Paulo e deste para o Governo da União, como permitiam os arts. 47 e 52 do referido decreto n. 1.318, de 1854;

Considerando que o pagamento do preço só foi efetuado em janeiro de 1892, porque só a 29 de dezembro de 1891 o ministro da Agricultura da União, aprovando os trabalhos da medição e demarcação daquela área de terras, expediu o aviso n. 48, ao presidente de São Paulo, mandando recolher à Tesouraria Federal a importância da venda, e expediu o respectivo título de propriedade;

Considerando que não pode ser imputada ao adquirente das terras a demora desse pagamento, a qual, como está provado nos autos, resultou de dúvidas suscitadas em parecer da Secretaria de Estado e de reclamações da Intendência Municipal da capital e de ocupantes da área medida e demarcada, que ocasionaram a hesitação do governo paulista no atender nos termos do citado aviso e à remessa do processo respectivo ao ministro da Agricultura, que julgou improcedentes umas e outras, nos termos do parecer do inspetor de Terras e Colonização;

Considerando que, logo depois de solucionadas as referidas dúvidas que alcançavam também o lugar onde devia ser feito o pagamento do preço das terras, pois o inspetor geral de Terras e Colonização opinava pelo Tesouro do Estado e o ministro da Agricultura designava no sobredito aviso n. 48, a Te-

souraria Federal, o Banco Evolucionista realizou nesta última repartição o pagamento de 25:825\$0, correspondentes à área de 250 milhões de metros quadrados ou 25 mil hectares;

Considerando que a expedição do título de propriedade pelo Dr. Bernardino de Campos, então presidente do Estado de São Paulo, foi feita de harmonia com o art. 51 — Parte final, do já citado decreto n. 1.318, de 1854;

Considerando que é assim fora de dúvida que o Banco Evolucionista, concessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, investiu-se legalmente no domínio de 25 mil hectares de terras a que se refere o contrato de 14 de outubro de 1890;

Considerando que não perdeu o mesmo banco esse domínio pelo acordo de rescisão, levado a efeito em 17 de dezembro de 1901, porque, como já salientou o acordado embargado, nesse acordo ficou ressalvado e expressamente reconhecido o direito daquele e dos demais concessionários de burgos agrícolas aos terrenos de que já tivessem títulos de propriedade, expedidos pelos presidentes ou governadores dos respectivos Estados;

Considerando que o título de propriedade do Banco Evolucionista, expedido pelo Estado de São Paulo, passou a ser o instrumento exclusivo do contrato entre aquele concessionário e o poder concedente;

Considerando, no tocante aos embargos do 2.º embargante — Antonio Joaquim Teixeira, — que se por tal motivo — a rescisão de 1901, não perdeu o banco a propriedade das terras, de que já tinha título expedido pelo presidente do Estado de São Paulo, não há como negar eficazmente que ele as teria perdido na sua totalidade se não fora a cláusula 5.ª, do contrato de 14 de outubro de 1890;

Considerando que a concessão de terras, que foi objeto do mesmo contrato, não é pura e simples, mas subordinada à condição essencial, contida na cláusula 3.ª, de serem fundados, nos territórios concedidos, núcleos agrícolas, divididos em lotes de quinze hectares, para o estabelecimento de quinhentas famílias de trabalhadores agrícolas, com a construção de edifícios para farmácia, enfermaria e escolas para ambos os sexos, tudo de acordo com o decreto número 528, de 28 de junho de 1890, que autorizou a concessão;

Considerando que a rescisão de 1901 não podia ter libertado o Banco Evolucionista de tais obrigações sem a intervenção e consentimento do Estado de São Paulo, que ex-vi do art. 64, da Constituição, se teria tornado o dono das terras concedidas ao mesmo banco e por este perdidas em virtude da caducidade da concessão, prevista e imposta no primeiro membro da cláusula 5.ª, para o caso de inadimplemento dessas obrigações;

Considerando que estando excedidos, há muito e de muito, como resulta de provas existentes nos autos e o reconhece o próprio 2.º embargante, os prazos a que se refere a cláusula 4.ª — segunda e terceira partes — do respectivo contrato, não é possível dissimular a inexecução contratual do Banco Evolucionista;

Considerando que, mesmo que se considere plenamente provada a alegação do 2.º embargante, de ter aquele banco colonizado o território do primeiro núcleo, instalando ali cento e cinco famílias, constituídas de quatrocentos e cinquenta e uma pessoas, das quais duzentas e oitenta e uma aptas para o trabalho, sendo maiores e de outra natureza as obrigações em que se constituiu, aquele concessionário não alegou, sequer, e menos ainda provou, que as tivesse adimplido;

Considerando que ocorreu, dest'arte, a inexecução quase completa das referidas obrigações e não foi construído no prazo contratual prefixado o primeiro núcleo para o qual foram vendidos ao concessionário os 25 mil hectares em que aquele devia ser localizado;

Considerando que, prevendo essa inexecução, e declarando por isso sem efeito a concessão constante do contrato de 14 de outubro de 1890, a cláusula 5.^a deste, estatuiu que, mesmo nessa hipótese, o concessionário perderia o direito apenas à metade das terras adquiridas para o dito primeiro núcleo não construído;

Considerando que essa estipulação, de transparente clareza, não comporta inteligência diversa da que lhe deu o acordão embargado;

Considerando que se só para o primeiro núcleo foi conferida ao concessionário a propriedade do primeiro território a ele exclusivamente destinado e se não foi ele construído nos prazos pactuados, é impossível cerrar os olhos à evidência que resulta da aludida cláusula 5.^a, onde se reconhece o direito do concessionário inadimplente à metade desse território;

Considerando que, se essa cláusula envolve prêmio à culpa do concessionário, ou encerra uma liberalidade injustificável, não pode o juiz recusar-lhe validade e execução, porque foi avençada com plena capacidade dos contratantes e não ofende lei proibitiva — (Código Civil, art. 115);

Considerando que as terras adquiridas pelo Estado de São Paulo, por desapropriação movida contra o Dr. João Baptista de Oliveira Pentead, são inquestionavelmente do domínio e posse do mesmo 1.^o embargante;

Considerando que o desapropriado as houve de adjudicação judicial em executivo hipotecário movido contra o Dr. Benedicto Estellita Alvares e sua mulher, que por seu turno as herdaram de seu pai e sogro Thomaz Luiz Alvares, titular do domínio delas, por ter feito inscrever no Registro de Terras em 22 de setembro de 1854 a respectiva posse;

Considerando que são também do incontestável domínio do 1.^o embargante as terras por este compradas a João Francisco de Moura e Dr. Ernesto Moura, os quais as obtiveram, *pro empto*, da Junta Governativa do Estado de São Paulo, em 5 e 6 de dezembro de 1889 — respectivamente, conforme os títulos de propriedade a fls. 66 e 67 — o primeiro relativo aos lotes 65 e 74 e o segundo aos lotes 64 e 75;

Considerando que essas alienações realizadas por essa Junta Governativa estavam autorizadas pelo art. 2.^o, § 11, do decreto n. 7, de 20 de novembro de 1889;

Considerando que não está provado nos autos, nem por enunciação daqueles títulos, nem por outra qualquer forma, que não tivessem essas alienações sido precedidas de hasta pública, não se podendo concluir, na ausência dessa prova, pela invalidade delas, nem sendo crível que tivessem descumprido a exigência daquela lei os Drs. Prudente de Moraes e Rangel Pestana, fundadores do regime e homens de notória inteireza e prudência;

Considerando que as terras assim adquiridas pelo Estado de São Paulo, por desapropriação e por compra, não podiam estar compreendidas na área concedida ao antecessor do Banco Evolucionista por constituírem objeto de direito de terceiros ou de concessões anteriormente feitas que não podiam ser abrangidos pelo contrato de 14 de outubro de 1890 e que este mesmo ressalvou expressamente na última alínea da sua cláusula primeira;

ACORDAM, em Supremo Tribunal Federal, desprezar não só os embargos do primeiro embargante, Estado de São Paulo, como também os do segundo embargante, Antonio Joaquim Teixeira, e manter, por seus fundamentos, o acordão de fls. 1.628, que julgou provados os embargos de terceiro senhor e possuidor do Estado de São Paulo quanto à metade da área de 25 mil hectares constante do título de propriedade expedido em favor do Banco Evolucionista (fls. 110 e 309), e quanto às terras que o mesmo Estado adquiriu por desapropriação e compra constantes dos títulos de

fls. 7 e 58, e que confirmou a sentença apelada e a penhora quanto aos demais bens do executado, Banco Evolucionista.

Custas em proporção.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 1928.

Godofredo Cunha, presidente.

Heitor de Souza, relator designado.

Soriano de Souza.

F. Whitaker — (Rejeitou os embargos do exequente e recebeu os do Estado de São Paulo, porque o banco não tinha título legal de propriedade e não podia, portanto, ter dado em hipoteca as terras, que pertenciam e pertencem ao mesmo Estado, por força do art. 64 da Constituição; as terras são devolutas e só deixariam de o ser depois que passassem para o domínio particular; o pagamento das terras só se realizou depois de decorrido o prazo de um ano; o título de domínio, expedido a 14 de outubro de 1892, foi assinado pelo presidente do Estado, com exorbitância de suas atribuições; o acordo de 17 de dezembro de 1901 não tem valor, porque, não sendo as terras da União, mas do Estado, não podia aquela transigir com o que não lhe pertencia, além de que o acordo era referente a contratos não caducos e o de que se trata tinha incorrido em caducidade).

HERMENEGILDO DE BARROS, vencido, em parte, nos termos do voto seguinte:

"O acordão de fls. 1.628 foi embargado por ambas as partes: pelo Estado de São Paulo, em primeiro lugar, e pelo exequente, em segundo.

Serão apreciadas, precipuamente, as alegações do 1.º embargante, nenhuma das quais deixará de ser cuidadosamente examinada.

Alegou o embargante (2.º, 4.º, 5.º e 6.º *provará* dos embargos) que é nulo o título de propriedade expedido ao Banco Evolucionista pelo presidente do Estado de São Paulo, em 14 de outubro de 1892, porque aquele presidente não tinha competência para, em nome do Estado, dispor, por concessão ou venda, de terras de propriedade do mesmo Estado.

E cita a Constituição e leis do Estado para demonstrar que elas conferem ao Congresso a atribuição de legislar sobre terras devolutas e minas do domínio do Estado, mas não conferem ao presidente do Estado a atribuição de conceder ou vender essas terras, mesmo porque a primeira lei promulgada sobre o assunto, em 22 de junho de 1895, assim como as que se lhe seguiram, são posteriores à expedição do título, em 1892.

São impertinentes as citações, porque as terras, de que se trata, não foram concedidas pelo Estado de São Paulo, mas pelo *Governo da União*, como se acha expressamente declarado no próprio título de propriedade, que o presidente do Estado, como mandatário da União, apenas assinou, porque assim o determinava o art. 51, parte final, do decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, expedido para execução da lei n. 601 de 18 de setembro de 1850.

Pela mesma razão, carece de procedência a alegação (11.º e 12.º *provará*) de que as leis do Estado, n. 223, de 22 de junho de 1895 e seguintes, não confirmaram o Banco Evolucionista na propriedade das referidas terras, nem foi solicitado ou expedido algum ato do governo do Estado que as legitimasse ou revalidasse, nem inscrito título algum do banco no Registro Público de Terras, criado por aquelas leis.

Carece de procedência a alegação, porque se a investidura do banco na propriedade das terras dependesse de confirmação do Governo do Estado de São Paulo, essa formalidade estaria preenchida, desde que ao Estado de São Paulo, segundo foi por ele próprio alegado, "convindo a colonização das terras questionadas, que já lhe pertenciam, aprouve confirmar, revalidar ou

ratificar, por tal motivo, a concessão de 1890, do governo da União", conforme acentuou o acordão embargado.

A verdade, porém, é que o governo do Estado de São Paulo não tinha de confirmar coisa alguma.

As suas leis, posteriores, aliás, à expedição do título de propriedade, não deram, nem podiam dar atribuição ao Congresso para legislar sobre terras, que não eram do Estado, nem foram concedidas pelo Governo do Estado, mas pelo Governo da União, na qualidade de proprietário das mesmas terras.

Concedendo-as, o Governo da União praticou ato de sua exclusiva competência, que não ficou dependendo de aprovação de ninguém, e menos ainda de legitimação ou revalidação, por se não tratar de terras sujeitas a essa formalidade, nos termos dos arts. 22 e 23 do decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Dispõem esses artigos, com fundamento no art. 3.º, § 2.º, da lei número 601, de 18 de setembro de 1850, que não são terras devolutas as que se acharem no domínio particular, por qualquer título legítimo; que os possuidores dessas terras, bem como os que as houverem obtido por sesmarias e outras concessões não incursas em comisso, não tem necessidade de revalidação nem de legitimação, nem de novos títulos, para poderem gozar, hipotecar ou alienar os terrenos que se acham no seu domínio.

Acresce que estão expressamente isentas de revalidação as terras concedidas a companhias para estabelecimento de colônias, e que forem medidas e demarcadas dentro dos prazos da concessão, segundo determina o art. 27, parte final do citado decreto de 1854.

Neste sentido foram até expedidos dois avisos pelo Ministério da Fazenda: um, de 22 de novembro de 1899; outro, de 30 de dezembro do mesmo ano, mandando oficial à Delegacia Fiscal, em São Paulo, para que sustasse o processo de legitimação de terras, concedidas ao Banco Evolucionista, por se achar em vigor a concessão feita ao mesmo banco em 1890 (fls. 921 e 1.156 v.).

A concessão das terras não ficou também dependendo de inscrição no Registro de Terras do Estado de São Paulo, porque esse Registro foi criado, dez anos depois, por lei do mesmo Estado, tendo sido instalado em 1.º de outubro de 1900, para nele se fazer o registro das terras a que se referem as leis e regulamentos do referido Estado.

O único registro necessário seria o criado pelo decreto do Governo provisório n. 370, de 2 de maio de 1890, e este registro se fez, três dias depois do título de 14 de outubro de 1892, isto é, a 17 do mesmo mês e ano, sob o número de ordem 9.095, à pág. 97, do livro 3 K do Registro Geral de Hipotecas (fls. 918).

Alega, em segundo lugar, o Estado de São Paulo que, pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891, art. 64, passaram ao domínio dos Estados as terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, e assim não podia a União vender ou conceder terras, que deixaram de lhe pertencer desde aquela data em diante; que não é procedente a alegação de que as terras já não eram devolutas em 24 de fevereiro de 1891, pela razão de terem sido concedidas anteriormente, visto como a efetividade da concessão, dependia da aquisição das terras, que se operava pela respectiva medição e pagamento do preço no prazo de um ano, o qual não foi observado, de modo que, até a data da promulgação da Constituição, as terras não haviam passado para o domínio do concessionário, mas para o domínio do Estado, e assim o título de propriedade foi expedido, quando a concessão já estava caduca (3.º e 7.º provarás).

O 1.º embargante confessa, agora, talvez inadvertidamente, que as terras foram concedidas pelo Governo da União, quando pouco antes havia sustentado que a concessão se fizera pelo Governo do Estado de São Paulo, sem ter competência para isso.

De parte este incidente, não procede também a segunda alegação do Estado.

As terras foram concedidas em 14 de outubro de 1890, antes da promulgação da Constituição, quando eram ainda devolutas e de propriedade da União.

Essas terras, de acordo com a cláusula 4.^a do contrato, deveriam ser adquiridas pelo concessionário, dentro do prazo de um ano, contado da data do contrato, consistindo a aquisição das terras no fato de sua medição e demarcação no referido prazo. Ora, em 24 de fevereiro de 1891, não estava decorrido o prazo de um ano, mas tão somente o de quatro meses e dez dias.

Logo, o concessionário tinha o direito de adquirir as terras no prazo convencionado, que só terminaria em 14 de outubro de 1891, pouco importando que, antes desse prazo, fosse promulgada a Constituição, que transferiu para os Estados as terras devolutas, uma vez que a Constituição não podia deixar de garantir direitos adquiridos, em virtude de contrato celebrado no domínio da lei anterior.

A este respeito é de evidência dominadora o acordão, de que foi relatado o Sr. ministro Epitácio Pessoa, a propósito do contrato perfeitamente idêntico, celebrado entre a União e a Companhia Predial de São Paulo, sete dias depois do contrato celebrado entre a União e Ricardo Medina.

Quando a União alegava, como alega agora o Estado de São Paulo, que "o art. 64 da Constituição fez caducar todos os contratos de burgos agrícolas, cujas terras não houvessem sido medidas e pagas até a data da promulgação da Constituição", o Supremo Tribunal Federal lhe respondeu, no acordão redigido pelo ministro Epitácio Pessoa, que "o contrato celebrado competentemente pela União, de acordo com a legislação então vigente, era um ato juridicamente perfeito e acabado, no tempo em que se promulgou a Constituição, e, nestas condições, representando um direito adquirido para a companhia concessionária, não podia ser atingido e desfeito por lei posterior, acrescendo que as terras, objeto do contrato, tendo sido cedidas pelo Governo federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que, a 24 de fevereiro de 1891, estava em inteiro e incontestável vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.º, § 2.º) para o efeito do artigo 64 da Constituição".

Observou-se, há pouco, que as terras, de que se trata, não estavam sujeitas à legitimação e revalidação, porque já não eram devolutas, desde que haviam passado ao domínio particular, em vista do art. 3.º, § 2.º, da lei de 1850, em o qual se fundaram os arts. 22 e 23 do reg. de 1854.

E' o que se confirma no acordão aludido, de 16 de janeiro de 1907, igualmente irretorquível na inteligência ao art. 64 da Constituição.

Este acordão, unânime, foi confirmado, unanimemente, pelo de 31 de julho de 1920, o contra ele o 1.º embargante não articulou a mais ligeira objecção.

Alega o 1.º embargante que a efetividade da concessão dependia da aquisição das terras, no prazo de um ano, o que se não verificou, porque só em junho de 1891, "isto é, seis meses depois da concessão", o banco promoveu a medição e demarcação das terras, e só em janeiro de 1892 entrou com o preço dessas terras para os cofres públicos, como se vê da certidão a fls. 932 (8.º provará).

Para inteira observância da cláusula do contrato, era indiferente que a medição fosse iniciada logo após a concessão, ou seis meses depois desta. O essencial era que a medição se concluísse até 14 de outubro de 1891, isto é, no prazo de um ano, contado da data da concessão, feita em 14 de outubro de 1890.

Ora, está provado — e o próprio embargante o reconhece na sustentação dos seus embargos — que os trabalhos da medição foram encerrados e julgados por sentença de 12 de outubro de 1891, rigorosamente, portanto, dentro do prazo contratual.

Acrescenta, porém, que a sentença não era definitiva, porque estava sujeita a recurso, e que, além disso, o banco só recolheu aos cofres públicos a importância das terras em janeiro de 1892, conforme o documento de fls. 932, e não dentro do prazo do contrato, como declarou o relator em várias passagens do seu voto.

Antes de tudo, convém assinalar que o contrato não exigia que o preço das terras fosse pago no prazo de um ano, mas tão somente que as terras fossem adquiridas, pelo fato da respectiva medição e demarcação, dentro do referido prazo.

E' o que consta da cláusula 4.^a do contrato, que diz: "Dentro do prazo de um ano, contado da presente data, o concessionário deverá ter feito a aquisição do território preciso para a formação do 1.^o núcleo".

A cláusula 2.^a é que, sem aludir a prazo, exige o pagamento do preço, para o fim de serem entregues as terras ao concessionário.

Estas duas cláusulas, que são distintas, estão de harmonia com o art. 40 do decreto n. 528, de 28 de junho de 1890, o qual, estabelecendo o prazo máximo de um ano para a medição das terras — o que constitui a aquisição das mesmas terras — e mandando recolher o preço delas, à razão de 18033 por hectare, acrescenta que, "somente depois de preenchida esta formalidade (isto é, a formalidade do pagamento do preço, porque o artigo não diz — estas formalidades) poderá o concessionário entrar no gozo dos demais favores".

Esta inteligência do contrato e do decreto n. 528 já estava consagrada no art. 27 do decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, isentando de reavaliação as terras concedidas para estabelecimento de colônias, "as que forem medidas e demarcadas dentro dos prazos da concessão", sem ter exigido o pagamento do preço dentro dos mesmos prazos.

Nem os juizes do acordão embargado, vencedores ou vencidos, nem o acordão n. 1.157, de 16 de janeiro de 1907, aludiram uma só vez à necessidade do pagamento do preço das terras no prazo de um ano, contado da data do contrato.

O que se vê, ao contrário, em várias passagens do referido acordão, é que estão destacadas as duas cláusulas do contrato: uma, referente à entrega das terras, depois do pagamento do preço; outra, referente à aquisição das terras, depois da respectiva medição, no prazo de um ano.

De modo que ficou perfeitamente discriminado no acordão que o território só poderia ser adquirido, depois de medido e demarcado, no prazo de um ano, e só poderia ser entregue, depois que, já medido e demarcado, fosse pago o preço.

Nem seria possível a exigência, ao mesmo tempo, da medição e do pagamento do preço no prazo de um ano, porque se a observância do prazo para a medição dependia apenas do concessionário, a do prazo para o recolhimento do preço não dependia dele, mas de circunstâncias estranhas à sua vontade.

Assim, tendo sido concluída a medição no prazo de um ano, tanto que, dentro desse prazo, foi ela julgada por sentença de 12 de outubro de 1891 — dois dias antes da extinção do prazo — estava a mesma sentença, conforme observou o próprio embargante, sujeita a recurso, que poderia ser interposto, o que determinaria o não pagamento do preço no prazo de um ano, sem que, para isso, tivesse concorrido o concessionário.

Ainda mais. O preço não podia ser pago, sem que a medição fosse aprovada e sem que se expedisse guia para que o concessionário o recolhesse ao Tesouro da União.

Ora, a medição foi aprovada, depois da sentença, que a homologou em 12 de outubro de 1891, e só com o aviso n. 48, de 29 de dezembro do mesmo

ano, o ministro da Agricultura remeteu ao presidente de São Paulo as plantas e documentos relativos à medição, para que ele, na conformidade do parecer da Inspetoria Geral das Terras e Colonização, mandasse expedir ao concessionário o título de propriedade, "depois de reduzida a 25 mil hectares a área da concessão e recolhida à *Tesouraria Federal* (não ao Tesouro do Estado, como propõe a Inspetoria) a importância da venda das terras".

Confirmando o aviso n. 48, de 29 de dezembro de 1891, o ministro expediu um outro, baseado no parecer da Inspetoria, de 8 de março de 1892, que assim conclui:

"Do exposto resulta que se trata de uma questão resolvida, visto que, não só já o Governo Federal aprovou a medição e mandou expedir o competente título, como também o adquirente já entrou para os cofres federais com a importância devida, pelas terras, à vista da *guia* expedida pela ex-delegacia desta repartição naquele Estado, repartição aquela que nada teve que objetar sobre a expedição do respectivo título e consequente entrega das terras medidas. Assim, sou de parecer que devem os presentes papéis ser devolvidos ao presidente daquele Estado para que dê cumprimento às ordens desse Ministério, constante do aviso n. 48, de 29 de dezembro do ano p. findo, expedindo o título em nome do Banco Evolucionista, cessionário do aludido contrato..."

Aí está, portanto, mais uma prova de que o próprio Governo Federal considerava que o preço das terras não podia ser pago no prazo de um ano, contado da data do contrato, porque isso não dependia do concessionário, mas da aprovação da medição e da *guia* para o recolhimento da importância ao Tesouro, não do Estado, porque as terras não eram deste, mas ao Tesouro Federal, por serem as terras de propriedade da União.

E' certo que, em várias passagens de seu voto, o relator declarou que o banco medira as terras dentro do prazo de um ano convencionado no contrato — o que expressamente se reconhece — e que pagara também o preço dessas terras dentro do referido prazo — o que é agora objeto de contestação.

Alem de não ter alcance a declaração, à vista do que acaba de ser exposto, ela resultava, entretanto, do próprio título de propriedade, no qual se consignou que "tendo o Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Ricardo Alfredo Medina, contratado com o Governo da União a fundação de burgos agrícolas, em terras devolutas sitas neste Estado, das quais *mediu e pagou na Tesouraria Federal* uma área contendo 250.000.000 de metros quadrados, no Município da Capital, à razão de 18033 réis por hectare, conforme o contrato, e *achando-se quite com a Fazenda da União da quantia de 25:8255000*, fica o mencionado Banco Evolucionista investido do direito de propriedade das referidas terras..."

Portanto, a certeza ou, pelo menos, a presunção resultante do título de propriedade é que mesmo o preço das terras foi recolhido, aos cofres públicos no prazo de um ano, e nos autos não há prova que contrarie essa presunção.

O que há é tão somente o documento de fls. 932, com o qual o embargante não pode argumentar, porque esse documento, aliás favorável ao banco, é o aviso de 5 de setembro de 1892, pelo qual o ministro ordenou que fossem excluídas das medições efetuadas pela Companhia Predial de São Paulo as áreas reclamadas pelo banco, por serem de propriedade deste.

E o aviso acrescenta que o banco se achava na posse legal das terras, cujo título de propriedade o signatário do aviso já tinha mandado expedir, depois, diz ele, de examinados e julgados bons os trabalhos da medição e de haver o banco entrado para os cofres públicos, desde janeiro de 1892, com a importância correspondente ao valor do território medido, de acordo com o preço contratado.

Não há, portanto, uma prova de que o pagamento do preço se efetuara em janeiro de 1892, mas simples alusão feita a essa data pelo ministro, que,

entretanto, reconheceu, de modo solene, o direito do banco, pelo fato mesmo desse pagamento, ao qual se referiu expressamente.

Em tais condições, a citação desse aviso, pelo Estado de São Paulo, não pode deixar de ser considerada contraproducente, tanto mais quanto não houve por parte do banco qualquer demora ou negligência, visto como, tendo o ministro mandado recolher o preço das terras pelo citado aviso n.º 48, de 29 de dezembro de 1891, foi o preço recolhido ao Tesouro, imediatamente depois, isto é, em janeiro de 1892, sem embargo do tempo, que se devia ter gasto na transmissão do aviso do Rio de Janeiro a São Paulo e na extração da guia para o recolhimento da importância.

Ainda, porém, que o contrato exigisse o pagamento do preço das terras no prazo de um ano, contado da data do mesmo contrato, independentemente da aprovação da medição ou do fornecimento da guia, e ainda que fosse possível imputar ao banco alguma pequena demora, que porventura tivesse havido de sua parte, a verdade, em última análise, é que a União recebeu a importância das terras em janeiro de 1892, segundo declaração do ministro.

Em 8 de março do mesmo ano, ele fazia alusão a esse recebimento, efetuado de acordo com a guia, e reiterava a recomendação feita em 29 de dezembro do ano anterior, para que fosse expedido ao banco o título de propriedade com a consequente entrega das terras vendidas.

Em 6 de setembro do mesmo ano de 1892, a União ainda aludia ao pagamento do preço das terras em janeiro de 1892, como razão decisiva para reconhecer ao banco o direito a essas terras, ponderando que já tinha mandado expedir-lhe o título de propriedade das mesmas terras, em cuja posse, dizia a União, ele se achava legalmente.

Por fim, em 14 de outubro de 1892, foi assinado pelo presidente do Estado de São Paulo o título de propriedade, do qual se faz constar que as terras foram medidas e a respectiva importância paga, de acordo com o preço fixado no contrato.

E', portanto, um fato incontestável, e até hoje não contestado absolutamente por ninguém, o de haver sido o banco investido na propriedade das terras.

A este respeito, diz muito bem o acordão embargado que não tem alcance prático, nem influe para a decisão do litígio a alegação do Estado de São Paulo de não estarem ainda verificadas, nem medidas, nem demarcadas, nem pagas as terras, ao tempo da promulgação da Constituição, para daí deduzir o seu domínio sobre as mesmas terras.

E não tem procedência a alegação, porque, diz o acordão embargado "o próprio Estado de São Paulo, para cumprir mandato do Governo da União, como quer o apelado e fazem certo o art. 51 do decreto de 1854 e o aviso de 29 de dezembro de 1891, do ministro da Agricultura, ou *ex-auctoritate propria* e para revalidar a concessão do Governo Provisório, como quer o apelante, reconheceu a existência das mesmas terras, a propriedade do banco sobre elas e expediu em favor deste o título de domínio de 14 de outubro de 1892.

Mais adiante, ainda o acordão embargado considera "que é um fato insuscetível de contestação a investitura do Banco Evolucionista na propriedade dos 25.000 hectares que mediu, demarcou e pagou..."

O 1.º embargante ainda objeta que o título de propriedade das terras não podia ser expedido em 14 de outubro de 1892, porque a concessão dessas terras já tinha ficado caduca, por não as ter adquirido o concessionário, dentro do prazo de um ano.

Esta alegação de não ter o concessionário adquirido as terras no prazo de um ano é manifestamente contrária à evidência, como se verá de ligeira repetição do que já ficou exposto.

O contrato é de 14 de outubro de 1890.

A aquisição das terras consistiria na respectiva medição e demarcação, dentro do prazo de um ano, a contar da data do contrato.

As terras foram medidas e demarcadas antes desse prazo, tanto que, a 12 de outubro de 1891, foi proferida a sentença, homologando os trabalhos de medição e demarcação.

Logo, o concessionário adquiriu as terras no prazo de um ano.

Admitindo-se, porém, que o contrário se tivesse verificado, daí não resultaria a caducidade da concessão.

O 1.º embargante sustenta, entretanto, que a sanção de caducidade está prevista na cláusula 3.ª do contrato, onde se estabelece que se, nos prazos estipulados, **NÃO TIVEREM SIDO CONSTRUIDOS OS NÚCLEOS**, ficará sem efeito a concessão.

Esses prazos, diz o embargante na sustentação de seus embargos, são os dois estabelecidos na cláusula 4.ª do contrato, isto é, o de um ano, para a aquisição das terras, e o de dois anos seguintes para a constituição dos núcleos, pois, não há outros no contrato, antes e depois da cláusula 3.ª.

O embargante está manifestamente equivocado.

Na cláusula 4.ª do contrato estão mencionados, não somente dois, mas três prazos: o de um ano, contado da data do contrato, para a aquisição das terras; o de dois anos seguintes, ou três anos, para a construção definitiva do 1.º núcleo; o de dois anos seguintes a estes, ou cinco anos, para a conclusão do 2.º núcleo.

E' o que se acha expressa e claramente estabelecido na cláusula 5.ª: "Se, nos prazos estipulados, diz ela, *não tiverem sido construídos os núcleos*, ficará sem efeito a concessão".

Só para a não construção dos núcleos, portanto, é que ficou pactuada a caducidade.

Para a não aquisição das terras no prazo de um ano, não foi estabelecida essa pena, nem há sanção alguma no contrato.

A única que poderia resultar da falta de aquisição das terras no prazo mencionado, se, porventura, tal falta tivesse ocorrido, seria a da não expedição do título de propriedade. Mas o título foi expedido, sem ter sido até hoje invalidado por qualquer sentença, mesmo porque a sua validade não foi contestada em tempo algum, embora já decorridos trinta e cinco anos de existência do mesmo título no Registo Público da situação do imóvel.

Ao contrário, decisões administrativas e judiciais é que tem sido proferidas, julgando o título válido, como dos autos está provado, sem possibilidade de contestação.

Estivesse, entretanto, prevista no contrato a pena de caducidade, para o caso de não ter o concessionário adquirido no prazo de um ano as terras precisas para a formação do 1.º núcleo, essa caducidade não resultaria do próprio fato de não aquisição das terras, sem necessidade de qualquer interposição, porque neste sentido nada foi convencionado entre as partes.

A caducidade dependeria de declaração ou decretação pelo poder competente, segundo resulta do próprio contrato, em cuja cláusula 10 se dá competência ao Governo para resolver as questões que se suscitarem na execução dele.

E por assim o haver entendido, o Governo Federal declarou caduca a concessão, que havia feito à Companhia Prodral de São Paulo, que lhe não contestou a competência para o ato e antes se conformou com a declaração de caducidade.

O próprio embargante não pensa de modo diferente, porque foi ele mesmo quem ofereceu a legislação do Estado de São Paulo, em virtude da qual a caducidade depende de declaração pelo poder competente.

Assim, a lei paulista, n. 323, de 22 de junho de 1895, considera terras devolutas, conforme o art. 2.º, § 4.º, as concedidas "para estabelecimento de burgos agrícolas ou para outro fim, quando incursas em comisso", ou "*quando declaradas caducas ou incursas em comisso*", segundo esclarece o art. 2.º, § 9.º do decreto n. 734, de 5 de janeiro de 1900, expedido para execução da referida lei.

Do modo que, de acordo com a legislação do próprio Estado de São Paulo, a caducidade deve ser declarada, sendo a este respeito ainda mais expressivo o art. 27 da citada lei n. 323, quando dispõe: "O Governo promoverá desde já, de acordo com o federal, a revisão de todas as concessões de terras feitas pelo Governo da União, para o fim de serem declaradas pelo poder competente, imediata ou oportunamente, caducas todas aquelas cujas cláusulas ou algumas delas não tiverem sido cumpridas pelo concessionário, nos termos do contrato ou ato respectivo".

Ai está, portanto, a própria lei do Estado de São Paulo, resolvendo contra ele as questões que suscitou, já no tocante à competência, que era da União, para a concessão dessas terras, já quanto à necessidade de ser promovida e declarada a caducidade delas pelo poder competente, que é também o Governo da União.

Ora, o Estado de São Paulo nunca promoveu nem o Governo da União jamais declarou, a requerimento de alguém ou *ex-officio*, a caducidade da concessão feita ao Banco Evolucionista, tendo o mesmo Governo da União declarado, ao contrário e por várias vezes, que essa concessão se achava em pleno vigor, o que equivale a uma prorrogação do prazo do contrato, não para a aquisição das terras, porque estas já tinham sido efetivamente adquiridas, mas para a formação dos núcleos coloniais.

Alega o Estado de São Paulo que o decreto do Governo Provisório n. 528, de 28 de junho de 1890, não cogitou do caso de força maior, justificativa da prorrogação dos prazos, e que estes não podiam ser prorrogados pelo ministro, mas por lei ou decreto do Presidente da República, sendo certo, além disso, que a força maior não foi sequer alegada em tempo algum (9.º e 10.º *provarás*).

E' princípio universal de direito que ninguém responde por acontecimentos resultantes de casos fortuitos ou de força maior — *Casus nemo prestat*.

Logo, o decreto n. 528 não tinha necessidade de reproduzir esse princípio, já consagrado em todas as legislações, para que ele pudesse ser aplicado às hipóteses ocorrentes.

E' outra regra de direito, geralmente adotada nos Códigos, que aos contratantes se permite a estipulação de quaisquer cláusulas, desde que não sejam expressamente proibidas por lei.

Era lícita, portanto, desde que nenhuma lei a proibis, a cláusula 11 do contrato de 14 de outubro de 1890, em virtude da qual os prazos do contrato poderiam ser prorrogados, nos casos de força maior, justificada perante o Governo.

Não há nada que autorize a alegação de que os prazos do contrato não podiam ser prorrogados pelo ministro, mas por lei ou decreto do Presidente da República.

Se o ministro podia celebrar o contrato, podia, sem dúvida, prorrogar os prazos nele estipulados.

Ora, os ministros de Estado, como presidentes dos vários Ministérios em que se divide a administração federal (art. 49 da Constituição), exercem as funções administrativas, concernentes aos negócios que correm pelos respectivos departamentos, e entre essas funções está naturalmente compreendida a de celebrar contratos.

Na prática o que, muitas vezes, se observa é que os contratos nem mesmo com os ministros são celebrados, mas com os diretores de secretaria, não havendo um só exemplo de contrato em que o Presidente da República tenha figurado como contratante.

Muito mais importante que a de celebrar contratos é a função, eminentemente política e constitucional, de expulsar estrangeiros.

Entretanto, o Supremo Tribunal tem julgado constantemente que o ministro da Justiça pode expulsar os estrangeiros, porque a faculdade de expulsão é exercida em nome do Presidente da República.

Além disso, o decreto n. 528, de 28 de junho de 1890, foi assinado pelo Chefe do Governo Provisório da República, generalíssimo Deodoro da Fonseca, e pelo ministro da Agricultura, general Francisco Glycerio, o mesmo que celebrou com Ricardo Medina o contrato de 14 de outubro de 1890, no qual se declara ter figurado o ministro "por parte do Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil".

O 1.º embargante afirmou que a força maior nunca foi sequer alegada perante o Governo pelo banco.

Este provou, entretanto, o contrário com o documento de fls. 1.798, oferecido com os embargos.

E' o termo lavrado a fls. 35 do livro de contratos, no dia 28 de fevereiro de 1893, em o qual intervieram o ministro, "por parte do Governo Federal dos Estados Unidos do Brasil" e o Banco Evolucionista, tendo aquele declarado que "o Governo Federal, atendendo às razões expostas pelo dito banco, resolve que o tempo, decorrido de 14 de agosto do ano findo a 1.º do corrente, seja descontado do prazo, que lhe foi fixado para constituir o primeiro núcleo, devendo aquele prazo terminar em 31 de março do ano vindouro".

Rendendo-se à evidência, o 1.º embargante revidou que esse documento de fls. 1.798 prorrogou o prazo para a formação do primeiro núcleo e não para a aquisição das terras.

O embargante reconhece, agora, o que anteriormente havia contestado.

Dizia ele que a caducidade da concessão das terras tinha resultado do fato de não ter o concessionário adquirido essas terras no prazo de um ano, o qual não podia ser prorrogado pelo ministro, mas por lei ou decreto do Presidente da República.

Observou-se, porém, que a caducidade da concessão não fora pactuada para o caso de não terem sido as terras adquiridas no prazo de um ano, mas para o caso de não terem sido construídos os núcleos nos prazos estipulados e que a prorrogação do prazo tinha sido concedida para este e não para aquele caso.

Agora, o embargante alega que o prazo foi prorrogado para a formação do primeiro núcleo e não para a aquisição das terras, o que é absolutamente exato: 1.º, porque isto mesmo se acha expressamente declarado no termo de prorrogação; 2.º, porque esse termo, que é de 28 de fevereiro de 1894, não podia referir-se à prorrogação de prazo para aquisição de terras, que já tinham sido anteriormente adquiridas e cujo título de aquisição fora expedido desde 14 de outubro de 1892.

Em todo caso, o documento de fls. 1.798 prova dois fatos: 1.º, que houve alegação e reconhecimento de força maior que o 1.º embargante, a princípio, contestara formalmente que tivesse havido; 2.º, que houve prorrogação de prazo para a formação do primeiro núcleo, e como a esta devia preceder necessariamente a aquisição das terras, a consequência irrecusável é que o prazo para essa aquisição já teria sido anteriormente prorrogado — o que o embargante também contestou — se porventura aquelas terras não tivessem sido adquiridas, como o foram, no prazo do contrato.

Alega o 1.º embargante que a lei federal n. 746, de 1900, pelo fato de autorizar a rescisão do contrato, não equivale ao reconhecimento de que o mesmo se achava em vigor, porque a lei só autorizou o acordo para a rescisão

com os concessionários de burgos agrícolas, cujos contratos não tivessem incorrido ou viessem a incorrer em caducidade (13.º provará).

Ainda desta vez o embargante não tem razão.

Se uma das partes entra em acordo com a outra para rescindir o contrato com ela celebrado, é porque reconhece que esse contrato está em vigor no momento do acordo, sobretudo se a outra parte é indenizada em consequência da rescisão.

Por conseguinte, se o Poder Legislativo autorizou o Poder Executivo a entrar em acordo com os concessionários de burgos agrícolas, cujos contratos não tinham incorrido nem viessem a incorrer em caducidade, e se o Poder Executivo celebrou o contrato de rescisão com o Banco Evolucionista, evidentemente reconheceu que esse contrato não tinha incorrido, nem estava em condições de incorrer em caducidade.

A lei não podia autorizar o Poder Executivo a rescindir contratos, que ele já houvesse declarado caducos, como, por exemplo, o que fora celebrado com a Companhia Predial de São Paulo.

O legislador autorizou, sem dúvida, a rescisão daqueles contratos, que o Poder Executivo considerava em vigor, e nestas condições se achava o do Banco Evolucionista, até a época da rescisão, conforme as declarações reiteradas e constantes do Poder Executivo.

Neste sentido existe nos autos certidão especial de que, ao tempo da rescisão dos contratos para fundação de burgos agrícolas, estavam todos eles em vigor, menos o de Custodio Justino das Chagas e outro (que era o da Companhia Predial de São Paulo), sendo que mesmo aquele, declarado caduco em 19 de fevereiro de 1894, foi revalidado a 6 de agosto de 1896.

Quando nenhuma dessas considerações tivesse procedência, te-la-ia a de que, firmados no contrato de rescisão, que garantia aos concessionários a indenização de três mil contos de réis, o Banco Evolucionista e outros propuseram ação para cobrá-la e obtiveram ganho de causa no Supremo Tribunal, que julgou o contrato válido, um ato jurídico, perfeito, acabado e obrigatório para as partes (fls. 122 do 1.º vol. e 536 do 2.º).

Logo, em face desse julgado do Supremo Tribunal, proferido a 18 de junho de 1904, na apelação cível n. 925, o contrato celebrado com o banco não estava caduco, ou em condições de caducidade, porque foi precisamente a esse contrato que se referiu a lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900, como um daqueles cuja rescisão era autorizada pela mesma lei a que o acordão do Supremo Tribunal faz expressa referência, dizendo que o Governo Federal usou da autorização contida nessa lei para rescindir o contrato com o banco, mediante a indenização, que o Tribunal mandou pagar.

A esse acordão do Supremo Tribunal o 1.º embargante não fez também a mais leve referência.

Entrando na apreciação do voto, de acordo com o qual se lavrou a decisão embargada, o 1.º embargante afirma que no contrato não estava nem podia estar assegurado ao concessionário o direito à metade das terras, vendidas a preço vil, ainda que ele não tivesse organizado um só dos núcleos, porque no título ficou estabelecido que as terras eram vendidas para os fins expressos na cláusula 3.ª do contrato, isto é, para a fundação dos núcleos, que, entretanto, não foram fundados, sendo esse direito à metade das terras, tanto mais injustificável, quanto, ao rescindir o contrato, a União pagou ao concessionário uma indenização de centenas de contos para compensar despesas, que não atingiram a tão elevada soma, pois consistiram somente na medição e no pagamento dos 25 contos de réis, preço das terras (14.º, 15.º, 16.º e 17.º provará).

A afirmação do embargante é contrária à evidência do que está escrito no contrato, porque na cláusula 5.ª ficou expressamente assegurado o direito do concessionário à metade das terras, ainda que ele não tivesse organizado um só dos núcleos, ou precisamente por não ter organizado um só dos núcleos.

De fato, na cláusula 4.^a se estabelece que o 1.^o núcleo ficaria definitivamente construído dentro de dois anos seguintes ao primeiro ano, contado da data do contrato, para a aquisição das terras, e que o 2.^o núcleo ficaria também concluído nos dois seguintes anos imediatos aos anteriores. "Se, nos prazos estipulados, diz a cláusula 5.^a, não tiverem sido construídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão constante deste contrato, perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver construído e que não se achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidos na conformidade da cláusula 1.^a".

Ora, o concessionário adquiriu 25 mil hectares de terras para a construção do 1.^o núcleo.

Não chegou, porém, a construí-lo, por motivo justo, ou sem motivo algum.

Lago, perdeu o direito à metade das terras adquiridas, isto é, 12.500 hectares, ficando com direito à outra metade, na hipótese de não ser aceita a opinião, que atribue ao concessionário o direito à totalidade dos 25 mil hectares, deduzida a parte desapropriada ao Dr. Penteado.

Esta é também a conclusão irrecusável a que chegou o acórdão redigido pelo ex-ministro Epitácio Pessoa.

Neste particular, nenhuma dúvida pode haver diante da cláusula 5.^a do contrato, que é claríssima e que não comporta a restrição de somente ser devida a metade das terras, se o banco tivesse fundado os núcleos, ou ao menos um deles, quando a mencionada cláusula absolutamente não diz isso, mas diz positivamente o contrário, nas palavras "perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver construído".

Nem se diga que essa cláusula representa um favor, dispensado somente ao engenheiro Medina, de quem o Banco Evolucionista se tornou cessionário, pois as cláusulas do contrato deste são exatamente as mesmas dos demais contratantes, havendo diferença, apenas, na quantidade das terras concedidas ou vendidas.

A prova de que o Governo Federal não procurou favorecer mais a um do que a outro, ainda se encontra no fato de haver ele expedido o aviso n. 48, de 29 de dezembro de 1891, com o qual remeteu ao presidente de São Paulo os documentos relativos à medição das terras concedidas a Medina, para que fosse expedido ao concessionário o título de propriedade, quando anteriormente o mesmo governo tivera procedimento idêntico em relação à Companhia Colonial São Paulo a Parank, cujos papéis foram com o aviso n. 46, de 19 do mesmo mês e ano, também remetidos ao presidente de São Paulo para o mesmo fim.

Fosse embora um favor injustificável o de dar a metade das terras ao concessionário que, com motivo ou sem motivo algum, deixasse de organizar os núcleos, a verdade é que o favor foi concedido pelo Governo Provisório, que concentrava em suas mãos todos os poderes e que era competente para fazer a concessão, segundo proclamou o já citado acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A indenização de três mil contos de réis foi paga a todos os concessionários, e não somente ao Banco Evolucionista.

Quanto a este, a indenização teve por objetivo compensar não só as despesas feitas com o medição, que não se sabe em quanto importavam, como o pagamento dos 25:825\$0, preço das terras, que não é vil, porque foi o fixado no contrato e no decreto n. 528, de 1890. E mais ainda: a indenização, segundo consta do contrato de rescisão, foi pactuada pelo próprio fato desta, de que resultariam prejuízos, no tocante à cessação de lucros que o concessionário deixaria de perceber.

O contrato diz que a quantia era paga pelo Governo Federal, "a título de indenização pela rescisão e despesas feitas in bona fide pelos mencionados contratantes para a execução de seus contratos".

Em todo caso, ao poder judiciário não é dado apreciar se o Governo Federal andou bem ou mal avisado na celebração dos contratos de burgos agrícolas, nem se foi excessivo o preço da indenização pela rescisão dos contratos, nem se a lei n. 746, de 1900, contém, como se alega na sustentação dos embargos, essa autorização para a rescisão em cauda de orçamento, *arranjada por interessados e votada no meio da maior confusão*.

Se nisso houve algum deslize, os culpados serão o Poder Legislativo, que votou a autorização, e o Poder Executivo, que usou dela.

Não consta nem é verossímil que os concessionários a tivessem solicitado, porque a rescisão dos contratos não interessava a eles, mas ao Governo, que assinalava a vantagem da rescisão, com que aliviou o Tesouro Federal de um encargo avaliado em cerca de 35 mil contos de réis, segundo consignou o ministro da Viação em seu relatório de 1902.

Assim, são de manifesta irrelevância as razões, com que o 1.º embargante procurou combater o voto, que é afinal o acórdão embargado.

Esse voto, que aliás contém importantes considerações aproveitáveis ao banco, realmente não procede, em substância, mas por outras razões que adiante serão expostas, pois convém apreciar, desde logo, a última alegação do primeiro embargante.

Conclua este o seu articulado, alegando que os bens penhorados são do seu domínio e posse, resultantes ambos do art. 64 da Constituição Federal (18.º e último *provará*).

Já ficou esclarecido, com abundância de argumentação, que as terras penhoradas, que eram devolutas até 14 de outubro de 1890, deixaram de o ser dessa data em diante, pelo fato da concessão a Ricardo Medina, cujo contrato com a União criou para ele um direito adquirido, que a Constituição de 1891 não podia alterar.

Essas terras não passaram ao domínio do Estado de São Paulo, porque o art. 64 da Constituição só transferiu aos Estados aquelas terras que na data da Constituição pertenciam à União e nunca as que já tinham sido objeto de contrato anterior.

A este respeito, já foi dita a última palavra pelo acórdão, já tantas vezes citado, do Supremo Tribunal Federal, n. 1.157, de 16 de janeiro de 1907, confirmado pelo de 31 de julho de 1920, *com as assinaturas de todos os atuais juizes*, excetuados os que, naquela data, ainda não faziam parte do Tribunal.

O acórdão, que se encontra por certidão, a fls. 1.827, está publicado em *Revistas de Jurisprudência*.

No mesmo sentido do acórdão do Tribunal, é a opinião do consultor geral de República, à pág. 89, *Pareceres*, vol. 4.º, opinião que também se encontra à pág. 139 do livro "Terras Devolutas e Particulares", de Gregorio Mascarenhas, junto à fls. 1.158, e que foi reproduzida no acórdão embargado.

Não estando provado o domínio, seria inútil qualquer indagação sobre a posse, de cuja prova nem sequer cogitou o terceiro senhor e possuidor.

Essa posse, ao contrário, é do banco executado e já foi reconhecida, respectivamente, pelos juizes Aquino e Castro e Miguel de Godoy, além de outros (fls. 548 e 506).

Bastaria que o terceiro senhor não tivesse provado o seu domínio e posse, para que os seus embargos fossem julgados improcedentes, ainda que nenhuma prova fosse oferecida pelo exequente sobre o domínio e posse do executado.

Apreciadas, uma por uma, as alegações do 1.º embargante, não só as dos embargos, como as da respectiva sustentação, verifica-se, depois de uma revisão dessas alegações, terem escapado duas, que o 1.º embargante produziu na

letra b do 7.^o *provará* dos embargos, para provar que as terras lhe pertencem, a saber: não só a União exigiu que o Governo de São Paulo assinasse o título de propriedade, como, ao rescindir os contratos, declarou que os concessionários conservariam as terras que tivessem adquirido dos Governos dos Estados.

A União exigiu que o Governo de São Paulo assinasse o título de propriedade, simplesmente porque, conforme já foi dito, o art. 51, do decreto de 1854 determina: "Os títulos serão assinados pelo presidente".

E se a União exigiu essa assinatura, como alega o embargante, então é que este reconhece que as terras não eram suas, pois não se compreende que a União fizesse exigência a respeito de coisas que lhe não pertenciam.

Ao rescindir os contratos de burgos agrícolas, o Governo Federal não declarou "que os concessionários conservariam as terras que tivessem adquirido dos Governos dos Estados", mas declarou que eles conservariam as terras, "de que já tinham título de propriedade expedido por governadores ou presidentes dos Estados", o que não é a mesma coisa. O título era expedido por estes, atenta a razão já conhecida, e os contratos de concessão das terras e da respectiva rescisão foram celebrados pela União, justamente porque as terras eram de sua exclusiva propriedade.

Ao passo que foram cuidadosamente examinadas todas as alegações do primeiro embargante, este não fez a menor alusão ao acordão unânime do Supremo Tribunal, considerando que o contrato celebrado *competentemente* pela União, antes da Constituição Federal, representava para o concessionário um direito adquirido, que a lei posterior não podia alterar, e que as terras concedidas por esse contrato não mais podiam ser consideradas devolutas para o efeito do artigo 64 da Constituição Federal, isto é, para o efeito de se considerar que tivessem passado para o domínio do Estado.

O primeiro embargante não aludiu também, vagamente sequer, a um outro acordão, também unânime, do Supremo Tribunal, no sentido de que o contrato de rescisão, no qual se garantiu o direito do Banco Evolucionista aos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade, é um ato jurídico, *perfeito, acabado e obrigatório* para as partes.

A essas decisões do Supremo Tribunal, além de várias outras da justiça local e federal, em primeira instância, uma última se vem juntar — a que foi proferida pelo Dr. Campos Maia, juiz da 2.^a Vara Cível e Comercial da capital de São Paulo.

Nessa decisão, de data recente — 28 de fevereiro de 1927 — posterior ao acordão embargado, e que foi publicada no "O Estado de São Paulo", de 9 de março seguinte, o juiz considerou que, apesar de rescindido o contrato de concessão de terras ao Banco Evolucionista, ficou este com direito aos 250 milhões de metros quadrados de terras devolutas (25 mil hectares), de que já tinha título de propriedade expedido pelo presidente do Estado, tendo o banco, em virtude da rescisão, ficado isento das obrigações constantes do contrato.

E a sentença conclui: "Nos termos da rescisão, pois, o Banco Evolucionista conservou a propriedade, de que fora investido pelo título certificado a fls. 95, dos 250 milhões de metros quadrados, de terras devolutas, aí mencionados. E conforme a restrição expressa naquele título, a propriedade do banco, aliás reconhecida e mandada respeitar em decisões judiciais e administrativas constantes destes autos, somente não prevaleceria ante títulos comprobatórios de legítima ocupação, títulos que não foram apresentados".

O primeiro embargante silenciou igualmente sobre o argumento de que essas decisões da justiça federal e local não podiam ser agora menosprezadas, anuladas, invalidadas, com manifesta infração do art. 62 da Constituição Federal, que o Supremo Tribunal tem aplicado em casos como este, ou menos líquidos do que este.

Depois de proferido o acordão embargado, ocorreram no Tribunal mais dois casos, em que o citado artigo foi aplicado: o da francesa Marthe Donat e o da herança do barão de Campinas.

A hipótese do primeiro é a seguinte:

Alexandre Antonio da Costa, português, faleceu em Paris com dois testamentos: um cerrado, feito e aprovado nesta cidade, no qual deixara vários legados à Marthe Donat, com quem vivera em concubinato; outro, ológrafo, feito em Paris, no qual, declarando revogado o 1.º testamento, instituiu herdeira universal a brasileira, Silvana de Souza Costa, sua mulher, de quem vivera separado, por espaço de muitos anos.

Procedendo-se ao inventário do testador, na Justiça local deste Distrito, de acordo com as disposições do testamento ológrafo, que o juiz da provedoria mandara cumprir, Marthe propôs contra Silvana, na Justiça federal do mesmo Distrito, ação de petição de legado e cobrança de dívida, alegando nulidade do testamento ológrafo, por não ser considerado autêntico pela legislação francesa e por não exprimir esse testamento a vontade do testador.

Julgada procedente a ação e tendo a ré apelado, o Supremo Tribunal deu provimento à apelação para anular todo o processo, por incompetência do Juízo federal para declarar nulo o 2.º testamento e válido o 1.º, visto como, quando foi proposta a ação, o 2.º testamento estava sendo cumprido pelo Juízo da provedoria da Justiça local deste Distrito, e assim era vedado à Justiça federal intervir na questão para alterar ou anular a decisão da Justiça local, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.

Um dos votos vencidos ponderou, então, que não havia motivo para se aplicar ao caso, o art. 62, porque o juiz local, apenas "sumária e administrativamente, lançou o respectivo *cumpra-se* no ológrafo em questão, e sobre ele procurou calcar o inventário dos bens do testador, sem sentenciar sobre a legitimidade desse documento, sem enunciar juízo sobre as questões que ele porventura pudesse suscitar" (acórdão n. 3.751, na "Rev. do Sup. Trib.", vol. 61, pág. 85).

Apesar da consideração de se tratar de um simples despacho, proferido no Juízo administrativo do inventário, mandando cumprir o testamento ológrafo, sem que o juiz se houvesse pronunciado sobre a validade desse testamento; apesar da ponderação de ser a Justiça federal a competente para conhecer da ação, por se tratar de questão de direito internacional (art. 60, letra h, da Constituição), uma vez que se tinha de julgar qual dos dois testamentos devia prevalecer, tendo-se em vista as legislações estrangeira e brasileira; apesar de oferecida em embargos ao acórdão a prova autêntica de que a Justiça francesa tinha julgado subsistente o testamento cerrado e não o ológrafo — apesar de tudo isso o Supremo Tribunal manteve o 1.º acórdão para reafirmar a aplicação intransigente do art. 62, desde que ao juiz federal não era lícito anular o *cumpra-se*, que o juiz local lançara no testamento ológrafo, aliás já invalidado pela justiça francesa.

O segundo caso de aplicação do art. 62, ocorrido depois do acórdão embargado, é o da herança do barão de Campinas.

Este é mais positivo, porque ocorreu entre as mesmas partes — exequente e executado.

Antonio Joaquim Teixeira propôs ação executiva hipotecária contra o Banco Evolucionista.

Feita a penhora nas terras concedidas ao executado pelo Governo Provisório, opuseram embargos de terceiros senhores e possuidores o Estado de São Paulo (estes embargos são os mesmos que constituem objeto do presente julgamento) a herança do barão de Campinas e outros, cada qual em processo diferente.

Os embargos da herança do barão de Campinas, como os do Estado de São Paulo, foram julgados improcedentes pela 1.ª Câmara da Corte de Apelação.

As Câmaras Reunidas, porem, por acórdão de 11 de setembro de 1919, julgaram nulo todo o processo, porque as próprias câmaras já o tinham anulado,

nos embargos de terceiro senhor e possuidor do Estado de São Paulo, por acórdão de 22 de janeiro de 1916, sob o fundamento de ser incompetente a justiça local para conhecer do feito, em face do art. 60, letra d, da Constituição, desde que se tratava de litigantes residentes em Estados diversos, em consequência da intervenção do Estado de São Paulo no litígio.

Interposto recurso extraordinário pelo exequente, o Supremo Tribunal não conheceu dele, porque o recorrente invocava a aplicação do art. 60, letra d, da Constituição, e este fora exatamente o artigo aplicado pela decisão recorrida para anular o processo.

Embargado o acórdão, o Supremo Tribunal, pelo acórdão n. 1.353, de 24 de junho próximo passado, recebeu os embargos, para julgar o caso de recurso extraordinário e válido o processo anulado pela sentença recorrida das Câmaras Reunidas da Corte de Apelação, porque, quando essa sentença foi proferida, em 11 de setembro de 1919, já o Supremo Tribunal havia anteriormente, por acórdão n. 1.031, de 1 de agosto do mesmo ano, proferido em recurso extraordinário interposto da sentença de 22 de janeiro de 1916, julgado válido o processo da ação executiva hipotecária, por ser competente a Justiça local para processar e julgar a mesma ação, desde que as partes — exequente e executado — tinham ambos residência e sede nesta Capital, sendo julgado nulo, apenas, o processo dos embargos de terceiro senhor e possuidor, da competência da justiça federal.

"Nestas condições, concluiu o acórdão n. 1.353, a sentença recorrida contraria o decretado por este Tribunal e *desatende à determinação do art. 62 da Constituição, que proíbe aos tribunais locais anular, alterar ou suspender as sentenças ou ordens emanadas dos tribunais federais*" (O grifo é do próprio acórdão).

Eis aí. Em um caso, que evidentemente não era de recurso extraordinário, em face da Constituição, o Supremo Tribunal conheceu do recurso para fazer observar o art. 62 da Constituição, que a Justiça local infringira, anulando um processo, que o Supremo Tribunal já tinha julgado válido.

E o Supremo Tribunal aplicou o art. 62, não considerou que se tratava de *res inter alios*, de decisão proferida em relação a terceiro, pois, embora exequente e executado fossem os mesmos, Antonio Joaquim Teixeira e o Banco Evolucionista, eram diferentes os embargantes, terceiros senhores e possuidores, o Estado de São Paulo e o espólio do barão de Campinas.

Em circunstâncias idênticas tem sido sempre aplicado o art. 62, como nos casos, já invocados, da São Paulo Northern, em que ela figura nas demandas, era com um, ora com outro litigante, e nos casos mesmo do Banco Evolucionista, em que, nos embargos de terceiro, ele é sempre embargado, sendo diferentes os embargantes, Estado de São Paulo, espólio do barão de Campinas, Banco de Crédito Real de São Paulo, Dr. Luiz de Oliveira Lins e Vasconcelos, Otaviano Augusto de Oliveira, etc., etc. (fls. 560, 562, 566, 568, 575, 574, 945 e 947).

Os votos dos Srs. ministros, 1.º e 2.º revisores, vencidos no acórdão embargado, carecem absolutamente de procedência.

Em um ponto, apenas, o Sr. ministro 1.º revisor tem razão: quando considera que, focalizada a questão, não há necessidade de explanações descabidas e discussões inúteis.

Realmente assim é, porque toda a questão se resume em saber: 1.º, se o Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Medina, tem direito aos 25 mil hectares de terras de entre os 50 mil, que lhe foram concedidos em 14 de outubro de 1890; 2.º, se esse direito aos 25 mil hectares ficou dependendo de alguma condição.

A resposta afirmativa ao 1.º ponto não pode ser duvidosa, porque o contrato de 14 de outubro de 1890 foi rescindido, mediante indenização, pelo de 17 de dezembro de 1901; mas no contrato de rescisão as partes estipularam que ficavam mantidos os direitos dos contratantes em relação às terras, de que eles já tinham título de propriedade expedido pelos governadores ou presidentes dos Estados.

Ora, o Banco Evolucionista já tinha título de propriedade, expedido em 14 de outubro de 1892, pelo presidente do Estado de São Paulo, em relação a 25 mil hectares de terras. Logo, é incontestável o direito do banco a esses 25 mil hectares.

Quanto ao 2.º ponto, a solução será forçosamente negativa, porque o contrato de rescisão nenhuma condição estabeleceu, para que o contratante tivesse o seu direito garantido aos 25 mil hectares de terras, como se pode ver na transcrição integral do mesmo contrato (fls. 113 e 311).

Focalizada assim a questão, não há realmente necessidade de longas explicações, que não teriam sido feitas, se não fora a censura do 1.º embargante ao juiz da primeira instância, por não ter apreciado todas as suas alegações.

O voto do Sr. ministro 1.º revisor contém dois fundamentos.

O 1.º é que o contrato de rescisão, mantendo o direito do banco às terras de que ele já tinha título de propriedade, foi celebrado de acordo com o mesmo título; e, como este impôs a condição de ficar o concessionário obrigado à fundação de núcleos, segue-se que a concessão das terras ficou sem efeito, desde que nenhum núcleo foi organizado, não tendo o banco direito à parcela alguma de terras e nem, por conseguinte, à metade delas.

O Sr. ministro 1.º revisor reconhece a existência, a validade do contrato de rescisão, já proclamada pelo Supremo Tribunal; mas parte do pressuposto de que esse contrato foi celebrado, tendo-se em vista o contrato rescindido, de acordo com o qual foi expedido o título de propriedade.

Entretanto, não há no contrato de rescisão uma só palavra, da qual se possa depreender que o referido contrato ficou subordinado ao contrato rescindido, ou tivesse mandado observar alguma condição imposta por esse contrato.

O contrato de rescisão manteve o direito do banco aos 25 mil hectares de terras sem condição alguma.

A concessão que, nos termos da cláusula 5.ª do contrato de 1890, ficaria sem efeito, se, nos prazos estipulados, não tivessem sido construídos os núcleos, era a concessão do mesmo contrato de 1890.

O Governo federal, reconhecendo que esse contrato e os demais acarretariam para o Tesouro uma despesa de cerca de 36 mil contos de réis, renunciou completamente à idéia de fundação de núcleos e rescindiu o contrato em 1901. Mas o contrato de rescisão manteve o direito daqueles que porventura já o tivessem, e não estabeleceu que eles continuavam obrigados à fundação de núcleos, tanto que não fixou prazo para o cumprimento dessa obrigação, nem declarou que a manutenção do direito do concessionário ficaria sem efeito, se ele não construísse os núcleos, nos prazos estipulados. E' a prova irrecusável de que a obrigação deixou de subsistir.

Acrescenta o Sr. ministro 1.º revisor — e este é o 2.º fundamento do seu voto — que o banco não tem direito à metade das terras, ainda que se considere a cláusula 5.ª do contrato unicamente em sua disposição literal, como se fora autônoma, sem qualquer ligação com as outras cláusulas, porque a referida cláusula 5.ª fala em núcleos, prevendo a hipótese de ter o concessionário fundado, pelo menos, um; e, como nenhum foi fundado, não se pode reconhecer ao concessionário o direito à metade das terras, que lhe foram cedidas para um fim, que ele não realizou, não tendo contribuído para a valorização daquelas terras.

A cláusula 5.ª fala em núcleos, no plural, não para significar que ao menos um deveria ser construído, mas porque ao Banco Evolucionista se fez uma concessão de 50 mil hectares, dividida em duas áreas de 25 mil hectares, em

cada uma das quais seria organizado um núcleo, dentro de três a cinco anos, contados da data da concessão.

Bastaria que o concessionário tivesse adquirido, isto é, medido e demarcado o primeiro território destinado à fundação do 1.º núcleo, para que fosse investido na propriedade desse território, seguindo-se depois a fundação do 2.º núcleo no segundo território, tanto que ao banco foi expedido o título de propriedade dos 25 mil hectares para a fundação do 1.º núcleo e essa propriedade lhe foi garantida no contrato de recisão, em virtude do qual ele perdeu, por não os ter medido e demarcado, os outros 25 mil hectares, em que seria fundado o 2.º núcleo.

Dai a razão de dizer a cláusula 5.ª, que se, *nos prazos estipulados*, não tiverem sido construídos os núcleos (isto é, o 1.º prazo para a fundação do 1.º núcleo, e o 2.º prazo para a fundação do 2.º núcleo), ficará sem efeito a concessão, perdendo o concessionário o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver construído, o que torna evidentíssimo que, mesmo não tendo sido construído um só núcleo, o concessionário perderá o direito à metade das terras adquiridas para o núcleo não construído, mas conservará o direito à outra metade das referidas terras.

Em resumo, a cláusula 5.ª fala em núcleos, porque as terras foram concedidas para a fundação de dois núcleos; mas a falta de fundação de um deles ou de ambos, depois de adquiridas as terras, importará tão somente na perda do direito à metade das terras adquiridas para o núcleo que não estiver construído, como é expresso na própria cláusula do contrato. Logo, é indiscutível o direito do concessionário à outra metade, por não ter sido o núcleo construído, sendo, pois, absolutamente inaceitável a explicação do Sr. ministro 1.º revisor de que a cláusula 5.ª exige a construção de um núcleo, pelo menos, para que o concessionário tenha direito à metade das terras adquiridas, porque a mencionada cláusula diz exatamente o contrário.

Como quer que seja, não se tem de argumentar com a cláusula 5.ª nem com outra qualquer do contrato de 1890, porque este foi rescindido, de modo absoluto, sem condição alguma pelo contrato de 1901, que não impôs ao banco a obrigação de fundar núcleos.

Nestas condições, seria inútil indagar se o banco deixou de fundar os núcleos, sem motivo algum, ou por motivo de força maior, que tivesse aconselhado a prorrogação dos prazos e, por fim, a recisão do contrato, com ressalva dos direitos do banco.

Em homenagem, porém, aos que consideram que o banco, mesmo depois do contrato de recisão, ficou obrigado a construir os núcleos, a indagação poderá ser feita, sem prejuízo e antes com vantagem para o banco, porque os documentos, novamente oferecidos com os embargos, esclarecem perfeitamente que ele deixou de construir os núcleos por circunstâncias independentes de sua vontade.

Adquiridos os 25 mil hectares de terras, cuja medição ficara concluída e julgada por sentença de 12 de outubro de 1891, o ministro aprovou a medição e, por aviso de 29 de dezembro do mesmo ano, mandou remeter os autos ao presidente do Estado de São Paulo para que este assinasse o título de propriedade.

Antes de o assinar, porém, o presidente sujeitou à consideração do ministro reclamações que lhe foram apresentadas contra a expedição do título.

Ouvida a respeito a Inspetoria Geral de Terras e Colonização, esta informou a 8 de março de 1892: que a medição se fizera regularmente, com a necessária publicidade, por meio de editais de convocação aos interessados para que apresentassem as suas reclamações, sem que eles o tivessem feito durante o período da medição; que se tratava de questão já resolvida pelo ministro, que aprovara a medição e ordenara a expedição do título, contra o qual nada objetara a ex-Delegacia que, ao contrário, expedira a guia, para que o banco recolhesse, como efetivamente recolheu, aos cofres públicos a importância de-

vida pelas terras; que o fato de estarem alguns indivíduos ocupando diferentes áreas das terras não significava que elas fossem de seu domínio particular, pois não provaram esses indivíduos a sua qualidade de proprietários ou, pelo menos, a de posseiros ou primeiros ocupantes com direito à legitimação ou revalidação, pelo que eram intrusos, tanto que não fizeram reclamação alguma durante os trabalhos da medição.

Assim, concluiu a Inspetoria por opinar que os papéis fossem devolvidos ao presidente do Estado, para que este desse cumprimento ao aviso de 29 de dezembro de 1891.

Continuaram, não obstante, as reclamações.

Tendo a Companhia Predial de São Paulo, também concessionária de burgos agrícolas, medido terras das que foram concedidas ao Banco Evolucionista, o ministro ordenou, por aviso de 6 de setembro de 1892, que da medição da Companhia fossem excluídas essas terras, que eram do banco, a quem ele já tinha mandado expedir título de propriedade das mesmas terras, pelas quais o banco pagara o preço respectivo, desde janeiro de 1892.

Só muito mais tarde — a 14 de outubro do mesmo ano — foi expedido o título de propriedade.

Logo após a expedição do título, ou em dezembro do referido ano de 1892, o banco começou a dar execução ao contrato, colocando nas terras adquiridas para a fundação do 1.º núcleo 105 famílias de imigrantes, segundo consta do documento a fls. 1.803.

Vários indivíduos, que ocupavam terras na zona medida, como simples intrusos, se dirigiram ao banco, fazendo-lhe a declaração de que estavam satisfeitos com ele, por haver respeitado as suas residências e as benfeitorias feitas no terreno concedido ao mesmo banco. (fls. 1.799 a 1.804).

Por despacho de 1 de fevereiro de 1894, o ministro, considerando que o Banco já tinha localizado 105 famílias de imigrantes, e dando cumprimento ao art. 42 do decreto n. 528, de 28 de junho de 1890, em relação aos ocupantes de terras, embora intrusos — o ministro autorizou o banco a vender dois mil hectares das terras que lhe foram concedidas.

Ai estão vários atos que demonstram ter havido por parte do banco a necessária diligência para a formação do 1.º núcleo.

Os autos evidenciam o motivo pelo qual esse núcleo, iniciado, não chegou a ser concluído.

Sebastião José Mariano depôs que, na qualidade de subdelegado de polícia de São Miguel, teve de intervir para que José Antonio Leite, seus filhos e genros não prosseguissem nas agressões contra o pessoal do banco, pois chegaram a ferir um dos engenheiros, embora não tivesse oposto embaraço algum durante a medição (fls. 1.805).

Uma outra testemunha, Sebastião Ferreira, declarou que, durante o processo da medição, ninguém a impugnou, mas quando o banco fazia avistar as picadas para entrega dos lotes vendidos, houve um conflito, promovido por Antonio Leite, Joaquim Leite e outros, contra o agrimensor Pedrosa, que saiu ferido (fls. 1.807).

Com a declaração expressa de que atendia às razões expostas pelo banco, o Governo Federal prorrogou, em 28 de fevereiro de 1894, o prazo marcado para a formação do 1.º núcleo, tendo declarado que o tempo decorrido de 14 de agosto de 1893 a 1 de fevereiro de 1894 fosse descontado daquele prazo, que deveria terminar em 31 de março de 1895.

Apesar dessa deliberação do Governo, o impedimento não cessou.

E' assim que, em 8 de novembro de 1894, o inspetor geral de Terras e Colonização, Feliciano Mendes de Moraes, informou, a propósito de reclamação feita pelo banco, que, na verdade, vários indivíduos estavam se opondo, à mão armada, a que o banco executasse o seu contrato, tendo concluído o mesmo inspetor por aliviar a intervenção do Governo para que cessassem os embaraços criados àquela execução.

E' o que consta do documento a fls. 1.811, alem das inúmeras demandas, em que o banco se achou envolvido.

Se, pois, ele iniciou a formação do 1.^o núcleo com a colocação de 105 famílias de imigrantes e não a concluiu, não foi por culpa sua, mas por motivo de força maior, que o Governo expressamente reconheceu.

Ora, se, mesmo no caso de ter havido culpa, o acordão embargado considerou liquido o direito do banco à metade das terras, esse direito à outra metade será indiscutível, agora que se prova não ter havido culpa alguma de sua parte.

E foi justamente por isso que o Governo prorrogou o prazo de contrato, por vezes declarado em inteiro vigor, e afinal o recindiu, mas pagando indenização e assegurando ao banco o direito às terras, de que ele já tinha título de propriedade.

O Estado de São Paulo silenciou sobre os documentos novamente oferecidos pelo banco, parecendo assim que reconhece os embargos opostos à formação dos núcleos.

Esses documentos devem satisfazer aos que pensam que, mesmo depois da rescisão do contrato, o banco continuou com a obrigação de fundar núcleos, sendo, porém, completamente desnecessários para os que entendem que aquela obrigação desapareceu.

O Sr. ministro 2.^o revisor fundamentou o seu voto, considerando, em primeiro lugar, que a propriedade do Estado de São Paulo sobre as terras em questão resulta do art. 64 da Constituição Federal e que, tendo sido recindido o contrato da concessão das terras, por não ter o concessionário cumprido as obrigações constantes do mesmo contrato, e do título de propriedade, quanto à formação dos núcleos, ficou sem efeito a concessão feita pelo Governo Provisório e pelo Estado de São Paulo.

Depois do que ficou dito e repetido a respeito, seria impertinência voltar ao assunto.

O Sr. ministro 2.^o revisor considerou, por último, que o banco não tem o domínio das terras, de que se trata, à vista do acordão proferido sobre questão jurídica idêntica e publicado no Dir., vol. 93, pág. 503.

Não há realmente argumento mais valioso nem tão valioso, como esse de citar sobre a questão do Banco Evolucionista acordãos ou mesmo um só acordão que o Supremo Tribunal tenha proferido sobre questão jurídica idêntica.

Mas, o Sr. ministro 2.^o revisor citou um acordão que não existe juridicamente, porque foi anulado pelo próprio Supremo Tribunal, pela razão de haver sido "proferido por sete juizes, incluindo-se nesse número o presidente do Tribunal, pelo que é *sentença nula e de nenhum eleito*, nos termos da Ord. Liv. 3.^a, T. 75, pr. 1.^o".

Além disso, contra a doutrina do acordão invocado pelo Sr. ministro 2.^o revisor existe acordão mais recente, que *especialmente áquelle se refere em refutação*, e que está assinado por todos os juizes do Tribunal, inclusive o senhor ministro 2.^o revisor.

O acordão invocado, de 12 de maio de 1903, e que foi anulado pelo de 9 de novembro de 1910, julgou realmente que o art. 64 da Constituição transferiu aos Estados a propriedade das terras devolutas e resolveu a concessão daquelas que, na data da promulgação da Constituição, ainda não tinham sido medidas e entregues aos concessionários.

Mas a esse acordão nem mais aludiu, sequer, o próprio embargante nos seus embargos e na respectiva sustentação.

Com ele não se podia realmente argumentar:

1.^o, porque ao acordão de 1903, declarado *nulo e de nenhum eleito*, por ter sido proferido por juizes em número insuficiente, se contrapõe o acordão de 16 de janeiro de 1907, que continua em vigor, produzindo todos os efeitos jurídicos;

2.º, porque o acórdão de 1903 não está fundamentado, contendo apenas a afirmação de que o art. 64 da Constituição revogou a concessão de todas as terras devolutas, que até 24 de fevereiro de 1891 não tinham sido medidas e entregues aos concessionários, ao passo que o acórdão de 1907, apreciando exatamente a alegação, fundada no acórdão de 1903, de que "o art. 64 da Constituição fez caducar todos os contratos de burgos agrícolas cujas terras não houvessem sido medidas e pagas até a data da promulgação da Constituição, como decidiu o Tribunal no acórdão n. 834, de 12 de maio de 1903", — o acórdão de 1907, tendo à vista o de 1903 e refutando-o, julgou, em sôbria fundamentação, que "o contrato celebrado competentemente pela União, de acordo com a legislação então em vigor, era um ato juridicamente perfeito e acabado, ao tempo em que se promulgou a Constituição e, nestas condições, representando um direito adquirido para a companhia concessionária, não podia ser atingido e desfeito por lei posterior, acrescentando que as terras, objeto desse contrato, tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que, a 24 de fevereiro de 1891, estava em inteiro e incontestável vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.º, § 2.º) para o efeito do art. 64 da Constituição";

3.º, porque o acórdão de 1907, de que foi relator o ministro Epitácio Pessoa, está assinado por vários dos ministros — a metade — signatários do acórdão de 1903, o que prova que eles reformaram o voto anteriormente manifestado;

4.º, porque o acórdão de 1907, que também julgou líquido o direito do concessionário à metade das terras, desde que as tivesse adquirido, isto é, medido e demarcado, sem ter construído qualquer núcleo — o acórdão de 1907 foi confirmado pelo de 31 de julho de 1920, por seus fundamentos, e está assinado por todos os atuais juizes do Tribunal, com exceção dos que ainda não faziam parte dele naquela ocasião.

Depois do exame de todos os argumentos contrários ao domínio e posse do executado nos 25 mil hectares de terras, em que recaiu a penhora, já não há quase nada a considerar quanto à limitação daquele domínio à metade das mesmas terras, conforme a conclusão do acórdão embargado.

Essa conclusão está de acordo com a votação apurada, porque, tendo três juizes reconhecido o direito do banco executado aos 25 mil hectares de terras e um a 12.500 hectares, contra os votos de três outros, que julgaram não ter o Banco direito a coisa alguma, devia o acórdão ser lavrado de conformidade com o voto intermédio, cujos fundamentos obtiveram o concurso, ora de um, ora do outro grupo, em que se dividiram os seis votos restantes.

Serão, pois, apreciados os fundamentos do acórdão, em substância adotados pelo voto da maioria.

Quanto ao domínio e posse do Estado de São Paulo, o acórdão embargado considerou suficiente a prova respectiva, "no que concerne às terras que passaram do domínio particular para o do mesmo Estado", isto é, no que concerne às terras que foram desapropriadas ao Dr. João Baptista de Oliveira Pentecoste e às que foram adquiridas por compra a João Francisco de Moura e Dr. Fernando Moura.

Com relação às demais terras, isto é, as devolutas que foram objeto do contrato de 1890, o acórdão embargado silenciou.

Dai se poderia concluir que a exclusão dessas terras, pela regra *inclusio unius exclusio alterius*, importaria no reconhecimento, pelo próprio acórdão embargado, da falta de domínio e posse do Estado de São Paulo, em relação a elas.

Essa conclusão seria tanto mais autorizada quanto o acordão embargado considerou que não tem alcance prático a alegação de que, por força do artigo 64 da Constituição, as terras devolutas passaram a pertencer ao Estado de São Paulo, por não estarem medidas, demarcadas e pagas, ao tempo da promulgação da mesma Constituição.

E não tem alcance prático, não só porque o próprio Estado de São Paulo reconheceu a propriedade do banco sobre as referidas terras e expediu em favor dele o título de domínio de 14 de outubro de 1892, como também porque a falta de medição, demarcação e pagamento do preço das terras, no momento de ser promulgada a Constituição Federal, não autoriza o asserto de que a respectiva concessão ficara sem efeito.

Imediatamente depois desta consideração, o acordão embargado ainda acrescentou "que é um fato insuscetível de contestação a investidura do Banco Evolucionista na propriedade dos 25 mil hectares, que mediu, demarcou e pagou".

Objeta, entretanto, que o banco foi investido na propriedade dos 25 mil hectares das terras, sob a condição de al fundar núcleos coloniais em prazos determinados; e, como a condição imposta não foi observada nos prazos aludidos, ficou sem efeito ou caduca a concessão, salvo quanto à metade das terras, a que, mesmo sem ter fundado qualquer núcleo, ficou subsistindo o direito do banco, por força da cláusula 5.^a do contrato de 1890.

Mas este contrato foi totalmente rescindido pelo de 1901, no qual o Governo Federal manteve o direito do Banco Evolucionista, não somente à metade das terras, mas à totalidade dos 25 mil hectares de que ele já tinha título de propriedade, sem que continuasse obrigado à fundação de núcleos, uma vez que o contrato rescisório lhe não impôs aquela obrigação.

Acrescenta, porém, o acordão embargado que o contrato rescisório só pode ser entendido de acordo com o título de propriedade, onde está enunciada, com *evidência solar*, a obrigação para o banco de fundar os núcleos, desde que o título foi concedido para os fins expressos na cláusula 3.^a do contrato de 1890, que estabelece aquela obrigação.

Essa inteligência está em desacordo com a letra e com o espírito do contrato da rescisão.

Com a letra, porque este contrato não alude, vagamente sequer, à obrigação de fundar núcleos.

Com o espírito, porque realmente o contrato rescisório nem mais podia cogitar da fundação de núcleos, uma vez que o Governo Federal já havia renunciado a essa idéia, por trazer a sua execução completa uma despesa para os cofres da União de cerca de 36 mil contos de réis. E foi justamente para evitar essa despesa, que se fez a rescisão de todos os contratos de burgos agrícolas, sob a condição de pagar o Governo Federal aos concessionários a indenização de 3 mil contos de réis.

Portanto, o Governo, que se esforçava para aliviar o Tesouro do pesado encargo e para esse fim celebrara o contrato de rescisão, não iria nesse mesmo contrato renovar o encargo, com manifesta incoerência.

Nem seria possível admitir que, em se tratando de contrato de rescisão de outro, continuasse em vigor uma cláusula do contrato rescindido, sem que a essa cláusula o contrato rescisório tivesse feito a mais leve, a mais vaga referência.

Pretende-se que o contrato rescisório deve ser entendido de combinação com o título de propriedade, onde está expressa a obrigação de fundar núcleos.

Pois bem. Confronte-se o título de propriedade com o contrato rescisório, e mais evidente se tornará a demonstração de que a obrigação de fundar núcleos deixou de subsistir.

O título de propriedade, de 14 de outubro de 1892, dizia: a) que o banco ficava investido do direito de propriedade dos 25 mil hectares de terras; b)

que o banco ficava obrigado a construir nessas terras o primeiro núcleo, conforme a determinação da cláusula 3.^a do contrato de 14 de outubro de 1890.

Veio o contrato de rescisão, de 17 de dezembro de 1901, e declarou: a) que ficava rescindido o contrato de 1890; b) que ficava mantido o direito do banco na propriedade dos 25 mil hectares de terras, de que trata o título expedido em 1892.

Ora, se o direito era um só — o de propriedade dos 25 mil hectares, — se uma só era também a obrigação — a de fundar os núcleos, e se apenas o direito foi mantido pelo contrato de rescisão, segue-se que esta, a rescisão, só se referia à obrigação de fundar os núcleos, porque nenhuma outra havia para ser rescindida.

E porque a rescisão versou precisamente sobre a obrigação de fundar os núcleos, desaparecendo assim a obrigação, foi que o contrato rescisório não falou absolutamente em obrigação, não fixou prazo para o cumprimento da obrigação, nem estabeleceu pena para o caso de não ser cumprida a obrigação no prazo prefixado, como o havia feito o contrato de 1890.

E' igualmente fora de qualquer dúvida que, no contrato de rescisão, o Governo Federal podia garantir o banco no direito às terras, de que ele já tinha título de propriedade, sem a obrigação de aí fundar núcleos coloniais.

Competente para fazer a concessão, o Governo Federal tinha também competência para rescindi-la, reconhecendo o direito e extinguindo a obrigação desde que a rescisão se fazia, não por inobservância de qualquer cláusula do contrato, mas por conveniência da União, tanto que esta se julgou no dever de pagar indenização ao concessionário.

Considera, entretanto, o acórdão embargado que, tendo caducado a concessão por falta de organização dos núcleos coloniais, nos prazos estipulados, ficou o Estado de São Paulo dono das terras perdidas pelo banco, ex-vi do artigo 64 da Constituição Federal, e assim não podia a União, sem assentimento do mesmo Estado, transigir e renunciar direitos, que não eram dela, mas dele, libertando a concessão do onus com que nascera.

Em primeiro lugar — ainda uma vez se repete — a concessão nunca foi declarada caduca pelo motivo aludido, nem por nenhum outro.

Ao contrário, apesar de não construídos os núcleos nos prazos estipulados, a concessão foi sempre considerada em pleno vigor pelo Governo Federal, único que seria competente para a declaração de caducidade.

Só muito mais tarde, a União, no seu interesse próprio, rescindiu o contrato, tendo, porém, garantido ao banco o seu direito aos 25 mil hectares de terras, de que já era proprietário. O fato da rescisão posterior é prova irrecusável de que a concessão não caducara anteriormente.

Dai a impossibilidade de argumentação, com fundamento na cláusula 5.^a ou em outra qualquer, do contrato de 1890, completamente rescindido pelo de 1901.

Em segundo lugar, admitido que se possa argumentar com o contrato rescindido e que a concessão ficou realmente caduca, por declaração de autoridade administrativa ou judiciária ou mesmo automaticamente, sem declaração de qualquer espécie; concedido que o fundamento da caducidade foi a não construção dos núcleos nos prazos estipulados e que o contrato de 1890 não foi rescindido pelo de 1901, com a ressalva de direitos a quem porventura já os tivesse adquirido — admitido tudo isso, contra a evidência dos fatos e das provas — daí não se poderia concluir que o Estado ficou sendo dono das terras perdidas pelo banco, por força do art. 64 da Constituição, porque, em virtude desse artigo, só as terras devolutas passaram ao domínio dos Estados, e as terras, de que se trata, tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que a 24 de fevereiro de 1891 estava em inteiro e incontestado vigor, não podiam mais ser consideradas devolutas (lei n. 601,

de 15 de setembro de 1850, art. 3.º, § 2.º), para o efeito do art. 64 da Constituição".

Assim o julgou, de modo inequívoco, o citado acórdão n. 1.157, de 1907, fazendo referência expressa ao art. 3.º, § 2.º, da lei n. 601, que não considera como terras devolutas as que já tivessem passado no domínio particular de alguém.

Perdido o seu primitivo caráter de devolutas, as terras concedidas não o readquiririam, ainda que a concessão houvesse sido declarada sem efeito.

Elas voltariam, neste caso, ao domínio da União, que as havia transferido como legítima proprietária e que continuaria como tal a praticar todos os atos inerentes ao domínio.

Os fatos, em seguida expostos, demonstram que era essa a verdadeira situação.

Por contrato de 21 de outubro de 1890, o Governo Provisório concedeu terras devolutas à Companhia Predial de São Paulo, nas mesmas condições em que as havia concedido a Ricardo Medina. Esse contrato foi declarado caduco em 11 de outubro de 1893, já na vigência da Constituição Federal, segundo consta do mencionado acórdão n. 1.157, de 1907.

Se procedesse a alegação de caducidade, sem ter sido esta declarada pelo poder competente, a concessão das terras à Companhia Predial de São Paulo já teria caducado automaticamente, muito antes de 1893, pelo simples fato de não ter a concessionária fundado os núcleos nessas terras, que ela nem sequer havia medido e demarcado.

Ora, se o Governo Federal declarou caduca a concessão das terras em 11 de outubro de 1893, é porque estas, apesar de já terem caducado automaticamente, continuaram no poder da União, que certamente não praticaria aquele ato de domínio, se as terras lhe não pertencessem, por haverem passado à propriedade do Estado, *ex-vi* do art. 64 da Constituição.

Conformando-se com o ato do Governo Federal, que declarara caduco o contrato, a Companhia Predial cedeu os seus direitos aos Drs. Gabriel e Ismael Dias da Silva.

Estes requereram, não ao Estado de São Paulo, mas ao Governo Federal, dono das terras de concessão caduca, que lhes fosse entregue a metade das mesmas terras, de acordo com a cláusula 5.ª do contrato, então invocada pertinentemente, uma vez que a concessão fora declarada sem efeito.

O Governo Federal lhes indeferiu o requerimento.

Os cessionários propuseram ação contra ele, e não contra o Estado de São Paulo, sem ter sido jamais alegado e julgado que as terras perdidas pela Companhia Predial, em consequência da caducidade, houvessem passado para o domínio do mesmo Estado, de acordo com o art. 64 da Constituição.

Outro fato, que prova a continuação do domínio da União sobre as terras, cuja concessão fora anteriormente declarada caduca, é o verificando a respeito da concessão feita a Custodio Joaquim das Chagas.

Por portaria de 19 de fevereiro de 1894, a União declarou caduco o contrato celebrado com aquele concessionário e ela mesma revalidou o contrato por portaria de 5 de agosto de 1896, de modo que Custodio figurou entre os contratantes que receberam indenização por haverem sido rescindidos os contratos em 17 de dezembro de 1901.

De resto, se prevalecesse a consideração de que, tendo ficado caduca a concessão, por não ter o banco construído os núcleos nos prazos estipulados, não mais podia a União transigir e renunciar direitos, sem o assentimento do Estado, neste caso não poderia a União celebrar o próprio contrato de rescisão de 1901.

Entretanto, a validade desse contrato, até hoje não posta em dúvida por ninguém, é igualmente reconhecida pelo acórdão embargado, que o interpreta de acordo com o título de propriedade, para assegurar ao banco o direito à me-

tade das terras, por não ter ele construído os núcleos nos prazos convencionados.

De modo que, ou o contrato de rescisão é válido, porque a União podia celebrá-lo, e neste caso é indiscutível o direito do banco aos 25 mil hectares das terras; ou o contrato de rescisão é nulo, por não poder a União transigir, e neste caso nem mesmo aos 12 mil e quinhentos hectares o banco teria o direito, que o acórdão considera indubitável.

Se, pois, o acórdão embargado reconhece a validade do contrato, que é uma transação, carece de procedência o argumento do mesmo acórdão, quanto a não poder a União transigir.

Nem seria possível deixar de reconhecer a validade do contrato de rescisão, porque, além do mais, esse contrato foi autorizado pelo Poder Legislativo, celebrado pelo Poder Executivo e julgado pelo Poder Judiciário, como ato *juridicamente perfeito, acabado e obrigatório para as partes*, em vista do acórdão do Supremo Tribunal Federal de 18 de junho de 1904.

Além desta decisão do Supremo Tribunal Federal, outras existem da Justiça local, fundadas na validade do contrato de rescisão de 1901, como sejam as sentenças dos juizes Carvalho e Mello, Affonso de Carvalho e Campos Maia, das quais já se tem conhecimento pelas referências que lhes são feitas.

Isto, no que respeita especialmente ao contrato de rescisão.

Quanto ao domínio e posse do banco, em geral, existem, além dessas mesmas decisões, várias outras da Justiça federal e local, a saber: o acórdão número 1.157, de 1907, do Supremo Tribunal Federal, e as sentenças dos juizes Pires e Albuquerque, Aquino e Castro e Miguel de Godoy Moreira e Costa (fls. 928, 548 e 506).

Objeta, entretanto, e por último, o acórdão embargado que as sentenças da Justiça local paulista e da federal, reconhecendo o domínio pleno e definitivo do Banco Evolucionista, não podem constituir caso julgado, por serem proferidas, umas por Juiz incompetente e outras em ações possessórias e com relação a terceiros.

E' manifesta a improcedência do argumento.

A única sentença anulada, por motivo de incompetência da Justiça local para julgar os embargos do terceiro do Estado de São Paulo, foi a do juiz Elviro Carrilho.

As demais estão em pleno vigor, mesmo a que foi proferida nos embargos de terceiro, do espólio do barão de Campinas, porque o Supremo Tribunal julgou recentemente que a Justiça local é a competente para conhecer de tais embargos e mandou que as Câmaras Reunidas da Corte de Apelação os julgassem, em grau de recurso, interposto da sentença de primeira instância, confirmada pela 1.ª Câmara, na qual ficara estabelecido que "na rescisão dos contratos de concessões não estão incluídos os 25 mil hectares de terras, já de propriedade do Banco, visto já ter satisfeito todas as condições da concessão, estando eles compreendidos na ressalva da lei n. 446, de 29 de dezembro de 1900 e termo de rescisão a fls. 113".

As únicas sentenças proferidas em ações possessórias foram a dos juizes Miguel de Godoy e Aquino e Castro.

Não obstante, o primeiro julgou que era completa a prova da posse, assim como a do domínio do Banco Evolucionista, e o segundo considerou que, já tendo sido reconhecida essa posse pelo primeiro, não lhe era lícito julgar de modo diferente, sem infração do art. 62 da Constituição.

Nem se poderia dizer que o juiz exorbitou, conhecendo do domínio em ação possessória, porque se é verdade que o possuidor não pode deixar de ser mantido ou reintegrado na posse, sob a alegação de não ter ele o domínio da coisa, pode esse domínio ser apreciado, quando ambos os litigantes o invocam, em justificação da posse disputada, e então, o juiz julgará que a posse não é daquele a quem evidentemente não pertence o domínio, conforme a inteli-

gência do art. 505, do Código Civil, reproduzido do assento de 16 de fevereiro de 1786.

Como quer que seja, duas somente foram as sentenças proferidas em ações possessórias, nos termos expostos.

Todas as outras, dos demais juizes, foram proferidas em ações de reivindicação, e em embargos de terceiros senhores e possuidores, onde o objeto principal da discussão e julgamento foi o domínio.

Em todos esses pleitos o Banco Evolucionista foi sempre parte litigante, ora com um, ora com outro contendor, e em todos eles o julgamento versou sobre as questões debatidas neste processo, a saber: o domínio e posse das terras concedidas pelo contrato de 1890; o contrato de rescisão de 1901, que assegurou ao banco o direito aos 25 mil hectares de terras, de que ele já tinha título de propriedade; o direito do banco, garantido pela cláusula 5.^a do contrato de 1890, à metade dessas terras, adquiridas para a formação do primeiro núcleo, embora ele o não tivesse organizado; a inapplicabilidade do art. 64 da Constituição, às terras concedidas ao banco, as quais não passaram ao domínio do Estado de São Paulo, uma vez que já não podiam ser consideradas devolutas, pelo fato mesmo de haverem passado ao domínio particular do banco.

Não é possível, portanto, deixar sem applicação ao caso o art. 62, da Constituição, que não permite que a Justiça federal anule, altere ou suspenda as decisões da Justiça estadual e vice-versa, tanto mais quanto, sobre essas questões, agora discutidas, tem sido uniformes os julgamentos das duas Justíças.

Para a applicação do art. 62 à hipótese dos autos, não seria necessário que já tivesse havido julgamento anterior sobre os mesmos embargos de terceiro senhor e possuidor, opostos pelo Estado de São Paulo, na execução movida por Antonio Joaquim Teixeira, contra o Banco Evolucionista, porque neste caso a demanda posterior seria, desde logo, rejeitada pela exceção de coisa soberanamente julgada.

Já foi lembrado o caso da *São Paulo Northern Railway Company*, ao qual o Supremo Tribunal tem applicado o art. 62, embora nas várias demandas intentadas contra essa companhia, a propósito da venda da massa falida da Estrada de Ferro Araraquara, a Northern tenha figurado, sempre, ora com um, ora com outro litigante, exatamente como no caso do Banco Evolucionista.

Já foi também invocado o caso da francesa *Marthe Donat*, em que se fez applicação do art. 62, em circunstâncias muito menos favoráveis a essa applicação do que no presente caso.

O mais importante, porém, de todos os casos de applicação do art. 62 foi o que se verificou nos embargos do espólio do barão de Campinas, de que já se deu noticia detalhada.

Mais importante, porque o julgamento ocorreu apenas há meses, em hipótese perfeitamente idéntica à dos presentes autos, sobre o mesmo assunto e entre as mesmas partes.

Por acórdão de 24 de junho próximo passado, o Supremo Tribunal conheceu do recurso extraordinário, interposto por Antonio Joaquim Teixeira, da decisão favorável ao espólio do barão de Campinas, não porque tivesse ocorrido alguma das hipóteses, em que o recurso era permitido pelo art. 59 da Constituição, mas porque, segundo declarou o acórdão, era preciso fazer observar o art. 62 da mesma Constituição, infringido pela Justiça local, uma vez que esta, nos embargos de terceiro senhor e possuidor do espólio do barão de Campinas, julgara nula a ação hipotecária, proposta por Antonio Joaquim Teixeira, contra o Banco Evolucionista, quando o Supremo Tribunal Federal, nos embargos de terceiro senhor e possuidor do Estado de São Paulo, agora em discussão, já tinha julgado válida a ação hipotecária, proposta por Antonio Joaquim Teixeira, contra o Banco Evolucionista.

O Supremo Tribunal Federal applicou acertadamente o art. 62 da Constituição Federal.

Não julgou, como pretende o acórdão embargado, que se tratava de *res inter alios* ou de decisão proferida em relação a terceiros.

A identidade entre os dois casos é absoluta.

Nos embargos de terceiro senhor e possuidor, opostos pelo espólio do barão de Campinas, são exequente e executado, respectivamente, Antonio Joaquim Teixeira e o Banco Evolucionista.

Nos embargos de terceiro senhor e possuidor opostos pelo Estado de São Paulo, figuram também, como exequente e executado, Antonio Joaquim Teixeira e o Banco Evolucionista.

Não seria possível que a decisão agora variasse, sem incorrer em contradição manifesta e sem violar expressamente o art. 62 da Constituição.

Se, pois, a Justiça local tem julgado, por várias vezes, que são do Banco Evolucionista o domínio e a posse dos 25 mil hectares das terras, que lhe foram concedidas, não pode o Supremo Tribunal invalidar, anular agora essas decisões, sobretudo quando, na mesma conformidade da Justiça local, tem igualmente julgado a Justiça federal, inclusive o próprio Tribunal Supremo.

E o domínio do banco sobre esses 25 mil hectares estaria ainda fortalecido por uma consideração do acórdão embargado.

Este julgou que o banco teria direito aos 25 mil hectares, se houvesse construído o primeiro núcleo, mas não o tendo feito, *mesmo na ocorrência de culpa de sua parte*, ainda assim a liquidou aquele direito a metade dos 25 mil hectares, por força da cláusula 5.^a do contrato de 1890.

Ora, provado, como se acha agora, com os embargos do exequente, que não foi por culpa do banco que este deixou de construir o núcleo, mas por circunstâncias independentes de sua vontade, em vista dos obstáculos que lhe foram opostos, até a mão armada, a conclusão, a que chegaria o próprio acórdão embargado, é que o direito aos 25 mil hectares ficou subsistindo, ainda que fosse possível argumentar com a cláusula 5.^a do contrato de 1890, por não existir o de 1901, que o recindiu, ou por ter o contrato de rescisão obrigado o banco a fundar núcleos.

O acórdão embargado julgou suficiente a prova do domínio e posse do Estado de São Paulo, em relação às terras que este adquirira, por compra a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura, "em época anterior à concessão feita ao banco".

E' o único fundamento do acórdão embargado, que certamente o não teria aduzido, senão por evidente equívoco, porque a concessão feita ao banco é de 14 de outubro de 1890, ao passo que o Estado de São Paulo comprou as terras aos Mouras por escritura de 6 de maio de 1909 (fls. 59) — dezenove anos depois daquela concessão.

João Francisco de Moura e Dr. Fernando Moura é que, antes da concessão dessas terras ao banco, as haviam comprado ao Governo Provisório do mesmo Estado de São Paulo, em 5 de dezembro de 1889.

A esse tempo, porém, o Estado de São Paulo não podia vender terras devolutas, que não eram dele, mas de propriedade da União.

E' nula, portanto, a venda dessas terras, não só porque o Estado as adquiriu a *non domino*, como porque a venda se fez particularmente, quando o decreto do Governo Provisório n. 7, de 20 de novembro de 1889, art. 2.º, § 11, só em hasta pública admitiu a venda de bens do Estado, acrescentando que nem mesmo em hasta pública podia ser feita a venda de terras devolutas, por não estar ela compreendida no citado art. 2.º, § 11, do decreto de 20 de novembro de 1889, conforme explicou o aviso do mesmo Governo Provisório, de 23 de janeiro de 1890.

O exequente, segundo embargante, também opôs embargos ao acórdão, para lhe ser reconhecido o direito, não somente à metade, mas à totalidade dos

25 mil hectares de terra, sem dedução das que foram compradas aos Mouras e das que foram desapropriadas ao Dr. João Baptista de Oliveira Penteadó.

Nas duas primeiras partes do pedido o 2.º embargante tem razão, porque pertencem ao executado os 25 mil hectares de terras, nos quais estão compreendidas as que o Estado de São Paulo comprou a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura, à vista das considerações já aduzidas.

Não procedem, porém, os embargos do 2.º embargante, quanto às terras desapropriadas ao Dr. Oliveira Penteadó, porque este era o legítimo proprietário das referidas terras, as quais, antes dele, pertenciam ao Dr. Benedito Estelita Alvares, que succedeu a seu pai Thomaz Luiz Alvares, em cujo domínio particular já se achavam as terras aludidas desde o ano de 1888, conforme consta da certidão a fls. 340.

Alega o 2.º embargante que o julgamento das questões sobre terras devolutas compete ao juiz comissário, sem intervenção do Poder Judiciário, e que esse julgamento deve ser proferido somente de acordo com a lei de 1850 e seu reg. de 1854, sendo certo que Thomaz Luiz Alvares não provou que tivesse legitimado a posse das suas terras, legitimação que era necessária em face daquela legislação especial, segundo julgou o acórdão do Supremo Tribunal, de 5 de agosto de 1922.

E' improcedente a alegação, por se não tratar de um ato de legitimação, desde que as terras se achavam no domínio particular de Thomaz Luiz Alvares, no que se depreende do citado documento de fls. 340, contra o qual nenhuma objecção foi oposta.

Alega também o 2.º embargante que os embargos do Estado de São Paulo não foram opostos à penhora de todas as terras, mas somente à das que foram desapropriadas ao Dr. Oliveira Penteadó e à das que foram compradas a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura.

Efetivamente, os embargos foram mandados processar em auto apartado e daí se poderia depreender que não foram opostos a todos os bens, mas somente a alguns deles, na forma do art. 600 do reg. 737, de 1850 e do art. 632, parte 3.ª, do decreto n. 3.084, de 1898, sendo certo que só a respeito das terras desapropriadas e compradas o Estado de São Paulo ofereceu prova documental.

Entretanto, é igualmente certo que o 1.º embargante, Estado de São Paulo, alegou, na qualidade de terceiro senhor e possuidor, que os bens penhorados consistiam em terras devolutas e em terras, benfeitorias e edificações adquiridas de particulares.

Assim, é fora de qualquer dúvida que os embargos, embora desacompanhados de prova em relação a uma parte das terras, foram opostos à penhora de todas elas.

O recebimento, em auto apartado, desses embargos, por despacho, de que não houve recurso, se explicará, talvez, pelo fato de serem vários os embargantes, na qualidade de terceiros senhores e possuidores.

Nestas condições, rejeito os embargos do 1.º embargante, Estado de São Paulo, que os opôs, para o fim de ser decretada a nulidade da penhora, por serem de sua propriedade e posse as terras penhoradas.

Recebo, em parte, os embargos do 2.º embargante, Antonio Joaquim Teixeira, para declarar que são do domínio e posse do executado, Banco Evolucionista, não somente os 12.500, mas os 25.000 hectares das terras penhoradas, nas quais se acham compreendidas as que o Estado de São Paulo comprou a João Francisco de Moura e ao Dr. Fernando Moura.

Rejeito os embargos do mesmo exequente, na parte relativa às terras, legitimamente adquiridas pelo Estado de São Paulo, em virtude de desapropriação, ao Dr. João Baptista de Oliveira Penteadó.

Tal o voto que proferi, na sessão de 13 de junho, em que se iniciou o julgamento dos embargos. Nas sessões subsequentes, em que foram manifestados os votos contrários, aduzi, a propósito desses votos, dois argumentos novos: um, em favor da aquisição das terras; outro, contra a caducidade do contrato.

Em relação ao primeiro, o Sr. ministro 2.^o revisor fundou-se, exclusivamente, no acórdão n. 834, de 12 de maio de 1903, para concluir que as terras não foram adquiridas pelo executado.

A doutrina desse acórdão, já repelida pelo de 1907, era de fato inaceitável, à vista do que já ficou exposto, e ainda por um outro motivo, de incontestável relevância: o acórdão de 1903 chegou à conclusão, desautorizada pelas premissas que ele próprio estabeleceu.

Diz, com efeito, o citado acórdão que os contratos de burgos agrícolas foram celebrados sob a condição suspensiva de serem medidas, no prazo estipulado, as terras cedidas, e que tais contratos só seriam perfeitos depois de cumprida a condição.

Ora, as terras foram medidas dentro do prazo convencionado de um ano.

Logo, cumprida a condição, o contrato ficou perfeito.

Considera, porém, o mencionado acórdão que não se cumpriu a condição, porque, na pendência desta, foi promulgada a Constituição Federal, que no art. 64 transferiu para os Estados a propriedade das terras devolutas, e assim aquele artigo "resolveu a concessão dessas terras que, na data da promulgação da Constituição, ainda não tinham sido medidas e entregues aos concessionários".

O acórdão de 1907 demonstrou que o dispositivo constitucional invocado não podia ofender direito adquirido, em virtude de um contrato celebrado no domínio da lei anterior.

Isto importaria na anulação de outros dispositivos constitucionais, como o que proíbe a retroatividade das leis (art. 11, n. 3) e o que garante a propriedade em toda sua plenitude (art. 72, § 17).

Há, porém, um argumento novo contra o acórdão de 1903 e em favor do de 1907.

E' o art. 122, do Código Civil, que prescreve o seguinte:

"Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis".

O artigo parece ter sido escrito para o caso.

Em 14 de outubro de 1890, a União Federal dispôs de uma certa porção de terras devolutas, sob a condição de serem essas terras medidas no prazo de um ano.

Enquanto pendia a condição, sobreveio, em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição Federal, que transferiu da União para os Estados a propriedade das terras devolutas, estabelecendo assim uma nova disposição sobre a propriedade das mesmas terras.

Realizou-se a condição, porque as terras foram medidas, antes de 14 de outubro de 1891.

Logo, a nova disposição constitucional, que é incompatível com o preenchimento da condição suspensiva, não tem valor para prejudicar a concessão feita anteriormente.

E' certo que o Código Civil ainda não vigorava quando foram celebrados os contratos de burgos agrícolas; mas o princípio estabelecido no art. 122 é de direito universal, tanto que o consagram vários Códigos de nações civilizadas, como o francês (art. 1.179), o italiano (art. 1.170), o alemão (art. 161), o federal suíço das obrigações (art. 1.152), o uruguaio (art. 1.426), o argentino (art. 577), etc.

Em todos eles se estabelece que, cumprida a condição, os efeitos da obrigação retroagem ao dia em que esta foi contraída.

Por esse mesmo motivo, é também destituída de importância a consideração de que não houve tradição ou entrega das terras cedidas, requisito indispensável para a transferência do domínio, porque foi o próprio contrato que estabeleceu que as terras cedidas só seriam entregues ao concessionário depois de medidas e de pago o preço respectivo.

É estranhável, entretanto, que o Sr. ministro 2.^o revisor, tão cioso da observância da jurisprudência do Supremo Tribunal, a ponto de notar, para que essa jurisprudência não periclite, as contradições de ministros que julgam questões idênticas de modo diferente, é estranhável que o Sr. ministro 2.^o revisor não se tenha apercebido da contradição flagrante, evidente, manifesta, em que incorreu, quando, no acórdão de 1907, confirmado, por seus fundamentos, pelo de 1920, deu ao art. 64 da Constituição e à cláusula 5.^a do contrato de 14 de outubro de 1890 inteligência diversa da que agora lhes empresta.

Efetivamente, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, n. 834, de 12 de maio de 1903, considerou que os contratos de burgos agrícolas foram celebrados sob a condição suspensiva de medição das terras cedidas, e só seriam perfeitos depois de cumprida a condição; que nos contratos questionados não se fez aos concessionários tradição das terras cedidas, e, sem tradição, não há transferência de domínio; que o art. 64, da Constituição, resolveu as concessões de terras devolutas, que na data de sua promulgação ainda não tinham sido medidas e entregues aos concessionários (Dir., vol. 93, pág. 503).

Invocando esse acórdão, sob a consideração de versar o mesmo sobre questão jurídica idêntica à que ora se discute, o Sr. ministro 2.^o revisor julgou que o banco executado não tem o domínio das terras que lhe foram concedidas, porque o art. 64 da Constituição transferiu para os Estados a propriedade das terras devolutas, e, conseqüentemente, a posse das mesmas terras.

Ponderou-se a S. Excia. que o acórdão de 1903 foi declarado nulo por outro acórdão do mesmo Supremo Tribunal Federal, pela razão de haver sido proferido apenas por seis juizes, número insuficiente para constituir a maioria dos julgadores, e o Sr. ministro 2.^o revisor retorquiu que isso pouco importa, porque ele não invocava o dispositivo do acórdão, mas os seus fundamentos, que S. Excia. transcreveu e são os que acima estão reproduzidos.

Esses fundamentos, continua o ilustrado juiz, subsistem, apesar de consignados em acórdão nulo, porque representam a opinião, a que recorreu, dos seis juizes signatários do acórdão — os ilustres ministros Americo Lobo, Manoel Murinho, Piza e Almeida, André Cavalcanti, Lucio de Mendonça e Hermínio do Espírito Santo.

Objetou-se, ainda, ao Sr. ministro 2.^o revisor, que os fundamentos, precisamente os fundamentos do acórdão n. 834, de 12 de maio de 1903, é que foram refutados, considerados injurídicos pelo acórdão n. 1.157, de 16 de janeiro de 1907, proferido em questão jurídica idêntica.

Esse acórdão de 1907, tomando em apreço a alegação de que "o art. 64, da Constituição, fez caducar todos os contratos de burgos agrícolas, cujas terras não houvessem sido medidas e pagas até a data da promulgação da Constituição, conforme decidiu o Tribunal, no acórdão n. 834, de 12 de maio de 1903" — esse acórdão de 1907 julgou que "o contrato celebrado competentemente pela União, de acordo com a legislação, então, em vigor, era um ato juridicamente perfeito e acabado, ao tempo em que se promulgou a Constituição, e, nestas condições, representando um direito adquirido para a companhia concessionária, não podia ser atingido e desfeito por lei posterior, acrescentando que as terras, objeto do contrato, tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que, a 24 de fevereiro de

1891, estava em inteiro e incontestado vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.º, § 2.º) para o efeito do art. 64, da Constituição".

Lembrou-se também ao Sr. ministro 2.º revisor que esse acórdão de 1907 está assinado pelos ministros Epitacio Pessoa, relator; Pindabyba de Mattos, Amaro Cavalcanti, G. Natal, *Herminio do Espírito Santo*, Manoel Murinho, Ribeiro de Almeida, André Cavalcanti e Manoel Espinola, e que o referido acórdão de 1907, combatendo o de 1903, foi confirmado unanimemente, por seus fundamentos, pelo acórdão de 31 de julho de 1920 — assinado pelos ministros (respeitada a ordem das assinaturas), HERMENEGILDO DE BARROS, relator; Sebastião de Lacerda, Pedro dos Santos, Viveiros de Castro, G. Natal, Edmundo Lins, Pedro Mibielli, Leoní Ramos, João Mendes e Godofredo Cunha.

Autoridade por autoridade, se prevalecesse a razão da autoridade, e não a autoridade da razão, os signatários do 2.º acórdão são em número muito superior, nada menos de 19 juizes, ao passo que os signatários do 1.º acórdão são apenas seis, e estes reduzidos a três, porque os três restantes, cujos nomes estão sublinhados, assinaram também o 2.º acórdão, o que prova que esses três ministros renunciaram a opinião, que haviam manifestado anteriormente.

Autoridade por autoridade, bastaria a do Sr. ministro 2.º revisor que assinou o acórdão de 1920, confirmativo, por seus fundamentos, do de 1907, tanto mais quanto esse acórdão, que S. Excia. confirmou, é da lavra do ministro Epitacio Pessoa, que foi, incontestavelmente, um grande, um notável juiz no Tribunal, como o está sendo o ministro Edmundo Lins.

A todas essas ponderações, qual a qual mais valiosa, o Sr. ministro 2.º revisor opôs, tão somente, que o acórdão de 1920, que S. Excia. assinou, em retificação ao de 1903, com o qual agora está argumentando, é *res inter alios*!

Esquece-se, porém, S. Excia., de que se é *res inter alios* esse acórdão de 1920, por ter sido "proferido na causa entre a União Federal, como apelante, e como apelados os Srs. Gabriel Dias da Silva e Ismael Dias da Silva"; *res inter alios* é também o acórdão de 1903, "por ter sido proferido na causa entre Manoel Marques, como apelante, e como apelada a União Federal".

Esquece-se S. Excia. de que invocara o acórdão de 1903, por ter sido proferido em questão jurídica idêntica, como o é, inquestionavelmente, a de que se trata, acrescentando a circunstância de que na causa, em que foi proferido o acórdão de 1903, as partes são Manoel Marques Leitão e a União Federal, ao passo que aqui as partes são sempre as mesmas — Antonio Joaquim Teixeira, exequente, e o Banco Evolucionista, executado.

Os terceiros senhores e possuidores é que variam, porque são, ora o Estado de São Paulo, ora o espólio do barão de Campinas, ora o Dr. Lins e Vasconcellos, etc., exatamente como nos casos da Northern, que S. Excia. não considerou *inter alios* e em que fez aplicação do art. 62 da Constituição, agora completamente esquecido.

No que respeita à inteligência da cláusula 5.ª, do contrato de 1890, o Sr. ministro 2.º revisor não reconheceu o direito do concessionário à metade, sequer, das terras, quando, no acórdão de 1920, foi esse direito reconhecido por S. Excia., que dá agora, como razão de seu voto, omissão a respeito no acórdão embargado, a necessidade de serem "constituídos, se não todos, ao menos alguns dos núcleos, faltando apenas um ou outro que, por qualquer circunstância, não tivesse sido constituído".

Ora, já se mostrou que essa razão, que era a do voto do Sr. ministro Viveiros de Castro, no acórdão embargado, absolutamente não procede, porque o falecido ministro entendia que era necessária a fundação de um núcleo pelo menos, para que o concessionário tivesse direito à metade das terras, quando da citada cláusula 5.ª e do acórdão de 1920 resulta, sem dúvida, os

espécie alguma, que precisamente por não ter o concessionário construído um só dos núcleos, é que se lhe garantia o direito a metade das terras.

Ao Sr. ministro 2.^o revisor não parece razoável que "por dez réis de mel coado, isto é, 15033 réis por hectare", o Governo Provisório houvesse concedido a metade das terras, em zona riquíssima da Capital do Estado de São Paulo, ao concessionário, que deixara de cumprir as condições do contrato.

Não tenho por inútil repetir que ao Poder Judiciário não incumbe apreciar se o Governo Provisório andou bem ou mal na celebração do contrato.

Seu dever é fazê-lo executar, desde que o contrato é válido e foi celebrado por quem tinha competência reconhecida pelo Tribunal.

Em todo caso, o preço de 15033 réis por hectare, se equivale a *dez réis de mel coado*, não foi estabelecido como favor ao executado, porque foi o preço fixado para todos os concessionários pelo art. 40 do decreto n. 528, de 28 de junho de 1890.

O segundo argumento novo, que aduzi, refere-se à não caducidade do contrato.

Demonstrei, por todas as formas, que o contrato não caducara, mesmo porque o Governo Federal, competente para decretar essa caducidade, jamais o fizera, tendo, ao contrário, declarado, por várias vezes, que o contrato se achava em pleno vigor.

Neste particular, já havia recordado o caso do engenheiro Gastão Lobão, para mostrar que, em acordão redigido pelo Sr. ministro 2.^o revisor, se considerara como reconhecimento do direito deste engenheiro pelo Governo o simples fato de haver o Presidente da República transmitido a pretensão dele ao Poder Legislativo, para que a tomasse na consideração que merecesse.

Havia, então, um suposto reconhecimento de direito, ao passo que aqui se trata de um reconhecimento, inequívoco e reiterado, no sentido de não ter caducado o contrato.

Ainda por último, o Governo Federal, que é a própria parte contratante, recindiu todos os contratos de burgos agrícolas, declarando, porém, que ficavam mantidos os direitos daqueles que já tinham adquirido terras em virtude de título expedido por governadores ou presidentes de Estado.

Mais uma prova, portanto, e prova irrecusável, de que o contrato com o Banco Evolucionista, que já tinha aquele título, não caducou, tanto que o contrato era recindido, e não se recinda o que está caduco, mas somente o que está em vigor.

Considerou, não obstante, o Sr. ministro 2.^o revisor que esse contrato de recisão, com ressalva do título de propriedade do executado, contrato de recisão, autorizado pelo Poder Legislativo, celebrado pelo Poder Executivo e mandado cumprir pelo Poder Judiciário, em outro acordão unânime do Supremo Tribunal Federal, que declarou o referido contrato um *ato jurídico, perfeito, acabado e obrigatório para as partes*, considerou o Sr. ministro segundo revisor, sem fazer a menor alusão a esse acordão do Supremo Tribunal, que o contrato de recisão, respeitando o título de propriedade do executado, aos 25.000 hectares de terras, nada vale, porque, quando foi celebrado o contrato de recisão, já o contrato recindido havia caducado.

Mas, por que motivo havia caducado o contrato recindido?

Porque, segundo S. Excia., essa caducidade ficara evidentemente demonstrada pelo advogado do embargante.

Aqui estão as suas palavras: "E' o que o abalizado juriconsulto, advogado do Estado de São Paulo, Dr. Manoel Villaboim, demonstra com evidência palpável, já nos seus embargos, já na respectiva sustentação, como se vê a folhas. *Adoto, portanto, essas razões como parte integrante deste voto; considero-as verdadeiramente magistrais na forma e no fundo*".

Ora, eu já analisei, uma por uma, as alegações do Estado de São Paulo e mostrei que essas alegações incorrem, por mais de uma vez, em grave equívoco.

Um deles é precisamente o que atribue a caducidade, ora ao fato de não terem sido adquiridas as terras no prazo de um ano, ora ao fato de não ter sido fundado o primeiro núcleo nos dois anos subsequentes.

Não sei, portanto, qual das duas alegações o Sr. ministro 2.º revisor adotou, para considerar o contrato caduco.

Se foi a primeira, S. Excia. convirá na sua improcedência, porque o contrato não cogitou da caducidade pelo motivo de não aquisição das terras no prazo de um ano, mas, tão somente, pelo motivo de não construção do núcleo nos dois anos seguintes.

Na apelação n. 2.480, entre a Fazenda do Estado de Alagoas e Moraes de Los Rios e outros, o Sr. ministro 2.º revisor julgou, aliás, muito bem nesta parte, que a pena de caducidade só se aplica quando estipulada para determinado caso e não para outro.

Entendendo, porém, que a caducidade fora decretada pelo Governo, *ex proprio Marte*, antes de tempo, isto é, antes da data em que deveria ser paga a prestação pela concessionária, que por esse motivo não fixara o pagamento de tal prestação, o Sr. ministro 2.º revisor escreveu que só "um louco rematado" seria capaz de pagar elevada soma por uma concessão já declarada caduca, podendo-se "sem temor de erro afirmar que, dentre todos os internados no Hospício Nacional, nenhum cometera semelhante distate". "E é isso, entretanto, concluiu S. Excia. com muitos pontos de admiração, o único fundamento do atual acordão!!!" (Rev. do Supr. Trib., vol. 37, pág. 93).

Se eu tivesse de assinar o acordão, depois de S. Excia., que tão rudemente o combateu e o assinou em último lugar, não iria, certamente, protestar contra a demasia de linguagem, desculpável no ardor do entusiasmo com que o erudito juiz defendia a sua opinião, que, apesar de vencida, isoladamente, seria, talvez, a verdadeira, bastando para assim o supor que S. Excia. a tivesse sustentado.

Não protestaria contra a ofensa lançada à quase unanimidade dos juizes do Tribunal, nos quais se atribuiu distate, que o mais rematado de todos os loucos do Hospício não seria capaz de praticar.

Apenas procuraria convencer da injustiça da ofensa, como o fez posteriormente o ministro Guimarães Natal, redator do acordão criticado, quando, aliás, já não podia fazê-lo, nos autos ou no 2.º acordão, uma vez que este não conhecera dos embargos opostos àquele, cujo merecimento não mais podia ser apreciado. (Rev. do Supr. Trib., vol. 49, pág. 116).

Não procede, pois, a primeira razão do Estado de São Paulo, para a declaração da caducidade, porque esta não foi prevista para o caso de não serem as terras adquiridas no prazo de um ano.

Se não foi, porém, a primeira razão, mas a segunda, que o Sr. ministro 2.º revisor adotou para considerar o contrato caduco, isto é, a de não ter sido fundado o primeiro núcleo, no prazo de dois anos, novo argumento se lhe pode opor, porque, embora o não aceite, esse argumento é contra o seu voto e em favor do meu.

Tendo sustentado que a caducidade não se operava de pleno direito, pelo simples fato de não ter sido construído o núcleo (Carlos de Carvalho, artigo 960), mas dependia da declaração pelo poder competente, de acordo com a própria legislação do Estado de São Paulo, eu admiti que o Governo Federal era competente para decretar a caducidade, o que, entretanto, se não verificara, porque aquele Governo, que era a própria parte contratante, sempre declarara, por atos inequívocos e reiterados, que o contrato se achava em pleno vigor.

Agora, porém, a propósito de pesquisa sobre outro assunto, encontro, ao acaso, decisões do Supremo Tribunal Federal, diante das quais nem o próprio Governo Federal poderia declarar caduco o contrato.

Em 24 de outubro de 1890, o Governo Provisório contratou também com o barão do Serro Azul a fundação de burgos agrícolas no Estado do Paraná.

Havia ele iniciado a execução do contrato, quando foi fuzilado.

Sob o fundamento de não haver o contratante depositado, no prazo, que lhe fora assinado, a quantia correspondente às despesas com a fiscalização do contrato, foi este declarado caduco pelo Governo.

Os herdeiros do falecido contratante propuseram ação de indenização por perdas e danos, a qual foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal, porque "não assistia direito ao Governo para recindir ou declarar caduco o contrato do barão do Serro Azul, pela falta de pagamento da quantia fixada para as referidas despesas, uma vez que nem a lei, nem as estipulações do contrato, o investiam de poder para tanto e, consequentemente, fazendo-o, incorreu em culpa, que acarreta a responsabilidade da Fazenda Nacional, pelos prejuízos daí resultantes para a outra parte contratante" (Direito, vol. 73, pág. 515).

Em outro caso, tendo o Governo declarado caduco o contrato que celebrara com Manoel Gomes de Oliveira, para fundação de burgos agrícolas, por não ter sido executado o contrato no prazo marcado, que o Governo considerara excedido, o Supremo Tribunal julgou que o Governo não era competente para declarar a caducidade "e sim a autoridade judiciária, afim de que não se arrogasse ele a estranha atribuição de ser parte e juiz ao mesmo tempo, ou juiz do próprio ato".

E o Supremo Tribunal acrescentou que a competência do Governo não podia ser deduzida de cláusula do contrato, que lhe dava o direito de resolver as questões suscitadas na execução do mesmo contrato, por não se tratar de questão alguma sobre essa execução (Direito, vol. 77, pág. 181).

Apesar desses acordãos, eu continuo a manter o meu voto, nesse particular.

A caducidade do contrato se opera de pleno direito quando assim o determina a lei ou o contrato.

Fora desses casos, a caducidade depende de declaração pelo poder competente.

A competência do Governo Federal para o caso está compreendida na cláusula X do contrato: "As questões que se suscitarem na execução do presente contrato serão resolvidas pelo Governo".

Mas o Governo nunca declarou o contrato caduco: ao contrário, sempre o declarou em inteiro vigor.

Seria mais interessado do que a própria parte contratante o juiz que julgasse o contrato caduco, não obstante as declarações em contrário da mesma parte.

De resto, os votos que negam tudo ao executado resumem-se no seguinte:

Eles afirmam que as terras não são de propriedade deste, porque não foram sequer adquiridas.

Diante, porém, do título de aquisição, que está nos autos, aos quais foi junto nada menos de quatro vezes, por um verdadeiro luxo de documentação, aqueles votos admitem que, em verdade, o título existe, mas não tem valor, não só porque o presidente do Estado, que o assinou, não podia vender terras de propriedade do Estado, como porque o título caducara, por não ter o concessionário cumprido a condição suspensiva, relativamente à fundação dos núcleos.

Demonstrou-se, entretanto, que não fora o Estado, mas a União que vendera as terras, de propriedade dela, e que o título não ficara caduco, porque, além de outras razões, eram constantes as declarações de não caducidade por parte do Governo Federal, que, por último, no contrato de recisão, consignou, expressamente, que ficava mantido, sem condição alguma, aquele título de aquisição das terras.

À vista disso, os votos totalmente vencidos concluem que esse contrato de rescisão é igualmente sem valor, porque anteriormente já tinha caducado o contrato rescindido, e, assim, o executado não tinha direito nem mesmo à metade das terras, uma vez que estas não foram adquiridas!

E com este verdadeiro círculo vicioso anula-se o título, mantido expressamente por um contrato, que o Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 18 de junho de 1904, declarou válido, perfeito, acabado e obrigatório para as partes contratantes, sem que, uma só vez sequer, se tenha feito a mais leve, a mais tenue referência a esse acórdão, constantemente invocado pelo exequente!

E, por essa forma, anula-se o contrato, que tem servido de fundamento à Justiça local para declarar, como tem declarado, em decisões várias e uniformes, que é líquido o direito do executado aos 25.000 hectares de terras!

E assim é infringido abertamente o art. 62 da Constituição, tantas vezes invocado e outras tantas vezes menosprezado no julgamento da presente causa!

O voto, mais uma vez, considerado como vencedor, apesar de haver conquistado, apenas, a adesão de um juiz, de entre os nove, que tomaram parte no julgamento, esse voto, que se converteu no atual acórdão, é, sem dúvida alguma, jurídico, brilhante, exaustivo, em sua primeira parte, que é a mais importante, pois reconhece que as terras foram adquiridas pelo executado, embora este não as tivesse ainda medido, ao tempo em que a Constituição foi promulgada.

Não se poderia dizer melhor do que o acórdão, ao rebater o argumento, que ele considerou capital, e realmente o é, de que o art. 64 da Constituição Federal resolveu, anulou todos os anteriores contratos de alienação de terras devolutas.

Não, não resolveu, diz o acórdão, porque os contratos se regulam pela lei vigente ao tempo em que foram celebrados, considerando-se adquiridos sob o ponto de vista da não retroatividade das leis, não somente os direitos já aperfeiçoados no momento da promulgação da lei nova, como também os direitos simplesmente eventuais e subordinados a condições ainda não verificadas.

E' a doutrina dos escritores e da jurisprudência, que o acórdão invocou para concluir que "o Banco Evolucionista, concessionário do engenheiro Medina, investiu-se legalmente no domínio de 25.000 hectares de terras e não perdeu esse domínio pelo acordo de rescisão, levado a efeito em 17 de dezembro de 1901, porque nesse acordo ficou ressalvado e expressamente reconhecido o direito daquele e dos demais concessionários de burgos agrícolas aos terrenos, de que já tivessem títulos de propriedade expedidos pelos presidentes ou governadores dos respectivos Estados".

A minha concordância, portanto, com a primeira parte do acórdão é completa, absoluta, como absoluta e completa é a minha divergência com a segunda parte, que reduz o direito do executado à metade dos 25.000 hectares de terras.

Direi mesmo que a segunda parte do acórdão contradiz, por mais de uma vez, o que tão brilhantemente ficou exposto na primeira.

Com efeito, tendo o acórdão consignado, no trecho transcrito, que o Banco Evolucionista ficou legalmente investido no domínio dos 25.000 hectares de terras, e não o perdeu pelo contrato de rescisão de 1901, onde, pelo contrário, esse domínio ficou reafirmado, disse, entretanto, na segunda parte, que o Banco perdeu o domínio à metade dos 25 mil hectares, em virtude da caducidade da concessão, prevista na cláusula 5.^a do contrato de 14 de outubro de 1890.

Ora, pela cláusula 5.^a, combinada com a 4.^a, a concessão ficaria caduca, se o concessionário não tivesse construído o primeiro núcleo dentro do prazo convenção de três anos, a contar da data do contrato, isto é, se não tivesse construído o núcleo até 14 de outubro de 1893.

Por conseguinte, o acórdão afirma que o banco tinha o domínio dos 25 mil hectares, em 17 de dezembro de 1901, e afirma, ao mesmo tempo, que o

banco perdeu o domínio à metade dos 25 mil hectares, em 14 de outubro de 1893.

Isto, na hipótese de operar-se a caducidade, *pleno jure*, pelo simples fato de não ter sido fundado o núcleo no prazo estipulado, quando, entretanto, a caducidade dependia de declaração pelo poder competente, e eu tenho repetido, inúmeras vezes, que o poder competente, que era o Governo Federal, *nunca declarou o contrato caduco*, mas sempre o *considerou em pleno vigor*.

Aliás, segundo acordão do Supremo Tribunal, cuja doutrina, no caso, não partilho, o próprio Governo Federal não podia decretar a caducidade do contrato, mas tão somente a autoridade judiciária é que podia fazê-lo.

Eu estaria de acordo com a redução aos 12.500 hectares de terras, se o contrato rescisório tivesse mantido o direito do banco aos 25 mil hectares, mediante a condição, por ele não observada, de ser fundado o núcleo, porque, neste caso, se aplicaria a cláusula 5.^a do contrato, que, como bem diz o acordão, é de "transparente clareza, sendo impossível cerrar os olhos à evidência que dela resulta".

Já considerei, porém, que a cláusula 5.^a do contrato de 1890 desapareceu com o próprio contrato, que foi totalmente, absolutamente, rescindido pelo de 1901, *sem condição alguma*.

E como o 1.^o acordão, o embargado, houvesse considerado que o contrato de rescisão de 1901 devia ser entendido de combinação com o título de propriedade, onde ficara enunciada a obrigação de fundar os núcleos, eu procurei mostrar que essa inteligência estava em desacordo, não só com a letra do contrato rescisório, que *não estabelece condição de qualquer espécie*, como, igualmente, com o espírito do mesmo contrato, pois, o Governo Federal rescindira os contratos de burgos agrícolas, tendo em vista precisamente a extinção absoluta de tais contratos, afim de evitar que a continuação deles acarretasse, para a Fazenda Nacional, um prejuízo, que estava calculado em 36 mil contos de réis.

Ainda mais: confrontei o título de propriedade com o contrato e, descendo a uma demonstração matemática, por $a + b$, cheguei à conclusão irresistível de que o contrato de rescisão anulava exatamente a condição de fundar o núcleo, o que era ainda corroborado pela circunstância de que o referido contrato não aludira, vagamente, sequer, a alguma condição, nenhum prazo fixara para o cumprimento da condição, nem estabelecera pena para o não cumprimento da condição, como o fizera o contrato de 1890.

Infelizmente, essa argumentação deixou de ser apreciada pelo eminente redator do acordão.

S. Excia. silenciou igualmente sobre o argumento deduzido do art. 62 da Constituição Federal, em virtude do qual não pode o Supremo Tribunal alterar sentenças da Justiça local, como as dos juizes Carvalho e Mello, Affonso de Carvalho, Campos Maia e outros, reconhecendo o direito do banco aos 25 mil hectares de terras, à vista do contrato de rescisão, que o Supremo Tribunal mandou também observar por acordão de 18 de junho de 1904.

Para mostrar que não se trata de *res inter alios*, como se considerara, a princípio, no acordão embargado, citei especialmente, além de outros casos, o do espólio do barão de Campinas, em cuja decisão, proferida entre o mesmo do exequente e o mesmo executado, posteriormente ao acordão embargado, o Supremo Tribunal aplicara o citado art. 62, com o voto do ilustrado redator do acordão.

Agora mesmo está o presente acordão argumentado com o de que foi relator o ministro Epitácio Pessoa, o qual, entretanto, não fora proferido entre as mesmas partes, mas, conforme acentua o acordão, o fora "sobre espécie absolutamente idôntica".

Se fosse possível admitir a hipótese de ter o Banco Evolucionista perdido a metade das terras adquiridas para o núcleo, que ele deixou de organizar, con-

forme determinava a cláusula 5.^a, do contrato, essa metade das terras perdidas não seria do Estado de São Paulo, mas da União.

Sustentei e sustento convencidamente que as terras só passariam ao domínio do Estado se fossem devolutas, nos termos do art. 64 da Constituição, e devolutas já não eram essas terras, quando foi promulgada a Constituição, por terem sido cedidas anteriormente, em virtude de um contrato, que, ao tempo da promulgação, se achava em inteiro vigor.

A primeira parte do acordão contém a mesma doutrina.

Demonstra que, em 24 de fevereiro de 1891, o concessionário tinha direito adquirido às terras que lhe foram concedidas, porque estava na plenitude do prazo fixado para a medição dessas terras, o qual só terminaria em 14 de outubro de 1891.

Faz longas considerações para provar que o art. 64, da Constituição, não podia ser aplicado com efeito retroativo para anular contrato celebrado no domínio da lei anterior.

Considera que "entre outras decisões deste Tribunal sobre a matéria merecem especial destaque os acordãos unânimes de 16 de janeiro de 1907, de que foi relator o então ministro Epitácio Pessoa, e de 31 de julho de 1920, de que foi relator o ministro HERMENEGILDO DE BARROS, ambos proferidos sobre espécie absolutamente idêntica".

Transcreveu desse julgado a parte em que considerou improcedente a alegação de que o art. 64 da Constituição fizera caducar todas as concessões de terras devolutas, que não estivessem medidas e pagas até a data da promulgação da mesma Constituição, uma vez que tais concessões representavam direito adquirido para o concessionário, o qual não podia ser atingido por lei posterior, além de que as terras, objeto do contrato, *"tendo sido cedidas pelo Governo Federal, competente para fazê-lo, por uma convenção que a 24 de fevereiro de 1891 estava em inteiro e incontestado vigor, não podiam mais ser consideradas terras devolutas"* (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.^o, § 2.^o), para o efeito do art. 64, da Constituição".

Por conseguinte, a 1.^a parte do acordão afirma que as terras não passaram para o domínio do Estado, com fundamento no art. 64, da Constituição, que transferiu para os Estados a propriedade das terras devolutas, porque as terras, de que se trata, não eram devolutas.

Entretanto, a 2.^a parte do acordão afirma também que o Estado de São Paulo passou a ser dono da metade das terras perdidas pelo banco, *ex-vi* do art. 64, da Constituição, o que equivale à afirmação de que as terras eram devolutas.

Há, porém, uma ligeira modificação, que merece ser assinalada.

O 1.^o acordão afirmou, sem hesitação, que o apelante, Estado de São Paulo, *"ficara, ex-vi* do art. 64, da Constituição Federal, dono das terras perdidas pelo banco".

O atual acordão parece vacilar, quando diz que o Estado de São Paulo *"se teria tornado o dono"* das referidas terras.

Diz o acordão: "Considerando que a rescisão de 1901 não podia ter libertado o Banco Evolucionista de tais obrigações (quanto à fundação dos núcleos), sem a intervenção e consentimento do Estado de São Paulo, que, *ex-vi* do art. 64 da Constituição, *se teria tornado o dono* das terras concedidas ao mesmo banco e por este perdidas em virtude da caducidade da concessão, prevista e imposta no 1.^o membro da cláusula quinta para o caso de inadimplemento dessas obrigações".

Já foi longamente apreciado tudo quanto se contém nesse considerando.

Assim, a concessão nunca foi declarada caduca pelo Governo Federal; não se pode argumentar com a cláusula 5.^a do contrato, porque esta, como o contrato em sua integridade, foi revogada, *sem condição alguma*, pelo acordo de rescisão do mesmo contrato.

Para celebrar esse acordo de rescisão, que libertou o banco da obrigação de fundar núcleos, a União Federal não tinha necessidade da intervenção e consentimento do Estado de São Paulo, porque as terras eram dela, e não do mesmo Estado.

Considera-se que, tendo ficado caduca a concessão (o que não é verdade) por não ter o banco construído o núcleo, não podia a União transigir e renunciar direitos, sem consentimento do Estado.

Ora, se a concessão tivesse ficado caduca, automaticamente, em 14 de outubro de 1893, a consequência é que não podia a União celebrar posteriormente o contrato de rescisão de 17 de dezembro de 1901.

Entretanto, ela o celebrou e os dois acordãos — o embargado e o atual — consideram válido esse contrato de rescisão, como válido foi ele também considerado pelo acordão do Supremo Tribunal de 18 de junho de 1904.

Por último, o acordão declara que são do domínio do Estado de São Paulo as terras por este compradas a João Francisco de Moura e Dr. Fernando Moura, os quais as obtiveram *pro empto* à Junta Governativa do Estado de São Paulo, em 5 e 6 de dezembro de 1889, estando essas alienações, feitas pela Junta, autorizadas pelo art. 2.º, § 11, do decreto n.º 7, de 20 de novembro de 1889.

Eu disse que a Junta Governativa de São Paulo não podia vender terras em 1889, porque, a esse tempo, as terras devolutas não eram ainda de propriedade dos Estados.

Por conseguinte, o Estado de São Paulo vendeu o que não lhe pertencia.

O art. 2.º, § 11, do decreto de 20 de novembro de 1889, autorizou a venda dos bens, que ao Estado não conviesse conservar, devendo, porém, a venda ser feita em hasta pública.

Não se observaram as duas exigências da autorização: a primeira, porque ao Estado convinha conservar as terras, tanto que ele comprou, mais tarde, essas mesmas terras, que havia vendido; a segunda, porque a venda não se fez em hasta pública, mas particularmente, segundo consta dos próprios títulos de compra, que não fazem alusão alguma à formalidade da hasta pública.

Enfim... *habent sua fata libelli*.

Esta causa, que se arrasta pelo foro há longos anos, nasceu com a sina de ser mal julgada.

Cumpriu-se o destino, embora se tenha reconhecido ao executado o direito à metade das terras penhoradas.

Pedro Mibielli, de pleno acordo com o voto de Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

A. Ribeiro, vencido em parte (com voto fundamentado de acordo comigo).

Cardoso Ribeiro, vencido em parte (com voto fundamentado de acordo comigo).

Pedro dos Santos. Votei de acordo com o Sr. ministro F. Whitaker.

Ed. Lins, vencido, de acordo com o seguinte voto:

Trata-se de embargos de terceiro senhor e possuidor opostos à penhora.

Ora, esse remédio jurídico não é senão a própria ação de reivindicação, revestindo, pelas necessidades práticas do processo, uma forma diversa (Lafayette — Direito das Coisas, vol. 1.º, § 28, nota 4.ª, págs. 62-63).

Cumpra, pois, ao embargante provar: 1.º, o domínio, por título hábil e legítimo; e, 2.º, a posse natural ou a civil com efeito de natural decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 307.

Isto posto, vejamos se o 3.º embargante, Estado de São Paulo, provou ter sobre os bens penhorados: 1.º, domínio, por título hábil e legítimo; e, 2.º, a posse natural ou civil com efeito de natural.

Quanto ao domínio: a propriedade do Estado de São Paulo sobre as terras devolutas situadas em seu território origina-se da Constituição Federal, cujo art. 64 assim reza:

"Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais".

E' este o título hábil e legítimo do Estado de São Paulo sobre as terras por ele embargadas, como consta do meu voto vencido no acordão embargado.

Está, pois, *si et in quantum*, plenamente provado o primeiro requisito *supra*.

Quanto ao segundo requisito: posse civil com efeitos de natural, não se contesta que a União tinha posse das terras devolutas. Ora, passando a respectiva propriedade aos Estados, sem restrição alguma quanto a essa posse, é fora de dúvida que também a transmitiu aos mesmos Estados.

E' o que Lafayette chama posse por força da lei. (Op. cit., vol. 1.º, § 8.º, n. 4, pág. 25), e Ribas e outros juristas consultos denominam posse *pro suo*. (Ações possessórias, parte primeira, capítulo 3.º, § 9.º, pág. 60).

Assim sendo, o Estado de São Paulo adquiriu simultaneamente o domínio e a posse das terras em questão. Adquiriu a posse, repito, por força da lei: o art. 64 da Constituição da República; e por força da lei a conserva; primeiro: porque os particulares nunca podem ter posse sobre as coisas públicas, mas sim a *nuda detentio*, que não tem os efeitos jurídicos da posse (Savigny, Posseções, § 9.º, pág. 108, da 7.ª edição; Ihering, Fundament der Interdict Possessiones, cap. 9.º, letra a, pág. 139; Lafayette, op. cit., § 6.º, n. 2, págs. 20 e 21; Ribas, Dir. Civ., vol. 2.º, tit. 3.º, cap. 3.º, págs. 290 e 291) e segundo: porque esta regra jurídica se aplica a *fortiori* às terras devolutas, porque sobre estas — é dispositivo expresso de lei — os particulares só poderão ter posse legítima (lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3.º, reg. 1.318, de 1854, art. 4.º; lei n. 628, de 17 de setembro de 1851, art. 11, § 5.º; aviso n. 98, de 8 de maio de 1854; e Teixeira de Freitas, Consolidação, art. 53); e nenhuma prova existe nos autos de que o Banco Evolucionista, ou qualquer outra pessoa, tenha posse legitimada das terras penhoradas.

E se ninguém adquiriu essa posse, consequência lógica e inelutável é que o Estado de São Paulo a manteve e a mantém.

Estão, portanto, cumpridamente provados, *si et in quantum*, repito, os dois requisitos dos embargos de terceiro senhor e possuidor oferecidos pelo Estado de São Paulo.

Isto posto, examinemos os argumentos do segundo embargante, o aludido Banco Evolucionista, para, se não forem procedentes, dispensarmos o *si et in quantum supra*: para que as terras devolutas situadas no território de São Paulo lhe não pertencessem, seria mister que, a 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a Constituição da República, já não fossem devolutas; e para isso, indispensável seria que, por título hábil e legítimo, houvessem passado para o domínio e para a posse do segundo embargante; é o que este alega dar-se na hipótese vertente; porque, antes daquela data, isto é, a 14 de outubro de 1890, o Governo Provisório lhe transmitira o domínio das terras penhoradas *ut docs.* de fls. 110 a 309.

E' verdadeira a alegação: é porem igualmente verdadeiro o seguinte aserto: não tendo ele cumprido as condições sob as quais o Governo Provisório lhe concedera tais terras, foi, por acordo, recindido o respectivo contrato, como se vê do doc. de fls. 310, lavrado a 17 de dezembro de 1901.

Firma-se, porém, o segundo embargante em uma das cláusulas da recisão, que reza:

"que os referidos concessionários e cessionários desistem, pelo presente termo de recisão, das terras a que se referem os contratos recindidos, mantidos somente os seus direitos em relação às terras sobre que já tenham títulos de propriedade, expedidos pelos governadores ou presidentes dos Estados".

Ora, afirma o embargante, que já tinha título de propriedade sobre as terras em litígio, expedido pelo presidente constitucional do Estado de São Paulo; e, efetivamente, argumenta, o presidente constitucional do Estado de São Paulo transmitiu-lhe o domínio das referidas terras e reconheceu-lhe a posse como consta do doc. de fls. 111 verso.

O argumento não procede: primeiro, porque o presidente do Estado de São Paulo, nos termos de sua Constituição política de 14 de junho de 1891, não tinha competência para alienar as terras públicas do Estado e se a não tinha, não tinha também para reconhecer a ninguém a posse sobre essas terras, pois este ato jurídico é, *in totum*, equivalente ao da alienação: ao presidente constitucional do Estado de São Paulo não competia essa atribuição porque, em face do art. 20, n. 11, letra a, do predito pacto constitucional, essa atribuição era privativa do Congresso estadual, como está provado a fls. 1.702 e 1.703; segundo, porque, embora tivesse tal competência, todavia o contrato feito pelo Banco Evolucionista ou pelo seu antecessor, o engenheiro Ricardo Medina, com o Governo Provisório já havia caducado, atenta a inobservância, por parte do concessionário, das condições nele estipuladas.

E' o que o abalizado jurista consulto, advogado do Estado de São Paulo, Dr. Manoel Villaboim, demonstra, com evidência palpável, já nos seus embargos, já na respectiva sustentação, como se vê a fls. 1.654 a 1.858. Adoto, portanto, essas razões, como parte integrante deste voto; considero-as verdadeiramente magistrais na forma e no fundo; terceiro, porque, embora não houvesse ocorrido a mencionada caducidade, a aludida concessão do presidente do São Paulo estipulou o seguinte: "fica o Banco Evolucionista, cessionário do engenheiro Ricardo Medina, sujeito a todas as condições e obrigações do contrato de 14 de outubro de 1890" (fls. 111); ora, entre essas obrigações e condições estão as seguintes, que vou transcrever *verbatim*:

"Cláusula terceira. Em cada território será fundado um núcleo agrícola, dividido em lotes de 15 hectares ou mais, se for conveniente, e em número suficiente para estabelecimento de 500 famílias de trabalhadores agrícolas, pelo menos.

No local destinado para sede, o cessionário construirá edifícios para uma farmácia, enfermarias, escolas para ambos os sexos e, outrossim, estabelecerá fábricas para o beneficiamento dos principais produtos do núcleo, tudo de acordo com as disposições do mencionado contrato n. 528, de 29 de junho último (fls. 304).

Cláusula quarta. Dentro do prazo de um ano, contado da presente data, o concessionário deverá ter feito aquisição do território preciso para formação do primeiro núcleo; este ficará definitivamente construído, com os edifícios, fábricas e número de famílias (500) marcado na cláusula precedente e assim os caminhos, estradas, etc.; dentro dos dois anos que se seguirem depois de pronto o primeiro núcleo, começará o povoamento do segundo, que deverá ficar concluído nos dois seguintes anos (fls. 304).

Cláusula quinta. Se, nos prazos estipulados, não tiverem sido construídos os núcleos, ficará sem efeito a concessão, constante deste

contrato, perdendo o cessionário o direito à metade das terras já adquiridas para o núcleo que não estiver constituído e que se não achar ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidas na conformidade da cláusula primeira (304)".

Ora, as aludidas condições não foram cumpridas e as mencionadas obrigações não foram satisfeitas, como passo a mostrar:

Primeiro: o concessionário não estabeleceu até hoje o primeiro núcleo agrícola, como, consequentemente, não colocou nele as 500 famílias de trabalhadores agrícolas; não construiu edifício algum para farmácia, nenhum para enfermaria, nenhum absolutamente para escola de ambos os sexos; segundo: dentro do prazo de dois anos, findo a 14 de outubro de 1897, não ficou concluído o segundo núcleo nas condições estipuladas, como até hoje não ficou.

Assim, pois, nos termos da cláusula quinta supra transcrita, tornou-se do nenhum efeito a concessão do contrato, desse contrato, por consequência, nenhum direito resultou para o embargante cessionário do Banco Evolucionista.

Não terá, porém, este, de acordo com o último inciso da cláusula quinta transcrita, direito à metade das terras como, contra o meu voto, decidiu o acordão embargado?

Data venia, não me parece; efetivamente, o que essa cláusula prescreve é que "se, nos prazos estipulados, não tiverem sido constituídos os núcleos estipulados, ficará sem efeito a concessão deste contrato, perdendo o cessionário o direito à metade das terras para o núcleo que não tiver sido constituído.

Como se vê, a cláusula pressupõe que tenham sido constituídos, se não todos, ao menos alguns dos núcleos, faltando apenas um ou outro que, por qualquer circunstância, não tivesse sido constituído. Neste caso, já tendo o concessionário cumprido quase todo o contrato e valorizado, assim, as terras adquiridas e que iam reverter ao Governo, este, por equidade natural, outorgar-lhe-ia a metade das terras desse único núcleo, que não se achasse ocupado por famílias de trabalhadores agrícolas, estabelecidas na conformidade da cláusula primeira.

Na verdade, não se me afigura razoável supor-se que fosse intenção do Governo Provisório e do presidente constitucional de São Paulo concederem tão grande área de terras devolutas, sita no mais rico e próspero Estado da República, sujeitarem esses concessionários a tantas condições e tantas obrigações, como as já transcritas e, entretanto, apesar do concessionário não cumprir nenhuma das condições, não satisfazer nenhuma dessas obrigações, deixarem-lhe, sem o menor onus, por dez réis de mel coado, como vulgarmente se diz, isto é, mil e trinta e três réis, por hectare, a metade de todas as terras concedidas a situadas na zona riquíssima da capital de São Paulo, a saber: as freguesias do Braz, Santa Eligênia, Penha e S. Miguel, 25.000 hectares das respectivas terras.

Ora, como já disse, o cessionário não concluiu um só núcleo, logo, ficou sem direito à metade das terras que foram concedidas pelo Governo Provisório e pelo Estado de São Paulo.

Por esse fundamento mantenho *in totum* o meu voto vencido no acordão embargado.

Proferindo o seu voto brilhantíssimo, o ministro HERMENEGILDO DE BARROS esgotou o assunto; nesse voto S. Excia. se referiu a todos os votos divergentes; apreciando o meu, observa S. Excia. que citei o acordão de 12 de maio de 1903, reparando, entretanto, que esse acordão foi anulado, posteriormente, pelo Tribunal, por terem votado apenas sete ministros. Ora, quando me referi ao acordão, apenas me reportei aos seus fundamentos. Pouco importa que esse acordão tivesse sido anulado; os seus fundamentos perduram e são os seguintes:

"Considerando, porém, que os contratos de fls. 4 a 9 foram feitos sob a condição suspensiva da medição das terras cedidas, e só seriam perfeitos de-

pois de cumprida a condição (Ord., I., 4.^o, Tit. 8.^o, prgs. 1.^o e 5.^o; Cód. do Com., art. 207, n. 3; Consol. das Leis Cíveis, art. 512, nota 4.^a);

Considerando ter-se de fato estipulado na cláusula 2.^a que as terras seriam entregues aos concessionários à proporção que fossem medidas e na cláusula 7.^a que as concessões só se fariam efetivas no caso de serem encontradas terras devolutas no lugar indicado, salvos os direitos de terceiros e as concessões anteriores;

Considerando que, nos contratos questionados, não se fez aos concessionários tradição das terras cedidas, dependendo de sua determinação, por meio de medição; e, sem tradição, não há transferência de domínio (Ord., I., 4.^o, Tit. 5.^o, prg. 1.^o, e alvará de 4 de setembro de 1810);

Considerando que a Constituição da República, promulgada solenemente a 24 de fevereiro de 1891, reagindo contra as concessões de terras devolutas, feitas pelo Governo central, transferiu, pelo art. 64, a propriedade das ditas terras aos Estados, em cujos territórios eram situadas, reservando, para a União, tão somente o solo indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais;

Considerando que esta disposição constitucional revogou tacitamente a parte do decreto n. 528, referente à concessão de terras devolutas e resolveu a concessão daquelas que na data de sua promulgação não tinham, ainda, sido medidas e entregues aos concessionários, etc.

"Nos autos alegou a parte contrária que esse venerando acórdão do Supremo Tribunal Federal fora reformado, em embargos, e, realmente, o foi, por ter sido proferido apenas por sete juizes, incluindo o presidente, e haver o Tribunal se pronunciado sobre o mérito da causa, quando só se tratava da preliminar de competência.

Mas, que importa que assim tenha sido?

Que importa se haja, por tais motivos, reformado o acórdão se o que dele se invocou não foi o seu dispositivo, mas, sim, a parte dos seus fundamentos? A opinião dos ilustres ministros — e foram eles: Americo Lobo, Manuel Murtinho, Piza e Almeida, André Cavalcanti, Lucio de Mendonça e Herminio do Espirito Santo — essa ficou de pé e foi a autoridade dela que se recorreu.

Todos eles, sem discrepância, afirmaram, como se vê nesse acórdão, publicado no "O Direito", vol. 93, pág. 503; 1.^o, que o contrato feito sob a condição suspensiva, como é o de concessão de terras devolutas para burgos agrícolas, só se torna perfeito depois de cumprida a condição; 2.^o, que, sem tradição, não há transferência de domínio; 3.^o, que, o art. 64 da Constituição Federal, transferindo a propriedade das terras devolutas para os Estados, revogou, tacitamente, o decreto n. 528, referente à concessão de terras devolutas e resolveu as concessões de terras que em 24 de fevereiro não tinham ainda sido medidas e entregues aos concessionários".

Essas eram, precisamente, as condições em que se achavam, conforme já o mostramos, as terras de concessão Medima, das quais se trata nesta causa.

"Nenhuma relevância para modificação desse voto se me depára nos documentos que instruíram os embargos do segundo embargante. Com efeito: 1.^o, o mencionado no art. 55 que é o doc. de fls. 1.747, verso é uma sentença da Justiça local de São Paulo em uma ação de reivindicação proposta pela Companhia Predial de São Paulo contra o Dr. Lucio Martins Rodrigues e José Cardoso de Moura; é, como se vê, *res inter alios acta, quae aliis, nec prodesset nec nocere potest*; 2.^o, o referido nos arts. 76, 77, 78, é igualmente *res inter alios*, pois é o acórdão deste Tribunal, proferido na causa entre a União Federal como apelante e como apelados os Drs. Gabriel Dias da Silva e Ismael Dias da Silva; 3.^o, os dos arts. 98 e 99 são acórdãos de que fui relator, os quais só decidem uma questão de competência a favor da Justiça local e, portanto,

nenhuma relevância tem para o recebimento dos embargos, como ressalta da respectiva leitura; 4.º, do mesmo modo nenhuma relação tem com a espécie os documentos a que se referem os arts. 102, 103, 104, 107 e 110, é o que se patenteia da respectiva leitura; 5.º, o dos arts. 111, 112 e 113, que é o doc. de fls. 1.797, é uma sentença, aliás muito bem deduzida, do Dr. Affonso José de Carvalho sobre terras do embargante Banco Evolucionista na questão agitada entre esse banco e José Cardoso de Moura e sua mulher, o que evidentemente constitui *res inter alios*; 6.º, o do art. 122, que é o doc. de fls. 1.808, é uma sentença proferida em embargos entre a Câmara Municipal de São Paulo e o Banco Evolucionista; também, e também evidentemente, *res inter alios*; 7.º, *inter alios* é igualmente o doc. mencionado no art. 125, que deve ser art. 132; é o que resulta da leitura, como se vê a fls. 1.807; 8.º, o doc. mencionado nos arts. 122 a 124, que é o de fls. 1.808, além de constituir *res inter alios* chega até a ser contraproducente; efetivamente, prova que o Banco Evolucionista apenas colocou, e só no primeiro núcleo, 105 famílias, quando, dentro de um ano, devia colocar pelo menos 500 famílias, sob pena de caducidade, *ut cláusula* 3.ª e 5.ª já citadas; e 9.º, finalmente os documentos oferecidos e mencionados nos arts. 126, 127, 132, 135 e 138, 153, 156 e 164, nenhuma relação tem com os presentes embargos ou constituem, igualmente, *res inter alios*; os outros documentos a que se referem os arts. 225 e seguintes, também nenhuma relevância ou mera pertinência tem, quer para o recebimento, quer para a rejeição dos embargos do banco. Na verdade, esses documentos atacam a ética profissional do mudoso Dr. Carlos de Campos, presidente de São Paulo, por haver outorgado ao Dr. Mancel Pedro Villaboim procuração para os presentes embargos.

Conclusão: recebo *in totum* os embargos do Estado de São Paulo e rejeito, também *in totum*, os embargos do Banco Evolucionista.

(Diário da Justiça de 7 de julho de 1931; Rev. de Jur. Bras., 1.º, 80; Arq. Jud., 9-349). (*)

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

183 — Condenada, não raro, injustamente nas duas instâncias da Justiça federal, a União continuava a ser tratada com injustiça nas execuções, onde o pedido a liquidar-se era, muitas vezes, de somas astronômicas, principalmente quando se tratava de indenização de dano resultante de ferimento e morte em desastres de estrada de ferro.

Já são conhecidos alguns casos, em que, desde a propositura das ações, o pedido vinha sendo feito exageradamente, constituindo mesmo verdadeira exploração com a desgraça das vítimas de tais desastres.

E, algumas vezes, o S.T.F. dava razão aos exploradores.

a) Na apelação n. 3.385, o relator Pedro Lessa, acompanhado por alguns juizes, determinou, contra o voto de muitos ou-

(*) Este voto foi lançado nos autos, depois do meu, ao qual o referido voto aludia. Confronte-se um com o outro e ver-se-á que, das muitas arguições feitas por mim, apenas a uma delas se procurou responder.
Quanto às demais, nem ligeira alusão, sequer.

tros, entre os quais o meu, que, na liquidação a fazer-se em execução da sentença condenatória, se atendesse "não somente ao que ganhava o marido da autora, como aos proventos prováveis de seus salários".

A este respeito, eu ponderei que "tomar em consideração, não só o que a vítima percebia no momento do acidente, como o que ela poderia vir a perceber depois, vale tanto como afirmar que a morte do chefe de família, longe de constituir um prejuízo para esta, se converteria em um benefício, que ela jamais lograria, talvez, em vida daquele. Não poderia estar no pensamento do legislador tornar a família mais feliz com a morte do seu chefe" (n. 72, além da publicação no *Diário Oficial* de 9 de agosto de 1921).

b) Na ação, de que resultou a apelação n. 5.439, uma avó, como representante de suas netas, as menores Carmen e Hilda, pediu o pagamento de 840 contos de réis, sendo 120 contos para ela e 720 contos para as referidas menores.

O juiz, rejeitando o pedido da avó, condenou a União ao pagamento de 81:500\$0, sendo 1:500\$0 para as despesas de funeral e 80 contos para alimentos às meninas.

Eu objetei que não era possível aceitar o cálculo de 80 contos, que o falecido pai das menores precisava deixar, para que esse cálculo representasse o capital que, aos juros legais de 6%, produzisse a renda anual de 4:800\$0, ou a mensal de 400\$0 para alimento às duas menores.

E não era possível a aceitação do cálculo, porque essas menores viviam a expensas de amigos, tão precária era a situação financeira do pai, que falecera em estado de penúria, sem que tivesse deixado coisa alguma.

Não seria justo que a União fosse obrigada a prestar alimentos, com relativa opulência, às filhas do progenitor, quando este falecera em condições de se não poder alimentar a si próprio. O S. T. F. mandou liquidar o dano na execução (n. 74, além da publicação no *Diário da Justiça* de 6 de novembro de 1928).

c) Um outro pedido exagerado na ação foi o formulado pelo Dr. João d'Ávila, que pretendia o pagamento de 1.000:000\$0, estando compreendidos nesse pedido os alimentos, de que ele e sua esposa ficaram privados, em consequência do falecimento do filho menor do casal.

Nessa parte, o S. T. F. julgou improcedente o pedido; e, quanto ao de 500 contos de réis, pelos ferimentos causados à esposa, fez, desde logo, a redução a 37:200\$0, mandando liquidar na execução os danos sofridos pelo marido, de acordo com as bases, que ficaram

previamente estabelecidas (n. 75, além da publicação no *Diário da Justiça* de 1 de janeiro de 1931).

Os casos apontados são apenas exemplos de algumas explorações e pretendidos enriquecimentos ilícitos em ações.

Cumpra agora apreciar alguns casos de liquidações.

184 — Um pai, que se dizia miserável, no sentido jurídico, intentara contra a Fazenda Nacional ação de indenização pelo falecimento de um filho menor de 16 anos, atingido por projétil de arma de fogo, disparada por esquadrão nacional, quando em exercício de tiro ao alvo.

Em execução da sentença condenatória, ofereceu artigos de liquidação, calculando em 205 contos o valor da indenização, que foi elevado, nas razões finais, a 406 contos.

A sentença liquidanda fixou esse valor em 97:055\$0, com exclusão dos juros da mora, que a sentença exequenda não mandara pagar.

Quanto a essa exclusão, a sentença liquidanda passou em julgado, uma vez que o liquidante não recorreu.

O S. T. F. reduziu a importância da liquidação a 14:110\$0, atendendo a que, não sendo o menor falecido o único filho do casal, não seria justo que somente ele suportasse as despesas com a subsistência de seus pais e não reservasse coisa alguma para as despesas pessoais próprias. Outras considerações foram aduzidas pelo acordão abaixo:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso necessário de sentença de liquidação, em que é recorrente o juiz federal de Santa Catarina.

Pedro Paulo de Siqueira propôs ação contra a Fazenda Nacional para haver indenização do dano, que lhe resultou da morte de seu filho Manoel Pedro, menor de 16 anos, no dia 2 de março de 1914, em consequência de um projétil de arma de fogo, disparada pelo navio *Pinui*, da esquadrão nacional ancorada no porto de Florianópolis, na ocasião em que fazia exercício de tiro ao alvo.

A sentença de primeira instância mandou liquidar na execução, além do dano moral, os danos emergentes e os lucros cessantes, consistindo os primeiros nas despesas do funeral e luto e na necessidade de recurso à via judicial para a reparação dos prejuízos, e os segundos na perda das vantagens econômicas que sofreu o autor em consequência da morte do menor, que era o seu único sustentáculo (fls. 95). O acordão do Supremo Tribunal deu provimento à apelação, em parte, para excluir da condenação o dano moral, tendo confirmado, quanto ao mais, a sentença apelada por seus fundamentos.

Em execução da sentença, o autor ofereceu artigos de liquidação, calculando em 295:276\$0 o valor da indenização (fls. 110), que fixou afinal em 406:045\$491 (fls. 133 v.).

Na dilação probatória procedeu-se a arbitramento, em que os peritos avaliaram em 13\$0 diários a renda líquida da vítima e em 20% sobre o total da liquidação os honorários do advogado (fls. 122).

A sentença liquidanda, considerando que é de 60 anos o termo médio da vida humana, e que os pais de Manoel Pedro tinham 43 anos, ao tempo do acidente, fixou em 79:560\$0 os lucros cessantes, à razão de 13\$0 por dia, ou 4:680\$0 por ano, durante 17 anos; calculou em 15:912\$0 os honorários do advogado ou 20% sobre os 79:560\$0; considerou líquida a importância de 486\$0 para as despesas do funeral e luto e mandou pagar as custas pela metade, na importância de 1:097\$850, sendo o valor total da execução de réis 97:055\$0, excluídos os juros da mora, sob o fundamento de que a sentença exequenda não condenou a ré a pagá-los.

Da sentença proferida na liquidação o juiz interpôs recurso necessário ordenado pelo art. 28, da lei n. 4.793, de 7 de janeiro de 1924. Nas razões que produziu, após a sentença de liquidação, declara o liquidante que se conforma com esta, no que respeita à fixação dos lucros cessantes em 79:560\$0; não assim, porém, quanto à exclusão dos juros da mora.

O recurso necessário, que a lei manda interpor da sentença de liquidação, foi instituído em benefício da Fazenda Nacional, somente, para evitar os abusos atribuídos nos seus representantes, por negligência ou prevaricação.

O liquidante não recorreu da sentença que mandou excluir da liquidação os juros da mora.

Logo, sobre este ponto não mais se pode questionar, por haver a sentença transitado em julgado.

A sentença exequenda não estabeleceu bases para o cálculo dos lucros cessantes.

Só a sentença liquidanda, suscetível de reforma porque é a sentença recorrida, calculou esses lucros em 79:560\$0, tomando para base do cálculo a renda do menor em 13\$0 diários ou 4:680\$0 anuais, durante 17 anos, tempo que faltava para que os pais do menor completassem 60 anos de idade.

A Fazenda impugnou esse critério, ponderando que foi outro o pensamento do relator do acordão exequendo — o Sr. ministro Guimarães Natal — que, em caso perfeitamente idêntico, mandava calcular o dano "pela renda que produzia o trabalho do filho do apelante (tinha 17 anos), deduzidas as despesas pessoais dele com alimento, vestuário, etc., e que poderia dar até a sua maioridade".

Esse critério é aceitável pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar, não se pode razoavelmente supor que os pais do menor falecido viveriam ainda 17 anos, eles que, segundo alegam, já estavam alquebrados pela doença, aos 43 anos, de modo a não poderem absolutamente trabalhar.

Se, porém, é verdade que os pais do menor ainda poderiam viver 17 anos, neste caso não estavam inválidos, inutilizados pela enfermidade, e podiam perfeitamente trabalhar, não sendo lícito que estejam explorando com a desgraça do filho, pleiteando avultada indenização, querendo ficar ricos de um dia para outro, quando se consideram miseráveis, no sentido jurídico da palavra.

Em segundo lugar, o menor Manoel Pedro não era o único filho do casal. Além de moças, uma delas já com 18 anos ao tempo do acidente, existiam outros filhos varões, quais: Tertuliano, com 14 anos; Polycarpo, com 8; Clementino com 6 e Campolino, com 4. Ainda que os pais do menor fossem de fato incapazes fisicamente, o ponto de não poderem prover os meios de subsistência, não seria justo que o menor Manoel Pedro, somente, fosse obrigado a sustentar os encargos da família durante 17 anos, quando seus irmãos já atingiram há muito a idade em que Manoel Pedro suportava aqueles encargos.

Em terceiro lugar é provável que Manoel Pedro quisesse contrair matrimônio aos 21 anos e nada obstará à realização desse desejo, nem mesmo a falta de consentimento de seus pais.

Nestas condições deve ser calculada em 23:400\$0 a renda do menor, durante cinco anos, à razão de 4:680\$0 anualmente, como o fez a sentença recorrida. Desta renda, porém, é indispensável que sejam deduzidas as despesas que o menor teria de fazer consigo mesmo, porque não é possível que, sendo ele o único a manter o peso da família, ainda lhe entregasse tudo quanto pudesse ganhar. Já não faria pouco, dando-lhe a metade — 11:700\$0 — e reservando a outra metade para si.

Sobre essa importância de 11:700\$0 devem ser computados os 20% de honorários de advogado, ou 2:340\$0, em respeito à coisa julgada pela sentença exequenda, que mandou atender às despesas provenientes do recurso à via judicial.

Não está de acordo com a prova dos autos, nem com a sentença exequenda, o cálculo de 486\$0, feito pela sentença de liquidação, para despesas de funeral e luto, pois a própria sentença exequenda consigna a fls. 76 v. que se despendeu com enterro e exéquias a quantia de 70\$0, a que ficam reduzidos os 486\$0, de acordo com o pedido, que não se refere a luto (fls. 10), e a prova, também omissa, sobre a respectiva despesa.

A sentença recorrida mandou pagar as custas pela metade ou 1:097\$850. Mas o acórdão exequendo mandou pagar "as custas em proporção que se apurará afinal" (fls. 103 v.), e a própria sentença recorrida mandou estabelecer "a proporção entre o pedido de 406:045\$491 e a quantia por ela fixada" de 97:055\$0.

Portanto, as custas não devem ser pagas em partes iguais.

ACORDAM, em resumo, dar provimento ao recurso, em parte, para mandar que a execução prossiga sobre as seguintes importâncias: 11:700\$0 (lucros cessantes); 2:340\$0 (honorários do advogado); 70\$0 (enterro e exéquias), no total de 14:110\$0, além das custas em proporção, que o contador calculará, tendo em vista a importância do pedido e a da condenação. Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1925. — André Cavalcanti, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Geminiano da Franca. — Leonil Ramos, vencido. — G. Natal. — Pedro dos Santos. — Pedro Mibielli. — A. Ribeiro. — Godofredo Cunha. — Muniz Barreto.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Rev. 87-97).

Tendo o liquidante embargado o acórdão, foram os embargos rejeitados pelo seguinte:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de liquidação de sentença, em os quais Pedro Paulo de Siqueira opõe embargos ao acórdão de folhas 152 v.:

O acórdão embargado considerou que o recurso necessário, que a lei de 7 de janeiro de 1924 mandou interpor da sentença de liquidação, foi instituído em benefício da Fazenda Nacional, somente, de modo que, não tendo o liquidante recorrido da sentença liquidanda, que mandou excluir da liquidação os juros da mora, a sentença nesta parte transitou em julgado.

O liquidante, ora embargante, alega que o recurso oficial é estabelecido em benefício de qualquer das duas partes, e assim tem o direito de pugnar pela condenação da Fazenda nos juros da mora, conquanto não tivesse recor-

rido da sentença liquidanda, que os excluiu, nem tivesse apelado da sentença exequenda, lavrada pelo Supremo Tribunal, que não os mandou pagar.

Não há necessidade de refutar a alegação, que se refuta pelo simples enunciado.

O acordão embargado, tendo confirmado, em parte, a sentença de liquidação, cingiu-se rigorosamente aos termos da sentença exequenda, tanto que contemplou no cálculo da liquidação os honorários de advogado, simplesmente porque a sentença exequenda mandou atender às despesas provenientes do recurso à via judicial.

Com relação aos lucros cessantes, a sentença liquidanda calculou a renda do menor em 13\$0 diários ou 4:680\$0 anualmente, durante dezessete anos, tempo que faltava, para que os pais do menor atingssem à idade de 60 anos.

O acordão embargado aceitou o cálculo, quanto à renda anual de réis 4:680\$0 não durante 17 anos, mas durante cinco anos, tempo que faltava para o menor atingir à maioridade.

O Supremo Tribunal não julgou arbitrariamente, não só porque nenhuma consideração obrigava o menor a sustentar os pais por espaço de 17 anos, como porque, não tendo a sentença exequenda estabelecido bases para o cálculo dos lucros cessantes, ao Tribunal pareceu raroável o critério mandado observar por um seu acordão anterior, em virtude do qual o filho menor devia alimentar o pai até a sua maioridade. E, no caso dos autos, esse critério era tanto mais aceitável quanto não era o menor o único filho do casal, que tinha muitos outros filhos, não sendo justo que somente aquele fosse obrigado aos encargos da família durante 17 anos.

Tendo o acordão embargado, de conformidade com o seu anterior julgado a que aludiu, mandado deduzir da renda do menor as despesas pessoais dele com alimentos, vestuário, etc., alega o embargante que a sentença liquidanda já fez essa dedução, pois fixou em 13\$0 diários o ganho do menor, quando a sentença exequenda o fixara em 15\$0.

Não é verdade. O que a sentença exequenda disse em um dos seus fundamentos (fls. 88) é que o menor Manoel Pedro ganhava de 12\$0 a 15\$0 diários, com o negócio de leite e verduras, sem ter feito a menor alusão à despesa que ele poderia ter consigo.

Finalmente, é certo que a petição inicial da ação se refere à despesa com leite, mas a prova dessa despesa não se fez, nem a sentença exequenda a fixou, tendo, ao contrário, aludido (fls. 75 v.) ao recibo relativo às despesas com enterro e exéquias, na importância de 70\$0, conforme a prova única existente nos autos.

ACORDAM, pelo exposto, rejeitar os embargos e confirmar o acordão embargado por seus fundamentos; pagar as custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *Hermenegildo de Barros*, relator. — *A. Ribeiro*. — *Heitor de Souza*. — *Cardoso Ribeiro*. — *F. Whitaker*. — *Geminiano da Franca*. — *Bento de Faria*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*. — *Soriano de Souza*. — *Leoni Ramos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Arq. Jud., 4.º-402).

185 — São também conhecidos alguns casos de ações propostas por membros do Ministério Público, para o fim de serem anuladas as respectivas demissões.

Foram vitoriosos, a princípio, porque se entendeu que a cláusula "enquanto bem servirem" significava que eles deviam ser conservados no emprego, enquanto se não provasse que o serviam mal.

Mais tarde, porém, foram vencidos, porque se julgou que a referida cláusula autorizava a livre demissão pelo Poder Executivo, o único competente para ajuizar se o funcionário servia bem ou mal (ns. 39, 42, 43, 45, 47, 48 e 49).

Os vencedores promoveram liquidação de sentença na respectiva execução, onde ainda se fez sentir a injustiça contra a União.

186 — A primeira liquidação em que tomei parte foi a do Dr. Justo de Moraes, no julgamento de cuja ação não tivera oportunidade de funcionar, por não ser ainda juiz do Tribunal.

Causou-me estranheza que, nessa liquidação, o S. T. F., invertendo a ordem do processo, transferisse para a União o onus de provar a importância das custas que teriam de ser recebidas pelo liquidante.

Isto não era possível. Quando não se adotasse, como me pareceu ter sido adotado, o alvitre de ser o assunto discutido, não na liquidação, mas na execução, ao liquidante é que incumbia provar, por meio de certidões extraídas dos autos, o *quantum* exato, ou aproximado, pelo menos, das custas que teria percebido, se estivesse em exercício.

A prova não era impossível. Seria, talvez, difícil, mas isso não autorizava o cálculo arbitrário, como o que se fez, em prejuízo da União, que era a ré, liquidada, e por isso não tinha obrigação de provar coisa alguma, desde que o autor, liquidante, nenhuma prova aceitável conseguira oferecer.

Eis o que disse no meu voto :

"E' uma aspiração, que se tem manifestado, a de que, em vez de agravo, deveria a lei facultar o recurso de apelação das sentenças de liquidação, em cujo processo se discutem, ordinariamente, questões importantes, sendo quase sempre muito complexa a questão de fato e a respectiva apreciação de prova. Por isso, adotei, desde logo, o alvitre que o Sr. ministro relator sugeriu na leitura de seu voto e fez constar do acórdão, no sentido de ser discutida na execução, e não na liquidação, a questão de saber se, tendo o liquidante aceitado um emprego no Governo municipal, havia por isso mesmo renunciado ao que ocupava no Ministério Público. Pareceu-me que o alvitre se referia também à questão sobre as custas, porque, sendo puramente de direito e podendo desde logo ser resolvida a questão sobre incompatibilidade de cargos do Ministério Público com quaisquer outros, com malícia de razão deveria ser discutida, com mais largueza, a questão sobre as custas no processo de execução, onde as partes teriam meios de prova mais amplos e sobretudo recurso mais garantidor. Foi nesse pressuposto que votei como vencedor, pois do outra forma não admitiria nem admito que as custas, que *teria percebido* o liquidante, fossem calculadas pela média das custas mensal ou anualmente recebidas pelos adjuntos, tendo-se em vista os atestados que estes forneciam ao mesmo liquidante.

O critério, além de muito falível, assenta em prova graciosa, que não pode produzir convicção no espírito de ninguém". E concluí, ponderando

que ao liquidante incumbia a prova da importância das custas, a ele, que era o autor, e não à Fazenda Nacional, que era a ré (*Rev.*, 27-37).

187 — Muito mais clamorosa foi a injustiça praticada contra a Fazenda Nacional na liquidação promovida pelo Dr. Antonio Baptista Pereira.

Este calculou em mais de 400 contos de réis a importância das custas, que teria de receber em cinco anos; mas não ofereceu documento, nem prova testemunhal produzida na respectiva dilatação. Apresentou, apenas, informações, mais que graciosas, e um arbitramento, baseado nessas mesmas informações, que, na opinião do acordão, a liquidada, ré, tinha obrigação de destruir!

Eis o acordão na parte que interessa:

Vistos, etc.

Considerando que a União, contestando os artigos de liquidação, não exhibiu, na dilatação probatória, uma só prova que ilidisse as do liquidante. Na minuta do agravo (fls. 149 e 150), alega que o liquidante só deve receber o valor da lotação do seu ofício durante o tempo em que desse foi privado. Esse valor é o de 4:800\$0 por ano, fixado pelo decreto n. 7.545, de 22 de novembro de 1879. Mas, fora evidente injustiça julgar que o liquidante fica ressarcido do prejuízo sofrido, recebendo os emolumentos arbitrados em 1879, ou 4:800\$0 por ano, quando é público e notório que os proventos do cargo atualmente são incomparáveis aos percebidos em 1879, conforme reconheceu o próprio perito nomeado pela Fazenda Federal; o Supremo Tribunal Federal nega provimento e confirma a decisão agravada. Custas pela agravada.

Supremo Tribunal Federal, 23 de abril de 1921. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *Pedro Lessa*, relator. — *Viveiros de Castro*. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto*. — *Godofredo Cunha*. — *Pedro dos Santos*. — *G. Natal*. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, vencido.

Não há prova nenhuma, absolutamente nenhuma, dos artigos de liquidação. O autor, liquidante, alegou que esteve privado do cargo de curador dos orfãos durante 61 meses e 19 dias e que estimava em 429:440\$0 a importância das custas que poderia ter percebido naquele período de tempo, à razão de 6:400\$0, mensalmente. Não ofereceu certidão alguma, nem produziu testemunhas na dilatação probatória. A única prova ministrada consistiu no seguinte: O liquidante dirigiu aos escrivães das quatro Varas de Orfãos do Distrito Federal o papel de fls. 6, que não é uma petição, nem uma carta particular. Nesse papel, o liquidante pediu-lhes "o obsequio de certificarem em quanto avaliaram a renda da Curadoria de Orfãos, em cada um dos seus cartórios, no período de 1910 a 1915".

Em papel separado, um dos escrivães respondeu: "Atendendo às perguntas que por V.S. me foram feitas, em carta, respondo: — avalio, aproximadamente, a renda da Curadoria, no período de 1910-1915, em 1:500\$0 ou 1:600\$0 mensais, em cada cartório". Essa resposta foi apresentada aos outros escrivães, que se declararam de acordo com ela. O documento, portanto, não tem valor de espécie alguma; não chega a ser um atestado gracioso, por que nem sequer está jurado.

E' do ensinamento dos velhos praxistas, como Pereira e Souza, que os atestados, ainda quando jurados, e subscritos por pessoas egrégias, são puramente graciosos e destituídos de qualquer valor jurídico. O próprio liquidante

reconhece a imprestabilidade do documento, tanto que alega (fls. 136 v.) que o não juntou como certidão, mas como depoimento, sem atender a que esse só valerá, quando prestado em juízo, com citação da parte contrária à que o produziu, para que ela possa exercer o direito de contraditório, se lhe parecer que não é verdadeiro.

Alem do documento de fls. 7, o liquidante ofereceu o de fls. 8, que é uma carta em que pede ao Dr. Ademar Tavares "o obséquio de responder em quanto calcula a renda mensal da Curadoria de Orfãos em cada Vara". A resposta é assim concebida: "Estou de pleno acordo com a informação dos senhores escrivães que me é submetida pelo ilustrado Dr. 1.º curador de Orfãos". Nada mais será preciso dizer, para que fique bem acentuado que se trata de mero favor prestado a quem foi apresentado ao Dr. Ademar Tavares a informação dos escrivães.

Por fim, procedeu-se a um arbitramento, em que dois dos peritos estimaram em 409:600\$0 a importância da execução, contra o laudo do terceiro perito, que a estimou em 214:720\$0. Nenhum desses pareceres repousa em base aceitável.

Os peritos da maioria fundaram o seu laudo na consideração de que "o liquidante apresentou as atestações dos escrivães de orfãos, estimando, aproximadamente, em virtude de sua observação pessoal, tais rendimentos em 1:500\$0 ou em 1:600\$0, em cada um dos quatro cartórios, ou 6:400\$0 mensais", e que essa estimativa "acha-se confirmada plenamente pelo reputado curador de orfãos interino, Dr. Ademar Tavares".

Ora, se já se mostrou que não tem valor jurídico a estimativa, quer dos escrivães, quer do Dr. Ademar, é claro que sem valor será também o laudo da maioria, que nela se fundou. O perito vencido, considerando que a lotação do officio é de 4:800\$0 anuais, mas que essa lotação não corresponde atualmente à realidade dos fatos, procurou uma solução, que lhe pareceu equitativa para o caso, somando os dados da lotação com os dos atestados, e daí tirando a média.

Não satisfaz o alvitre, por ser também fundado nos tais atestados, informações, respostas, ou que melhor nome tenham, os quais não provam coisa nenhuma. O liquidante devia apresentar certidões dos cartórios. Se era difícil, como alega, o oferecimento dessa prova, a dificuldade só a ele poderia prejudicar e nunca à Fazenda, cuja condenação ao pagamento de quantia tão avultada de nenhum modo se justifica.

O acordão considera que a União, contestando os artigos de liquidação, não exhibiu na dilação probatória uma só prova que ilidisse as do liquidante. E' uma inversão completa das regras do processo. A prova incumbe ao autor que, no caso, é o liquidante. Se este não produziu a prova de sua intenção — e não há outra prova alem da que ficou analisada — não tinha a União, ré, obrigação de provar coisa alguma.

Mandava, pelo exposto, proceder a novo arbitramento, já que o liquidante nem ao menos inquiriu como testemunhas, na dilação probatória, os escrivães que, no favor prestado ao liquidante, não se limitaram a calcular a renda no próprio cartório, mas o fizeram também no cartório dos companheiros. De modo que, sendo a renda da Curadoria de Orfãos, em cada um desses cartórios, de 1:600\$0, nos quatro cartórios essa renda mensal atinge a 6:400\$0, que é precisamente a quantia pedida pelo liquidante, não se falando em custas de outra procedência, que "por baixo cálculo, montam a mais de 300\$0 mensais", e cujo pagamento o liquidante generosamente *deixa de reclamar*. Felizmente, para a Fazenda, ele se conformou com o laudo do perito vencido, que ainda assim lhe assegura uma renda mensal superior aos vencimentos do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (Rev., 30-134).

188 — Triunfou, porem, a justiça na liquidação do Dr. Ricardo de Almeida Rego.

O S. T. F. julgou que a importância das custas, que ele deixou de perceber, durante o tempo em que esteve afastado do cargo, devia ser provada por certidões extraídas dos autos, em que funcionara, e não por meio de arbitramento.

Não fui relator do caso, nem foi por mim redigido o acordão, que apenas contem a minha assinatura, sem qualquer observação, por me achar plenamente de acordo com ele. Transcrevo, entretanto, o acordão para provar que eu, também agora vencedor, é que tinha razão no julgamento da liquidação do Dr. Baptista Pereira, em que fui vencido.

Vistos e examinados estes autos de agravo de petição, viados deste Distrito Federal, em que é agravante a Fazenda Nacional e agravado Dr. Ricardo de Almeida Rego :

Considerando que a sentença liquidanda, ao contrário do que afirma a Fazenda Nacional por seu procurador, condenou o liquidado ao pagamento dos juros da mora;

Considerando que, tendo havido condenação também para o pagamento das custas e percentagens que o liquidante deixou de perceber, durante o tempo de afastamento do cargo, não foi feito devidamente o *quantum* delas;

Considerando que o arbitramento no caso não é o meio regular de liquidar o montante dessa parte da sentença, porquanto todos os atos em que funcionou o liquidante constam dos autos respectivos, existentes nos cartórios.

ACORDAM em Supremo Tribunal Federal dar em parte provimento ao agravo para o fim de excluir da liquidação a quantia de 11:700\$0 (onze contos e setecentos mil réis). Pagar as custas em proporção pelo agravante e pela agravada.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 1925. — *André Cavalcanti*, presidente.
— *Geminiano da Franca*, relator. — *E. Lins*. — *HERMENEGILDO DE BARROS*.
— *A. Ribeiro*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Viveiros de Castro*.
— *G. Natal*. — *Leoni Ramos*, vencido. — *Godofredo Cunha*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

(*Rev.*, 92-72).

E' preciso salientar que a sentença de primeira instância, proferida na liquidação, julgara, quanto às custas que o Dr. Ricardo deixara de receber, que o arbitramento, de que ele lançara mão, era o único meio compatível de prova, "porque uma devassa em cartório seria quase inexequível, principalmente porque muitos processos não seriam encontrados, uns por se acharem na instância superior e outros entregues às partes, como justificações, vistorias *ad perpetuam*, etc."

Mas, o S. T. F. não atendeu a essas razões; achou que o *quantum* das custas devia ser provado, não por arbitramento, mas por certidões extraídas dos processos, e, reformando, nessa parte, a sen-

tença, mandou excluir da liquidação a importância de 11:700\$0, relativa às custas, por falta de prova regular da respectiva importância (*Rev.*, 87-470).

189 — Na liquidação promovida pelo Dr. André de Faria Pereira, o critério do julgamento já não foi o mesmo, no tocante à prova da importância das custas.

Em vez de requerer certidão dos autos em que funcionara o seu substituto, o Dr. André recorreu também ao mesmo expediente dos atestados graciosos, fornecidos por dois procuradores gerais interinos do Distrito, e a um arbitramento baseado nesses mesmos atestados.

Os primeiros calcularam em 300\$0, mais ou menos, por mês, os emolumentos que perceberia o liquidante; o segundo, em 270\$0, a média mensal das custas.

E para se ver a falibilidade dessa prova, basta confrontá-la com a que foi oferecida na liquidação do Dr. Baptista Pereira, onde a importância das custas foi calculada em 1:500\$0 ou 1:600\$0 mensais, em cada cartório, ou em 6:000\$0 ou 6:400\$0, nos quatro cartórios.

Nesse processo de liquidação do Dr. André, o S.T.F. aceitou, aliás sem dizer porque, a prova defeituosa do cálculo das custas mensais em 270\$0, pois negou provimento ao recurso interposto, afinal, da sentença de liquidação.

Eu também o neguei, não porque as custas estivessem contadas regularmente, mas somente porque o procurador da República que, a princípio, impugnara os atestados graciosos e exigira a prova por certidões extraídas dos autos, declarou, depois, que desistia da impugnação, de modo que a conta se fez, de acordo com o laudo dos peritos, na importância de 270\$0, sem que tivesse havido interposição de recurso (n. 50, *Jur.*, 13-697).

190 — Na liquidação do Dr. André de Faria Pereira foi discutida uma outra questão — a de saber desde quando deviam ser contados os juros da mora.

O juiz federal julgou, de acordo com o liquidante, que os juros deviam ser contados desde a data da citação inicial, na forma do art. 1.536, § 2.º, do Código Civil, contra a alegação do procurador da República de que os juros se contavam da data da liquidação, nos termos do art. 1.064 do mesmo Código.

O S.T.F. deu provimento, em parte, ao recurso, para mandar que os juros da mora, vencidos antes do decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, fossem contados desde a citação inicial, conforme julgara a sentença recorrida, e que os juros vencidos, da data da-

quele decreto em diante, se contassem da data da sentença liquidanda, *ex-vi* do art. 3.º do mesmo decreto.

Eu fui vencido, nessa parte, porque confirmava *in totum* a sentença recorrida, não por seu fundamento, mas porque da decisão do juiz, que mandara organizar a conta, em desacordo com a alegação do procurador, cabia agravo, que este não interpôs, de modo que a decisão transitou em julgado, não sendo lícito, por esse motivo, apreciar se ela era ou não jurídica.

Eis o acordão e o meu voto explicativo :

N. 57 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de liquidação de sentença, oriundos do Distrito Federal, em que é recorrente *ex-officio* o Dr. juiz federal da 1.ª Vara e em que são recorridos a União Federal e o Dr. André de Faria Pereira, os ministros que constituem a turma julgadora, em Corte Suprema, acordam negar provimento ao recurso na parte relativa ao quantum das custas, devidas ao recorrido Dr. André de Faria Pereira, e dar-lhe provimento em parte para, *ex-vi* do disposto no art. 3.º do decreto número 22.785, de 31 de maio de 1933, mandar contar, da data da sentença liquidanda, tão somente os juros moratórios, vencidos da data desse decreto em diante — porquanto os juros da mora vencidos anteriormente, devem ser contados desde a citação inicial até a data do supra citado decreto n. 22.785.

O assento da matéria sujeita é o art. 1.536, § 2.º, do Código Civil.

Não há contradição entre esse artigo e o 1.064 do mesmo Código, como o demonstrou a decisão recorrida fixando a verdadeira inteligência desses dispositivos, em face da doutrina e da jurisprudência.

Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 24 de julho de 1934. — E, Lins, presidente. — Plínio Casado, relator *ad-hoc*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido em parte. Como integrante deste, reporto-me aos meus votos anteriores a fls. 269 e 323. No primeiro, não converti o julgamento em diligência, para que o juiz apelasse da sentença, que homologara a confissão, por haver entendido que essa sentença transitara em julgado; no segundo, julguei a ação improcedente.

Passo a conhecer, agora, dos artigos de liquidação.

Nenhuma dúvida se oferece, quanto a importância dos vencimentos, a qual é de 87:645\$0.

Também não se trata de saber, agora, se são ou não devidos juros da mora nas condenações à reparação de direitos lesados por demissões ilegais.

Desde que o autor pediu o pagamento desses juros e a ré confessou o pedido, sendo a confissão homologada por sentença, esta se há-de executar nos termos em que foi proferida.

A dúvida consistiu nos seguintes pontos :

1.º, como deve ser feita a prova da importância das custas a que tem direito o liquidante durante o tempo em que esteve afastado do cargo;

2.º, desde quando devem ser contados os juros sobre a importância dessas custas.

Quanto ao primeiro ponto :

Assim como o liquidante provou, em face da lei e com certidões do Tesouro Nacional, que a importância exata dos vencimentos percebidos pelo procurador geral do Distrito era de 87:645\$0, assim também deveria ter pro-

vado qual a importância exata das custas contadas ao mesmo procurador, seu substituto, e às quais teria direito o substituído, se não fora exonerado. Para isso nada mais seria preciso do que recorrer aos autos, onde as contas das custas foram lançadas e delas extrair as respectivas certidões. E nesse sentido julgou o Supremo Tribunal na liquidação de sentença requerida pelo procurador Almeida Rego (*Rev. do Sup. Trib. Federal*, vol. 37, pág. 470).

Em vez, porém, de recorrer a esse processo, simples, seguro, oferecendo garantias de absoluta certeza, o liquidante preferiu recorrer aos atestados de dois procuradores, interinos, que calcularam, em 300\$0, mais ou menos, por mês, os emolumentos percebidos pelo procurador geral do Distrito (fls. 153).

No arbitramento a que se procedeu, o procurador da República perguntou: "Qual a importância total das custas que o autor, ora liquidante, deixou de perceber no período que vai da data de sua demissão até o dia de sua reintegração?". Os peritos disseram que o quesito já estava respondido pela resposta ao 7.º quesito do autor, onde eles expuseram que, tendo em vista as informações prestadas nos autos por vários procuradores interinos, com o conhecimento que têm, como advogados militantes no foro da Justiça local, e pelos dados que ainda procuraram colher, chegaram à conclusão de que a média mensal de custas percebidas pelo procurador geral do Distrito Federal é de 270\$0, sendo o total de 6:973\$0, durante o período em que o liquidante esteve fora do cargo.

Ora, os vários procuradores, aos quais os peritos se referiram, são os dois que deram o atestado e depuseram na dilação, além de mais um, que não estava inteiramente de acordo com aqueles, quando fora mais razoável que, a admitir-se o testemunho dos procuradores, se procurasse ouvir, em vez de procuradores interinos, o procurador efetivo, a quem eles temporariamente substituíram.

Em qualquer hipótese, não poderiam os peritos fazer um cálculo, aproximado sequer, das custas recebidas, sem que recorressem ao exame dos autos, onde tais custas foram contadas.

Era, pois, o caso de ser julgada improcedente a liquidação, no tocante ao quantum das custas.

Entretanto, o procurador da República, que, ao contestar os artigos de liquidação, impugnara a prova dada por atestados e exigira que ela fosse ministrada por meio de certidões extraídas dos autos — o procurador da República declarou, depois, que não mantinha a contestação, à vista das provas e alegações do liquidante (fls. 208), provas que consistiram nos depoimentos dos mesmos procuradores interinos, que forneceram os atestados, e nas informações que esses mesmos procuradores prestaram aos peritos. Manifestado o assentimento do procurador da República, fez-se a conta, em que foram contempladas as custas, de acordo com o laudo dos peritos, na importância de 270\$0 mensais, ou no total de 6:973\$0, durante o período em que o liquidante esteve fora do cargo.

Não houve interposição de recurso.

Quanto ao segundo ponto:

Organizada a conta, em que foram contados juros sobre as custas, desde a data da demissão do liquidante até a da sua reintegração, o procurador da República impugnou a conta, por entender que os juros da mora, nas obrigações líquidas, só se contam a partir da liquidação, de acordo com o art. 1.064 do Código Civil, ao passo que o liquidante sustentava que, mesmo nas obrigações líquidas, se contam os juros da data em que ocorreu o ato, ou, então, a partir da mora judicial, conforme o art. 1.536, § 2.º, do mesmo Código.

O juiz federal substituto, no exercício do cargo de Juiz Federal (fls. 236), decidiu que os juros da mora devem ser contados, não da data em que se teria tornado exigível cada uma das prestações devidas ao liquidante, mas da data

da citação inicial, de acordo com o art. 1.536, § 2.º, do Código. Nesse sentido mandou que se fizesse nova conta.

Da decisão do juiz cabia o recurso de agravo (art. 715, letra j, do decreto n. 3.084). O procurador não agravou. Por conseguinte, a decisão transitou em julgado.

Pouco importa que ele, depois de feita a nova conta, na conformidade do que determinara a decisão agravável de fls. 236, continuasse a impugnar a contagem dos juros, como já o fizera no parecer anterior de fls. 222.

Pouco importa que o juiz federal, efetivo, julgasse improcedente, pela segunda vez, a mesma impugnação reproduzida pelo procurador da República e reafirmasse que os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, se contam desde a citação inicial, nos termos do art. 1.536, § 2.º, do Código Civil. Essa decisão, da qual o juiz recorreu *ex-officio* (fls. 249), foi inútil, por ser reprodução da que o juiz substituto proferira a fls. 236, e que se tornara irrevogável. Por esse motivo deve subsistir a conta, nos termos em que foi organizada, embora por essa conta a Fazenda tenha de pagar algumas custas, que o liquidante não pagou, por não terem querido recebê-las funcionários que a elas tinham direito, como se vê das notas — *nihil, gratis* — lançadas em alguns dos documentos, não estando em outros os salários cotados à margem, como manda a lei, para que se possa saber se foram e como foram eles cobrados. Nego, pelo exposto, provimento ao recurso (*Jur.*, 21-266).

191 — Já agora direi em que termos julgaria a liquidação de sentença do Dr. André, relativamente à contagem de juros da mora, se me fosse permitido apreciar o mérito dessa sentença, apesar de transitada em julgado.

Julgaria, como julgara anteriormente, em acordão de 16 de setembro de 1931, por mim redigido, que "não se tratando de prestação em dinheiro, mas de prestação de outra natureza, isto é, entrega de 1.815 sacas de café, os juros da mora devem ser contados da sentença que fixar a quantia devida, nos termos do art. 1.064 do Código Civil", ou, segundo o Comentário de Clovis Bevilacqua ao citado artigo: "Os juros da mora são devidos, qualquer que seja a prestação não cumprida. Se a dívida é em dinheiro, os juros moratórios correm desde que o devedor é constituído em mora, e se contam sobre a quantia devida. Se a dívida não for em dinheiro, os juros da mora se contam sobre o valor pecuniário que se der ao objeto da prestação, por sentença, arbitramento ou acordo entre as partes" (*Arg. Jud.*, 23-334).

Cumpra, pois, distinguir: ou se trata de obrigações em dinheiro, que, de ordinário, são líquidas, e, então, os juros se contam desde a citação inicial; ou se trata de obrigações de outra natureza, as quais são ilíquidas, por dependerem de liquidação ou conversão em dinheiro, para que o devedor possa solver a obrigação, e, neste caso, os juros se contam a partir da liquidação.

No caso do Dr. André, havia uma parte líquida — a importância dos vencimentos pedidos — e uma parte ilíquida — a importância das custas. Os juros daqueles eram devidos desde a ci-

tação inicial; os juros destas, desde que se tornasse certa a respectiva importância, por sentença, arbitramento ou acordo entre as partes.

192 — Julgou-se, por acórdão de 15 de setembro de 1938 (já depois da minha saída do Tribunal), que os juros da mora deviam ser contados desde a citação inicial, sem interrupção, não sendo aceito, nesta parte, conforme se julgara na liquidação do doutor André, o voto do ministro Carvalho Mourão, que mandava contar os juros da mora desde a citação inicial até a data do decreto do Governo Provisório, n. 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 3.º, e daí por diante, só depois da sentença de liquidação (*Rev. de Jur. Bras.*, 44-28).

193 — E' ponto insuscetível de controvérsia que a sentença deve ser executada nos mesmos termos em que foi proferida.

Se, pois, a sentença foi omissa na condenação ao pagamento de juros da mora, tais juros não serão devidos, sob a consideração de estarem compreendidos na condenação.

Nem se deve discutir se os juros eram ou não devidos, mas se houve condenação ao pagamento deles.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição do Distrito Federal, em que é agravante a União e são agravados Dario Cordeiro Carvalho e outro.

Dario Cordeiro Carvalho e Manoel Almeida Albuquerque Cavalcanti, aluno do 3.º ano da Escola Militar, na dependência ainda de uma cadeira do ano anterior, propuseram ação contra a União Federal, para que lhes fosse reconhecido o direito à promoção de aspirantes a oficiais, direito consagrado pelo decreto n. 4.653, de 17 de janeiro de 1923, aos alunos que não foram desligados, nem excluídos em virtude dos acontecimentos de 5 de julho de 1922.

Pediram os autores fosse o Governo "compellido a promovê-los e a garantir-lhes os respectivos onus e vantagens assegurados pelo decreto citado e condenada a União aos respectivos pagamentos que forem liquidados na execução e nas custas, na forma da lei" (fls. 5).

A ré foi condenada, em primeira instância, a pagar ao 1.º autor "os proventos do posto de aspirante e dos que lhe caberiam nos acessos por antiguidade" e ao 2.º autor "diferença de vencimentos entre a data da obrigatoriedade da lei (4.653) e a da promoção que obteve e que será contada a partir daquela data, como se liquidar na execução e custas".

A sentença de primeira instância foi confirmada, sem restrição, pelo Tribunal Federal.

Em execução do acórdão, foram oferecidos artigos de liquidação, em que o 1.º exequente se julgou com direito à quantia líquida de 48:109\$050, e o 2.º exequente com direito à quantia de 8:810\$0, com juros da mora.

A executada contestou os artigos de liquidação, alegando que o 1.º exequente tem direito a 47:507\$888 e o 2.º exequente a 8:301\$250, conforme os quadros demonstrativos que apresentou e que foram organizados pela Contabilidade do Ministério da Guerra.

A sentença julgou liquidas essas duas importâncias, às quais adicionou os juros da mora, e recorreu *ex-officio*, na forma do art. 28 da lei n. 4.793, de 7 de janeiro de 1924.

Por sua vez, a União Federal agravou, para o fim de serem excluídos os juros da mora.

ACORDAM dar provimento ao agravo para o fim que este visou, porque os juros da mora não foram pedidos na ação, nem a sentença da primeira instância condenou a ré a pagá-los.

O Supremo Tribunal confirmou aquela sentença, nos termos em que foi proferida, sem condenação, portanto, ao pagamento de tais juros.

A sentença agravada considera que os juros da mora se compreendem na condenação, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa a respeito, só não devendo ser feito pagamento de tais juros, quando forem expressamente excluídos pela condenação.

A regra verdadeira é que os juros só devem ser pagos quando expressamente incluídos na sentença condenatória, porque esta deve ser executada nos mesmos termos em que foi proferida.

Não se pode discutir agora, na execução, se os juros eram ou não devidos, mas tão somente se a União foi ou não condenada ao pagamento de tais juros.

Rio de Janeiro, 3 de abril de 1929. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *Hermenegildo de Barros*, relator. — *F. Whitaker*. — *Bento de Faria*. — *Geminiano da Franca*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Rodrigo Octavio*. — *Soriano de Souza*.

Fui presente. — *Muniz Barreto*, procurador geral *ad-hoc* (*Rev. de Jur. Bras.*, 6.^o-33).

194 — Ao contrário, os juros serão devidos, desde que ao respectivo pagamento a parte executada tenha sido expressamente condenada na sentença exequenda (*Rev.*, 32-91).

* 195 — Ainda que a sentença exequenda não tenha condenado, declaradamente, ao pagamento de juros da mora, estes serão devidos na liquidação, desde que a mesma sentença condenou, na forma do pedido, e o pedido na ação foi compreensivo daqueles juros.

Em sentença de liquidação, a parte não pode ser condenada ao pagamento de determinada despesa, proveniente de fato, cuja prova não foi produzida.

A sentença de liquidação passa em julgado, na parte desfavorável ao liquidante, se este não agravou da mesma sentença.

N. 6.091 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Distrito Federal, em que é agravante a União Federal, com recurso *ex-officio* do juiz, sendo agravada Maria Rosa Marques.

Esta propôs contra aquela uma ação ordinária de indenização de dano, resultante da morte de seu marido Manoel da Costa Marques, em consequência de desastre na Estrada de Ferro Central, Linha Auxiliar.

Pediu o pagamento do que fosse apurado na execução com os juros da mora, tendo-se em vista a extensão do dano material com a cessação do trabalho e, consequentemente, com os prejuízos decorrente da morte de seu

marido e sustento da família, inclusive de uma filha menor, e do moral (dano provavelmente), devido à dor que sofreu".

A sentença de primeira instância julgou procedente a ação "para na forma do pedido condenar a ré a pagar a autora e à sua filha a quantia que for liquidada na execução e as custas" (fls. 27 v.).

O Supremo Tribunal Federal confirmou a sentença (fls. 28 v.).

Em execução do acórdão, a autora ofereceu artigos de liquidação, alegando o seguinte: Seu marido, grande proprietário na capital, tinha uma renda superior a 80:000\$0 por ano, e podendo viver ainda 16 anos, até completar a idade de 75 anos, aquela renda, durante esse período de tempo, teria produzido 1.280:000\$0.

Deduzindo-se dessa importância dois terços para obras, consertos, prejuízos decorrentes da própria locação, tem-se o líquido de 426:600\$0, que é a importância do dano material com a cessação do trabalho e prejuízos decorrentes do falecimento.

Essa quantia deve ser adicionada às de 192:000\$0 (sustento da família durante 16 anos); 3:870\$0 (despesa com funeral, luto e bem de alma); 100:000\$0 (dano moral); 144:494\$0 (honorários de advogado na ação à razão de 2%); 10:000\$0 (honorários de advogado no inventário), perfazendo essas parcelas o total de 876:964\$5, além dos juros da mora.

Contestados os artigos de liquidação e postos em prova, disseram os peritos, em maioria, que tendo Manoel da Costa Marques 59 anos de idade, quando faleceu, teria vida provável de mais 11 anos, segundo a Tabela Jones, e durante esse período não houve cessação de lucros, porque estes provinham de renda produzida por aluguéis de prédios, mas que a autora, tendo perdido seu marido e sendo uma senhora idosa, não poderia administrar pessoalmente a fortuna que recebera no inventário, na importância de 482:363\$113, quase toda representada em imóveis, cuja renda, calculada em 10%, mais ou menos, para um terceiro receber aluguéis, pagar impostos, tratar de consertos, etc., a autora, em onze anos, a 4:800\$0, por ano, despenderá 52:800\$0 e a filha, adotado o mesmo critério, 5:400\$0, sendo, portanto, a indenização total de 57:200\$0 (aliás seria de 58:200\$0), com mais 3:000\$0 para a despesa de funeral e luto e quinze por cento para honorários de advogado.

A sentença liquidando considerou que a fortuna de Manoel da Costa Marques consistia em prédios, de cujas rendas vivia ele com a família; e depois de sua morte esses prédios continuaram a render, tendo por isso os peritos afirmado que com a morte do Marques não houve cessação de lucros.

Adotou, porém, o juiz a consideração dos peritos de que a autora, por ser uma senhora idosa, não poderia pessoalmente receber os aluguéis, pagar os impostos, e tendo para isso de despender uma 10%, teria ela de gastar 58:200\$0, que acrescidos de 3:870\$5, de despesa de funeral e luto, se elevariam a réis 62:070\$5, para sobre ela correr a execução, com os juros da mora, que correrão depois de julgada definitivamente a presente liquidação, uma vez que as sentenças exequendas não condenaram expressamente a executada ao pagamento de tais juros, como seria necessário para que eles pudessem ser contados.

O juiz recorreu ex-offício e a União agravou.

O Sr. ministro procurador geral opina pelo provimento do recurso.

Desde que a exequente não agravou da sentença de liquidação, passou esta em julgado, quanto ao fato de não ter havido cessação de lucros com a morte do marido da exequente, uma vez que, depois da morte, os prédios continuaram a produzir renda.

Passou igualmente em julgado a sentença, quanto à exclusão de honorários do advogado, dano moral e juros da mora, somente depois da sentença de liquidação.

O que está em discussão, portanto, além das despesas de funeral e luto e juros da mora, é se a exequente pode levar a débito da União os 10% que teria de despendar para um terceiro receber aluguéis de prédio, pagar impostos, tratar os concertos, por não poder a exequente fazê-lo pessoalmente, por ser uma senhora idosa.

Ainda que se pudesse responsabilizar a União por essa despesa, o cálculo de uns 10%, mais ou menos, seria arbitrário, tanto mais quanto a comissão que os bancos costumam cobrar para a administração de prédios é de 5 ou menos da 5%, conforme provou a agravante com os documentos de fls. 128 e 147.

Mas a agravante não está obrigada ao pagamento de qualquer comissão, porque a despesa de uns 10% é fundada, apenas, na alegação de ser a exequente uma senhora idosa e não poder pessoalmente receber aluguéis dos prédios, pagar impostos, etc.

Dessa alegação, porém, não há prova de qualquer espécie.

Com relação aos juros da mora, a sentença agravada considerou que a executada não foi expressamente condenada ao pagamento de tais juros.

Se assim fosse, eles não seriam devidos nem mesmo depois da sentença de liquidação.

Mas a autora pediu expressamente os juros da mora e a sentença condenou a ré na forma do pedido. Logo, os juros são devidos depois da sentença de liquidação.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento, em parte, ao agravo e ao recurso ex-officio, para mandar que a liquidação prossiga, somente quanto à despesa de funeral e luto, na importância de 3:870\$5, com os juros da mora: pagas as custas em proporção.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 1934. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Arq. Jud.*, 38-96, *Jur.*, 16-701).

Nota anônima nos autos:

Foram vogais os Srs. ministros Arthur Ribeiro, Plínio Casado, Carvalho Mourão e Laudo de Camargo. A decisão foi a seguinte:

"Deram provimento, em parte, ao agravo, para mandar que a liquidação prossiga, só quanto à importância de 3:790\$5, com os juros da mora, unanimemente".

196 — A jurisprudência do S. T. F. era pacífica, no sentido de ser nula a sentença, por ter sido proferida fora do prazo legal (n. 118).

Entretanto, em embargos remetidos sobre uma liquidação de sentença, proferida depois do prazo legal, o S. T. F., pelo voto de desempate do seu presidente, julgou de modo diverso, sob a consideração única de que "o fim que teve em vista a lei, declarando incompetente o juiz demorado, foi apressar os julgamentos. Seria contrariar flagrantemente a finalidade da lei permitir que a parte, depois de assistir impassível ao correr de vários meses ou anos, com os autos conclusos ao juiz para sentenciar, viesse alegar a nulidade da mesma por excesso de prazo, ao verificar que lhe foi adversa a decisão".

Julgaram neste sentido, nos embargos remetidos n. 6.549, os ministros Eduardo Espinola, Ataúlpho de Paiva e Octavio Kelly,

contra os votos dos ministros HERMENEGILDO DE BARROS, Plínio Casado e Cunha Mello.

Desempatou com os primeiros o ministro Edmundo Lins, que aliás nunca multou os juizes negligentes, como determina a lei (*Arq. Jud.*, 44-39).

197 — Eu nunca li em parte alguma que o pensamento da lei foi esse, que lhe atribuiu a decisão vencedora, por desempate.

O que a lei teve em vista, segundo se deve supor, foi evitar a demora, tornando efetiva a punição do juiz desidioso, sendo este declarado incompetente e multado ao mesmo tempo. Excitando, por essa forma, os brios do juiz inferior, o juiz superior conseguirá que ele se corrija, mas não logrará o mesmo efeito se deixar de o punir, porque o juiz, amparado pela tolerância criminosa, continuará a ser cada vez mais desidioso, negligente, relapso ao cumprimento do dever, deixando de sentenciar por espaço de anos e anos seguidos, como se tem verificado.

Seja, porem, como for, o que é certo é que se a lei determina expressamente que o juiz superior proceda de uma forma, não é lícito a esse juiz proceder de forma diferente, ou contra a literal disposição da lei.

Felizmente, o acordão não prevaleceu, porque, embargado pelo procurador geral da República, foram os embargos recebidos e anulada a sentença, de acordo com os votos vencidos no mesmo acordão. A decisão foi proferida já depois da minha saída do Tribunal, segundo li na publicação oficial dos respectivos trabalhos.

PRESCRIÇÃO EXTINTIVA

198 — Se, aos devedores, em geral, é lícito alegar prescrição contra as ações que lhes sejam propostas, nada mais natural do que permitir que a Fazenda Pública exerça o mesmo direito contra os que pretendam ilicitamente enriquecer à custa dela.

Verifiquei, entretanto, que, algumas vezes, o Ministério Público deixava de cumprir o seu dever, não alegando a prescrição.

Outras vezes, a prescrição era alegada, mas os juizes não acolhiam a alegação, embora amparada por texto claro e positivo de lei.

E' facil a demonstração.

Entendiam alguns, na vigência do decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, que a prescrição quinquenal, de que trata esse decreto, só se referia às dividas passivas da Fazenda Pública, ao passo que, na opinião de outros, a prescrição se applicava a quaisquer direitos e ações.

Até aí, ainda era possível admitir a controvérsia.

Mais tarde, porém, foi apresentado um projeto de lei, com a declaração explícita de que o seu objetivo era fazer cessar a controvérsia existente.

Justificando o projeto, disse a Comissão do Senado: "O art. 9.º tem por fim fazer cessar uma desinteligência que ocorre em nossa jurisprudência, quanto à lei de 1851 sobre a prescrição quinquenal, entendendo uns que ela só se refere a dívidas passivas da Fazenda Pública propriamente dita e outros que não, estendendo-a a quaisquer ações contra essa. O substitutivo que ora se oferece adota o último pensamento, cortando a questão e dando a precisa firmeza à disposição legal".

A Comissão da Câmara dos Deputados também declarou: "O art. 9.º interpreta os arts. 1.º e 2.º do decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851".

Com esse pensamento, expressamente manifestado pelo legislador, o projeto foi convertido na lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, que até faz remissão ao decreto n. 857, que ela visava interpretar, dizendo o seguinte no art. 9.º:

"A prescrição quinquenal de que goza a Fazenda Federal (decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 1.º e 2.º) se aplica a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou fato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção por meios legais".

O Código Civil dispõe, no art. 178, § 10, n. VI, nos mesmos termos iniludíveis, claros, expressos, terminantes, que prescrevem em cinco anos "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação".

Pois, apesar disso, o S. T. F. julgou, por acórdão de 17 de outubro de 1919, proferido na apelação n. 2.558, em plena vigência da lei de 1908 e do Código Civil, o S. T. F. julgou que não era aplicável o decreto de 1851 ao direito pessoal do autor de pedir a nulidade do ato que ilegalmente o demitira, porque o citado decreto "só cogitou das dívidas pecuniárias da Fazenda Nacional, não tendo o legislador podido referir-se a um direito que só foi criado dezenas de anos depois — o direito à ação estabelecida pelo art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, destinada a garantir todos os *direitos individuais* e não exclusivamente os de ordem patrimonial".

O acordão silenciou sobre o dispositivo do Código Civil.

E quanto ao art. 9.º, da lei de 1908, disse que não se podia invocá-lo como interpretativo "já porque, no atual regime, só o Poder Judiciário é que tem competência para interpretar as leis, sendo, a esse respeito, o único poder soberano, o S.T.F., como é corrente; já porque o autor foi nomeado a 30 de setembro de 1894, e, pois, não se lhe pode aplicar uma lei promulgada 14 anos depois, sem que se infrinja o dispositivo do art. 11, n. 3, da Constituição Federal".

O ministro Pedro Lessa, que aliás votou contra a prescrição alegada pela Fazenda, não adotou a fundamentação do acordão. Não avançou que o único poder soberano para interpretar a lei é o S.T.F., nem disse coisa alguma sobre a lei de 1908.

Com relação ao Código Civil, disse apenas: "O Código Civil estatuiu a prescrição, em cinco anos, de toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; as leis anteriores ao Código, porém, não deram à prescrição de que se trata essa amplitude". Com o ministro Pedro Lessa se declararam de acordo os ministros Leoni Ramos e Sebastião de Lacerda.

Foram vencidos, por julgarem prescrito o direito do autor, os ministros Viveiros de Castro, Guimarães Natal, Godofredo Cunha e HERMENEGILDO DE BARROS.

O meu voto está assim fundamentado:

"O ato que o autor pretende seja declarado nulo, acarretando como consequência a condenação da Fazenda a lhe pagar vencimentos desde a data da demissão até a da reintegração no exercício da cadeira, é de 25 de novembro de 1895. A ação foi proposta em janeiro de 1913, quase dezoito anos depois.

O art. 9.º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, dispõe: "A prescrição quinquenal de que goza a Fazenda Federal (decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 1.º e 2.º) se aplica a *toda e qualquer direito o ação* que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou fato, do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo interrupção por meios legais".

A lei, portanto, não estabelece distinção entre direitos pessoais e direitos pecuniários, para que se possa entender que só a estes se referia o decreto de 1851.

De modo geral, sem exceção alguma, a lei de 1908 declara prescritível, em cinco anos, *toda e qualquer direito* contra a Fazenda. Nem se objete que essa lei não poderia ser aplicada ao ato da nomeação do autor, ocorrido quatorze anos antes, em 30 de setembro de 1894, porque é da natureza das leis interpretativas a aplicação a fatos passados.

Ora, a lei de 1908 é, inquestionavelmente, uma lei interpretativa, como se spura da respectiva elaboração.

Na vigência do decreto de 1851, que aplicava a prescrição de cinco anos ao direito que alguém pretendesse ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer título, entendiam alguns que essa prescrição era relativa apenas às

dívidas, contra a opinião de outros, que a tornavam extensiva a qualquer direito.

A lei de 1908, como aliás resulta de sua remissão ao próprio texto do decreto de 1851, teve o intuito declarado de fazer desaparecer a divergência.

Na Comissão do Senado se disse: "O art. 9.º tem por fim cessar uma desinteligência que ocorre na nossa jurisprudência, quanto à lei de 1851 sobre a prescrição quinquenal, entendendo uns que ela só se refere a dívidas passivas da Fazenda Pública propriamente dita e outros que não, estendendo-a a quaisquer ações contra esta. O substitutivo que ora se oferece adota o último pensamento, cortando a questão e dando a precisa firmeza à disposição legal".

A Comissão da Câmara dos Deputados repetiu: "O art. 9.º interpreta os arts. 1.º e 2.º do decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851".

Dai o texto da lei, que está concebida mesmo em termos explicativos, quando, fazendo referência ao decreto de 1851, declara que a prescrição quinquenal, a que se refere esse decreto, se aplica a *tudo e qualquer direito e ação* que alguém tenha contra a Fazenda.

Não procede também a consideração de que, no atual regime, só o Poder Judiciário tem competência para interpretar as leis, sendo a esse respeito o Supremo Tribunal Federal o único poder soberano, porque nos dispositivos da Constituição Federal não se encontra nenhum que tenha retirado ao Poder Legislativo a atribuição de interpretar as leis, como seria indispensável para que se pudessem considerá-lo excluído, mesmo porque — *ejus est interpretare cuius est condere legem*. — Godofredo Cunha, vencido, de acordo com os meus votos anteriores. Subcrevo o voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

(Diário Oficial, de 15 de maio de 1920. Rev., 26-66).

Ainda uma vez, o S.T.F. julgou na apelação n. 2.957, contra os votos dos ministros Pedro dos Santos, Mibielli e o meu, que a prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Nacional, só se refere à cobrança da dívida passiva da mesma Fazenda, não podendo ser aplicada a lei 1939, promulgada quando a ação já estava proposta (Rev., 29-178).

199 — Felizmente, porém, prevaleceu, com poucos votos vencidos e quase não fundamentados, a verdadeira doutrina de que a prescrição se refere a *tudo e qualquer direito e ação*, como se vê dos acordãos nas apelações: 2.124 (Rev., 23-158), 2.875 (Rev., 26-347), 2.852 (Rev., 30-198), 3.203 (Rev., 31-102), 3.660 (Rev., 55-92), 1.675 (Rev., 36-124), 2.360 (Rev., 28-172).

Em todos esses acordãos não se fez distinção, que a lei não faz, entre pedido de pagamento pecuniário e pedido de reparação a ofensa de direito pessoal, para se concluir que, naquele caso, a prescrição é de cinco anos, e neste, de trinta anos.

200 — Tendo julgado, de modo geral, que a prescrição é de *tudo e qualquer direito e ação*, o S.T.F. apreciou alguns casos especiais, em que se verificou também a prescrição quinquenal, como:

a) no direito de alegar a inconstitucionalidade das leis, que taxaram a transmissão de apólices da dívida pública da União;

b) no direito de reclamar indenização de prejuízos causados pelas forças do Governo à propriedade particular no Rio Grande do Sul, uma vez que a ação foi proposta quando já estava prescrita, pouco importando o acordo feito para a pacificação, o qual não podia anular a prescrição e apenas mandava reconhecer o direito a quem por ventura o tivesse;

c) no direito de reclamar pagamento de juros de apólices apreendidas pela Caixa de Amortização:

a) N. 1.707 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Maranhão, entre o Dr. Justo Jansen Ferreira, como embargante, e a Fazenda Nacional, como embargada.

Aquele propôs ação contra esta para haver a restituição de 9:250\$0, que sua mulher fora obrigada a pagar, na qualidade de herdeira de apólices federais, alegando serem inconstitucionais as leis orçamentárias da República, que taxaram a transmissão de apólices da dívida pública da União, uma vez que é da competência exclusiva dos Estados decretar impostos sobre transmissão de propriedade, nos termos do art. 9.º, n. 3, da Constituição Federal.

A sentença de primeira instância julgou a ação procedente. O acórdão de fls. 39 v., porém, julgou prescrito o direito do autor, embargante.

Por ter sido preferido por juizes em número insuficiente, esse acórdão foi anulado pelo de fls. 56, que, conhecendo novamente da apelação, julgou prescrito o direito do autor pelo decurso de mais de cinco anos, visto como o imposto foi pago em 1891, e, só em 1907, o autor propôs a ação de restituição do indébito.

Ao referido acórdão foram opostos os embargos de fls. 61. O acórdão embargado decidiu que prescreve em cinco anos todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a Fazenda Nacional.

Alega o embargante que não é essa a questão que se discute, mas a de saber se incorre em prescrição o direito de alegar a inconstitucionalidade das leis.

Incorre, sem dúvida alguma, desde que a inconstitucionalidade é alegada como meio ou fundamento para o reconhecimento do direito pleiteado.

Nem se compreenderia a alegação de inconstitucionalidade sem um objetivo qualquer.

Se prevalecesse a consideração do embargante, nenhum direito prescreveria em cinco anos, pois, de ordinário, qualquer direito se origina de algum preceito de lei ordinária ou da Constituição.

ACORDAM, pelo exposto, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado. Pagas as custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 1921. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *André Cavalcanti*. — *G. Natal*. — *Viveiros de Castro*. — *E. Lins*. — *Godofredo Cunha*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*, vencido. — *Pedro Mibielli*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev. 36-125).

b) N. 2.254 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Rio Grande do Sul, entre Carlos Alberto Correia, como embargante, e a Fazenda Nacional, como embargada.

A ação daquele contra esta foi proposta em abril de 1900, para indenização de prejuízos causados pelas forças do Governo à propriedade do autor, no município de Quaraí desde abril de 1894 até meados do ano de 1895.

O acórdão de fls. 95 v., confirmando a sentença de primeira instância, julgou o autor carecedor de ação, por estar prescrito o seu direito, visto como, tendo ocorrido, antes de 1895, os fatos narrados na petição inicial e atribuídos às forças federais que no Rio Grande do Sul operavam contra os revolucionários, só em abril de 1900, depois de decorridos mais de cinco anos, veio o autor a Juízo pedir o pagamento.

O ministro relator votou não só por esse fundamento, como porque os autos foram recebidos na Secretaria a 8 de abril de 1904 e só a 2 de abril de 1912, foram preparados, quando já não tinha lugar a perpetuação da ação.

ACORDAM rejeitar os embargos opostos ao acórdão, pelo fundamento deste e do voto do relator, que adotam.

O embargante alega que, cessada a luta no Rio Grande do Sul, o autor propôs ação em 5 de abril de 1900, não tendo ainda decorrido cinco anos, a contar de 25 de agosto de 1895, data em que a União reconheceu solenemente a sua dívida, interrompendo-se, assim, a prescrição.

Uma das cláusulas estabelecidas para a pacificação no Rio Grande, foi esta:

"Cessada a luta no Sul, não só os rebeldes, como os que lutaram pela legalidade e os que não tomaram parte na luta, ficarão todos com o direito salvo para reclamar, pelos trâmites legais, a quem de direito, a indenização dos prejuízos que houvessem sofrido.

A autoridade competente julgará se as suas reclamações são procedentes e se estão devidamente provadas".

Dessa cláusula, porém, resulta, com evidência, que ficava salvo o direito a quem porventura o tivesse.

Se o direito do autor estava prescrito, quando foi proposta a ação, a cláusula do acordo não podia revigorá-lo, por faltar competência à parte contratante para nulificar ou abolir a prescrição estabelecida por lei.

E que os prejudicados ficavam com o seu direito salvo à reclamação judicial, não era necessário que a cláusula o dissesse, porque o direito civil garantia o exercício desse direito. Custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 1921. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — Leoni Ramos. — Viveiros de Castro. — Pedro dos Santos. — André Cavalcanti.

Fuê presente. — A. Pires e Albuquerque.

Presidiu o julgamento o Sr. ministro Hermínio do Espírito Santo (Rev., vol. 36, pág. 138).

c) N. 3.541 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre Jacinthia Emilia da Silveira Santos, como embargante, e a União Federal, como embargada.

O acórdão embargado confirmou a sentença apelada, por estar de acordo com a prova dos autos, com a lei e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A prova dos autos consiste na própria alegação da autora, embargante, que pede seja a União condenada a lhe pagar o equivalente das apólices apreendidas pela Caixa de Amortização, com os juros vencidos e os que se vencerem.

Por conseguinte, o prazo da prescrição de cinco anos deve ser contado da data em que as apólices foram apreendidas pela Caixa de Amortização e em que foi negado o pagamento dos juros. Isto se verificou em janeiro de 1905, conforme o documento de fls. 44, no passo que a ação foi proposta em junho de 1910, depois de decorridos os cinco anos.

A lei, em que se fundou o acórdão embargado, é a de 28 de agosto de 1908, que aliás reproduziu a de 1850.

A jurisprudência a que aludiu o mesmo acórdão, é a que considera que prescreve em cinco anos todo e qualquer direito que alguém possa ter contra a Fazenda Nacional.

ACORDAM, consequentemente, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, por seus fundamentos. — Pagas as custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1922. — *Leoni Ramos*, presidente interino. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lins*. — *André Cavalcanti*. — *G. Natal*. — *Viveiros de Castro*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Alfredo Pinto*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires o Albuquerque* (Rev. 51-136).

201 — Em alguns casos, a prescrição de cinco anos não é total, mas parcial.

Isto se verifica, quando o pagamento que se houver de fazer ao credor for dividido por prazo de meses, trimestres, semestres ou anos.

Neste caso, a prescrição se irá verificando a respeito dos pagamentos parciais que se forem compreendendo no lapso de cinco anos, de modo que, por se ter perdido o direito a um pagamento parcial, não se perde o direito aos outros pagamentos, para os quais ainda não tiver corrido o tempo da prescrição, na forma do art. 5.º do decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851.

Assim se julgou na apelação n. 4.209, em que a hipótese era a de uma ação proposta em 8 de junho de 1920, para cobrança de vencimentos desde o mês de dezembro de 1908 até 15 de junho de 1915.

Julgou-se, então, que estava prescrito o direito a esses vencimentos desde 8 de junho de 1915 até 8 de junho de 1920, não estando, porém, prescrito o direito a oito dias, isto é, 8 a 15 de junho de 1920.

N. 4.209 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de Pernambuco, deles consta que o bacharel Olympio Vaz da Costa foi nomeado pelo ministro da Fazenda para o cargo de Fiscal do Banco das Classes, em Pernambuco, com os vencimentos anuais de 2:400\$0, ou melhor, foi nomeado fiscal junto ao bacharel João Alvares Pereira de Lyra, cessionário do Banco dos Funcionários Públicos.

Alega aquele bacharel que os vencimentos lhe foram pagos pela Delegacia Fiscal até novembro de 1908, mas que daí em diante deixou de os receber até 15 de junho de 1915, data em que foi exonerado, pelo que propôs ação, a 8 de junho de 1920, para que a Fazenda Nacional seja condenada ao pagamento de 15:700\$0.

A sentença de primeira instância julgou o autor carecedor de ação, porque não compete ao ministro da Fazenda, mas ao Congresso Nacional, criar cargos públicos e fixar-lhes os respectivos vencimentos.

O autor apelou.

Das alegações do próprio apelante resulta que está prescrita a quase totalidade de seu direito.

Com efeito, prescreve em cinco anos todo e qualquer direito que alguém possa ter como credor do Estado.

E quando o pagamento, que se houver de fazer aos credores, for dividido por prazos de meses, trimestres, semestres ou anos, a prescrição se irá verificando a respeito dos pagamentos parciais que se forem compreendendo no lapso de cinco anos, de sorte que, por se ter perdido o direito a um pagamento parcial, não se perde o direito aos outros pagamentos para os quais ainda não tiver corrido o tempo da prescrição (decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, art. 5.º).

Ora, o autor propôs ação a 8 de junho de 1920 para receber vencimentos que não lhe foram pagos desde dezembro de 1908 até 15 de junho de 1915.

Logo, está prescrito o seu direito, pelo decurso de cinco anos, desde 8 de junho de 1915 até 8 de junho de 1920, conforme opina o Sr. ministro procurador da República.

ACORDAM, portanto, dar provimento, em parte, à apelação, para mandar pagar ao apelante somente a importância correspondente ao tempo não abrangido pela prescrição, isto é, oito a quinze de junho de 1920, a razão de 2:400\$0, anualmente, ou 200\$0 por mês. Custas em proporção por ambas as partes.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lima*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*. — *A. Ribeiro*. — *Viveiros de Castro*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev. 75-115). ✕

202 — Na apelação n. 2.382, do capitão de mar e guerra Francisco de Oliveira Sampaio, eu fui vencido, em parte.

Ele pedia o pagamento de três parcelas de dinheiro. O acórdão julgou todas as parcelas prescritas pelo decurso de mais de cinco anos.

Eu julguei prescrito o direito do autor, quanto às duas primeiras parcelas, e não quanto à última, sendo nesta parte vencido, como o foram também os ministros Leoni Ramos e Guimarães Natal. Fundamentei o meu voto como se segue:

"O capitão de mar e guerra Francisco de Paula Oliveira Sampaio propôs ação ordinária contra a União, para que esta fosse condenada a colocá-lo no quadro de capitão-tenente e para que fosse contada a sua antiguidade nesse posto desde 16 de abril de 1894.

A ação foi julgada procedente nas duas instâncias.

Executando a sentença, o autor ofereceu artigos de liquidação, em que pediu o pagamento da diferença de vencimentos que deixara de perceber. Esses artigos de liquidação foram julgados improcedentes, porque a sentença exequenda só mandara contar ao autor antiguidade no posto de capitão-tenente desde 16 de abril de 1894, sem que tivesse condenado a União ao pagamento de qualquer quantia, de modo que só pelos meios regulares poderia o autor obter a indenização pretendida.

Ele propôs então a presente ação, em que reclama o pagamento da diferença de vencimentos, na importância total de 21:396\$7, assim discriminada: 2:096\$0, diferença de vencimentos de primeiro-tenente para capitão-

tonente, desde 16 de abril de 1894 até fim de dezembro do mesmo ano; 17:536\$0, diferença de vencimentos, em relação aos mesmos postos, desde 1 de janeiro de 1895 até 31 de outubro de 1902; 1:764\$7, diferença de vencimentos de capitão-tenente para capitão de fragata, desde 5 de janeiro de 1907 até 15 de julho de 1908.

A ação foi julgada improcedente e o autor apelou.

Da própria exposição do autor se conclue que o seu alegado direito quanto às duas primeiras parcelas de 2:096\$0 e 17:536\$0, está prescrito, pois a diferença de vencimentos seria devida no período que decorre de 16 de abril de 1894 até 31 de outubro de 1902, enquanto que a ação foi proposta depois de cinco anos contados desta última data, porque a petição inicial é de 17 de outubro de 1911.

Não está, porém, prescrito o direito do autor, quanto ao pedido de pagamento da terceira parcela de 1:764\$7, por corresponder essa importância à diferença de vencimentos no período de 5 de janeiro de 1907 a 15 de julho de 1908.

Nesta parte, a ação não podia deixar de ser julgada procedente.

Quando o autor pretendeu executar o acordão do Tribunal, que lhe mandava contar antiguidade no posto de capitão-tenente, observou-se-lhe que nenhuma indenização podia reclamar, porque a sentença exequenda não decretara condenação a respeito, devendo, pois, o autor propor nova ação.

Ele assim o fez e provou com certidão da repartição da Marinha (fls. 43 e 77) que a diferença de vencimentos que competiria ao autor, se continuasse em serviço ativo, seria, quanto à 3.ª parcela em questão, de 1:764\$7.

Quando não se queira considerar líquida essa importância, porque a certidão esclarece que ela está sujeita a descontos e alterações, só podendo ser definitivamente apurada à vista da liquidação de caderneta subsidiária do autor, seria então o caso de mandar pagar o que se liquidasse na execução.

Neguei, portanto, provimento à apelação para julgar o autor carecedor de ação, quanto às duas primeiras parcelas, que estão prescritas, e dei provimento à apelação para reformar a sentença apelada e julgar a ação procedente, na parte relativa à 3.ª parcela, liquidando-se, porém, na execução a respectiva importância" (Rev., 81-69).

Os embargos opostos ao acordão foram recebidos, de acordo com o voto vencido, não tendo sido, porém, publicado o segundo acordão.

203 — A respeito de prescrição parcial, dispõe o art. 3.º da lei n. 5.761, de 25 de junho de 1930: "Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem o quinquênio".

Igual dispositivo se contém no art. 3.º do decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

204 — Era corrente no S.T.F. a jurisprudência sobre a prescrição de todo e qualquer direito, sempre que os autos estivessem com a parte litigante por espaço de tempo superior a cinco anos; porquanto, depois do Código Civil, e mesmo antes dele, já se não admitia a perpetuação das ações em juízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de São Paulo, entre a Fazenda Nacional, como apelante, e A. Alvares Penteado, como apelado.

Este, como proprietário da fábrica de tecidos de juta, denominada Santa Ana, situada na capital de São Paulo, propôs ação contra a Fazenda Nacional para haver a restituição da quantia de 1.492:649\$560, correspondente ao valor do imposto de consumo sobre os tecidos de juta, imposto indevidamente cobrado ao autor, desde 4 de abril de 1900 até 31 de março de 1905, e bem assim a importância de 1:000\$0, proveniente do imposto de registro.

Alega o autor que a lei n. 641, de 14 de novembro de 1899, taxa, não todas as espécies de tecido, mas somente os tecidos de lã e algodão, e taxou também, não todas as espécies de aniagem, mas apenas aquelas em cuja textura entrasse a lã ou o algodão, de modo que não podia o Fisco cobrar do autor o imposto de consumo, sobre tecidos ou aniagem de juta, em cuja confecção não entra a lã nem o algodão.

A sentença de primeira instância julgou a ação precedente, porque, tendo a lei taxado somente os tecidos de lã e algodão, o Poder Executivo exorbitou, ao regulamentar a lei, visto como ampliou o imposto aos tecidos de aniagem, próprios para sacos e para enfiar, tributando assim os tecidos de juta, de que a lei não havia cogitado.

A Fazenda Nacional apelou.

ACORDAM dar provimento à apelação para julgar prescrito o direito do autor, apelado, porque os autos estiveram em seu poder, para arrazoar, desde 14 de novembro de 1907 até 22 de julho de 1922 (fls. 484), isto é, por espaço de quase 15 anos, quando é certo que prescreve em cinco anos todo e qualquer direito que alguém possa ter contra a Fazenda Nacional.

Antes mesmo do Código Civil, que no art. 173 não admite a perpetuação das ações em juízo, já o Supremo Tribunal entendia que essa perpetuação desaparecera no direito pátrio, por força do art. 59 do regulamento n. 737, que, tendo mencionado os efeitos da litiscontestação, não reproduziu esse de ficarem as ações perpetuadas em juízo, pelo fato da citação inicial da causa, estando, aliás, o citado art. 59 de acordo com o Código Comercial e com a razão capital do instituto da prescrição, que tem exatamente por fim evitar que os litígios se perpetuem, com grave prejuízo para a segurança pública e particular. Custas pelo apelado.

Rio de Janeiro, 4 de junho de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lins*, vencido. — A causa ficou, pela litiscontestação, perpetuada em juízo e, assim, a prescrição é a de quarenta anos, conforme os meus votos anteriores, várias vezes vencidos no Tribunal. A ação é muito anterior ao Código Civil. — *Geminiano da Franca*. — *A. Ribeiro*. — *Pedro dos Santos*. — *G. Natal*. — *Muniz Barreto*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Godofredo Cunha e foi presente, o Sr. ministro Pires e Albuquerque, procurador geral da República (*Rev.*, 81-89).

205 — Momentaneamente, prevaleceu a doutrina oposta. Foi no julgamento da apelação n. 2.261, de Desiderio Pinto Machado, que reclamava aumento de uma gratificação adicional. Julgou-se que o direito do apelante não estava prescrito, porque "se trata de uma causa civil anterior ao novo Código Civil, e, portanto, de acordo com o direito então vigente, depois da litiscontestação ficou a ação perpetuada em juízo, não prescrevendo, portanto, no prazo de um quinquênio".

Eu fui voto vencido, por entender que o direito anterior ao Código Civil não admitia a perpetuação da ação, tanto que o

art. 62 do decreto n. 3.084, parte 3.^a, reproduzindo a disposição do art. 59 do regulamento n. 737, dá à citação os efeitos que produzia a litiscontestação, quais os de tornar a causa litigiosa, induzir litispendência, prevenir a jurisdição, interromper a prescrição, tendo, porém, omitido exatamente o da perpetuação da ação, do antigo direito processual, que nesta parte ficara derogado. Vencido na preliminar da prescrição, passei ao julgamento do mérito, relativo à gratificação adicional, em que fui também vencido (número 144, *Rev. For.*, 36-115).

206 — Disse que, só momentaneamente, prevaleceu a doutrina contrária ao meu voto vencido na preliminar, porque, opostos embargos ao acordão, foram os embargos recebidos, de acordo com as razões do mesmo voto, ficando, em consequência, prejudicado o julgamento sobre o mérito da questão (n. 145).

"Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre partes, como embargante a Fazenda Federal, e como embargado Desiderio Pinto Machado.

Verificando-se que os autos estiveram parados com o advogado do apelante, ora embargado, desde 16 de setembro de 1912 até 5 de julho de 1920, e não admitindo o Código Civil a perpetuação da ação, que o direito anterior também já não admitia, como se vê da 1.^a parte das razões do voto vencido no acordão embargado, ACORDAM receber os embargos, para julgar prescrito o direito do embargado, pelo decurso de mais de cinco anos: pagas as custas pelo mesmo embargado.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 1921. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, designado para a redação do acordão. — *Pedro dos Santos*. — *Viveiros de Castro*. — *Alfredo Pinto*. — *G. Natal*. — *Edmundo Lins*, vencido. Desprezei os embargos, pelos fundamentos do acordão embargado, do que fui relator. — *Muniz Barreto*. — *Leoni Ramos*, vencido. — *Godofredo Cunha*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Rev.*, 38-118).

207 — Quando parecia definitivamente afastada a controvérsia sobre a inteligência da lei, quanto à prescrição de *toda e qualquer ação* contra a Fazenda Federal, dois votos respeitáveis — os dos senhores Ed. Lins e Carvalho Mourão — entenderam, no julgamento da apelação n. 3.369, entre a União e a Empresa de Construções Cíveis, que a prescrição de cinco anos não se applicava à ação real de reivindicação, embora a referência da lei a *toda e qualquer ação*.

Não foi vencedora, porém, a doutrina dos dois votos aludidos.

O acordão de 27 de agosto de 1931 fez exata applicação da lei e eu, apesar de vencedor, ainda subscrevi o acordão, com a declaração de que o texto expresso da lei abrangia *toda e qualquer ação*

e, por conseguinte, a de reivindicação, estando a respeito firmada a jurisprudência por uma série interminável de acordãos.

Um acordão, apenas, era invocado em abono da doutrina contrária, mas esse mesmo fora proferido na vigência do decreto n. 857, de 1851, quando ainda subsistiam as dúvidas, que a lei de 1908 e o Código Civil fizeram desaparecer.

Eis o voto :

"Rejeito os embargos, para confirmar, por seu fundamento, o acordão embargado, que é unânime.

Esse acordão julgou prescrito o direito da autora, porque o advogado desta conservou os autos em seu poder, desde 11 de janeiro de 1919 até 8 de janeiro de 1927.

Foi jurídica a decisão, por não ser admitida entre nós a perpetuação da ação, mesmo antes do Código Civil.

O Código Comercial a aboliu expressamente, dispondo no art. 453, que a prescrição interrompida começa a correr de novo da data do último termo judicial que se praticar por efeito da citação.

O regulamento n. 737, de 1850, art. 59, consolidado no art. 62 do decreto n. 3.084, dá à citação os efeitos que produzia a litiscontestação, mas não reproduziu o da perpetuação da ação, do antigo direito processual. Daí a conclusão de que o instituto das Ordenações foi abolido, não só porque o regulamento n. 737 foi mandado aplicar ao cível, pondo-se de acordo com o Código Comercial, como porque a perpetuação da ação iria de encontro à razão capital do instituto da prescrição, que teve exatamente por fim evitar que os litígios se perpetuem, com prejuízo para a segurança pública e particular. A divergência que, a respeito da perpetuação da ação, existia por parte de alguns, desapareceu completamente, à vista do art. 173 do Código Civil.

Não procede a doutrina do voto divergente, no sentido de não prescrever em cinco anos a ação de reivindicação.

O art. 9.º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, não tolera essa doutrina, igualmente intolerável em face do art. 173, § 10, n. VI do Código Civil, que, sem fazer qualquer distinção, dispõe que prescrevem em cinco anos as dívidas passivas da União e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal. E pacifica a respeito a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituida por uma série interminável de acordãos.

Em sentido contrário apenas um é invocado, mas nesse mesmo acordão se diz que, na ação intentada em 1866, estiveram os autos parados em poder do procurador fiscal até 1874, e a esse tempo, ou no regime do decreto n. 857, de 1851, existiam dúvidas, que a lei de 1908 e o Código Civil vieram extinguir (*Jur.*, 15-741).

208 — Foi, talvez, pelo motivo de haver ainda quem sustentasse, embora sem êxito, que a prescrição quinquenal não se referia à ação real de reivindicação — foi talvez por esse motivo que o Governo Provisório expediu o decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, cujo art. 1.º determina :

"As dívidas passivas da União, do Estado e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

Como se vê, o decreto reproduziu as palavras do Código Civil, quanto à prescrição de todo e qualquer direito ou ação, e ainda acrescentou, pleonasticamente, as palavras — *seja qual for a natureza da ação* —, isto é, pessoal, real, reipersecutória, mista, possessória, ordinária, sumária, executiva etc., etc.

Nesta conformidade, foi ainda proferido o seguinte acórdão:

N. 5.774 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado do Rio Grande do Sul, em que são agravantes, Edeltrudes Bastos Aguiar e Rita Pereira Bastos e agravados, a Prefeitura Municipal de S. Luiz Gonzaga e outros.

Aquelas propuseram ação ordinária contra a União Federal, o município de São Luiz Gonzaga, e alguns particulares, para lhes reivindicar uma fração do campo que o pai das autoras havia obtido por título de legitimação, conferido pela então província do Rio Grande e do qual o município aludido se apossara, dividira em terrenos, tendo feito vendas e concessões destes a particulares e à União Federal.

A sentença de fls. 24 julgou procedente a alegação de prescrição da ação: quanto à União Federal, porque a cessão de faixa de terrenos que lhe foi feita tem a data de 30 de setembro de 1912, ao passo que a petição inicial é muito posterior aos cinco anos da prescrição de que goza a Fazenda Nacional e que se aplica a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a mesma Fazenda, conforme jurisprudência ininterrupta do Supremo Tribunal Federal, fundada no art. 9.º, da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, interpretativo do decreto n. 857, de 1851, e que foi transplantado para o art. 178, § 10, n. VI, do Código Civil; quanto à Prefeitura de São Luiz Gonzaga, porque os municípios só vieram a gozar da prescrição quinquenal, depois do Código Civil, e da data em que este entrou em vigor, — 1 de janeiro de 1917, até a data da petição inicial — 5 de maio de 1930 — são decorridos mais de cinco anos.

Desta decisão os autores agravaram, com fundamento no art. 13, da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921, citando como lei ofendida o art. 524, do Código Civil. O ministro procurador opina pelo não provimento do agravo.

As agravantes reconhecem que, efetivamente, os acórdãos a que se refere a sentença agravada, refletem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas que nenhum deles declara que também as ações reais contra a União prescrevem em cinco anos, sendo ainda certo que a ação não foi proposta contra a Fazenda Federal, que goza da prescrição de cinco anos, mas contra a União Federal, diferente daquela, conforme o inciso n. VI, § 10, do art. 178.

A jurisprudência do Supremo Tribunal refere-se à prescrição de toda e qualquer ação, compreendida, portanto, a ação real e ainda neste sentido julgou recentemente o Supremo Tribunal, na questão da Empresa de Construções Civas, precisamente num caso de ação de reivindicação, como o de que se trata.

O art. 178, § 10, n. 6, do Código Civil, também não deixa dúvida a respeito, determinando que prescrevem em cinco anos "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim, toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal", sendo também perfeita a sinonímia entre União e Fazenda Federal.

ACORDAM negar, pois, provimento ao agravo, para confirmar a decisão agravada por seus fundamentos, a que se poderá acrescentar o decreto número 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que diz: "As dívidas passivas da

União, dos Estados e dos Municípios, bem assim, todo o qualquer direito ou ação, contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

Custas pelas agravantes.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

Lê-se abaixo do acordão o seguinte :

"O Sr. ministro Rodrigo Octavio — Discordo do Sr. ministro relator. Entendo que, em se tratando de ação de reivindicação, são outros os dispositivos que regem a matéria e não esses que aí estão. (Negaram provimento contra o voto do Sr. ministro Rodrigo Octavio)" (*Jud.*, 7.^o419).

É uma das muitas imperfeições do chamado serviço taquígráfico. Não se ficou sabendo como votaram os demais juizes, nem quais foram eles.

209 — Surpreende que, depois do que vem de ser exposto, um acordão do S.T.F., de 19 de janeiro de 1938, tenha sido precedido da seguinte ementa :

"A prescrição de cinco anos, a favor da Fazenda Pública, só se aplica às ações pessoais, e não às ações reais".

O acordão não diz absolutamente o que consta da ementa. Não o dizem igualmente o segundo e o terceiro juizes, que tomaram parte no julgamento.

Aquele não faz a menor alusão à matéria da ementa. Este lhe faz referência, não, porém, de modo explícito. Ou eu não tive a felicidade de compreender o que está expresso com clareza (*Rev. de Jur. Bras.*, 41-297).

Eu já não estava no S.T.F., quando foi proferido o julgamento. Não posso, por esse motivo, prestar esclarecimento sobre o que ocorreu na ocasião.

210 — Além da prescrição de cinco anos, de que se vem tratando até aqui, há também prescrição de menor prazo, estabelecida por outras leis, em benefício ou contra a Fazenda Nacional.

Assim, prescreve em um ano para esta o direito de reclamar por engano ou erro em despacho de mercadorias, nos termos do art. 666 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas.

N. 4.768 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Estado de Pernambuco, em que é apelante o Juízo.

A Fazenda Nacional requereu mandado executivo contra Luiz Francisco de Siqueira Netto ou quem quer que estivesse na posse da *Usina Trapiche*, em Serinhaem, para cobrar a quantia de 1:628\$550 (sendo 775\$950 em ouro e 852\$6 em moeda papel), proveniente da diferença de direito e expediente em despacho livre.

Verificando-se que a Usina já não pertencia a Luiz Francisco de Siqueira Netto, mas à firma comercial Mendes Lima & Comp., recuou a penhora em imóvel dessa firma, que lhe opôs embargos, alegando que teve isenção dos direitos em questão, por despacho da autoridade competente, os quais não estavam sujeitos à revisão posterior e que, além disso, estava prescrito o direito de reclamação, por parte da autora, de conformidade com o art. 666 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e jurisprudência do Supremo Tribunal na apelação n. 3.744, entre *The Leopoldina Railway Company Limited* e a União Federal.

O juiz federal julgou insubsistente a penhora pelo fundamento da prescrição e apelou *ex-officio*. O ministro procurador geral disse que a sentença apelada está de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Realmente assim é. O citado art. 666 dispõe: "O direito de reclamação por engano, ou erro em despacho, prescreve no fim de dois meses, depois do pagamento dos direitos, para a pessoa que despachar as mercadorias; e para a Fazenda Nacional no fim de um ano contado da data do mesmo pagamento".

A petição inicial da ação é de 7 de abril de 1923, mais de um ano depois dos despachos que foram processados em 1916 e 1917 e cuja revisão se fez em 13 de fevereiro de 1922.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada. Custas pela apelante.

Rio de Janeiro, 11 de agosto de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 13-9).

211 — O prazo da prescrição de um ano, acima referido, foi elevado no dobro pelo art. 3.º do decreto n. 19.958, de 6 de maio de 1931.

N. 6.311 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado de Pernambuco, em que o juiz recorreu *ex-officio*.

A Fazenda Nacional propôs ação executiva contra o Dr. Leopoldo Marinho de Paula Lins para cobrar a quantia de 3:057\$400, sendo 1:289\$040, em ouro, e 1:768\$360, em papel, por dívida proveniente da diferença de direitos e despacho proferido pelo inspetor da Alfândega de Pernambuco, em 4 de outubro de 1922.

Preliminarmente, o réu alegou, por embargos, que os despachos foram processados em 1916, 1917 e 1918 e a diferença dos direitos foi apurada por uma Comissão revisora, em fevereiro de 1922, quando já estava prescrita a dívida, em face do art. 666 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas, que estabelece o prazo de um ano para a Fazenda Nacional reclamar, por engano ou erro, no despacho de mercadorias; que esse prazo de um ano foi elevado ao dobro pelo art. 3.º do decreto n. 19.958, de 6 de maio de 1931, que estatue: Ficam elevados ao dobro os prazos a que se refere o art. 666 da Nova Consolidação das Alfândegas, que estabelece o prazo de um ano para a Fazenda Nacional reclamar, por engano ou erro, no despacho de mercadorias; mas que a esse tempo já estava também prescrito o direito da

autora, e tanto esta o reconheceu que, requerido o executivo em 9 de janeiro de 1923, só em 22 de fevereiro de 1932 mandou citar o réu para o pagamento. O juiz julgou prescrita a dívida e apelou *ex-officio*, tendo sido o feito distribuído como agravo.

O Dr. procurador geral da República reconhece que o direito da Fazenda estava prescrito, quer se aceite o prazo de um ano, quer o de dois anos, pois, efetuados os despachos alfandegários em 1916 a 1918, procedeu-se à revisão desses despachos quatro anos depois, em 1922, tendo sido promovida a cobrança em 1932. Disse mais que o Código Civil só estabeleceu a prescrição de 30 anos para os casos sobre os quais a lei não tenha estipulado prazo menor.

ACORDAM negar provimento ao agravo e confirmar a decisão agravada pelos fundamentos dos embargos, da mesma decisão e do parecer do senhor Dr. procurador geral.

Custas pela autora.

Rio de Janeiro, 7 de novembro de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator.

(Foram vogais os Srs. ministros Lauro de Camargo, Costa Menezes, Octavio Kelly e Ataulpho de Paiva. Decisão: "Negaram provimento ao agravo, unanimemente") (*Jur.*, 18-194).

212 — As isenções de direito concedidas por um ministro não podem ser declaradas sem efeito por outro ministro, mormente depois de prescrito o direito de reclamação da Fazenda Nacional, por engano ou erro em despacho, engano ou erro que não é consistente apenas em cálculo aritmético.

N. 4.675 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição, do Distrito Federal, em que são agravantes Pereira Carneiro & Comp. Limitada (Companhia Comércio e Navegação), e agravada a Fazenda Nacional.

Esta propõe contra a Sociedade Pereira Carneiro & Comp. Limitada (Companhia Comércio e Navegação), ação executiva para cobrar a quantia de 77:641\$634, ouro, e 55:257\$020, papel, proveniente de direitos, que deixaram de ser pagos por mercadorias retiradas da Alfândega, livres de direitos, no período de 1922 a 1925, quando tais mercadorias não podiam ser importadas com a isenção concedida, desde que tinham similares na produção nacional, conforme a disposição expressa do art. 8.º, n. 1.º do decreto n. 8.592, de 8 de março de 1911.

A sociedade, ré, opôs embargos à penhora, alegando, preliminarmente, que se a autora tivesse direito de haver a importância reclamada, esse direito estaria prescrito, pois, aquela importância, no dizer da própria autora, resulta da revisão de despachos, que tinham sido efetuados há mais de um ano, quando é terminante o art. 666 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas, dispondo que o direito de reclamação por engano ou erro em despacho prescreve no fim de dois meses, depois do pagamento dos direitos, para a pessoa que despachar a mercadoria; e, para a Fazenda Nacional, no fim de um ano, contado da data do mesmo pagamento, sendo neste sentido pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal, como se vê dos acordãos que indicou.

Do *meritis*, alegou a ré, que os despachos das mercadorias foram efetuados com isenção de direitos, porque pelo decreto n. 14.734, de 21 de março de 1921, e pelo contrato de 8 de abril do mesmo ano, celebrado entre

o Governo e a ré, foram a esta concedidos os favores de que gozava o Lloyd Brasileiro, exceto a subvenção, para o serviço de navegação regular entre os portos do litoral do Brasil, destacando-se entre esses favores o de importar, *livre de direitos*, maquinismos, materiais sobresalentes, comestíveis e mais objetos de uso dos passageiros e pessoal de bordo; que as mercadorias foram despachadas livres de direitos, depois de preenchidas as formalidades legais, por ordem especial dos ministros da Fazenda, que serviram de 1922 a 1927, ocorrendo até que o ministro da Fazenda tendo negado, pela ordem de 6 de março de 1925, isenção de direitos a certas mercadorias, que a ré havia importado, sob o fundamento de que essas mercadorias tinham similares na produção nacional, reconsiderou depois e seu ato, por ter a ré provado que a indústria nacional não produzia então mercadorias capazes de substituir o gênero estrangeiro como, por exemplo, o cabo de manilha; que a isenção de direitos, concedida por um ministro, depois de preenchidas as formalidades legais, não pode ser declarada sem efeito por outro ministro, conforme julgou o Supremo Tribunal Federal na apelação n. 3.744, acrescentando que a circular n. 31, de 1920, em que se apoiou o ministro Getúlio Vargas, que desautorava os seus antecessores, e na qual esse declarava a existência na produção de cabos similares aos de manilha — essa circular esteve com seus efeitos suspensos até julho de 1926, quando o ministro Annibal Freire decidiu, em definitivo, que a Diretoria da Receita Pública observasse o parecer em que os peritos declararam que as duas fábricas de cabos de manilha estavam em condições de oferecer produto similar.

O juiz federal rejeitou a preliminar de prescrição, por não ser aplicável ao caso o citado art. 666 da Nova Consolidação, desde que não se trata de engano ou erro de despachos, ou melhor, de cálculo, como se deduz do mesmo artigo, mas de simples revisão de material, que não pagou, não aproveitando, portanto, à ré, a doutrina dos acordãos que invocou, por tratarem de caso absolutamente diverso.

De meritis, o juiz julgou improcedentes os embargos e subistente a penhora, porque "sejam quais forem os termos das leis, decretos ou contratos que estabeleçam ou autorizem isenções de direitos de importação ou consumo e de expediente, tais isenções em caso algum poderão compreender os gêneros, mercadorias e objetos que tiverem similares manufaturados de produção nacional", conforme dispõem os decretos n. 497-A, de 1890, art. 8.º, n. 8.592, de 1911, art. 8.º; e circular do Ministério da Fazenda n. 31, de 1920, sendo que os atos dos ministros de Estado, quando "ofensivos da lei e dos direitos individuais, estão sempre sujeitos à censura judiciária, e, portanto, nunca poderão ser considerados intangíveis, como se desfrutassem a autoridade de coisa julgada, nos termos do acordão do Supremo Tribunal n. 3.966, de 23 de junho de 1926.

Desta decisão a ré agravou.

No tocante à preliminar, a decisão agravada está em desacordo com a verdade dos fatos.

Não é exato, segundo considerou o juiz a quo, que os acordãos do Supremo Tribunal, invocados pela agravante, versam sobre questão absolutamente diferente da de que se trata. Ao contrário, a questão é absolutamente idêntica.

No acordão publicado na "Revista do Supremo Tribunal", vol. 52, página 145, o Supremo Tribunal julgou que as *isenções de direitos concedidas por um ministro*, uma vez preenchidas as formalidades legais, não podem ser declaradas sem efeito por outro ministro, em qualquer hipótese, e principalmente, "depois de prescrito o direito de reclamação da Fazenda Nacional, segundo o disposto no art. 666, da Nova Consolidação das Leis das Alfân-

degas, cujos termos não comportam distinções". Em todos os outros acordões, nos lugares indicados pela agravante (*Rev. Sup. Trib.*, vol. 67, página 237, 411; vol. 79, págs. 42, 51 e 59, etc.), se tratava inequivocamente de revisão de despachos de mercadorias, que haviam sido importadas livres de direitos, exatamente como no caso em julgamento.

Ora, como se vê da decisão agravada e das alegações da própria autora (fls. 13), as isenções foram concedidas no período de 1922 a 1925. Logo, a revisão não podia ser feita em agosto de 1927 (fls. 13), e muito menos podia ser proposta a ação em dezembro do mesmo ano, contado da data do último despacho revisto ou que concedera a revisão.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento ao agravo para julgar prescrito o direito da autora agravada, que pagará as custas.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1928. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*. — *Bento de Faria*. — *Cardoso Ribeiro*. — *E. Lins*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*. — *Soriano de Souza*. — *Muniz Barreto*, vencido. Como sempre tenho votado — e por muito tempo foi jurisprudência deste Tribunal, — a prescrição estabelecida na segunda parte do art. 666, da Consolidação das Leis das Alfândegas, refere-se exclusivamente a erro aritmético em despacho, o que não é a hipótese dos autos.

Fui presente. — *A. Pires e A. Albuquerque* (*Pandectas*, 7.º-426, 2.ª parte; *Arq. Jud.*, 7.º-262).

213 — E' também de um ano, na forma do art. 1.º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, e do art. 13, § 5.º da lei número 221, de 20 de novembro de 1894, o prazo da prescrição da ação sumária especial, que se fundar na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

Esse prazo é contado da data da lesão, e não da data em que a autoridade administrativa houver indeferido o pedido para que a lesão se torne sem efeito.

N. 4.541 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, em que é apelante a União, sendo apelado João Príncipe da Silva.

O apelado, coronel reformado do Exército, pretende que se decrete a nulidade da decisão de 3 de janeiro de 1921, pela qual o Governo indeferiu o requerimento de sua promoção ao posto de coronel, a contar de 11 de maio de 1918, devendo como tal ser considerado dessa data em diante, com todos os proventos e honras inerentes ao referido posto, inclusive vencimentos e contagem de tempo para todos os efeitos, além dos juros da mora.

Alega o autor que, a 10 de maio de 1918, faleceu o então tenente-coronel intendente do Exército, Antonio José Pinheiro Tupinambá, reformado com a graduação de general de brigada, pelo que passou o autor a ocupar, desde 11 do mesmo mês, o n. 1 na classe dos tenentes coronéis do Corpo de Intendentes do Exército, ficando assim no cargo de chefe desse Corpo; que o Corpo de Intendentes do Exército corresponde ao Corpo de Comissários da Armada, sendo de categoria correspondente os cargos de chefe desses dois Corpos; que o posto terminal do Corpo de Comissários da Armada é o de capitão de mar e guerra, equivalente, no Exército, ao de coronel; que, a despeito do estatuído no art. 85 da Constituição Federal, o posto terminal do Corpo de Intendentes do Exército era o de tenente-coronel.

Assim, fundado no referido art. 85, determinante do acordão do Supremo Tribunal, de 18 de dezembro de 1918, o autor, ainda tenente-coronel, requereu

ao Governo, a 20 de novembro de 1920, a sua promoção a coronel, mas esse requerimento foi indeferido a 3 de janeiro de 1921, vindo o autor a ser reformado no posto de coronel, a 10 do mesmo mês, pela razão de haver atingido a idade para a reforma compulsória.

Tendo contestado a ação por negação, a ré alegou em razões finais não só a impropriedade da ação sumária, como a prescrição desta, porque o direito do autor, se existisse, não teria sido ofendido pelo despacho que ele pretende anular, mas pela omissão da promoção ao tempo em que se deu a vaga, isto é, a 10 de maio de 1918, e assim não era admissível a ação sumária em 1921, porque o uso dessa ação prescreve em um ano.

De *meritis*, alegou a ré que o art. 85 da Constituição Federal não justifica a pretensão do autor; que ao Congresso Nacional compete privativamente não só legislar sobre a organização do Exército e Armada, como criar cargos públicos civis e militares (art. 34, ns. 18 e 25), de modo que, não existindo lei alguma criando o posto de coronel no quadro de Intendentes do Exército, não podia o Executivo, mero executor das leis, deferir o requerimento do autor.

A sentença de primeira instância rejeitou a alegação de impropriedade da ação sumária, que foi considerada competente não só contra o ato positivo, que fere direitos individuais, como contra o ato negativo, que se abstém de os reconhecer. Julgou também que a ação não está prescrita, porque o ato do Governo, negando ao autor, pela primeira vez, a promoção que pleiteia, não data de mais de um ano. De *meritis*, a ação foi julgada procedente e a União apelou.

ACORDAM dar provimento à apelação para julgar prescrita a ação sumária pelo decurso de mais de um ano, quando o autor a intentou em junho de 1921.

De fato, ele pretende ser promovido ao posto de coronel, com todas as vantagens, desde 11 de maio de 1918. Dessa data, portanto, é que se deve contar o prazo de um ano, e não de 3 de janeiro de 1921, data em que o Governo indeferiu o requerimento que o autor lhe dirigiu no mesmo sentido.

Se fosse este o critério a observar-se, compreende-se que nenhuma ação prescreveria, ou a prescrição ficaria ao arbitrio do autor.

E' de um ano o prazo que tem o titular de direito para pedir o reconhecimento deste, por meio de ação sumária.

Decorrido o prazo, sem que o titular do direito o tenha exercido perante a autoridade judiciária, não lhe é lícito, tempos depois ou quando lhe aprouver, recorrer à autoridade administrativa para pedir-lhe a reconsideração do seu ato.

Portanto, o prazo para a ação sumária "que se fundar na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União" é contado da data da lesão, e não da data em que a autoridade administrativa houver indeferido o pedido para que a lesão se torne sem efeito, mesmo porque esse pedido poderá ser formulado depois de verificada a prescrição, como no caso aconteceu. E foi isso afinal que a sentença implicitamente reconheceu, tanto que condenou a ré no pedido, que consistiu na anulação do despacho de indeferimento e na promoção do autor ao posto de coronel, desde 11 de maio de 1918, data da lesão alegada. Custas pelo apelado.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 1924. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — Viveiros de Castro. — Geminiano da Franca. — A. Ribeiro. — Pedro dos Santos. — G. Natal. — Maniz Barreto.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Rev., 75-120).

No mesmo sentido em que foi julgada a apelação n. 4.541, foi o meu voto, vencedor, na apelação n. 5.615 (Jur., 1.º-649), sendo, porém, vencido na apelação n. 5.184 (Arg. Jud., 11-490).

214 — Antes da lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, prescrevia em um ano o direito à reclamação por extravio ou avarias de bagagens, encomendas e mercadorias, transportadas por estradas de ferro, contando-se o prazo da prescrição do dia em que findava a viagem.

N. 2.317 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado da Baía, entre Araujo Castro & Comp., como apelantes, e a Companhia Viação Geral da Baía e a União, como apeladas.

Araujo Castro & Comp., sucessores de Azevedo Fernandes & Comp., propuseram ação sumária de indenização contra a Companhia Viação Geral da Baía, porque, tendo eles expedido, em 11 de junho de 1910, um caixão e cinco fardos com tecidos para a Estação de Joazeiro, destinados a Pedro Campos & Companhia, estes só receberam o caixão e apenas quatro fardos, faltando um, cuja importância reclamaram, o qual tinha a marca J.F.F.B.

A ré contestou a ação, alegando a prescrição do direito dos autores, por ter decorrido mais de um ano para a reclamação por falta de entrega da mercadoria.

E' assim que, tendo sido esta despachada em 11 de junho de 1910, como se alega na inicial, e recebida em Joazeiro a 28 do mesmo mês, conforme o documento de fls. 24, decorreu mais de um ano, pois a petição inicial da ação é de 9 de setembro de 1911.

For ainda a ré outras alegações relativas à improcedência do pedido.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente, por estar prescrito o direito dos autores. Estes apelaram.

O art. 185, letra c, parte 5.ª, do decreto n. 3.084, dispõe que prescreve no prazo de um ano o direito à reclamação por extravio ou avarias de mercadorias, bagagens e encomendas transportadas por estradas de ferro da União, contando-se o prazo na forma do art. 449, § 2.º, do Código Comercial, isto é, do dia em que findou a viagem.

Ora, a viagem findou realmente a 28 de junho de 1910, e como a petição inicial da ação é de 9 de setembro de 1911, segue-se que houve um excesso de quase três meses.

Objetam os apelantes que a prescrição interrompe-se por ato inequívoco, que importe o reconhecimento do direito creditório por parte do devedor, conforme a doutrina do direito civil, sendo certo que, tendo eles reclamado da apelada a indenização, em 12 de junho de 1911, a mesma lhes respondeu que era tão somente arrendatária da linha, que pertencia à União, e estava por isso sujeita aos regulamentos estabelecidos pelo Governo Federal.

Mas, ainda que se queira ver nessa resposta um reconhecimento, por parte da ré, do direito dos autores, a verdade é que, sendo a matéria de direito comercial, a prescrição só se interrompe por algum dos modos previstos no art. 453 do Código Comercial, não sendo lícito invocar outros, embora consagrados no Direito Civil, por ser este subsidiário apenas da legislação comercial, quando omissa.

Ora, o citado art. 453, do Código Comercial, estabelece que a prescrição interrompe-se por algum dos modos seguintes: fazendo-se novação da obrigação ou renovando-se o título primordial dela; por via de citação judicial, ainda mesmo que tenha sido só para julgo conciliatório; por meio de protesto judicial.

Em nenhum desses casos está compreendido o reconhecimento do direito creditório.

ACORDAM, pelo exposto, negar provimento à apelação para confirmar a sentença apelada e julgar os autores carecedores de ação. Custas pelos mesmos autores, apelantes.

Rio de Janeiro, 4 de junho de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *E. Lins*. — *G. Nata'*. — *Godofredo Cunha*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*. — *A. Ribeiro*. (Rev., 81-90).

215 — De acordo com a lei n. 2.681, de 1912, é de um ano o prazo da prescrição, sendo este contado da data da entrega da mercadoria, nos casos de avaria, e, nos casos de furto ou perda, sendo contado do trigésimo dia, após o em que, de acordo com os regulamentos, se devia fazer a entrega.

N. 5.723 — Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que o Estado de Minas Gerais embarga o acórdão de fls. 112 v., para o fim de ser decretada a prescrição da ação, que lhe foi proposta pela Companhia Anglo Sul Americana, com o objetivo de haver a indenização do que pagou aos seus segurados pelo incêndio de mercadorias despachadas pela Estrada de Ferro Rede Sul Mineira.

ACORDAM receber os embargos para declarar prescritas a ação aludida, em vista do art. 9.º da lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Esse artigo dispõe que a liquidação da indenização prescreverá no fim de um ano, a contar da data da entrega da mercadoria, nos casos de avaria e, nos casos de furto ou perda, a contar do trigésimo dia, após o em que, de acordo com os regulamentos, se devia fazer a entrega.

De acordo com o art. 137, § 2.º, do regulamento geral de transportes, n. 10.204, de 30 de abril de 1913, "os volumes não entregues aos destinatários, dentro do prazo de 60 dias, a contar da data do despacho, serão considerados como perdidos, devendo a estrada na forma do regulamento proceder à indenização sem maior demora".

O despacho da mercadoria foi feito a 15 de junho de 1921 e devia ser ela entregue dentro do prazo de 60 dias, isto é, até 14 de agosto.

Acrescido esse prazo de mais de 30 dias, o prazo de 90 dias findou a 13 de setembro de 1921, contando-se daí o prazo de um ano. Entretanto, a citação para a ação só se verificou a 14 de setembro de 1922 (fls. 27), tendo sido a citação acusada a 28 do mesmo mês e ano.

Aliás, esse regulamento de transporte, sem fazer distinção entre avaria e perda ou furto, determina no art. 135, letra a, que "não serão atendidas pela estrada as reclamações por perdas ou avarias de mercadorias, que forem apresentadas depois de decorrido um ano, a contar da data do despacho".

Por qualquer lado, pois, que se encare a preliminar, a ação está prescrita. Custas pela embargada.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1933. — *E. Lins*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 11-75, *Rev. For.*, 64-443).

Igual julgamento foi proferido no agravo n. 6.012 (*Jur.*, 15-187).

216 — Sobre prescrição quinquenal, não da ação, mas da execução, o já conhecido caso do engenheiro Lobão ainda fornece assunto para um capítulo especial, sempre em prejuízo da Fazenda Pública.

Eu já tinha dito, a propósito do julgamento da ação, que "a infeliz, a misérrima, a explorada União" foi condenada iniquamente a pagar a quantia avultada de mais de cinco mil contos de réis, por serviço que aquele engenheiro absolutamente não executara (ns. 27, 28, 29 e 216).

Passou-se à fase da execução, já então por mais de dez mil contos de réis, em consequência de juros acrescidos, quando tais juros, mesmo que a ação fosse julgada procedente com justiça, de modo nenhum seriam devidos, à vista dos próprios termos de uma lei, em que se firmara a decisão, que julgara improcedente a alegação de se achar prescrita a execução.

Nessa segunda fase do processo, várias questões foram suscitadas.

A mais interessante, porém, é a que se refere à prescrição da execução.

O primeiro acordão proferido no recurso de liquidação de sentença, n. 27, julgou que o prazo da prescrição de cinco anos começou a correr, não da data da carta de sentença, como pretendia o exequente, mas da data em que passara em julgado o acordão exequendo, isto é, 3 de dezembro de 1921, uma vez que o referido acordão fora intimado a 23 de novembro anterior.

Assim, a citação feita à Fazenda Nacional, para a execução, a 6 de dezembro de 1926, já estaria fora do prazo legal de cinco anos.

Mas, prossegue o acordão, a prescrição foi interrompida pela lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, que autorizou o Governo a abrir os créditos necessários para o pagamento do engenheiro Gastão da Cunha Lobão, em virtude de sentença do S.T.F. passada em julgado.

Entendeu o acordão que essa lei equivalia a um reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor.

Mas, a própria lei acrescentou: "Caso a União já tenha esgotado todos os recursos de defesa e ainda não tenha terminado a execução, o Governo poderá entrar em acordo com o referido engenheiro, afim de efetuar o pagamento, desde que este dispense as custas, reduza os juros de mora da data da carta de sentença em diante e queira receber em apólices federais, ou ofereça quaisquer outras vantagens aos cofres públicos, que justifiquem o acordo".

Se essa lei equivalia a um reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor, de modo a justificar a interrupção da prescrição, nos termos do art. 172, n. V, do Código — o que contestei — ao menos se devia etender a que, de acordo com a própria lei, fossem reduzidos os juros da mora a contar da data da carta de sentença em diante. Se a lei servia para justificar a interrupção

da prescrição, devia também servir para a redução daqueles juros, que de cinco mil passaram com o principal a mais de dez mil contos de réis.

Entretanto, o acordão não atendeu a essa consideração, porque "o Poder Executivo não promoveu o acordo a que estava autorizado e que teria posto fim à responsabilidade do Estado para com o exequente". De modo que este, o exequente, o mais interessado em promover a execução da lei que autorizava o acordo, lucrou com a inação que o acordão atribue ao Poder Executivo.

Era o exequente o mais interessado na execução do acordo.

Entretanto, estando de posse da carta de sentença desde 6 de dezembro de 1921, só mais de cinco anos depois, resolveu iniciar a execução!

Por sua inação em não ter, nos termos da lei e do contrato, construído a estrada, o engenheiro recebeu cinco mil e tantos contos de réis; por sua inação em não ter promovido a execução da lei, votada em seu favor, o engenheiro recebeu mais cinco mil e tantos contos de réis, perfazendo o total de dez mil e tantos contos de réis, a que a dívida foi elevada, a título de juros, que a lei mandava reduzir e sem a qual o exequente nada receberia, porque nessa lei é que o acordão se fundara para julgar interrompida a prescrição da execução.

O acordão, que está fielmente extratado, contém, como vencidos, as assinaturas dos ministros Geminiano, Bento de Faria e Cardoso Ribeiro.

A minha é seguida de voto mais desenvolvido, em que mostrei que o prazo da prescrição da execução é o mesmo prazo de cinco anos da prescrição da ação, que, mesmo antes do Código Civil, não se considerava perpetuada em Juízo, pelo fato da constatação da lide.

Passei depois a apreciar alegações do exequente, *fora dos autos*, em um memorial impresso, por ele distribuído aos juizes.

Entre outras alegações, a principal, a única que lhe deu ganho de causa foi a de ter sido a prescrição interrompida pela lei, que autorizou a abertura de créditos necessários para o pagamento, o que, no entender do acordão, importava reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor.

Aduzi as razões por que não considerava interrompida a prescrição pela citada lei de 10 de agosto de 1922.

E, quando interrompida se achasse a prescrição por esse meio, estaria ela definitivamente consumada em 10 de agosto de 1927, uma vez que a nova citação para a execução só se fizera em novembro do mesmo ano, não tendo interrompido a prescrição a citação anterior de 6 de dezembro de 1926.

Aqui está o meu voto, somente na parte relativa à prescrição :

Procede, porém, a alegação de que a execução prescreva em cinco anos na forma do art. 178, § 10, n. 6 do Código Civil. Neste sentido julgou o Supremo Tribunal, por acórdão de 4 de julho de 1925, proferido no recurso extraordinário n. 1.516, sob o fundamento de não haver entre nós a perpetuação da ação pelo fato da contestação da lide, mesmo antes do Código Civil, que fez desaparecer a dúvida anteriormente existente.

No caso, o prazo da prescrição começou, quando já vigorava o Código Civil, de modo que os três votos vencidos, no citado acórdão n. 1.516, seriam hoje vencedores, como já o tem sido em outras ocasiões, por haver desaparecido a razão em que eles se fundavam.

As Câmaras Reunidas da Corte de Apelação e o Dr. Aureliano Guimarães, em tese que apresentou para concurso na Faculdade de Direito de São Paulo, também sustentam a mesma doutrina de que o prazo da prescrição da execução é o mesmo da prescrição da ação.

Manifestou-se, recentemente, no mesmo sentido, em notável estudo doutrinário, o Dr. Costa Manso, ilustrado ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo e procurador geral do mesmo Estado (*Revista de Jur. Bras.*, vol. 4.º, página 3).

Tão corrente é a doutrina, que não foi objeto de dúvida no presente acórdão, pelo voto unânime dos juizes que o subscreveram.

Nem se considere, como o considerou a sentença recorrida, que, não tendo o Código Civil cogitado especialmente da prescrição da execução, dever-se-á aplicar o art. 177 do mesmo Código, que estabeleceu a prescrição de 30 anos.

A sentença é ilógica, porque se o Código Civil não cogitou da prescrição da execução, dessa também não cogitou o art. 177, que estabelece a prescrição de 30 anos, não para a execução, mas para as ações pessoais, que não estivessem previstas no Código (art. 179).

Ilógica é também a sentença recorrida, quando considera que o Código Civil não cogita da prescrição da execução, por ser esta uma matéria estranha ao direito substantivo, e no entanto aplica, como sendo o regulador da prescrição da execução, o art. 177 do mesmo Código.

Finalmente, a sentença declara que os prazos de prescrição, de que cogita o art. 177, são de 30, 20 e 10 anos, em nenhum dos quais se compreende a execução, mas justamente neste artigo é que se funda a sentença para concluir que a prescrição da execução é de 30 anos.

Se o Código Civil não cogitou da prescrição da execução, o que razoavelmente se deve entender é que o prazo da prescrição da execução é o mesmo da prescrição da ação, já porque a sentença não produz novação, já porque repugna admitir que a prescrição da execução tenha prazo muito mais longo que o da prescrição da ação, quando é sabido que a prescrição foi instituída para punir a negligência do credor e em benefício da paz social, que seria perturbada com a grande demora na solução dos litígios.

Assentado que o prazo da prescrição da execução é de cinco anos, não resta dúvida de que o direito à execução está prescrito.

O último acórdão do Supremo Tribunal — o acórdão exequendo — foi intimado a 23 de novembro de 1921 (fls. 133 v.).

Portanto, passou em julgado dez dias depois — a 3 de dezembro de 1921.

Entretanto, só a 4 de dezembro de 1926, um dia depois dos cinco anos, é que foi apresentada a petição inicial neste processo da execução.

Aliás, não bastaria a simples apresentação da petição inicial ao juiz para interromper a prescrição, porque para esse efeito seria indispensável a citação pessoal feita ao devedor, nos termos do art. 172, n. 1, do Código Civil.

O exequente alega que o prazo da prescrição não podia correr de 23 de novembro de 1921, mas de 6 de dezembro do mesmo ano, porque foi essa a data em que o secretário do Supremo Tribunal certificou haver o acórdão transitado em julgado. Isto não é verdade.

Em 6 de dezembro, o secretário extraiu a carta de sentença e, ao encerrar a certidão das peças trasladadas, declarou que essa certidão era extraída dos autos da apelação julgada por acórdão, *que transitou em julgado*, mas não diz que o acórdão passara em julgado a 6 de dezembro, pois o encerramento da certidão é que tem essa data (fls. 138). Nem o secretário poderia ter dito o que se lhe atribui, porque, se o acórdão houvesse passado em julgado a 6 de dezembro, não era possível que nesse mesmo dia o secretário tivesse extraído e encerrado a carta de sentença, que é constituída por volumoso traslado.

Acresce não ser preciso que o secretário certificasse haver o acórdão constituído coisa julgada, para que ele adquirisse essa qualidade.

Não dependia da certidão ou da vontade do secretário o trânsito do acórdão em coisa julgada, mas tão somente da certidão de intimação do mesmo acórdão.

Ora, a intimação se fez a 23 de novembro de 1921 e, portanto, o acórdão passou em julgado a 3 de dezembro seguinte, quando, não a citação pessoal do devedor, mas a petição com que é atuada a execução tem a data de 4 de dezembro de 1926. Estão examinadas, uma por uma, todas as alegações feitas nos autos pelo exequente.

Fora dos autos, foi oferecido aos juizes um memorial impresso, no qual se reconhece que o acórdão exequendo transitou em julgado no dia 3 de dezembro de 1921.

Objeta-se, porém, neste memorial, que o prazo da prescrição se deve contar de 6 de dezembro de 1921 — data em que foi assinada a carta de sentença — e que "a citação da União para a liquidação (aqui está o exequente alegando, mais uma vez, que se trata de liquidação de sentença, de que cubia, portanto, o recurso interposto) foi feita no mesmo dia 6 de dezembro".

O prazo da prescrição deve correr "da data do ato ou fato do qual se originar a ação" (art. 178, § 10, n. 6).

A objeção é contra a letra expressa do Código.

Tratando-se de execução, é claro que o prazo deverá correr da data do ato ou fato do qual se originar a execução, isto é, da data do acórdão exequendo, proferido a 1 de novembro de 1921, intimado ao Ministério Público em 23 do mesmo mês, e transitado em julgado a 3 de dezembro do referido ano.

Se o prazo da prescrição começasse a correr da data da carta de sentença, ficaria ele, conforme pondera o acórdão, à vontade do exequente, que promoveria a extração da carta, quando lhe aprouvesse, e dilataria aquele prazo, de cinco anos, por dez, quinze, vinte ou pelo tempo que lhe conviesse.

Não se pode admitir, como também pretende o exequente, que a carta de sentença é o último ato do processo, do qual recomeça a correr a prescrição interrompida, nos termos do art. 173 do Código Civil, pela razão muito simples de que não havia ainda ato algum do processo, pois a execução nem sequer estava iniciada.

Por fim, alega o exequente, *fora dos autos* — e foi essa a razão única que lhe deu ganho de causa — que a Fazenda Nacional foi citada para a liquidação, ou para a execução, segundo o acórdão, a 6 de dezembro de 1926, já depois dos cinco anos, a contar de 3 de dezembro de 1921, mas que a prescrição tinha sido anteriormente interrompida pelo art. 97, n. 69, da lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, que autorizou o Governo a abrir os créditos necessários para o pagamento do engenheiro Gastão da Cunha Lobão, em virtude de sentença do Supremo Tribunal Federal, o que importava reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor, em conformidade do art. 172, n. 5, do Código Civil.

Antes de tudo, convém retificar um equívoco do exequente e do acórdão, embora isso não tenha influência decisiva para o julgamento.

A Fazenda Nacional não foi citada a 6 de dezembro de 1926, para a liquidação, segundo o exequente, ou para a execução, segundo o acórdão.

O que o exequente requereu a fls. 2 foi tão somente que se procedesse a contagem das vantagens e custas a que a União Federal fora condenada e que o procurador da República fosse intimado para, em momento oportuno, isto é, depois de feita a mencionada contagem ou fixação do quantum, ver expedir carta precatória ao ministro da Fazenda, requisitando o pagamento da importância fixada na contagem, e para ver assinar-se-lhe prazo para embargos.

O juiz deferiu a petição inicial a o procurador da República foi intimado a 6 de dezembro de 1926, "por todo o conteúdo deste processo", conforme os termos da certidão de fls. 152.

Mas qual o conteúdo do processo, qual o objeto da citação?

Evidentemente, esta obedecia ao que estava requerido na petição inicial, isto é, a intimação do procurador, depois daquela contagem de vantagens, que o juiz só mandou fazer por despacho de 6 de abril de 1927 (fls. 159 v.) e que somente se fez a 3 do mesmo mês, na importância de 10.604:320\$716 (folhas 161).

A 11 de maio de 1927, o exequente requereu expedição de precatória ao ministro da Fazenda, requisitando o pagamento da importância verificada pelo contador, com intimação do procurador para alegar os embargos que tivesse (fls. 164).

O procurador foi intimado a 16 do mesmo mês de maio de 1927 (folhas 164 v.).

Claríssimo, portanto, que a Fazenda Nacional não foi citada a 6 de dezembro de 1926, nem para pagar a importância da execução, nem para ver seguir precatória requisitória de pagamento ao ministro da Fazenda, depois de liquidada aquela importância, pois a liquidação só se fez a 8 de abril de 1927 e só a 11 de maio seguinte foi requerida expedição de precatória ao ministro da Fazenda.

Admita-se, entretanto, que tivesse havido a citação, para um ou para outro caso, a 6 de dezembro de 1926.

Ainda assim, a prescrição de cinco anos estava consumada, porque essa prescrição não foi interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922.

O citado art. 172, n. 5, do Código Civil exige, para que se considere interrompida a prescrição, que tenha havido ato inequívoco, que importe reconhecimento do direito do credor pelo devedor.

Ora, o Poder Legislativo é um dos órgãos da soberania nacional, mas não é devedor ou representante do devedor, no caso a Fazenda Nacional, para reconhecer dívida, que esta, porventura, tenha contraído.

Representantes da Fazenda Nacional, para o efeito de reconhecer obrigações que ela tenha assumido, ainda assim com certas limitações, são somente os procuradores, nas secções, e o ministro procurador geral, na República.

Nenhum representante legal da Fazenda poderá, por exemplo, reconhecer que esta era devedora ao engenheiro Gastão Lobão da quantia de réis 5.472:036\$588, como o fez a Câmara dos Deputados em um projeto de lei, rejeitado pelo Senado, quando o próprio engenheiro pedia apenas o pagamento de 5.096:065\$946.

Conceda-se, porém, que a prescrição ficou interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922, e recomeçou a correr daí em diante.

Pois bem. Ainda neste caso, a prescrição ficou definitivamente consumada em 10 de agosto de 1927, como se vai demonstrar de modo a não admitir contestação.

Por uma concessão que já fiz, embora somente para argumentar, a citação, para a liquidação ou para a execução, no dizer do exequente ou do acordão, foi feita a 6 de dezembro de 1926, quando ainda não era decorrido o prazo de cinco anos da prescrição, a contar de 3 de dezembro de 1921, porque a prescrição ficara interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922.

Mas a citação feita a 6 de dezembro de 1926 é nula, porque ficou circundada, a requerimento do procurador da República, por despacho de 25 de maio de 1927, atenta a razão de não ter o exequente comparecido à audiência para acusar a mesma citação (fls. 165).

Circundada a citação, nula, portanto, inexistente, o exequente requereu de novo a fls. 167 o que havia requerido anteriormente pela petição inicial de fls. 2, isto é, que tendo sido feito pelo contador do Juízo o cálculo aritmético da importância a ser liquidada, fosse expedida carta precatória ao ministro da Fazenda, requisitando o pagamento da importância verificada, e ficasse o procurador intimado para a renovação da instância e para os demais termos da liquidação (desde princípio até final o exequente sempre considerou que se tratava de um processo de liquidação).

Mas este novo requerimento do exequente só se fez a 25 de novembro de 1927 e o procurador da República foi intimado a 28 (fls. 167 v.), tendo sido a citação acusada em audiência de 30 do mesmo mês de novembro de 1927 (fls. 168).

Logo, de agosto de 1922 — data da lei — a novembro de 1927 — data da nova citação — por se ter tornado inexistente, nula, por circundada, a citação anterior de 6 de dezembro de 1926, decorreu período de tempo superior a cinco anos.

A prescrição ficou, portanto, definitivamente consumada a 10 de agosto de 1927, não por argumento de doutrina, mas por força de expressa disposição da lei.

Efetivamente o Código Civil dispõe no art. 175: "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circundada, ou por se achar preterita a instância, ou a ação".

Diante da disposição terminante da lei, não se faz mister recorrer à autoridade de escritores.

Todavia, far-se-á, por abundância, a citação de alguns.

Comentando o art. 175 do Código, diz Clovis Bevilacqua na *Observação* n. 2, ao mesmo artigo:

"A citação diz-se circundada quando o autor não comparece para acusá-la na audiência para a qual fez citar o réu (regulamento 737, art. 58; João Monteiro, *Processo*, I, § 83)".

Na *Observação* n. 3 acrescenta o ilustre civilista pátrio:

"Do que precede resulta que a citação para interromper a prescrição deve ser válida, acusada em audiência, e seguida dos outros termos do processo".

Para que seja verificada a circundação, é preciso que a citação seja acusada em audiência. Daí a razão por que se exige a acusação da citação em audiência, formalidade já exigida no direito anterior.

O projeto do Código Civil de Felício dos Santos dispõe no art. 1.373 que a citação judicial deixa de ser eficaz para interromper a prescrição: "1.º, se o autor desiste da ação intentada; 2.º, se o réu é absolvido da instância; 3.º, se a ação afinal é julgada improcedente; 4.º, se a citação é nula ou feita por juiz incompetente (neste ponto o Código dispõe de modo diverso no art. 172, n. 1); 5.º, se não é acusada em audiência".

Almeida e Oliveira também ensina que a citação para interromper a prescrição deve ser "acusada em audiência", e se o não for, acrescenta em a nota 21, fica a citação sem efeito (*A Prescrição*, pág. 163).

Doutrina igualmente Lafayette: "A citação deixa de ser eficaz para o dito efeito (da prescrição): se não é fundamentada; se é nula; se não é acusada em juízo; se o citado é absolvido da instância; se o autor desiste da ação; se a ação afinal é julgada improcedente (*Direito das Coisas*, § 74, página 200).

Carlos de Carvalho consolidou, no art. 982, parágrafo único, o direito anterior nestes termos: "a citação para a ação não produzirá efeito se, ficando circunduta, for o citado absolvido da instância".

Reproduzindo o direito vigente, o art. 90 do Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal estabelece:

"A citação inicial válida, e não circunduta, obriga o comparecimento em juízo, pena de revelia, induz a litispendência, previne a jurisdição, torna a coisa litigiosa nas ações reais, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. Todavia, a citação feita por determinação de juiz incompetente interrompe a prescrição, não obstante a sua nulidade".

E' fora, portanto, de qualquer dúvida que a prescrição não foi interrompida.

Julgando, como julguei, o autor, exequente, carecedor de direito, por se achar este prescrito, está, consequentemente, julgado o mérito, que é o reconhecimento da prescrição ou a negação do direito pleiteado.

Se eu tivesse julgado que a lei de 1922 interrompeu a prescrição, por ser essa lei um reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor, é claro que não condenaria a União ao pagamento de juros da mora, da data da carta de sentença em diante, porque a lei se fez, sob a condição de serem tais juros reduzidos desde aquela data.

Quando o devedor reconhece o direito do credor, porem, com reserva, não se verifica a interrupção da prescrição, na parte relativa a essa reserva.

O exequente triunfou só porque, por equívoco ou por falta de melhores esclarecimentos, pois já não é possível admitir o erro, agora que os esclarecimentos estão ministrados com minúcia — o exequente triunfou pela razão única de se ter julgado que a lei de 1922 havia interrompido a prescrição.

Nenhum direito lhe teria sido reconhecido se não existisse aquela lei, que só poderia subsistir com a sua restrição ou reserva, se fosse possível invocá-la contra a prescrição alegada.

Seria profundamente odioso, além de injurídico, que se applicasse a lei, na parte contrária à União, e deixasse de ser applicada a lei, na parte que lhe é favorável.

Mas eu não considero, absolutamente, que a prescrição tivesse sido interrompida pela promulgação da lei aludida, dadas as razões que já ficaram expostas longamente.

Se, por outro lado, eu tivesse entendido que a prescrição constitui matéria preliminar, inteiramente distinta do mérito, do qual seria obrigado a conhecer, eu condenaria a União — a infeliz, a miserrima, a explorada União, que só tem por si o advogado que a lei lhe dá, mas tem contra si uma legião de interessados em que triunfem as pretensões mais absurdas, conforme declarei por ocasião do julgamento — eu condenaria a União, repito, não somente ao pagamento dos dez mil contos, a que ela já está condenada, mas ao pagamento de 15, 20, 30 mil contos... até a solução do débito, porque o Supremo Tribunal a condenou a pagar juros da mora, desde a petição inicial.

Estamos na fase da execução, em que já não é lícito discutir se a condenação foi justa ou injusta.

Res judicata pro veritate habetur.

Curvo-me, pois, à coisa julgada, que tem a presunção de verdade, embora esteja, ainda agora, profundamente convencido de que foi iniqua a condenação ao pagamento de soma tão elevada, mesmo porque, nos termos da lei e do contrato, nenhuma importância era devida pela União ao exequente, que não fez absolutamente o serviço a que se obrigara.

E' o que presumo haver demonstrado, por ocasião do julgamento da ação, em os meus votos vencidos, publicados na *Rev. do Sup. Trib.*, vol. 34, pág. 103 e vol. 41, pág. 133.

(*Rev. de Jur. Braz.*, 6.º-190, *Arq. Jud.*, 14-42).

217 — Embargado o acordão pelo procurador geral da República, foram os embargos rejeitados.

O segundo acordão insistiu na consideração de que a prescrição fora interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922, e que a citação nula, por ter ficado circundada, nos termos do art. 175 do Código Civil, foi a de fls. 164 v., isto é, a citação que se fez em novembro de 1927, já no processo da execução, para que o representante da Fazenda opusesse embargos à expedição do precatório de pagamento no Tesouro Nacional. E' certo, continua o acordão, que essa citação nula, por ter ficado circundada, só foi renovada depois de passados cinco anos da data da lei de 10 de agosto de 1922, o que não é obstáculo ao reconhecimento do direito do embargado, porque a citação que interrompeu a prescrição, que começou a correr depois da citada lei de agosto de 1922, foi a citação realizada, para início da execução, a 6 de dezembro de 1926 (fls. 52), e esta citação interrompeu a prescrição, porque, para esse efeito, não era necessário que fosse acusada em audiência.

Eu, porém, demonstrei que a citação de 6 de dezembro de 1926 não fora feita para início da execução, mas tão somente para que, *em momento oportuno*, o procurador da República fosse intimado para ver assinar-se-lhe prazo para oferecer embargos. E o *momento oportuno* somente se verificaria, conforme explicou o próprio exequente, *depois de feita a conta das vantagens e custas a que a União fora condenada*.

Essa conta se fez a 6 de abril de 1927, na importância de 10.604:320\$716.

E quando se admitisse que a citação de 6 de dezembro de 1926 fora feita para início da execução, isto é, para que a União pagasse ou oferecesse os embargos que tivesse, tal citação não poderia interromper a prescrição, *porque não foi acusada em audiência*.

O acordão afirma que essa acusação em audiência não era necessária para interromper a prescrição, mas a lei (Código Civil, art. 175) diz positivamente o contrário, quando estabelece que

"a prescrição não se interrompe com a citação nula, por circunduta" e a citação se diz circunduta, se o autor não comparece para acusá-la em audiência. Com a lei estão os autores que invoquei, aliás sem necessidade.

Foi esse o único fundamento do 2.º acordão — a interrupção da prescrição pela lei de 1922 e a nova interrupção da prescrição pela citação de 6 de dezembro de 1926.

Mas, como o advogado do exequente, dos mais ilustres do foro deste Distrito, conforme escrevi (eu que na atividade judiciária nunca fui dado a essas expansões), depois de aposentado, em parecer que lhe dei sobre questão sua — como o advogado do exequente tivesse apreciado o meu voto, de modo respeitoso e até delicado, eu, para lhe corresponder a gentileza, tomei em apreço uma por uma das suas objeções, conforme se vê do voto abaixo, precedido do acordão, que também transcrevo integralmente:

Recurso de liquidação de sentença:

N. 27 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de liquidação de sentença, entre partes o engenheiro Gastão da Cunha Lobão, exequente, e executada a Fazenda Nacional, e nos quais esta opôs embargos ao acordão que negou provimento aos recursos interpostos da sentença que julgou a conta para fixação do montante da condenação, e

Considerando que a matéria dos embargos já havia sido perfeitamente apreciada no acordão embargado;

Considerando que o dispositivo da lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, a que o acordão atribuiu a faculdade de interromper a prescrição, nos termos do art. 172, § 5.º, do Código Civil, não se traduz em ato algum que exorbite da competência constitucional do Poder Legislativo declarando ou reconhecendo direitos do embargado, pois, como expressamente se lê no texto desse dispositivo, o direito do embargado, a que o mesmo se refere, foi declarado e reconhecido por acordão deste Supremo Tribunal que passou em julgado;

Considerando que, pelo contrário, esse texto legislativo tão somente autorizou a abertura de crédito para pagamento do que era devido ao embargado, em virtude de sentença deste Supremo Tribunal que passou em julgado, a que autorizara a abrir créditos para pagamento de dividas é, fora de menor contestação, atribuição do Poder Legislativo;

Considerando que um texto legislativo que autorize a abrir crédito para pagamento, a determinada pessoa, de uma condenação judicial, não pode deixar de ser havido como ato inequívoco importando no reconhecimento da obrigação de pagar, ou seja do direito de credor pelo devedor;

Considerando que, na espécie, o embargado tem o seu nome mencionado por inteiro no dispositivo legal e o devedor é o Estado, que não tem voz mais solene e autorizada que a da lei;

Considerando que, interrompida a prescrição pelo ato legislativo de 10 de agosto de 1922, o embargado deu início à execução com o requerimento de 4 de dezembro de 1926, de que foi citado o representante legal da Fazenda Nacional a 6 do mesmo mês (fls. 152) e, assim, dentro do quinquênio no qual, pena de prescrição, devia ser iniciada a execução, quinquênio que começara a correr a 10 de agosto de 1922, data da lei;

Considerando que a citação que ficou circundada, e, assim, havida como nenhuma (art. 175 do Código Civil), foi a de fls. 164 v., realizada já no processo da execução e para que, tendo sido feita a conta da condenação, visse o representante da Fazenda Nacional se lhe assinar o prazo da lei para apresentar embargos à expedição do precatório de pagamento ao Tesouro Nacional, como registra o art. 1.899 da Nova Consolidação das Leis do Processo Federal, de Candido de Oliveira;

Considerando que é certo que essa citação, inoperante por ter ficado circundada, só foi renovada depois de passados cinco anos da data da lei de 1922, mas que tal circunstância não importa ao direito do embargado, pois que não foi a citação circundada que teria interrompido o prazo da prescrição que começou a correr da data da referida lei;

Considerando que esse prazo era para dentro dele ter início a execução e essa começou com a petição inicial de fls. 2, com a qual foi apresentada a carta de sentença pedindo se procedessem às diligências legais para a sua execução, sendo de tudo citado o representante legal da Fazenda Nacional;

Considerando que nas execuções a única citação pessoal que a lei exige é a do ingresso da execução, sendo ela compreensiva de todos os atos subsequentes até final (decreto n. 3.084, de 1898, 3.ª parte, arts. 483 e 484);

Considerando, assim, que o ato interruptivo da prescrição, cujo período começou a correr da data da lei, 10 de agosto de 1922, foi nos termos do n. 1, do art. 172 do Código Civil, a citação para início da execução feita a 6 de dezembro de 1926 (fls. 152);

Considerando, finalmente, que, por sua natureza e por não dependerem seus efeitos de assinatura do prazo, não tinha que ser acusada em audiência, a citação de 6 de dezembro de 1926, para início da execução, e cujos efeitos jurídicos decorrem diretamente da própria citação.

ACORDAM os ministros do Supremo Tribunal Federal desprezar os embargos da Fazenda Nacional para confirmar como confirmam o acórdão recorrido.

Custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 1930. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *Rodrigo Octavio*, relator para o acórdão. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*. — *Soriano de Souza*. — *Cardoso Ribeiro*, vencido. Mantive o voto anterior julgando prescrita a ação. — *Bento de Faria*, vencido, por considerar prescrito o direito de executar a sentença. — *Geminiano da Franca*, vencido em parte na conformidade do voto que proferi na apelação e absolvio a embargante do pagamento dos juros da mora a contar da data da extração da carta de sentença a do início de execução. — *Pedro Mibielli*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*, vencido, em parte. — **HERMENEGILDO DE BARROS**, vencido. O acórdão embargado decidiu que o acórdão exequendo transitou em julgado no dia 3 de dezembro de 1921 e que, começando a correr daí a prescrição de cinco anos, estaria ela consumada a 3 de dezembro de 1926.

Não se consumou, porém, a prescrição nesse dia, nem a 6 do mesmo mês e ano, data em que, segundo o exequente e o acórdão embargado, a União foi citada para a liquidação ou para a execução, porque, disseram eles, a prescrição fora anteriormente interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922.

Conceda-se, somente para argumentar, que a citada lei interrompeu de fato a prescrição.

Aplicando-se, neste caso, o art. 173 do Código Civil, que diz que "a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu", isto é, da data da citada lei de 10 de agosto de 1922, conclue-se que a prescrição ficou definitivamente consumada a 10 de agosto de 1927, desde que

se prove que ela não foi novamente interrompida, depois de 10 de agosto de 1922. A prova é facilíssima, porque resulta apenas de um confronto de datas.

Com efeito, em 11 de maio de 1927, quando só faltavam três meses para a consumação da prescrição, a contar de 10 de agosto de 1922, o exequente requereu a citação do procurador seccional da República para ver assinar-se-lhe em audiência o prazo de seis dias, afim de alegar os embargos que tivesse, a bem dos interesses da Fazenda Nacional (fls. 164).

O procurador foi citado a 16 de maio de 1927 (fls. 164 v.).

Em audiência de 25 do mesmo mês e ano, o procurador requereu e o juiz julgou circunduta a citação, por não ter o exequente comparecido para acusá-la (fls. 165).

Em vista disso, o exequente requereu, em 25 de novembro de 1927, quando já estava esgotado o prazo de cinco anos, nova citação da executada, em substituição da que ficara circunduta (fls. 167).

O procurador foi citado a 28 de novembro de 1927 (fls. 167 v.) e o exequente acusou a citação em audiência de 30 do mesmo mês e ano (fls. 168).

Por conseguinte, a prescrição ficou definitivamente consumada, porque de agosto de 1922 — data da lei — a novembro de 1927, data da nova citação — decorreu espaço de tempo superior a cinco anos.

Não vale a citação anterior de 16 de maio de 1927, porque esta é nula, por ter ficado circunduta, e não interrompeu a prescrição. Assim o dispõe expressamente o art. 175, do Código Civil:

"A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunduta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação".

Objeta o presente acordão que não ficou circunduta a citação de 6 de dezembro de 1926 e que esta interrompeu a prescrição, que começou a correr da data da lei de 10 de agosto de 1922.

Registe-se, em primeiro lugar, o equívoco do acordão, quando declara que a prescrição começou a correr da data da lei de 10 de agosto de 1922.

Não, a prescrição começou a correr de 3 de dezembro de 1921, como aliás está acertadamente consignado no primeiro acordão, ora embargado.

Tendo julgado o mesmo acordão que a prescrição, começada a 3 de dezembro de 1921, foi interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922, daí não começou a correr o prazo de cinco anos, como se não tivesse havido interrupção, mas recommençou, nos termos do art. 173, do Código, a correr o prazo da prescrição já interrompida.

Em segundo lugar, não houve citação da Fazenda Nacional a 6 de dezembro de 1926, nem para a liquidação, nem para a execução.

O que houve foi simplesmente o seguinte:

Pela petição inicial, de 4 de dezembro de 1926, a fls. 2 v., o exequente requereu a citação da Fazenda para, em momento oportuno, isto é, (segundo ele mesmo explicou), depois de feita a conta das vantagens e custas a que a União fora condenada, ver assinar-se-lhe em audiência o prazo da lei, para dentro dele oferecer os embargos que tivesse.

Deferida a petição pelo despacho de fls. 152, o escrivão certificou, em 6 de dezembro de 1926 (fls. 152), haver intimado o procurador da República por todo o conteúdo deste processo.

Ora, o que se requereu foi que, em momento oportuno, isto é, depois de feita a conta, fosse o procurador intimado para ver assinar-se-lhe prazo, afim de oferecer embargos.

Mas o juiz só mandou fazer a conta por despacho de 6 de abril de 1927 (fls. 159 v.), e a conta só se fez a 8 do mesmo mês e ano, na importância de 10.604:320\$716 (fls. 161).

Só depois dessa conta é que se verificou o *momento oportuno* para a citação do procurador, e de fato só a 11 de maio de 1927 foi requerida a citação dele, a qual se verificou a 16 de maio de 1927 (fls. 164 v.).

Logo, essa foi realmente a única citação eficaz para o princípio da execução, citação que interromperia a prescrição, mas que não a interrompeu, porque ficou circundada.

A outra — a citação de 6 de dezembro de 1926 — não teve alcance de espécie alguma, nem teria cominação de qualquer pena.

Não foi citação para a liquidação, nem para a execução, nem para coisa nenhuma.

Foi tão somente uma citação para citação, que futuramente teria de ser feita, em *momento oportuno*, e que só se fez posteriormente, a 16 de maio de 1927.

Admita-se, entretanto, que a União foi citada a 6 de dezembro de 1926, para a liquidação, para a execução, ou para uma coisa qualquer.

Esta citação não interrompeu a prescrição, *porque não foi acusada em audiência*.

O acordão afirma que interrompeu, porque não era necessária a acusação da citação em audiência.

Estamos, portanto, diante de duas proposições entre si contrárias.

A diferença é que a do acordão não se firma em coisa nenhuma, ao passo que a minha tem por si o consenso unânime dos autores, com fundamento na lei.

Comentando o art. 175 do Código Civil, diz Clovis Bevilacqua, incontestavelmente o mais autorizado intérprete do Código, que é obra dele, que

"a citação para interromper a prescrição deve ser válida, *acusada em audiência*, e seguida dos outros termos do processo" (Código Civil do Brasil, comentário ao art. 175, observação n. 3).

Dizem a mesma coisa os autores que ele cita, além de outros, consultados ao acaso.

Assim, Felício dos Santos estabelece, no art. 1.373 do Projeto do Código Civil brasileiro, que

"a citação judicial deixa de ser eficaz para interromper a prescrição: 1.º, ... 2.º, ... 3.º, ... 4.º, ... 5.º, ... — se não é *acusada em audiência*".

Almeida e Oliveira sustenta, por sua vez, que "a citação, para interromper a prescrição, deve ser *acusada em audiência*, e se o não for, acrescenta em nota 21, fica a citação sem efeito (*A Prescrição*, pág. 163).

Lafayette também ensina:

"A citação deixa de ser eficaz para o dito efeito (o da interrupção da prescrição)... se não é *acusada em juízo*" (*Direito das Coisas*, § 74, pág. 200).

Carlos de Carvalho consolidou, no art. 982, parágrafo único, o direito anterior nestes termos:

"A citação para a ação não produzirá efeito se, ficando circundada, for o citado absolvido da instância".

Reproduzindo o direito vigente, o art. 90 do Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, dispõe:

"A citação inicial válida, e não *circundada*... interrompe a prescrição".

Se, no direito anterior, já era doutrina corrente que a citação, para interromper a prescrição, devia ser acusada em audiência, agora o caso já não é de doutrina, mas de lei, porque o Código dispõe que a citação circundada não interrompe a prescrição, e "a citação diz-se circundada, quando o autor não comparece para accusá-la na audiência para a qual fez citar o réu" (Clovis Bevilacqua — Observação n. 2, do art. 175, citando João Monteiro — Processo I. § 83, e reg. 737, art. 58).

Em resumo: a prescrição começou a correr a 3 de dezembro de 1921; foi interrompida — conceda-se para simplificar o debate — pela lei de 10 de agosto de 1922; recomeçou a correr daí e consumou-se a 10 de agosto de 1927, porque só em novembro do mesmo ano se verificou a citação da Fazenda Nacional para a execução.

A citação de 16 de maio de 1927 não interrompeu a prescrição, porque ficou circundada.

Não a interrompeu igualmente a de 6 de dezembro de 1926, admitida que fosse uma citação para o início da execução, porque tal citação não foi acusada em audiência.

Alega o exequente que, depois da lei de 10 de agosto de 1922, foi ainda a prescrição interrompida por uma série de reclamações administrativas.

E menciona somente os dois seguintes atos: 1.º, um requerimento de pagamento ao Ministério da Viação, o qual foi despachado no sentido de que o requerente provasse já terem sido esgotados os recursos de defesa e não estar finda a execução; 2.º, uma proposta de acordo ao ministro da Fazenda, a qual foi remetida ao consultor jurídico e ao procurador geral da República, que declarou ter dado parecer contrário ao acordo proposto.

Fossem, porém, milhares as reclamações administrativas e não teriam eficácia para interromper a prescrição, depois do Código Civil, que não as contempla entre os cinco casos de interrupção, taxativamente enumerados no art. 172.

O exequente invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituída, diz ele, por 23 acordãos proferidos em um período longo de trinta anos.

O número é, na verdade, considerável, mas bastaria a alegação de que os acordãos foram proferidos em um período de trinta anos, para se ver, desde logo, que eles são anteriores ao Código.

Des vinte e três acordãos indicados não há, realmente, um só que tenha julgado interrompida a prescrição, em virtude de reclamação administrativa, depois de 1 de janeiro de 1917, data em que o Código entrou em execução. Todos esses acordãos foram proferidos antes do Código, como se vê das próprias datas, que o exequente indica, ou foram proferidos depois do Código, mas sobre fatos anteriores a ele, como tive o cuidado de verificar.

E aqui poderia dar por terminado o meu voto, recebendo os embargos da executada, para declarar prescrito o direito do exequente, já tendo dito mais do que o acordão, que nem sequer aludiu às reclamações administrativas.

Mas o exequente faz, agora, na impugnação dos embargos, alegações novas, embora já apreciadas e desprezadas, ao mesmo tempo que renega outras alegações, que anteriormente havia adotado.

Uma das novas alegações do exequente é a de que tem inteira procedência a preliminar levantada pelo Sr. ministro Geminiano da Franca, quanto à impropriedade do recurso oficialmente interposto pelo juiz, pois o recurso cabível seria o voluntário de agravo, que o procurador seccional deixou de inter-

por, não podendo, portanto, o Supremo Tribunal conhecer do recurso inadmissível.

Mas o acordão, tendo considerado que se trata de *recurso de liquidação de sentença*, dele tomou conhecimento e negou-lhe provimento.

O exequente não embargou o acordão; não o embargou também, nessa preliminar que lhe foi favorável, o ministro procurador geral da República.

Logo, nessa parte, o acordão transitou em julgado.

Direi, todavia, que não foi somente o juiz de primeira instância que deu erradamente ao feito, segundo alega o exequente, o nome de *liquidação de sentença*.

Essa denominação lhe foi dada igualmente pelo acordão e pelo próprio exequente em várias passagens dos autos.

Quanto ao argumento, por mim aduzido, de que a jurisprudência do Supremo Tribunal tem considerado, aliás, contra o meu voto, que as sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional, em *primeira instância*, são inequívocas, se delas não foi interposto o competente recurso, o exequente observa que o argumento não tem aplicação à espécie, porque a sentença, que se executa, não é de primeira instância, mas de segunda.

Há, talvez, equívoco, nessa observação do exequente, porque ninguém dirá, suponho, que a sentença de fls. 229, que julgou líquida a importância da condenação em 10.604:320\$716 e da qual o juiz recorreu *ex-officio*, não seja uma sentença proferida em primeira instância. Se, pois, a sentença proferida pelo juiz do Acre é, salvo engano de minha parte, uma sentença de primeira instância e se o recurso dela cabível era o de agravo, que não foi interposto, a sentença seria inequívoca contra a Fazenda Nacional e o exequente não poderia receber esses dez mil e tantos contos de réis que está reclamando.

O meu argumento era, portanto, aplicável à espécie, com inteira exatidão.

Em todo caso, o assunto já não é suscetível de discussão, porque, como disse, o acordão nessa parte transitou em julgado.

Uma outra alegação nova, feita agora pelo exequente, é a de que *sérias objeções* podem ser opostas à doutrina por mim sustentada de que o prazo da prescrição da execução é o mesmo da prescrição da ação.

Em primeiro lugar, a doutrina não é sustentada somente por mim, nem me cabe a primazia de sua divulgação.

Eu apenas aderi à jurisprudência, que encontrei no Supremo Tribunal e que foi reiterada em outro acordão já do meu tempo de exercício, o qual foi proferido a 4 de julho de 1925, no recurso extraordinário n. 1.516.

Não fiz mais do que repetir argumentos de juristas notáveis na sustentação da doutrina de que não há entre nós a perpetuação da ação, pelo fato da contestação da lide, doutrina que já não tem contraditores, depois do Código Civil, tanto que o acordão embargado é unânime, neste particular.

O próprio exequente, no memorial impresso que distribuiu por ocasião do primeiro julgamento, declarou que não lhe importava discutir se a prescrição do julgado é de 30 ou de 5 anos. Admitiu que é de cinco anos, e neste pressuposto, somente, alegou o que lhe pareceu útil à defesa do seu direito.

Agora, o exequente pensa que a doutrina é suscetível de *sérias objeções*, mas não as faz, nem enfrenta seriamente a doutrina, contentando-se com a seguinte impugnação, muito rápida, dos argumentos que deixei nos autos:

Diz o exequente que o primeiro argumento que aduzi é que "não existe mais, no direito brasileiro, a perpetuação da ação", mas objeta que este argumento não prevalece, "porquanto se a contestação da lide perpetuava a ação, não exercia igual direito sobre a execução".

Ai está o exequente, reproduzindo, no princípio do período, o que escrevi, e atribuindo-me, duas linhas em seguida, o contrário do que escrevi.

Eu não disse que a contestação da lide perpetuava a ação. Disse exatamente o contrário, isto é, que o Supremo Tribunal julgara, com o meu voto, no já citado recurso extraordinário n. 1.516, que a execução contra a Fazenda Nacional prescreve, como a ação, em cinco anos, na forma do art. 178, § 10, n. 6, do Código Civil, e assim o julgara "sob o fundamento de não haver entre nós a perpetuação da ação pelo fato da contestação da lide, mesmo antes do Código Civil, que fez desaparecer a dívida anteriormente existente".

Disse mais que, "no caso, o prazo da prescrição começou quando já vigorava o Código Civil, de modo que os três votos vencidos, no citado acórdão n. 1.516, seriam hoje vencedores, como já o tem sido em outras ocasiões, por haver desaparecido a razão em que eles se fundavam" (fls. 458).

Efetivamente, o acórdão embargado está, neste ponto, assinado sem divergência.

Pondera o exequente que o meu segundo argumento de que "a sentença não produz novação", não lhe parece decisivo, porque "nas legislações, como a italiana, que estabelecem prazos diferentes para a prescrição da ação e para a da execução, o fundamento não é propriamente a novação, mas a criação de um novo título".

Logo, concluo eu, para os que entendem, conforme doutrina corrente, que a sentença não produz novação, justamente porque não cria direito, mas simplesmente o declara, será decisivo o argumento de que são os mesmos os prazos para a prescrição da execução e da ação.

O terceiro e último argumento, resumido com fidelidade, é que "repugna admitir que a prescrição da execução tenha prazo muito mais longo que o da prescrição da ação, dado o fundamento filosófico do instituto da prescrição".

Está de acordo o exequente em que o argumento procede em relação à ação, mas não tem igual procedência relativamente à execução, porque, diz ele, "o indivíduo, uma vez condenado, pode forçar a execução e obrigar o credor a receber a importância da condenação, como hoje expressamente faculta o artigo 987 do Código do Processo Civil do Distrito Federal".

A esta objeção se poderia retorquir que ela procederia na Justiça local do Distrito, e não na Justiça federal, onde continuaria subsistindo o argumento de que "a prescrição foi instituída para punir a negligência do credor e em benefício da paz social, que seria perturbada com a grande demora na solução dos litígios".

E mais repugnante seria que, havendo ações que prescrevem no curtíssimo período de dias ou meses, a respectiva execução só prescrevesse em trinta anos, simplesmente porque a legislação brasileira não é expressa sobre o prazo da prescrição das execuções.

Relva notar que os prazos que o Código fixou para a prescrição das ações são de dias, meses, um ano, dois anos, na quase totalidade das ações, sendo o mais longo o de cinco anos para as ações contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal e para algumas outras em número limitado.

O exequente ofereceu documento para provar que a carta de sentença lhe foi entregue em 6 de dezembro de 1921, três dias depois de ter começado a correr o prazo da prescrição de cinco anos.

Por que razão se conservou inativo durante mais de cinco anos e só começou a agir quando esgotado este prazo?

Passando a tratar da prescrição, o exequente alega que esta ficou interrompida: a) por atos de processo; b) pela lei de 10 de agosto de 1922, que reconheceu a dívida; c) por uma série de reclamações administrativas.

Quanto a estas, já ficou devidamente esclarecido que, se, realmente, existissem, seriam ineficazes para interromper a prescrição, porque teriam sido feitas depois do Código Civil.

Contra a interrupção da prescrição pela lei de 10 de agosto de 1922, pode ser invocado um argumento novo e de muita relevância: é o acórdão do Supremo Tribunal, lido em sessão do julgamento dos embargos pelo ministro procurador geral da República.

Nesse acórdão, que não transcrevo, por não ter os autos à vista, * o Supremo Tribunal não admitiu que o ato do Poder Legislativo, em caso como o que se discute, importe reconhecimento inequívoco do direito do credor pelo devedor para o efeito de interromper a prescrição.

E' realmente extravagante que se queira ver reconhecimento da dívida na lei de 1922, que apenas autorizou o Poder Executivo a abrir créditos para pagamento ao engenheiro Lobão, com quem, diz a lei, poderia o Governo entrar em acordo no sentido desse pagamento, mediante vantagens para os cofres públicos, caso já estivessem esgotados os recursos de defesa e ainda não houvesse terminado a execução.

Dos próprios termos da lei resulta que não houve nenhum reconhecimento de dívida, e muito menos reconhecimento *inequívoco*, como o exige o Código.

Nem é da função do Poder Legislativo reconhecer dívidas ou confessar obrigações. Isso incumbe ao Poder Executivo. Ora, o Poder Executivo, por todos os seus órgãos, inclusive o Ministério Público nesta instância, declara que não reconhece a dívida, nem fez o acordo, para o qual foi autorizado.

Não podia mesmo fazê-lo, acrescento eu, porque o acordo dependia de estarem esgotados os recursos de defesa e terminada a execução.

Agora, sim, o acordo pode ser feito, porque a execução está finda, mas acordo com vantagens para os cofres públicos, porque só assim a lei determinou que ele se fizesse.

Resta a interrupção da prescrição por atos de processo ou por ato judicial. A este respeito convém, primeiramente, desfazer enganos e confusões do exequente.

Diz ele que, cada ato judicial ou do processo, seja da fase da ação, ou da fase da execução, interrompe a prescrição.

Para o exequente, pois — e sobre isso, não há dúvida, porque ele o declara expressamente — a assinatura da carta de sentença, a apresentação dessa carta ao juiz, o despacho deste, mandando autuá-la, a autuação feita pelo escrivão, a conta formulada pelo contador, o requerimento para essa conta, qualquer ato insignificante, enfim, constitui ato judicial ou do processo, que interrompe a prescrição.

Revoga-se, por esta forma, o art. 172 do Código, que indica taxativamente os cinco casos de interrupção da prescrição, fora dos quais não há interrupção.

E o exequente confunde lamentavelmente a *ato judicial*, que interrompe a prescrição, *ato judicial* a que se refere o art. 172, n. 4, do Código Civil, com o *último ato do processo*, de que trata o art. 173, do mesmo Código, tanto que declara que o *último ato judicial* ou o *último ato do processo*, praticado na ação, e que interrompeu a prescrição, foi a carta de sentença assinada a 6 de dezembro de 1921 (fls. 479 v., e seguintes).

Entretanto, não é qualquer *ato judicial* que interrompe a prescrição, mas somente o *ato judicial* que constitui em mora o devedor, como declara o citado art. 172, n. 4, sendo, por isso mesmo, indispensável, para que o *ato judicial* constitua em mora o devedor, que este tenha ciência do mesmo ato e que a intimação do ato lhe seja feita pessoalmente, conforme julgou o Supremo Tribunal, no recurso extraordinário n. 1.872 (Arg. Jud., vol. 4.º, pág. 5).

(*) - Veja-se a transcrição no fim deste voto.

O art. 173 aplica-se no caso de prescrição *já interrompida*, que *recomeça* a correr da data do ato que a interrompeu (como na hipótese da lei de 10 de agosto de 1922, desde que se admita que esta interrompeu a prescrição), ou do último ato do processo para a interromper, isto é, do último ato de entre os mencionados no art. 172, porque só estes têm o efeito de interromper a prescrição.

A assinatura da carta de sentença em 6 de dezembro de 1921 não é ato *judicial*, de que fala o art. 172, n. 4, capaz de interromper a prescrição, porque ninguém, absolutamente ninguém, dirá que a simples assinatura da carta de sentença *constituiu em mora a devedora*, Fazenda Nacional.

Não é também a assinatura da carta de sentença o *último ato do processo*, a que se refere o art. 173, porque não foi essa assinatura o último ato praticado na ação, como diz o exequente.

O último ato praticado na ação foi a intimação do último acordão, a 23 de novembro de 1921, o que deu lugar a que ele transitasse em julgado a 3 de dezembro seguinte.

A assinatura da carta de sentença seria, quando muito, não o último ato do processo, praticado na ação, mas o primeiro ato do processo, praticado na execução.

E nem isso seria ela, porque o primeiro ato do processo na execução e que interrompe a prescrição, é a citação pessoal feita ao devedor executado, nos termos do art. 172, n. 1, do Código.

Diz, porém, o exequente que a ação e a execução são duas fases ou dois momentos de um processo único, e que, sendo um só o processo da ação e da execução, a prescrição, uma vez interrompida pela citação inicial da causa, não carece de nova citação na execução.

As proposições avançadas são de tal ordem que bastará que sejam enunciadas, para que, por si mesmas, se refutem.

Desfeitos esses enganos e confusões, examinarei as datas, com as quais argumento o exequente.

Ele havia firmado de modo definitivo — e o acordão embargado assim o julgou — que o acordão exequendo, intimado a 23 de novembro de 1921, transitou em julgado no dia 3 de dezembro do mesmo ano, começando a correr daí o prazo da prescrição de cinco anos.

Agora, o exequente alega que o acordão exequendo só transitou em julgado no dia 4 de dezembro, porque os prazos são computados, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento, segundo a regra do art. 125 do Código Civil, de modo que a prescrição ficou interrompida com a simples apresentação da carta de sentença ao juiz no dia 4 de dezembro de 1926, sem necessidade de citação para a execução, conforme julgou o Supremo Tribunal no acordão, que o exequente transcreve integralmente a fls. 482.

Parece que o exequente está gracejando.

Intimado o acordão no dia 23 de novembro, que não se computa no prazo de dez dias, e incluindo nesse prazo o dia 3 de dezembro, é fora de dúvida que o acordão transitou em julgado nesse dia, de acordo precisamente, com o art. 125, que o exequente invoca.

Ainda que assim não fosse e que o decênio terminasse no dia 4 de dezembro de 1921, do qual começaria a correr a prescrição, a apresentação da carta de sentença ao juiz no dia 4 de dezembro de 1926, não interromperia a prescrição, porque, para interrompê-la, seria indispensável a citação pessoal à devedora, de acordo com o art. 172, n. 1, do Código Civil.

O exequente transcreve a fls. 482 o acordão do Supremo Tribunal, de que fui relator, no qual se julgou que não é necessário que a citação tenha sido acusada em audiência, para que se considere interrompida a prescrição, bas-

tando que a petição inicial de citação tenha sido apresentada ao juiz e despachada por este.

Mas o exequente não quis atender a que se tratava de fato anterior ao Código Civil, como se vê do próprio acórdão, publicado na *Rev. do Sup. Trib.*, vol. 28, pág. 123, no qual se consigna que o fato era de janeiro de 1901 e a ação fora proposta em janeiro de 1906. Sendo o fato anterior ao Código, o acórdão, que o exequente cita, foi proferido em face do art. 9.º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, que admitia a interrupção de prescrição por meios legais, sem especificá-los. O acórdão julgou, então, que entre os meios legais, a que a lei aludia de modo vago, estavam compreendidos o protesto, a reclamação judiciária, a reclamação administrativa, o reconhecimento expresso ou tácito da obrigação, etc.

Convém observar, de passagem, que esses meios de interrupção, admitidos pela doutrina diante dos termos genéricos da lei de 1908, foram adotados pelo Código, menos a *reclamação administrativa*, o que é argumento irrecusável de que o Código não quis que ela interrompesse a prescrição, pois, em vez de dizer, como a lei anterior, que a prescrição se interrompia por meios legais, sem especificá-los, taxativamente os especificou no art. 172.

Assim, não basta que a petição, requerendo a citação, seja apresentada ao juiz e despachada por este. É indispensável, atualmente, que tenha sido feita citação pessoal ao devedor e, mais ainda, que a citação tenha sido acusada em audiência, como é hoje indubitável, segundo ficou demonstrado, e já se exigia, antes de vigência do Código, conforme o parecer do Sr. ministro Muniz Barreto, procurador geral de então no citado acórdão, que o exequente invoca sem pertinência.

Nem é a primeira vez que assim me pronuncio.

Já o fiz, entre outros casos, na apelação n. 4.780, do Dr. Manoel Valério Gomes da Silva.

No acórdão aí proferido escrevi o seguinte :

"Alega o autor que a prescrição foi interrompida antes do ano, porque a petição de citação foi apresentada e despachada cinco dias antes de estar o ano completo — a 12 de dezembro de 1918.

Seria aceitável a alegação, se o Código Civil determinasse, de modo geral, que a prescrição se interrompe por meios legais, como o fez o art. 9.º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, em relação à prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal. A simples apresentação da petição ao juiz devia ser considerada meio legal de interrupção da prescrição, por ser a demonstração de que o titular do direito não foi negligente em resguardá-lo.

Mas o Código Civil não diz, de modo geral, que a prescrição se interrompe por meios legais; especifica esses meios no art. 172, um dos quais é a *citação pessoal* feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente" (*Arg. Jud.*, vol. 4.º, pág. 483).

Alega, por fim, o exequente que o último ato judicial, praticado na ação, foi a carta de sentença assinada a 6 de dezembro de 1921, o que o primeiro ato da execução foi a apresentação dessa carta ao juiz no dia 4 de dezembro de 1926, não mediando entre um e outro ato o prazo de cinco anos.

Já mostrei que nem a carta de sentença, nem a simples apresentação desta ao juiz constituem atos judiciais ou do processo, que interrompam a prescrição.

Aliás, isto é matéria já vencida, pois o acórdão embargado julgou que a prescrição, cujo prazo é de cinco anos, "deve começar a correr da data em que passou em julgado o acórdão exequendo e não da data da carta de sentença, como pretende o exequente; pois o prazo é para dentro dele ter início a execução e a carta de sentença não é mais do que um instrumento necessário para

o aparelhamento dessa execução, cuja encomenda ao escrivão fica à vontade da parte, de modo que, se de sua expedição ficasse dependendo o início do prazo da prescrição, a parte se daria a faculdade de dilatá-lo até mais cinco anos".

Per minha vez, eu também ponderei, no acórdão embargado, que a pretensão de ao contar o prazo da prescrição da data em que foi assinada a carta de sentença — 6 de dezembro de 1921 — é contrária à disposição expressa do art. 178, § 10, n. 6 do Código, que declara que o prazo da prescrição deve correr "da data do ato ou fato do qual se originar a ação".

Tratando-se de execução, o prazo deverá correr da data do ato ou fato, do qual se originar a execução, isto é, da data em que transitou em julgado o acórdão exequendo — 3 de dezembro de 1921.

No que respeita aos juros da mora, reporto-me ao que disse anteriormente.

Tendo julgado prescrito o direito do exequente, é claro que não condenaria a executada ao pagamento de quaisquer juros.

Aqueles, porém, que julgaram não prescrito o direito do exequente, por ter sido a prescrição interrompida pela lei de 10 de agosto de 1922, mesmo esses não poderiam condenar ao pagamento de juros da mora da data da carta de sentença em diante, porque a lei só autorizou o acórdão, do qual se deduz o reconhecimento inequívoco da dívida, mediante a condição de serem os juros reduzidos desde a data referida em diante.

O exequente só triunfou porque, segundo foi julgado, a lei reconheceu a dívida, mas a reconheceu com modificação quanto aos juros.

E' pois, de incongruência patente a aplicação da lei, na parte desfavorável à Fazenda, e a não aplicação da lei, na parte favorável a ela.

O exequente encerrou o seu arrazoado, ponderando que o seu direito é honesto, legítimo, tão legítimo como o que mais o possa ser, tanto que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal por sete votos contra um (que é o meu) e foi reconhecido pelo procurador geral da República, que não embargou o acórdão, ou só o embargou, não para negar direito ao autor, não para que se julgasse improcedente a ação, mas tão somente para se sujeitar todo o pedido à liquidação.

Tratando-se de coisa julgada, que faz do branco preto e do quadrado redondo, seria impertinente qualquer consideração que se fizesse, agora, sobre ela, e eu certamente a não faria, se não fora a referência especial com que fui honrado.

E' certo que a ação foi julgada procedente por sete votos contra um. Já aqui começa a manifestar-se a desvantagem para a Fazenda, que se viu privada dos votos de cinco juizes, pois treze são regularmente os julgadores, excluídos dos quinze o presidente e o procurador geral.

Mas fosse a decisão proferida por sete ou por doze votos, contra um, apenas, isso não tem importância, porque a decisão vale pela força dos seus argumentos e não pelo número dos juizes que a subscrevem.

Muitas vezes com os votos vencidos, ou mesmo com o voto vencido, isolado, é que está a verdade, de modo que pouco importa que a ação fosse julgada procedente e que o procurador geral não tivesse embargado o acórdão, uma vez que eu posso declarar, sem fingida modéstia, que o meu voto isolado é que

está certo e os demais estão evidentemente errados, pois julgaram procedente a ação do autor, que devia perdê-la, em face da disposição expressa da lei, da cláusula do contrato e da alegação do próprio autor na petição inicial, alegação aliás comprovada por documentos.

Foi o que demonstrei em meu voto, tanto no primeiro, como no segundo acórdão (ns. 27 e 28).

Para não me alongar ainda mais, reporto-me ao voto transcrita em o n. 28, em seguida à minha assinatura.

Aí estão expostas as circunstâncias, em que fui voto vencido, único, na célebre, na fantástica estrada de rodagem do Acre, como fantásticas são as coisas vindas daquela região.

Muito feliz seria eu se todos os meus erros no Tribunal fossem da natureza desse, que cometi no caso Gastão Lobão.

A lei e o contrato diziam: "o pagamento só se fará depois que a estrada estiver concluída de extremo a extremo", isto é, de Sena Madureira a Bagé.

Ora, o próprio engenheiro Lobão declarou na petição inicial — e todas as provas o confirmaram — que só tinha construído um trecho da estrada de Sena Madureira ao rio Antimari.

Logo, ninguém, absolutamente ninguém, me convencerá de que errei, julgando a ação improcedente, em face da lei, do contrato e das próprias alegações do autor na petição inicial da ação. Um palmo que faltasse para que a estrada estivesse concluída, seria o suficiente para que a ação não fosse julgada procedente.

A lei e o contrato diziam: "o pagamento só se fará depois que a estrada houver sido submetida às necessárias medições e provas de resistência".

Ora, o próprio autor ofereceu documento para provar que essa exigência não foi observada, por falta de veículo apropriado para satisfazê-la.

Logo, ninguém, absolutamente ninguém, me poderá convencer de que a ação deveria ser julgada procedente, ainda que o autor tivesse construído a estrada, de extremo a extremo.

A lei e o contrato foram providentes, exigindo que a estrada fosse submetida a provas de resistência.

Porque isto não se fez, a consequência é que da estrada não há sequer vestígios, atualmente, conforme se alegou e não foi contestado.

De modo que, por um serviço que não se fez, ou que se fez somente em parte, mas de modo imperfeito, tanto que desapareceu, é a Fazenda Nacional condenada a pagar dez mil e tantos contos de réis!

Mas o exequente nasceu com a sina de ganhar a demanda, através dos maiores obstáculos, pois chegou ao ponto de conseguir que na apuração dos votos não fosse contado o que lhe fora radicalmente desfavorável.

Por mais estranha que pareça, a afirmação é absolutamente verdadeira.

Tomaram parte no julgamento da ação, em grau de apelação, oito juizes.

Três — os Srs. Edmundo Lins, Pedro dos Santos e Godofredo Cunha — julgaram líquido o direito do autor ao pagamento pelos dois trechos da estrada, que, ultimamente, ele dizia haver construído, isto é, Sena Madureira ao rio Antimari e deste a Bagé.

Três — os Srs. Guimarães Natal, Sebastião de Lacerda e Viveiros de Castro — julgaram ilíquido o direito, quanto aos dois trechos, e mandavam que tudo se liquidasse na execução.

O sétimo juiz — Sr. Leoni Ramos — julgava líquido o direito, quanto ao primeiro trecho, e ilíquido, quanto ao segundo.

O oitavo juiz — HERMENEGILDO DE BARROS — julgava a ação improcedente.

Considerou-se, então, que o voto do 7.^o juiz adicionava-se aos dos três primeiros, na parte relativa à liquidez do direito do autor ao pagamento pela construção do primeiro trecho, e que o voto do 8.^o juiz, conquanto radical por julgar a ação improcedente, ligava-se aos dos outros três, que mandavam liquidar tudo na execução, por se ter considerado essa solução mais favorável à Fazenda e a que mais se aproximava do ponto de vista em que se colocara o juiz vencido.

Verificado, assim, o empate, por terem quatro juizes julgado líquido o direito do autor, em uma parte, e outros tantos mandado que tudo se liquidasse na execução, o presidente do Tribunal desempatou com os últimos.

Este resultado foi anunciado na sessão, perante os espectadores, foi consignado na ata e foi publicado no *Diário Oficial* do dia seguinte, na parte destinada à publicação dos trabalhos do Tribunal.

Com extraordinária surpresa de minha parte, alegou-se, na sessão seguinte, que era preciso corrigir o equívoco da ata, pois o meu voto, por ser radical, não podia ser computado na apuração, e assim restavam sete votos, quatro dos quais constituíam a maioria, no sentido de ser julgado líquido o direito do autor, quanto à construção do primeiro trecho da estrada.

A alegação foi aceita, apesar da minha impugnação, com os seguintes fundamentos:

1.^o Só se considera haver equívoco na ata, quando esta mencione algum fato ou circunstância em desacordo com a verdade; e, no caso, nenhum equívoco havia, desde que a ata consignava exatamente o que se tinha passado no julgamento.

2.^o A apuração dos votos fora feita regularmente, não sendo lícita, sob qualquer pretexto, a exclusão de qualquer deles, votando-se então separadamente as questões, conforme determina o art. 54 do regimento interno.

3.^o Se na apuração dos votos tivesse havido, porventura, algum equívoco, este só poderia ser corrigido por meio de embargos de declaração ao acórdão, lavrado de conformidade com o vencido, certo ou erradamente, e não por meio de retificação de suposto erro da ata.

Em suma, não se corrigiu engano da ata, que estava certa; alterou-se o resultado de uma votação, sem que para isso tivesse havido o emprego dos meios legais.

A decisão proferida, por desempate, anunciada e publicada, foi que se julgara procedente a ação para que tudo se liquidasse na execução.

A decisão posteriormente adotada, sem desempate, foi que se julgara procedente a ação, considerando-se, desde logo, líquida uma parte do pedido e mandando-se que a outra fosse liquidada na execução.

O acórdão foi substancialmente alterado, sem que tivesse havido oposição de embargos.

Dos abusos, que podem ser praticados em tribunais coletivos, este é certamente um dos maiores.

Os votos que emiti no primeiro e segundo acórdãos proferidos sobre a apelação, podem ser consultados na *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 34, pág. 103 e vol. 41, pág. 133 (ns. 27 e 28 com a respectiva nota, *Comentário do Espinola* ns. 29 e 537 b).

O acordão a que aludi neste voto, relativamente à não interrupção da prescrição, em virtude de reconhecimento de direito pelo Poder Legislativo, é o seguinte:

N. 1.650 — Vistos e relatados estes autos de apelação cível, interposta pelo alferes João Baptista Curio de Carvalho e outros, da sentença do juiz federal da 2.^a Vara deste Distrito, que julgou não provada a ação por eles intentada contra a Fazenda Nacional, para os fins constantes da petição inicial:

ACORDAM, preliminarmente, depois de discutida a matéria, julgar, como julgam, prescritos a ação e direito que pleiteiam os autores apelantes.

Por meio desta ação ordinária pedem os autores que "a União Federal seja condenada a lhes pagar todos os vencimentos dos postos em que, a principio comissionados, foram efetivamente promovidos por decretos de 3 de novembro de 1894, dessa data até 9 de dezembro de 1895; a gratificação de exercício desde 9 de dezembro de 1895 até 31 de dezembro de 1895; e o quantitativo que fora criado desde 31 de dezembro de 1895 até 31 de dezembro de 1900". E assentam o pretendido direito no referido decreto de 1894, do Poder Executivo, corroborado pelo decreto legislativo n. 350, de 9 de setembro de 1895, e declaram que esse direito foi postergado pelas Ordens do dia do Ministério da Guerra, ns. 619 e 644 do mesmo ano de 1894.

Só vieram, porem, a juízo pedir a reparação da lesão, isto é, o pagamento de quantias que não lhes foram pagas, a 20 de junho de 1905, onze anos depois do ato lesivo, quando as dívidas passivas do Estado prescrevem em cinco anos, a contar da época em que podiam ser recebidas, ou do ato ou fato do qual se originar o mesmo direito ou ação, e refere-se a todo e qualquer direito que alguém tenha contra o Estado — lei de 30 de novembro de 1841, art. 30, decretos ns. 857, de 13 de novembro de 1851, art. 1.^o, lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1903, art. 9.^o.

O fato de haverem a lei de 9 de setembro de 1895, o decreto n. 946-A, de 1891, a lei do orçamento de 1901 e o decreto n. 982, de 1903 reconhecido a efetividade dos postos a que foram promovidos, com todas as vantagens a eles inerentes, não altera os preceitos legais que regulam a prescrição, e não a interrompe. Leis especiais quanto ao caso, ficam limitadas ao direito que reconheceram ou às concessões que fizeram, nenhuns outros efeitos produzem para o que nelas não se compreende.

Procede, portanto, a prescrição alegada na contestação de fls. 8 e reproduzida no parecer do Sr. ministro procurador geral a fls. 75. Defesa que podia ser apresentada nesta instância, antes de finda a instrução da causa, ainda que não o tivesse sido na contestação; não vedando dela conhecer-se o fato de não ter a ré apelado da sentença que deixou de considerá-la, porque a decisão, julgando não provada a ação, lhe era favorável, não tendo, por isso, necessidade de apelar.

Custas pelos autores apelantes.

Supremo Tribunal Federal, 13 de novembro de 1912. — *M. Martinho*, presidente interino. — *Camilo Saraiva*, relator. — *Oliveira Ribeiro*. — *Amaro Cavalcanti*. — *Leoni Ramos*, vencido. — *Enéas Galvão*, vencido. — *Godofredo Cunha*. — *André Cavalcanti*. — *Pedro Mibielli*.

Fui presente. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Diário da Justiça* de 14 de janeiro de 1931; *Rev. de Jur. Bras.*, 6.^o-231). (*)

(*) Vide no Suplemento o último decreto-lei sobre prescrição.

218 — A referência feita no voto anterior (n. 217) ao caso do Dr. Manoel Valerio Gomes da Silva provoca o conhecimento desse caso, que é também de prescrição, não de prescrição de execução, mas de prescrição de ação para cobrança de honorários por serviços de advocacia.

O Dr. Manoel Valerio se obrigou a propor ação contra o Estado do Rio de Janeiro, para o fim de ser anulado o ato do Governo desse Estado, que exonerara o Dr. Levino Pacheco do cargo de juiz substituto da comarca de Campos.

O Dr. Levino se obrigou, por sua vez, a pagar ao Dr. Manoel Valerio 50% da importância líquida, que tivesse de receber do Estado, se fosse vitorioso.

Vencida a demanda, o Estado apelou.

Antes de julgada a apelação, o Dr. Levino entrou em acordo com o Estado, no sentido de desistir do recebimento da importância a cujo pagamento este fora condenado, ficando o desistente em disponibilidade remunerada e com as demais vantagens asseguradas pela sentença de primeira instância.

Sentindo-se prejudicado com o acordo, o Dr. Valerio propôs ação contra o Estado e contra o Dr. Levino, para anular o mesmo acordo, ou para lhe serem pagos os 50% da importância líquida que fosse apurada em favor do segundo réu.

A sentença de primeira instância julgou a ação procedente, apenas contra o Estado do Rio, que apelou, tendo o Dr. Levino também apelado.

O S. T. F. julgou prescrita a ação, quanto a este, e improcedente, em relação àquele.

Quanto à prescrição, esteve de acordo em que era de um ano.

No mérito, porém, divergi. As razões do acordão e do voto divergente são as que se leem abaixo, seguidas de um Comentário de Eduardo Espinola, considerando injurídica a decisão vencedora.

Vistos, etc.

O Dr. Manoel Valerio Gomes da Silva, advogado, contratou com o Doutor Levino José Pacheco promover por via judicial a anulação do ato do Governo do Estado do Rio de Janeiro que o demittiu do cargo de juiz substituto de Campos; e no respectivo contrato foi estipulado que teria, como honorário, cinquenta por cento sobre o que fosse liquidado em dinheiro, correndo todas as despesas por sua conta, e devendo o pagamento ser efetuado, no caso de êxito, no momento do recebimento da importância líquida.

Aparelhados com os documentos necessários, propôs o Dr. Valerio a respectiva ação de nulidade, perante o juiz seccional. Correu a demanda os seus termos e o Estado foi condenado a pagar os vencimentos em atraso e os que se fossem vencendo, até a reintegração. O Estado do Rio apelou e seguiu a apelação o seu curso, quando o Dr. Levino entrou em acordo com o Estado,

desistindo dos atrasados, ficando em disponibilidade remunerada, até ser aproveitado na magistratura.

Lavrou o Dr. Valério um protesto contra semelhante acordo, pois, pelo contrato com o Dr. Levino, metade dos vencimentos devidos já lhe pertencia, e acrescentou que só aceitaria um acordo igual aos que já tinham sido firmados com outros magistrados.

Não tendo o Dr. Pacheco recursos próprios para compor os prejuízos que sofreu o Dr. Valério com o contrato por ele lavrado com o Estado, propõe esta ação para que os avençadores fraudulentos — o Estado do Rio de Janeiro e Dr. Levino José Pacheco — lhe paguem a importância de sessenta e dois contos seiscentos e doil mil e cinquenta e um réis (62:602\$051), metade dos vencimentos que teria de receber o Dr. Pacheco, juros da mora e custas.

Contestado o pedido, diz o Dr. Levino que falta qualidade ao autor para pedir a anulação de um ajuste em que não foi parte; que no mandato conferido ao autor foi retirado dos poderes que lhe foram outorgados o de fazer transações com a Fazenda; que, quando qualquer direito tivesse o autor, estava prescrito, porquanto decorreu mais de um ano entre a transação feita, com o Estado, e a propositura da ação. O Estado do Rio de Janeiro contestou por negação.

A sentença de primeira instância julgou procedente a ação. O Estado do Rio de Janeiro interpôs apelação, assim como o Dr. Levino José Pacheco.

Considerando que a ação para a cobrança de honorários de advogado prescreve em um ano, contado da data do vencimento do contrato, da decisão final do processo ou da revogação do mandato;

Considerando que, em virtude do acordo celebrado em 17 de dezembro de 1917 e publicado no órgão oficial de 21 de dezembro do mesmo ano, teve fim o processo instaurado contra o Estado do Rio de Janeiro pelo Doutor Levino José Pacheco e de quem era advogado o autor apelado;

Considerando que, iniciado o prazo prescrito nessa última data, consumou-se a prescrição em 21 de dezembro de 1918;

Considerando que a carta de fls. 120, datada de 26 de fevereiro de 1918, não interrompeu a prescrição, porquanto o seu signatário não se mostrou autorizado a fazer qualquer proposta;

Considerando que, em 13 de janeiro de 1919, quando foi feita a citação da presente ação já estava prescrito o direito;

Considerando que a ação foi proposta para haver do Estado do Rio de Janeiro os vencimentos devidos, durante o prazo em que o autor, Dr. Levino José Pacheco, esteve afastado arbitrariamente do exercício de suas funções de juiz substituto de Campos, e bem assim os que se fossem vencendo, após o reconhecimento do direito do cargo;

Considerando que é preceito de direito administrativo e está consignado em vários regulamentos e decretos, que os vencimentos dos funcionários públicos não podem ser objeto de cessão (Reg. de Fazenda, de 17 de outubro de 1916. Alvará de 17 de janeiro de 1766 — lei de 24 de julho de 1773 — Ord. de Fazenda n. 296, de 26 de julho de 1862 — Reg. 737 de 1850 — e 843 em 1890).

Considerando que, assim, não estava o Estado inibido de aceitar a desistência feita pelo Dr. Levino, dos ordenados vencidos, até a data do acordo, apesar do contrato de locação de serviços feitos com o autor;

Considerando que, quando mesmo se considerem válidas as transações sobre vencimentos dos funcionários públicos, no caso, não sendo o autor parte na demanda, podiam as partes litigantes firmar o acordo que firmaram, para por-lhe termo;

Considerando que este acordo não teve por fim lesar direitos, nem causar prejuízo, mas, somente, atender aos interesses gerais do Estado;

Considerando que o fato de ter sido o contrato registrado não era uma co-obrigação entre o contratante dos serviços e a entidade devedora. O fim do registro é fixar a data do documento, para que possa entrar em concorrência contra o devedor comum;

Considerando o mais que dos autos consta:

ACORDAM em Supremo Tribunal Federal dar provimento à apelação, afim de julgar prescrita a ação quanto ao réu Dr. Levino José Pacheco, e improcedente quanto ao Estado do Rio de Janeiro; pagas as custas pelo autor.

Rio de Janeiro, 6 de setembro de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *Geminiano da Franca*, relator. — *A. Ribeiro*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Bento de Faria*, vencido. — *Heitor de Souza*, vencido. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido, quanto à improcedência da ação, relativamente ao Estado do Rio de Janeiro.

O advogado Dr. Manoel Valerio Gomes da Silva celebrou com o Doutor Levino José Pacheco um contrato de honorários, pelo qual se obrigou a intentar ação contra o Estado do Rio de Janeiro, para anular o ato do Governo do mesmo Estado, que demittira o Dr. Levino do cargo de juiz substituto da 1.^a Vara da comarca de Campos, assim como para cobrar os respectivos vencimentos e pleitear o reconhecimento de outras vantagens inerentes ao cargo, obrigando-se o Dr. Levino, por sua vez, a pagar ao Dr. Valerio, em remuneração dos serviços deste, 50% da importância líquida que tivesse de receber do Estado, se o julgamento da ação lhe fosse favorável.

O contrato de honorários, que tem a data de 11 de março de 1914, foi registrado no dia 1 de agosto de 1917.

Em desempenho do mandato, o Dr. Valerio propôs a ação, que foi julgada procedente, sendo o Estado do Rio condenado a pagar ao Dr. Valerio a importância dos vencimentos, desde a data da exoneração até ser devidamente aproveitado, além das vantagens do cargo.

O Estado apelou dessa decisão para o Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, do julgamento da apelação, o Dr. Valerio alegou, perante o juiz dos Feitos da Fazenda do Estado do Rio, por petição de 3 de agosto de 1917, que o Dr. Levino estava promovendo um acordo com o mesmo Estado, no sentido de desistir dos vencimentos atrasados, juros e custas, contanto que fosse, desde logo, incluído com todas as vantagens no quadro da magistratura, percebendo os vencimentos que lhe competissem.

O Dr. Valerio protestou contra esse projetado acordo, que considerou lesivo dos seus direitos e não podia ser realizado, porque lhe pertencia a metade da importância de que o Dr. Levino pretendia desistir.

O protesto foi tomado por termo e intimado o Estado no mesmo dia 3 de agosto de 1917.

Sem embargo disso, fez-se o acordo em 17 de dezembro de 1917, em virtude do qual o Dr. Levino desistiu de receber os vencimentos a que tinha direito, por força da sentença judiciária, assim como os juros da mora, tudo na importância de 125:364\$111, e custas da causa, ficando o Dr. Levino, em consequência dessa desistência, em disponibilidade remunerada, com os vencimentos do cargo de juiz municipal, correspondente ao de juiz substituto, até ser devidamente aproveitado, sendo respeitados, além disso, todos os direitos reconhecidos pela sentença referida, segundo consta do contrato de 17 de dezembro e decreto n. 1.583, de 18 do mesmo mês e ano de 1917 (fls. 15).

Em vista disso, o Dr. Valerio propôs ação ordinária contra o Doutor Levino e contra o Estado do Rio de Janeiro, para os seguintes fins: ou ser declarado nulo o acordo celebrado entre os réus e bem assim o citado decreto n. 1.583; ou serem os réus condenados ao pagamento de perdas e danos,

consistentes na importância de 62:682\$055, com os juros da mora, por ser essa importância a metade ou os 50 % da de 125:364\$111, que o Dr. Levino teria de receber do Estado, conforme se apurou no acordo.

O juiz federal julgou a ação procedente para condenar somente o Estado do Rio a pagar ao autor a metade da importância de 125:364\$111, com os juros da mora, ou a anular o contrato feito com o Dr. Levino, por estar esse contrato eivado de dolo em prejuízo de terceiro (art. 95 do Código Civil).

Ambos os réus apelaram.

A questão a ser resolvida, antes de qualquer outra, é a que se refere à prescrição da ação, alegada somente pelo Dr. Levino.

Dispõe o art. 178, § 6.º, n. 10, do Código Civil, que prescreve em um ano a ação dos advogados para o pagamento de seus honorários, contado o prazo do vencimento do contrato, da decisão final do processo ou da revogação do mandato.

Não se tendo verificado nenhum dos dois casos últimos, porque a decisão final do processo ainda não foi proferida no Supremo Tribunal, ao que se alega, nem o mandato foi revogado, resta o primeiro caso — o do vencimento do contrato — por haver o Dr. Levino celebrado acordo com o Estado do Rio, a 17 de dezembro de 1917.

O autor requereu, a 12 de dezembro de 1918, a citação do réu Dr. Levino para esta ação, por meio de edital, por se achar o mesmo ausente em lugar não sabido.

No dia seguinte, 13, foi expedido e afixado o edital com o prazo de 30 dias (fls. 20 v.); mas a parte só é havida por citada, quando a citação se faz por edital, depois de passado o termo marcado neste, com certidão do oficial (artigo 49, do decreto n. 3.084).

Ora, a certidão do oficial é de 13 de janeiro de 1919 (fls. 42). Logo, só nesse dia foi citado o Dr. Levino, quando decorrido mais de um ano, contado de 17 de dezembro de 1917.

Alega o autor que a prescrição foi interrompida antes do ano, porque a petição de citação foi apresentada e despachada cinco dias antes de estar o ano completo — a 12 de dezembro de 1918.

Seria aceitável a alegação, se o Código Civil determinasse, de modo geral, que a prescrição se interrompe por meios legais, como o fez o art. 9.º, da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, em relação à prescrição quinquenal de que goza a Fazenda Federal.

A simples apresentação da petição ao juiz devia ser considerada meio legal de interrupção da prescrição, por ser a demonstração de que o titular do direito não foi negligente em resguardá-lo.

Mas o Código Civil não diz, de modo geral, que a prescrição se interrompe por meios legais; especifica esses meios no art. 172, um dos quais é a citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente.

A citação edital só se considera realizada, depois de extinto o prazo fixado no edital. No caso, isto se verificou a 13 de janeiro de 1919, como acima ficou dito.

Alegou o autor que a prescrição de um ano só começaria a correr da data em que fosse notificado do acordo, do qual só teve ciência nos primeiros dias de dezembro de 1918, quando adquiriu o *Jornal do Comércio* de 21 de dezembro de 1917, em o qual o acordo foi publicado.

Não procede a alegação, porque o acordo se tornou conhecido pela sua publicação no jornal aludido, que é a folha oficial do Estado, e pelo decreto do Governo estadual, n. 1.583, de 18 de dezembro de 1917, também publicado no mesmo jornal do dia 31.

Ao autor, portanto, não é lícito alegar ignorância desse decreto, emanado do Governo do Estado, com sede em Niterói, residência do autor e lugar escolhido para o foro do contrato.

Nem é verossímil que o autor ignorasse a existência do acordo e do decreto, porque, antes de realizado o acordo, já tinha conhecimento de que ele estava projetado e contra ele protestou judicialmente em 3 de agosto de 1917, tendo dado conhecimento do protesto ao Estado no mesmo dia.

O que é natural, o que é verossímil é que daí por diante o autor estivesse vigilante e fosse acompanhando os passos dos réus, para salvaguardar os seus próprios interesses, não se podendo compreender que, feito o acordo em 17 de dezembro de 1917, autenticado pelo decreto do dia seguinte e publicados ambos no jornal oficial de 21, só em princípios de dezembro de 1918, um ano depois da publicação, viesse o autor a ter conhecimento desta.

Alega, entretanto, o autor que teve ciência do acordo por uma carta de 26 de fevereiro de 1918 (fls. 120), em a qual o Dr. Manoel Themistocles de Almeida lhe propunha, por parte do Dr. Levino, pagar dois contos de réis, importando essa proposta em reconhecimento do seu direito pelo devedor.

Na verdade um dos meios de interrupção da prescrição é o reconhecimento, por qualquer ato inequívoco, ainda que *extra-judicial*, do direito do credor pelo devedor (art. 172, n. 5 do Código).

Mas não está provado que o Dr. Levino tivesse encarregado o Doutor Themistocles de fazer a proposta de pagamento com o grande abatimento a que se refere a carta de fls. 120, podendo essa carta significar apenas a intervenção do amigo comum de ambos os contendores, como o declara o Doutor Themistocles, afirmando por termo a um incidente desagradável.

Também não está provado que o Dr. Levino tivesse incumbido o Doutor Candido Lacerda de propor o pagamento com três contos de réis, tanto mais quanto o autor declara que esta proposta lhe foi feita pelo telefone.

Alega, finalmente, o autor que o prazo da prescrição nem sequer começou a correr, porque esse prazo é contado da sentença que homologar o acordo.

No caso, porém, não pode haver sentença alguma, porque o acordo não se fez entre as partes litigantes — o autor e o réu — para que pudessem ser tomado por termo nos autos e homologado pelo Supremo Tribunal, mas entre os dois réus somente, sem intervenção do autor.

Assim, não tendo o Estado do Rio alegado a prescrição, dei provimento somente à apelação do Dr. Levino, para julgar o autor carecedor de ação, em relação a ele, por se achar prescrita a mesma ação.

Quanto ao mérito, em relação ao Estado do Rio, o que consta é que o Dr. Valerio contratou honorários com o Dr. Levino, a razão de 50% sobre a importância que este tivesse de receber do mesmo Estado.

Apurou-se que aquela importância era de 125:364\$111, de modo que a metade, a que o Dr. Valerio tinha direito, segundo o contrato, era de 62:682\$055.

Aconteceu, porém, que, em virtude de acordo entre o Estado do Rio e o Dr. Levino, este desistiu de receber o que lhe era devido.

Esse acordo não era lícito, porque importava em prejuízo de Valerio.

Ora, aquele que, por ação voluntária, causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, nos termos do art. 159 do Código Civil.

Pede o Dr. Valerio essa reparação, que consiste no pagamento de réis 62:682\$055, com os juros da mora.

É um direito, que não pode deixar de ser reconhecido.

O Estado do Rio o contesta, alegando que podia celebrar o acordo com o Dr. Levino, porque era estranho ao contrato de honorários entre este e o Dr. Valerio.

Mas esse contrato produziu efeito, em relação a terceiros, desde o momento em que foi registrado — 1 de agosto de 1917 (lei n. 79, de 23 de agosto de 1892, art. 3.º, lei n. 973, de 2 de janeiro de 1903, art. 1.º).

Além disso, o autor protestou contra o acordo, que se ia fazer, e desse protesto foi o Estado do Rio intimado a 3 de agosto de 1917. Sobre o protesto

o Estado mandou ouvir o procurador geral, que deu parecer favorável ao acordo, que se realizou a 17 de dezembro de 1917.

O Estado, pois, não ignorava a existência do contrato de honorários, que ficou prejudicado pelo acordo, e deve responder pela indenização do prejuízo.

Alegou ainda o Estado do Rio que a procuração passada pelo Dr. Levino ao autor, em 13 de agosto de 1915, para intentar a ação contra o mesmo Estado, revogou a procuração anterior, de 18 de fevereiro de 1914, assim como o contrato de honorários de 11 de março do mesmo ano, ficando assim o Dr. Levino com a faculdade de celebrar com o Estado o acordo de 1917.

Não é verdade. A procuração posterior não revogou a anterior, nem o contrato de honorários.

Apenas a procuração posterior excluiu da anterior os poderes que esta continha, para *transigir, receber e dar quitação* (fls. 56 v. a 57). O mandato continuou, com exclusão, segundo declara expressamente a segunda procuração, dos poderes relativos a convenções, transações e recebimentos de dinheiros, recibos, quitações e desistência de ação.

Assim procedeu o Dr. Levino, por motivo, talvez, de desconfiança, porque, como disse ele na carta de fls. 112, "poderes tais um constituinte não deve dar a advogado".

Só ele, Dr. Levino, "teria a faculdade de transigir, receber e dar quitação", poderes esses de que, aliás, o Dr. Valerio, conforme declarou a fls. 59, não pretendia fazer uso.

Desde, pois, que o contrato de honorários não foi revogado, não podia o Estado celebrar com o Dr. Levino o acordo, sob pena de indenizar o prejuízo, pelo qual responde, não somente o Estado do Rio, mas também o Dr. Levino, que foi, conjuntamente com ele, o causador do prejuízo, que não haveria sem a combinação entre os dois.

Nestas condições, não se tratando de obrigação solidária, del provimento a apelação do Estado do Rio, só em parte, para condená-lo a pagar somente a metade de 62:682\$055, porque a outra metade deveria ser paga pelo Doutor Levino, se, em relação a ele, não tivesse julgado prescrita a ação.

Leoni Ramos. — F. Whitaker. — Pedro dos Santos. Votei dando provimento ao recurso para, revogando a sentença apelada, julgar o autor carecedor de ação.

O direito pleiteado funda-se no contrato de fls. 11.

Mas, este só dá ao autor 50% dos honorários do que for liquidado em dinheiro ou em títulos".

Ora, essa liquidação se não fez.

A única de que os autos dão notícia é a resultante da composição celebrada entre os apelantes, estranha ao contrato, contrária às pretensões do autor e que importa em soma muitíssimo inferior ao pedido.

A que se refere o contrato decorrente da ação judicial proposta pelo autor em nome do Dr. Levino, não.

Esta se não fez.

Celebrando o acordo, o Dr. Levino não prosseguiu na ação.

Esta ficou na apelação interposta para o Supremo Tribunal, que podia reformar a sentença apelada, julgando a ação improcedente ou anulando-a, hipótese em que estaria obstada ou impossibilitada a liquidação e nenhum direito poderia decorrer para o autor, do referido contrato.

Nada importa, como se alegou, que no acordo com o Estado do Rio se haja procedido com fraude, mediante o propósito de prejudicar ao autor, na percepção de legítima remuneração.

Ainda que assim houvessem sido, seria talvez razão para legitimar um pedido de indenização e não uma prestação, subordinada a uma liquidação que se não realizou. — *Muniz Barreto.*

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque.*

Foi voto vencedor e do Sr. ministro Edmundo Lins. — O subsecretário, Theophilo Gonçalves Pereira.

COMENTÁRIO

EDUARDO ESPINOLA

Caveant advocati!

A doutrina do acórdão encerra um profundo golpe contra as relações contratuais estabelecidas de boa fé entre os advogados e seus constituintes.

Em primeiro lugar, estabelecer a tese da incedibilidade dos vencimentos dos funcionários públicos, para decretar a invalidade dos contratos que façam estes com seus advogados, em relação aos vencimentos que injustamente lhes recuse o Poder Público, afigura-se-nos injurídico e inconveniente.

A proteção que, por meio da invalidade da cessão dos vencimentos, se procura dispensar aos funcionários, converter-se-ia, com semelhante solução, em arma contra eles próprios, que se veriam na impossibilidade de pleitear os seus direitos contra os atos ilícitos da Administração.

Além dessa infeliz doutrina, meditem-se nestes três considerandos do acórdão:

"Considerando-se que, quando mesmo se considerem válidas as transações sobre vencimentos dos funcionários públicos, no caso, não sendo o autor parte na demanda, podiam as partes litigantes firmar o acordo que firmaram, para por-lhe termo.

Considerando que esse acordo não teve por fim lesar direitos, nem causar prejuízos, mas somente atender aos interesses gerais do Estado.

Considerando que o fato de ter sido o contrato registado não gera uma co-obrigação entre o contratante dos serviços e a entidade devedora".

Dispensam comentários.

A vingarem semelhantes postulados, desapareceria de nossa legislação civil toda a proteção que vários dispositivos do Código concedem aos direitos dos terceiros.

De acordo com o último dos considerandos transcritos, ficariam letra morta as regras relativas à cessão dos créditos e à significação do respectivo registro, que passaria a ser apenas um meio de fixar preferência em concurso de credores.

O ministro Pedro dos Santos compreendeu perfeitamente que não podiam prevalecer os fundamentos do acórdão. Por isso, embora concordasse com a conclusão da maioria, explicou as razões de seu voto.

As teses sustentadas por S. Excia. são aparentemente verdadeiras.

Entretanto, não nos parece que o sejam realmente.

E' verdade que a liquidação prevista no contrato, como condição suspensiva, para o pagamento dos honorários, se não verificou.

Mas isso aconteceu em virtude de ato do devedor dos honorários.

Ora, o Código Civil prescreve no art. 120:

"Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer".

A malícia consiste, no caso, em saber que, com o seu ato, prejudicava o direito da outra parte.

Correto é, ao nosso ver, o voto vencido do ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

Ainda assim, se é verdade que a prescrição se verificou, em face da lei, não é menos que o constituinte Dr. Levino, desobrigado quanto aos honorários, ficou responsável pelos danos decorrentes de seu procedimento ilícito; se não deve honorários, deve indenização *ex-delicto*, e esta não estava prescrita.

E' de salientar que, além do ministro HERMENEGILDO, votaram vencidos apenas os dois ilustres ministros que exerciam anteriormente a advocacia, e que, assim, bem podem avaliar a intensidade do mal que traz aos advogados o acórdão (*Pandectas*, 3.^o-361, 2.^a parte, *Arq. Jud.*, 4.^o-481).

REFORMA DE AUTOS PERDIDOS

219 — Em todas as ações judiciais, a Fazenda Pública figura, quase sempre, como ré. Contra ela se desencadeiam as mais disparatadas pretensões.

Salvo um ou outro caso excepcional, a Fazenda Pública só é autora nos executivos fiscais para cobrança de impostos.

Ocorre-me um desses casos excepcionais, em que a Fazenda Pública ocupou a posição de autora. Foi o da Empresa Edificadora.

Creio poder afirmar que, durante os 19 anos do meu exercício no S.T.F., apenas um feito sobre "Reforma de autos perdidos" foi submetido à sua apreciação.

Esse feito se revestiu de certa notoriedade e contém incidentes interessantes.

Merece, pois, que se lhe dê assinalado destaque.

Em 1890, o ministro da Fazenda do Governo Provisório autorizou a venda da antiga Quinta Imperial do Cajú à Empresa Edificadora pela quantia de 105:600\$0.

No ano seguinte, um outro ministro, tendo considerado essa venda prejudicial aos interesses da Fazenda, providenciou sobre a anulação da respectiva escritura.

Proposta a ação de nulidade, foi julgada procedente por sentença de primeira instância, que o S.T.F. confirmou *por seus fundamentos*. Nada mais.

Tempos depois, verificou-se o desaparecimento dos autos.

O procurador geral da República, como representante da Fazenda, promoveu a reforma dos autos perdidos, cujo processo foi, a princípio, anulado, em consequência de preterição de uma formalidade substancial — a dilação probatória — (*Rev.*, 29-180).

Prosseguindo o processo da reforma dos autos, com observância da formalidade aludida, o S.T.F. os julgou reformados e mandou executar os acórdãos que confirmaram a sentença de primeira instância. Determinou que a Empresa Edificadora entregasse o imóvel à Fazenda Nacional e que esta restituisse à mesma Empresa o preço pago pela venda, sem as benfeitorias que a compradora

alegava ter feito no imóvel, após a respectiva aquisição, uma vez que faltavam elementos comprobatórios de tais benfeitorias.

Os únicos documentos oferecidos para instruir a reforma dos autos perdidos foram os dois acordãos proferidos nos autos originais: um, confirmando a sentença de primeira instância, por seus fundamentos, sem se saber quais foram estes, pois a sentença não fora encontrada; outro, o segundo acordão, não tomando conhecimento dos embargos opostos ao primeiro.

Eu votei pela restauração dos autos desaparecidos. Mandava, entretanto, pagar as benfeitorias, cuja importância se liquidasse, pois considerava provada a existência de benfeitorias, à vista de uma notícia desenvolvida do que ocorrera na sessão em que fora julgada a ação de nulidade da venda do imóvel.

Essa notícia fora publicada, imediatamente depois do julgamento, pelo jornal "O País", e a sua veracidade não fora contestada por ninguém.

Entretanto, nenhuma referência fez a essa notícia o acordão que julgou a reforma dos autos.

Entre os fundamentos, que esse acordão aduziu, para excluir o pagamento das benfeitorias, está o que resultava de um documento exibido pelo procurador geral da República na sessão do julgamento.

Mas esse documento, que o S.T.F. tomou em consideração, embora estivesse fora dos autos, referia-se à exclusão de benfeitorias em anterior contrato de arrendamento do imóvel, e não às benfeitorias feitas no mesmo imóvel, depois do contrato de compra e venda. Eis o que consta do acordão e do meu voto:

N. 53 — Vistos, expostos, relatados e discutidos estes autos de restauração da apelação n. 53, entre partes — apelante a Empresa Edificadora, apelada a Fazenda Nacional, proposta e não vencida a preliminar de nulidade do processo por ilegitimidade de Francisco Casemiro Alberto da Costa para nele representar a Empresa Edificadora suplicada, atentas as razões aduzidas a fls. 124 e apoiadas na prova dos autos, e,

Considerando que, se do acordão por certidão a fls. 4, não consta o dispositivo da sentença de primeira instância, que ele confirmou, o mesmo não sucede com o de fls. 8, que julgou os embargos e no qual se acha consignado que a sentença confirmada pelo acordão embargado "julgara nula a venda feita à Empresa Edificadora do próprio nacional "Quinta do Cajú", voltando este ao domínio e posse da Fazenda Pública" (fls. 8 v.);

Considerando que a suplicada Empresa Edificadora não contesta essa conclusão da sentença, confessa-a, mas a declara incompleta, porque tinha ela uma outra parte em que condenava a suplicante vendedora à restituição do preço da venda à compradora e a indenizá-la das benfeitorias, mesmo voluptuárias, que se não pudessem separar do solo;

Considerando, porém, que a declaração, com que subscreveu o acordão de fls. 8, o ministro Americo Lobo, esclarece (fls. 10) que o preço da venda da Quinta do Cajú se restringia, segundo a escritura e o relatório do Ministério

da Fazenda de 1891, ao terreno unicamente, excluídas de todo as benfeitorias executadas pela arrendatária (Empresa Edificadora), até à data da aquisição do imóvel e que pertenciam à suplicante, segundo o contrato de arrendamento;

Considerando que, corroborando essa declaração de voto, exibiu o Senhor ministro procurador geral da República no ato do julgamento a certidão do contrato de arrendamento, que continha a cláusula de que, findo o arrendamento, passariam a pertencer à Fazenda Nacional as benfeitorias efetuadas no prédio arrendado durante a vigência do contrato, sem direito, para a arrendatária, a qualquer indenização; e assim,

Considerando que da prova dos autos se apura:

— que a sentença de primeira instância confirmada, pelos acordãos de fls. 4 e 8, anulou a venda do próprio nacional "Quinta do Cajú" à Empresa Edificadora;

— que essa Empresa não tinha direito a benfeitorias anteriores à venda anulada.

Considerando que da anulação da dita venda resulta:

— voltar o próprio nacional vendido ao seu estado anterior, que era de prédio arrendado por contrato ainda não findo;

— restituir a vendedora, Fazenda Nacional, à compradora, "Empresa Edificadora", o preço da venda.

Considerando que são essas as duas partes líquidas da sentença confirmada, e que a falta de elementos de prova, sobre as benfeitorias realizadas no imóvel posteriormente à sua aquisição pela suplicada e sobre o dispositivo daquela sentença a respeito de tais benfeitorias, não é obstáculo a que se julgue restaurada a apelação de n. 53, porque o direito que porventura assistir à suplicada a qualquer indenização por benfeitorias poderá ser deduzido por via de embargos à execução:

ACORDAM julgar reformados os autos de apelação n. 53 e mandar que se executem os acordãos confirmatórios da sentença de primeira instância, que anulou a venda da Quinta do Cajú, condenando a compradora — Empresa Edificadora — a restituí-la à vendedora, Fazenda Federal, e esta a reembolsar aquela do preço da venda, sem prejuízo, entretanto, dos embargos que porventura possam caber à dita empresa por benfeitorias posteriores à aquisição do imóvel e efetuadas na vigência do contrato anulado.

Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 21 de dezembro de 1921. — André Cavalcanti, vice-presidente. — G. Natal, relator designado para o acordão. — HERMENEGILDO DE BARROS. Tendo desaparecido os autos de apelação cível n. 53, em que era autora a União Federal e ré a Empresa Edificadora, o procurador geral da República promoveu a reforma dos autos perdidos, alegando que a antiga Quinta Imperial do Cajú foi vendida à Empresa Edificadora pela quantia de 105:600\$0; que, proposta ação para se anular a escritura de venda, foi ela julgada procedente pela sentença de primeira instância, que o Supremo Tribunal confirmou por seus fundamentos.

Citada a ré para a ação de reforma dos autos, alegou que a sentença de primeira instância não se limitou a anular a venda da Quinta do Cajú e a mandar restituir o imóvel ao domínio da União mas determinou também que o preço da venda fosse devolvido à compradora, ré, e que a União fosse ainda obrigada a pagar a esta o valor das benfeitorias necessárias e uteis, além das voluptuárias que, não podendo ser retiradas, aumentaram a estima do imóvel, conforme se liquidasse.

Os únicos documentos que a autora oferece para a reforma dos autos são os acordãos do Supremo Tribunal de 19 de fevereiro de 1896 e 9 de setembro do mesmo ano. O primeiro limitou-se a confirmar, por seus fundamentos, a sentença de primeira instância, entre partes, apelante a Empresa Edificadora, e apelada a Fazenda Nacional, de modo que não se sabe em que termos a sentença foi proferida, nem mesmo qual foi o objeto da condenação.

O segundo acordão não tomou conhecimento dos embargos opostos ao primeiro, de acordo com parecer emitido no mesmo sentido pelo procurador geral da República.

Entretanto, a ré ofereceu o documento de fls. 45, que é pública-forma extraída do resumo da sessão do Supremo Tribunal, de 19 de fevereiro de 1896, resumo publicado no jornal *O País*, de 21 do mesmo mês.

Desse resumo consta o que ocorreu no julgamento da questão, relativamente à venda da Quinta do Cajú.

O ministro Pindabyba de Mattos, relatando minuciosamente o pedido e a contestação das partes, informou que a sentença de primeira instância anulara o contrato de compra e venda da Quinta do Cajú, sob o fundamento de haver sido preterida a solenidade essencial da hasta pública, exigida pelo art. 17 do decreto n. 3.396, de 24 de novembro de 1888; que a sentença condenara a ré a devolver à autora o domínio e a posse do imóvel com o valor das deteriorações e com todos os rendimentos, desde a data da litiscontestação, conforme for liquidado; que a autora, por sua vez, foi condenada a restituir à ré o preço da venda e a lhe pagar o valor das benfeitorias necessárias e úteis e das voluptuárias que, não podendo ser retiradas, aumentam o valor do prédio, conforme for liquidado.

É tão minuciosa e parece ser tão sincera a notícia d'*O País* que não se lhe pode recusar crédito, tanto mais quanto a publicação se fez imediatamente depois do julgamento da questão, sem que houvesse qualquer interesse em alterar os termos desse julgamento e sem que pudesse ser previsto o futuro desaparecimento dos autos.

Ainda agora, ninguém contesta a veracidade da notícia, de modo que a situação é esta: ou a notícia d'*O País* não tem valor algum, e neste caso a ação deveria ser julgada improcedente, porque os documentos da autora são insuficientes para a reforma; ou a ação será julgada procedente, com o subsídio do documento de fls. 45, oferecido pela ré, e neste caso não será julgada procedente apenas para se declarar nula a venda da Quinta do Cajú, de modo que este imóvel volte ao domínio e posse da Fazenda Pública, mas será restabelecido o julgado proferido nos autos perdidos, nos mesmos termos de que dá notícia a publicação d'*O País*.

Preferindo esta segunda solução, que não sei a qual das partes será mais conveiente, porque ambas foram condenadas, julgo procedente a ação para declarar que a sentença de primeira instância, decretando a nulidade da venda da Quinta do Cajú, condenou a Empresa Edificadora a devolver à União o imóvel com todos os rendimentos e com o valor das deteriorações, assim como condenou a União a restituir à Empresa Edificadora o preço da venda (105:600\$0) e a lhe pagar o valor das benfeitorias a que aludiu, tudo conforme se liquidar na execução.

Para excluir da condenação, desde já, o pagamento das benfeitorias, funda-se a presente decisão no segundo acordão proferido nos autos que se procura reformar.

Mas esse acordão se limitou a não conhecer dos embargos opostos ao primeiro, que confirmou a sentença apelada por seus fundamentos. Logo, não será nesse segundo acordão que se há-de encontrar alguma coisa concernente ao merecimento da questão.

A vaga referência a esse merecimento é feita acidentalmente, não no dispositivo ou na parte enunciativa do segundo acórdão, mas no seu preâmbulo, o que não tem importância alguma.

Aqui está o preâmbulo :

“Vistos, expostos e discutidos estes autos, em que Francisco Casimiro Alberto da Costa, dizendo-se único representante da Empresa Edificadora, embargou o acórdão deste Tribunal de fls. 170, que confirmou a sentença de folhas 136, declarando nula a venda, feita à mesma empresa, do próprio nacional denominado — Quinta do Cajú — voltando este ao domínio e posse da Fazenda Pública, ora embargada”. Em seguida, passa o acórdão a considerar os motivos por que deixava de tomar conhecimento dos embargos. Aquella referência ao que fora julgado pela sentença de primeira instância não podia deixar de ser incompleta, já por ter sido feita no preâmbulo do acórdão, onde, de ordinário, só se mencionam os nomes das partes, já por ter sido feita em um acórdão, que absolutamente não poderia apreciar, como de fato não apreciou, a extensão da condenação, o merecimento, enfim, do julgado, desde que não tomou conhecimento dos embargos.

O presente acórdão, mesmo, reconhece implicitamente que a referência feita no preâmbulo aludido não foi completa, tanto que julgou que a Fazenda Federal fora condenada a restituir à Empresa Edificadora o preço da venda.

Ora, isto absolutamente não está consignado no preâmbulo do segundo acórdão.

Logo, ou este tem algum valor probatório para a reforma dos autos, e esta deveria ser feita nos termos precisos da decisão lançada nos autos perdidos; ou não tem valor algum, e neste caso a acção só poderia ser julgada procedente com o subsídio da notícia fornecida pelo *O País*.

Por ocasião do julgamento, o ministro procurador geral alegou que as benfeitorias pertencem à União, por força de um contrato de arrendamento cuja certidão exhibia.

O acórdão julga de acordo com esse documento. Não podia fazê-lo, não só porque o documento não está nos autos, como porque o Senhor ministro procurador geral não podia mesmo exhibi-lo para produzir efeito contra a parte contrária, com surpresa para ella, que não tem nem podia ter tido conhecimento de tal documento.

A exhibição deste seria de todo ponto inadmissível, hoje principalmente, depois da lei n. 4.381, que, cerceando certas atribuições do procurador geral, o considerou parte no feito como outra qualquer, não se lhe permitindo, portanto, o que a parte contrária não poderia ser concedido.

Admita-se, porem, que se pudesse julgar de acordo com esse documento extra-autos.

Que provaria elle? Nada mais do que isto: em um contrato de arrendamento da Quinta do Cajú, celebrado entre a Fazenda Nacional e a Empresa Edificadora, estipulou-se que, findo o prazo do arrendamento, voltaria o imóvel aquella, sem que esta pudesse reclamar indenização por benfeitorias, que porventura tivesse feito.

Vendido posteriormente o imóvel à arrendatária, cessou o direito da vendedora às benfeitorias, salvo convenção em contrário.

Mas — e este é o ponto único da questão — não se trata de julgar agora se a Empresa Edificadora tem, ou não, direito às benfeitorias.

Trata-se, apenas, de saber o que foi julgado pela sentença proferida nos autos desaparecidos, que se pretende restabelecer.

Trata-se de saber se a sentença condenou a União, bem ou mal, pouco importa, ao pagamento das benfeitorias.

Já se fez a demonstração neste sentido.

O próprio voto divergente ou explicativo, como queiram, do ministro Americo Lobo, vem confirmar o fato da condenação ao pagamento das benfeitorias, porque só ele fez a declaração, aliás, impertinente, em um acordão que se abstinha de apreciar o merecimento do feito, de que estavam excluídas as benfeitorias executadas pela arrendatária até a data da escritura de aquisição do imóvel.

De resto, a própria Fazenda Nacional está de acordo em que a sentença de primeira instância foi proferida nos autos desaparecidos nos mesmos termos de que dá notícia a local d'O País.

E o que se vê do parecer do consultor jurídico do Ministério da Viação, ouvido sobre o alvitre do representante da Fazenda, no sentido de se fazer um acordo entre o Governo e a Empresa Edificadora, "nas bases da sentença do Supremo Tribunal, que, desprezando os últimos embargos daquela empresa, ré na ação que lhe moveu a União Federal para a devolução do domínio e posse da Quinta do Cajú, a condenou a essa devolução com todas as accessões, bem como às custas e ao pagamento de rendimentos e deteriorações do imóvel, dependentes de liquidação, ao mesmo tempo que obrigou a autora a restituir à ré o preço, em moeda corrente, da compra da dita quinta, mais o valor das benfeitorias necessárias e úteis, além das voluptuárias que, não podendo ser retiradas, aumentam o valor do prédio, tudo igualmente dependente de liquidação (Pareceres do Consultor Jurídico do Ministério da Viação, Dr. Arthur Lemos, tomo 1.º, pág. 137). — Pedro dos Santos. — Pedro Mibielli. — Sebastião de Lacerda. — Alfredo Pinto. — Leoni Ramos. — Godofredo Cunha. — Viveiros de Castro. — E. Lins.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Diário Oficial de 28 de maio de 1922, Rev., 38-130).

220 — A este acordão a Empresa Edificadora, parte vencida, opôs embargos.

Depois de impugnados e sustentados esses embargos, quando estava realmente encerrada a discussão, a embargante requereu ao relator, ministro Pedro Mibielli, que se juntasse aos autos da reforma *certidão da sentença proferida nos autos desaparecidos*, cujo traslado fora encontrado no cartório da 2.ª Vara Federal.

A certidão fora extraída pelo respectivo escrivão e por ela se verificava que a sentença tinha sido proferida, *exatamente nos mesmos termos da notícia publicada pelo "O País"*.

O ministro Mibielli deferiu o requerimento da embargante, mandando juntar a certidão aos autos.

O ministro procurador geral agravou do despacho do relator, alegando que a este não era lícito mandar juntar o documento aos autos, depois de encerrada a discussão (Rev. 46-218).

Esquecia-se, porem, o ilustre procurador geral de que ele mesmo, e neste mesmo processo da reforma de autos perdidos, oferecera, também depois de encerrada a discussão, e, mais do que isso, oferecera, na própria sessão em que se julgava a causa, um documento para justificar a exclusão das benfeitorias, que a embargante dizia ter feito no imóvel. O S. T. deu provimento ao agravo.

De modo que, no mesmo processo e visando objetivos diferentes, o ministro procurador geral triunfou duas vezes.

Triunfou, uma vez, baseado em uma certidão, por ele mesmo oferecida, embora *depois de encerrada a discussão*.

Triunfou, segunda vez, opondo-se a que uma certidão autêntica, extraída de autos públicos, pelo funcionário competente, fosse junta aos autos, sob o mesmo fundamento de que essa certidão fora oferecida pela parte contrária, *depois de encerrada a discussão*.

E o Supremo Tribunal lhe deu razão nas duas hipóteses, fazendo, por esta forma, aplicação de uma justiça de dois pesos e duas medidas.

Aqui está o acordão em que, vencido, como eu, como o seria o relator, se tivesse voto, foi apenas o ministro Godofredo Cunha :

ACORDAM, em Supremo Tribunal Federal, dar provimento ao agravo, para que seja extraído e entregue à parte o documento de fls. 251 a fls. 273. Custas pelo agravado.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1922. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *Geminiano da Franca*, relator designado. — *Godofredo Cunha*, vencido. — *Alfredo Pinto*. — *G. Natal*. — *E. Lins*. — *Viveiros de Castro*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. — O único argumento aduzido na discussão, de que resultou o presente acordão e que constituirá, talvez, o seu fundamento, é que, encerrado o debate entre as partes, não mais será lícito a qualquer delas produzir novas provas.

O princípio é verdadeiro, nos casos normais, sendo, porém, inaplicável a caso excepcionalíssimo, como o de que se trata.

Entretanto, mesmo em casos normais, esse princípio não tem sido rigorosamente observado pelo Tribunal.

O Sr. ministro relator, na justificação oral do despacho agravado, aludiu a um precedente de cuja veracidade dou testemunho, porque fui nele vencido.

Em apelação do Estado de Minas Gerais, cujo número não posso de momento precisar, por não ter sido relator, nem revisor do feito, foi julgada prescrita a ação intentada contra a Fazenda Nacional. O autor embargou o acordão. Impugnados e sustentados os embargos, feita a revisão e já estando a causa com dia designado para o julgamento, o embargante apresentou ao relator, que era, então, o Sr. ministro Leoni Ramos, um documento, com o qual pretendia provar que a prescrição de cinco anos não podia ser decretada, porque o respectivo prazo havia sido interrompido.

O relator mandou juntar o documento aos autos, exatamente como se fez no caso concreto, e, no dia do julgamento, foi o mesmo documento tomado em consideração, para o fim de serem recebidos os embargos e julgar-se, como efetivamente se julgou, que a ação não estava prescrita.

Eu fui vencido, com a reforma era determinada por um documento oferecido tardado, desde que a reforma era determinada por um documento oferecido tardiamente e com subversão das regras do processo. O caso aqui é profundamente diverso, um caso verdadeiramente excepcional, talvez o único de que haja notícia entre os milhares de processos da Justiça federal, em segunda instância. Trata-se de saber em que termos foi proferida uma sentença lançada em autos desaparecidos. Para o restabelecimento destes, recorre-se, como é sabido, a quaisquer elementos de provas, que possam indicar o que se fez e o que havia nos autos perdidos.

Nada se encontrou sobre o teor da sentença, a não ser a notícia publicada por um jornal, imediatamente depois do julgamento da causa, notícia aliás circunstanciada e com todos os visos de verdadeira, até nos menores detalhes.

Acontece, porém, que a embargante ofereceu certidão da sentença, extraída do traslado dos autos desaparecidos e que fora encontrada no cartório da 2.^a Vara Federal, verificando-se então que a sentença fora proferida, precisamente nos termos de que dera notícia a publicação do jornal.

Era o caso, portanto, de apreciar-se o documento. Mas o Tribunal o rejeitou, reformou o despacho do ministro relator, que o mandara juntar aos autos, porque... o documento foi oferecido quando a discussão, entre as partes, já se achava encerrada.

Mas, encerrada também se achava a discussão, entre as partes, no caso da prescrição acima aludida, caso ordinário, muitíssimo diferente do atual, porque, ao passo que neste caso extraordinário seria explicável a aceitação do documento, tardiamente oferecido, para aquele caso comum, ordinário, usual, frequente, de todos os dias, não haveria, como não houve, explicação de espécie alguma e por esse motivo, o meu voto foi vencido.

Ainda não é tudo. Mandou-se retirar o documento destes autos e entregá-lo à parte, porque a discussão estava encerrada.

Entretanto, encerrada, também, se achava a discussão, quando foi proferido o acórdão embargado. E foi no ato do julgamento, na ocasião de ser proferido o mencionado acórdão, que o Sr. ministro procurador geral exibiu um documento, que serviu de base ao mesmo julgamento, documento de que a parte contrária não teve notícia, documento que nem sequer estava nos autos, porque só se juntou a eles, depois do julgamento, por ocasião de serem impugnados os embargos ao acórdão. — *Pedro dos Santos (Rev. 50-128)*.

221 — Julgado o agravo interposto do despacho do relator, que mandara juntar aos autos a certidão oferecida pela parte e cuja retirada dos autos, para ser entregue a esta, o S. T. ordenara, passou este ao julgamento dos embargos opostos ao acórdão.

Os embargos foram rejeitados, embora se tivesse reconhecido que era verdadeira a certidão da sentença proferida nos autos desaparecidos, nos mesmos termos da notícia de "O País".

Os embargos foram rejeitados, porque o dispositivo da sentença de primeira instância era, em substância, o mesmo do acórdão embargado, havendo certamente engano nessa afirmativa, conforme as considerações que aduzi no voto que continuou a ser vencido.

N. 53 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de restauração da apelação n. 53 entre partes — apelante a Empresa Edificadora, ora embargante, e apelada a Fazenda Nacional, ora embargada, e

Considerando que, nos embargos de fls. 164, alegou a embargante: 1.^o, nulidade do processo, porque ela nunca foi citada; e 2.^o, ter o acórdão embargado proferido nova sentença quando lhe competia somente restaurar a sentença de primeira instância, nos termos da notícia publicada no jornal *O País*, no dia seguinte ao que teve lugar o julgamento;

Considerando que é manifesta a improcedência da primeira alegação, porquanto consta da certidão de fls. 24 v. ter sido a embargante citada na pessoa de seu representante, estando exuberantemente provado nos autos por diversos documentos, entre outros pelos relatórios de fls. 85-117 que Francisco Casemiro Alberto da Costa era realmente o presidente da Companhia Edificadora, tendo

embargado o acórdão de 19 de fevereiro de 1896, na qualidade de único representante da referida embargante;

Considerando, quanto ao seu fundamento, que, corroborando a notícia do *O País*, o advogado da embargante leu na tribuna (e o Supremo Tribunal Federal resolveu que o documento fosse junto aos autos) uma certidão passada pelo escrivão da 2.ª Vara Federal, à vista do traslado dos autos da respectiva ação, da qual consta ter sido este o dispositivo da sentença de 1.ª instância, que foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal: "mando que a ré devolva à autora o domínio e posse do imóvel denominado 'Quinta da Ponta do Cajú', que tem de confrontação o mar, os terrenos da Companhia Nacional Estearina, à rua do General Gurjão e os terrenos da Estrada de Ferro Rio d'Ouro, tal como era antes da alienação e com todas as acessões, para ser reincorporado aos próprios nacionais, e lhe pague o valor das deteriorações e todos os rendimentos do imóvel desde vinte e um de setembro de mil oitocentos e noventa e um, data da litiscontestação real, como for liquidado e lhe pague também as custas em que a condeno; e mando mais que a autora restitua à ré a quantia de cento e cinco contos e seiscentos mil réis em moeda corrente da República, preço do dito prédio, e lhe pague o valor das benfeitorias necessárias e úteis e das voluptuárias que, não podendo ser retiradas, aumentarem a estima do imóvel, conforme for liquidado";

Considerando que essas benfeitorias mencionadas no final do dispositivo da sentença de primeira instância são evidentemente as que foram realizadas no imóvel no período compreendido entre a data da venda e o referido dia 21 de setembro de 1891, data da litiscontestação, porquanto: a) a sentença de primeira instância declarou expressamente que o imóvel devia ser devolvido ao domínio e posse da Fazenda Nacional, tal como ele se achava na ocasião de ser alienado; acrescentando, para ainda tornar mais clara a sua determinação — "e com todas as acessões", isto é, com todos os melhoramentos realizados no imóvel; b) no final da sentença o juiz da primeira instância diz terminantemente que as benfeitorias que deviam ser indenizadas são as que aumentarem a estima do imóvel, o que se verifica somente com as benfeitorias realizadas depois da venda, porque as realizadas antes da venda serviriam para fixar o preço da mesma venda, e assim estão compreendidas nesse preço; c) e consta da escritura de venda a fls. 187 que a Fazenda Nacional vendeu os terrenos benfeitorias; e assim não poderia indenizar o que já lhe pertencia, como reconheceu a embargante comprando essas benfeitorias;

Considerando que o acórdão embargado mandou "que se executassem os acórdãos de fls. 4 e 8 confirmatórios da sentença de primeira instância que anulou a venda da Quinta do Cajú, condenando a compradora — Empresa Edificadora — a restituí-la à vendedora Fazenda Federal, e esta reembolsar aquela do preço da venda, sem prejuízo, entretanto, dos embargos que por do imóvel, e efetuadas na vigência do contrato anulado";

Considerando que, confrontando os dois dispositivos — o da sentença de primeira instância e o do acórdão embargado — se verifica que o deste último omitiu dois onus a cujo cumprimento a embargante havia sido condenada — do imóvel desde 21 de setembro de 1891, data da litiscontestação; mas,

Considerando que não é possível sanar agora essa omissão porque o acórdão a fls. 154 não foi embargado pela Fazenda Nacional;

ACORDAM rejeitar os embargos a fls. 164, mantendo assim o acórdão embargado de fls. 154, que mandou executar os acórdãos de fls. 4 e 8, confirmatórios da sentença de primeira instância, que julgou nula a venda da Quinta do Cajú, condenando a compradora — Empresa Edificadora — a restituí-lo re-

ferido imóvel à vendedora Fazenda Nacional, tal como ele se achava na ocasião da venda e com todas as suas accessões, sendo a Fazenda Nacional obrigada a restituir o preço da venda, e a indenizar as benfeitorias necessárias, uteis e voluptuárias que, porventura, tenham sido efetuadas no imóvel, no período compreendido entre a venda anulada e o dia 21 de setembro de 1891, e que não podendo ser retiradas do imóvel, tenham aumentado o seu valor. Custas pela embargante.

Supremo Tribunal Federal, 9 de dezembro de 1922. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *Viveiros de Castro*, relator designado para lavrar o acórdão. — *G. Natal*. — *G. da Franca*. — *Alfredo Pinto*. — *E. Lins*. — *Godofredo Cunha*, vencido. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido.

O acórdão embargado julgou reformados os autos perdidos, no sentido de haver a sentença proferida nos mesmos autos condenado a Empresa Edificadora a restituir o imóvel à Fazenda Nacional e esta condenada a restituir à Empresa Edificadora o preço da venda, sem prejuízo dos embargos que porventura possam caber à mesma empresa por benfeitorias posteriores à aquisição do imóvel e efetuadas na vigência do contrato anulado.

Divergindo dessa conclusão, eu ponderei que: ou a ação de reforma dos autos deveria ser julgada improcedente, porque a única prova oferecida para a reforma consistia nos acordãos confirmatórios da sentença de primeira instância, e estes não forneciam esclarecimento algum sobre os termos em que a sentença fora proferida; ou a ação deveria ser julgada procedente — alvitre que preferi — mas neste caso não podiam ser desprezados os subsídios fornecidos pela notícia d'*O País*, para o fim de ser a Fazenda condenada a pagar à Empresa Edificadora as benfeitorias necessárias, uteis e voluptuárias feitas por esta no imóvel.

Objetou-se que a sentença proferida nos autos desaparecidos não podia ter condenado a Fazenda Nacional a pagar à Empresa Edificadora benfeitorias feitas por esta na vigência do arrendamento ou antes da compra do imóvel, porque em todos os contratos de arrendamento sempre se estipulou que a arrendataria não teria direito algum à indenização de benfeitorias que tivesse feito.

Tratando-se, porém, de reformar autos perdidos, onde já havia sentença confirmada pelo Tribunal superior, não é lícito indagar como deveria ter sido proferida a sentença, mas como a sentença foi efetivamente proferida, segundo ponderei no meu voto.

Aparece, agora, o traslado dos autos desaparecidos, do qual foi extraída certidão da sentença, concebida exatamente nos mesmos termos da notícia de *O País*.

Embora o Sr. ministro procurador geral tivesse verbalmente negado valor a essa certidão, cuja falsidade insinuou ou arguiu mesmo claramente, é certo que o Supremo Tribunal a admitiu como verdadeira e a mandou juntar aos autos, o que representa, incontestavelmente, um triunfo para a embargante.

Parecia que, depois disso, estariam dissipadas as dúvidas, que provocaram tanta discussão, e que os embargos deveriam ser recebidos, para o fim de se declarar que a sentença lançada nos autos desaparecidos é a mesma que foi exibida por certidão extraída do traslado dos referidos autos. Puro engano. Os embargos foram rejeitados. A embargante perdeu a questão e foi condenada nas custas, quando o seu documento, tido como verdadeiro, lhe assegurava completa vitória, por ser esse documento a confirmação plena, absoluta, de suas alegações, que, antes dele, eram consideradas sem valor. Os embargos foram rejeitados, porque as benfeitorias, a que alude o dispositivo da sentença de primeira instância, são evidentemente as que foram realizadas no imóvel, no período compreendido entre a data da venda e o dia 21 de setembro de 1891, data da contestação da lide.

Assim, o acórdão interpreta o pensamento da sentença, corrige o laconismo do acórdão proferido nos autos desaparecidos, o qual se limitou a confirmar aquela sentença por seus fundamentos.

Parece-me, entretanto, que, em se tratando apenas de uma ação de reforma de autos, a missão do julgador estava adstrita a restabelecer a peça perdida, a declarar em que consistia ela, a julgar, em suma, conforme o caso concreto, que a sentença perdida é a que agora aparece e que condenara a Fazenda à indenização de benfeitorias.

A questão de serem estas anteriores ou posteriores ao contrato anulado não podia ser agora prejudgada, mas constituiria matéria para ser discutida e resolvida na execução.

Aliás, as benfeitorias anteriores ao contrato "são pequenas construções de madeira, de valor insignificante e em ruínas", conforme esclarece o mesmo contrato a fls. 187.

As benfeitorias valiosas, importantes, são as que se fizeram depois do contrato.

É agora ocasião de observar que na discussão se ponderou que não havia razão para o recebimento de embargos, porque o dispositivo da sentença aparecida é, em substância ou em última análise, o mesmo do acórdão embargado, sendo o deste talvez mais claro e mais conciso.

Este conceito, verbalmente externado na discussão, é ainda agora confirmado por escrito, pois o acórdão assinala que, confrontados os dois dispositivos — o da sentença de primeira instância e o acórdão embargado — a diferença é que este omitiu dois onus que aquela havia imposto à embargante, por esta forma mais favorecida pelo acórdão embargado do que pela sentença.

Há engano nessa apreciação. Entre a sentença de primeira instância e o acórdão embargado a diferença é profunda, porque aquela condenou a Fazenda Nacional a indenizar à Edificadora benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, ao passo que este declara que "o direito que porventura possa assistir à suplicada a qualquer indenização por benfeitorias poderá ser deduzido por via de embargos à execução".

O acórdão embargado dá como duvidoso um direito, que está fora de qualquer dúvida, porque já o reconheceu a sentença, confirmada pelo acórdão proferido nos autos desaparecidos.

O acórdão embargado obriga a embargante a discutir, a provar, na execução, que fez benfeitorias no imóvel, quando a sentença considera já produzida essa prova e obriga a embargante a provar apenas o *quantum* das benfeitorias realizadas.

O presente acórdão, tendo considerado que as benfeitorias a que alude o dispositivo da sentença, são evidentemente as que foram realizadas no imóvel, no período compreendido entre a data da venda e o dia 21 de setembro de 1891, conclue por manter o acórdão embargado e obrigar a Fazenda Nacional a indenizar as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, que porventura tenham sido efetuadas no imóvel em o período aludido.

Parece, pois, que o próprio atual acórdão dá também como certa e duvidosa ao mesmo tempo a existência de benfeitorias posteriores à aquisição do imóvel. Qual o motivo da dúvida, deixando mesmo de parte a sentença que a exclui? A falta de prova dessas benfeitorias realizadas posteriormente à aquisição do imóvel? Não, porque a Empresa Edificadora ofereceu, com a sustentação de seus embargos, os documentos de fls. 203 a 238, que provam que ela não estivesse devidamente aparelhada com importantes melhoramentos introduzidos no imóvel.

Em suma, há sobre esta questão acórdão contra acórdão: um, o dos autos desaparecidos, confirmando a sentença de primeira instância, que condenou a

Fazenda a indenizar a Edificadora benfeitorias que esta fez e cujo quantum se liquidará na execução; outro, o destes autos, condenando a Fazenda a indenizar benfeitorias, que porventura tenham sido feitas.

Há-de ser difícil a execução. Meu voto foi pelo recebimento dos embargos, nos termos já declarados. — *Pedro Mibielli*, vencido, de acordo com o voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Diário da Justiça* de 4 de agosto de 1925, Rev. 62-117).

EXECUTIVOS FISCAIS

222 — A Fazenda Nacional, cuja posição em Juízo tem sido encarada, como ré, salvo o caso do número anterior, relativo à "Reforma de autos perdidos", passa, agora, a ser considerada, como autora, em executivos fiscais intentados para cobrança de sua dívida ativa, proveniente de impostos, multas, alcances de responsaveis, etc.

A cobrança da dívida ativa da Fazenda é regulada atualmente pelo decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, expedido mais de um ano depois da minha aposentadoria.

Isto quer dizer que os acordãos e votos, que redigi e dos quais se vai ter conhecimento, são anteriores ao citado decreto, de modo que deverão ser entendidos de acordo com as modificações que, porventura, tenham sido introduzidas.

Estas "Memórias", por isso mesmo que se referem a um determinado período, não se sentem na obrigação de indicar a legislação ou jurisprudência posterior aos acordãos e votos, de que elas dão notícia.

Direi, em todo caso, que a indicação tem sido feita, tanto quanto possível, pois não é fácil afirmar com segurança qual a legislação que, sobre este ou aquele assunto, esteja, ou não, em vigor, diante das mudanças frequentes, que as circunstâncias vão aconselhando.

Esse mesmo decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, foi, um mês depois, revogado, em seus arts. 69 e 70 pelo decreto-lei n. 1.052, de 17 de janeiro de 1939.

Deve-se, porem, advertir que o decreto-lei n. 960 não trouxe alteração sensível ao que se achava anteriormente estabelecido.

A ação executiva foi conservada, com as garantias essenciais à defesa do réu, agora, talvez, ainda mais assegurada.

Assim, essa defesa que, segundo o decreto n. 848, de 1890, só podia consistir na prova de quitação da dívida, na alegação de nulidade do processo e de prescrição da mesma dívida, está agora ampliada pelo art. 16 do citado decreto-lei de 1938, que admite a alegação, por parte do réu, de "toda a matéria útil à defesa", de

acordo, aliás, com a jurisprudência, que já se pronunciava contra aquelas restrições do mencionado decreto de 1890.

Os regulamentos anteriores determinavam que a sentença proferida contra a Fazenda não seria dada à execução, se não fosse previamente submetida à apreciação da instância superior.

Dai concluiu o S.T.F. que devia tomar conhecimento dos recursos das decisões proferidas contra a Fazenda, ainda que tais recursos fossem interpostos ou apresentados no Juízo *ad quem* depois do prazo legal, mesmo muitos anos depois do prazo legal.

E, quando o recurso oficial não era interposto, o S.T. baixava os autos para esse fim à instância inferior, como se verificou no caso, entre muitos outros, do Dr. André de Faria Pereira, em que os autos baixaram para que o juiz *a quo* apelasse da sentença homologatória da confissão da Fazenda, ré.

Eu fui sempre infenso a essa jurisprudência.

Entendia que a Fazenda e a parte contrária deviam ser igualmente tratadas em Juízo, não se devendo reconhecer àquela um privilégio que a esta não era concedido.

Se o funcionário não cumpria a sua obrigação de recorrer da sentença proferida contra a Fazenda, devia ser responsabilizado, civil ou criminalmente, mas não se podia atentar contra a situação jurídica do réu, que adquirira direito a que se considerasse transitada em julgado, por falta de recurso, a sentença que fora proferida em favor dele.

Não prevaleceu essa inteligência que, em prejuízo da Fazenda, eu dava à lei.

Parece, porem, autorizá-la o decreto n. 960, pois apenas estabelece o recurso oficial da decisão que julgar improcedente a ação da Fazenda (art. 53), mas não diz que a sentença não será executada, se não tiver sido submetida ao conhecimento do Juízo superior.

223 — Indicarei agora a marcha do processo executivo, com os respectivos incidentes e acordãos. Em regra, estes são assinados somente por mim, sem os votos dos demais juizes, por não terem sido fornecidos por eles ou pelos encarregados do chamado serviço taquigráfico.

A ação executiva fiscal tem por base o processo administrativo, que obedece a determinadas prescrições essenciais à sua validade.

Se essas prescrições deixam de ser observadas, o processo administrativo é nulo e da nulidade desse processo decorrerá, consequentemente, a nulidade da ação executiva.

Assim, por exemplo, da imposição da multa em processo administrativo intima-se o multado, que poderá recorrer no prazo legal.

Se ele não recorre, ou não é provido o recurso interposto, inscreve-se a dívida no livro competente, do qual se extrairá certidão, que servirá de base à ação executiva. A inobservância dessa formalidade constituirá nulidade da mesma ação, por falta de certeza e liquidez da dívida.

N. 1.928 — Vistos, relatados e discutidos estes autos da Capital Federal, em que são apelantes o juiz *ex-officio* e o procurador seccional e apelados Araujo Freitas & Comp.

A Fazenda Nacional promoveu ação executiva contra Araujo Freitas & Companhia, para cobrar a quantia de 22:223\$894, sendo 18:368\$102, papel, e 4:223\$894, ouro, dívida essa proveniente de multa de direitos em dobro sobre mercadorias, que deviam conter 19 volumes consignados aos réus e que foram retirados clandestinamente da Alfândega desta Capital.

Nos embargos ao executivo fiscal os réus se defenderam, alegando que a sua responsabilidade, segundo os documentos oferecidos, resulta do fato de haverem sido subtraídos dos armazens da Alfândega diversos volumes que lhes foram consignados; que o inspetor da Alfândega, supondo serem os réus os autores do crime, os condenou ao pagamento dos direitos em dobro, calculados sobre as mercadorias que os referidos volumes deviam conter; que a autora dá como provado que os réus foram os autores do crime — assunto esse da competência do Poder Judiciário — e cobra direitos calculados sobre mercadorias nunca vistas ou conferidas; que os volumes desaparecidos da Alfândega foram aí abandonados pelos réus; que pelo desaparecimento deve responder a Alfândega, isto é, a Fazenda Nacional, na qualidade de depositária, sendo estranho que ela, em vez de indenizar os remetentes das mercadorias subtraídas, pretenda ocultar a sua falta com a acusação feita aos réus; que para o executivo fiscal a lei exige dívida certa e líquida, de origem fiscal, ao passo que, sob a denominação de multa, a autora demanda a indenização do dano que lhe podia ter causado um crime.

A sentença de fls. 193 v. anulou o processo pelos seguintes fundamentos: nenhuma prova existe nos autos de terem sido as mercadorias subtraídas pelos réus, havendo a respeito, apenas, presunção da Alfândega, que é a responsável pela guarda e entrega das mesmas mercadorias e que assim substitue a responsabilidade própria pela do proprietário da coisa subtraída; não se pode ter como certa e líquida uma dívida calculada arbitrariamente e estabelecida por decisão fundada em presunção, cuja fragilidade a própria exequente reconheceu em um outro processo sobre o mesmo fato de descaminho de mercadorias, tanto que sendo umas destas endereçadas a casos comerciais e outras consignadas à ordem, para o desaparecimento das primeiras admitiu-se a hipótese de contrabando, ao passo que o desaparecimento das segundas foi atribuído a um furto; uma terceira hipótese (continua a sentença) ocorre ao espírito, e esta — a mais verossímil senão única possível — é a da conivência, da desídia dos próprios empregados da repartição, e não foi para casos tais que a lei instituiu o executivo fiscal; não é procedente a alegação de que a defesa nesse executivo é restrita aos três casos mencionados no art. 201 do decreto n. 848, pois seria absurdo que o Poder Judiciário que, neste regime, tem o dever de anular atos da administração e leis inconstitucionais, estivesse adstrito a executar cegamente decisões ilegais de autoridades administrativas, como o inspetor da Alfândega.

O juiz e o procurador seccional apelaram.

A sentença apelada, ao mesmo tempo que aludiu à certeza e liquidez da dívida, como condição essencial ao exercício da ação executiva fiscal, apreciou mais detidamente o merecimento da questão, pois não considerou provado que as mercadorias foram retiradas clandestinamente da Alfândega pelos réus, afim de se libertarem do pagamento do imposto.

Apreciando a questão sob os dois aspectos — o que levaria à anulação do feito e o que conduziria à improcedência da ação — a sentença apelada concluiu por julgar nulo o processo.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, em sua conclusão, pelo seguinte fundamento:

Compete à Fazenda Nacional a via executiva para cobrança de sua dívida ativa, proveniente de impostos e multas, desde que essa dívida seja certa e líquida. Para esse efeito de entrar a Fazenda em Juízo com a sua intenção fundada de fato e de direito, considera-se a dívida líquida e certa, quando consistir em soma fixa e determinada e se provar por *certidão autêntica extraída dos livros respectivos, donde conste a inscrição da dívida de origem fiscal* (artigos 52 e 53, parte 3.^a, do decreto n. 3.084). O que constitui, portanto, a certeza e liquidez da dívida é a sua inscrição no livro competente, inscrição que se fará mediante observância de certas formalidades.

Assim, feito o processo administrativo e imposta a multa, intima-se a decisão ao interessado, que poderá recorrer no prazo de 30 dias, facultado pelo art. 659 da Consolidação das Leis das Alfândegas. Se o interessado não recorrer no prazo estabelecido, manda o art. 662 que se lavre um termo de *perempção*, e só então adquire a decisão força de coisa julgada para todos os efeitos legais. Inscreve-se a dívida no livro competente, do qual se extrairá a certidão, que servirá de base ao processo executivo.

Ora, a decisão do inspetor, impondo a multa, foi proferida a 9 de outubro de 1908, como se vê do impresso a fls. 19 e da certidão a fls. 129.

Intimada essa decisão a 13 do mesmo mês de outubro (fls. 132), não se aguardou o prazo de 30 dias, dentro do qual os réus podiam recorrer. Antes de decorrido esse prazo, foi inscrita a dívida, tanto que a certidão da inscrição é de 26 de outubro (fls. 3) e a 7 de novembro foi expedido o mandato executivo, quando até 12 de novembro ainda corria o prazo para que os réus pudessem recorrer da imposição da multa.

Preterida, assim, uma formalidade essencial, confirmam a conclusão da sentença apelada, que anulou o processo, não apreciando por isso mesmo a questão de saber se a infração, porventura, cometida pelos réus está, ou não, provada. Custas pela autora apelante.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 1920. — *H. do Espírito Santo*, presidente.
— HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *Leoni Ramos*. — *João Mendes*. — *Pedro dos Santos*. — *E. Lins*. — *Pedro Mibielli*. — *Muniz Barreto*, vencido.
— *Pedro Lessa*. — *Viveiros de Castro*.

(*Diário Oficial* de 26 de outubro de 1920, Rev. 28-204).

224 — A ação executiva fiscal não é nula somente no caso de nulidade do processo administrativo.

Nula é também a mesma ação, quando o auto de infração não está revestido de formalidades, como se não relata com clareza e minuciosidade a ocorrência da contravenção; se não indica o local, dia, hora e o nome da pessoa em cujo estabelecimento foi verificada a contravenção; se o auto não foi lavrado no local da infração e não foi sequer assinado pelo indicado infrator.

A solenidade relativa ao auto circunstanciado da infração foi, segundo observou o acórdão, considerada necessária no executivo movido contra Ignacio Bittencourt.

N. 5.034 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Estado de Mato Grosso, entre o juiz e a Fazenda Nacional, como apelantes, e Virgílio Nunes Ferraz, como apelado.

Aquela propôs ação executiva contra este para cobrar a importância de 26:040\$0, proveniente de impostos sonegados nos anos de 1915 e 1916, e multa, por infração do regulamento do imposto de consumo.

Nos embargos à penhora o réu alegou que a defesa no executivo fiscal é ampla, podendo consistir em qualquer razão que releve do pagamento; que a certidão de fls. 3 não foi extraída dos livros competentes da repartição fiscal; que o denominado imposto de consumo é verdadeiro imposto de indústria e profissão, cuja cobrança compete aos Estados; que no auto de infração deixaram de ser observadas as formalidades prescritas nos arts. 154 e 155 do decreto n. 11.951, de 16 de fevereiro de 1916; que ainda que tivesse sonegado o produto de suas usinas ao pagamento do imposto, só poderia ser condenado, se tivesse procedido com dolo, o que não se deu; que a multa imposta a princípio pelo coletor foi de 600\$0, depois elevada a 3:020\$0 pelo Conselho de Fazenda, em virtude de recurso não autorizado pelo decreto n. 11.951, e que a multa igual ao valor do imposto é inconstitucional, porque foi estabelecida pelo Poder Executivo, sem autorização do Legislativo.

A sentença de fls. 103 v. julgou provados os embargos e absolveu o réu do pedido, porque o auto de infração, em vez de relatar com clareza e minuciosidade a ocorrência da contravenção, conforme determina o art. 154 do decreto citado, limitou-se a narrá-la de modo vago e impreciso, além de outras imperfeições. A Fazenda apelou.

ACORDAM negar provimento à apelação, mas para julgar nulo o processo.

O auto de infração, que é peça fundamental, deve ser revestido das formalidades legais, sendo uma delas a consistente em relatar com clareza e minuciosidade a ocorrência da contravenção, mencionando o local, dia, hora e o nome da pessoa em cujo estabelecimento foi a mesma contravenção verificada, as testemunhas, se houver, e tudo mais que ocorrer. Não está nessas condições o auto de que se trata; não é circunstanciado, não foi lavrado no local da infração e não está sequer assinado pelo autuado.

Assim julgou o Supremo Tribunal no executivo contra Ignacio Bittencourt (Rev. 57-414).

Custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 15 de setembro de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator.

(Foram vogais os Srs. ministros Laudo de Camargo, Costa Manso, Octavio Kelly e Ataúlpho de Paiva. Decisão: "Negaram provimento à apelação, mas para anular o processo, unanimemente").

(Jur. 18-570).

225 — Julgou-se, ainda, na apelação n. 4.431, que é nulo o processo executivo, proveniente de multa por infração, se não foi lavrado o auto desta, mas somente o de multa; se não foi ouvida a defesa do infrator, nem observados os prazos para essa defesa no processo administrativo, nem facultados os recursos legais.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Distrito Federal, em que são apelantes Manoel Ferreira & Silva e apelada a Fazenda Nacional,

Esta propôs ação executiva fiscal contra aqueles para cobrar a importância de 1:000\$0, proveniente de multa que lhes foi imposta pela Inspeção da Fiscalização de gêneros alimentícios, por infração do art. 587, § 1.º, do decreto, que aprovou o regulamento para o Departamento Nacional da Saúde Pública, visto não manterem os réus asseio em seu estabelecimento comercial, onde foram encontrados panos de saco, sujos, envolvendo substâncias alimentícias depois de manipuladas.

Os réus opuseram embargos à penhora, os quais foram julgados improcedentes pela sentença de fls. 36, por não terem os embargantes conseguido provar que no seu estabelecimento não tivesse sido verificada a infração, de que dá notícia o auto de multa a fls. 17. Os réus apelaram. O procurador geral opinou pela confirmação da sentença.

Algumas das alegações dos réus são de fato improcedentes, como a de não ter o médico apreendido os efeitos comprobatórios da infração e a de não ter sido o auto assinado por testemunhas, pois a tanto equivale a suspeição destas por pertencerem à Saúde Pública.

São improcedentes as alegações, porque o art. 1.171 do decreto n. 14.354, de 15 de setembro de 1920, manda fazer a apreensão, se for caso, e não considera obrigatória, mas facultativa, a assinatura de testemunhas. Entretanto, o mesmo art. 1.171 exige que a autoridade ou funcionário que verificar a infração lavre um auto circunstanciado desta, remetendo-o dentro de 24 horas ao chefe de serviço, a quem encaminhará igualmente as explicações, que porventura lhe apresente o infrator. Ora, esse auto de infração não foi lavrado, mas tão somente o de multa a fls. 17, quando este devia ser precedido daquele. Na verdade, verificada a infração lavra-se o auto respectivo. Antes de impor a multa, a autoridade ouvirá o infrator, se se apresentar no prazo de 48 horas (art. 1.169) e só depois de decorrido este é que o auto de multa poderá ser lavrado. Do auto de multa haverá recurso, que poderá ser interposto no prazo de cinco dias (art. 1.170).

Não recorrendo o infrator, será a multa inscrita em livro a esse fim destinado, se não for paga dentro de 48 horas, contadas da em que terminar a prazo do recurso (art. 1.172). Havendo recurso, a inscrição far-se-á depois que o mesmo for julgado improcedente (art. 1.173). Nada disso se fez. Sem se lavrar o auto de infração, lavrou-se o auto de multa, sem ser ouvida a defesa do infrator no prazo de 48 horas, sem se lhe haver facultado o recurso no prazo de 5 dias, o qual terminaria no dia 9 de outubro, quando a 5 já a multa estava inscrita no livro competente (fls. 3), e sem que se lhe concedesse ainda o prazo de 48 horas, depois de findo o prazo do recurso, para o pagamento da multa (art. 1.172), porque só então poderia a dívida ser inscrita. E como é condição da legalidade do executivo fiscal que sejam observados os prazos para defesa no processo administrativo e facultados os recursos permitidos pela lei (*Rev. do Sup.*, vol. 29, pág. 152), ACORDAM dar provimento à apelação para julgar nulo o processo.

Custas pela apelação.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 1934. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

VOTO

O Sr. ministro Eduardo Espinola — Também dou provimento, para julgar nulo o processo.

(Foram vogais os Srs. ministros Eduardo Espinola (revisor); Plínio Casado, Laudo de Camargo, Costa Manso. "Deram provimento à apelação, para julgar nulo o processo, unanimemente").

(*Jur.*, 20-304).

226 — A jurisprudência do S. T. F. tem sido uniforme, no sentido de ser nula a ação executiva, por incompetência da mesma ação.

Esta é competente para cobrança de dívida proveniente de alcance, tributos, impostos, contribuições, multas e mesmo para cobrança de dívida, que não seja de origem rigorosamente fiscal. Mas, para que a dívida, neste último caso, possa ser cobrada pela via executiva, é indispensável que esta tenha sido autorizada por disposição expressa de lei, ou pelo contrato de que tal dívida se origina.

Não há lei que tenha autorizado a cobrança, pela via executiva, da dívida proveniente da estiva de navio.

Alem disso, é indispensável, ainda, que a dívida, quando não tenha origem fiscal, esteja provada por documento incontestável. Não é documento dessa natureza simples conta ou fatura, sem valor probatório.

Tal o acórdão proferido no agravo n. 5.034, de Suchow Joppert:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Distrito Federal, entre Carlos de Suckow Joppert, como agravante, e a Fazenda Nacional, como agravada.

Esta propôs ação executiva contra aquele, para haver a quantia de 3:241\$5, constante da certidão sob n. 7.244, extraída do livro de Contas Correntes, do qual consta o débito daquela importância — "conforme conta anexa ao ofício n. 11, de 16 de janeiro do corrente, do Lloyd Brasileiro (Patrimônio Nacional)" (fls. 3).

Feita a penhora, o réu opôs embargos, alegando que, na qualidade de corretor oficial de navios, contratou com a firma Arbuckle & C.º, por ordem do Lloyd Brasileiro, o engajamento de 38.150 sacas de café, para serem transportadas do porto de Vitória, no Estado do Espírito Santo, para Nova York, no vapor *Tapajós*, de propriedade daquela Empresa. Aconteceu, porém, que, chegado o vapor ao porto de Vitória, se verificou que a carga que ele trazia (de Santos) estava tão mal acondicionada que não daria espaço suficiente às 38.150 sacas de café, de modo que foi necessário descarregá-lo e carregá-lo novamente de maneira conveniente, para que ele pudesse comportar a nova carga, resultando dessa estiva necessária a despesa de 3:241\$5, que não pode ser levada ao débito do réu, mesmo porque o Lloyd tem seus administradores, e o corretor de navios não pode comerciar, não pode ter interferência na economia interna da empresa para ordenar estiva, e a sua responsabilidade cessou desde o momento em que entregou a cada uma das partes as vias do contrato. Em defesa da Fazenda Nacional, o respectivo procurador limitou-se a oferecer as informações do Lloyd, nas quais diz: que a dívida foi atribuída ao réu pelo antigo Lloyd Brasileiro em 1918, tendo sido extraída e apresentada a respectiva fatura em 19 de março de 1919; que se trata de despesas de estiva que tiveram de ser feitas pelo Lloyd Brasileiro, no porto de Vitória, afim de poder ser embarcada no vapor *Tapajós* uma partida de sacas de café engajado pelo réu; que o fato de ter sido imputada ao réu a despesa da estiva não importa em afirmar que tenha havido interferência do corretor na administração do Lloyd, porque o serviço foi determinado, como não podia deixar de ser, pelo próprio Lloyd, que não atribuiu absolutamente ao réu a prática da estiva do navio, mas tão somente o responsabilizou pelo gasto decorrente

dessa estiva; que efetivamente a responsabilidade do corretor de navios perante as companhias de navegação cessa desde o momento em que as partes — armador e carregador — assinam o contrato de fretamento, mas isso com respeito unicamente às obrigações nele estipuladas, cujo cumprimento ou inadimplemento não afeta ao corretor; que, à vista do que consta do processo formado no Lloyd Brasileiro, sob o n. 7.635 (não está junto esse processo), não se pode deixar de concluir pela responsabilidade do réu, quanto à despesa da estiva a que se refere o mesmo processo, porque o Lloyd se viu na contingência de determinar tal serviço, única e exclusivamente por não haver o corretor realizado em condições normais o engajamento da carga de Arbuckle & Companhia como está esclarecido no memorando por cópia (não está junta) que o diretor do Expediente do Lloyd Brasileiro dirigiu ao subdiretor da Contabilidade; que o Lloyd somente aceitou o embarque das sacas de café engajadas pelo réu para não deixá-lo em situação difícil perante o embarcador, correndo a despesa daí resultante por conta do réu, que aquiesceu e jamais impugnou o seu débito.

A sentença de fls. 51 julgou procedente a ação, com os seguintes fundamentos: que o executado engajou cargas, sem a autorização devida, pelo que, tornando-se necessária a estiva, foi debitada ao executado a importância despendida com esse serviço, aliás a seu pedido e sob promessa de reconhecimento, sem jamais ter havido impugnação de sua parte; que a dívida foi inscrita na devida forma e assim a respectiva certidão representa título hábil para a exequente se apresentar em Juízo com a sua intenção fundada, de fato e de direito, em processo executivo, de inteiro cabimento na espécie, conforme o disposto no art. 74, letra c, do decreto n. 10.902, de 20 de maio de 1924; que não procedem as impugnações do executado sobre a sua responsabilidade no fato que deu origem à dívida, porque, além de se ter comprometido a pagá-la, decorreu ela de sua ação própria e exclusiva, como bem ponderado está nas informações prestadas pelo Lloyd Brasileiro, que o procurador seccional subscreveu. O réu agravou.

O art. 52, parte 5.^a, do decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, reproduzido no art. 77 do decreto n. 10.902, de 20 de maio de 1914, dispõe: "Compete à Fazenda Nacional a via executiva para cobrança das dividas ativas do Estado, que forem certas e líquidas, provenientes:

- a) dos alcances dos responsáveis;
- b) dos tributos, impostos, contribuições lançadas e multas;
- c) dos contratos ou de outra origem, posto que não seja rigorosamente

fiscal, quando disposição expressa de lei ou contrato assim o autorizar".

Não se trata evidentemente de dívida compreendida nas letras a e b. A espécie incidirá, portanto, na letra c.

Mas, para que a dívida, cuja origem não seja rigorosamente fiscal, possa ser cobrada pela via executiva, é indispensável que esta tenha sido autorizada por disposição expressa de lei ou pelo contrato de que tal dívida se origina, como expressamente dispõe a citada letra c.

Ora, não há lei nenhuma que tenha autorizado a cobrança, pela via executiva, de dívida proveniente da estiva de navio, isto é, do descarregamento e novo carregamento do mesmo navio.

Contrato, no caso, parece não ter havido.

O que há são notas do corretor, tomadas em seu Protocolo, notas que não estão assinadas pela outra parte e que são do teor seguinte, conforme o documento a fls. 27:

"N. 548, de 20 de novembro de 1918.

Engajei para os Srs. Arbuckle & Co., por ordem do Lloyd Brasileiro lugar para 22.150 sacas de café no vapor nacional *Tapajós*, com destino a Nova York.

O café deverá ser embarcado no porto de Vitória, Estado do Espírito Santo.

Condições as estipuladas nos conhecimentos fornecidos pela Companhia.

No caso de não embarcar a totalidade engajada o embarcador pagará 50% do frete ajustado pelo que deixar de embarcar". A mesma declaração e nos mesmos termos é feita em relação a mais 2.500 sacas, 7.500 sacas e 6.000, o que perfaz as 38.150 sacas.

Mas, se a transcrição supra é um contrato, como aliás o denomina o próprio corretor, esse contrato absolutamente não autoriza a via executiva para a cobrança da dívida, como se vê da mesma transcrição.

Não é só por esse motivo que o processo executivo era inadmissível na espécie. O art. 52, citado, exige também não só que a dívida tenha a procedência assinalada nas letras *a*, *b* e *c*, como ainda que ela seja líquida e certa.

E o art. 53, igualmente reproduzido no art. 78 do decreto n. 10.902, considera "a dívida líquida e certa, para o efeito de a Fazenda Nacional entrar em Juízo com sua intenção fundada de fato e de direito, quando consistir em soma fixa e determinada e se provar pela conta corrente do alance julgada definitivamente, por certidão autêntica, extraída dos livros respectivos, de onde consta a inscrição da dívida de origem fiscal, por documento incontestável nos casos em que as leis permitem a via executiva quanto às dívidas que não tem origem rigorosamente fiscal". Por conseguinte, se a dívida provem de alance, é necessário que este consista em soma fixa e determinada e esteja provada pela respectiva conta corrente, julgada definitivamente; se a dívida provem de tributos, impostos, contribuições lançadas e multas, é preciso que esteja provada por certidão autêntica, extraída dos livros respectivos, de onde consta a inscrição da mesma dívida; se a dívida não tem origem rigorosamente fiscal, como no caso, é indispensável que esteja provada por documento incontestável.

Ora, a dívida ajuizada não é líquida e certa, porque o documento em que se ela funda é mais do que contestável.

É uma conta, segundo reza a certidão de fls. 3, "anexa ao officio n. 11, de 16 de janeiro do corrente ano, do Lloyd Brasileiro" (Patrimônio Nacional).

E a Comissão Liquidante do Lloyd esclarece que essa conta é do teor seguinte: "Lloyd Brasileiro, fatura n. 137, Rio de Janeiro, 19 de março de 1919. O Sr. Carlos de Suckow Joppert deve: Pelo serviço de remoção de carga, dos porões ns. 2 e 3, para saveiros e destes para os porões ns. 1, 4 e 5, e cobertos das carvoeiras do vapor *Tapajós*, no porto da Vitória, para fazer praça, aproximadamente, para 6.000 sacos conforme boletim deste vapor, viagem n. 19 (2:531\$5). Aluguel de saveiros e reboque para o mesmo serviço, idem, 710\$0 (3:241\$5). — *Iberê Dutra*, 4.º escriturário. — *Christiano de Freitas*, guarda-livros".

Trata-se, pois, de simples conta ou fatura, sem nenhum valor probatório, desde que não está reconhecida ou assinada pelo réu (art. 152, § 5.º, do reg. n. 737; art. 269; letra *a*, do decreto n. 3.084).

Se a dívida proveniente de alance, para ser líquida e certa, deve ser provada por sentença; se a dívida proveniente de impostos deve ser precedida de processo administrativo, em que é ouvido o devedor, com direito de interpor recurso, não se pode admitir que a dívida proveniente de origem não fiscal seja líquida e certa, quando baseada em simples conta ou fatura, assinada somente por empregado do Lloyd.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento ao agravo, para julgar nulo o processo, por incompetência da ação executiva proposta; pagas as custas pela agravada.

Rio de Janeiro, 23 de julho de 1931. — *E. Lins*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator (*Arq. Jud.*, 20-107, *Rev. de Jur. Bras.*, 13-47).

227 — Outro caso de nulidade da ação executiva, por incompetência desta, é o que consta do agravo n. 5.730, onde se julgou que não há lei que tenha autorizado a ação executiva para a cobrança de renda de próprios nacionais.

N. 5.730 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso do Estado do Espírito Santo, em que é recorrente o juiz, *ex-officio*, sendo recorrida a Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina.

A Fazenda Nacional propôs ação executiva contra a Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina, para cobrar a quantia de 5:000\$0 (fls. 2 a 16) proveniente de *renda dos próprios nacionais*, conforme reza a certidão.

Feita a penhora, a ré opôs embargos, alegando que o processo é nulo, porque no nosso regime os bens do município são impenhoráveis e porque a dívida não é líquida, nem certa, nem fiscal.

O procurador da República contestou os embargos, sustentando que a dívida é líquida e certa, embora não seja de origem fiscal, mas reconhecendo que os bens do município são impenhoráveis.

A sentença de primeira instância considerou que se trata de dívida líquida e certa, proveniente de renda dos próprios nacionais, sendo competente a ação executiva para a cobrança dessa dívida, embora não seja ela rigorosamente fiscal, mas que, em face do art. 532, parte 3.ª, do decreto n. 3.084, não são sujeitos à penhora os bens da União, dos Estados ou das Câmaras Municipais, e por esse fundamento julgou insubsistente a mesma penhora.

O juiz recorreu *ex-officio* para o Supremo Tribunal. Não houve agravo. O ministro procurador oficiou a folhas.

Não se trata de dívida proveniente de alancê, nem de tributos, impostos, contribuições e multas, nem mesmo de dívida de outra origem, não rigorosamente fiscal, mas para cuja cobrança seja competente a via executiva, em virtude de expressa disposição de lei.

A origem da dívida é a seguinte: A Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina propôs ao delegado fiscal do Tesouro Nacional, no Estado do Espírito Santo, a compra de dois prédios em ruínas para construção de edifícios públicos.

Como não tivesse solução a proposta, a Prefeitura comunicou ao delegado que tinha feito demolição dos prédios, prontificando-se, porém, a pagar qual quer indenização que fosse justa.

A vista disso, o delegado fiscal proferiu sentença, condenando a Prefeitura ao pagamento de 5:000\$0, valor dos prédios demolidos.

Vê-se, pois, que não se trata de dívida proveniente de renda dos próprios nacionais, como reza a certidão, base do executivo.

Além disso, para que seja competente a ação executiva, para cobrança de dívida, que não seja de origem rigorosamente fiscal, é preciso que disposição expressa de lei a tenha autorizado, e não há lei que autorize a via executiva para cobrança de renda de próprios nacionais (art. 52, letra c, par. 1.º, do decreto n. 3.084), sendo ainda certo que, neste caso de dívida de *documento incontestável* (art. 53) o nenhum valor tem o documento consistido em sentença proferida, sem autoridade judiciária, pelo delegado fiscal que condenou a ré ao pagamento de 5:000\$0.

ACORDAM, pelo exposto, negar provimento ao recurso, mas para julgar nulo o processo, por incompetência da ação executiva. Custas pelo recorrente.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1932. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 5.º 380).

228 — Conhecidos alguns casos de nulidade da ação executiva fiscal, já por ser nulo o processo administrativo, que lhe serviu de base, já por ser incompetente a mesma ação, é esta iniciada pela forma seguinte :

Desembaraçado o processo administrativo de quaisquer incidentes e recursos, faz-se a inscrição da dívida no livro competente.

Com a certidão de que a dívida foi inscrita, inicia-se o processo executivo, fazendo-se intimação ao devedor para pagar em 24 horas, ou dar bens à penhora.

Esta, porém, não é necessária, desde que o réu, para se defender, depositou previamente a importância do pedido.

N. 2.962 — Vistos, relatados e discutidos estes autos da Capital Federal, entre E. L. Harrisson, como apelante, e a União Federal, como apelada.

A Fazenda Nacional propôs contra o comandante do vapor inglês *Asturias*, E. L. Harrisson, representante da *The Royal Mail Packet Company*, ação executiva para cobrar a quantia de 1:674\$480, proveniente de multa que lhe foi imposta, por não ter descarregado uma caixa com a marca A.F.C.

Tendo depositado a quantia reclamada, o réu opôs embargos, alegando : 1.º, que é nulo o processo : a) por defeito da citação inicial, visto como se o vapor *Asturias* pertence à *Royal Mail Packet Company*, esta só pode ser citada na pessoa do réu, seu agente, nos casos em que a ação deriva dos atos praticados pelo réu, naquela qualidade ; b) por não ter sido observada a formalidade essencial da penhora ; 2.º, que a dívida reclamada não tem base legal.

Não procedem estas alegações.

Quanto à letra a, porque, segundo decidiu a sentença apelada, o agente geral da Companhia, nesta Capital, é o representante legal da mesma e, portanto, a pessoa competente para receber as citações e defender os seus interesses nas ações que lhe forem movidas.

Quanto à letra b, porque, tendo o réu depositado a quantia pedida, para se defender, tornou-se desnecessária a formalidade da penhora.

A alegação de que a dívida não tem fundamento legal está desacompanhada de prova, conforme julgou a sentença apelada.

ACORDAM, pois, negar provimento à apelação e confirmar a mesma sentença. Pagas as custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1921. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Viveiros de Castro*. — *Pedro Mibielli*. — *G. Natal*. — *Leoni Ramos*. — *Godofredo Cunha*. — *Pedro dos Santos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Sebastião de Lacerda (Rev. 30-217).

229 — A defesa no executivo fiscal não é limitada à matéria do art. 201 do decreto n. 848, de 1890, isto é, a defesa não consiste somente na prova de quitação, nulidade do processo e prescrição da dívida, mas abrange toda e qualquer matéria relevante, que possa determinar a absolvição do réu.

Nesta conformidade foi o acordão proferido na apelação número 3.206, de Antonio Francisco Loureiro, onde se resolveram

outras questões, como a de poder o fiador, contra quem, exclusivamente, a ação foi proposta, opor embargos ao executivo; a de ser certa e líquida a dívida, reconhecida pelo próprio réu, e a de não ser possível aplicação de lei nova a fato consumado no domínio de lei anterior.

N. 3.206 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Pernambuco, entre Antonio Francisco Loureiro, como apelante, e a Fazenda Nacional, como apelada.

No dia 8 de fevereiro de 1916, o inspetor fiscal do imposto de consumo, Horacio da Costa Ferreira, compareceu no escritório comercial de Gonçalves Pereira & Comp., para, de acordo com o art. 118, letra d, n. 1, do regulamento que baixou com o decreto n. 11.807, de 9 de dezembro de 1915, fazer o confronto do movimento acusado na escrita especial da sua fábrica de bebidas e vinagre com o desenvolvimento comercial e industrial daquele estabelecimento, de modo a poder verificar se os interesses do fisco estavam, ou não, sendo prejudicados.

Como os negociantes tivessem ponderado que a escrita especial, relativa aos anos anteriores a abril de 1915, já não existia e que também não tinham eles livros auxiliares ou outros documentos por onde se pudesse chegar ao fim que tinha em vista o fiscal, este apurou, em dados autênticos, segundo disse, da Recebedoria do Estado e da Alfândega, que os referidos negociantes, Gonçalves Pereira & Comp., haviam defraudado a Fazenda Nacional, no ano de 1913, em 24:162\$3; no ano de 1914 em 10:988\$970, e no ano de 1915 em 5:460\$640, sendo, consequentemente, considerados incursos no art. 179 do decreto n. 11.807, que obriga o comerciante ou fabricante, que sonegar mercadorias, ao pagamento do imposto.

Isto é o que consta do auto de infração lavrado a fls. 10.

Ofercida a defesa dos negociantes, no prazo prorrogado que lhes foi assinado, e submetidos os papéis ao conhecimento do inspetor da Alfândega, este considerou, pelo despacho de fls. 12 v., que o trabalho do inspetor fiscal fora feito com método e muita ordem, tendo por base documentos de autenticidade oficial; e, depois de apreciar longamente os fundamentos da defesa, terminou por julgar procedente o auto de infração e condenar a firma infratora ao pagamento em dobro da sonegação, na importância total de \$1:271\$280.

Intimados dessa decisão a 19 de maio de 1916, os infratores não interpuzeram recurso algum.

A 27 de maio, a Fazenda requereu sequestro nos bens dos devedores, sob o fundamento de que eles pretendiam prejudicar o fisco, em vista dos fatos que denunciava (fls. 7), mas o juiz indeferiu o pedido, porque não estava findo o prazo de 15 dias, dentro do qual Gonçalves Pereira & Comp., podiam recorrer da decisão do inspetor da Alfândega, o que significava que a dívida ainda não podia ser considerada líquida e certa (fls. 25).

Renovado o requerimento, depois de esgotado o quinquêndio, o juiz considerou incontestável a dívida e deferiu o requerimento de sequestro (fls. 27 e 20 v.) que se realizou a 7 de junho de 1916 (fls. 32).

Para o fim de ser levantado o sequestro, Gonçalves Pereira & Comp. ofereceram como seu fiador o negociante Antonio Francisco Loureiro (fls. 50), o qual, depois de aceite, assinou o termo de fiança a fls. 51, sendo em consequência levantado o sequestro.

Em seguida, foi proposta a ação executiva contra Gonçalves Pereira & Companhia, e seu fiador Antonio Francisco Loureiro, tendo aqueles feito, anteriormente ao sequestro e à fiança, uma proposta ao Ministério da Fazenda, no sentido de pagarem a dívida em prestações.

O ministro atendeu-lhes, em parte, porque diminuía o número das prestações e aumentava a importância de cada uma delas.

O mandado executivo foi expedido contra Gonçalves Pereira & Comp., para que pagassem no prazo de 24 horas; e, se o não fizessem, fosse para o mesmo fim intimado o fiador Antonio Loureiro (fls. 59).

Os executados não pagaram.

Em vista disso, prosseguiu a execução contra Loureiro, que ofereceu bens à penhora e opôs embargos ao executivo, os quais, depois de impugnados pela Fazenda, foram rejeitados pela sentença de fls. 111 v., da qual o fiador apelou.

Nesta instância, alega o Sr. ministro procurador geral que deve ser declarado parte ilegítima o apelante, a quem absolutamente não era permitido embargar o executivo fiscal. Isto porque, observa S. Ex., quando a lei diz que o executivo fiscal procede contra o fiador refere-se ao fiador extrajudicial, contra quem é lícito intentar tanto a medida assecuratória do sequestro, como o executivo fiscal, e não a quem, como o apelante, constituiu-se *fiador em Juízo*, para ser levantado o sequestro, e ofereceu bens seus para neles recair a penhora.

Ora, o executado, conclue o parecer, é a firma Gonçalves Pereira & Comp., que não embargou nem apelou.

Ainda que a alegação do Ministério Público fosse procedente, pois a lei não faz distinção entre fiador judicial e extrajudicial, não teria aplicação ao caso, porque o réu, o executado, não é a firma Gonçalves Pereira & Comp., mas o fiador Antonio Francisco Loureiro. Desde que se verificou que a firma não fizera o pagamento em 24 horas, expediu-se mandado contra o fiador, tendo com ele, exclusivamente, corrido a ação, pois o juiz até negou vista à firma Gonçalves Pereira & Comp., para opor embargos ao executivo, tendo ela agravado do respectivo despacho (fls. 87 e 84).

A verdade, pois, é que o único réu na causa é Antonio Loureiro. Foi ele quem foi citado para dar bens à penhora e os nomeou; foi ele quem opôs embargos ao executivo e apelou da sentença condenatória. Nestas condições, não seria lícito recusar-lhe o direito, como fiador, de oferecer embargos ao executivo, desde que foi ele considerado o único réu na ação, citado para pagar em 24 horas ou dar bens à penhora, como os deu efetivamente.

Nos embargos ao executivo, o réu alegou que o procurador fiscal era incompetente para funcionar no feito, como representante da Fazenda, e que são inconstitucionais as leis da União que criaram os impostos de consumo.

A sentença apelada julgou improcedentes, como o são de fato, essas alegações, que o apelante não reproduziu nesta instância, embora as tivesse defendido longamente, aduzindo considerações da ordem diferente.

Essas considerações resumem-se no seguinte: 1.^a, no estado atual do nosso direito, a defesa no executivo fiscal não está mais adstrita às limitações do art. 201 do decreto n. 848, podendo, pelo contrário, versar sobre a natureza da dívida, sua legitimidade, sua procedência ou qualquer outra matéria; 2.^a, a dívida não é líquida e certa; 3.^a, a classificação da infração está errada; 4.^a, os regulamentos que regem a espécie são os de n. 5.890, de 1906, e número 11.511, de março de 1915, vigentes ao tempo em que ocorreu a infração, e não o de n. 11.807, de dezembro do mesmo ano.

A primeira alegação é procedente, inteiramente de acordo com a jurisprudência uniforme e pacífica do Supremo Tribunal.

Não procede a segunda alegação, relativa à incerteza da dívida e sua iliquidez.

Da exposição da causa ficou assinalado que o inspetor da Alfândega considerou perfeito o trabalho do inspetor fiscal, que lavrou o auto de infração, baseado, segundo acentuou, em documentos de autenticidade oficial.

Por isso, foi condenada a firma Gonçalves Pereira & Comp. na quantia exata de 81:271\$280, isto é, a importância do imposto fraudado, elevada ao dobro.

Da decisão do inspetor da Alfândega não houve recurso, o que deu em resultado entrar a Fazenda com a sua intenção fundada de fato e de direito.

Além disso, a firma Gonçalves Pereira & Comp. propôs ao ministro da Fazenda o pagamento, em prestações, da importância aludida, o que se não verificou, devido, talvez, ao fato de haver o ministro alterado as condições da proposta (fls. 180).

Por outro lado, o fiador, ora apelante, se responsabilizou pelo pagamento da importância de 81:271\$280, correspondente ao débito de Gonçalves Pereira & Comp. para com a Fazenda Nacional, proveniente de impostos de consumo da fábrica de bebidas, etc. (fls. 51).

A terceira alegação, consistente em ter sido errada a classificação da infração, provém de que, para ter lugar a sonegação de mercadorias, punida com multa de 2:500\$0 a 5:000\$0, é preciso que tenha havido *artifício doloso* da parte do autor da sonegação, artifício que no caso se não verificou.

Mas no auto de infração está consignado que os infratores ocultaram a escrita de sua casa e tudo quanto podia provar a sonegação das mercadorias ao pagamento do imposto.

Dai se pode deduzir a prova do artifício e, conseqüentemente, a improcedência da terceira alegação.

A quarta alegação, finalmente, é que a pena devia ter sido imposta, de acordo com os regulamentos vigentes ao tempo em que a infração foi cometida.

Esta alegação é procedente, tendo-se em vista o princípio da irretroatividade, que não permite a aplicação de lei nova a fato consumado no regime da lei anterior.

Ora, segundo consta do auto de infração, esta ocorreu nos anos de 1913, 1914 e 1915.

Nessa ocasião os regulamentos vigentes sobre o imposto de consumo eram os de ns. 5.890, de 10 de fevereiro de 1906, e 11.511, de 4 de março de 1915 e no entanto o inspetor da Alfândega aplicou o regulamento n. 11.807, de 9 de dezembro de 1915, que, segundo a demonstração do apelante, só começou a vigorar em Pernambuco a 2 de janeiro de 1916.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento, em parte, à apelação, para reduzir a condenação do apelante ao pagamento dos impostos, que deixou de pagar à firma por ele afiançada, na importância de 40:617\$640 e mais, ao da multa de 5:000\$0, máximo estabelecido pelas leis em vigor ao tempo das infrações; pagas as custas em proporção.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1922. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *G. Natal*. — *André Calvalcanti*. — *E. Lins*. — *Alfredo Pinto*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *Viveiros de Castro*. — *Pedro Mibielli*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Diário Oficial de 12 de junho de 1923, Rev. 47-114).

230 — Foram também interessantes as questões julgadas na apelação n. 3.606, de Angelo Roselli.

Além de admitida defesa no executivo fiscal, fora dos casos mencionados no art. 201 do citado decreto n. 848, de 1890, considerou o acordão que a liquidação só é necessária em execução de sentença, e não em ação executiva; que a dívida é certa e líquida, porque, em grau de recurso, o ministro da Fazenda confirmou o

ato do inspetor da Alfândega, que impôs a multa, sendo, em consequência, inscrita a dívida no livro próprio, não havendo, porém, a mesma liquidez e certeza, quanto aos juros da mora, porque a respeito destes não houve inscrição no referido livro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Grande do Norte, em que são apelantes o juiz, *ex-officio*, e Angelo Roselli.

A Fazenda Nacional, por seu procurador geral, propôs ação executiva para cobrar do negociante Angelo Roselli a quantia de 180:940\$313, proveniente da multa de direitos em dobro, que lhe foi imposta pelo inspetor da Alfândega, sendo 78:646\$912 a importância da multa e 102:293\$401 a dos juros da mora, contados desde 30 de novembro de 1896, data da intimação da multa, até 31 de julho de 1918.

Feita a penhora, o réu opôs embargos em que alegou: que a dívida não é líquida e certa; que é nula a execução, por falta de liquidação, que deve versar sobre o que ficou explicito na sentença; que não tem compromisso algum para com a Fazenda Nacional, porque foi cancelada a dívida de cuja cobrança se trata; que não se justifica a cobrança de juros da mora, os quais só começam a ser contados da data da propositura da ação; que no executivo fiscal é admissível qualquer defesa, sem a restrição do art. 201 do decreto número 848.

A sentença de primeira instância julgou procedente a penhora, mandando, porém, quanto aos juros de mora, que estes fossem contados desde 9 de agosto de 1916 em diante, data em que foi proferido o último acórdão deste Tribunal, julgando improcedente a ação, que o réu intentara para anular o ato do inspetor da Alfândega, que o havia multado, e o do ministro da Fazenda, que confirmara aquele ato.

A primeira alegação da defesa é que a dívida não é líquida e certa, porque não há condenação de soma fixa e determinada no acórdão de 9 de agosto de 1916, não sendo verdadeira a certidão de fls. 3, que instruiu o executivo fiscal. Não procede a alegação.

Tendo o inspetor da Alfândega do Rio Grande do Norte verificado que não haviam sido pagos os direitos de mercadorias importadas pelos vapores *Actor* e *Scholar*, impôs ao réu a multa em dobro, na importância de 57:959\$252.

O multado recorreu para o ministro da Fazenda, que confirmou o ato do inspetor e mandou que a multa fosse calculada de conformidade com o artigo 363 da Consolidação das Leis das Alfândegas, o que elevou a multa à importância de 78:646\$912.

Em vista disso, foi a dívida inscrita no livro da dívida ativa da União, existente na Delegacia Fiscal do Rio Grande do Norte, e desse livro foi que se extraiu a certidão de fls. 3, que prova a liquidez e certeza da dívida, no tocante à referida importância de 78:646\$912.

Acresce, para corroborar a certeza e liquidez da dívida em questão, que o réu propôs ação especial da lei n. 221 para anular os atos do inspetor da Alfândega e do ministro da Fazenda.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, sem que o juiz tivesse apelado *ex-officio*.

Anos depois, o procurador seccional apelou, e o Supremo Tribunal, reformando a sentença, julgou a ação improcedente, por acórdão de 3 de agosto de 1912, confirmado pelo de 9 de agosto de 1916 (fls. 37 a 40).

Não procede, pois, a alegação do réu de que o seu compromisso para com a Fazenda fora cancelado, porque ela se fundou na sentença de primeira instância, que o Tribunal reformou em grau de apelação, assim como não procede igualmente a alegação de que a execução é nula, por falta de liquidação, porque

não se trata de execução de sentença, mas de ação executiva, que é autônoma, conforme decidiu a sentença apelada.

Mas, se é certa e líquida a dívida, quanto à multa de 78:646\$912, outro tanto se não dirá quanto aos juros da mora, porque a respeito destes não houve inscrição no livro competente, do qual se extraiasse certidão, que seria o documento comprobatório da certeza e liquidez da dívida e com o qual a Fazenda ficaria habilitada a propor o executivo fiscal.

ACORDAM, pelo exposto, negar provimento à apelação oficial, para confirmar a sentença apelada, na parte em que condenou o réu ao pagamento da multa, e dar provimento, em parte, à apelação do mesmo réu, para reformar a sentença, quanto aos juros da mora, que excluem da condenação, deixando salvo à Fazenda o direito de cobrar os mencionados juros pelos meios regulares. Custas em proporção.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1922. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — G. Natal. — Alfredo Pinto. — Leoni Ramos. — Pedro dos Santos. — Viveiros de Castro.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Diário Oficial de 12 de junho de 1923, Revista, 47-118).

231 — Já se observou que, segundo o art. 201 do decreto n. 848, de 1890, reproduzido no art. 105 do decreto n. 10.902, de 1914, a defesa no executivo fiscal, uma vez estabelecida a identidade do réu, não pode consistir senão na prova de quitação, nulidade do feito ou prescrição da dívida.

O S. T. F., por uma jurisprudência uniforme, não admite essa restrição da defesa, por ser ela incompatível com o atual regime, que aboliu o contencioso administrativo, base da mesma restrição.

Os juizes, em primeira instância, costumavam julgar *improcedentes* os embargos opostos ao executivo e mandavam prosseguir a execução, quando tais embargos articulavam outros fundamentos que não os três acima mencionados.

O S. T. F. entendia, na maioria dos casos, que devia, então, devolver os autos ao juiz *a quo*, para que este se pronunciasse sobre o mérito da questão.

Eu divergia — e algumas vezes fui vencedor — por me parecer que, julgando improcedentes os embargos e mandando prosseguir a execução, por não ser admissível o conhecimento da matéria alegada, o juiz tinha implicitamente julgado o mérito da questão, embora, por erro de técnica, tivesse empregado expressão imprópria.

A verdade, porém, é que o S. T. F., na maioria dos casos, mandava devolver os autos para o julgamento *de meritis*.

Num desses casos, em que foi apelante a Comp. E. F. São Paulo-Rio Grande, o juiz *a quo* havia considerado inadmissível a defesa oferecida fora dos três casos mencionados, mas julgara por intenção fundada de fato e de direito.

N. 3.339 — Vistos, expostos e relatados estes autos de apelação civil — apelante a Companhia de Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande, apelada a Fazenda Nacional, interposta da sentença de fls. 22 v., que não conheceu da defesa alegada contra o executivo fiscal, por versar sobre a existência da dívida e ser assim inadmissível, nos termos dos arts. 12 do decreto n. 9.885, de 1888, 20 do decreto n. 848, de 1890, consolidados no art. 65, parte 5.^a, do decreto n. 3.084, de 1898;

Considerando que, segundo a jurisprudência firmada pelo Tribunal em numerosos acordãos, abolido o contencioso administrativo, cessaram de ter vigor as limitações de defesa nos executivos fiscaes, consagradas nos dispositivos de lei invocados pelo juiz a quo:

ACORDAM dar provimento à apelação para mandar que baixem os autos à instância inferior, afim de que conheça da defesa alegada pela ré executada e decida da existência da dívida; pague as custas pela apelada.

Supremo Tribunal Federal, 4 de maio de 1921. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *G. Natal*, relator designado para o acordão. — *André Cavalcanti*. — *Pedro dos Santos*, vencido. — *Viveiros de Castro*. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, vencido. No executivo fiscal movido pela Fazenda contra a Companhia de Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande, o juiz "rejeitou a defesa pela irrelevância de sua matéria", limitada que é essa defesa "à prova de quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida".

Considerando inadmissível a que foi apresentada fora desse limite, o juiz julgou por sentença a penhora, por ter a Fazenda entrado em Juízo com sua intenção fundada de fato e de direito.

Por conseguinte, o juiz conheceu da defesa, mas a julgou irrelevante e subsistente a dívida.

Se a razão de decidir foi injurídica, como o é de fato, ao Tribunal cumpria tão somente ou reformar a sentença apelada, ou confirmá-la por outro fundamento, e não baixar os autos ao juiz a quo para conhecer de uma defesa, de que ele já tomara conhecimento para julgá-la irrelevante.

Os autos só baixam ao Juízo de onde vieram para o julgamento *de meritis*, quando esse julgamento deixou de ser proferido em consequência de alguma preliminar, que na segunda instância fosse julgada improcedente, como se o juiz a quo julgasse nulo o processo, que pelo juiz *ad quem* fosse considerado válido.

Não se tendo verificado esta hipótese, ou outra semelhante, era o caso de julgar-se desde logo a apelação, provendo-a ou não, como de direito.

Assim o fez o Supremo Tribunal, unanimemente, na apelação n. 2.050 desta Capital, no executivo movido pela Fazenda contra Carlos José Pizarro & Companhia.

O Tribunal confirmou a sentença apelada, não pelo fundamento desta, que entendera só poder consistir a defesa na prescrição da dívida, nulidade do feito e quitação, mas porque os executados não provaram as suas alegações fundadas em outros fatos. — *Leoni Ramos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Pedro Lessa. — O subsecretário, *Edmundo da Veiga* (*Diário Oficial* de 24 de agosto de 1921, *Rev.* 32-168, *Rev. Forense*, 37-215).

232 — Fui, porém, vencedor em o acordão proferido na apelação n. 2.050, a que se aludiu no voto anterior (n. 231) e que é o seguinte:

N. 2.050 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação civil da Capital Federal, entre Carlos José Pizarro & Comp., como apelantes, e a Fazenda Nacional, como apelada.

Esta propôs contra aqueles ação executiva fiscal, para haver a importância de 1:350\$0, proveniente de multa de direitos em dobro pelo acréscimo de 30 quilos de pílulas medicinais da taxa de 45\$0 o quilo.

Os réus defenderam-se, alegando que não assistiram à conferência das mercadorias, conferência que deu lugar à execução, porque não foram citados, não tiveram conhecimento da venda das mercadorias, nem tiveram ocasião de produzir defesa no processo administrativo, além de que houve excesso de execução, visto como a importância de 2:210\$0, produto da venda de mercadorias, adicionada à importância da execução, é de quantia superior aos direitos em dobro que se pretende cobrar.

Contestada a defesa pela autora, o juiz julgou improcedentes os embargos dos réus, porque, no executivo fiscal, só é admissível defesa consistente na prescrição da dívida, na nulidade do feito e na quitação da obrigação. Os réus apelaram.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, não por seu fundamento, pois a matéria da defesa, como tantas vezes já tem julgado o Tribunal, não é restrita aos três casos que a sentença mencionou, mas porque os apelantes não deram prova alguma de suas alegações, embora o juiz lhes tivesse concedido o prazo de dez dias para essa prova, como se vê a fls. 14. Paguem os apelantes as custas.

Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 1919. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Sebastião de Lacerda*. — *André Cavalcanti*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Viveiros de Castro*. — *Pedro Lessa*. — *E. Lins*. — *Leoni Ramos*. — *Godofredo Cunha*. — *G. Natal*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Diário Oficial* de 30 de maio de 1920).

Há outros casos, como nas apelações ns. 1.890 e 3.456, em que os autos não foram devolvidos à instância inferior, para o julgamento *de meritis*, pelo juiz *a quo*.

233 — Continuando vacilante a jurisprudência, não foram devolvidos os autos na apelação n. 3.519, de Nicoláo L. Cardoso Guimarães, que alegava já ter sido pago o imposto cobrado, e na apelação n. 3.606, interposta pelo Dr. Miguel Joaquim Ribeiro de Carvalho, que arguiu de inconstitucionalidade a taxa de saneamento de aparelhos sanitários.

Vistos, expostos e relatados estes autos de apelação cível — apelante Nicoláo L. Cardoso Guimarães; apelada, a Fazenda Nacional; interposta da sentença do juiz da 1.ª Vara Federal, de fls. 21, que julgou improcedentes os embargos do apelante ao executivo fiscal contra ele movido pela apelada, sob o único fundamento de articularem matéria de defesa não mencionada nos arts. 201 do decreto n. 848, de 1890, e 105 do decreto n. 10.902, de 1914:

Considerando que, segundo a jurisprudência do Tribunal, as restrições de defesa nos executivos fiscais, estabelecidas pelos dispositivos que a sentença apelada invoca, não são compatíveis com o atual regime, que aboliu o contencioso administrativo:

ACORDAM dar provimento à apelação, para mandar que baixem os autos à instância inferior e julgue o juiz da defesa apresentada pelo apelante. Pagas as custas pela apelada.

Supremo Tribunal Federal, 28 de maio de 1921. — G. Natal, relator para o acórdão. — *Pedro Mibielli*. — *Viveiros de Castro*. — *Leoni Ramos*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. A Fazenda Nacional propôs ação executiva fiscal contra Nicoláo L. Cardoso Guimarães, para cobrar a quantia de 69\$0, proveniente de taxa de saneamento de dois aparelhos colocados no prédio n. 121 da rua Senhor dos Passos. O réu opôs embargos ao executivo, alegando que já pagou à Prefeitura do Distrito Federal a taxa de esgoto correspondente aos aparelhos que tem o referido prédio, de acordo com o art. 4.º do decreto municipal n. 830, de 29 de abril de 1911, que fixa em 12% a taxa do imposto predial, quando nos prédios houver serviço de esgotos, de modo que o imposto que a autora taxou sobre o prédio do réu é segundo imposto cobrado sobre a mesma coisa.

O juiz federal julgou *improcedentes* os embargos, porque a defesa nos executivos fiscaes, uma vez estabelecida a identidade do réu, não pode consistir senão na prova de quitação, nulidade do feito ou prescrição da dívida.

Por conseguinte, desde que o juiz julgou *improcedentes* os embargos, como aliás o reconhece o acórdão, é fora de dúvida que julgou o merecimento da questão, apreciou a defesa do réu, pouco importando que a tivesse julgado *improcedente* por este ou aquele motivo, ou sem motivo algum.

Se o motivo adotado não era, como de fato não é, procedente, ao Tribunal cumpria confirmar a sentença por outros fundamentos, em sua conclusão apenas, ou reformá-la.

A devolução dos autos à primeira instância só poderia ser ordenada regularmente, se o juiz não tivesse tomado conhecimento dos embargos, por apresentados fora de prazo; se tivesse julgado nulo o processo, alguma preliminar, enfim, que impedisse a apreciação do merecimento do feito.

A apelação, portanto, devia ser julgada desde logo. — *André Cavalcanti*, vencido. — *Pedro dos Santos*, vencido. Julgava logo do merecimento da causa, considerando que a primeira instância está feita com a sentença recorrida.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Rev. 32-177).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação civil em que é apelante o Dr. Miguel Joaquim Ribeiro de Carvalho, e é apelada a União Federal e, considerando que, nos embargos de fls. 16, o embargante, ora apelante, fez consistir a sua defesa *única e exclusivamente* na alegação de ser inconstitucional a taxaço;

Considerando que a sentença apelada, *sem entrar na apreciação dessa alegação de inconstitucionalidade*, julgou *improcedentes* os embargos, porque, ex-vi do art. 201 do decreto n. 848, de 1890, a defesa, nos executivos fiscaes, uma vez estabelecida a identidade do réu não pode consistir senão na prova da quitação, nulidade do feito ou prescrição da dívida; mas,

Considerando que, essa restrição da defesa, conforme tem decidido uniformemente o Supremo Tribunal Federal, é absolutamente incompatível com o atual regime, que aboliu o contencioso administrativo, base da aludida restrição;

Considerando que, nestas condições, o juiz a quo não se pronunciou sobre o mérito dos embargos, porquanto, não decidiu a questão da constitucionalidade da taxaço:

ACORDAM dar provimento à apelação, para mandar que os autos baixem à instância inferior, afim de que o juiz a quo aprecie a matéria de defesa e julgue do merecimento dos embargos. Custas pela apelada.

Supremo Tribunal Federal, 23 de agosto de 1922. — H. do Espírito Santo, presidente. — *Viveiros de Castro*, relator. — E. Lins, vencedor. Atentos os mesmos fundamentos que expus no acórdão n. 3.007, de Pernambuco, em o

qual fui vencido, sendo a hipótese jurídica absolutamente idêntica. — *André Cavalcanti*. — *G. Natal*. — *Alfredo Pinto*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. Não devolviam os autos à instância inferior para o julgamento de *meritis*, porque, acertado ou não, esse julgamento, a meu ver, já foi proferido.

O réu foi acionado executivamente para pagar o imposto de taxa de saneamento de aparelhos sanitários.

Defendeu-se com a alegação de que o imposto é inconstitucional. O juiz julgou improcedente a defesa, que, segundo considerou, devia consistir somente na prova de quitação, nulidade do processo ou prescrição da dívida.

O Supremo Tribunal Federal não aceita essa razão de decidir. Neste caso, devia apreciar se o imposto é, ou não, constitucional e confirmar a sentença, por outro fundamento, ou reformá-la. Determinar, porém, que o juiz julgue por outro fundamento, porque o adotado na sentença não é aceitável, é o que de todo me não parece acertado.

O juiz superior só devolve os autos ao inferior para o julgamento de *meritis*, quando o inferior se pronuncia por alguma preliminar, que prejudica o merecimento da questão, como se ele anula o processo, se não conhece dos embargos, por terem sido oferecidos extemporaneamente, etc. Não é o caso, porque o juiz julgou improcedentes os embargos e subsistente a penhora. — *Pedro dos Santos*. Conhecia logo de toda matéria alegada. — *Pedro Mibielli*. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto*, vencido, pelos mesmos fundamentos do voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev. 47-120).

Fui ainda vencido — e comigo os ministros Muniz Barreto, Alfredo Pinto, Geminiano da Franca e Pedro dos Santos — nas apelações ns. 3.792 (Rev. 49-104). 3.263 (Rev. 53-132) e 3.630 (Rev. 56-99).

234 — É questão delicada a de saber se transita em julgado a decisão administrativa, da qual nenhum recurso foi interposto, e se a decisão transitada em julgado deve produzir os seus efeitos. A solução afirmativa consta do acórdão de 28 de agosto de 1929, proferido no agravo n. 4.866, entre G. Martins e a Fazenda Nacional.

Julgou-se que, boa ou má, uma vez transitada em julgado, a decisão administrativa, como a judiciária, deve produzir os seus efeitos, e que da decisão administrativa só cabe recurso, quando tenha sido favorável ao interessado, não podendo, como tal, ser considerada, para admitir o recurso, a decisão favorável, somente em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição do Estado de São Paulo, em que são agravantes Q. Martins e sua mulher e agravada a Fazenda Nacional:

Esta propôs ação executiva fiscal contra Q. Martins para cobrar a quantia de 63:647\$840, proveniente de principal e multa, por haver o réu sonegado que vai de dezembro, inclusive, de 1922 a 31 de dezembro de 1923 e por haver falsificado a sua escrita fiscal durante o mesmo período.

Do auto de infração, lavrado a 12 de janeiro de 1924, consta que os auxiliares da inspeção de Fazenda, na cidade de Pirassununga, em São Paulo, ex-

minando a escrita fiscal do estabelecimento de Q. Martins, com depósito de aguardente na mesma cidade, verificaram que ele havia vendido, no período compreendido entre dezembro de 1922, inclusive, até o fim do ano de 1923, 187.352 litros de aguardente, pelos quais pagara de selo correspondente a quantia de 44:964\$480, mas a escrita não exprimia a verdade, porque, confrontada com certificados expedidos pela Companhia Paulista de Estradas de Ferro, resultava que a venda efetivamente realizada no mesmo período era de 325.160 litros, pelos quais devia ser pago o imposto de consumo na importância de 78:038\$400.

Assim, havia uma diferença de 137.808 litros e, conseqüentemente, a sonegação do imposto correspondente, na importância de 33:073\$920, pelo que o negociante infringira o art. 204, combinado com o art. 220 do regulamento anexo ao decreto n. 14.648, de 26 de janeiro de 1921, estando ainda sujeito à sanção do art. 219, § 8.º, letra e, do mesmo decreto, pela falsificação de sua escrita fiscal.

Dizem os artigos citados :

Art. 204: "Quando do processo se apurar sonegação de mercadorias ao pagamento do imposto ou da taxa devida, o infrator, além da multa que no caso couber, ficará obrigado a indenizar o valor da sonegação apurada".

Art. 220: "Quando a sonegação de mercadorias ao pagamento do imposto ou da taxa devida se verificar nos lançamentos da escrita especial do estabelecimento, a multa a aplicar será igual ao imposto fraudado".

Art. 219, § 8.º, letra e: "Aos que falsificarem a escrituração dos livros exigidos neste regulamento" — multa de 2:500\$0 a 5:000\$0.

Remetido o auto de infração com os documentos ao coletor federal, este considerou que tais documentos não tinham valor jurídico e não provavam a sonegação arguida ao negociante, mas que a escrita deste era irregular, pelo que o multava em 2:500\$0, grau mínimo do art. 219, § 8.º, letra e, do citado decreto n. 14.648, de 26 de janeiro de 1921.

Desta decisão administrativa não houve nem o recurso *ex-officio* do coletor, nem o recurso voluntário da parte, que com a mesma se conformou e pagou a multa em 13 de junho de 1924, do que teve conhecimento o delegado fiscal, em São Paulo, ao qual o processo foi remetido pelo coletor em setembro de 1924.

Em 24 de novembro do mesmo ano, os referidos auxiliares da inspeção de Fazenda, já então extinta, os quais haviam lavrado o auto de infração, representaram ao delegado fiscal contra a decisão do coletor, que desprezara, contra a evidência, diziam eles, a sonegação apurada de 33:073\$920, para só condenar o autuado à multa de 2:500\$0, pena mínima do art. 219, § 8.º, letra e, do regulamento.

Ouvindo sobre a representação o contador, este opinou que na verdade fora parcial a decisão do coletor, mas que era forçoso confessar que *ela passara em julgado* (fls. 79).

O delegado fiscal também considerou que a decisão do coletor transitara em julgado e não ocorria nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 225 e 226 do regulamento, para que pudesse reformá-la, mas, "considerando por outro lado que a Fazenda não pode nem deve ser lesada", resolveu afetar o caso ao ministro da Fazenda. Este ordenou que o processo voltasse ao coletor para ser interposto o recurso do art. 226 do regulamento, visto haver sido a decisão favorável ao autuado.

O coletor recorreu *ex-officio*, em 14 de maio de 1926.

O delegado fiscal deu provimento ao recurso, para impor a multa de réis 33:073\$920, com desconto dos 2:500\$0, já pagos, ficando o multado com a obrigação ainda de recolher 33:073\$920, correspondentes ao imposto sonegado de 137.808 litros de aguardente.

Q. Martins recorreu para o ministro da Fazenda e este proferiu o seguinte despacho :

"Em face do parecer, nego provimento ao recurso".

O parecer a que se alude é este :

"A infração capitulada no auto de fls. 2 e 3, está exuberantemente provada, conforme se verifica dos documentos de fls. 1 a 5. Nestas condições, sou de parecer que se negue provimento ao recurso interposto, para o fim de ser mantida a decisão recorrida pelos seus fundamentos legais" (fls. 88).

Dai se originou a dívida, agora cobrada executivamente.

O réu embargou o executivo, expondo o histórico do fato e alegando : que a decisão do coletor não era passível de reforma, porque constituía um caso julgado ; que o art. 226 do decreto n. 14.648, de 1921, em vigor na data do auto de infração — 12 de janeiro de 1924 — estabelecia que "das decisões favoráveis às partes haverá recurso *ex-officio*", mas que o coletor não podia interpor esse recurso, porque a sua decisão não fora favorável, porém, contrária à parte, desde que a condenou ao pagamento da multa de 2:500\$0, pouco importando que a condenação fosse em quantia menor, conforme reiteradas declarações do Tesouro ; que, ao tempo em que foi provido o recurso *ex-officio*, interposto em maio de 1926, da decisão de junho de 1924, já estava em vigor o decreto n. 17.646, de 6 de outubro de 1926, que ampliou o recurso *ex-officio*, ao caso de *desclassificação da infração descrita*, mas que esta disposição do art. 226 do citado decreto não existia ao tempo da autuação e do recurso *ex-officio*, que era regulado pelo art. 226 do decreto n. 14.648, de 1921 ; que, ainda quando fosse permitido o recurso oficial ordenado ao coletor, não podia prevalecer a multa, desde que os documentos apresentados não provam a infração.

O juiz federal julgou improcedentes os embargos, subsistente a penhora e condenou o réu a pagar a quantia pedida de 63:647\$840.

Fundou-se a sentença no auto da infração e considerou injurídica a decisão do coletor, condenando, apenas, ao pagamento do mínimo da multa e jurídica a decisão do delegado fiscal que reformou a do coletor ; que o art. 226 do decreto n. 14.648 manda recorrer *ex-officio*, porque dispensou do pagamento da vultosa importância de 63:647\$800.

Desta decisão agravaram Q. Martins e sua mulher, com fundamento no art. 3.º da lei n. 5.449, de 16 de janeiro de 1928, citando como leis ofensivas o art. 226 do decreto n. 14.648 e outros.

E' fora de dúvida que a decisão do coletor, certa ou errada, o que não vem a propósito apreciar, transitou em julgado, porque dela não foi interposto o recurso voluntário da parte, que se conformou e pagou a multa, nem foi interposto o recurso *ex-officio*, pelo coletor, por ter entendido que esse recurso era incabível na espécie.

Apesar de haver transitado em julgado a decisão, os agentes da Fazenda representaram contra ela ao delegado fiscal, alegando que o coletor procedera parcialmente e lesara os interesses da mesma Fazenda.

Ouvido a respeito o contador, reconheceu que de fato a decisão tinha transitado em julgado.

Do mesmo sentir foi o delegado fiscal, que acrescentou não ser caso do recurso *ex-officio* previsto no art. 226 do regulamento para que ele pudesse reformar aquela decisão. Entretanto, considerando que a Fazenda não podia nem devia ser lesada, sujeitava o caso à deliberação do ministro da Fazenda, que ordenou ao coletor que interpusse recurso *ex-officio* do citado art. 226, o que ele cumpriu em maio de 1926.

A ordem do ministro não foi legal, já porque eram decorridos dois anos da data da decisão do coletor, proferida em junho de 1924, já porque o citado

art. 226 só autorizava o recurso *ex-officio*, quando a decisão fosse favorável à parte.

Ora, a decisão do coletor não foi favorável ao agravante, senão em parte, porque ele foi condenado ao pagamento da multa de 2:500\$0, o que constitui uma parte do pedido.

Por ter sido a outra parte julgada improcedente, não se conclue que a decisão fosse inteiramente favorável ao agravante, para que o recurso oficial pudesse ser autorizado. Neste sentido há várias decisões da própria Fazenda Nacional.

Pela ordem n. 480, publicada no *Diário Oficial* de 12 de agosto de 1925, se fez sentir que "o Tesouro já tem várias vezes declarado que não pode ser considerada como decisão favorável à parte a que impõe multa, embora a importância seja menor que a imposta na instância inferior e que de tal decisão não cabe recurso *ex-officio*. No *Diário Oficial* de 27 de janeiro de 1928 ainda se fez constar que, "uma vez que a decisão passa em julgado, não é suscetível de reforma, não podendo o fiscal promovê-la, por não encontrar isso apoio em lei. A se admitir semelhante praxe, seria concorrer para o desprestígio da administração, pois as suas decisões não inspirariam confiança.

Boa ou má, uma vez passada em julgado, a decisão administrativa, como a judiciária, deve produzir os seus efeitos".

E tanto se considerou que a decisão favorável numa parte e contrária em outra não autorizava o recurso *ex-officio* que o decreto posterior n. 17.464, de 6 de outubro de 1926, art. 226, providenciou no sentido de ser aquele recurso interposto também no caso de desclassificação da infração descrita no auto.

E' claro, porém, que o recurso, instituído em outubro de 1926, não podia ser interposto da decisão proferida em junho de 1924, sendo de notar que o decreto ampliativo do recurso ainda não existia, quando, por ordem do ministro da Fazenda, foi o recurso interposto em maio de 1926.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento ao agravo, para julgar improcedente a ação executiva, por ter passado em julgado a decisão do coletor. Custas pela agravada.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1929. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*. — *Bento de Faria*. — *Rodrigo Octavio*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*. — *E. Lins*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Leoni Ramos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Arq. Jud.*, 12-256).

Em caso idêntico, julgou-se, posteriormente, na mesma conformidade, no agravo n. 4.802, em 30 de junho de 1931 (*Arq. Jud.*, 20-203).

235 — Disse que a questão é delicada, ou não é de todo controversa, porque, no agravo n. 6.021, o S.T.F. julgou, contra o meu voto, que a decisão administrativa não faz caso julgado (*Jur.* 16-151), embora o julgamento em sentido contrário no agravo n. 4.675, cujo acórdão foi transcrito em o n. 212, em que se tratou do prazo da prescrição para reclamação por engano ou erro em despacho, na forma do art. 666 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas.

No próprio voto vencido no agravo n. 6.021, indiquei, além das decisões publicadas no *Arq. Jud.*, 12-256 e 20-203, várias outras em que ficou estabelecido que as isenções de direitos, concedidas por um ministro, não podem ser revogadas por outros, porque, segundo declaração do próprio ministro da Fazenda, semelhante pro-

cedimento viria concorrer para o desprestígio da administração, cujas decisões não inspirariam confiança.

É o que consta dos acordãos publicados no *Arq. Jud.*, 15-360, 7.º-262, 8.º-104 e *Rev.* 52-145, além dos acima mencionados.

Julgou-se, ainda, na apelação n. 4.560, que da atribuição conferida ao ministro para nomear comissões, que procedam à inspeção das Alfândegas e Mesas de Rendas, não se conclue que essas comissões possam rever atos dos ministros, alterá-los, etc. As decisões proferidas, afinal, pelo ministro, tem caráter definitivo e só por sentença judicial poderão ser anuladas (*Jur.*, 20-306).

236 — Em executivo fiscal, são ventiladas, muitas vezes, questões importantes, de fato e de direito, cuja discussão melhor conviria em ação de rito menos sumário e com recurso de processo mais amplo que o de agravo.

Além das liquidações de sentença, em que, de ordinário, são complexas as questões de fato, pode ser lembrada a questão da retroatividade da lei de natureza fiscal, quando mais favorável ao devedor.

No agravo n. 5.925, do Rio Grande do Sul, o S. T. F. julgou que o termo de responsabilidade, pelo qual o contribuinte se obriga a responder pela quantia reclamada, caso não prove em tempo a isenção a que se julgue com direito, não garante, por si só, o cumprimento da obrigação, sem depósito ou fiança idônea, e que se aplica, com efeito retroativo, a lei nova, que estabeleceu a isenção do direito de importação, embora o processo dessa isenção não tenha sido iniciado no prazo de 60 dias, mas no de 120 dias, elevado pela lei nova, mais favorável.

N. 5.925 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo, do Estado do Rio Grande do Sul, em que é agravante a Companhia Energia Elétrica Rio-Grandense, sendo agravada a Fazenda Nacional.

Esta propôs ação executiva contra aquela, para cobrar a quantia de réis 2:928\$9 em ouro, de diferença de direitos de importação, proveniente de início, fora do prazo, do processo de isenção definitiva do material constante da ordem da Diretoria da Receita Pública, sob o n. 36, de 29 de abril de 1932 (folhas 14).

Em defesa, alegou a ré, preliminarmente, que a inscrição da dívida foi prematura, desde que estava pendente de decisão o recurso interposto para o inspetor da Alfândega; que, *de mérito*, a diferença do direito de importação provém, não de haver a ré faltado ao pagamento do imposto de importação que o material importado estivesse porventura sujeito, mas, tão somente, de haver a ré iniciado, fora do prazo de 60 dias (excedido, aliás, apenas, de seis dias), o processo de isenção definitiva do material; e, nestas condições, se trata de uma dívida de sanção penal ou verdadeira multa, a que se equiparam as sanções fiscais, sendo então aplicável ao caso, com efeito retroativo (art. 3.º do Código Penal), a lei mais favorável do que a vigente, ao tempo em que a ré iniciou o processo definitivo da isenção, isto é, o decreto n. 22.245, de 22

de dezembro de 1932, que elevou de 60 a 120 dias o prazo para início dos processos de isenção ou redução definitiva de direitos (fls. 15).

O procurador seccional impugnou os embargos da ré, alegando, quanto à preliminar, que é norma dela protelar por todos os meios o andamento dos processos administrativos, para vir depois alegar prescrição, e desta vez a ré pretendeu recorrer, sem depósito prévio da quantia demandada ou de fiança idônea; que, *de meritis*, a ré parte do pressuposto errado de que a quantia pleiteada constitui sanção penal ou verdadeira multa, quando, pelo termo de responsabilidade, assinado em 7 de maio de 1932, a ré se obrigou a iniciar, dentro do prazo da lei, o processo definitivo de isenção, sem que o tivesse feito, como ela mesma confessa; que, em vista disso, se providenciou para a cobrança dos direitos devidos, o que de forma alguma pode significar multa ou penalidade, pois a autora não pleiteia pagamento de multa, mas, apenas, receber, na íntegra, direitos de importação, uma vez que a isenção desapareceu, não tendo, portanto, lugar a alegada retroatividade do decreto n. 22.245; que, se, porventura, esse decreto fosse aplicável ao caso, não está provado que a ré não tenha excedido o prazo de 120 dias para legalizar a isenção, estando, ao contrário, provado que entre o termo de responsabilidade — 7 de maio de 1932 — e o despacho que ordenou a integralização dos direitos — 19 de dezembro do mesmo ano — não decorreram somente 120 dias, completados a 7 de setembro de 1932, porém mais de 210 dias.

A sentença de fls. 49 verso julgou improcedente a preliminar, porque não se negou à ré a interposição de recursos legais no processo administrativo, mas apenas se lhe exigiu que, para recorrer, ela depositasse previamente a quantia reclamada conforme prescreve o art. 660 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas, e foi recentemente julgado no agravo entre V. Foé & Comp. e a Fazenda Nacional.

Quanto ao mérito, a sentença julgou improcedentes os embargos, porque o decreto, que concede à ré isenção de direitos de importação, na qualidade de concessionária de um serviço público, estabelece condições, como a de ser iniciado o processo de isenção dentro do prazo de 60 dias, e uma vez que essa condição deixou de ser observada, não pode a ré gozar dos favores concedidos, nem se pode aplicar ao caso, com efeito retroativo, o decreto n. 22.245, desde que a exigência do pagamento integral do imposto não pode ser considerada como sanção fiscal.

A ré agravou, alegando, por esta ocasião, a nulidade da sentença agravada, por incompetência, *ratione materiae*, do juiz que a proferiu, em face do art. 12 do decreto n. 16.552, de 13 de agosto de 1924, que atribue ao foro da Capital Federal a competência para todas as ações que se fundarem em direitos e obrigações resultantes das concessões feitas de acordo com o mesmo decreto. O ministro procurador opinou pela confirmação da sentença. — A preliminar de incompetência do Juízo não procede, porque, em todo o curso do processo, jamais se discutiu sobre matéria contida no decreto n. 16.552, de 13 de agosto de 1924, cujos favores foram concedidos à ré pelo decreto n. 16.577, de 27 de mesmo mês e ano. Não se discutiu, por exemplo, se a isenção não estava compreendida no citado decreto n. 16.552, caso em que teria aplicação o invocado art. 12. A discussão versou exclusivamente sobre o fato de ter sido o processo de isenção definitiva iniciado fora do prazo legal e de ser, ou não, aplicado, com efeito retroativo, o decreto n. 22.245, de 12 de dezembro de 1932, que elevou de 60 dias para 120 dias o prazo para o início daquele processo. Isto, porém, não é objeto do decreto n. 16.552, mas do decreto n. 22.245.

Também não procede a preliminar de ter sido a dívida inscrita prematuramente, antes de resolvido o recurso interposto para o inspetor da Alfândega.

O que realmente ocorreu, conforme esclarece a própria ré, agravante, é que o recurso foi interposto da decisão, pela qual o inspetor da Alfândega deixou de atender ao pedido da ré, para ser dispensada do depósito da quantia reclamada, uma vez que já existia termo de responsabilidade, assinado pelo contribuinte, obrigando-se a responder pela dita quantia, caso fosse infringida o prazo para a comprovação dos requisitos legais para o gozo da isenção. Ora, o Tribunal já julgou no agravo n. 5.810, do Rio Grande do Sul, entre V. Foé & Comp., Limitada, que esse termo de responsabilidade, por si só, sem o depósito ou fiança idônea, é ineficaz para garantir o cumprimento da obrigação.

Por conseguinte, o fato de ter sido inscrita a dívida, antes de decidido o recurso, mesmo que estivesse provada a interposição de algum recurso da decisão que exigiu o depósito prévio, nenhum prejuízo trouxe à ré.

De meritis. A ré confessa que não iniciou dentro do prazo de 60 dias o processo de isenção definitiva do material importado e que só o fez seis dias depois daquele prazo. Alega, porém, que o prazo de 60 dias foi elevada a 120 pelo decreto n. 22.245, de 22 de dezembro de 1932, e que esse decreto lhe aproveitou, por dever ser aplicado com efeito retroativo, desde que contem disposição mais favorável. A sentença agravada não aceitou essa alegação, porque a exigência do pagamento integral de impostos não pode ser considerada como sanção fiscal, para que o referido decreto pudesse ser aplicado retroativamente. Esta decisão está em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, em caso que tem com este alguma semelhança. O art. 50, § 1.º, do decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, estabelecia a pena de nulidade de pleno direito dos documentos não devidamente selados, dentro do prazo de 90 dias.

Revogada esta disposição pela lei posterior n. 813, de 23 de dezembro de 1901, julgou o Supremo Tribunal que a lei nova retroage, como as leis penais, quando eliminam ou diminuem a penalidade, não se podendo fazer distinção entre pena civil e criminal.

Ora, se é aplicável a nova lei, que fez desaparecer a nulidade de pleno direito do documento, por não ter sido selado dentro de determinado prazo, deve também ser aplicada a lei nova, que fez subsistir a isenção do direito de importação, embora não tendo sido o processo dessa isenção iniciado dentro do prazo de 60 dias, o qual foi elevado a 120 pela referida lei.

O Supremo Tribunal também julgou que, sendo a revalidação do selo uma pena, deve ser aplicada retroativamente a lei menos rigorosa, a que extingue ou reduz a pena, nos termos do art. 3.º do decreto de 12 de julho de 1890, devendo, assim, a revalidação ser de duas vezes o valor do selo, e não de 50 vezes (*Arg. Jud.*, 11-390).

Do mesmo modo, não pode deixar de ser considerada uma pena, não criminal, mas civil, o fato de considerar-se a ré privada do gozo da isenção, por não ter iniciado o respectivo processo dentro do prazo de 60 dias, e, assim, aplica-se retroativamente o decreto que elevou esse prazo a 120 dias.

Resta examinar se a ré excedeu esse prazo. Não excedeu. O termo de responsabilidade, que ela assinou para iniciar o processo é de 7 de maio de 1932 (fls. 32 e 55) e o processo foi iniciado em 13 de julho do mesmo ano (fls. 54), isto é, seis dias depois de findo o primeiro prazo de 60 dias e 54 dias antes de findo o segundo prazo de 120 dias.

Nestas condições, ACORDAM dar provimento ao agravo, para reformar a sentença agravada e julgar a ação improcedente. Custas, pela agravada.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. (*Jcr.* 9.º-230).

Foi voto vencido o do ministro A. Ribeiro, sob a consideração de que não se podia aplicar a lei nova, com efeito retroativo, desde que o prazo estabelecido para a isenção, pela lei antiga, já estava findo, quando a lei nova o ampliou. Embargado o acordão com esse fundamento, foram os embargos rejeitados pelo seguinte acordão, sendo, então, igualmente vencidos os ministros Costa Manso e Carvalho Mourão :

N. 5.925 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado do Rio Grande do Sul, em que é embargante a Fazenda Nacional, sendo embargada a Companhia Energia Elétrica Rio-Grandense.

Os embargos ao acordão articulam apenas um argumento — o de que já estava findo o prazo de 60 dias, concedido pelo decreto antigo para ser iniciado o processo de isenção, quando o decreto novo ampliou esse prazo a 120 dias, não podendo, portanto, esse novo decreto ser aplicado com efeito retroativo.

Esse único argumento, que já foi apreciado pelo acordão embargado, não tem procedência, porque justamente por estar findo o prazo é que se aplica o decreto novo, retroativamente.

Se o prazo não estivesse findo, não haveria necessidade de ser aplicado o mesmo decreto com efeito retroativo.

E o que se verificava com o caso do regulamento do selo, a que se referiu o acordão embargado.

Aplicou-se o regulamento, embora o documento, não selado em tempo, já tivesse incorrido na pena de nulidade de pleno direito, ou na pena de revalidação muito mais elevada.

A aplicação do regulamento com efeito retroativo fez desaparecer a pena de nulidade de pleno direito e a de revalidação de cinquenta vezes o valor do selo, para ficar subsistindo a de duas vezes, apenas.

ACORDAM rejeitar os embargos e confirmar o acordão embargado, por seus fundamentos; pagas as custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1933. — E. Lina, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 9.º 233).

237 — Em o número anterior se fez alusão a um acordão proferido em caso semelhante, que era o de aplicação da nova lei fiscal, com efeito retroativo, quando extingue ou diminui uma pena.

Tratava-se de lei nova, que revogara a pena de nulidade de pleno direito, estabelecida pela lei anterior, em relação a documentos não selados em tempo.

Meu voto explicativo no acordão a que aludi e que foi proferido na apelação n. 4.998, é o seguinte :

"Pelos fundamentos do acordão, aos quais acrescento que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é realmente no sentido a que aí se alude.

O art. 50, § 1.º, do decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, estabelecia a pena de nulidade de pleno direito dos documentos não devidamente selados, dentro do prazo de noventa dias, contados da data dos mesmos documentos. Esta disposição foi revogada pela lei n. 813, de 23 de dezembro de 1901.

A Relação do Estado de Minas julgou, na causa entre Prado Lima & Companhia, e Maria Josepha de Campos, que a lei nova não podia ser aplicada com efeito retroativo ao contrato celebrado na vigência do decreto n. 3.564, de 1900, e assim era nulo de pleno direito o mesmo contrato.

Em recurso extraordinário, porém, essa decisão foi reformada pelo Supremo Tribunal, que julgou, por acórdão de 2 de maio de 1914, que o princípio da irretroatividade das leis não é absoluto, pois casos há em que a lei posterior retroage, como no das leis penais, quando eliminam ou diminuem a penalidade, não se distinguindo para esse efeito a pena civil da criminal (*Revista Forense de Belo Horizonte*, vol. 25, pág. 212).

Anteriormente, já o Supremo Tribunal havia julgado, por acórdão de 23 de setembro de 1909, no recurso extraordinário n. 520, da comarca de Ouro Fino, entre Firmino Xavier Ferreira e Domingos José de Souza, que retroage a lei que reduz ou extingue uma pena, nos termos do art. 3.º da lei n. 572, de 12 de julho de 1890. Esse acórdão, que está por cópia nos autos e foi publicado na *Rev. For.*, vol. 13, pág. 283, reformou, mais uma vez, a decisão da Relação de Minas, que se recusava a fazer aplicação retroativa da lei n. 813, de 23 de dezembro de 1901.

Ainda, em recurso extraordinário n. 569, da comarca de Teófilo Otoni, o Supremo Tribunal julgou na mesma conformidade, reformando, mais uma vez, decisão da Relação de Minas, por acórdão de 8 de maio de 1911 (*Rev. For.*, vol. 16, pág. 122).

Conformando-se, afinal, com essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que aliás, fora vacilante, a princípio, a Relação de Minas passou a julgar que a lei n. 813, de 1901 tinha efeito retroativo (*Rev. For.*, vol. 17, pág. 320), embora o documento arguido de nulo tenha sido passado na vigência da lei anterior, desde que a nulidade não haja sido declarada por sentença transitada em julgado (*Rev. For.*, vol. 18, pág. 422). No mesmo sentido é o parecer de Lafayette, na citada *Revista*, vol. 6.º, pág. 128".

(*Arq. Jud.*, 11-390, *Rev. de Jur. Bras.*, 4.º-443).

238 — A propósito de selo, lembrarei o que consta da jurisprudência sobre aproveitamento de estampilha, de que já se tenha feito uso.

O art. 67 do regulamento do selo (decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900) sujeita à multa de dois a cinco contos de réis, além das penas do Código, os que falsificarem o selo, empregarem estampilha falsa ou de que se tenha feito uso, e os que escreverem verba falsa.

Na vigência desse decreto, sempre se entendeu que, para se verificar a infração aí prevista, era indispensável que a estampilha, de que alguém tivesse feito uso, houvesse sido descolada de documento, que já produzira efeitos legais, e que essa estampilha fosse novamente empregada em outro documento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Rio Grande do Sul, sendo apelante o juiz federal e apelado Miguel Schneider.

A Fazenda Nacional propôs ação para haver a importância de dois contos de réis, proveniente de multa que lhe foi imposta pela Alfândega de Porto Alegre, por infração do art. 67 do regulamento que baixou com o decreto nú-

mero 3.564, de 22 de janeiro de 1900, o qual pune, com multa de dois a cinco contos, além das penas do Código Penal, os que falsificarem o selo, empregarem estampilha falsa ou de que se tenha feito uso e os que escreverem verba falsa.

O réu é arguido de ter feito uso de estampilha já servida.

A sentença de primeira instância julgou que, para se dar a infração do art. 67, é necessário que a estampilha, de que alguém faça uso, já tenha sido empregada em papel que produziu efeito e do qual foi a mesma estampilha descolada para ser novamente utilizada em outro papel — hipótese que não ficou provada — e que, além disso, o art. 67 é inconstitucional, por ter o Poder Executivo exorbitado da delegação que lhe foi conferida pelo Poder Legislativo.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada, porque, de fato, não se provou que a estampilha de dois mil réis, colada em uma guia de exportação, firmada pelo réu, já tivesse sido empregada em outro papel e que este houvesse produzido os devidos efeitos.

O que se apurou no exame, feito na Casa da Moeda, em agosto de 1919, é que a referida estampilha apresentava vestígios de haver sido destacada de outro documento, sem prova, porém, de que este já tivesse produzido efeitos.

Esta razão de decidir dispensa a apreciação do fundamento relativo à inconstitucionalidade do art. 67. Custas pela Fazenda.

Rio de Janeiro, 8 de dezembro de 1923. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *G. Natal*. — *Pedro dos Santos*. — *Godofredo Cunha*. — *Geminiano da Franca*. — *A. Ribeiro*. — *Pedro Mibielli*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Rev.* 65-99, *Rev. For.* 43-364).

239 — Depois do decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926, art. 11, § 9.º, que reproduziu o art. 11, § 9.º, do decreto número 14.339, de 1 de setembro de 1920, a estampilha, uma vez colada em um documento, embora este, por qualquer circunstância, não tenha produzido seus efeitos, e seja anulado ou reformado, não mais poderá ser aproveitada em outro documento.

N. 4.650 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento do Estado do Paraná, entre a Sociedade Anônima Indústrias Reunidas F. Matarazzo, como agravante, e a Fazenda Nacional, como agravada.

A Fazenda Nacional propôs ação executiva fiscal contra a Sociedade Anônima Indústrias Reunidas F. Matarazzo, com sede na cidade de Curitiba, para cobrar a quantia de 2:000\$0, proveniente de multa que a esta foi imposta, por infração do art. 11, § 9.º, do decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926.

O dispositivo citado diz o seguinte :

"A estampilha, uma vez aposta a um documento, embora este por qualquer circunstância não tenha produzido seus efeitos e seja anulado ou reformado, não poderá mais ser aproveitada em outros documentos, nem na restauração do que for nulificado".

Das peças do processo, que a executada requereu para formar o instrumento, não consta que ela tivesse oferecido defesa.

A sentença de primeira instância é que a esta se referiu, para julgar improcedentes os embargos e condenar a ré no pedido e custas, considerando: que a ré nenhuma prova ofereceu para prova de seus embargos, nos dez dias que para

esse fim lhe foram concedidos; que, desde muito antes de 1921 — data do fato de que se originou o presente executivo — o uso de estampilhas servidas já constituía infração, prevista e passível de multa nos decretos ns. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, art. 67, e 14.339, de 1 de setembro de 1920, art. 11, § 9.º, combinado com o art. 65.

Desta decisão, proferida a 23 de fevereiro de 1928 e intimada a 8 de março seguinte, a ré agravou a 13, com fundamento no art. 3.º da lei número 5.449, de 16 de janeiro do mesmo ano de 1928.

Consta do traslado das peças requeridas pela ré que, no dia 1 de setembro de 1927, foi apreendida em poder de José Riva uma letra de câmbio de 329\$0, aceita por ele em 31 de março de 1921, figurando como sacadora nessa letra a firma Indústrias Reunidas F. Matarazzo.

A apreensão foi determinada, por ter sido colada na letra uma estampilha federal de 1\$0, devidamente inutilizada, a qual já tinha sido usada em outro documento, como se depreendia "dos vestígios de papel diferente colados no verso da referida estampilha".

Lavrado o auto de infração, foi o processo remetido à Casa da Moeda, onde se procedeu a exame na estampilha, tendo os peritos verificado que esta fora aproveitada, "como se nota pelos sinais de impressão, estranhos à cambial, existentes no verso".

Julgado procedente o auto de infração, foi imposta pelo coletor à Sociedade Anônima Indústrias Reunidas F. Matarazzo a multa de 2:000\$0, mínimo do art. 65, letra a, do decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926 e 14.339, de 1 de setembro de 1920.

A agravante alega que, tendo ocorrido o fato, de que se originou o executivo, em 31 de março de 1921, não lhe é aplicável o decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926, mas o decreto n. 14.339, de 1 de setembro de 1920, em cuja vigência não se considerava infração o fato de ter sido destacada a estampilha de um documento para ser colada em outro.

Os citados decretos de 1 de setembro de 1920 e 10 de novembro de 1926 contêm o art. 65, cujo dispositivo é idêntico ao do art. 67 do decreto número 3.564, de 22 de janeiro de 1900, o qual pune com a multa de 2:000\$0 a 5:000\$0 os que falsificarem o selo, empregarem estampilha falsa ou de que se tenha feito uso e os que escreverem verba falsa.

Interpretando o dispositivo citado, o Supremo Tribunal tem realmente julgado que, para se verificar o uso de estampilha já servida, era indispensável que ela fosse descolada de documento, *que já houvesse produzido efeitos legais* para ser empregada em outro documento, porque só assim haveria fraude com prejuízo da Fazenda Nacional (*Rev. do Sup. Trib.*, vol. 14, pág. 47, vol. 27, pág. 153, vol. 54, pág. 167, vol. 65, pág. 44, vol. 60, pág. 130, e vol. 63, página 127).

Pelo exame a que se procedeu na Casa da Moeda apenas se depreende que a estampilha empregada na letra de câmbio tinha sido descolada de outro papel, mas não se provou que este já houvesse produzido os seus efeitos, ou que o imposto do selo devido por esse papel tivesse sido pago com a estampilha.

O destacamento da estampilha de um papel para outro podia ser inocente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmara a respeito de infrações ocorridas na vigência do decreto de 22 de janeiro de 1900 e anteriores ao decreto de 1 de setembro de 1920.

Atualmente, porém, o fato, mesmo inocente, constitui infração, como resulta do art. 11, § 9.º, do decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926, perfeitamente idêntico ao art. 11, § 9.º, do decreto n. 14.339, de 1 de setembro de 1920, em cuja vigência foi o ato praticado.

Por esse motivo, pois, a sentença agravada mereceria confirmação.

Ocorre, entretanto, que não foi a agravante, Sociedade Matarazzo, quem praticou a infração, mas José Riva, o aceitante da letra, em poder de quem foi ela apreendida, com a declaração de estar a estampilha *devidamente inutilizada*, inutilização que devia ser feita pelo aceitante, nos termos do art. 11, § 2.º, n. 1, 1.ª parte, do citado decreto de 1920.

ACORDAM, por esse fundamento, dar provimento ao agravo para julgar a ação improcedente. Custas pela agravada.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1928. — *Gedofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lins*. — *Bento de Faria*. — *Heitor de Souza*. — *Leoni Ramos*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Geminiano da Franca*. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*. — *Soriano de Souza*. — *Pedro dos Santos*. — *Pedro Mibielli*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Arg. Jud.*, 7.º-273).

O ilustre advogado, Dr. Pereira Braga, escreveu a respeito um Comentário, em que começa dizendo que o acordão "sanciona uma das mais surpreendentes e tristemente vergonhosas disposições da lei brasileira" (*Rev. de Crit. Jud.*, 8.º-78).

Mas que fazer? O acordão é unânime e está assinado por doze juizes — o que é raro — além do presidente e do procurador geral.

O dispositivo, em que se fundou o acordão, poderá ser injusto, mau, inconveniente, mas não é inconstitucional. Devia, portanto, ser observado, a menos que fosse sancionada a teoria do *juiz moderno*, que se julga autorizado a julgar contra a lei, por entender que esta não é o que é, mas o que o juiz moderno entende que ela devia ser.

240 — A propósito do mesmo assunto, o S.T.F. julgou que os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, uma vez aprovados pelo Poder Legislativo, constituem lei, não mais cabendo a alegação de que tais regulamentos exorbitaram da autorização anteriormente conferida pelo Poder Legislativo.

Eu fui vencido, não porque discordasse do fundamento do acordão, mas porque adotara a alegação de não estar provado que as estampilhas tivessem sido usadas em documento que houvesse produzido seus efeitos, quando o réu as colara em outro documento.

O voto vencedor considerou que o réu alegara, mas não provara, que não tivesse cometido a infração.

A prova, porem, não incumbia ao réu, mas à autora, Fazenda Nacional, que propusera a ação executiva, para cobrar multa proveniente da infração de haver o réu empregado em um documento estampilha já usada em outro documento, que produzira os devidos efeitos (*Jur.* 11-451).

CONCURSO DE PREFERÊNCIA EM EXECUTIVO FISCAL

241 — Advirta-se, desde já, que o art. 60 do decreto n. 960, de 17 de dezembro de 1938, estabelece que o concurso de preferência só poderá versar entre a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Por esse motivo, não darei ao assunto maior desenvolvimento.

Limito-me a indicar como foram julgados alguns concursos de preferência instaurados por particulares contra a Fazenda, sem necessidade de transcrever os respectivos acordãos.

Julgou-se na apelação n. 6.124 que, em executivo fiscal promovido pela Fazenda, são títulos de preferência contra ela, na instauração do respectivo concurso, as hipotecas legais ou convencionais, especializadas ou inscritas, e anteriores à dívida fiscal. Esta não começa a existir desde o momento em que o desfalque é praticado, mas somente depois do julgamento definitivo, pelo qual se considere provado o alcance do responsável.

Não se pode entender, em benefício da Fazenda, que a hipoteca, embora anterior à dívida fiscal, fora celebrada em fraude da execução da mesma Fazenda, uma vez que não ocorrera, nem sequer fora alegado um dos fatos constitutivos da alienação de bens em fraude da execução, isto é, quando a alienação é feita depois da penhora ou proximamente a ela (*Rev. For.*, 68-780).

Julgou-se igualmente, na apelação n. 4.684 de Mato Grosso, que as hipotecas legais ou convencionais, especializadas e inscritas, são títulos de preferência contra a Fazenda, no respectivo concurso instaurado em executivo fiscal.

Mas para isso é necessária a prova de serem os títulos anteriores à dívida fiscal.

Na ausência dessa prova, ou havendo prova em contrário, devem ser julgados improcedentes os artigos de preferência.

Eu fui além, pois nem sequer julgava admissível o concurso de preferência, desde que não se fizera a prova da insolvência do devedor comum, como seria indispensável, à vista do art. 84, parte 5.ª, do decreto n. 3.084.

Nesta parte, porem, fui vencido. Dos outros dois juizes, cujos votos ficaram conhecidos, um não se pronunciou sobre a necessidade ou desnecessidade da prova da insolvência, e o outro disse que não se exige essa prova "quando se trata de concurso de preferência, propriamente dita, e não de rateio entre credores da mesma classe. No caso, o credor concorrente reclama a sua prelação

sobre as coisas hipotecadas, que não podem ser vendidas senão para seu pagamento. O direito de prelação do credor hipotecário não nasce da insolvabilidade do devedor; é inerente à hipoteca, quer o devedor se torne, quer não, insolvente" (*Rev. For.* 69-492).

Entretanto, na apelação n. 2.475, o S. T. F. julgou que a insolvência do executado não resulta do próprio fato da abertura do concurso de preferência e deve ser provada por quem protestou pelo concurso (*Rev.* 26-351).

242 — O acórdão proferido na apelação n. 6.124 (n. 241) aludiu a um dos casos, em que se deve considerar que a alienação de bens se fez em fraude da execução, isto é, quando a alienação foi feita depois da penhora ou proximamente a ela, devendo-se entender que a alienação foi feita nas proximidades da penhora, quando o credor tinha execução aparelhada, em virtude de sentença passada em julgado.

Verifica-se outro caso de alienação fraudulenta, quando o possuidor dos bens tinha razão para saber que pendia demanda e outros bens não tinha o executado por onde pudesse pagar.

O primeiro caso, de alienação depois da penhora, não se verificou, porque, penhorados os imóveis hipotecados em 1915, foram eles adjudicados ao exequente.

Não tendo sido suficientes esses bens para o seu integral pagamento, o exequente fez, em 1924, segunda penhora em outros bens, que lhe não tinham sido hipotecados e que o executado já havia alienado a terceiro em 1919 e 1921, alienação essa que o exequente alegava ter sido feita em fraude da execução.

O S. T. F., em confirmação da sentença de primeira instância, julgou procedentes os embargos opostos por aquele terceiro, porque a alienação de bens, que não estavam hipotecados, nunca poderia ser considerada em fraude da execução.

Desses bens o devedor podia dispor livremente.

Se é lícito admitir que o credor quirografário possa atacar uma alienação, a pretexto de ser fraudulenta, outro tanto não poderá fazer o credor hipotecário, que, na própria hipoteca, tem a garantia completa de seu crédito.

O segundo caso de alienação fraudulenta não se verificou igualmente, por falta do requisito que lhe é essencial — a ciência, por parte do adquirente, de que o executado não possuía outros bens com que pudesse pagar, tendo ele, ao contrário, razão para presumir que os bens hipotecados eram mais que suficientes para o pagamento integral do exequente (*Arq. Jud.* 12-259).

243 — Uma outra suposta alienação de bens em fraude da execução foi a que se atribuiu à D. Sophia Armond de Mello Franco.

D. Sophia vendeu ao Dr. Silvio Martins Teixeira o direito que tinha à meação no inventário de seu marido, Joaquim de Mello Franco.

Tendo verificado o comprador que a vendedora fora condenada a pagar avultada importância, em virtude de execução movida contra ela e o espólio de Joaquim de Mello Franco, propôs ação para anular a cessão da herança e para reaver os 40 contos de réis, importância da compra. Obteve sentença favorável.

Em execução dessa sentença, o Dr. Silvio alegou que os únicos bens que a executada possuía, eram os que lhe caberiam por herança de sua mãe, a condessa de Prados, mas que a executada, para fraudar a execução, confessara ser devedora de avultada importância ao espólio da referida condessa, a cujos herdeiros foram partilhados os bens que deviam caber à executada.

Por isso, o exequente promoveu a execução, não só contra Dona Sophia, como também contra os herdeiros da condessa, embora não ouvidos na ação.

Eles embargaram a penhora, feita em terras da fazenda Santa Sofia, que o exequente dizia lhes ter sido alienada em fraude da execução.

O acórdão, em confirmação da sentença de primeira instância, julgou que a execução pode ser promovida contra o possuidor de bens alienados em fraude da execução, embora ele não tenha figurado na ação, mas que, em verdade, não houve a fraudulenta alienação, como se alegava, não só porque a fazenda Santa Sofia não foi nem podia ter sido partilhada a D. Sophia, como porque, tendo a condessa de Prados acionado o espólio do seu genro Mello Franco, representado pela viuva deste, a referida dona Sophia, foi esta de fato condenada ao pagamento de avultada quantia, que foi imputada inteiramente no quinhão da devedora, no inventário da condessa, com aquiescência de todos os herdeiros e com observância do art. 1.800 do Código Civil (*Rev. For.*, 60-38; *Arq. Jud.*, 25-103 e *Jur.*, 2.º-592).

244 — Aludiu-se, em o número precedente, a uma ação de cobrança, que fora proposta pela condessa de Prados contra o espólio de seu genro, Joaquim de Mello Franco, representado por sua viuva e filha D. Sophia e D. Cecília Armond de Mello Franco.

Fui também o relator desse caso, objeto da apelação n. 3.064, onde se julgou que o genro da condessa de Prados, tendo lançado mão de apólices da dívida pública, confiadas à sua guarda, como

procurador de sua sogra, era responsável pelo pagamento da importância das mesmas apólices, assim como pelo saldo de uma conta corrente, devidamente assinada pelo devedor e fazendo, portanto, prova contra este.

A importância a cujo pagamento D. Sophia foi condenada confere com a que foi mencionada na ação proposta pelo Doutor Silvio Teixeira.

N. 3.064 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre a condessa de Prados, como apelante, e Manoel Pinto Oliveira Chaves e outros, como apelados.

A condessa de Prados propôs contra o espólio do comendador Joaquim de Mello Franco, representado por sua viúva e filha D. Sophia Armond de Mello Franco e D. Cecília Armond de Mello Franco, contra a firma comercial em liquidação, Joaquim Mello Franco, na pessoa do liquidante, Manoel Pinto de Oliveira Chaves, ação ordinária para cobrar, não só a quantia de 150:000\$00, proveniente de cento e cinquenta apólices federais de um conto de réis, de que Mello Franco lançou mão, dentre as seiscentas apólices que tinha em seu poder para recebimento de juros, como também para cobrar a de 50:926\$046, reduzida no curso da ação a 40:926\$046 (fls. 141), proveniente do saldo credor da conta corrente, que a autora mantinha com a firma mencionada.

Rejeitada a exceção de incompetência de Juízo, a viúva meeira contestou a ação, alegando, preliminarmente, que é nulo o processo, por ser nula a citação com hora certa, que se lhe fez, e por ter sido acionado o espólio, quando a ação devesse ter sido intentada, individualmente, contra os sucessores do finado, uma vez que a partilha já estava concluída.

De meritis, alegou a ré que, se seu marido lançou mão das 150 apólices, que se achavam sob sua guarda e as caucionou em garantia de dívida individual, segundo alega a autora, só o poderia ter feito com procuração desta, o que deve constar da Caixa de Amortização, único meio pelo qual se pode fazer a prova do fato alegado, e não por meio de carta do liquidante da firma, que se suicidou, talvez por não poder prestar contas de sua gestão.

Que os bens particulares do finado comerciante não podem ser executados por dívida de sua casa comercial, enquanto não for apurada a respectiva liquidação, estando, aliás, prescrito o direito da autora.

A sentença de primeira instância, desprezando a alegação de nulidade, julgou não provada a ação, porque pelo documento de fls. 199 (que é um ofício do inspetor da Caixa de Amortização) ficaram destruídos os fundamentos do pedido, pois esse documento autoriza pelo menos duvidar das afirmações da autora — de que possuía seiscentas apólices em poder do inventariado e de que cento e cinquenta foram por ele caucionadas e vendidas em proveito próprio — não podendo o valor do referido documento ser nulificado pelas contas invocadas no pedido da autora.

O documento de fls. 199 não é de valor decisivo para o julgamento da improcedência da ação, na parte relativa ao pedido de 150 contos de réis. Este documento não diz que a condessa de Prados nunca possuiu apólices na Caixa de Amortização; não diz também que Joaquim de Mello Franco (seu genro, segundo consta dos autos) não fosse procurador dela e, nessa qualidade, tivesse feito qualquer transação relativamente às mesmas apólices. Diz, pelo contrário, que a condessa possuía 500 apólices de um conto de réis, que foram transferidas ao Banco Nacional Brasileiro por seu procurador, Joaquim de Mello Franco, e que atualmente ela possui 427 apólices de um conto de réis,

não constando, porém, que destas ou de outras quaisquer tivesse feito caução, por si ou por seu procurador.

A diferença, portanto, entre as alegações da autora e a informação da Caixa de Amortização consiste, apenas, no número das apólices e no destino que lhes dera o procurador. Para o caso, porém, pouco importa que ele as tivesse caucionado ou transferido.

O que é essencial saber é se de fato o procurador lançou mão de 150 apólices das que em número superior a 150 (sejam 600 ou 500) a autora possuía na Caixa de Amortização. A solução em sentido afirmativo é autorizada pela prova.

Aí estão, em primeiro lugar, as contas correntes de fls. 7 a 12, das quais consta o lançamento no crédito da autora de 15:000\$0, pelo recebimento, em cada semestre, dos juros de suas apólices, o que significa que estas eram, precisamente, 600, o que aliás está declarado na conta de fls. 7, esta e as demais assinadas por Joaquim de Mello Franco.

Na carta de fls. 14, escrita à condessa de Prados, pelo liquidante da firma, Antonio Guimarães, este comunica que, dando balanço do que existia no escritório, encontrara um pacote, contendo 450 apólices averbadas em nome da condessa, e que da conta corrente constava o recebimento de juros de 600 apólices, faltando, portanto, 150, cujos juros, entretanto, eram pagos semestralmente.

Em a carta de fls. 144, o Dr. João Francisco Barcellos confirma a declaração do liquidante, e no balanço de fls. 125 está creditada à autora a importância de 150 contos, valor de 150 apólices a lhe serem entregues.

Quanto ao segundo pedido de 50:926\$046, saldo da conta corrente de folhas 13, que a autora reduziu a 40:926\$046, confessando ter recebido dez contos, a prova também está feita.

O saldo devedor consta da conta de fls. 7 a 12, cuja verificação judicial era desnecessária, uma vez que se acha a conta assinada pelo próprio devedor Mello Franco. Não se contestou a autenticidade da assinatura, aliás idêntica às de fls. 226 e 227, que estão reconhecidas.

São também do próprio punho de Antonio Guimarães, liquidante da firma, as assinaturas de fls. 13 e 17, uma e outra devidamente reconhecidas.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento à apelação para julgar procedente a ação e condenar os réus ao pagamento de 190:926\$046, juros da mora e custas.

Rio de Janeiro, 20 de abril de 1921. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — G. Natal. — Pedro dos Santos. — Pedro Lessa. — Muniz Barreto. — Leoni Ramos. — Godofredo Cunha. — Viveiros de Castro (*Diário Oficial* de 1921, Rev. 32-144).

245 — Referindo-se o número anterior a desvio de apólices federais por procurador infiel, vem a propósito, por associação de idéias, tornar conhecidas as condições em que o S.T.F. se pronunciou pela responsabilidade da União, quanto ao recebimento de juros de apólices federais por procurador, com procuração falsa, assim como no que respeita à falsidade desses títulos da dívida pública.

Na apelação n. 2.527, o S.T.F. julgou que não pode ser responsável pelo dano sofrido pela União, em virtude de fraude contra ela praticada, o procurador que, tendo recebido juros de apólices federais, por meio de procuração falsa, nenhuma participação

teve na fraude, nem para ela concorreu com culpa de qualquer espécie, pois agira de boa fé diante de um instrumento público, de cuja falsidade não tinha razão para suspeitar.

N. 2.527 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre o respectivo juiz seccional e a União, como apelantes, e Souza Machado & Comp., como apelados.

Alguem, tomando o nome de Carlos Guilherme Rheingantz, dirigiu, em 5 de agosto de 1911, uma carta a Souza Machado & Comp., consultando se eles podiam encarregar-se, e em que condições, do recebimento dos juros vencidos de suas apólices, assim como do processo para serem substituídas as primitivas, que se haviam extraviado.

Os destinatários da carta responderam a 11 do mesmo mês, dizendo que, embora o seu principal ramo de negócio fosse outro — a indústria de chapéus — aceitariam a incumbência, cujo desempenho muitos amigos lhes haviam confiado.

Em vista disso, Souza Machado & Comp. receberam procuração passada em notas do tabelião Antonio Hypolito Medeiros, na qual este e as testemunhas declararam que no cartório tinha comparecido Carlos Guilherme Rheingantz, que eles reconheciam como o próprio.

Com esse documento, Souza Machado & Comp. apresentaram-se na Caixa de Amortização, receberam juros de apólices, na importância de 18:750\$0 e, deduzidas a comissão e despesas, remeteram o líquido de 18:000\$0 por intermédio do British Bank, a Rheingantz, em São Paulo, cumprindo ordens daquele.

Mais tarde, descobriu-se que Rheingantz era falecido desde maio de 1909.

Os próprios Souza Machado & Comp. comunicaram o fato ao ministro da Fazenda, com a declaração de que estavam prontos a restituir ao Tesouro, logo que o ministro o determinasse, a importância recebida. Como, porém, não o tivessem feito, a Fazenda Nacional propôs ação contra eles, a qual foi julgada improcedente, porque os réus nenhuma participação tiveram na fraude cometida, nem para ela concorreram com culpa de qualquer espécie, pois agiram sempre de boa fé, diante de um instrumento público, de cuja falsidade não podiam suspeitar, como não suspeitou a Caixa de Amortização, que pagou prontamente os juros, cujo saldo os réus remeteram, por intermédio de um banco, ao destino indicado pelo suposto proprietário.

Esta sentença foi confirmada pelo acórdão de fls. 142.

O procurador geral o embargou, sem fazer alusão à fraude, mas alegando que houve culpa por parte dos réus na aceitação do mandato e que eles se obrigaram expressamente perante o ministro da Fazenda a restituir a importância indevidamente recebida.

A idéia de fraude, por parte dos réus, está excluída, pois não foi sequer alegada.

Culpa ou negligência, que também obriga à reparação, do dano (art. 159 do Código), não houve igualmente, porque os réus não deixaram de empregar o cuidado, a atenção, que o homem regularmente atento costuma ter em seus negócios.

Eles receberam uma procuração em forma e agiram.

Culpa ou imprevidência teria havido por parte da União, que pagou juros de anos atrasados, sem exigir certidão de vida do possuidor das apólices.

Contra os réus apenas poderia ser aduzido — e o foi — o argumento de que eles se prontificaram a restituir a importância recebida.

O argumento é de ordem simplesmente moral.

Os réus, em consciência, se julgaram devedores.

Mais tarde, em virtude talvez de novos conselhos, resolveram não pagar, abandonando assim o primitivo propósito.

A Justiça não tem meios para obrigá-los ao cumprimento do dever, que eles julgavam apenas de honestidade.

ACORDAM, pois, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, pagas as custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 6 de abril de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *Viveiros de Castro*. — *G. Natal*. — *E. Lins*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Leoni Ramos. — O subsecretário, interino, *Theophilo Gonçalves Pereira*.

(*Diário da Justiça* de 5 de agosto de 1925, *Rev.* 75-86).

246 — No que respeita à falsidade de apólices, julgou o S.T.F., em várias apelações, que é possuidor de boa fé aquele que adquire apólices da dívida pública, por intermédio de corretor de fundos públicos, não podendo, portanto, ser prejudicado pelo fato de se ter verificado posteriormente que tais apólices eram falsas.

N. 2.117 — Vistos, relatados e discutidos estes autos da Capital Federal, apelante, o juiz *ex-officio*; apelado, Antonio Teixeira da Costa.

Este alega que, tendo adquirido, por intermédio de corretor, trinta e cinco apólices federais ao portador, de um conto de réis cada uma, apresentou-se à Caixa de Amortização para receber os juros vencidos no segundo semestre de 1904; que, tendo exibido as próprias apólices, como lhe foi exigido, e voltando mais tarde à Caixa de Amortização, aí lhe disseram que as apólices tinham sido apreendidas, por serem falsas.

Em vista disso, pede que as apólices sejam consideradas como legítimas e a União condenada a lhe pagar os juros vencidos, os que se forem vencendo, e ainda os juros de mora; ou a pagar o valor de um conto de réis da emissão de cada uma delas, os juros vencidos, os que se forem vencendo e os que se vencerem, além dos juros da mora.

O juiz federal da 2.^a Vara julgou procedente a ação e apelou *ex-officio*.

Consistem os fundamentos da decisão em que à ré, União Federal, incumbia a prova da falsidade das apólices, não lhe sendo lícito assumir a posição de parte em Juízo, para apreender administrativamente títulos comprobatórios de sua dívida e decretar-lhes a falsidade.

Nenhuma dúvida pode haver sobre a falsidade das apólices, tanto que os autores do crime já foram condenados no Juízo criminal, na primeira instância, e por sentença do Supremo Tribunal Federal (fls. 41).

ACORDAM, porém, negar provimento à apelação, para condenar a ré a pagar ao autor o valor nominal das apólices e juros respectivos, por ser indubitável a boa fé do autor, que adquiriu essas apólices por intermédio de corretor de fundos públicos, o que constitui garantia não só para a União, como para os particulares.

E' certo, conforme pondera o Sr. ministro procurador geral da República, que o Código Penal, art. 69, letra b, firma o princípio de que o autor do crime responde pela indenização do prejuízo.

Isto, porém, não impede que a União, condenada na ação civil, promova contra o criminoso a indenização do prejuízo, que lhe acarretou a negligência de seu preposto — o corretor.

Custas pela ré, apelante.

Rio de Janeiro, 8 de outubro de 1919. — G. Natal, presidente, *ad-hoc*. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — André Cavalcanti. — Leoni Ramos. — Viveiros de Castro. — E. Lins. — Pedro Lessa. — Sebastião de Lacerda. Fui presente. — Muniz Barreto (*Diário Oficial* de 27 de maio de 1920).

Julgou-se, ainda, que a União é responsável pela indenização da importância de apólices federais e respectivos juros, mesmo que elas sejam falsas, desde que o possuidor as adquiriu de boa fé, manifestada pelo fato de haver comprado tais apólices por intermédio de corretor de fundos públicos (*Diário Oficial* de 28 de outubro de 1922, *Rev.* 46-97, *Jur.* 11-10, *Rev. de Jur. Bras.* 29-19).

Obedecendo à mesma razão de boa fé, embora não se tratando propriamente de falsidade, foi proferido julgamento no sentido de que não é lícito à Caixa de Amortização deixar de reconhecer a propriedade de apólices da dívida pública a quem as adquiriu de boa fé, embora essas apólices já tivessem pertencido a outra pessoa (*Jur.*, 3.º — 625).

IMPOSTOS, EM GERAL

247 — A legislação fiscal é, ordinariamente, obscura.

Dai as interpretações contrárias à Fazenda, atenta a regra de que, sendo a lei obscura ou duvidosa, deve-se-lhe dar interpretação, que seja mais favorável ao contribuinte.

Já não há interesse em discutir, agora, se são, ou não, devidos certos impostos a respeito de cuja cobrança se manifestou divergência entre os julgadores.

Assim, por exemplo, foi objeto de discussão se o imposto sobre dividendos era inconstitucional ou não.

Adotou-se a solução negativa, por quase unanimidade de votos.

O ministro Edmundo Lins votou pela inconstitucionalidade do imposto sobre dividendos, por ser esse o mesmo imposto de indústria e profissão, da exclusiva competência dos Estados, ao passo que o voto vencedor afirmava não ser possível a confusão entre um e outro imposto.

Decidido que o imposto sobre dividendos era constitucional, julgou-se, entretanto, que a ele não estavam sujeitas as sociedades estrangeiras pelos dividendos que distribuíssem no estrangeiro, mas somente pelos que fossem distribuídos no Brasil.

É o que consta dos acordãos proferidos nas apelações números 3.241, 3.528, 3.320 e no agravo n. 5.318 (*Rev.*, 48-140 e 162, 69-465 e *Rev. de Jur. Bras.*, 13-291).

A razão de decidir foi que não havia lei expressa que autorizasse a cobrança do imposto.

A razão, porém, deixou de existir, porque, posteriormente aos julgados, a lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921 e o decreto n. 15.589, de 29 de julho de 1922, sujeitaram ao imposto aludido as companhias e sociedades, com sede no país ou no estrangeiro.

N. 4.814 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Distrito Federal, em que é apelante a Companhia de Seguros Luso-Brasileira "Sagres", sendo apelada a União Federal.

Aquela companhia, sociedade anônima estrangeira, com sede em Lisboa, propôs contra a União Federal a ação sumária do art. 13 da lei n. 221, para o fim de ser declarado nulo, em relação a ela, o decreto n. 15.589, de 29 de julho de 1922, assim como a lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921, alegando que o imposto de renda, de que aí se cogita, não é senão o imposto de indústria e profissão, sendo inconstitucional o mesmo imposto.

A ação foi contestada por negação, tendo a ré, nas razões finais, alegado que a autora não indicou as disposições da lei n. 4.440, que pretende anular, percebendo-se, porém, que ela visou o dispositivo que taxa "os dividendos e quaisquer outros produtos das companhias ou sociedades anônimas e comanditas por ações, tenham tais companhias, sociedades anônimas e comanditas sua sede no país ou no estrangeiro".

Reproduz um parecer, que a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados emitiu contra o projeto do deputado Augusto de Lima, isentando as companhias e sociedades anônimas, com sede no estrangeiro, do imposto sobre dividendos, que não fossem distribuídos no Brasil e fazendo sentir que da doutrina desse parecer não diverge, como pareceria à primeira vista, a jurisprudência do Supremo Tribunal nos acordãos ns. 3.241 e 3.528, pois o que aí se decidiu foi que as companhias em questão estão isentas do imposto sobre seus dividendos, não por serem estrangeiras, mas por não haver, ao tempo da propositura das ações, lei alguma que expressamente taxasse tais dividendos.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente, por não ser o imposto inconstitucional, desde que não recaia sobre as ações das empresas ou companhias, mas sobre os lucros ou rendimentos dos capitais empregados no país, sem fazer distinção entre sociedades nacionais e estrangeiras, o que aliás notará que a jurisprudência do Tribunal não é pela doutrina de ser o imposto sobre dividendos o mesmo imposto de indústria e profissão, pois neste sentido só existe o acordão n. 3.528.

A autora apelou, tendo-se limitado nesta instância a transcrever o citado acordão n. 3.528.

O Supremo Tribunal tem considerado constitucional o imposto sobre dividendos, que se não confunde com o de indústria e profissão.

Tem igualmente julgado que as sociedades estrangeiras estão sujeitas aos impostos sobre dividendos, desde que estes sejam distribuídos no Brasil, não assim quando o forem no estrangeiro (*Rev. do Sup. Trib.*, vol. 49, pág. 140).

No próprio acordão n. 3.528 foi essa a doutrina vencedora.

No caso, porém, a lei e regulamento, que se pretende anular, não autorizam esse julgamento, porque aí são taxados os dividendos e quaisquer outros

produtos das companhias ou sociedades anônimas e comanditas por ações, tenham tais companhias, sociedades anônimas e comanditas sua sede no país ou no estrangeiro, cláusula essa não contida nas leis anteriores.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença; pagas as custas pela apelante.

Rio de Janeiro, 15 de setembro de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator.

(Foram vogais os Srs. ministros Lauro de Camargo, Costa Manso, Octavio Kelly e Ataúlpho de Paiva. Decisão: "Negaram provimento à apelação, unanimemente") (Jur., 19-1).

248 — Discutiu-se igualmente se uma Companhia, que aumentara o seu capital por meio de ações e as distribuira pelos acionistas, estava, ou não, sujeita ao imposto de 5% mencionado no art. 1.º, n. 35, da lei n. 3.446, de 31 de dezembro de 1917.

Na apelação n. 3.753 da Companhia Docas de Santos, o S.T.F. julgou que, na vigência da citada lei n. 3.446, durante a qual se verificou o aumento de capital, por se terem valorizado os bens da Companhia, o imposto não era devido, ou era, pelo menos, duvidoso que o fosse.

Igual julgamento foi proferido na apelação n. 5.843, da mesma Companhia Docas de Santos.

Em outras apelações, porém, como na de n. 3.961, da Companhia Usina Esther, o julgamento variou e eu fui vencido, tendo aduzido, em resumo, os mesmos argumentos que expusera na apelação da Companhia Docas de Santos (Rev. 57-121).

249 — A divergência, porém, desapareceu, porque o imposto se tornou devido, em virtude da lei n. 3.644, de 31 de dezembro de 1918, a que se aludiu na apelação n. 4.096 da Companhia América Fabril e mesmo nas apelações das Docas e da Usina Esther.

N. 4.096 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Distrito Federal, em que é apelante a Companhia América Fabril, sendo apelada a Fazenda Nacional.

Esta propôs ação executiva fiscal contra aquela, para cobrar a quantia de 200:000\$0, proveniente do imposto de 5% sobre dividendo, calculado sobre a quantia de 4.000:000\$0, que, em virtude de resolução adotada pela assembléia geral da Companhia, em sessão de 15 de setembro de 1917, foi distribuída aos seus acionistas, a título de aumento do capital social, em 20.000 ações no valor de 200\$0, cada uma.

A ré, tendo depositado a importância pedida, após embargos ao executivo, alegando que o Sr. ministro da Fazenda Amaro Cavalcanti, decidiu, em grau de recurso da ré, que o imposto não era devido, nas condições em que se efetuara a operação; que decorrido mais de um ano, após essa decisão, foi surpreendida com o despacho de um outro ministro da Fazenda, Homero Baptista, proferido em requerimento da Companhia Docas de Santos, e no qual, tomando resolução extensiva à ré, revogou a decisão anterior, e mandou que fosse a ré

intimada a entrar com o imposto de dividendos sobre a importância do seu aumento de capital; que o imposto não é devido, não só porque já havia a decisão de um ministro, a qual não podia ser revogada pelo outro, como porque a distribuição das mencionadas ações pelos acionistas não se pode considerar como distribuição de dividendos, isto porque, economicamente a distribuição de um dividendo corresponde sempre a um enfraquecimento da caixa, e não há dividendo, que não saia dela ou do acervo social, para o patrimônio individual do acionista; que nada disso ocorreu na hipótese, porque os bens consistentes no aumento que se verificou existiam no patrimônio social, estão incorporados a este patrimônio e nele continuam, não tendo sido tais bens distribuídos aos acionistas nem retirados da caixa nem destacados do fundo social, pois que os sócios receberam, apenas, um título representativo desse aumento verificado no acervo social; que na época em que foi feita a operação vigorava o regulamento aprovado pelo decreto n. 12.437, de 11 de abril de 1917, que não taxava a mesma operação, passível somente do imposto depois de haver sido modificado aquele decreto pelas leis ns. 3.644, de 31 de dezembro de 1918, 3.374, de 7 de janeiro de 1919, e decretos ns. 3.719, de 15 de janeiro de 1919 e 1.497, de 12 de março do mesmo ano; que se a administração julgou necessário introduzir na legislação fiscal esses novos dispositivos é porque os dispositivos anteriores não autorizavam a cobrança do imposto.

A sentença de primeira instância julgou improcedentes os embargos e subsistente a penhora, tendo para isso considerado que é sem alcance a divergência entre os dois ministros da Fazenda, desde que foi abolido o contencioso administrativo. Invoca duas sentenças do falecido juiz Raul Martins, proferidas em favor da Fazenda, sobre casos perfeitamente idênticos. Observa que, se leis posteriores à de 1917, foram mais claras, devem essas leis, dada a controvérsia existente, ser consideradas como interpretativas das anteriores e aplicadas com efeito retroativo, sendo certo afinal que os acionistas tiveram lucro com a operação, nos termos em que foi realizada.

A ré apelou.

O ministro procurador geral limitou-se a juntar cópia de um parecer do consultor geral da República, como o fizera na questão da Companhia Docas de Santos.

ACORDAM dar provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar improcedente o executivo pelos fundamentos constantes do acórdão proferido na apelação n. 3.756 (Docas de Santos), entre os quais predomina o de que a ré aumentou o seu capital em assembleia geral de 15 de setembro de 1917 e a esse tempo vigorava o decreto n. 12.437, de 11 de abril de 1917, em virtude do qual o imposto não era devido, como não o era também pela lei n. 3.446, de 31 de dezembro do mesmo ano.

Só a lei n. 3.644, de 31 de dezembro de 1918, e disposições posteriores criaram o imposto de 5% sobre os dividendos e outros produtos de ações inclusive as importâncias retiradas do fundo de reserva ou de outro qualquer para entrega aos acionistas ou para pagamento das entradas de ações novas e velhas.

Antes da lei de 31 de dezembro de 1918, era pelo menos duvidoso que o imposto fosse devido e é certo que, na dúvida, as leis fiscais devem ser interpretadas estritamente de acordo com o que for mais favorável ao contribuinte. No sentido desta decisão foi também o acórdão proferido em outra apelação, n. 5.843, da mesma Companhia Docas de Santos.

Custas pela apelada.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator (*Jur.* 18-379).

250 — Questionou-se, também, se é devido o imposto de transmissão de propriedade do imóvel com que o acionista da sociedade anônima entra para a formação do respectivo capital.

O S.T.F. julgou, na apelação n. 4.297, que o imposto não é devido, por se tratar de transferência excepcional, sendo neste sentido a doutrina e a jurisprudência.

Eu assinei o acórdão, com a declaração, porém, de que o fazia, somente pelo segundo fundamento — o que invocava a jurisprudência do Tribunal (*Rev.* 56-127).

251 — Em um caso do Estado de São Paulo, expliquei a declaração aludida, ponderando que não há lei expressa a respeito e que o próprio S.T.F. julgara, anteriormente, que os Estados podem decretar o imposto, não como de transmissão de propriedade, ou equivalente, mas como imposto especial, o que significava que, havendo, como havia no Estado de São Paulo e no de Minas, lei expressa em sentido contrário à jurisprudência, esta não podia prevalecer.

E reproduzi o voto vencido que proferira, quando desembargador no Tribunal da Relação de Minas, julgando que o imposto era devido.

O voto é o seguinte (*Diário da Justiça* de 14 de agosto de 1931, *Rev. de Crit. Jud.*, 8.º 477, *Rev. de Jur. Bras.*, 2.º 234):

O acórdão do Supremo Tribunal, proferido a 13 de junho de 1923, na apelação n. 4.297, do Estado da Bahia, julgou que é regra do nosso direito e do de quase todos os povos cultos que a entrada ou prestação feita por acionista para a formação ou aumento do capital de uma sociedade anônima, consistente em bens de raiz, não importa transmissão de sua propriedade, mas transferência excepcional do imóvel com o direito de co-propriedade entre os sócios.

E o acórdão cita, como reguladoras da espécie, a lei, a doutrina e a jurisprudência (*Rev. do Sup. Trib. Fed.*, vol. 56, pág. 127).

Conforme a minha declaração expressa no acórdão, eu o assinei, apenas, pelo segundo fundamento, isto é, a jurisprudência do Supremo Tribunal, fundada na doutrina, aliás não pacífica, a que ele se refere, pois não há lei expressa sobre o caso, tanto que o acórdão alude a argumento deduzido dos dispositivos que invoca.

O próprio Supremo Tribunal, em acórdão de 2 de dezembro de 1918, apelação n. 3.331, admite que os Estados podem decretar o imposto, não como de transmissão de propriedade, ou equivalente, mas como imposto especial sobre a entrada de bens, como capital nas sociedades anônimas (*Rev. do Sup. Trib.*, vol. 18, pág. 311).

Isto quer dizer que, havendo, como há no Estado de São Paulo e no Estado de Minas Gerais, lei expressa em contrário à jurisprudência, esta não pode prevalecer.

Pela legalidade da cobrança do imposto, já eu havia julgado no Tribunal da Relação de Minas, como se vê do meu voto vencido no acórdão daquele Tribunal, de 12 de maio de 1913.

É este o voto, como se acha publicado na *Rev. Forense*, vol. 20, pág. 289, *in fine* :

"O art. 17 do decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, permite que o capital dos acionistas de sociedade anônima seja constituído em bens, coisas ou direitos, com o valor em que forem estimados por louvados.

Usando dessa faculdade, os sócios Antonio Linhares Guerra e outros entraram para a constituição da sociedade anônima "Companhia Fabril da Pedreira" com os maquinismos, moveis, imoveis, semoventes, matéria prima, drogas, anilinas e tudo mais quanto constituía o ativo social da extinta firma Andrade Guerra & Comp., de que eles faziam parte.

Lavrada neste sentido a escritura de 1 de outubro de 1912, e constituída definitivamente a sociedade "Companhia Fabril da Pedreira", a Fazenda do Estado propõe contra ela ação executiva fiscal para cobrar a quantia de réis 5:293\$980, correspondente ao imposto de 3% de transmissão *inter-vivos*, novos e velhos direitos e adicionais sobre 136:466\$0, importância de transmissão dos imoveis, maquinismo e acessórios.

Feita a penhora, veio com embargos a ré, alegando que Linhares e outros nada transferiram, alienaram ou venderam, mas fizeram, apenas, uma entrada em bens, como o permite a lei, para a constituição da companhia, não estando essas entradas sujeitas ao pagamento do imposto exigido, porque o decreto estadual n. 1.798, de 11 de março de 1905, art. 56, n. 7, reproduzindo o dispositivo do art. 26, § 6.º, do decreto n. 5.581, de 31 de março de 1874, consagrou expressamente a isenção do tal imposto, de acordo, aliás, com a doutrina e jurisprudência dos tribunais.

A ação foi julgada improcedente.

O art. 56, n. 7, do citado decreto estadual, que é de fato reprodução do art. 23, § 6.º, do decreto de 1874, declara que são isentos de imposto de transmissão *inter-vivos* os contratos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os sócios.

Logo, verificada a transmissão, o imposto será devido.

Ora, é de lei expressa que a entrada de bens, nas condições expostas, constitui uma verdadeira transmissão, tanto que o art. 236, § 4.º, do decreto número 370, de 1890, sujeita à transcrição, para valer contra terceiros, a "transferência que o sócio faz de um imóvel à sociedade como contingente para o fundo social".

A esse respeito diz Lafayette, comentando igual dispositivo do regulamento de 1865: "A sociedade mercantil constitui uma pessoa moral ou jurídica, distinta das pessoas dos sócios; portanto, enquanto a sociedade subsiste, os sócios não tem sobre o fundo social, nem direito de propriedade, nem de compropriedade; quem tem a propriedade é a sociedade" (*Coisas*, vol. 1.º, pág. 142, nota 6 ao § 51, n. 5).

No que respeita, particularmente, às sociedades anônimas, a transmissão feita pelos sócios não é provisória, mas definitiva.

O imóvel sai do patrimônio deles para a sociedade, de modo que, dissolvida esta, o sócio não tem direito de reaver os bens com que entrou, mas tão somente o de receber, em dinheiro, a parte do capital correspondente ao número de suas ações e os dividendos respectivos.

Diante da lei, que é expressa, não podem prevalecer arestos e opiniões em contrário, sendo mesmo inútil, a meu ver, a lei n. 546, de 19 de setembro de 1912, dispondo no art. 25 que "a isenção a que se refere o art. 56, n. 7, do decreto n. 1.798, de 11 de março de 1905, não compreende os imoveis com que os acionistas das sociedades anônimas entraram para a formação do respectivo capital".

Parece-me útil a consideração de que os acionistas não vendem, nem transferem ou alienam imóvel, mas apenas entram com este para a formação de

seu capital na sociedade. E a sutileza é tanto mais inaceitável quanto o artigo 50, n. 2, e tabela anexa ao citado decreto n. 1.798 esclarecem que o imposto de transmissão *inter-vivos* é devido — das compras e vendas, arrematação, adjudicação, dação em pagamento e atos equivalentes, de imóveis, quer por sua natureza, quer por seu destino, quer pelo objeto a que se aplicam.

Não tem procedência a alegação de que, em todo caso, o imposto só seria devido pela transmissão do imóvel e não dos móveis e acessórios, porque para a "Companhia Fabril da Pedreira" passaram todos os bens da extinta sociedade Andrade Guerra & Comp., e, quando se trata de transmissão simultânea, de imóveis e móveis, ainda que estes não sejam reputados imóveis por direito, o imposto será cobrado, na razão da taxa dos bens de raiz, sobre o valor ou preço total (art. 52).

Assim, dou provimento à apelação, para julgar a ação procedente".

Por último, o S.T.F. julgou, unanimemente, em acórdão de 30 de agosto de 1933, que não é inconstitucional a lei paulista, que exige o pagamento do imposto de transmissão de propriedade do imóvel com que o acionista da sociedade anônima entra para a formação do respectivo capital (*Jur.* 9.º-374).

252 — Discutiu-se, ainda, se é, ou não, inconstitucional o imposto cobrado pela União sobre a renda de imóveis rurais e urbanos.

Julgou-se que não é inconstitucional, porque não se confunde o imposto que os Estados decretam sobre esses imóveis — o que é objeto de sua exclusiva competência — com o imposto que a União pode decretar sobre a renda produzida pelos mesmos imóveis.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado de S. Paulo, entre Maria Guilhermina de O. Alves, como agravante, e a Fazenda Nacional, como agravada.

Esta propôs ação executiva fiscal contra aquela, para cobrar a quantia de 116:288\$0, proveniente de principal e multa por infração do art. 115 do decreto n. 17.390, de 26 de julho de 1926.

Feita a penhora, a ré opôs embargos, alegando que nenhum direito assiste à Fazenda para lhe cobrar qualquer quantia, a título de imposto sobre a renda, pois os rendimentos que a embargante auferir são produzidos exclusivamente:

a) pela exploração agrícola das fazendas que possui no município e comarca de Piratininga, do Estado de São Paulo;

b) pela locação de dois prédios na Capital.

Isto quer dizer que os rendimentos auferidos pela embargante são produzidos exclusivamente por imóveis rurais e urbanos; e, para decretar ou cobrar impostos que recaiam sobre estes, falcia competência à Fazenda Federal, *ex-vi* do art. 9.º, n. 2, da Constituição, pois, segundo demonstrou Azevedo Marques, comentando recente decisão do Supremo Tribunal Federal, impostos sobre imóveis rurais e urbanos são evidentemente impostos que oneram imediatamente a produtividade desses imóveis.

Recentemente, continua a embargante, o Supremo Tribunal julgou, em 19 de dezembro de 1928, no agravo n. 4.676, que é inconstitucional o imposto federal sobre a renda de imóveis rurais e urbanos.

Quando assim não fosse, a ré de fato nada deve, a título de imposto sobre a renda, porque, em face dos arts. 30 e seu parágrafo e 31 do decreto número 17.390, de 26 de julho de 1926, era facultado à ré optar pela sua tributação na base do seu rendimento real, verificado pela sua escrituração regularmente feita. Ora, nos exercícios de 1927 e 1926, que são os cobrados, pois os demais foram pagos, a embargante nada tinha a pagar, porque nos anos anteriores, 1926 e 1925, ela não teve receita superior à sua despesa.

Quando, porventura, devesse alguma quantia, essa nunca seria a cobrada, que representa a importância do imposto, acrescida de 60% de multa, mas deveria somente a quantia de 15:640\$0 para os dois exercícios.

A sentença de fls. 111 julgou não provados os embargos a procedente a ação, porque, pelo art. 9.º, n. 2, da Constituição, é vedado à União lançar imposto sobre imóveis, não se devendo confundir capital com renda, nem imposto sobre imóveis com imposto sobre renda.

E' muito natural, segundo João Barbalho, continua a sentença, que pertença a cada Estado o direito de taxar sobre o solo, que constitui o seu território, e sobre o que nele se edifica, e o imposto sobre a renda não recai direta ou indiretamente sobre o solo ou sobre o prédio, mas sobre os lucros que porventura deles provenham.

A inconstitucionalidade de uma lei só poderá ser decretada, quando patente, e não está neste caso a de que se trata.

A executada, prossegue a sentença, foi várias vezes, convidada para prestar esclarecimentos sobre os seus rendimentos. Não tendo acedido ao convite, a Repartição fez *ex-officio* os lançamentos relativos aos exercícios de 1926 e 1927, e assim, qualquer defesa, que não consista na alegação de pagamento ou prescrição da dívida, não pode ser atendida.

Mesmo que assim não fosse, a conclusão do laudo de fls. 54 vinha demonstrar que são inaceitáveis as alegações da executada de que não tivera, nos exercícios de 1926 e 1927, receita superior à despesa e que só deveria, quando muito, a quantia de 15:640\$0.

São estas as considerações da sentença, de que a executada agravou, com fundamento no art. 3.º da lei n. 5.449, de 16 de janeiro de 1928.

O ministro procurador geral opinou pela confirmação da sentença agravada, de acordo com recente decisão do Supremo Tribunal, de 5 de setembro de 1930.

Efetivamente, o Supremo Tribunal julgou no agravo n. 5.085, daquela data, nos seguintes termos:

"O imposto sobre a renda de imóveis não contraria qualquer preceito constitucional.

O art. 9.º, n. 2, da Constituição diz que é da competência exclusiva dos Estados decretar imposto sobre imóveis rurais e urbanos.

Trata-se, porém, no caso, de imposto sobre a renda que os imóveis produzem.

Não é possível confundir-se um imposto com outro.

Um existe tão somente pela propriedade da coisa; outro, pelos proventos que a coisa produz.

Esta interpretação, que é dada por alguns dos nossos escritores, é autorizada pelo elemento histórico, quer da Constituição de 1891, quer da Reforma Constitucional, sendo que, ao ser discutida, foi rejeitada emenda ao art. 12, que clareou o assunto, por ser tal acréscimo desnecessário e inútil".

Pelos fundamentos desse acórdão e da sentença agravada, cujas considerações são, em geral, aceitáveis, menos na parte em que diz não ser admitida qualquer defesa, que não se funde na alegação de pagamento ou prescrição

da dívida, ACORDAM negar provimento ao agravo e confirmar a sentença agravada; pagas as custas pela agravante.

Rio de Janeiro, 8 de abril de 1931. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator e presidente (*Rev. de Jur. Bras.*, 12-141).

Os embargos opostos ao acordão foram rejeitados (*Rev. de Jur. Bras.*, 12-148).

Na publicação se diz, apenas, que foram vencidos os ministros Rodrigo Octavio e Soriano de Sousa, mas não existem os votos destes, não se sabe como votaram os demais juizes, nem quais foram eles.

A falta de esclarecimentos na publicação do primeiro acordão é absoluta.

Em todo caso, num voto do ministro Eduardo Espinola se faz a indicação dos votos favoráveis e contrários à constitucionalidade do imposto sobre a renda de imóveis rurais e urbanos. Por eles se vê que ficou prevalecendo a primeira corrente favorável à cobrança do imposto (*Rev. de Jur. Bras.*, 13-50).

IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE APÓLICES

253 — Como se acabou de ver (número anterior), prevaleceu a doutrina da constitucionalidade do imposto sobre a renda de imóveis rurais e urbanos.

É oportuno verificar, agora, se é, ou não, devido o imposto de renda sobre juros de apólices federais.

O S. T. F., em uma série considerável de acordãos, julgou que o imposto não era devido.

Assim, por exemplo, nos agravos ns. 5.385 (*Jur.* 2.º-706); 5.838 (*Jur.* 7.º-473 e *Arq. Jud.*, 28-136); 5.839 (*Jur.* 13-829, *Arq. Jud.* 28-10, *Rev. de Jur. Bras.* 21-77 e 31-20); 5.950 (*Jur.* 15-90 e *Arq. Jud.*, 28-148), etc.

Devo esclarecer que não tive voto nesses julgamentos, porque foram presididos por mim, no impedimento do presidente efetivo.

Se me fosse permitido votar naquelas ocasiões, te-lo-ia feito de acordo com os votos, então manifestados, sem divergência.

254 — Hoje, porém, se ainda fizesse parte do S. T. F., o meu voto seria diferente, à vista do art. 26 do decreto-lei n. 1.168, de 22 de março de 1939, que assim dispõe: "O imposto de renda incide sobre os juros de apólices da dívida pública, qualquer que seja a data da emissão, salvo expressa concessão, por lei, da imunidade fiscal".

255 — Está fora de controvérsia a necessidade de observância desse dispositivo, como o do art. 27, assim concebido :

"Estão sujeitos ao imposto de renda todos quantos recebam vencimentos dos cofres públicos, federais, estaduais ou municipais, inclusive os membros da Magistratura da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre e, bem assim, os funcionários de estabelecimentos autônomos".

Surpreendeu-me, por isso, que o S.T.F. houvesse concedido mandado de segurança a magistrados estaduais, para isentá-los do pagamento do imposto de renda sobre os seus vencimentos, com manifesta inobservância da lei.

E maior foi o meu espanto, quando li que constituiu objeto de reparo, por parte de alguns juizes do S.T.F., o ato do Presidente da República declarando sem efeito a decisão do mesmo Tribunal, por ser contrária ao interesse nacional.

Não havia motivo para reparo, porque o ato do Presidente da República estava plenamente justificado, em face do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 10 de novembro de 1937.

Aí se diz que os tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

E o parágrafo único acrescenta :

"No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento ; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

Ora, "enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União" (art. 180 da Constituição).

O Parlamento não se achava reunido, nem se reuniu até agora. Portanto, foi legítimo o ato do Presidente da República, que tinha e tem ainda atribuição para legislar.

Motivo para reparo haveria na ocasião em que a Constituição foi decretada.

Poder-se-ia, então, dizer que a Constituição era má, porque retirava do S.T.F. a função, que ele tinha, de intérprete máximo da mesma Constituição. (*)

Mas ninguém dirá que não esteja em vigor essa Constituição. Foi em virtude dela que saíram do S.T.F. vários juizes, cujos lugares estão sendo ocupados pelos que foram nomeados em substituição.

(*) Vide nota à letra g do Prefácio.

256 — De resto, nem mesmo se poderá considerar que o citado art. 27 do decreto-lei seja inconveniente, porque, se os juizes federais sempre pagaram imposto de renda sobre os seus vencimentos, não era justo que os juizes estaduais continuassem isentos desse pagamento.

Aliás, eu, que também acompanhava a jurisprudência sobre a isenção do pagamento do imposto por funcionários estaduais, passei a julgar que o imposto se tornara devido, desde o aparecimento do decreto n. 17.390, de 26 de julho de 1926, art. 1.º, onde se declara expressamente que o imposto de renda recairá sobre quem possuir rendimentos provenientes de ordenados, subsídios, emolumentos, gratificações, bonificações, remunerações sob qualquer título e forma contratual.

E assim julgou o S. T. F., por acórdão de 10 de maio de 1933, aliás reformado em embargos, contra o meu e o voto de outros juizes, à vista do art. 10 da Constituição de 1891, que proibia a tributação de serviços a cargo dos Estados.

N. 5.819 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado da Baía, em que é recorrente o juiz *ex-officio*, e é recorrido o Dr. Rogério Gordilho de Faria.

A Fazenda Nacional propôs ação executiva contra o Dr. Rogério Gordilho de Faria, para cobrar a quantia de 795530, de imposto sobre a renda e multa do exercício de 1928, conforme lançamento suplementar em sua declaração n. 1.983, lançamento feito nos termos do decreto n. 17.390, de 26 de julho de 1926.

O réu embargou, alegando que o lançamento suplementar se refere ao subsídio de deputado estadual no ano de 1927; que da declaração que fez da sua renda excluiu o subsídio de deputado estadual, porque o subsídio não constitue renda sobre que deva recair o respectivo imposto e que, sendo este de origem federal, não pode abranger o exercício de função pública estadual.

O procurador seccional declarou que deixava de impugnar os embargos, por entender que o subsídio de deputado estadual não constitue renda profissional para o efeito do imposto, mormente tratando-se de lançamento suplementar a quem já contribuiu por taxaões de renda de outra natureza.

O juiz julgou procedentes os embargos, não porque não sejam rendas os vencimentos de funcionário público e os subsídios de deputado, pois subsídios, vencimentos, diárias, gratificações, emolumentos, são diversas modalidades de salários sujeitos à tributação, mas porque, ao tempo em que foi lançado o autor, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal isentava de impostos de renda não só os vencimentos dos funcionários e empregados, como a remuneração por qualquer serviço a cargo do Estado.

O juiz recorreu *ex-officio* e o ministro procurador geral opinou pelo provimento do recurso.

Dispõe o art. 1.º do decreto n. 17.390, de 26 de julho de 1926 :

"O imposto de renda recairá sobre quem possuir rendimentos derivados das origens : 1.ª categoria... 2.ª categoria... 3.ª categoria... — ordenados, subsídios, emolumentos, gratificações, bonificações, pensões, remuneração sob qualquer título e forma contratual".

O subsídio está, portanto, expressamente compreendido na tributação da qual nem os próprios magistrados, com vencimentos irredutíveis, estão isentos, conforme o art. 72, § 32, da Constituição: "As disposições constitucionais assecuratórias da irredutibilidade de vencimentos civis ou militares, não isentam da obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei".

ACORDAM dar provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida e julgar a ação procedente.

Custas pelo recorrido.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.* 16.669).

257 — No julgamento da apelação n. 5.759, em que se considerou que os vencimentos de um juiz estadual estavam isentos de qualquer tributação por parte da União, por se tratar de serviço a cargo dos Estados e porque, além disso, a tributação equivalia a uma diminuição daqueles vencimentos, contra o preceito constitucional que os considera irredutíveis, eu estrevi o seguinte:

"Nunca me pareceu que fosse questão líquida, expurgada de qualquer dúvida, a da irredutibilidade de vencimentos de juizes estaduais, como garantia de sua independência.

Julgando, há muitos anos, em Minas, a causa de um juiz de direito, que tivera os seus vencimentos reduzidos por lei do Estado, eu considerei que as garantias, asseguradas pela respectiva Constituição ao Poder Judiciário, consistiam na vitaliciedade e na inamovibilidade, tanto que, tendo o art. 57 da Constituição Federal estabelecido a vitaliciedade para os juizes federais, acrescentou superfluo, se na vitaliciedade do cargo já estivesse compreendida a irredutibilidade dos vencimentos.

Não tendo a Constituição do Estado nem a lei orgânica da sua magistratura cogitado da irredutibilidade dos vencimentos dos juizes estaduais, a estes não pode ser extensivo o preceito do art. 57, § 1.º, da Constituição Federal, que determina que os vencimentos dos juizes federais não poderão ser diminuídos, por ser doutrina corrente que as leis de exceção devem ser entendidas restritamente.

Ao argumento de que a irredutibilidade de vencimentos é, como a vitaliciedade e inamovibilidade, uma condição de independência de todos os juizes, eu respondi que, no meu conceito, a principal garantia de independência dos juizes de direito estava no modo da investidura desses juizes, isto é, o concurso para a primeira nomeação, e a antiguidade absoluta para o acesso ao Tribunal Superior, porque o que mais contribui para enfraquecer a independência do juiz é a promessa de acesso por merecimento, cuja apreciação, em regra, depende exclusivamente das boas graças do poder executivo.

O quantum dos vencimentos, com as reservas então estabelecidas, não constitui elemento de independência do Poder Judiciário, porque, disse eu, "tão independente pode ser o juiz bem remunerado como o que disponha de vencimentos mais modestos".

E acrescentei: "Adotando a profissão, a que ninguém o obriga, e que é, por via de regra, solicitada com empenho, o candidato entra para a carreira judicial conhecendo uma tabela de vencimentos, e de acordo com esta, se lhe parecer minguada, procurará regular suas despesas, vivendo com mais ou menos conforto, ou mesmo sem conforto algum, mas sem sacrificar a sua independência, que é garantida, principalmente, pela integridade do caráter".

Considerou-se, por ocasião do julgamento a que me estou referindo, como agora também se considera, que a redução dos vencimentos poderia ser de tal ordem que tornaria ilusória a garantia da vitaliciedade, desde que os vencimentos pudessem ser estipulados a dez réis mensais ou a cento e vinte réis anualmente.

Retorqui que o argumento é irrisório, porque o poder público, que reduzisse por tal forma os vencimentos dos juizes, faltaria à sua missão, seria intencional, praticaria abuso inominável, com o qual não se poderia argumentar.

Vários atos legislativos e executivos tem descido à especificação dos juizes cujos vencimentos não podem ser diminuídos, mas em nenhum deles se faz referência aos juizes estaduais.

O último dos atos aludidos é o decreto n. 15.944, de 27 de janeiro de 1923, expedido para execução do art. 1.º, n. 49, da lei n. 4.625, de 31 de dezembro de 1922. Ali se declara que estão isentos do imposto sobre vencimentos os membros do Supremo Tribunal Federal e os magistrados federais, os desembargadores, juizes e pretores da Justiça local do Distrito Federal e os juizes do território do Acre, em vista do art. 57, § 1.º, segunda parte, da Constituição Federal.

Como quer que seja, o Supremo Tribunal tem estabelecido, e neste sentido eu mesmo já transigi, que a irredutibilidade dos vencimentos dos juizes federais é extensiva aos juizes estaduais, como garantia de independência do Poder Judiciário.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte prescreve que os juizes federais receberão uma remuneração, que não poderá ser diminuída — durante a permanência no cargo.

A Constituição Argentina contém a mesma disposição.

No Brasil, porém, não é assim. A irredutibilidade dos vencimentos dos juizes federais brasileiros não foi adotada, ao que parece, para lhes garantir a independência, porque o art. 57, § 1.º, da Constituição dispõe simplesmente que os seus vencimentos não poderão ser diminuídos e não exige para isso que eles permaneçam no exercício do cargo.

Por esse motivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal é uniforme em garantir a irredutibilidade dos vencimentos dos ministros e juizes federais, mesmo depois de aposentados.

Mas conforme já ficou dito, o Supremo Tribunal tem ampliado a irredutibilidade dos vencimentos aos juizes estaduais, o que constitui, no seu conceito, uma garantia de independência do poder judiciário, e como a independência dos poderes políticos é um princípio constitucional da União que os Estados não podem violar (Constituição, art. 62), concluo o mesmo Tribunal que "os vencimentos dos magistrados não podem ser diminuídos, nem diretamente, por meio de uma lei especial visando esse objetivo, nem indiretamente, por meio de um imposto que, aumentado ou repetido à vontade, conduza ao mesmo resultado" (*Rev. For.*, vol. 9.º, pág. 370, e vol. 11, pág. 429).

De acordo com essas idéias, os desembargadores Miranda Montenegro, Muniz Barreto, Ataúlpho de Paiva e outros, assim como vários juizes de direito do Distrito Federal, propuseram ação ordinária para lhes ser restituída a importância indevidamente deduzida de seus vencimentos, a título de imposto, diminuindo-os, assim, contra o disposto no art. 57, § 1.º, da Constituição Federal.

A ação foi julgada procedente, porque, embora os autores não fossem juizes federais, tinham contudo as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, as quais são comuns a todos os magistrados (*O Direito*, vol. 111, pág. 322).

Mas, se é verdade que, na vigência da Constituição de 1891, estava firmado, por jurisprudência invariável do Supremo Tribunal, que, por serem

irredutíveis os vencimentos dos juizes federais ou estaduais, não poderiam eles ser diminuídos, nem diretamente, por lei, nem indiretamente, por meio de algum imposto, também é indubitável que essa garantia, estabelecida pela Constituição, podia ser suprimida por uma outra disposição constitucional, certo, como igualmente o é, que as isenções de impostos podem ser revogadas pelo poder que as concedeu, sem que isso importe ofensa a direito adquirido.

Foi o que fez a Reforma da Constituição, declarando no art. 72, § 32, que "as disposições constitucionais, assecuratórias da irredutibilidade de vencimentos civis ou militares, não excluem da obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei".

Justificando a emenda, de que resultou o novo dispositivo, ponderou o parecer da comissão dos 21, na Câmara dos Deputados: "Não é lícito a quem quer que seja eximir-se do onus de concorrer para as despesas indispensáveis à manutenção do Estado. Como o exercício de alguns cargos é protegido pela irredutibilidade de vencimentos, se tem entendido não poderem ser atingidos pela taxaço dos detentores desses cargos. A emenda n. 6, reconhecendo a necessidade de garantir, a certa ordem de funcionários, a legítima recompensa dos serviços que prestam e considerando os libertos da incidência de impostos especiais que os alcancem, sujeita-os, entretanto, à obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei. São assim defendidas as suas regalias e, ao mesmo tempo, assegurados os interesses superiores do Tesouro Público" (*Documentos Parlamentares — Revisão Constitucional*, vol. 1.º, págs. 259 e 328).

Tenho, pois, como indubitável que os vencimentos dos juizes podem ser alcançados pelos impostos, a que todos estão sujeitos, o que não é propriamente uma redução desses vencimentos, mesmo admitindo-se que os vencimentos dos juizes estaduais não podem ser reduzidos. A hipótese de baixar a redução a 10 ou 120 réis é gratuita, atingiria a todos os contribuintes, juizes ou não, e justificaria uma revolução contra o poder, que tivesse a loucura de decretar semelhante redução.

Em doutrina, é possível sustentar que os vencimentos dos juizes não podem ser taxados: não em face da Reforma Constitucional, pois o que ela quis e deixou expresso, de modo iniludível, foi justamente sujeitar os vencimentos dos juizes à taxaço, suprimindo-se o que se diria ser uma odiosa desigualdade, por estarem isentos os juizes dessa contribuição, contra o preceito constitucional, que estabelece a igualdade de todos perante a lei.

Apenas uma objeção é cabível. A lei que criou o imposto de renda é de 1925. Mas é de setembro de 1926 a Reforma Constitucional, que sujeitou os juizes ao pagamento dos impostos gerais criados em lei e dos quais até então os mesmos juizes eram considerados isentos.

Parece-me, pois, necessária a promulgação de uma lei posterior, que declare extensivo aos juizes o imposto de renda criado por lei anterior à Constituição Federal.

Dir-se-á que não há necessidade dessa lei, porque já consignaram o imposto de renda as leis anuais do orçamento para os exercícios subsequentes ao de 1926.

Não me parece procedente a objeção, porque as leis de orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados (art. 34, § 1.º).

Orá, as leis de orçamento, posteriores à que instituiu o imposto de renda, apenas calcularam a importância do imposto a ser cobrado, mas não dizem nem podiam ter dito que os juizes estão sujeitos a esse imposto.

Só pelo motivo, pois, de ser a lei do imposto de renda anterior à Reforma Constitucional e não haver depois desta outra lei declarando que os juizes estão sujeitos àquele imposto, nego provimento à apelação.

Devo acrescentar que, depois da Reforma Constitucional a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados é um dos princípios constitucionais especificados no art. 6.º, n. 2, letra i, da Constituição (*Rev. de Jur. Bras.*, 1.º-277).

258 — No julgamento da ação proposta pelo ministro Geminiano da Franca (apelação n. 5.914), reafirmei que os vencimentos dos juizes, indistintamente, podiam ser alcançados por impostos gerais criados por lei, na forma do art. 72, § 32, da Constituição.

Assinei o acordão de 4 de janeiro de 1929, dizendo: "Limitar-me-ia a subscrever o voto do ministro Heitor de Souza, que provavelmente o lançaria nos autos, se não tivesse ocorrido hoje (11 de janeiro) o fato lamentavel do seu repentino falecimento.

Subscreveria, sem qualquer declaração, aquele voto, porque ele coincidiu com o que eu havia proferido anteriormente na apelação n. 5.759 de Santa Catarina.

O saudoso ministro Heitor de Souza fez depender, como eu, a cobrança do imposto de renda de uma lei posterior a que instituira o mesmo imposto.

Já que se tornou impossível o lançamento do voto do ilustrado colega falecido, reporto-me à parte final do voto que emiti na citada apelação n. 5.759, de Santa Catarina. (N. 257).

(*Rev. de Jur. Bras.*, 3.º, 283; *Arq. Jud.*, 12-361; *Rev. For.*, 55-259; *Pandectas*, 7.º, 277, 2.ª parte).

E fica, por esta forma, conhecido o modo por que julguei essas reclamações de juizes estaduais e federais.

O meu desejo natural de ver cercada de prestigio a classe a que pertencia, nunca foi ao ponto de imaginar para ela uma situação privilegiada, uma exceção odiosa, como seria a de não pagar impostos a que todos estão sujeitos.

Constituição de 1891, art. 10

259 — O art. 10, da Constituição de 1891 dispõe o seguinte:

"É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente".

A Reforma Constitucional de 1926 reproduziu literalmente o dispositivo.

Pela Constituição de 1934, art. 17, X, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios — tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a proibição às concessões de serviços públicos, sem que fique proibida a cobrança de taxas remuneratórias, devidas pelos concessionários dos mesmos serviços.

A Constituição de 1937, art. 32, c, diz que é vedado à União, aos Estados e aos Municípios — tributar bens, rendas e serviços um dos outros, tendo acrescentado, no parágrafo único, que "os ser-

viços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial".

Por força do dispositivo das Constituições anteriores à de 1937, além de cláusulas expressas de contratos com a Municipalidade do Distrito Federal, tem sido uniforme a jurisprudência de que a *Light and Power* está isenta de impostos municipais, relativamente aos serviços públicos, de que é concessionária, não podendo, portanto, a União tributar tais serviços, nem se justificando a tributação pelo fato de estar a União autorizada a arrecadar o imposto de indústria e profissão, para com este fazer face a despesas com os serviços da Municipalidade.

E' o que consta dos acordãos nas apelações ns. 5.680, 5.704 e 5.705 e nos agravos ns. 5.721 e 5.431.

O acordão na apelação n. 5.680 é o seguinte:

N. 5.680 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível do Distrito Federal, em que é apelante The Rio de Janeiro Light and Power Company Limited e é apelada a Fazenda Nacional.

Esta propôs ação executiva contra aquela, para cobrar a quantia de réis 102.063\$000, proveniente de imposto de indústria e profissão, lançado sobre várias casas situadas em diferentes ruas desta cidade, em as quais a ré tem oficinas, depósito de electricidade, materiais e carris de ferro.

A ré embargou o executivo, alegando que não é lícito à União sujeitá-la ao pagamento daquele imposto, que é da exclusiva competência dos Estados e do Distrito Federal, por força do art. 9.º da Constituição; que, pelo art. 2.º da lei de 20 de setembro de 1892, "pode o Conselho Municipal decretar todos os impostos que não forem da privativa competência da União", e por isso a Municipalidade do Distrito Federal incluiu como receita sua, nos dois primeiros orçamentos posteriores à lei de 1892, os impostos de transmissão de propriedade e de indústria e profissão, tendo arrecadado este último nos anos de 1893 e 1894; que de 1895 em diante não mais arrecadou esse imposto, nem o de transmissão de propriedade, porque essa arrecadação passou a ser feita pelo Governo da União para fazer face às despesas com os serviços da Municipalidade a cargo da União, conforme dispunha a lei orçamentária n. 265, de 24 de dezembro de 1894, confirmando o que já vinha estabelecido na lei n. 191-A, de 30 de dezembro de 1893, onde se declarava que, por conta da arrecadação dos impostos de indústria e profissão e de transmissão de propriedade, do Distrito Federal, seriam feitas todas as despesas com a Justiça, a Polícia e o Corpo de Bombeiros, ficando exonerada a Municipalidade de contribuir para essas despesas; que o imposto de indústria e profissão, pelo fato de ser até hoje arrecadado pela União, não perdeu, segundo acentuou o Supremo Tribunal Federal (*Revista*, 18-451 e 29-90), o seu caracter eminentemente municipal, em face do art. 9.º, n. 4, da Constituição e das leis n. 191-A, de 30 de dezembro de 1893, art. 6.º, e n. 265, de 24 de dezembro de 1894, art. 8.º, que reconhecem à União o poder, apenas, de arrecadar o imposto; que, em virtude dos contratos celebrados com a Municipalidade, em 20 de maio de 1905 e 25 de junho de 1907, a ré ficou expressamente isenta de quaisquer impostos municipais, como se vê das cláusulas 18 e 46, e que esta isenção ficou consignada em contratos anteriores, relativos à viação urbana da Capital, como o de 30 de agosto de 1890, cláusula 16; que as concessões originais de todas as empresas de viação urbana do Distrito Federal, notadamente da Companhia Jardim Botânico, Vila Isabel, São Cristóvão e Carris Urbanos, as três últimas pertencentes

atualmente à ré, foram outorgados pelo Governo do Império, com a mais ampla isenção de direitos aduaneiros e de impostos de qualquer natureza, e no antigo regime eram da competência do Governo Imperial os impostos de indústria e profissão, dos quais estavam isentas todas as empresas de bondes.

Contestando os embargos, o procurador da República alegou que, ao tempo em que foi celebrado o contrato de 30 de agosto de 1890, o poder de tributar o imposto de indústrias e profissões competia à União, que assim continuava a usar de uma prerrogativa do Governo central no extinto regime (decreto número 9.870, de 22 de fevereiro de 1888, decreto n. 86, de 24 de dezembro de 1889); que, embora o direito de decretar esse imposto tivesse sido outorgado ao Distrito Federal pela lei ordinária n. 85, de 20 de setembro de 1892, art. 2.º, nada impedia que o Congresso Nacional confiasse sua arrecadação à União, como o fez pelo art. 5.º da lei n. 265, de 24 de dezembro de 1894, uma vez que ao Governo federal incumbia prover sobre serviços locais, nos termos do art. 34, n. 30, da Constituição, e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal (Rev., 18-451 e 29-90); que nos arts. 7.º e 9.º a Constituição discriminou as rendas entre a União e os Estados, e não entre a União e o Distrito Federal (Rev., 56-III, 59-79 e 60-121), e enquanto este Distrito não se converter em Estado federado, por efeito da mudança da Capital (Constituição, art. 3.º, parágrafo único), sua situação é a de um território sujeito ao regime que lhe prescrever o Congresso Nacional, de modo que este, deferindo à União a arrecadação do imposto de indústria e profissão, não transgrediu preceito algum constitucional, mas reservou ainda ao Conselho competência para instituí-lo e modificar-lhe as taxas, o que de maneira alguma afeta a forma do lançamento peculiar, no caso, não ao poder que cria o imposto, mas ao que o aplica e arrecada (decreto n. 1.178, de 16 de janeiro de 1904, art. 1.º, § 4.º); que não tendo o Distrito Federal, ao tempo da assinatura do contrato, competência sequer para criar esse imposto, renda então da União, não podia isentar a ré do pagamento do mesmo imposto.

A sentença de primeira instância julgou improcedentes os embargos, inteiramente de acordo com a impugnação do procurador, cujas palavras chegou mesmo a reproduzir fielmente. A ré apelou.

O imposto de indústria e profissão não é federal, como resulta inequivocamente dos arts. 7.º e 9.º da Constituição: aquele, mencionando os impostos, que à União compete exclusivamente decretar, entre os quais não se compreende o de indústria e profissão; este, determinando que é da competência exclusiva dos Estados decretar os impostos que especifica, entre os quais o de indústrias e profissões.

Se o imposto não é federal, mas estadual, falece competência à União para decretá-lo, porque essa competência é exclusiva do Estado, ao qual, para esse efeito, como para os efeitos da jurisdição e competência, é equiparado o Distrito Federal, enquanto não se efetua a mudança da Capital.

Neste sentido é o acórdão unânime do Supremo Tribunal, de 4 de agosto de 1920, quando considera que "a posição do Distrito Federal em face da União, em tudo o que respeita à competência para criar impostos, é semelhante à dos Estados diante da mesma União" (*Revista do Supremo*, 29-90).

Por conseguinte, a União Federal não podia decretar o imposto de indústria e profissão, que pretende cobrar da ré.

E' certo que ela está encarregada de arrecadar esse imposto por disposição expressa do art. 5.º da lei n. 265, de 24 de dezembro de 1894, assim concebido: "O Governo da União continuará a arrecadar os impostos de transmissão de propriedade e de indústria e profissões no Distrito Federal, para com eles fazer face a despesas com os serviços da Municipalidade, atualmente a cargo da União, e com a metade das despesas que por lei compete à mesma Municipalidade."

Findo o exercício, o Tesouro liquidará as contas desses serviços e entregará o saldo, se houver, à Municipalidade do Distrito Federal, ou receberá desta a diferença entre a arrecadação e o total das despesas feitas".

Mas, conforme acentuou o citado acórdão de 4 de agosto de 1920, aliás invocado sem proveito pela União e pela sentença apelada, a lei autoriza simplesmente a arrecadação do imposto pela União, e jamais a criação desse imposto, por ela, que não tem absolutamente direito de tributar serviços municipais, de que é concessionária a ré.

A tributação de tais serviços seria da competência exclusiva do Estado, ou do Distrito Federal, no caso a ele equiparado.

Mas a Municipalidade do Distrito Federal celebrou com a ré os contratos de 20 de maio de 1905 e 25 de junho de 1907, para o serviço de fornecimento de energia elétrica e de bondes.

Nesses contratos a ré ficou expressamente isenta de pagamento de quaisquer impostos municipais.

Eis o que dispõem as cláusulas 18 e 46:

"Cláusula 18. O contratante e a sociedade ou empresa legalmente organizada, a quem este contrato, seja transferido, não serão sujeitos durante a sua vigência a quaisquer onus, contribuições ou impostos municipais de qualquer natureza que sejam, além dos estipulados nas cláusulas 29, 30 e 31 deste contrato".

"Cláusula 46. Durante o prazo da concessão, as companhias ou empresas ficarão isentas de todos os impostos, onus ou contribuições municipais, não previstos neste contrato, não obstante estarem sujeitos a satisfazer a formalidades exigidas pelas leis e decretos municipais que lhes forem aplicáveis".

Ninguém contestará que sejam serviços públicos municipais os que foram concedidas à ré, porque assim os considera o decreto n. 199, de 6 de fevereiro de 1890, art. 1.º: Compete à administração municipal da Capital da República dos Estados Unidos do Brasil prover sobre os serviços relativos às linhas de carris urbanos e telefones compreendidos na área do respectivo município e seu termo.

Art. 2.º Serão de ora em diante exercidos pela referida administração os direitos do Governo, provenientes dos contratos em vigor, concernentes aos aludidos serviços".

Se não por conseguinte serviços públicos municipais os da concessão da ré, não podia a União tributá-los, porque, pelo art. 10 da Constituição, "é proibido aos Estados tributar bens e rendas federais, ou serviços a cargo da União e reciprocamente".

Logo, não pode a União tributar serviços a cargo do Estado, ou da Municipalidade, a que se estende a proibição, conforme ensinam João Barbalho e Aureliano Leal, em comentário ao citado art. 10.

Não procede a objeção de que, não tendo o Distrito Federal, ao tempo da assinatura dos contratos — 20 de maio de 1905 e 25 de junho de 1907 — competência para criar o imposto, não tinha também competência para isentar a ré do respectivo pagamento.

E não procede porque, pelo decreto n. 199, de 6 de fevereiro de 1890, compete à administração municipal da Capital Federal prover sobre os serviços relativos às linhas de carris urbanos e telefones compreendidos na área do respectivo município e seu termo.

E pelo contrato de 30 de agosto de 1890, cláusula 16, já a companhia estava isenta de impostos municipais, exceto o de licença de obras.

Portanto, a isenção abrangia os impostos então existentes e os futuros, porque o contrato não faz distinção entre uns e outros, não isentou determinados impostos, mas de impostos municipais, quaisquer que eles sejam, presentes ou futuros, excetuando apenas o de licença para obras.

Além disso, as primitivas concessões feitas no tempo do Império às Companhias Jardim Botânico, Vila Isabel, São Cristóvão e Carris Urbanos, já fo-

ram isentas de quaisquer impostos, inclusive o de indústria e profissão, o qual era então da competência do Governo imperial.

Pelo exposto, ACORDAM dar provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar improcedente a ação executiva.

Custas pelo apelado.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 1931. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relatores.

(Jur., 2.º, 556).

O acórdão n. 5.705 reproduz, em resumo, os fundamentos do de n. 5.680 a que faz referência. (Jur., 18-535 e Arq. Jud., 36-338).

O acórdão no agravo n. 5.721 está fundamentado como o que foi proferido na apelação n. 5.680. (Jur., 5.º, 363).

Fui vencido no agravo n. 5.431 e vencedor no julgamento dos embargos opostos ao respectivo acórdão. (Jur., 13-396).

Em voto que proferiu sobre o mesmo assunto, o ministro Rodrigo Octavio transcreveu integralmente os acordãos por mim redigidos no agravo n. 5.721 e na apelação n. 5.680. (Jur., 9.º, 207).

Não consta que tenha sido publicado o acórdão proferido na apelação n. 5.704.

260 — Fui voto vencido na apelação n. 4.725, em que julguei que, por força do art. 10 da Constituição Federal, o Banco de Crédito Real de Minas Gerais estava isento de pagar quota de fiscalização, por ser esse um serviço estadual. (Jur., 15-687).

Em embargos ao acórdão foi adotado o voto vencido (Jur. 17-51), também adotado na apelação n. 4.671, cujo acórdão se segue:

"N. 4.671 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de Minas Gerais, entre o Banco de Crédito Real de Minas Gerais, como embargante, e a Fazenda Nacional, como embargada.

Esta propôs ação executiva fiscal contra aquele, para cobrar a quantia de 7:500\$000, proveniente de quotas da fiscalização de sua Matriz e da Agência na Capital do Estado de São Paulo dizendo-se infringido o art. 42, § 1.º, do regulamento anexo ao decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921.

O réu alegou, em defesa, que é um estabelecimento de crédito de que é acionista o Estado de Minas Gerais, como possuidor de mais de dois terços das respectivas ações e constitui, por força da lei mineira n. 740, de 15 de setembro de 1919, um serviço estadual, estando assim isento de contribuição, ex-vi do art. 10 da Constituição Federal; que, tendo feito a declaração constante do art. 24, parágrafo único, do citado decreto n. 14.728, estava isento de fiscalização e da obrigação de pagar a respectiva quota, além de que não operava em cambiais. A sentença de primeira instância rejeitou os embargos e condenou o réu.

Tendo este apelado, foi a sentença confirmada pelo acórdão de fls. 59, que o réu embargou.

ACORDAM receber os embargos, para, reformando a sentença apelada e o acórdão embargado, julgar improcedente a ação executiva.

O art. 10 da Constituição Federal dispõe: "É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais, ou serviços a cargo da União, e reciprocamente". Ora, o art. 3.º da lei do Estado de Minas, n. 740, de 15 de setembro de 1919, estabelece: "O Banco de Crédito Real de Minas Gerais, suas agências e

correspondentes, no exercício de suas funções bancárias, constituem serviço estadual, enquanto executar os contratos que tem com o Estado, e o cargo de presidente deste estabelecimento for de nomeação do Governo". Logo, está o banco isento de contribuição.

Não colhe a consideração da sentença apelada de que a quota de fiscalização não é imposto, mas taxa; porquanto, qualquer que seja a denominação dada ao onus — imposto, taxa, tributo, etc. — é ela uma contribuição, como são coisas equivalentes — ordenado, subsídio, vencimentos, soldo, etc.

Procede igualmente a alegação fundada no art. 24, parágrafo único, do citado decreto n. 14.728, que diz que não serão renovadas as concessões existentes, se os concessionários, por declaração expressa e apresentada à Inspeção dentro de três meses, se não submeterem aos preceitos estabelecidos, inclusive o do recolhimento da quota de fiscalização. Ora, o banco, embargante, fez a declaração de que se não submetia às disposições do decreto. Logo, não é obrigado ao pagamento de quota de fiscalização, desde que à fiscalização não está sujeito. Custas pela embargada.

Rio de Janeiro, 21 de abril de 1932. — *E. Lins*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, designado para redigir o acórdão.

(*Diário da Justiça* de 29 de agosto de 1932).

261 — Julgou-se, no recurso extraordinário n. 2.452, ainda a propósito do art. 10 da Constituição Federal, o seguinte: preliminarmente, que o caso era de recurso extraordinário, porque foi contestada a validade do ato do governo do Estado, que tributara os prédios da recorrente, São Paulo Railway, e a decisão do Tribunal do Estado julgara válido o ato impugnado; de *meritis*, que a empresa particular, que explora serviço público no Estado, em virtude de concessão federal, está isenta de imposto predial, *ex-vi* do artigo 10 da Constituição Federal, que proíbe aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União.

"N. 2.452 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, em que é recorrente The São Paulo Railway Company Limited, sendo recorrida a Fazenda do Estado de São Paulo.

Esta propôs ação executiva contra aquela, para cobrar a quantia de réis 62:779\$900, proveniente de imposto predial, adicional e multa, que deixou de pagar no exercício de 1927.

A ré opôs exceção de coisa julgada, alegando (fls. 5) que já tem sido, por inúmeras vezes, acionada pela autora, afim de pagar impostos prediais, como na hipótese, e que a sua defesa, no sentido de estar isenta de toda e qualquer tributação, estadual ou municipal, como consequência da natureza de seus serviços e do disposto no art. 10 da Constituição Federal — a sua defesa tem sido sempre acolhida pela Justiça do Estado, com a confirmação do Supremo Tribunal Federal.

A sentença de primeira instância não admitiu a exceção da coisa julgada e considerou subsistente a penhora, sob a consideração de que, sendo a executada uma empresa particular, não pode, na ausência de cláusula expressa em contrário, furtar-se ao pagamento de impostos gerais, acobertada por uma regalia, que a lei só estabelece em favor dos bens e rendas federais ou serviços a cargo da União (fls. 22 v.).

A ré agravou, oferecendo as longas razões de fls. 23 v. e seguintes.

A 4.^a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou, por maioria de votos, a exceção de coisa julgada, e deu provimento ao agravo, unanimemente, para julgar a ação improcedente.

Considerou que não ocorreu a coisa julgada, com a qual não se confunde o conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido, constituindo jurisprudência sobre determinada tese jurídica.

Falta no caso a identidade de coisa ou título, visto como os impostos cobrados em cada exercício diferem sempre dos atinentes a outros exercícios pelos respectivos lançamentos (fls. 37 v.).

Quanto ao mérito, julgou a 4.^a Câmara (fls. 58) que as empresas que exploram serviços públicos no Estado, mediante concessão da União, gozam da isenção fiscal estatuida no art. 10 da Constituição Federal, conforme os argumentos aduzidos no caso da Fazenda do Estado contra *The Western Telegraph Company Limited* (Revista dos Tribunais, 77-305).

A Fazenda do Estado interpôs recurso de revista, para se proceder a julgamento conjunto da mesma 4.^a Câmara, com a 3.^a, em vista da divergência das decisões por elas proferidas (fls. 58).

Deferido o pedido, as Câmaras Conjuntas julgaram procedente a revista, para o fim de cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeira instância, porque a Constituição, no art. 10, proíbe aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviço a cargo da União, e reciprocamente. Mas os prédios sobre os quais recaiu o imposto cobrado não são bens federais, não se trata de tributação de rendas federais, nem o imposto é referente a serviços a cargo da União. Os prédios pertencem à recorrida, que arrecada as respectivas rendas e explora, em seu interesse, serviço de viação a que estão ligados os mesmos prédios, não havendo disposição de lei que isente a ré do pagamento do imposto cobrado. A disposição invocada constitui exceção à regra geral e só abrange os casos que especifica, na forma do art. 6.^o da Introdução do Código Civil.

Desta decisão a ré interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 59-60, § 1.^o, letra b, da Constituição. O ministro procurador emitiu parecer a folhas.

ACORDAM tomar conhecimento do recurso, em face da disposição invocada. Foi contestada a validade do ato do Governo do Estado, que tributou os prédios da recorrente e a decisão do Tribunal do Estado julgou válido o ato impugnado.

— Não tem o Supremo Tribunal de pronunciar-se sobre a alegação de coisa julgada, da qual não cogitou a decisão recorrida, circumsrita à legalidade do imposto. Essa legalidade já tem sido, por vezes, objeto de discussão e julgamento.

A recorrente junta certidão de sentença, proferida pelo juiz da primeira instância, de São Paulo, em ação proposta pela Fazenda do Estado, contra a São Paulo Railway Company Limited, para cobrança de imposto predial, correspondente ao exercício de 1910. O juiz julgou que os prédios sobre que recaiu o imposto pertencem à Estrada de Ferro e são dela dependência, aplicados exclusivamente ao seu serviço, não estando em tais condições sujeitos a imposto de qualquer natureza, por parte do Estado ou do município, por se tratar de uma empresa de concessão federal, nos termos do art. 10 da Constituição (folhas 11 v.). Esta sentença foi confirmada, por seus fundamentos, por acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmado por outro acórdão, em que se repetiu que os prédios tributados são necessários aos serviços da ré, e, sendo esta uma empresa de concessão federal, tais prédios estão isentos de impostos, criados pelo Estado, de acordo com o art. 10 da Constituição Federal (fls. 11 v. e 12).

Mesmo no Supremo Tribunal julgou-se recentemente, no recurso extraordinário n. 2.342, recorrente a mesma São Paulo Railway e recorrida a Fazenda do Estado, que o imposto predial não é devido, (fls. 100 e v. seguinte). Apenas se negou provimento ao recurso da recorrente, porque no caso não se tratava de imposto, mas de taxa, de esgotos, que se considerou diferente de imposto predial, aliás, contra o voto de dois juizes. No tocante, porém, à cobrança do imposto predial, estiveram todos de acordo em que a empresa está

isenta do respectivo pagamento, por força do art. 10 da Constituição, da doutrina dos tratadistas e da jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que as empresas de obras públicas de concessão federal e mesmo os salários de seus empregados estão cobertos pela isenção do art. 10 da Constituição, conforme o acórdão de 15 de janeiro de 1931, no recurso extraordinário n. 2.202 (*Diário Oficial* de 28 de dezembro de 1931).

Dão, pelo exposto, provimento ao recurso, para restabelecer o acórdão da 4.^a Câmara, a fls. 58, que julgou a recorrente isenta do imposto, e para julgar improcedente a ação executiva.

Custas pela recorrida.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

(*Jur.*, 13-477).

Hipóteses idênticas foram discutidas nos recursos extraordinários ns. 1.486, 1.581 e 1.617.

Mas, nesses casos, não se conheceu do recurso: com fundamento na letra *a*, art. 59, § 1.^o, da Constituição, porque se alegava não ter sido aplicado o art. 10 da mesma Constituição, quando precisamente nesse artigo se fundara a decisão recorrida; com fundamento na letra *b*, porque fora contestada a validade do ato do governo do Estado, e a decisão do Tribunal local, ao invés de considerar válido o ato impugnado, pelo contrário o invalidou (*Rev.*, 31-163; *Jur.*, 3.^o, 117; *Rev.*, 64-102).

262 — Convém registrar que do citado recurso extraordinário n. 1.581 não se tomou conhecimento unanimemente, porque fora aplicado o art. 10, invocado.

Eu também não conheci do recurso, por esse motivo, e ainda pelo de haver sido apresentado fora do prazo legal. Mas o Tribunal não aceitou esse fundamento, pelo qual também votou o ministro A. Ribeiro, e considerou que a apresentação do recurso se fizera em tempo oportuno, embora depois de decorrido o prazo legal, contado do termo do mesmo recurso, porque, depois desse termo, foi o recurso recebido por despacho do presidente do Tribunal recorrido, e desse despacho se contava o prazo para a apresentação do recurso na instância superior.

Essa razão de decidir me pareceu manifestamente ilegal.

Contra ela fiz no acórdão a seguinte declaração:

"Não conheci do recurso extraordinário, não só pelo fundamento do acórdão, como pelo fundamento que este repeliu — o de ter sido o recurso tomado por termo a 14 de março de 1922 e apresentado a 15 de junho seguinte, fora do prazo legal de três meses, estabelecido pelo art. 7.^o, § 2.^o, da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921.

O Sr. ministro procurador geral da República não achou procedente a preliminar, porque, diz ele, embora tomado por termo o

recurso a 14 de março, foi ele recebido por despacho de 15, devendo daí ser contado o prazo.

E' manifesto o engano, que o acordão perfilhou, porque "o prazo para a apresentação contar-se-á da data do termo da interposição do recurso", conforme a disposição expressa da lei n. 221, artigo 53, e do decreto n. 3.084, parte 3.^a, art. 745.

Não importa que, depois de haver deferido a petição e mandado tomar por termo o recurso, o presidente do Tribunal de São Paulo houvesse recebido o mesmo recurso, porque, tomado este por termo, ao presidente já não seria lícito recebê-lo ou deixar de o receber, como por muitas vezes tem julgado o Supremo Tribunal, a propósito mesmo de recursos extraordinários do Estado de São Paulo". (*Jur.*, 3.^o, 118).

Ainda uma observação: As notas taquigráficas dizem que "não conheceram do recurso extraordinário, por não ser caso dele, contra o voto do Sr. ministro Edmundo Lins, e por não ter sido apresentado dentro do prazo legal, contra os votos dos Srs. ministros HERMENEGILDO DE BARROS e Arthur Ribeiro". (*Jur.*, cit., pág. 121).

Quanto ao segundo fundamento das notas, o que ocorreu foi exatamente o contrário do que elas anunciam.

CONDITIO INDEBITI

263 — De haver sido pago imposto, que não era devido, resulta para quem o pagou o direito de pedir, por meio da *conditio indebiti*, restituição da quantia paga indevidamente.

Mas para isso é preciso que o imposto tenha sido pago voluntariamente, por erro.

Se não se provou, nem sequer foi alegado, que a pessoa pagou o imposto, sabendo que ele não era devido, a ação de repetição do indébito será julgada procedente, como se verificou na apelação número 5.800. Julgou-se aí que são extensivos às empresas ou companhias organizadas para a exploração da indústria metalúrgica os favores concedidos à Itabira Iron e à Companhia E. F. Vitória a Minas, para a construção e exploração de altos fornos, estando compreendida entre esses favores a isenção da taxa de 2 %, ouro, pela importação do material.

A Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira pediu a restituição dessa taxa, que havia pago indevidamente. E como nenhuma alegação se fizera de que a reclamante pagara cientemente, certa de que a taxa não era devida, a União foi condenada a restituí-la.

"N. 5.800 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível do Distrito Federal, em que são apelantes o juiz da 3.^a Vara, *ex-officio*, e a União, e apelada, a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira.

A Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, sociedade anônima, com sede em Belo Horizonte, propôs ação ordinária contra a União, para que esta seja

condenada a lhe restituir a quantia de 23:533\$820, correspondente à taxa de 2 %, ouro, destinado às obras do porto desta Capital, taxa calculada sobre o valor oficial do material importado pela autora e que esta pagou indevidamente à ré durante os exercícios de 1924 a 1926. Alega a autora que pagou o que não devia, porque, em virtude do contrato que celebrou com o Governo federal, em 8 de janeiro de 1924, ficou isenta dos impostos de importação e de expediente durante o prazo de 40 anos, para maquinismos e materiais, assim como de todos os impostos federais que porventura incidirem sobre a construção, ampliação e exploração das usinas e suas dependências.

A Fazenda alegou, em defesa, que a taxa de 2 %, ouro, não está compreendida na isenção pretendida pela autora, porque essa taxa tem um fim especial e não pertence à União, mas à companhia que explora os serviços do porto, com a qual a União também tem contrato.

A sentença de primeira instância julgou que a isenção compreende a taxa aludida, à vista de decisões administrativas e judiciárias, mesmo deste Tribunal, e condenou a ré na forma do pedido, que é não só de restituição da quantia paga, como das que anteriormente tenham sido ou de futuro venham a ser cobradas, e não mais cobrar a referida taxa, além dos juros da mora.

O ministro procurador geral da República opinou pela reforma da sentença.

A lei n. 4.246, de 6 de janeiro de 1921, tornou extensivos a quaisquer empresas ou companhias, que se organizassem no país, para a exploração da indústria metalúrgica, os favores concedidos pelo art. 53, n. 24, da lei número 3.991, de 5 de janeiro de 1920, à Itabira Iron e à Companhia Estrada de Ferro Vitória a Minas para a construção e exploração de altos fornos.

Pelo decreto n. 16.103, de 18 de julho de 1923, o Governo da República concedeu à autora os favores constantes do decreto n. 12.244, de 30 de março de 1918, e do art. 1.º da citada lei n. 4.246, para o desenvolvimento da indústria siderúrgica nas suas propriedades em Sabará. Lavrou-se, em consequência, o contrato de 8 de janeiro de 1924, que isentou a autora de impostos de importação e de expediente, bem como de todos os impostos federais, que porventura incidirem sobre a construção, ampliação e exploração das suas usinas e dependências.

Apesar da isenção concedida para a exportação de seus maquinismos, e material, a autora pagou a taxa de 2 % ouro (fls. 34), sobre o valor do material importado, a qual está compreendida na isenção, por se tratar de importação, que é o imposto que a mercadoria estrangeira paga pelo ato de sua entrada no país, não podendo ser ela entregue nem incorporada à riqueza nacional, sem que o pagamento tenha sido efetuado.

A denominação que se dá à contribuição — taxa, imposto, tributo, etc., ou o fim a que ela se destine — para formar renda da União, ou para um determinado serviço — não tira ao imposto o seu verdadeiro caráter de imposto de importação, como é a taxa de 2 %, ouro, sem cujo pagamento a mercadoria não é entregue ao importador. Neste sentido já o Tribunal julgou nas apelações ns. 2.603 (fls. 43), e 1.634.

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença para condenar a ré à restituição das quantias pagas, com juros da mora, e a não mais cobrar a referida taxa.

Custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1932. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

(Jur., 1.º, 710; Rev. de Jur. Bras., 17-192).

264 — Se, porém, o imposto foi pago, sabendo quem o pagou que ele não era devido, neste caso não lhe assistirá direito à repetição do indébito.

Assim o julgou o juiz federal da 2.^a Vara de Belo Horizonte, por sentença de 2 de abril de 1928, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Não me consta que tenha havido publicação a respeito.

265 — Julgou-se, entretanto, de modo diverso, na apelação n. 5.462.

A São Paulo Railway propôs ação contra a Fazenda Nacional, para o fim de ser esta condenada a lhe restituir importância proveniente de impostos sobre dividendos, que pagara indevidamente, por não poderem ser tributados tais dividendos distribuídos pela autora aos seus acionistas em Londres. O Supremo Tribunal Federal deu-lhe razão.

Eu, porém, julguei que a restituição era indevida, porque só compete ao que voluntariamente pagou o indevido, *incumbindo-lhe a prova de tê-lo feito por erro*, na forma do art. 965 do Código Civil, o que se não verificava, na espécie, porque a autora pagara o imposto, com a declaração expressíssima de que sabia não ser o mesmo devido.

O acordão objetou que, em se tratando de impostos, domina a regra — *solve et repete*.

Pague o suposto devedor e, depois, vá reclamar o que pagou indevidamente.

Mas, julgar por essa forma é julgar contra a disposição expressa do art. 965 do Código, além de sobrecarregar a parte com despesa inútil.

O meu voto, na parte concernente ao assunto, é o seguinte:

"...Mas a autora pede a restituição do que pagou, indevidamente, sem ter provado que fez o pagamento voluntariamente, por erro, como expressamente o exige o art. 965 do Código Civil. Ao contrário, a autora pagou, sabendo que não devia, como se vê claramente dos autos.

Com efeito, em 30 de junho de 1916, ela declarou em Juízo que, "em face das leis em vigor, não está absolutamente sujeita a impostos sobre os dividendos que distribue..." mas que "vai pagar o imposto, *si et in quantum*, com o protesto, porém, de reaver o que houver de pagar para tal fim, bem como o que já tem despendido com anteriores pagamentos" (pág. 24).

Fez iguais protestos em 25 de novembro de 1916, 4 de maio de 1917, 25 de novembro de 1918, etc., etc., a págs. 34, 43, 66, 73, 79 e 85.

Depois intimada para fazer a matrícula, nos termos do decreto n. 12.437, de 11 de abril de 1917 declarou que não estava sujeita a impostos sobre dividendos e sobre *debentures* e seus juros, mas que o fazia sob protesto (pág. 53).

Esse voto foi apoiado pelo eminente ministro Costa Manso. (*Jur.*, 11-725).

No julgamento dos embargos ao acórdão, continuei vencido, tendo acentuado que, na própria sessão do julgamento desses embargos, o Supremo Tribunal Federal julgara no sentido do voto vencido, o que se verificou na apelação n. 3.053 do Estado da Bahia, (*Jur.*, 11-715).

Fui também vencido no julgamento da apelação n. 2.026, como o fora o ministro Pedro dos Santos, em voto brilhante e persuasivo. (*Rev.*, 39-132).

265-A — Julgou-se, em 5 de julho de 1938, já depois da minha saída do Tribunal, que "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

Mas as citadas notas taquigráficas, incompletas como sempre, nada esclarecem.

A respeito, só existem dois votos: o do ministro Espinola e o do ministro Carlos Maximiliano. O primeiro se limitou a dizer que não se applicava ao caso o art. 965, mas o art. 964 do Código Civil. O segundo disse que só votava pela conclusão, porque já tinha havido sentença no sentido do voto do primeiro, e a cobrança fora feita em desrespeito à referida sentença.

Não consta mais nada. Não se sabe se votaram outros juizes e muito menos como votaram. Vale a pena a transcrição integral do que ocorreu para se formar idéia exata do que seja o serviço taquigráfico.

Tratava-se de ação proposta pela Companhia de Loterias de Minas Gerais, para reaver importância do imposto de renda, que pagara indevidamente.

O relator, ministro Eduardo Espinola, disse: "Decidiu o juiz (fls. 41)". Não se sabe o que foi nem como foi que o juiz decidiu. Seguem-se os votos e o acórdão.

VOTO

O Sr. ministro Eduardo Espinola (relator). — Nego provimento à apelação. Aplica-se ao caso o dispositivo do art. 964 do Código Civil: — "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

A Fazenda Nacional recebeu um imposto que lhe não competia; logo, tem a obrigação de restituí-lo.

Um imposto não se pode considerar pago por espírito de liberalidade: o pagamento é sempre determinado pelo receio da ação fiscal.

A hipótese não é regida pelo art. 695 que se refere ao pagamento voluntário do indevido, caso em que deve quem pagar provar que o fez por erro.

VOTO

O Sr. ministro Carlos Maximiliano — Sr. presidente, estou de acordo com a conclusão só porque já houve sentença no mesmo sentido do voto de V. Ex. e a cobrança foi feita em desrespeito à referida sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento à apelação, unanimemente.

Impedido o Sr. ministro Bento de Faria.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: ACORDAM os juizes do Supremo Tribunal Federal, que constituem a segunda turma, em negar provimento à apelação, unanimemente, pelos fundamentos dos votos constantes das notas taquigráficas juntas aos autos. Custas na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 5 de julho de 1938. — *Eduardo Espinola*, presidente e relator.

(*Rev. de Jur. Bras.*, 41-301).

Conclue-se daí que o serviço taquigráfico, que já era imprestável, está cada vez peor, se é possível qualificação abaixo da que merecidamente lhe é dispensada.

266 — Deixando de publicar outros acordãos e votos por mim redigidos e nos quais a União foi interessada, como autora ou como ré, para evitar maior extensão a este trabalho, encerrarei esta parte dos julgados com o proferido na ação da Companhia Nacional de Navegação Costeira contra a União (apelação n. 3.286).

O decreto n. 11.993, de 15 de março de 1916, concedeu àquella companhia os favores de que goza o Lloyd Brasileiro, exceto a subvenção, para o serviço de navegação regular entre os portos da República.

Surgindo dúvida sobre se esses favores eram os de que gozava o Lloyd Brasileiro, antes ou depois de incorporado ao patrimônio nacional, o acordão resolveu a dúvida pela segunda hipótese e no mesmo sentido foi o voto seguinte, que emití como revisor:

"A lei n. 3.089, de 8 de janeiro de 1916, art. 88, n. 14, autorizou o Presidente da República a "conceder às companhias e empresas de navegação existentes no País os favores concedidos ao Lloyd Brasileiro, exceto a subvenção, com a condição de que façam exclusivamente a navegação de cabotagem, obriguem-se a não alienar navio algum sem prévia autorização do Governo e sujeitem-se às demais obrigações em contratos congêneres, inclusive a fiscalização". Assim autorizado, o Governo expediu o decreto n. 11.993, de 15 de março de 1916, concedendo à Companhia Nacional de Navegação Costeira os favores de que goza o Lloyd Brasileiro, exceto a subvenção, para o serviço de navegação regular entre os portos da República. Em 23 de março seguinte, lavrou-se o contrato, em cuja cláusula segunda ficou estabelecido que além dos onus o favores já existentes, a companhia gozaria de todos os favores e regulas concedidas ao Lloyd Brasileiro, exceto a subvenção, sem prejuizo da que lhe é assegurada pela cláusula décima oitava do contrato anterior. Tendo o Governo declarado em aviso de 20 de setembro de 1916 ao Inspetor da Alfândega, a propósito de uma declaração da companhia sobre isenção de direitos de importação para consumo de expediente, que a mesma companhia só tinha os favores de que gozava o Lloyd Brasileiro, antes de incorporado ao patrimô-

nio nacional (fls. 16), aquela propôs ação sumária especial contra a União para o fim de serem integralmente restabelecidos todos os seus direitos oriundos do contrato de 23 de março de 1916 e violados pelo ato ilegal de 20 de setembro do mesmo ano. A sentença de primeira instância julgou a ação procedente.

Consiste a questão em saber se os favores concedidos à autora são os favores, de que gozava o Lloyd Brasileiro, quando sociedade anônima, antes de incorporado ao patrimônio nacional, como o foi por decreto de 13 de agosto de 1913, ou se são os favores de que gozava o Lloyd Brasileiro, depois daquela incorporação. Esta segunda inteligência é a que se pode razoavelmente aceitar pelas seguintes razões:

1.^a Os favores concedidos à autora em 1916 não podiam ser os concedidos ao Lloyd Brasileiro, sociedade anônima, porque esta ficou extinta desde 1913, por se ter incorporado ao patrimônio nacional.

2.^a Nos primeiros meses da execução do contrato, o Governo concedeu à autora todos os favores de que goza o Lloyd Brasileiro (fls. 22 a 41), e ainda depois do aviso de 20 de setembro de 1916, cuja nulidade se pleiteia, isto é, em março e maio de 1917, o Ministério da Guerra pagou à autora conta não selada, pelo fato de gozar ela de favores e regalias de que goza o Lloyd Brasileiro, e o Ministério da Fazenda fez despachar, livre de direitos, carvão de pedra vindo de Norfolk para a autora.

3.^a A lei n. 3.917 modificou a de n. 3.089, de 8 de janeiro de 1916, porque, ao passo que esta autorizava a concessão dos favores concedidos ao Lloyd Brasileiro, aquela autoriza a concessão dos favores concedidos ao Lloyd Brasileiro, enquanto era sociedade anônima (fls. 59). Ora, se os favores concedidos em 1916 eram os de que gozava o Lloyd Brasileiro, quando sociedade anônima, não havia necessidade desse esclarecimento na lei de 1917, inaplicável à autora com efeito retroativo.

4.^a Consultado o senador Alcindo Guanabara, autor da emenda, que se converteu no art. 88, n. 14, da lei n. 3.089, respondeu que os favores de que aí se fala são os mesmos de que goza, atualmente, o Lloyd Brasileiro, a cargo do Governo federal, com a exceção única da subvenção, de que goza o Lloyd Brasileiro, antes e depois da incorporação. O autor da emenda dá a razão que o levou a oferecê-la e que foi aceita pelo Congresso, assim como a razão da modificação feita pela lei de 1917. Pelo exposto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

(*Jur.*, 9.^o, 162).

CASOS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA NÃO FOI INTERESSADA

267 — Está demonstrada a afirmação de que em quase todos os feitos submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal a União figura como ré, ou como autora.

Como ré, quase sempre; como autora, raramente, apenas em executivos fiscais, salvo algum caso excepcional, como o de "Reforma de autos perdidos", que não tinha relação com executivo fiscal (n. 219).

Indicarei, agora, alguns casos, em que a União ou Fazenda Pública Nacional não teve interesse.

Ter-se-á notado que emprego, indistintamente, as denominações — União e Fazenda Pública — e o tenho feito, porque realmente não há diferença entre elas, significando ambas a mesma pessoa jurídica de direito público interno.

IMPENHORABILIDADE DE FRUTOS E RENDIMENTOS DE LEGÍTIMA INALIENÁVEL

268 — Reproduzindo disposição da lei n. 1.830, de 31 de dezembro de 1907, o Código Civil, nos arts. 1.721 e 1.723, garantiu ao testador a livre disposição da metade de seus bens e determinou, quanto à outra metade, que constitue a legítima dos descendentes e, na falta, do ascendente, que pode o testador estabelecer as condições de inalienabilidade, temporária ou vitalícia, dessa legítima, sem que essa inalienabilidade seja obstáculo à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desmembrados de qualquer onus, aos herdeiros legítimos.

Teve o legislador em vista, ao estabelecer essa providência, garantir o futuro, a subsistência daqueles que "por incapazes ou viciosos possam ser vitimados na luta pela vida, devorados pelos agiotas e exauridos pelas loucuras da prodigalidade", na frase do senador Feliciano Penna, autor do projeto, que se converteu na citada lei n. 1.830, de 1907.

Se foi esse o pensamento do legislador, não se compreende que possam ser penhorados os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, conforme opinião de alguns.

Isto daria em resultado ficar sem aplicação o art. 1.723 do Código Civil, conforme acentuou o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, quando, em 28 de maio de 1929, apresentou o projeto de lei, dispondo, no art. 1.º e único, que "os frutos e rendimentos dos bens onerados com a cláusula de inalienabilidade, a que se refere o art. 1.723 do Código Civil, não podem ser penhorados, arrestados e sequestrados, salvo o caso de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis".

Esse projeto de lei foi apresentado, precisamente para que não prevalecessem decisões judiciais, no sentido de que os frutos e rendimentos de bens inalienáveis podem ser penhorados, contra o pensamento da lei e contra a vontade do testador.

Na verdade, se fosse possível a penhora em tais condições, a consequência é que o herdeiro ficaria sem meios de subsistência, reduzido à penúria, uma vez que a legítima era inalienável e os frutos e rendimentos dessa legítima pudessem ser penhorados.

Foi por não admitir essa incongruência que subscrevi o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 8 de agosto de 1923, proferido na apelação n. 4.260, em o qual se julgou que a legítima deixada com a cláusula de inalienabilidade não pode ser penhorada, mas a inalienabilidade não se estende aos frutos e rendimentos da

mesma legítima, desde que a estes não se tenha referido o testador, gravando-os também. Desse acórdão, que está assinado pelos ministros Edmundo Lins, HERMENEGILDO DE BARROS, Pedro dos Santos, Arthur Ribeiro, Guimarães Natal, Muniz Barreto e Geminiano da Franca, o único voto vencido foi o do ministro Viveiros de Castro, radical, por haver entendido que os frutos e rendimentos não podem absolutamente ser penhorados, mesmo que o testador lhes não tenha feito referência, isentando-os da penhora.

(Rev., 59-97).

269 — Três meses depois de haver assim julgado, o Supremo Tribunal variou de opinião. Por acórdão de 10 de novembro de 1923, tomou conhecimento do recurso extraordinário n. 1.685 e mandou que este fosse revisto pela turma, para ser julgado afinal. E tomou conhecimento, porque, "tendo decidido o juiz local que os frutos da legítima clausulada em testamento seguissem a condição desta, quanto à inalienabilidade, não aplicou à espécie o art. 1.723 do Código Civil, tal como tem sido entendido pelo Supremo Tribunal em jurisprudência uniforme e iterativamente firmada".

Fazendo referência ao art. 1.723, o acórdão quis significar, conforme ficou expressamente explicado no segundo acórdão, de 12 de maio de 1927, sobre o mérito do recurso extraordinário, que os rendimentos da legítima são penhoráveis, por não haver lei que faculte ao testador isentá-los da penhora.

Eu divergi da decisão, porque não autorizava a interposição do recurso extraordinário, a meu ver, o fato de haver a Justiça local interpretado o art. 1.723 do Código Civil, em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que aliás não era verdade, pois a jurisprudência desse Tribunal era a que, três meses antes, ficara consignada no julgamento da citada apelação n. 4.260 (vide 1.º acórdão abaixo).

Apreciando o mérito do recurso, como determinara o primeiro acórdão, o Supremo Tribunal julgou que "o que a lei permite ao testador é simplesmente tornar inalienável, e, portanto, impenhorável a legítima de seus herdeiros, não havendo dispositivo algum que lhe faculte tornar inalienáveis ou impenhoráveis os rendimentos dessa legítima".

Eu continuei a afirmar que o Supremo Tribunal criara um novo caso de recurso extraordinário, e, quanto ao mérito, transcrevi o voto que havia proferido na citada apelação n. 4.260, tendo argumentado com a opinião de Clovis Bevilacqua, que o acórdão também transcreveu, mas infelizmente, suprimindo-lhe a parte imediatamente seguinte à transcrição, com alteração manifesta do que está escrito no comentário do emérito civilista.

Declarei, entretanto, delicadamente, que não atribuí esse procedimento à má fé do redator do acórdão, mas a uma inadvertência,

como se verá do meu voto, que adiante vai reproduzido no mesmo acordão.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, em que são recorrentes D. Elisa de Albuquerque Brito e seus filhos e recorridos, João de Mesquita Martins e sua mulher:

ACORDAM tomar conhecimento do recurso e mandar que, para ser julgado afinal, seja revisto pela turma, porque, tendo decidido o juiz local que os frutos da legítima clausulada em testamento seguem a condição desta, quanto à inalienabilidade, não aplicou à espécie o art. 1.723 do Código Civil, tal como tem sido entendido por este Tribunal em jurisprudência uniforme e iterativamente firmada. Custas afinal.

Supremo Tribunal Federal, 10 de novembro de 1923. — *H. do Espírito Santo, presidente.* — *A. Ribeiro, relator ad-hoc.* — *E. Lins.* — *André Cavalcanti.* — *Geminiano da Franca.* — *Pedro dos Santos.* — *Muniz Barreto.* — *Godofredo Cunha.* — *G. Natal.* — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. O Supremo Tribunal acaba de criar um novo caso de recurso extraordinário, desprezando a sua jurisprudência de todos os dias.

Eis a espécie: Joaquim Augusto de Sampaio e Brito, atualmente representado por sua viúva e filhos, intentou ação executiva contra João de Mesquita Martins para cobrar a quantia de 36:600\$0, proveniente de nota promissória.

Feita a penhora na quota legítima dos bens, que o executado teria na herança de sua finada mãe, a baronesa de Itacurussá, cujo inventário estava sendo processado no Juízo da Provedoria, o executado opôs embargos, alegando que não podem ser absolutamente penhorados os bens inalienáveis, sendo dessa espécie os que constituem a quota hereditária ou a legítima do embargante na herança de sua mãe, que faleceu com testamento, cuja verba 4.^a reza o seguinte: "Meus filhos Manoel e João, enquanto vivos forem, não poderão alienar, hipotecar, sub-rogar, dar em penhor ou por qualquer forma onerar as legítimas que lhes tocarem, consistentes em imóveis e dinheiro, que se converterão em apólices inalienáveis, assim como as suas rendas, e serão incommunicáveis, não ficando prejudicada a livre disposição testamentária ou a transmissão aos seus legítimos herdeiros, desembaraçadas as apólices de qualquer onus".

Na verba 5.^a dispõe: "Quanto à parte de que posso dispor livremente, quero que se observe o seguinte: ... "Meus filhos Manoel e João não poderão alienar, hipotecar, dar em penhor ou sub-rogar os imóveis e dinheiro que lhes tocarem e que serão convertidos em apólices inalienáveis, passando por sua morte a seus herdeiros necessários".

A verba 32 declara: "Tenho por muito recomendado que as apólices que forem adquiridas com o produto dos imóveis, que deixo a meus filhos Manoel e João, e das que lhes tocarem como legítimas, sejam inscritas com a cláusula de inalienáveis, incommunicáveis, impenhoráveis e insub-rogáveis".

O juiz julgou procedentes os embargos à penhora e esta insubsistente, sob o fundamento de que os bens da legítima, quando gravados na forma do artigo 1.723 do Código Civil (foi a disposição invocada e na qual, como se está vendo, o juiz se fundou expressamente), são impenhoráveis, assim como os seus frutos e rendimentos, porque estes são acessórios que seguem a natureza do principal; que o art. 530, § 5.^o, do regulamento n. 737, que considera sujeitos à penhora, na falta absoluta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, foi revogado pelo citado art. 1.723 do Código Civil (que o juiz mais uma vez aplicou).

Interposta apelação desta sentença, o autor apelante simplificou os termos da questão, restrita ao ponto de saber se é lícito ao pai gravar, em testamento,

os rendimentos da quota legítima dos herdeiros necessários e torná-los impenhoráveis.

Sustentou que não, porque a metade dos bens deixados pelo testador pertence de pleno direito ao descendente, nos termos do art. 1.721 do Código Civil.

O acórdão de fls. 197 deu provimento à apelação e reformou a sentença apelada, porque a legítima pode ser gravada com a cláusula de inalienabilidade, não assim os frutos e rendimentos, cuja penhorabilidade é permitida pelo artigo 530, § 5.º, do regulamento n. 737, ainda que o testador disponha o contrário.

Os embargos opostos a este acórdão foram recebidos pelo de fls. 224, que restaurou a sentença de primeira instância por seus fundamentos, havendo nesse acórdão votos vencidos, no sentido de ser intempestiva a discussão sobre penhorabilidade dos rendimentos, porque estes não foram nem podiam ser penhorados, desde que a penhora não recaiu sobre o principal, sobre os bens herdados, mas sobre a quota hereditária. Deste último acórdão foi interposto o recurso extraordinário, com a alegação de não ter a decisão recorrida aplicado os arts. 530, § 5.º, do regulamento n. 737 e 1.721 do Código Civil e de ter "feito aplicação errônea do art. 1.723 do mesmo Código", fls. 238.

O ministro procurador geral emitiu o parecer de fls. 286, no sentido de não ser caso de recurso extraordinário.

E realmente o não é, porque foi invocado o art. 1.723 do Código Civil e a Justiça local aplicou reiteradamente essa disposição.

O próprio recorrente confessa que foi aplicado o art. 1.723 do Código Civil, mas acrescenta que essa aplicação se fez erroneamente.

Ora, a interpretação, errônea ou acertada, que se dê à lei federal, não autoriza a interposição do recurso extraordinário, segundo jurisprudência uniforme e constante do Tribunal.

Nem se poderia objetar que a decisão recorrida aplicou um dispositivo — o do art. 1.723 invocado pelo autor — em vez de outro da mesma lei federal — o do art. 1.721 invocado pelo réu.

Ainda que assim fosse, o caso não seria de recurso extraordinário. Mas não foi isso. O art. 1.721 não estabeleceu coisa diversa do art. 1.723. O primeiro prescreve que uma das duas metades dos bens do testador constitui a legítima, que pertence de pleno direito ao descendente.

O segundo dispõe que, não obstante esse direito reconhecido no art. 1.721, pode a legítima ser gravada, nos termos do referido art. 1.723.

Um artigo completa o outro, sem ser antinômico com ele.

O voto vencedor não nega que tivesse havido aplicação do art. 1.723 do Código Civil.

Diz apenas que a Justiça local não aplicou esse artigo, de acordo com a inteligência que lhe tem dado o Supremo Tribunal. É um caso novo de recurso extraordinário, porque, com essa ou com aquela inteligência, a verdade é que o artigo foi aplicado, e tanto basta para a inadmissibilidade daquele recurso, ainda que a Justiça local tivesse realmente dado ao art. 1.723 interpretação diversa da que tem adotado o Supremo Tribunal.

Em caso idêntico, não se conheceu do recurso extraordinário n. 1.486, do Estado de São Paulo, porque a lei federal invocada na discussão fora o artigo 10 da Constituição Federal, e nesse artigo precisamente se fundava a decisão da Justiça local para considerar a recorrida, São Paulo Railway Company Limited, isenta de qualquer imposto. "A recorrente, continuou o acórdão número 1.486, invoca apenas um acórdão do Supremo Tribunal, como fundamento do seu recurso, alegando que a decisão da Justiça local foi proferida em sentido contrário ao mesmo acórdão. Mas isto não justifica o recurso extraordinário, autorizado somente, no caso do art. 59, letra a, quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela".

De resto, nem sequer é verdade que a Justiça local, segundo afirma o acórdão, "não applicou à espécie o art. 1.723 do Código Civil, tal como tem sido entendido pelo Supremo Tribunal".

Este julgou efetivamente na apelação n. 4.260, que os frutos e rendimentos da legítima inalienável podem ser penhorados, salvo se o testador dispôs o contrário.

Ora, conforme as cláusulas testamentárias que já transcrevi neste voto e que li ao Tribunal por ocasião do julgamento, a testadora, baronesa de Itacurusá, declarou, até pleonasticamente, *inalienáveis, incommunicáveis, impenhoráveis, insub-rogáveis*, as rendas dos bens, que coubessem a seus dois filhos em legítima deixada com a cláusula da inalienabilidade. Logo, ainda por este fundamento, que já constitui o mérito da questão, é injustificável o presente acórdão, fundado evidentemente em falsa causa, ainda que esta fosse jurídica. — *Leoni Ramos*, vencido de acordo com o voto do Sr. HERMENEGILDO DE BARROS. — Fui presente, A. Pires e Albuquerque.

(Rev., 64-95; Rev. For., 44-58).

"Vistos, relatados estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, em que são recorrentes Elisa de Albuquerque Brito e seus filhos, e recorridos João de Mesquita Martins e sua mulher.

João Augusto de Sampaio Brito, atualmente representado por sua viúva e filhos, intentou uma ação executiva contra João de Mesquita Martins para cobrança da quantia de 30:600\$000, proveniente de uma nota promissória.

A penhora feita da quota hereditária, no rosto dos autos, o executado opôs os embargos de folhas, alegando: 1) incompetência da Justiça local, por se tratar de litígio entre pessoas de Estados diferentes; 2) nulidade da penhora, por ter recaído em bens impenhoráveis.

Processou-se, em primeiro lugar, a exceção da incompetência, que, em face da prova produzida, foi julgada improcedente por sentença de folhas, confirmada por acórdão de folhas.

Decidiu afinal a causa a sentença de folhas que julgou procedentes os embargos e insubsistente a penhora.

A sentença está assim fundamentada:

"Quer os bens da legítima, quer os frutos ou rendimentos desses não estão sujeitos à penhora, quando sobre eles recai restrição do art. 1.723 do Código Civil.

Trata-se de caso em que essa restrição foi estabelecida, pois a baronesa de Itacurusá, mãe do embargante, dispôs o seguinte, em seu testamento:

"Meus filhos M. e J., enquanto vivos forem, não poderão alienar, hipotecar, sub-rogar, dar em penhor ou, por qualquer forma, onerar as legítimas que lhes tocarem, consistentes em imóveis e dinheiro, que converterão em apólices inalienáveis, assim como as suas rendas. Tenho por muito recomendado que as apólices que forem adquiridas com o produto dos imóveis que deixo a meus filhos M. e J. e dos que lhes tocarem como legítimas, sejam inscritos com a cláusula de inalienáveis, incommunicáveis, impenhoráveis e insub-rogáveis".

Em vista dessa cláusula, os bens do embargante ficaram gravados de inalienabilidade vitalícia, e essa cláusula não poderá ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, salvo os casos de desapropriação e de execução por dívidas provenientes de impostos, relativos aos respectivos imóveis.

Sendo os rendimentos dos bens frutos destes e, como tais, seus acessórios, seguem a condição do principal (*accessorium sui principalis naturam sequitur*), e assim, se os bens principais são inalienáveis e impenhoráveis, os seus frutos e rendimentos também não podem deixar de sê-lo.

O fim da lei foi permitir ao testador garantir a subsistência dos seus herdeiros, e, se os rendimentos dos bens inalienáveis fossem suscetíveis de penhora,

a vontade do testador seria desrespeitada e anulado ficaria o dispositivo citado do art. 1.723.

A impenhorabilidade é efeito necessário da cláusula da inalienabilidade.

Não colhe o argumento tirado do art. 530, § 5.º, do regulamento n. 737, que permite a penhora de rendimentos de bens inalienáveis, na falta absoluta de outros, e não colhe, porque esse dispositivo foi revogado pelo citado artigo 1.723.

O acórdão de folhas reformou essa sentença sob o fundamento de que, se legal a gravação da legítima com a cláusula da inalienabilidade dos bens que a constituem, o mesmo não acontece com a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos mesmos bens, que é expressamente permitida por lei.

A sentença de primeira instância, porém, foi restaurada por acórdão de folhas.

Dessa decisão da Justiça local, foi interposto o presente recurso extraordinário, dizendo-se que aquela Justiça deixou de aplicar à hipótese o art. 530, § 5.º, do decreto citado n. 737, de 1850, e os arts. 1.721 e 1.723 do Código Civil.

O Sr. ministro procurador geral da República, em seu parecer de folhas, entendeu não ser caso de recurso extraordinário.

"A lei federal, até então invocada, disse S. Excia. fora o art. 1.723 do Código Civil.

Longe de lhe recusar aplicação, a sentença a aplicou, fundando-se exatamente neste dispositivo para declarar impenhoráveis os bens da legítima e seus rendimentos quando gravada na forma ali indicada".

O Tribunal, porém, entendeu de modo contrário, e, por acórdão, decidiu ser caso de recurso interposto, porque, havendo julgado o juiz local que os frutos da legítima, clausulada em testamento, seguem a condição desta, quanto à inalienabilidade, não aplicou à espécie o art. 1.723 do Código Civil, tal como o Tribunal tem entendido, em jurisprudência uniforme e iterativamente firmada.

Precisamente, à doutrina sustentada na sentença recorrida, o relator deste acórdão referiu-se nos seguintes termos, em a nota ao art. 1.351 do Código do Processo Civil de Minas:

"Nessa sentença sustenta-se, com apoio na autoridade de Silva Costa, que, sendo inalienáveis e impenhoráveis os bens, não podem deixar de sê-lo também os seus frutos e rendimentos, como acessórios, segundo a regra — *accessorium sui principalis naturam sequitur*.

Como claramente se vê, a aplicação desse princípio à hipótese levaria ao absurdo de não poder o herdeiro dispor dos rendimentos da legítima clausulada, de maneira que a cláusula testamentária, em vez de lhe garantir a subsistência, lhe abre irremediavelmente a porta da miséria".

A esse respeito, é de inteira procedência a seguinte observação de Clovis Bevilacqua:

"O destino próprio dos frutos e rendimentos é serem consumidos e aplicados à satisfação das necessidades do proprietário, que, sendo possível, acumulará as sobras, para o aumento do seu patrimônio. Se aos frutos e rendimentos se estendesse a inalienabilidade, seriam eles, de todo, inúteis ao herdeiro, e inúteis o legado e herança sujeitos a essa cláusula".

Mas, se os rendimentos e frutos são alienáveis, podendo deles dispor livremente o herdeiro, isto é, se não seguem a condição do principal, não encontro, no art. 1.725, citado, do Código Civil, apoio para a doutrina dos que sustentam a sua impenhorabilidade, que somente poderia ser admitida, com assento nesse dispositivo, como um consectário forçado da inalienabilidade.

A meu ver o que a lei declara inalienável e, por via de consequência, impenhorável, é a legítima clausulada pelo testador, e escapa às regras de boa hermenêutica estender essa exceção a casos que o legislador não previu".

E' de inteira improcedência a invocação feita por Silva Costa da parêmia — *accessorium sui principalis naturam sequitur* — que se não pode aplicar, em face da nossa lei expressa, aos rendimentos de bens inalienáveis.

De fato, o reg. n. 737, em seu art. 530, citado, § 5.º, permite expressamente, na falta absoluta de outros bens, que a penhora recaia sobre os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis.

E', pois, a nossa lei que diz não ter applicação ao caso o brocardo invocado por aquelle juriconsulto.

O que a lei permite ao testador é simplesmente tornar inalienável, e, portanto, impenhorável a legítima de seus herdeiros, não havendo dispositivo algum que lhe faculte tornar inalienáveis ou impenhoráveis os rendimentos dessa legítima.

Nenhuma lei federal dá ao testador faculdade, que, como restrição de direitos, deve ser expressa (introdução do Código cit., art. 6.º).

Como essa lei não existe, deve subsistir a penhora feita no rosto dos autos sobre a quota hereditária, quanto aos rendimentos da legítima clausulada.

Pelo exposto, ACORDAM dar provimento ao recurso, para restabelecer o acórdão de fls. 197, que mandou subsistir a penhora e julgou improcedente e não provados os embargos.

Paguem os recorridos as custas.

Supremo Tribunal Federal, 12 de maio de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *A. Ribeiro*, relator *ad hoc*. Na declaração de voto do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS, no acórdão de fls. afirmou S. Ex. que, tom aquella decisão, "o Tribunal acabava de criar um novo caso de recurso extraordinário, com desprezo de sua jurisprudência de todos os dias".

Não me parece — releve-me S. Ex. — que tenha razão, em sua coarctada excessivamente severa.

Não obstante ter sido acidentalmente relator do acórdão, sem estudo e exame dos autos, e haver dado, como seu fundamento, o motivo que aduzi verbalmente, por ocasião de ser a causa julgada, não repudio esse fundamento.

O que determina o art. 1.723, corrigido do Código citado, é o seguinte:

"Não obstante o direito reconhecido aos ascendentes e descendentes no art. 1.724, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima, em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiados à administração da mulher herdeira o estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula da inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens, por testamento, e na falta deste a sua transmissão, desembaraçada de qualquer onus, aos herdeiros legítimos".

Nesse artigo a lei estabelece, pois, a faculdade de restringir o testador a livre disposição da legítima, por parte dos herdeiros, e encerra implicitamente a proibição de se ampliar essa providência restritiva a casos não previstos na lei.

A proibição decorre da combinação desse artigo com o citado art. 6.º da introdução do mesmo Código, que expressamente determina.

"A lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica".

Se, pois, a Justiça local ampliou a inalienabilidade dos bens da legítima aos rendimentos desses bens, deixou de aplicar a espécie o citado art. 1.723.

O caso, já por esse motivo, era de recurso extraordinário.

Além disso, se o art. 1.723, em vez de permitir, proibiu ao testador gravar, com a cláusula da inalienabilidade, os rendimentos dos bens da legítima, continuou em pleno vigor o disposto no art. 530, § 5.º, do regulamento n. 737, que expressamente sujeita à penhora, não havendo outros bens, "os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis".

Esse dispositivo da lei federal não foi aplicado à espécie, não se podendo, portanto, dizer "que o Supremo Tribunal acabava de criar um novo caso de recurso extraordinário, com desprezo de sua jurisprudência de todos os dias".

Ao contrário, o caso é típico de recurso extraordinário, nos precisos termos do respectivo mandamento constitucional.

E. Lins. — Bento de Faria. — Geminiano da Franca. — Pedro dos Santos, vencido. — Leoni Ramos, vencido em parte. — Soriano de Sousa, vencido. A penhora recairá sobre a quota legítima e principal impenhorável em face do testamento. Da condição da renda não parece oportuno decidir-se. Aliás seguem os frutos a sorte do capital, de acordo com o regulamento n. 737, de 1850, art. 550, § 5.º, salvo não tenha a doadora outros bens passíveis de penhora. Em favor da lei a impenhorabilidade relativa de tais frutos, os quais se destinam naturalmente a ser consumidos pelo dono. Tanto a inalienabilidade de causa a impenhorabilidade absoluta, em relação aos mesmos, tolheriam a utilidade da coisa doada ou transmitida *mortis causa*. Postos os frutos fora de alcance dos credores, o beneficiário não gozaria do crédito.

HERMENEGILDO DE BARROS, vencido, de acordo com o voto que proferi por ocasião do primeiro julgamento, no qual afirmei que o Supremo Tribunal Federal criara um caso novo de recurso extraordinário.

Efetivamente, pela Constituição de 1891, o recurso extraordinário era facultado em dois casos:

- a) quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela;
- b) quando se contestasse a validade da lei ou de atos dos Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

O Supremo Tribunal autorizou um terceiro caso: quando a decisão recorrida não estiver de acordo com a jurisprudência do mesmo Tribunal.

Aqui está o acórdão que reproduzo integralmente:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, em que são recorrentes E., e seus filhos, e recorridos J., e sua mulher, ACORDAM tomar conhecimento do recurso e mandar que, para ser julgado afinal, seja visto pela turma, porque, tendo decidido o juiz local que os frutos da legítima clausulada em testamento regulam a condição desta, quanto à inalienabilidade, não aplicou à espécie o art. 1.723 do Código Civil, "tal como o tem sido entendido por este Tribunal, em jurisprudência uniforme e iterativamente firmada".

Custas afinal".

Acrescentei às considerações que fiz, para mostrar que o artigo fora aplicado, embora com inteligência diversa da que lhe dava o Supremo Tribunal, acrescentei que nem sequer era verdade que a jurisprudência desse Tribunal fosse uniforme e reiterada, no sentido de serem alienáveis ou penhoráveis os frutos de legítima deixada em testamento com a cláusula de inalienabilidade, porque o Tribunal já havia julgado na apelação n. 4.260, que "os frutos e rendimentos da legítima inalienável podem ser penhorados salvo se o testador dispôs o contrário".

Nesse julgamento foi radical o voto do relator, ministro Viveiros de Castro, que entendia não poder a penhora recair sobre frutos ou rendimentos de bens, que o testador gravara com a cláusula de inalienabilidade.

Prevaleceu, porém, a opinião contrária, salvo a restrição acima estabelecida pelo testador.

De acordo com este pensamento, foi o voto que então emití, nos termos seguintes:

"A legítima deixada com a cláusula de inalienabilidade está isenta de penhora, mas isso não quer dizer que o estejam igualmente os frutos e rendimentos dessa legítima, desde que o testador a eles não fez referência.

O regulamento n. 737, art. 530, § 5.º, sujeita à penhora, não havendo absolutamente outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis. É a mesma disposição do art. 529, letra e, do decreto n. 3.084.

A lei de 31 de dezembro de 1907, e o Código Civil, art. 1.723, silenciaram sobre frutos e rendimentos da legítima inalienável. Clovis Bevilacqua, porém, ensina que a inalienabilidade não se estende aos frutos dos bens da legítima, os quais podem ser penhorados por dívidas de herdeiros, se a respeito nada dispõe o testador. (Comentário ao art. 1.723).

O próprio senador Feliciano Penna, autor da lei de 31 de dezembro de 1907, não contesta a possibilidade de serem penhorados os frutos e rendimentos de bens inalienáveis, sendo também a jurisprudência no mesmo sentido (Rev. do Sup. Trib. Fed., vol. XV, pág. 161, vol. IX, pág. 332 e vol. XIII, págs. 469 a 471).

Dir-se-á que não foram penhorados frutos e rendimentos, mas os próprios bens inalienáveis.

Não. Foram penhorados direito e ação a esses bens, que, antes da partilha, não se sabe quais sejam.

É possível até que, absorvida a herança pelas dívidas, não haja bens a partilhar pelos herdeiros. Nesse caso, a penhora do direito e ação ficaria sem objetivo.

Mas se, satisfeitas as dívidas, sobraem bens e estes forem partilhados ao herdeiro devedor, a penhora, que era de direito e ação, será concretizada nos frutos e rendimentos desses bens inalienáveis, "desde que eles não foram também declarados isentos de penhora".

Tal a restrição que prevaleceu, como se vê da Rev. do Sup. Trib., volume 55-198.

No meu voto acima transcrito, invoquei a jurisprudência publicada nos volumes a que me referi.

De fato, na Rev. do Sup. Trib., vol. 15, pág. 161, está publicado o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando que "o artigo 530, § 5.º, do regulamento n. 737, de 1850, declarando penhoráveis, em falta de outros bens, os rendimentos inalienáveis, não veda que se vinculem com a cláusula de impenhorabilidade os ditos rendimentos".

Na mesma revista, vol. 9.º, pág. 332, um outro acórdão do referido Tribunal, declara: "É vontade do doador assegurar ao donatário meios de subsistência, e sabendo que tem dívidas ou temendo que venha a ter, estabeleceu a cláusula de não poderem os credores executar os rendimentos".

Não há ilegalidade, os credores não são prejudicados, os rendimentos não são tirados da massa dos bens do devedor, mas daqueles que foram dados só para a sua subsistência".

Esse acórdão, confirmado por um outro, foi afinal reformado pela declaração de que o testador não pode estabelecer a impenhorabilidade dos rendimentos dos bens inalienáveis (Rev. cit., vol. 13, pág. 469).

A propósito desse último julgado, o senador Adolpho Gordo, fazendo-lhe a crítica no Senado, porque ele inutilizava por completo a disposição do artigo 1.723 do Código Civil, observou que, permitindo esse artigo a cláusula da inalienabilidade, precisamente para assegurar ao herdeiro o gozo dos frutos e rendimentos dos bens deixados por aquela cláusula, não seria lícito admitir a penhora desses frutos e rendimentos, o que viria colocar o herdeiro na impossibilidade de receber um único real, ficando ele reduzido à miséria e à fome.

E concluiu o senador Adolpho Gordo pela impenhorabilidade dos frutos e rendimentos, como efeito necessário das cláusulas da inalienabilidade (Revista cit., vol. 13, pág. 254).

Manifestou-se de acordo com ele o Dr. Azevedo Marques, ponderando não ser necessário que o art. 1.723 tivesse declarado expressamente que o testador pode clausular de impenhorabilidade os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, porque essa impenhorabilidade decorre da própria inalienabilidade.

Apenas o jurista acrescentou que se os frutos e rendimentos já estão completamente desagregados dos bens inalienáveis, constituindo bens separados e distintos do domínio do proprietário, neste caso tais frutos poderão ser penhorados, porque já ficaram livres da inalienabilidade (Revista cit., vol. 3, página 431).

No meu aludido voto em a referida apelação n. 4.260, citei a opinião de Clovis Bevilacqua, que o acordão transcreve suprimindo, porém, inadvertidamente, é certo, a parte que me aproveita e que lhe é desfavorável.

Clovis diz realmente que "a inalienabilidade não se estende aos frutos dos bens de legítima, os quais, consequentemente, podem ser penhorados, sequestrados ou arrestados, por dívidas do herdeiro".

Segue-se o trecho, que o acordão transcreve:

"Mas (acrescenta Clovis imediatamente depois da transcrição) se o testador determinar que os frutos e rendimentos dos bens, que submeteu à condição de inalienabilidade, ficarão isentos de execuções pendentes e futuras, ficarão eles impenhoráveis, não obstante serem alienáveis, por atos voluntários do herdeiro. Nem vale alegar, contra essa possibilidade, que a lei que estabelece a penhora é de ordem pública. Essa lei (o reg. n. 737, art. 530, § 5.º, ou outra que o tenha substituído) refere-se ao que ordinariamente acontece, e, sendo anterior à lei de 31 de dezembro de 1907, como ao Código Civil, não previu a situação especial que a legislação em vigor tornou possível por determinação do testador.

Permitindo o Código Civil que o testador estabeleça para os bens da legítima a inalienabilidade, temporária ou vitalícia, sem limitação alguma, senão a de não poder prolongar além da vida do herdeiro, concedeu-lhe, implicitamente, a faculdade de modificar a condição natural dos frutos e rendimentos, isentando-os de penhoras por dívidas do herdeiro.

Não obstante a disposição da lei processual, que permite a penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, quando não haja, absolutamente, outros bens, antes do Código Civil já admitia exceções, quanto à renda dos bens da União dos Estados e dos Municípios (decreto n. 9.549, de 23 de janeiro de 1886, arts. 7.º e 11). Não é, portanto, um princípio absoluto.

Tenho, pois, como certo que, se nada a respeito dispuser o testador, a inalienabilidade por ele imposta aos bens não se estende aos frutos; mas, se, atendendo à situação do herdeiro, determinar que essa medida seja completada com a impenhorabilidade dos rendimentos, esta disposição está perfeitamente dentro do sistema do Cód. Civil, quer se atenda ao disposto no art. 1.723, quer se atenda a outros dispositivos, como o que permite a impenhorabilidade da renda vitalícia constituída por título gratuito (art. 1.430).

Os credores do herdeiro, se anteriores à herança, não podem julgar-se prejudicados, porque a herança, mera possibilidade, não era parte componente do patrimônio do seu devedor: e, se posteriores, já encontraram o bem sujeito à condição de impenhorabilidade". (Comentário 5 ao art. 1.723, vol. 6.º, página 477).

Foi longa, mas necessária, a transcrição de Clovis Bevilacqua; para poder concluir que o mais autorizado intérprete das disposições do Código Civil não sufragava a inteligência do acordão ao art. 1.723, mas a do voto vencido, nos seguintes termos: os frutos e rendimentos dos bens da legítima, deixados com a cláusula da inalienabilidade, podem ser penhorados, "salvo disposição em contrário do testador".

Ora, a testadora, baronesa de Itacurussá, dispôs em testamento que as rendas da legítima de seus filhos seriam inalienáveis, impenhoráveis. Logo essas rendas não estão sujeitas à penhora.

Neguei, por isso, provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida, que assim o julgou.

Muniz Barreto, vencido em parte. O testador pode declarar que são "impenhoráveis os frutos, quer da legítima, quer do que foi deixado fora dela. A impenhorabilidade dos rendimentos não é uma "consequência necessária da inalienabilidade dos bens". O que o testador não pode fazer, tratando-se da "legítima, é declarar inalienáveis os frutos".

Estes são destinados à "manutenção do herdeiro": não é lícito se lhe recusar o "gozo" dos bens que constituem a reserva hereditária.

Portanto, considero não escrita a parte da verba, que manda converter em apólices da dívida pública inalienáveis os "juros das que formam a legítima".

Quanto aos juros das apólices constitutivas do legado, não há, no testamento disposição expressa ordenando a sua "conversão" em títulos da mesma natureza. A verba 32 não diz que os rendimentos desses bens "serão impenhoráveis, mas somente os próprios bens, isto é, que as apólices tanto da legítima como do legado, serão inscritas com a cláusula de inalienáveis, incommunicáveis, impenhoráveis e insub-rogáveis".

Dai resulta que os frutos dos títulos do legado estão sujeitos a penhora, nos termos do art. 530, § 5.º, do regulamento n. 737, de 1850. "São sujeitos a penhora, não havendo absolutamente outros bens os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis".

A cláusula final da verba 4.ª — "assim como as suas rendas" combinada com a verba 32 significa apenas a determinação da "impenhorabilidade" dos rendimentos dos títulos constitutivos da "legítima". — Fui presente, A. Pires e Albuquerque.

(*Rev. de Crít. Jud.*, 7.º, 521; *Atq. Jud.*, 4.º, 306; *Rev. For.*, 50-86).

270 — Em comentário ao julgado, Spencer Vampré escreveu o seguinte:...

"Mas, baixemos destas especulações doutrinárias à questão da penhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens clausulados.

Dissemos que campeia aqui desenfreada controvérsia. Senão vejamos.

Há, em primeiro lugar, o grupo dos que se mantêm dentro da mais rígida lógica jurídica, sustentando que a inalienabilidade dos bens da legítima importa, por si só, independente de cláusula expressa, na impenhorabilidade dos seus frutos e rendimentos.

Formam-no — José da Silva Costa (*Parecer na Revista Jurídica*, volume 14, pág. 5); Adolpho Gordo (*Discurso no Senado Federal*, em 3 de novembro de 1917, na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 13, pág. 254 e *Revista de Direito*, vol. 47, pág. 290; Pedro Lessa (voto no recurso extraordinário n. 1.138, de São Paulo, na *Revista Jurídica*, vol. 18, pág. 43 ou na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 21, pág. 121; Viveiros de Castro (voto vencido na apelação cível n. 4.260, na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 45, pág. 199).

Esta corrente é por certo lógica. Ampara-se nos arts. 59 e 60 do Código Civil, dizendo o primeiro que "a coisa acessória segue a principal", e acrescentando o segundo que "entram na classe das coisas acessórias os frutos, produtos e rendimentos".

Poder-se-á divergir, como divergimos, desta corrente, mas cumpre que lhe reconheçamos o mérito de estear-se em textos positivos.

Fixemos, entretanto, bem o conceito fundamental: — sustenta-se que a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos decorre *ipso facto* da cláusula imposta à coisa principal. Aquela decorre desta, sem dependência de cláusula especial quanto à impenhorabilidade dos frutos, que são necessariamente impenhoráveis.

Em sentido diametralmente oposto, eis se nos defronta outra orientação: — a dos que, com o professor José Ulpiano de S. Paulo (*Das Cláusulas Restritivas*, pág. 78, n. 57); João Luiz Alves (*Parecer*, na *Revista do Sup. Trib.*, vol. 18, pág. 251) e Mario G. Fernandes Pinheiro (*Revista de Direito*, volume 71, págs. 22 e 76, pág. 32) (*) julgam que os frutos e rendimentos são sempre penhoráveis, ainda que se lhes tenha prescrito a impenhorabilidade, cláusula esta que reputam irrita e de nenhum efeito. Pregar, pois, que são sempre, e inelutavelmente, penhoráveis os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, ainda que se haja expressamente disposto o contrário.

Está no fundo desta doutrina a idéia de que a impenhorabilidade dos rendimentos é matéria de ordem pública, que implica limitação ao livre exercício da propriedade e do crédito. Poder-se-ia formulá-la dizendo que só a lei, e não a vontade das partes, pode tornar certos bens *extra commercium*.

Mas, vitoriosamente se lhe pode contestar que o art. 69 do Código Civil é, pelo menos, um enigma tão grande como o ora em discussão, pois de duas maneiras sibilinamente antitéticas pode ser entendido, quer no sentido desta escola, quer no sentido da primeira: — nada proíbe nem admite, limitando-se a uma definição cheia de termos indefinidos. Efetivamente define o artigo citado as coisas fora do comércio como as "insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis". Ora, o problema em discussão consiste precisamente em saber se os frutos dos bens inalienáveis, quer clausulados ou não, são ou não são "suscetíveis de apropriação" ou "legalmente inalienáveis". Em suma: — o art. 69 põe a questão, por outras palavras, na mesma situação.

Há uma terceira opinião, — a do ilustre professor Azevedo Marques (*Parecer*, na *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 13, pág. 431), que, em rigor, parece simples variante da primeira, acima citada. Ele entende que os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis são inalienáveis enquanto não desagregados dos bens principais; aliás, desde que constituam bens separados e distintos do domínio do proprietário, são perfeitamente alienáveis.

Não vemos razão alguma para tais distinções. Enquanto os frutos não estão separados da coisa principal, é evidente que conservam a natureza dessa coisa principal. A questão surge exatamente desde a percepção dos frutos. Ela se refere aos frutos *percepti*, não evidentemente aos frutos *percipiendi*, ou somente aos frutos *percipiendi* no momento em que se possam perceber.

Esta distinção, pois, vem complicar o problema, recuando-o, sem nenhuma vantagem.

Por outro lado, prolonga o professor Azevedo Marques o problema, além dos seus limites, sem vantagem alguma. Ninguém põe em dúvida que só os frutos e rendimentos poderão ser considerados impenhoráveis, e não os bens que com esses frutos ou rendimentos se adquiram.

Se Tício deixou a Mévio uma casa inalienável, com ou sem cláusula sobre os rendimentos respectivos, poder-se-á discutir, como estamos discutindo, se esses rendimentos são também inalienáveis, mas ninguém discutirá se os bens adquiridos posteriormente, com o produto desses rendimentos, também continuarão inalienáveis, pois todos, *una voce*, reconhecerão que seria dar extensão incomportável a uma cláusula restritiva da propriedade. Na verdade, o testador jamais poderia clausular os bens que futuramente fossem adquiridos com os rendimentos dos bens inalienáveis, o que equivaleria a vincular bens *ad infinitum*.

Por tais motivos, ainda que leamos sempre com o máximo apreço as doutrinas expendidas pelo eminente professor Azevedo Marques, não nos podemos furtar ao conceito de que esta desloca o problema para diante e para trás, sem, todavia, resolvê-lo.

(*) De passagem pelo Rio, tomamos a este excelente estudo as indicações bibliográficas que aqui se exararam.

Finalmente, há a quarta corrente de opinião, sob o alto patrocínio de Clovis Bevilacqua, e agora do ilustre ministro Sr. HERMENEGILDO DE BARROS, no brilhante voto vencido.

Na realidade não se pode duvidar se esta é a mais aceitável. De um lado, não estende, por analogia, um princípio de *jus singulare*, de direito excepcional, com violação da regra "*quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias*"; por outro, evita extensão demasiada à vontade do testador, dando-lhe uma elasticidade que os próprios termos da disposição não facultam expressamente; por outro, ainda logicamente admite que quem pode o mais, pode o menos, e que quem licitamente clausulou bens, pode também clausular-lhe os rendimentos.

Mas, o próprio fato de ser vencido o ministro Sr. HERMENEGILDO DE BARROS está a demonstrar que a questão não amadureceu ainda no Supremo Tribunal Federal, reinando grande confusão na jurisprudência.

Trazendo estas linhas à publicidade, aspiramos apenas despertar a atenção dos juristas. — *Spencer Vampre*.

(*Rev. de Crit. Jud.*, 7.º, 530).

271 — O eminente desembargador Manoel Carlos, uma das mais brilhantes figuras do Tribunal de Apelação de São Paulo, julgou, quando ainda juiz em primeira instância, que das diversas correntes doutrinárias, sobre o assunto, a que melhor interpreta o artigo 1.723 é a intermédia, no sentido de que os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis não são sujeitos à penhora, quando o testador expressamente os declara impenhoráveis. Em favor dessa inteligência, prossegue o grande juiz, milita um argumento decisivo, porque não é fundado na doutrina, nem na autoridade dos mestres, mas em texto expreso de lei federal.

E' o art. 45, § 1.º, da lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, quando diz que não se compreenderão na falência os bens inalienáveis e os que não forem obrigados por dívidas, assim como os seus frutos e rendimentos, se também sujeitos à mesma cláusula de inalienabilidade (*Rev. For.*, 55-53).

272 — A Corte de Apelação, em o prejudgado n. 1, decidiu (contra os votos dos desembargadores André de Faria Pereira e José Linhares) que "os bens gravados com as cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade de seus respectivos rendimentos, não estão sujeitos, uns e outros, à penhora, após a morte do herdeiro, por dívidas por eles contraídas na vigência daquelas cláusulas" (*Rev. de Jur. Bras.*, 25-339).

Esse prejudgado adotou a decisão proferida no agravo número 8.648, entre Gasparina Silveira Martins Rodrigues Pereira e Dr. Augusto Hygino de Miranda Filho (*Rev. de Jur. Bras.*, 25-343).

A questão, nesse agravo, versou sobre a seguinte cláusula do testamento do conselheiro Lafayette:

"Os bens imóveis que possuo nesta cidade do Rio de Janeiro em que sucederem meus filhos Lafayette e Albertina, tanto por con-

ta das suas legítimas como da sua meação, serão inalienáveis e incommunicáveis durante a vida dos mesmos e por consequência nem os ditos bens nem os seus rendimentos poderão ser penhorados e executados por dívida de qualquer natureza".

273 — Parece que sobre o assunto está definitivamente firmada a jurisprudência.

Quando eu já não fazia parte do Supremo Tribunal Federal, este julgou, por acórdão de 15 de dezembro de 1937, no recurso extraordinário n. 2.404, que tanto a legítima como a parte disponível da herança podem ser gravadas de inalienabilidade e impenhorabilidade pelo testador, mas, para que os rendimentos também o sejam, é indispensável especial referência no ato da respectiva instituição (*Rev. de Jur. Bras.*, 40-129; *Rev. For.*, 78-43).

274 — Por fim, o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, aludindo à divergência na interpretação do art. 1.723 do Código Civil, pronunciou-se, em acórdão de 25 de maio de 1938, pela corrente dos que pensam que a cláusula de inalienabilidade compreende os bens e os respectivos rendimentos.

E é preciso notar que o Tribunal assim decidiu em ação recisória, que ele julgou procedente, "uma vez que foram executados, contra direito expresso, rendimentos inalienáveis em virtude de inteligência assente do art. 1.723" (*Rev. de Crít. Jud.*, 28-222).

Eu nunca julgaria que fora proferida contra direito expresso uma decisão sobre matéria opinativa ou sobre divergência de interpretação.

A esse acórdão do Tribunal de Apelação, do Distrito Federal, o ilustre advogado Dr. Alfredo Balthazar da Silveira fez inteligente comentário de aplauso, em que transcreveu conceitos de juristas notáveis, como Pedro Lessa, quando disse que "considerar inalienável a legítima e facultar a penhora dos rendimentos da mesma legítima, fora uma incongruência intolerável".

Anular-se-ia, com a penhorabilidade dos rendimentos, a disposição que permite clausular o capital, e os herdeiros, proprietários de grandes bens, morreriam na miséria".

Balthazar da Silveira, depois de assinalar a vacilação da jurisprudência, diz que a Corte de Apelação, pelas Câmaras de Agravos, resolveu, em prejudgado de 29 de setembro de 1933 (é o primeiro prejudgado de que se falou em o n. 272), que os bens inalienáveis não respondem, nem mesmo após a morte do legitimário, pelas dívidas que este contraiu na vigência da cláusula de inalienabilidade.

E concluiu, dizendo-se contrário a interpretações ditadas pelo *humanismo doentio*, à teoria que outorga ao juiz o *direito de legislar*. "Não ignoro, diz ele, o papel construtivo da jurisprudência;

porem, não me filiarei, jamais, à corrente que quer imitar o magistrado na posse da mais ampla interpretação dos Códigos, porque me não sorri qualquer espécie de ditadura. A vontade do juiz não pode revogar as leis, mesmo porque a arbitrariedade judiciária geraria a balbúrdia social" (*Rev. cit.*, pág. 223).

E' a condenação da teoria do juiz moderno. Ainda bem.

SEGURO DE VIDA

275 — A fraude em alienação de bens, de que se tratou em outro lugar (n. 242), desperta a lembrança de fraude em contratos, como o de seguro de vida.

O acordão proferido na apelação n. 1.875 julgou que é nulo o contrato de seguro de vida, em consequência não só de informação falsa ou errada do segurado ao segurador, como de qualquer omissão ou reticência por parte daquele.

Cumpre, porem, ao segurador, que se recusa a pagar o seguro, provar que o segurado, no momento da celebração do contrato, já sofria da moléstia, de que veio a falecer, já era conhecedor dela e efetivamente a dissimulou.

Eu divergi, não quanto à primeira parte do acordão, sobre a qual não era mesmo possível haver dúvida, mas quanto à segunda parte, que encerra questão meramente de fato, por estar feita a prova, a meu ver, de que o segurado, por ocasião do contrato, prestara informação falsa, omitira circunstância que, se fora conhecida, determinaria a não aceitação da proposta do seguro.

Meu voto divergente é o que se segue, sendo também vencidos os ministros Godofredo Cunha, Pedro Lessa, Pedro Mibielli e Edmundo Lins. Aqui estão as assinaturas do acordão:

Rio de Janeiro, em sessão do Supremo Tribunal Federal, 31 de julho de 1920. — *Pedro dos Santos*, relator. — *Sebastião de Lacerda*. — *G. Natal*. — *Viveiros de Castro*. — *João Mendes*.

Godofredo Cunha, vencido.

Muniz Barreto.

Pedro Lessa, vencido. — *Pedro Mibielli*, vencido.

Leoni Ramos.

HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. O acordão firma a doutrina, hoje consagrada no Código Civil (arts. 1.443 e 1.444), de que qualquer informação falsa ou errada do segurado ao segurador, qualquer omissão ou reticência, por parte daquele, dará motivo à nulidade do contrato do seguro de vida.

Ora, no questionário de fls. 17, cujas respostas constituem o motivo do contrato e fazem parte integrante deste, conforme ai se declara, o segurado declarou à Companhia seguradora que nunca tivera cólicas hepáticas e que, nos últimos dez anos, só necessitou de consulta ou assistência médica para moléstias passageiras — gripe, infecção intestinal — tendo sido seu médico o Dr. Mario Ottoni de Rezende.

Isto, porém, não é verdade, porque, alguns meses antes da celebração do contrato, ou precisamente no dia 25 de setembro de 1907, o segurado, acometido de dores violentas no epigastro, teve necessidade de recorrer aos serviços profissionais do Dr. J. da Nova e este verificou que se tratava de um caso de cólica hepática por litíase biliar (fls. 13).

Pouco importa que, depois do falecimento do segurado, o Dr. Nova houvesse deposto que, por não ter procedido ao exame das fezes, não podia afirmar com segurança que a moléstia diagnosticada era realmente cólica hepática, apesar de ser essa a sua convicção à vista dos sintomas então observados.

Pouco importa essa modificação no juízo anteriormente emitido, porque, se o segurado não tivesse omitido a circunstância da consulta ao Dr. Nova, a seguradora naturalmente se dirigiria a esse médico para colher informações que a habilitassem a aceitar ou recusar o seguro. Com a resposta do Dr. Nova, mesmo no sentido de lhe parecer que o segurado sofria de cólicas hepáticas, sem poder todavia afirmá-lo, por não ter examinado as fezes do doente, ficaria estabelecida a dúvida, pelo menos, no espírito da seguradora, e tanto bastaria para que ela deixasse de aceitar o contrato, por motivo de suspeita de grave enfermidade, como tal considerada no seu questionário. Se o aceitou, é que naturalmente foi induzida a erro, que vicia substancialmente o contrato, dada mesmo a ausência de má fé na omissão do segurado, por não conhecer este a gravidade da moléstia de que se achava afetado.

O que a lei requer é que o segurado não omita informações que habilitem o segurador a esclarecer-se para poder contratar com inteiro conhecimento de causa.

As dores violentas, que obrigaram o segurado a solicitar, poucos meses antes do seguro, os socorros médicos do Dr. Nova, que, para aliviar o doente, teve necessidade de fazer uso das injeções de morfina, não podiam ter passado despercebidas nas respostas ao questionário, tanto mais quanto ao segurado se perguntou inequivocamente se, nos dez últimos anos, necessitava de consulta médica, para que enfermidade e qual o nome e residência do facultativo.

Finalmente a causa imediata do falecimento foi a *angina pectoris*, mas o falecido teve "os sintomas preliminares de uma cólica hepática, depois dores violentas na região pericardial, isto me levou a atestar uma *angina pectoris* como *causa mortis*", segundo refere o médico no documento a fls. 15.

Pelo exposto, recebia os embargos, para reformar o acordão embargado e restabelecer a sentença de primeira instância.

Fui presente — A. Pires e Albuquerque.

Foi voto vencido o do Sr. ministro Edmundo Lins.

Presidência do Sr. ministro H. do Espírito Santo.

(Rev., 28-203; Rev. For., 36-111).

Vencido, com os ministros Pedro Mibielli, Pedro dos Santos e Muniz Barreto, foi ainda o meu voto na apelação n. 2.534, por ter o segurado, ao celebrar o contrato, omitido a circunstância de ser tuberculoso, tendo falecido da enfermidade poucos meses depois (Rev. For., 37-364).

276 — Fui, porém, vencedor e redigi o acordão na apelação n. 3.094, em que se julgou nulo o contrato, que se realizou, por acreditar o segurador serem verdadeiras as declarações do segurado, quando entretanto se verificou que elas eram falsas, ocorrendo ainda a circunstância de ter sido feito o seguro, sem uma causa qualquer e em benefício de pessoa quase desconhecida.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível do Estado de São Paulo, entre Victor Hugo Pimentel de Mattos, como apelante, e a *Providência* — Caixa Paulista de Pensões — como apelada.

Aquele propôs ação contra esta, para obrigá-la ao pagamento de trinta contos de réis, valor de um pecúlio que fora instituído em seu favor pelo português Antonio Pereira.

A ré alegou: 1.º, que a pessoa examinada e julgada com robustez física não é a mesma que faleceu, pois esta era um ébrio habitual, que o médico que o examinou não podia dar como de complexão robusta, mormente se se considerar que Antonio Pereira faleceu em 15 de abril de 1913 — seis meses depois do exame — de anepatia por alcoolismo crônico, estado a que só chega o alcoólatra muitos anos depois; 2.º, que, se o falecido fosse o próprio examinado, nulo seria o contrato, pois ele declarou que só bebia vinho, unicamente às refeições, o que constitui reticência ou ocultação da verdade que, se conhecida, daria lugar à recusa da proposta para o seguro; 3.º, que, tendo o segurado família em Portugal, não havia razão alguma para fazer o seguro em benefício de estranho.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente pelos fundamentos alegados, além de outros.

São de incontestável procedência as duas últimas alegações, que também constituíram razão de decidir.

Efetivamente, no questionário ao segurado, figura este: usa álcool às refeições ou fora delas? A resposta foi esta: usa vinho às refeições. Ora, está provado que Antonio Pereira bebia de tudo e a toda hora. Logo, ocultou a verdade, usou de reticência, sem a qual a Companhia não teria feito, talvez, o contrato.

O que é, porém, mais importante é que o próprio autor, apelante, confessou em seu depoimento a fls. 125 v e 126 que conhecia Antonio Pereira, há um mês mais ou menos, antes de ser feito o seguro em seu benefício.

Não é verossímil, porém, que o segurado fizesse o seguro em benefício de um estranho, um desconhecido, por assim dizer, e sem uma causa qualquer, principalmente tendo ele família em Portugal.

E a presunção de fraude no contrato é tanto mais aceitável quanto é certo que o segurado, não tendo recurso para ocorrer às contribuições, ainda fez um seguro em benefício de outro indivíduo, segundo consta dos autos. No seu depoimento, o autor ainda declarou que era amigo de Antonio Pereira, a quem conhecia de poucos dias.

ACORDAM, pelo exposto, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada. — Pagas as custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 19 de maio de 1923. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lins*. — *Alfredo Pinto*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *Geminiano da Franca*. — *Godofredo Cunha*. — *Viveiros de Castro*. — *Maniz Barreto*.

Fui presente — *A. Pires e Albuquerque*.

(Rev., 57-111).

277 — Simple question de fato, em que a prova foi mal apreciada, é a que consta da apelação n. 5.163.

Numa ação de desquite, o acordão julgou que a cônjuge, autora, era inocente e que o réu era o culpado, quando a verdade é que a culpa foi de um e outro, porque ambos se injuriaram gravemente.

Eu, pois, julguei procedente não só a ação da autora, como também a reconvenção do réu.

N. 5.163 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Estado do Rio de Janeiro, em que é apelante o Dr. Lauro Williams Pacheco e apelada D. Laura de Lima Pacheco, verifica-se ser a espécie a seguinte:

A apelada, em ação de desquite, proposta contra o apelante e fundada no art. 317, n. 3, do Código Civil, alegou:

1) que o apelante, logo depois do casamento, começou a maltratá-la, não só insultando-a como agredindo-a fisicamente, e que sempre assim procedeu, enquanto durou a vida conjugal;

2) que, para fugir a essas brutalidades, por duas vezes, se acolheu à proteção paterna, tendo voltado, da primeira, ao seu lar, em vista de insistentes pedidos do seu marido e de protestos de correção futura;

3) que, por fim, não podendo mais suportar os maus tratos e humilhações que o apelante lhe infligia, passou, com seus filhos menores, a residir definitivamente com seus pais.

Pediu que, julgada procedente a ação, lhe fossem assegurados, como cônjuge inocente, os direitos que lhe assistiam, relativamente à sua pessoa e bens e à posse e educação dos filhos do casal.

Em defesa, alegou o réu:

1) que, durante o tempo em que a autora viveu em sua companhia, a cercou de todos os desvelos e carinhos necessários;

2) que a ausência da esposa do seu lar, durante alguns meses, se deu, não por falta de carinhos e desvelos, mas devido, única e exclusivamente, à intervenção e obstinação do seu pai.

Concluiu pelo pedido de absolvição e reconveio, alegando também injúria grave, assim como abandono do lar, e solicitando lhe fossem garantidas a posse e a educação de seus filhos, ainda menores.

O juiz a quo, por sentença de fls. 208, julgou a ação procedente, para de posse dos filhos do casal, e fixando em 200\$0 mensais a contribuição do réu para a manutenção e educação deles.

Como acima se viu, a autora alegou dois motivos legítimos de desquite: sevícias e injúrias graves, e o réu negou os fatos articulados, e, reconvinde, alegou, por sua vez, injúria e abandono do lar, por parte de sua esposa e pediu fosse decretada a improcedência da ação e se lhe garantisse a posse dos filhos.

A reciprocidade de faltas, se provada, jamais poderia determinar a improcedência da ação.

Em voto que se encontra publicado na *Revista Forense*, vol. XXVIII, página 127, versou-se longamente a questão da compensação de culpas (*la récl-procité des torts*) e da sua influência na ação de desquite.

Quanto ao objeto principal da lide — a separação dos cônjuges, portanto, a influência, pois, segundo observação judicosa do ilustre magistrado, deido de um cônjuge, e outro por parte do segundo — um motivo, por parte pericosa a sua decretação, por decorrer de atos praticados por ambos os esposos a certeza de ser impossível a continuação da vida conjugal.

Nessa hipótese, conforme o critério legal, cada qual concorre, por sua vez, para impossibilitar a vida em comum.

Sendo assim, denegar o desquite, porque houve reciprocidade de culpas, a pretexto de sua compensação, é desconhecer-lhe o seu verdadeiro objetivo, ad-

mitindo-se o absurdo de se permitir a dissolução ou a simples interrupção da vida conjugal, no caso de provir a falta de um só dos cônjuges, e não fazê-lo, na hipótese de emanar ela de ambos.

Como muito bem observa Planiol, se há reciprocidade de culpas em vez de uma, há duas razões para ser decretado o divórcio, tornando-se então mais intolerável a vida em comum.

Essa doutrina tem plena consagração em nossa lei, mesmo em se tratando de adultério, como se mostrou no citado voto.

Dado que, pois, o réu houvesse provado a reciprocidade de faltas, não haveria nessa circunstância uma razão para se denegar o desquite e julgar a respectiva ação improcedente.

Aliás, a procedência da reconvenção excluiria a improcedência da ação, em seu objeto principal, não podendo, em tal caso, deixar de se restringir aquela a uma parte do pedido.

A reciprocidade de faltas, porém, não poderá deixar de ter influência para a decisão da parte acusatória desse pedido — a relativa aos direitos concernentes aos filhos do casal, à sua posse e educação.

A lei, de fato, estabelece:

- 1) que, sendo a mulher inocente e pobre, se fixará na sentença uma pensão alimentícia, que o marido será obrigado a lhe prestar;
- 2) que, igualmente, será fixada a quota que, para a criação e educação dos filhos, deverá prestar o cônjuge culpado, ou ambos, se um e outro o forem;
- 3) que os filhos do casal ficarão com o cônjuge inocente, permanecendo com a mãe, no caso de culpas reciprocas, as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos (Código Civil, cit., arts. 320, 321 e 326).

Para a solução de todas essas questões, como se vê, tem influência decisiva a verificação de ser, ou não, unilateral o motivo ou os motivos legais do desquite.

A pensão alimentícia a que alude o art. 320, cit. está fora de questão: não foi pedido, e o juiz não a decretou, havendo a autora se conformado com a sentença.

Restam, portanto, somente as questões relativas à posse e à educação dos filhos do casal.

Isto posto, cumpre examinar:

- 1) se há motivo legal, para o desquite pedido;
- 2) no caso afirmativo, se se verificou a reciprocidade de culpas.

Pela prova dos autos, cuidadosamente examinada, confrontada a testemunhal com a documental, verifica-se existir prova plena, não só das sevícias, como de injúrias graves irrogadas pelo réu à autora.

A lei não admite, como testemunhas, o ascendente, e o colateral, até o terceiro grau, de algumas das partes (Cód. cit., art. 142) somente abrindo exceção para o ascendente em se tratando de verificar o nascimento ou óbito dos filhos (art. 143), pelo que se deixam de lado os depoimentos de fls. 102, 154 v e 158 — completamente inúteis, em face da lei, para a prova das alegações de qualquer das partes.

Para a prova, porém, do alegado pela autora, há os depoimentos contestes e harmônicos das testemunhas de fls. 146 v, 149, 161 e 165.

A de fls. 146 v, vizinho da casa em que o casal residia, disse, diversas vezes, ter presenciado insultos peadíssimos que o réu dirigiu à autora e que a testemunha individuou. De uma feita D. Olympia, parenta do réu, chegou a pedir socorro aos vizinhos, a que o depoente não atendeu.

Disse, ainda, essa testemunha que a autora, para fugir a tais brutalidades, por três vezes foi, com os filhos, acolher-se à proteção de seus pais, tendo sido definitiva a última vez.

A de fls. 149 também, como vizinho, presenciou os mesmos insultos a que aludiu a testemunha precedente. Nunca viu, é certo, o réu espancar a autora, tendo, entretanto, ouvido, uma vez, rumores que o levaram a crer em uma agressão física, porque a autora pedia, em altas vozes, que os vizinhos a socorressem, tendo-se reproduzido, várias vezes, pedidos dessa natureza.

Para evitar esses maus tratos, concluiu o depoente, a autora foi para a casa de seus pais, a que antes por duas vezes fora obrigada.

A de fls. 161, que foi empregada do casal, teve ocasião de observar, durante o tempo do seu emprego, que o réu, muitas vezes, batia em sua mulher e lhe dirigia pesados insultos, dando-lhe nomes horríveis, que se encontram no depoimento dessa testemunha. Certa ocasião, a menina Nadyr desceu a escada, chorando e dizendo que o pai estava batendo em sua mãe, e a testemunha, então, subindo, encontrou a autora chorando, com as vestes em desalinho e com sinais evidentes de ter sido espancada.

Suspeitava, disse essa testemunha, que a empregada Philomena (a testemunha de fls. 111 v.) mantinha relações ilícitas com o réu, pois, muitas vezes, se trancavam, os dois, em quartos da casa. A de fls. 165 v. (D. Camerina Moreira), como amiga que é da família dos pais da autora, sabia que esta era maltratada pelo réu, o qual a espancava e lhe dirigia baixos insultos. Uma vez, estando o casal na residência do Dr. Leopoldo Lima, a depoente surpreendeu o réu, quando no quarto em que dormia o casal, batendo com a cabeça da autora na parede. Soube, pela mãe do próprio réu, que este havia agredido a esposa a socos, dois dias depois do seu segundo parto, e a depoente, de fato, notou que ela tinha o rosto arroxado, dizendo, porém, para desculpar o marido, que se magoara em uma cadeira.

Relatou ainda essa testemunha uma outra cena de espancamento, quando foi do regresso inesperado do réu de uma viagem a Cantagalo.

O depoimento de fls. 144 v., embora de pessoa de vida irregular, harmoniza-se perfeitamente com os precedentes.

As testemunhas, como se vê, especificam contumélia gravíssima e revícias repetidas, de que a autora foi vítima, e que mostram quão aparente era a felicidade ou harmonia a que aludem as testemunhas de fls. 115 v., 117, 121 e 151 v.

Não é preciso mais para convencer o julgador da existência de motivo legal para a decretação do desquite e da impossibilidade de continuar a vida comum do casal.

Resta, pois, examinar o segundo ponto: se, como alega o réu, a autora é também passível de culpa.

A alegação referente ao abandono do lar conjugal é de todo improcedente, por estar provado não ter sido voluntário, determinado que foi pelo incorretíssimo procedimento do apelante.

Cumpra, pois, examinar a alegação relativa à injúria grave, de que o réu por sua vez diz ter sido vítima.

Deixando de parte o depoimento da empregada Philomena, suscitíssimo e inverossímil, restam os depoimentos de fls. 117, 122 v., e 125 v.

A de fls. 117 é a que mais carga faz à autora, dizendo que a viu, muitas vezes, agredir o réu com feios insultos, dando-lhe os qualificativos de bandido, patife e ordinário. Disse que, quando o réu lhe pedia alguma providência carreativa acima de qualquer alusão menos digna.

Essa testemunha, porém, nenhum crédito merece, pela dependência em que se encontra com a mãe do réu em cuja casa mora, em um quartinho existente no quintal, conforme confessa a fls. 118 v.

Os depoimentos de fls. 122 v. e 125 v. não são igualmente verossímeis, atribuindo à autora palavras que uma senhora de certa sociedade e educação jamais pronuncia, qualquer que seja o seu estado de exaltação.

Alem disso, a autora não alegou e provou somente injúrias graves, como motivo legal do desquite: alegou e provou também sevícias de que nem sequer foi acusada.

Ela, portanto, não pode deixar de ser considerada o cônjuge inocente, para os efeitos da lei, isto é, para conservar em seu poder os filhos do casal, enquanto menores, e lhes dirigir a educação, para o que o réu deverá concorrer com a quota fixada pelo juiz.

Pelo exposto, ACORDAM negar provimento à apelação, confirmando assim a procedência da ação e a improcedência da reconvenção.

Pague o apelante as custas.

Supremo Tribunal Federal, 13 de agosto de 1926. — *André Cavalcanti*, presidente. — *A. Ribeiro*, relator *ad-hoc*. — *Pedro dos Santos*. — Julguei procedente a ação e também a reconvenção, e, por isso, opinei ainda que, nos termos do art. 237 do Código Civil, os filhos do casal fossem entregues ao avô materno, cuja integridade é toda superior a todas as investigações. — *Pedro Mibielli*. — *Bento de Faria*, vencido, quanto à reconvenção. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido em parte, porque julgava procedente não só a ação, como também a reconvenção.

A autora fundou a ação de desquite na alegação de sevícias e injúrias graves (art. 317, n. 3, do Código Civil) e pediu, como cônjuge inocente, que o marido lhe preste a pensão alimentícia que o juiz fixou, assim como a quota com que deve concorrer para criação e educação dos filhos, que deverão ficar em companhia dela. Este é o objeto do pedido, fundado nos arts. 320, 321 e 326, que a autora invoca no libelo.

O réu contestou os fatos, que lhe são atribuídos, e alegou, em reconvenção, que foi, por várias vezes, injuriado pela autora, que abandonou o lar, sem justo motivo, e se fez funcionária pública contra a vontade dele réu.

A sentença de primeira instância julgou a ação procedente e atribuiu à autora, como cônjuge inocente, a posse dos filhos, para cuja manutenção e educação deverá o réu contribuir com a quantia de 200\$000 mensalmente.

O réu apelou. Nego provimento à apelação para confirmar a sentença na parte em que julgou procedente a ação, por considerar as injúrias provadas.

Com relação às sevícias, embora o acordão as considere plenamente provadas, não encontrei nos autos essa prova, que também examinei cuidadosamente. Depuseram oito testemunhas da autora.

Desse número o acordão excluiu duas, por não poderem depor — a 5.^a e a 6.^a, mãe e tia da autora.

Das testemunhas restantes, a 1.^a, Maria de Lourdes Henrique de Araujo (fls. 144 v.), apesar de empregada da casa, não se refere absolutamente a sevícias.

A 2.^a, Antonio Luiz Machado Netto (fls. 146 v.), "apesar de morar em casa vizinha da de residência do réu, nunca viu este maltratar fisicamente a autora".

A 3.^a, Waldemar Amaral (fls. 149), é também vizinho, porque mora com a testemunha precedente, Antonio Luiz.

Esta 3.^a testemunha "cortou relações com o réu por questões de nonada" segundo diz, e, tendo, como as duas anteriores, deposto sobre as injúrias, acrescenta que nunca viu o réu espancar a autora, nem pode afirmar que ele a maltratasse fisicamente, pelo fato de terem, às vezes, partido de sua casa pedidos de socorro.

Das testemunhas da autora só duas depõem sobre sevícias — a 7.^a e a 8.^a, Vitalina Beatriz de Oliveira e Camerina Moreira.

Mas, a esses dois depoimentos opõe-se, em 1.^o lugar, o depoimento da 4.^a testemunha da própria autora, ao qual o acordão, por esquecimento sem dúvida, deixou de aludir. O depoimento da 4.^a testemunha, Olympia Barradas

Sampaio (fls. 151 v.), é contraproducente, por ser inteiramente favorável ao réu. A testemunha, que residiu em companhia do casal, depõe que nunca notou desarmonia entre o réu e a autora e que esta era bem tratada por aquele.

Opõem-se, em 2.º lugar, aos depoimentos das duas testemunhas da autora algumas das testemunhas do réu, pessoas qualificadas, que lhe atestam a correção de conduta.

A 1.ª testemunha (fls. 96), cirurgião-dentista José Florencio de Oliveira, vizinho do casal, "nunca viu nem ouviu qualquer cena ou comentário com os quais pudesse depreender falta de felicidade no lar em questão... pode afirmar que nunca ouviu... em casa ou fora de casa do réu, queixa qualquer contra a sua maneira de proceder com a família".

A 2.ª testemunha (fls. 98 v.), farmacêutico Arthur Fer. Lemos, também vizinho do casal, durante a vida conjugal dos mesmos, nunca observou o menor atrito entre os dois, tendo a melhor impressão de felicidade do casal, e, se houve atritos ou discussões violentas entre o casal, a testemunha por certo teria conhecimento, e no entanto nem por ouvir dizer pode dar notícia disso". Acrescenta a testemunha que o réu sempre foi rapaz de bom comportamento e de hábitos distintos.

A 5.ª testemunha (fls. 115 v.), Dr. Raul da Cunha Bello, médico, conhece o casal desde Cantagalo, e sempre o viu na melhor harmonia, aparentemente, isto é, nunca viu coisa alguma que lhe pudesse dar impressão diversa nas múltiplas vezes que lhe frequentou a casa; que tem a melhor impressão do réu, sempre muito paco, estranho nos folguedos comuns das cidades do interior; que sua casa era frequentada pela melhor gente de Cantagalo; que na Capital Federal teve ocasião de tratar da menina Nadyr, frequentando por isso a casa do casal, que o réu era muito carinhoso com a filha doente e que, com relação à vida do casal, manteve a impressão colhida em Cantagalo; que atribui a uma grande falsidade o que se tem dito por aí, depois de requerido o doquite, a respeito do réu, pois não compreende como isso seria possível, em face das maneiras por que sempre se conduziu ele".

A 7.ª testemunha (fls. 121), José Damasceno Pinto de Mendonça, escrivão da Sétima Pretoria Criminal, "conhece o casal em questão, de Cantagalo, e, quando lá residiu, frequentou sua casa; que tinha a melhor impressão da felicidade do mesmo casal; que sua casa era frequentada pelas famílias de maior conceito da localidade; que o juiz de direito de lá, Dr. Octavio Costa, com quem servia o réu como promotor público, fazia as melhores referências a respeito do réu, a quem, por sua vez, a testemunha julga pessoa digna das melhores referências".

Opõe-se, em terceiro lugar, aos depoimentos das duas testemunhas da autora o fato mesmo de não serem elas verdadeiras.

Vitalina, que ainda agora é criada de servir na casa dos pais da autora, onde esta reside, refere que "o réu costumava levar para a residência do casal mulheres de má reputação e como tal conhecidas em Cantagalo; que a autora recebia essas mulheres como visitas, ignorando o que elas realmente eram". Entretanto, o Dr. Raul da Cunha Bello e o escrivão José Damasceno Pinto de Mendonça, que residiram em Cantagalo e frequentavam a casa do réu, depõem que esta era visitada pela melhor gente, pelas famílias de maior conceito daquela localidade; como se acabou de ver, Camarina conta que, "certa vez, na residência do Dr. Leopoldo de Lima, a autora com outras pessoas da família chamou-a ao corredor em que começa a escada do sobrado, entregando-lhe a escada, tendo sido esta agressão motivada pelo fato de estar a autora, quando o réu chegou, dançando na sala de visitas".

Ora, não é crível que o fato da agressão não tivesse sido presenciado pelas pessoas que estavam na sala de visitas contígua ao corredor, e muito menos é crível que o réu, chegando de viagem, naturalmente com saudades da esposa, a fosse esbofetando, porque ela se divertia na sala de visitas da casa de seu pai.

Não há, portanto, prova plena de sevícias; segundo afirma o acordão. Ainda, porém, que tal prova existisse, juntamente com a das injúrias, isso de modo nenhum influiria, para que deixasse de ser reconhecida a procedência da reconvenção, por estar igualmente provado, de modo exuberante, cabal, completo, que a autora também injuriou gravemente o réu, chamando-o sem vergonha, ordinário, salado, bandido, patife, além de o haver designado de maneira ainda mais atroz.

E as injúrias da autora foram tão cruéis e tão fundas, que ela chegou ao extremo de imputar ao marido um fato, que deveria guardar em segredo, *qualquer que fosse o seu estado de exaltação*, sobretudo não sendo verdadeiro o fato imputado, conforme acentuaram nobremente, apesar de mal educadas, as testemunhas que o referiram.

A prova está nos autos.

Depuseram nove testemunhas do réu.

Muito regularmente o acordão excluiu desse número, como já o havia feito em relação às testemunhas da autora, a terceira testemunha do réu a fls. 102, por ser mãe do mesmo réu.

Menos regularmente, porém, declarou que deixava de parte o depoimento da quarta testemunha, a empregada Philomena Dias Duarte a fls. 111 verso.

Se o depoimento foi abandonado, por ter sido Philomena empregada do casal, o mesmo critério deveria ter sido aplicado a Vitalina, sétima testemunha da autora, a qual foi e ainda é empregada desta, o que não obsteu a que o depoimento fosse considerado perfeitamente idôneo.

Se o critério da exclusão de Philomena foi aquele, esse critério deveria ser também aplicado a Maria de Lourdes de Araujo, primeira testemunha da autora, que foi também empregada do casal e vive atualmente em franca prostituição, segundo consta de documento nos autos, o que igualmente não obsteu a que fosse aceito o depoimento de Maria de Lourdes, por harmonizar-se com outros depoimentos, como o da sétima testemunha Vitalina, quando é certo que Philomena disse o que também disseram várias outras testemunhas do réu.

Considerou o acordão que o depoimento de Philomena é inverossímil e suspeitíssimo, mas não diz em que consistem a suspeição e a inverossimilhança, quando verdadeiramente inverossímil é o depoimento de Camerina, ao referir a história do marido, bacharel em direito, juiz municipal, que chegou de viagem e foi esbofetando a esposa, porque esta se divertia lícitamente, com outras pessoas da família, na sala de visitas da casa de seu pai, íntegro juiz de direito desta capital.

Excluídos esses dois depoimentos das 3.^a e 4.^a testemunhas do réu, o acordão apreciou apenas os depoimentos da 6.^a testemunha a fls. 117, da 8.^a, a fls. 122 v. e da 9.^a a fls. 125 v. Entretanto, há outros depoimentos favoráveis ao réu, como o da 1.^a testemunha a fls. 96, o da 2.^a a fls. 98v., o da 5.^a, fls. 115 v. e o da 7.^a a fls. 121, que são respectivamente do cirurgião-dentista, farmacêutico, médico e escrivão.

Excluídos todos esses depoimentos, para se argumentar somente com aqueles, de que o acordão faz menção, ainda assim a prova da reconvenção é perfeita.

A 6.^a testemunha, Hygino Homero da Fonseca Junior (fls. 117), conigna os qualificativos *bandido*, *patife*, *ordinário*, que a autora irrogava ao réu, e diz que, quando este pedia àquela algum objeto, a autora lhe respondia: "vai pedir à sua amante Hilda, que a testemunha diz ser irmã solteira da autora; que a testemunha, entretanto, conhece também desde Cantagalo a senhorita

Hilda que, dada a sua conduta e distinção, pode afirmar estar acima de qualquer alusão menos digna".

A 8.^a testemunha, Emilio Anequini (fls. 122 v.), refere que, indo à casa do réu em companhia de seu compadre José Pereira Diogo para dar-lhe um recado, a esposa do réu supôs que este era convidado para alguma farra e disse: "não chega a tua amante Hilda, seu ordinário, seu filho da p., etc.".

A 9.^a testemunha, José Pereira Diogo (fls. 125), confirma o fato.

O acordão objeta que a 6.^a testemunha não merece crédito, pela dependência em que se encontra com a mãe do réu, em cuja casa mora, em um quartinho existente no quintal; que os depoimentos das 8.^a e 9.^a testemunhas não são verossímeis, atribuindo à autora palavras, que uma senhora de certa sociedade e educação jamais pronuncia, qualquer que seja o seu estado de exaltação.

Ora, a 6.^a testemunha é artista, pintor, e, pelo fato de morar em um quartinho pertencente à mãe do réu, não se pode inferir que seja dependente desta.

Dado que o seja, dependente será também, e com mais razão, a testemunha Vitalina, que morou e mora na casa da autora, com os pais desta. Se é inverossímil o que se atribue à autora, inverossímil será também o que se atribue ao réu, homem formado, juiz no Estado do Rio, tendo não somente a presunção de ser pessoa educada, mas a realidade desse fato, que é atestado por várias testemunhas.

Além disso, não é somente uma testemunha que atribue à autora as injúrias, de que o réu se queixa.

São muitas, e todas elas, embora não sejam pessoas de fina educação, não tendo mesmo, talvez, educação alguma, tiveram, entretanto, a nobreza de reprimir o insulto que a autora dirigira à sua própria irmã.

A própria Philomena foi, neste particular, de uma dignidade indissimulável. Depois que a autora chamava o réu *sem vergonha, ordinário, bandido* e que ele estava "dormindo de dia, porque de noite se avistava com as amantes, dentre as quais se achava incluída a irmã da autora de nome Hilda, o que a testemunha julga uma infâmia, pois a moça referida é muito digna e incapaz de qualquer deslize".

Em suma, julgo procedente a ação, porque o desquite se impõe, por mais de um motivo, e atualmente, ao que se observa, já não seria suportável a vida em comum entre os cônjuges.

Mas julgo também procedente a reconvenção, porque dessa situação infeliz são culpados ambos os cônjuges, e não somente o réu. Daí a providência aconselhada pelo art. 326, parágrafos 1.^o e 2.^o do Código, ou mesmo pelo art. 327, no caso de um entendimento razoável, equitativo, humano entre os juizes.

O que não é justo, o que não é legal, é que se aceite a prova da autora e se recuse a do réu, quando essa prova é a mesma, na qualidade e na quantidade, mesmo não se apreciando, como não apreciei, a causa da desarmonia dos cônjuges, a que se referiram as testemunhas do réu — causa que não se relaciona com motivos de honra conjugal da autora, o que aqui deixo expresso, embora sem necessidade, para que não parem dúvidas no espírito de ninguém.

— Leoni Ramos. — Heitor de Souza. — Godofredo Cunha. — Muniz Barreto. (Diário da Justiça, de 28 de junho de 1931).

LIDE TEMERÁRIA

278 — Caracteriza-se a lide temerária pelo dolo ou má fé, de modo que a indenização por perdas e danos só é devida, quando a providência judicial, de que esses danos tiveram resultado, houver sido requerida com dolo ou má fé, e não simplesmente quando o re-

querimento for injusto ou determinado por erro, mesmo grosseiro, de direito.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Paraná, em que é primeiro apelante a Companhia Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande e são segundos apelantes João Eugênio & Cia.

Aquela propôs contra estes ação ordinária de indenização, alegando o seguinte: que, a requisição de Jonas Barbosa & Cia., fez seguir, para o desvio existente no quilômetro 134 da linha Curitiba-Ponta Grossa, o vagão de carga n. 4.168, que ali foi carregado, no dia 7 de dezembro de 1920, com madeira consignada a Munhoz da Rocha & Cia., em Paranaguá; que, antes de ser o vapor expedido a seu destino, os réus, no dia anterior — 6 de dezembro — fizeram intimar judicialmente a autora para não fornecer vagões requisitados para o mencionado desvio, nem receber embarque de madeiras, sob pena de ficar obrigada a indenizar perdas e danos; que, obedecendo ao mandado judicial, ficou o vagão no desvio, sem que pudesse seguir ao seu destino, tendo os réus ainda mandado descarregar o vagão e lançar a madeira à margem da linha; que, tendo os réus requerido a providência judicial de má fé, cometendo erro grosseiro e abusando do direito de requerer em Juízo, estão obrigados a indenizar perdas e danos, conforme o que se liquidar na execução.

Os réus contestaram, por negação, e, reconvinde, alegaram que a ação foi proposta dolosamente, de modo que é a ré obrigada a indenizar as despesas, que os réus terão de fazer com honorários de advogado em primeira e segunda instância.

A sentença de fls. 153 julgou improcedentes a ação e a reconvenção, tendo ambas as partes apelado.

O direito aplicável à espécie é que a indenização por perdas e danos só é devida, quando a providência judicial, de que esses danos tiverem resultado, houver sido requerida com dolo ou má fé, e não simplesmente quando o requerimento for injusto ou determinado mesmo por erro grosseiro de direito.

O que caracteriza a má fé é a convicção, em que esteja o litigante, de que nenhum direito lhe assiste ao que pretende e de que só requer o reconhecimento desse direito no intuito de vexar, perseguir ou molestar o adversário.

Refere-se expressamente à má fé o art. 337 do reg. n. 737, quando diz: "fica salvo no embargo o direito de pedir por ação competente as perdas e danos que do embargo lhe resultarem, quando o arresto é requerido de má fé".

O art. 21 da lei n. 2.024 também autoriza a condenação daquele que, por manifesto dolo ou falsidade plenamente provados, requerer a falência de outrem.

O art. 160, n. 1, do Código Civil determina que não constituem atos ilícitos, para darem lugar à indenização, os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

O art. 264 do Código Penal também dispõe o seguinte:

"Dar queixa, ou denúncia, contra alguém, imputando-lhe *falsa* e *dolosamente* fatos que, se fossem verdadeiros, constituiriam crimes e sujeitariam o seu autor à ação criminal..."

Ora, a autora não provou que os réus tivessem agido de má fé. O que consta dos autos, nos quais nenhuma prova testemunhal foi produzida na respectiva dilação, é que eles requereram ao juiz mandasse intimar a Cia. Estrada de Ferro Rio Grande a não fornecer vagões para o transporte de madeiras, que José Schultz destinava às outras pessoas e que já estavam no desvio para ser embarcadas, quando tais madeiras, em virtude de contrato, deviam ser fornecidas aos réus, que já tinham requerido e obtido arresto nos bens de Schultz.

A providência foi requerida pelos réus a 6 de dezembro; entretanto, a autora carregou o vagão no dia 7, já depois de intimada judicialmente a não fazê-lo.

Pertanto, os réus não abusaram do direito de requerer uma providência em ressalva de seu direito, mas agiram no exercício regular deste.

Se da providência requerida e deferida resultou prejuízo à autora, os réus não são obrigados a indenizá-lo, porque nenhum ato ilícito praticaram.

ACORDAM, nestas condições, negar provimento à apelação da autora, para confirmar a sentença que julgou a ação improcedente.

Pelo mesmo motivo, negam também provimento à apelação dos réus e confirmam a sentença, que julgou improcedente a reconvenção, porque não se pode considerar que, tendo proposto esta ação, a autora houvesse agido dolosamente, ultrapassando os limites do uso regular de um direito.

Assim decidindo, condenam ambas as partes nas custas.

Rio de Janeiro, 6 de setembro de 1934. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

(Rev. de Jur. Bras., 38-141).

O ministro Eduardo Espinola foi vencido, porque, embora não tivesse havido má fé, no caso, houve contudo imprudência.

Em artigo que publicou nas *Pandectas* (1.º, 193) sustenta que é devida indenização a quem, vítima de uma falsa queixa ou denúncia, foi impronunciado.

Mas, a queixa pode ser falsa e nem por isso se poderá dizer que foi dada com dolo, a não ser que existam provas deste. O artigo 264 do Código Penal só considera criminoso o que faz a alguém imputação falsa e dolosa de fatos...

279 — Julgou-se, na apelação n. 3.563, que não responde por indenização de perdas e danos quem, de boa fé, protesta uma letra, tendo razão para acreditar que o respectivo pagamento não fora feito.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre Ignacio do Prado Garrido, como apelante, e La Banque Italienne pour l'Amérique du Sud, como apelada.

Aquele intentou ação ordinária contra esta, afim de ser indenizado das perdas e danos causados ao seu patrimônio e à sua reputação de negociante, por haver o réu protestado uma letra de câmbio de 297\$500, sacada contra o autor, e que este já lhe havia pago.

O réu contestou a ação, alegando que a letra de câmbio não foi paga e que a quantia de 297\$500, entregue a ele, réu, por um terceiro, em 1 de junho de 1917, para ser paga em São Paulo a S. Pacheco, por ordem e conta do autor, não pode ser considerada pagamento da referida letra de câmbio, sacada por Pacheco contra o autor e a favor do réu.

A sentença de fls. 62 julgou a ação improcedente, porque o autor não provou que, ao ser feita a entrega da quantia de 297\$500, fosse o réu informado de que a mesma quantia se destinava ao pagamento da letra de câmbio sacada por Pacheco, tanto mais quanto o réu tinha razões para acreditar que o pagamento não fora feito. O autor apelou. Consta dos autos que S. Pacheco, a 15 de março de 1917, sacou contra o autor, Ignacio do Prado Garrido e a favor do banco, réu, uma letra de câmbio de 297\$500.

Logo que recebeu essa letra, o réu deu aviso ao autor, de quem exigiu o respectivo pagamento. Em 21 de março o autor escreveu ao réu a carta de fôlhas 17, em que pedia prazo para fazer o pagamento, pedido reiterado, no mesmo sentido, em carta de 26 de abril a fls. 18.

Não tendo sido feito o pagamento, o réu novamente o reclamou em carta de 4 de junho, com a declaração de levar o documento a protesto, caso não se realizasse o pagamento até o dia 10 do mesmo mês.

Fez-se o protesto a 5 de julho seguinte.

Ora, se o réu a 4 de junho escrevia ao autor, ameaçando-o de protesto, se o pagamento não estivesse feito até o dia 10; se o autor, tendo recebido essa carta, não a respondeu, segundo consta de seu depoimento, é claro que o réu tinha razão para supor que o recibo de 1 de junho não se referia ao pagamento da letra de câmbio, que a 4 ele comunicava ao autor não estar paga.

E tanto mais robusta se tornou essa convicção do réu, relativamente ao não pagamento da letra, quando é certo que esta não foi entregue ao autor, mas continuou em poder do réu, que a devolveu ao sacador, o qual, só a 12 de julho, comunicou ao réu que o autor lhe fizera o pagamento da referida importância de 297\$5.

Por conseguinte, tudo está indicando que o réu acreditava que o recibo de 1 de junho não se referia ao pagamento da letra protestada a 5 de julho, mesmo porque a 4 de junho ainda era exigido o pagamento ao autor, que nenhuma resposta dera ao pedido.

Prova mais completa ainda se encontra no depoimento do próprio autor, quando declara a fls. 46 v. que, "recebendo o recibo do réu e vendo que não se tratava da letra cujo resgate não fora feito, escreveu ao réu, no dia 3 de junho, reclamando o resgate da letra, não tendo, porém, obtido resposta do réu".

ACORDAM negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada. — Pagas as custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 1923. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *André Cavalcanti*. — *E. Lins*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*. — *Viveiros de Castro*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente — *A. Pires e Albuquerque*.

(Rev., 56-124).

AÇÃO RECISÓRIA

280 — Um empregado de concurso propôs ação para anular o ato do Governo que o demittira.

Vencido nas duas instâncias, recorreu à ação recisória do julgado do Supremo Tribunal Federal.

A ação foi julgada improcedente, porque não é a injustiça do julgado que autoriza a ação recisória, mas o ter sido ele proferido contra direito expresso. E contra direito expresso não foi proferido o acórdão recindendo, desde que não julgou que a demissão do empregado de Fazenda, de entrância ou concurso, podia ser decretada, independentemente de qualquer formalidade, tendo julgado, ao contrário, que a formalidade era necessária, mas fora observada, pois a demissão tinha sido precedida de processo administrativo, em que se verificaram faltas que justificavam a demissão.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado do Maranhão, em que são apelante e apelado o juiz seccional do mesmo Estado e João Paulo de Miranda Góes.

Este foi demitido do cargo de 1.º Escrivão da Alfândega de Paranaguá, por ato de 18 de setembro de 1896.

Para anular esse ato, propôs ação, alegando que, empregado de entrância e concurso, só podia, em face do art. 4.º da lei n. 358, de 25 de dezembro de 1895, ser demitido mediante processo administrativo ou proposta do chefe da Repartição, convenientemente justificada, ouvidos o Tesouro e o empregado acusado.

Tendo sido a ação julgada improcedente pelo acórdão a fls. 34, propôs o ex-funcionário ação rescisória para anular esse acórdão, alegando que ele contêm injustiça absoluta, máxime tendo o Tribunal julgado procedente uma ação idêntica proposta por Francisco de Paula Dias Negrão.

A sentença de primeira instância julgou procedente a ação rescisória, de acordo com as alegações do autor.

O Supremo Tribunal, porém, considerando que o acórdão rescindendo podia ser injusto, mas não contrário a direito expresso, deu provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar improcedente a ação.

Do acórdão, que assim julgou, foram opostos os embargos de fls. 123, que rejeitam, para confirmar o acórdão embargado por seus fundamentos.

Na própria petição inicial da ação rescisória, o autor embargante alegou que a propunha, por conter o acórdão rescindendo *injustiça absoluta*.

Ora, o que autoriza a ação rescisória não é a injustiça do julgado, porém, o ter sido ele proferido contra direito expresso, o que na espécie não se verificou.

De fato, o acórdão rescindendo decidiu que não cabia ao embargante o direito de reclamar contra a demissão, "visto que esta teve lugar depois do processo administrativo por uma comissão especial, no qual se verificaram as faltas praticadas pelo embargante, conforme os documentos a fls., e tanto basta para que o ato não se considere ilegal, de acordo com o art. 4.º do decreto n. 358, de 20 de setembro de 1895, que faculta a demissão de empregados de Fazenda de entrância ou concurso, mediante processo administrativo por uma comissão especial".

Por conseguinte, o acórdão rescindendo não declarou que a demissão do embargante podia ser decretada independentemente de qualquer formalidade; declarou, ao contrário, que a formalidade era necessária e foi observada.

Podia ter sido proferido com injustiça esse acórdão, mas não contra direito expresso, conforme acentuou o acórdão embargado. Custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 13 de abril de 1921. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Godofredo Cunha*. — *Leoni Ramos*. — *Viveiros de Castro*. — *Muniz Barreto*. — *André Cavalcanti*.

Fui presente — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Pedro Lessa.

(Rev., 31-174).

281 — A propósito de empregados de concurso, aos quais se aludiu em o número anterior, convém recordar as diferentes fases da legislação que lhes diz respeito.

De acordo com o art. 9.º da lei n. 191-B, de 20 de setembro de 1893, eles só podiam ser demitidos em virtude de sentença.

Essa lei foi, porém, revogada pelo art. 4.º da lei n. 358, de 26 de dezembro de 1895, que exigia para a demissão processo admi-

nistrativo ou proposta do chefe da Repartição, devidamente justificada.

A lei de 1895 foi também revogada pelo art. 2.º, n. 11, da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, que não exigia nem sentença nem processo administrativo.

A lei n. 2.083, de 30 de julho de 1909, restabeleceu a exigência do processo administrativo, mas só para os funcionários que tivessem mais de dez anos de exercício efetivo. E' o que consta do acórdão, na apelação n. 2.230.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível do Distrito Federal, entre João Cantídio Leite Marques, como apelante, e a União Federal, como apelada.

Alega o autor que foi nomeado, a 18 de junho de 1901, em virtude de concurso, para o cargo de 4.º Escrivão da Recebedoria do Rio de Janeiro, promovido depois aos cargos de 3.º Escrivão da mesma Repartição e 2.º da Delegacia Fiscal do Tesouro Federal, no Estado do Amazonas, cargo esse de que foi demitido por decreto de 13 de janeiro de 1906. Pede seja anulado o mesmo decreto e condenada a União a pagar-lhe os vencimentos a que se julga com direito, porque, sendo empregado de concurso, só podia ser demitido em virtude de sentença, *ex-vi* do art. 9.º da lei n. 191-B, de 20 de setembro de 1893.

A sentença de fls. 31 julgou o autor carecedor de ação, por se ter fundado em disposição de lei já revogada. O autor apelou, e o Sr. ministro procurador geral opinou pela confirmação da sentença. O art. 9.º da lei citada dispunha realmente que os empregados de concurso do Ministério da Fazenda não podiam ser removidos para cargo de categoria inferior aos que ocupavam, e só podiam ser demitidos em virtude de sentença. Essa lei, porém, foi revogada pelo art. 4.º da lei n. 358, de 26 de dezembro de 1895, que determinou que a demissão dos referidos funcionários não dependia de sentença, mas de processo administrativo ou proposta do chefe da Repartição, convenientemente justificada, ouvidos o Tesouro e o funcionário acusado.

Esse art. 4.º, da lei n. 1.895, foi também revogado pelo art. 2.º, n. 11, da lei n. 428, de 10 de dezembro de 1896, que não fez depender a demissão, nem de sentença, nem de processo administrativo.

Vigorava, pois, o regime da demissão *ad nutum*, não só em 1901, quando o autor foi nomeado, como em 1906, quando foi demitido, porque, só em 1909 foi que, pela lei n. 2.083, de 30 de julho, se restabeleceu a exigência do processo administrativo, ainda assim para os funcionários que contassem mais de dez anos de efetivo exercício.

ACORDAM, pelo exposto, negar provimento à apelação e confirmar a sentença apelada. Pagas as custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 9 de janeiro de 1920. — André Covalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Viveiros de Castro. — Leoni Ramos. — Pedro Lessa. — Pedro dos Santos. — G. Natal. — Godofredo Cunha. — E. Lins.

Fui presente — A. Pires e Albuquerque.

(Rev., 28-130).

No mesmo sentido foi julgada a apelação n. 3.006, de Francisco Leite Alves Costa (Rev., 49-100).

RECURSOS, EM GERAL

282 — Num caso de recurso de agravo, dois julgamentos contraditórios, sobre a mesma hipótese, foram proferidos na mesma sessão, com diferença de poucos minutos entre um e outro, o que aliás não era coisa rara no Supremo Tribunal Federal.

Julgou-se, na carta testemunhavel n. 4.614, que cabe agravo, com fundamento em dano irreparável, do despacho do juiz, que concede interdito para que um clube de jogo de azar possa funcionar livremente.

Julgou-se, nas mesmas condições, em a carta testemunhavel n. 4.626, que o agravo não é admissível (n. 151).

E', pois, de conveniência que se trate dos recursos, em geral, para que se tornem conhecidas as hipóteses, que ocorrem mais frequentemente no julgamento desses recursos.

Uma dessas hipóteses é a que diz respeito à data, de que deve ser contado o prazo para o recurso, qualquer que ele seja, quando, independentemente de intimação feita pelo escrivão, a parte tiver tido conhecimento, de modo inequívoco, da decisão recorrida.

A este respeito reproduzirei, porque foi feita com fidelidade, a exposição constante da *Rev. de Jur. Bras.*, 1.º, 248:

"Adriano Francisco de Camargo, condômino da Fazenda da Pedra Branca, também chamada Fazenda do Dourado, situada no município do Jacarezinho, Estado do Paraná, querendo terminar a divisão em que se encontrava o imóvel desde 1887, requereu, em 1913, perante o Juízo federal, a citação dos demais condôminos e confrontantes, afim de se proceder à demarcação, para divisão da propriedade.

O processo correu seus trâmites regulares, tendo sido homologado em 1916. Da sentença homologatória foram intimados os interessados, por prego em audiência.

Oito anos depois, alguns desses interessados interpuzeram recurso de apelação da sentença homologatória, alegando que a intimação em audiência nenhum efeito podia produzir, desde que tinham os apelantes procurador constituído nos autos.

Para valer, era preciso que a intimação se tivesse dirigido, pessoalmente, a esse representante.

Os apelados deixaram de agravar do despacho que recebeu a apelação. Mas, em suas razões, levantaram a preliminar de não ser conhecida a apelação, porque interposta fora do prazo.

A decisão versou apenas sobre a preliminar dos apelados.

O ministro Geminiano da Franca, relator do feito, tomava conhecimento da apelação, desde que os apelados não se agravaram do despacho que a recebeu.

Como, porém, parece a S. Ex. que existe jurisprudência do Tribunal em sentido contrário, propõe que seja a preliminar votada desde logo.

Os revisores, ministros Arthur Ribeiro e Bento de Faria, rejeitam a preliminar e tomam conhecimento da apelação.

Pedindo a palavra, o ministro HERMENEGILDO DE BARROS declara que existe, de fato, jurisprudência do Tribunal, no sentido de considerar que o prazo para interposição do recurso de apelação começa a correr, não somente da data em que o pleiteante, ou seu procurador, é intimado para ciência da sentença, mas também da data em que se demonstrar, de modo inequívoco, ter tido ciência do julgado.

Nesse sentido existem numerosos acordãos.

O ministro Arthur Ribeiro objeta que, desde a Relação de Minas, o ministro HERMENEGILDO vem sustentando essa opinião; recorda-se, entretanto, S. Ex. de que o seu colega era, quase sempre, voto vencido, nessa questão.

Responde o ministro HERMENEGILDO DE BARROS que a opinião que Sua Excelência trouxera da Relação de Minas fora sancionada não só pela jurisprudência, como pelo próprio regimento interpo do Supremo Tribunal Federal; ao que pondera o Sr. Arthur Ribeiro que não é possível sancionar uma praxe contra disposição expressa da lei.

O ministro Whitaker não toma conhecimento da apelação, porque, ao tempo de sua interposição, a sentença apelada já passara em julgado. Houve intimação do interessado, por pregão em audiência, no caso perfeitamente válida. Além disso, provaram os apelados que, dois anos antes da interposição do recurso, os atuais apelantes manifestaram publicamente ter conhecimento de que a divisão fora homologada. O prazo para interposição do recurso deve correr do momento em que foi manifestada essa ciência. Não tem importância o fato, mencionado pelo relator, de não ter sido agravado o despacho que recebeu a apelação, porque esta devolve ao Tribunal o conhecimento de todo o processo.

O ministro Cardoso Ribeiro toma conhecimento do recurso. Não dá valor à citação feita em audiência, por não haver, nos autos, certidão demonstrativa de que o procurador dos apelantes não residia na comarca.

O ministro Soriano opina de modo diverso. A intimação por pregão em audiência foi feita com regularidade. A certidão, a que se referiu o colega precedente, não tem importância, para S. Ex., desde que está provado que o advogado não residia na comarca. Mas, ainda que não tivesse havido essa intimação, há prova de que a parte manifestou ter conhecimento da sentença homologadora da divisão. E é coisa corrente, nos tribunais, tratando-se de apelação tardia, que o prazo para interposição começa a decorrer da data em que a parte teve ciência da decisão.

O fato de não ter havido agravo do despacho que recebeu a apelação não importa. Esse assunto não pode ficar à discrição das partes. É questão de ordem pública, que interessa à administração da justiça.

Para o ministro Heitor de Souza, o fato de residir o advogado fora da comarca não tem importância, para os efeitos da intimação, em se tratando de Juízo federal. Desde que o advogado tenha domicílio na seção, não tem valor a citação por pregão em audiência. Quanto à declaração de ter tido a parte conhecimento da sentença, S. Ex. não a considera inequívoca. Por isso toma conhecimento do recurso.

O ministro Pedro dos Santos não toma conhecimento da apelação, por lhe parecer que a interpretação dada ao texto legal pelo ministro HERMENEGILDO consulta mais o seu espírito, ao passo que a do ministro Arthur Ribeiro se apega mais à sua letra. E S. Ex. entende que, na interpretação, deve ser mais consultado o espírito do que a letra da lei.

O ministro Edmundo Lins declara que, na Relação de Minas, sempre votou na conformidade do voto do ministro Arthur Ribeiro, contra a opinião do ministro HERMENEGILDO. Mas, chegando ao Supremo, modificou o seu modo de ver, colocando-se ao lado da jurisprudência pacífica, que encontrou na Suprema Corte. De acordo com essa jurisprudência, e estando provado que a parte manifestou inequivocamente ter ciência da decisão recorrida, dois anos antes de recorrer, S. Ex. não toma conhecimento da apelação.

O ministro Muniz Barreto lamenta não poder tomar conhecimento da apelação, pois há questões interessantes no seu mérito. Com referência à citação em audiência, no Juízo federal, S. Ex. concorda com a opinião do ministro Heitor de Souza:

A verdade, porém, é que sempre se entendeu que o prazo para interposição do recurso de apelação começa a correr do dia em que o interessado "*for sabedor*" da sentença, na frase da Ordenação. Assim o afirma Pereira e Sousa e é isto o que está no regimento do Supremo Tribunal.

Os ministros Pedro Mibielli e Leoni Ramos votam, conforme a jurisprudência do Tribunal, de acordo com as conclusões do ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

Tendo sido voto vencido o ministro Geminiano, o ministro Godofredo Cunha, presidente, designou para relator o ministro HERMENEGILDO DE BARROS, que lavrou o seguinte

ACORDÃO

N. 5.016 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível do Paraná, em que são apelantes Jacintho Candido Lopes e outros, e apelados Severino Conrado de Alcantara e outros, ACORDAM não tomar conhecimento da apelação, por ter sido interposta fora do prazo legal.

Com efeito, o prazo para apelar, como para a interposição de qualquer recurso, conta-se da publicação da sentença em audiência, estando as partes ou seus procuradores presentes, ou da intimação por oficial público, estando ausentes, ou, independentemente de intimação por oficial público, da ciência que as partes tiverem da sentença, contanto que essa ciência tenha sido manifestada de modo inequívoco (art. 696, parte 3.ª, do decreto n. 3.084, Ord. L. 3.ª, T. 70 princ., T. 79, § 1.º, Ribas, Cons. das Leis de Processo Civil, art. 1.519, § 2.º, Reg. Int. do Sup. Trib. Fed., art. 176, § 2.º).

Intimação, em linguagem forense, é o ato pelo qual se dá às partes litigantes notícia, ciência ou conhecimento da sentença, para que elas possam interpor os recursos que julgarem convenientes.

Intimação e ciência são, portanto, expressões equivalentes, que foram empregadas com a mesma significação no texto das ordenações citadas, *ibi...* *for sabedor*.

Se, pois, a lei manda fazer à parte a intimação da sentença, para que ela possa recorrer, querendo, o se a própria parte revela ter ciência da sentença, considera-se preenchido o fim da lei, sem necessidade de intimação oficial.

O que se exige, para evitar surpresa e para segurança da parte, é que não haja dúvida alguma de que ela *foi sabedora* da sentença, tendo revelado essa ciência por atos ou fatos inequívocos. Por isso, o art. 176 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, depois de estabelecer que os embargos devem ser apresentados dentro de dez dias da publicação do acórdão em presença das partes, ou de sua intimação, acrescenta no § 2.º que "a ciência do acórdão, manifestada de modo inequívoco pela parte, suprirá a publicação ou intimação".

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal, mesmo antes do respectivo regimento, no sentido de que a ciência da sentença, manifestada de modo inequívoco, supre a publicação ou intimação da mesma sentença (Direito, vol. 93, págs. 433 e 440, vol. 97, págs. 222, 379, e 387, vol. 99, pág. 449; Rev. do Sup. Trib. Federal, vol. 38, pág. 111 e vol. 46, pág. 96).

Consta dos autos que, homologada a divisão da fazenda Dourado por sentença de 10 de novembro de 1916, foram os interessados intimados da mesma sentença, sob prego, em audiência do dia 11 do mesmo mês e ano.

Em 11 de abril de 1924 — sete anos e cinco meses depois — Jacintho Candido Lopes, José Pedro Lopes e Antonio Francisco Lopes apelaram da sentença, alegando que só então o faziam devido à ignorância em que se achavam

de haver sido a sentença proferida, pois, tendo procurador constituído nos autos, não foi ele intimado pessoalmente nem consignado o motivo da omissão.

E' certo, porém, que os apelantes mostraram, de modo inequívoco, ter tido ciência da sentença até por escritura pública de janeiro e março de 1922, seis anos depois da sentença e dois anos antes da apelação. É assim que, na divisão da fazenda *Dourado*, eles pleitearam o reconhecimento de seu domínio sobre determinadas terras, onde alegavam ter feito benfeitorias. Concluída a divisão e julgada por sentença, sem que fossem atendidos, os apelantes compraram nos apelados, pela escritura mencionada, essas mesmas terras em que pretenderam ser aquinhoados, declarando na escritura que "reconhecem e confessam serem os vendedores os únicos senhores e legítimos possuidores com todos os direitos de propriedade perfeitamente legalizados, das terras acima descritas e dentro de cuja área se acham localizadas as benfeitorias dos outorgados..."

Os apelantes revelaram ainda ter ciência da sentença por outro fato ainda mais inequívoco, o qual não foi exposto por ocasião do julgamento, porque só agora, pelo exame dos autos para redação do acórdão, se tornou conhecido. Por instrumento público de 21 de janeiro de 1924, a fls. 385, os apelantes constituíram procuradores para, segundo disseram, "interporem recurso de apelação da sentença proferida nos autos de ação de divisão da fazenda *Dourado* situada nesta comarca, neste Estado do Paraná, requerida por Adriano Francisco de Camargo e processada no Juízo federal de 1913 a 1916..."

Os apelantes sabiam, portanto, em 21 de janeiro de 1924, pelo menos, que a sentença fora proferida contra eles, e o reconhecimento desse fato não podia ser mais explícito; entretanto, a apelação foi requerida somente a 11 de abril de 1924, quando a sentença já tinha transitado em julgado deste 31 de janeiro do mesmo ano.

Não importa, para o não conhecimento da apelação, que não tenha havido agravo do despacho que a recebeu, porque então nunca se daria a hipótese de não tomar o Supremo Tribunal conhecimento da apelação, como o faz invariavelmente, desde que esta foi interposta depois do prazo, a despeito de não ter havido recurso do despacho de recebimento da mesma apelação.

Custas pelos apelantes.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1928. — HERMENEGILDO DE BARROS, designado para redigir o acórdão. — *F. Whitaker*. — *Arthur Ribeiro*, vencido pelos seguintes motivos: No processo divisório, excetuadas a primeira citação e a do cônjuge superstite ou herdeiros, cabeça de casal, do sócio falecido, todas as outras, bem como as intimações das sentenças, apelações e de quaisquer atos prejudiciais, serão feitas sob prego em audiência, não havendo procurador judicial, ou não sendo este encontrado para a citação ou intimação.

E o que dispõe o art. 15 do decreto n. 720, de 5 de outubro de 1890, nos seguintes termos:

"Excetuadas a primeira citação e a do art. 12, todas as outras, bem como as intimações de sentenças, apelações e de quaisquer atos prejudiciais, serão feitas sob prego em audiência, não havendo procurador judicial, ou não sendo este encontrado para ser citado ou intimado".

Se há, pois, procurador constituído nos autos, a intimação deve ser feita pessoalmente, salvo, somente, o caso de, procurado, não ser encontrado para recebê-la.

Os apelantes tinham procurador constituído nos autos (fls. 141 e 142), de sorte que, em relação a eles, nenhum efeito produziu a intimação sob prego, desde que do processo não consta que aquele procurador não tivesse sido encontrado.

Alegaram, porém, os apelados que os apelantes manifestaram conhecimento inequívoco da sentença, comprando-lhes, anos depois, as terras em que as suas benfeitorias estavam situadas, e reconhecendo-lhes expressamente o domínio sobre as mesmas terras, domínio esse que provinha da sentença apelada. Admitida mesmo a existência inequívoca desse conhecimento, dele não pode correr o prazo para ser a apelação interposta, porque a lei determina expressamente o termo de que se deve iniciar a fluência desse prazo.

Segundo a lei, o decêndio, para o exercício do direito de recurso, corre — ou da publicação da sentença em audiência, estando presentes as partes ou seus procuradores, ou da intimação, no caso de ausência daquelas ou destes.

E' o que prescreve, de modo claro e positivo, o art. 696 do reg. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, parte 3.ª, nos seguintes termos:

"Esta interposição deve ser feita dentro de 10 dias continuos, contados da publicação da sentença, estando as partes presentes ou seus procuradores em audiência, ou intimação, estando ausentes".

E' o que se encontra também disposto no art. 647 do reg. n. 737, e no art. 30 do regulamento n. 9.549, de 23 de janeiro de 1886. O decêndio, pois, somente se conta de um desses dois fatos: ou da publicação em audiência, assistida pelas partes, ou da intimação, no caso de estarem elas ausentes, na ocasião da publicação.

Se assim contado o prazo, veem as partes a Juízo, dentro dele, para fazer valer o seu direito, como se pode, em face da lei, repelir a sua pretensão?

E' certo que a Ordenação, Liv. 3.ª, tit. 70, princípio, permitia contar o prazo da ciência da parte, nos seguintes termos:

"todo aquele que apelar quiser de sentença definitiva, se for publicada perante ele ou seu procurador, apelará até 10 dias primeiros seguintes, contanto que o apelante, em esse tempo nos dez dias, não faça algum ato, por que haja consentido nela. E no caso onde o apelante e seu procurador forem ausentes, ao tempo da publicação da sentença, contar-se-ão os dez dias do tempo que cada um deles for sabedor como a sentença foi publicada".

O preceito dessa ordenação, porém, foi substituído pelo do art. 647 do regulamento n. 737, que teve em vista dar maior precisão ao termo dentro do qual as partes era lícito o exercício do seu direito de apelar, determinando exatamente o começo de sua fluência e o seu término.

Da notícia, portanto, não pode correr o prazo, de acordo com a lei vigente. Somente em se tratando de embargos a acordão deste Tribunal, é que o conhecimento inequívoco supre a publicação ou a intimação, nos termos do art. 176, § 2.º, do nosso regimento. Pelo exposto, eu tomava conhecimento da apelação.

E. Lins — *Heitor de Souza*, conhecia da apelação por ser ineficaz a intimação feita, sob prego em audiência, de vez que os apelantes tinham procurador judicial constituído nos autos e porque não é inequívoca a ciência manifestada nas escrituras de fls., de janeiro e março de 1922. Se tivesse tido conhecimento, na ocasião do julgamento, do documento de fls. 385, diverso teria sido meu voto, porque ele evidencia que os apelantes conheciam a decisão apelada desde 21 de janeiro de 1924, pelo menos.

Bento de Faria, vencido na preliminar. — *Cardoso Ribeiro*, vencido, tendo votado de acordo com o Sr. ministro Arthur Ribeiro. — *Geminiano da Franca*, vencido, tomava conhecimento da apelação, porque não foi interposto recurso de agravo da decisão que a admitiu e recebeu, e, assim, não é mais lícito ao apelado aventar a questão neste recurso. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*. — *Soriano de Souza*. — *Leoni Ramos*.

Os embargos opostos ao acórdão foram rejeitados pelo seguinte:

Vistos, relatados e discutidos esses autos do Estado do Paraná, em que são embargantes Jacyntho Cândido Lopes e outros, e embargados Severino Conrado de Alcantara e outros.

O acórdão embargado firmou a doutrina de que *intimação e ciência* para o efeito da contagem dos prazos, dentro dos quais os recursos devem ser interpostos, são expressões equivalentes, empregadas com a mesma significação, quer nas Ordenações do Reino, quer no regulamento n. 737, quer no decreto número 3.084.

Por isso, o prazo para apelar, como para a interposição de quaisquer recursos, é contado da publicação da sentença em audiência, estando presentes as partes ou seus procuradores, ou da intimação pelo escrivão, estando ausentes, ou, independentemente de intimação por oficial público, da ciência que as partes tiveram da sentença, contanto que hajam revelado essa ciência por forma inequívoca.

É pacífica a jurisprudência a respeito, antes e depois do regimento interno do Supremo Tribunal, como se vê das citações constantes do acórdão embargado.

Ainda recentemente, por acórdão de 11 de julho de 1928, na apelação número 3.990 do mesmo Estado do Paraná, o Supremo Tribunal julgou que a ciência, revelada de modo inequívoco pela parte do despacho que recebera a apelação no efeito devolutivo, supria a intimação oficial do mesmo despacho.

Restaria verificar se os apelantes, ora embargantes, revelaram, de modo inequívoco, que tiveram ciência da sentença apelada.

Nesse particular nenhuma dúvida se manifestou, mesmo por parte dos votos divergentes, quanto à doutrina.

ACORDAM, pois, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, por seus fundamentos; pagas as custas pelos embargantes.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1929. — HERMENEGILDO DE BAEROS, designado para a redação do presente acórdão. — *Geminiano da Franca*, vencido. — *Muniz Barreto*. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*, vencido pelos fundamentos do voto de fls. 476. — *Cardoso Ribeiro*, vencido de acordo com o voto do Sr. ministro Arthur Ribeiro. — *Bento de Faria*, vencido. — *Rodrigo Octavio*, vencido. — *Soriano de Souza*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*.
(*Rev. de Jur. Bras.*, 4.º, 261).

283 — Antes e depois do acórdão supra, proferido na apelação n. 5.016, a jurisprudência não variou, parecendo mesmo que, nos últimos tempos, passou a ser unânime, com o voto, inclusive, do eminente ministro A. Ribeiro, a princípio divergente.

Merece, entretanto, referência mais demorada o que ocorreu no julgamento da apelação n. 6.416, de Nicoláu Scarpa.

Já se viu que este propôs ação de indenização de danos resultantes do movimento revolucionário de São Paulo, em 5 de julho de 1924.

Perdeu a ação, tanto na primeira como na segunda instância (n. 70, *Jur.*, 13-234).

Embargou o acórdão. O Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento dos embargos, por oferecidos fora do prazo legal, con-

tado da ciência inequívoca do acordão embargado, não só por parte do embargante, como por parte do seu advogado.

Aquí está o acordão:

"N. 6.416 — Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que Nicoláu Scarpa opôs embargos ao acordão unânime de fls. 203.

Alega o embargante que o principal fundamento do acordão embargado — fundamento que exclue os demais e foi mesmo o único pelo qual votou o Sr. ministro Costa Manso — consiste em não ter o embargante qualidade ou legítimo interesse para reclamar a indenização de que se trata, porque não lhe pertenciam as mercadorias incendiadas, das quais era apenas depositário, e porque não provou serem de sua propriedade os prédios incendiados.

Esse fundamento, porém, continua o embargante, não pode subsistir, à vista dos documentos agora apreciados sob os números 6 a 26, os quais são procurações de 16 depositantes das mercadorias incendiadas ou desviadas, tendo aqueles conferido poderes ao embargante para agir em nome deles e prosseguir no feito, que ratificam, sendo nessas procurações substabelecido o advogado que subscreve os embargos, isto é, o Dr. Olympio de Carvalho.

Efetivamente, depois de proferido o acordão embargado, a Caixa de Liquidação de São Paulo, além de mais 15 outorgantes, constituiu Nicoláu Scarpa seu procurador, declarando o seguinte: "que a outorgante tinha em depósito nos Armazens Gerais Scarpa, à rua André Leão, n. 26, quando irrompeu a revolução de 5 de julho de 1924, 167 fardos de algodão em rama, no valor de 215:787\$730, mercadorias essas que pereceram no incêndio de três dos referidos armazens, ou foram destruídas por populares, durante a mencionada revolução; que deixou de propor ação contra a União Federal, para haver a indenização do valor dessas mercadorias, porque o outorgado a havia proposto, de acordo com a outorgante, no Juízo federal desta Capital, tendo o Dr. Antonio Bruno Barbosa, juiz em exercício, em sentença confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, decidido que aos depositantes, como proprietários das mesmas mercadorias, é que competia reclamar a indenização de seu valor; que o outorgado agiu em nome da outorgante, pois o depositário tem mandato tácito do depositante para reivindicar de terceiros a coisa depositada, ou seu preço; que, entretanto, à vista da referida decisão, a outorgante pelo presente instrumento não somente ratifica todo o processado na aludida ação, em ambas as instâncias, como também confere ao outorgado plenos poderes para nela prosseguir até final...".

Esta procuração tem a data de 5 de janeiro de 1934.

As demais procurações, conferidas nos mesmos termos, são de 13 de janeiro, 30 de dezembro de 1933, 8 de janeiro, 8 de janeiro (2.^a vez), 1 de fevereiro, 8 de janeiro (3.^a vez), 4 de janeiro, 10 de janeiro, 31 de janeiro, 11 de janeiro, etc.

Por conseguinte, desde dezembro de 1933, e janeiro de 1934, o embargante, Nicoláu Scarpa, teve ciência, de modo inequívoco, do acordão embargado e dos termos em que este foi proferido.

Não foi somente o embargante, que teve ciência inequívoca do acordão embargado.

Teve-a, igualmente, o seu advogado, Dr. Olympio de Carvalho, porque aquele substabeleceu neste as referidas procurações, por instrumento de 15 de fevereiro do mesmo ano de 1934 (fls. 232).

Entretanto, o Dr. Olympio de Carvalho só ofereceu os embargos a 27 de julho de 1934.

O art. 176 do regimento interno do Tribunal dispõe: "Os embargos devem ser apresentados dentro dos dez dias da publicação do acórdão, em presença das partes, ou da sua intimação". E o § 2.º do mesmo artigo acrescenta: "A ciência do acórdão, manifestada de modo inequívoco pela parte, suprirá a publicação ou intimação".

Nunca se oferecerá um caso em que a ciência do acórdão tenha sido mais inequívoca do que esta, porque aqui a ciência é manifestada, não somente pela parte, mas também pelo seu advogado, em termos que não deixam lugar a menor dúvida.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento dos embargos, apresentados fora do prazo legal; pagas as custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1934. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

(Jur., 20, 178 a 179).

284 — A este acórdão o embargante opôs embargos.

Como relator, deixei de os admitir pelo seguinte despacho:

"Não admito os embargos, por serem segundos, inadmissíveis, em face do art. 8.º da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921.

Rio, 6 de outubro de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS".

(Jur., 20-179).

285 — O embargante agravou desse despacho. Eu o mantive com as seguintes razões:

"Mantenho o despacho agravado. Nicolau Scarpa propôs contra a Fazenda Nacional ação de indenização de danos que lhe foram causados por ocasião da revolta de São Paulo, em julho de 1924.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. O autor apelou. O Supremo Tribunal negou provimento à apelação pelo acórdão de folhas 203.

O autor embargou esse acórdão, mas o Supremo Tribunal não tomou conhecimento dos embargos, por terem sido apresentados fora do prazo legal.

A este segundo acórdão de fls. 292 o autor ofereceu embargos de nulidade, que não admiti, por serem inadmissíveis esses segundos embargos, em face do art. 8.º da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921.

Desse despacho o autor agravou, com fundamento no art. 44 do regimento, alegando que o art. 8.º da lei citada não tem aplicação ao caso, porque o segundo acórdão não julgou os embargos opostos ao primeiro, desde que a Corte Suprema se limitou a não tomar conhecimento deles.

Da procedência do despacho agravado o próprio agravante está convencido. E' assim que, depois de proferido o acórdão, que não tomou conhecimento dos embargos, o agravante escreveu o longo arrazoado de fls. 304, em que arguia a nulidade do processo desde o acórdão de fls. 203.

Convidei-o a esclarecer se esse arrazoado equivalia a embargos. O agravante não quis fornecer o esclarecimento, declarando, apenas, que o seu objeto era arguir a nulidade do processo (fls. 310 v.).

Ponderei-lhe que a declaração não satisfazia e que o agravante dissesse se se tratava de embargos ou não (fls. 310 v.).

Declarou, então, o agravante que o arrazoado ou a petição de fls. 304 não equivalia a embargos, nem devia revestir-se dessa forma de processo, porque as nulidades insupríveis podem ser arguidas em qualquer tempo e sob qualquer forma.

Em vista dessa declaração, despachei que não havia o que deferir, desde que qualquer alteração do julgado só poderia ser conseguida por meio de embargos, e o agravante afirmava que a sua petição de fls. 304 não era de embargos. Voltou o agravante com a petição de fls. 312, dizendo que se eu entendia que a nulidade, por ele arguida, só podia ser levada ao conhecimento da Corte, por meio de embargos, como tais fosse admitida a mencionada petição de fls. 304; se ao contrário, mesmo como embargos, a nulidade não podia ser submetida a julgamento, então agravava com fundamento no art. 44 do regimento.

Declarei que não podia despachar por hipóteses, porque qualquer das duas, que escolhesse, poderia não ser do agrado do suplicante, que deveria dizer se ficava subsistindo a primeira ou a segunda hipótese. Só, então, se decidiu o agravante a oferecer os embargos de nulidade ao segundo acórdão, nos quais reproduziu as alegações de fls. 304, que o agravante havia declarado não serem equivalentes a embargos, por estar certo de sua inadmissibilidade.

E são realmente inadmissíveis tais embargos.

O art. 3.º da lei é claríssimo, quando diz que à sentença definitiva do Tribunal podem ser opostos embargos de nulidade e infringentes do julgado, mas que não é permitido embargar o acórdão que julga esses embargos, salvo para declaração ou restituição *in integrum*.

Logo, seja em que sentido for o julgamento — rejeitando os embargos ou não tomando conhecimento deles — os segundos embargos são inadmissíveis.

Antes da lei de 1921, era discutível e sustentável a opinião de alguns praxistas, que admitiam a legitimidade de segundos embargos, quando na última sentença houvesse inovação da primeira (Ramalho, § 322, Moraes Carvalho, § 693, Lobão, Segundas Linhas, vol. 2.º, nota 596, João Monteiro, § 205 e notas).

Não era essa, entretanto, a doutrina do Supremo Tribunal, mesmo antes da lei de 1921.

Depois da lei, tornou-se impossível a sustentação de tal doutrina, mesmo para os que a admitiam, antes da lei.

Demonstra-se.

Os que, antes da lei, admitiam a oposição de segundos embargos, figuravam o seguinte exemplo de um dos praxistas.

Pedro intenta ação de filiação e petição de herança, julgada nula, afinal. Pedro embarga a sentença e declara-se válido o processo, mas julga-se que ele não é filho. Pedro pode embargar outra vez e tantas outras quantos os aspectos novos que as decisões forem oferecendo. Mesmo antes da lei o Supremo Tribunal não admitia essa doutrina. Exemplos: A Companhia Linha Circular de Baía, um interdito proibitório, cuja ação veio ter ao Companhia d'Elclairage da Baía por meio de recurso extraordinário. O Supremo Tribunal deu provimento ao recurso para anular todo o processo, por incompetência da Justiça local.

A autora embargou o acórdão e o Tribunal recebeu os embargos, em parte, para, julgando válido o processo, confirmar a sentença recorrida, na parte em que reconheceu a competência da Justiça local, e reformar a mesma sentença, na parte em que julgara nulo o contrato, por ter sido a sentença, nessa parte, proferida *extra petita*. Este segundo acórdão trouxe inovação ao anterior e, por isso, a autora, a quem a inovação prejudicava, embargou o acórdão, mas o Tribunal considerou que os embargos da Companhia Linha Circular de Carris da Baía eram evidentemente segundos, e por esse motivo os desprezou. Consta isso do recurso extraordinário, n. 832, do Estado da Baía, relator, ministro Pedro Lessa.

Outro caso de segundos embargos, julgados inadmissíveis, foi o verificado na apelação n. 3.137, do Distrito Federal, entre Antonio Chagas da Silva, como autor, e a Companhia São Luiz de Caxias, como ré.

Esta tinha sido condenada a pagar àquele o valor de umas obras e a diferença de preço de um cimento, que a ré fornecera ao autor por preço superior ao custo, tudo conforme se liquidasse na execução. Ambas as partes embargaram o acordão. O Tribunal rejeitou os embargos da ré e recebeu, em parte, os embargos do autor, não só para condenar a ré ao pagamento da quantia certa de 24:275\$050, que era a diferença exata do preço do cimento fornecido, como ainda para condenar a ré a restituir uma caução, na importância de réis 13:097\$351. (*Diário Oficial* n. 266, de 18 de novembro de 1920, pág. 18.982). A inovação deste acordão ao anterior é manifesta.

A ré embargou o acordão. O relator, ministro Guimarães Natal, não admitiu os embargos, por serem segundos. A ré agravou, com fundamento no artigo 44 do regimento, e o Tribunal, por acordão unânime de 1 de setembro de 1920, negou provimento ao agravo. (*Diário Oficial* cit., pág. 18.984). Ainda um exemplo, e este em caso idêntico ao que está sendo apreciado, pois que não se conheceu do recurso, o que, na opinião do agravante, equivale a não ter havido julgamento. Foi no recurso extraordinário n. 1.328, de Alagoas.

Sebastião de Mendonça Jaraguá pretendeu que no Juízo do inventário do Dr. Jaraguá fosse reconhecida a sua qualidade de filho natural deste.

Mandando o Tribunal de Alagoas que o reclamante recorresse aos meios ordinários, ele interpsó recurso extraordinário para o Supremo Tribunal, que não conheceu do recurso, por não ser caso deste.

O recorrente embargou o acordão e o Supremo Tribunal rejeitou os embargos, pelo mesmo fundamento.

O recorrente pediu vista para opor embargos de nulidade a este segundo acordão. O relator, ministro Leoni Ramos, negou a vista requerida. O recorrente agravou e o Supremo Tribunal negou provimento ao agravo, unanimemente. Aliás, a boa doutrina era a do Supremo Tribunal que, mesmo antes da lei de 1921, não admitia segundos embargos ao acordão, ainda que este contivesse decisão diferente da anterior.

Com efeito, a doutrina admitia segundos embargos, quando fossem de declaração, restituição e quando houvesse na última sentença inovação da anterior.

Mas, os nossos regulamentos, tratando de embargos à sentença, só se referem aos de declaração e restituição (art. 639 do reg. 737, art. 682, parte 3.ª do decreto n. 3.084).

O reg. de 2 de maio de 1874 dispunha mesmo no art. 157: Não são admitidos segundos embargos, salvo os de declaração e de restituição *in integrum*.

Ora, se, além destes, outros embargos não eram mencionados, é que só eles subsistiam, excluídos, portanto, os embargos, no caso de inovação na última sentença. E' por isso que Paula Baptista não se refere a tais embargos e Teixeira de Freitas os exclue expressamente, dizendo que, na segunda instância, não são admissíveis segundos embargos, excetuando-se: 1.º, os de declaração; 2.º, os de restituição.

Estes últimos já não podem ser opostos, porque o art. 8.º do Código Civil aboliu o benefício da restituição.

Só por equívoco manifesto, o art. 8.º da lei de 1921 aludiu a embargos de restituição.

Depois dessa lei, ninguém mais sustentará a admissibilidade de segundos embargos, salvo os de declaração, porque a lei diz que à sentença do Tribunal podem ser opostos embargos infringentes e de nulidade, mas que não é permitido embargar o acordão que julga estes embargos.

Assim, no caso dos autos, o primeiro acordão, confirmando a sentença da primeira instância, julgou a ação improcedente.

O autor embargou o acordão. Se os seus embargos fossem recebidos, para o fim de se julgar a ação procedente, a questão estaria terminada, porque a ré não poderia embargar o segundo acordão, embora ela nunca tivesse usado do recurso de embargos. E' o que estamos presenciando todos os dias. "A lei não quer que no feito sejam proferidos mais de dois julgamentos ou acordãos".

Destas palavras precisamente usou o acordão no agravo número 3.183, entre Delphina Hansen e Luiza Elisabeth (Rev., 52-70).

286 — Aqui devia ficar terminada a sustentação do despacho agravado.

Como, porem, o agravante houvesse feito alegações, que não deviam ficar sem resposta, eu passei a considerar o seguinte, na mesma sustentação do referido despacho:

"O julgamento do agravo está limitado à questão de saber se os embargos são admissíveis ou não.

Mas o agravante alega que o processo é nulo desde fls. 203, porque ali se dá a denominação de acordão ao que é simples voto do relator, em manifesta disparidade com os votos dos outros juizes.

Essa alegação é estranha à matéria do despacho agravado, que não admitiu os segundos embargos, e foi produzida contra o acordão, que não tomou conhecimento dos primeiros embargos — o que não se acha agora em discussão e julgamento.

Como, porem, pode acontecer que a Corte Suprema confirme o despacho agravado e, neste caso, eu não teria outra oportunidade para explicar o meu ato, apreciarei desde já a única alegação séria do agravante, isto é, a de estar o acordão em manifesta disparidade com os outros votos.

Não diz o agravante em que consiste a disparidade.

E não poderia dizê-lo, porque não há disparidade alguma.

O acordão é a expressão exata do que foi julgado.

Começou por tomar conhecimento da apelação, se bem que apresentada depois do prazo legal, por ter sido a demora motivada pelo movimento revolucionário de São Paulo.

Consignou, portanto, a preliminar, embora o voto contrário do relator, e deu a razão pela qual a rejeitara a maioria.

Sendo vencido, neste ponto, o relator escreveu, não no acordão, mas em separado, após a sua assinatura no acordão, a razão da sua divergência.

Quanto ao mérito, o relator consignou no acordão o seu voto, porque este coincidiu no ponto capital com o do 1.º revisor, o Sr. ministro Arthur Ribeiro.

Ambos julgaram que o Governo cumpriu o seu dever, atacando os revoltosos, e por isso não era responsável a União pelos danos resultantes de força maior.

O 2.º revisor, Sr. ministro Costa Manso, votou no sentido de não ter o autor interesse econômico ou moral para reclamar a indenização, pois não era dono do prédio nem das mercadorias.

O acordão não consignou o fundamento desse voto, porque sobre ele não se pronunciaram os outros juizes, inclusive os vogais. O acordão é, pois, reprodução do vencido.

As outras alegações do agravante não teem importância. Basta considerar que ele diz que a peça de fls. 203 dos autos não é um acordão, mas sim acordão, já nas petições de fls. 222 e 224, em que requeria ao Exmo. Sr. Preacordão em que o egrégio Supremo Tribunal Federal negou provimento à apelação".

Não era acordão, mas o agravante o embargou para obter a sua reforma e ser a ação julgada procedente. E é estranhavel que, tendo embargado como acordão o que se acha a fls. 203, que passou depois a considerar como voto,

pela razão de só mais tarde terem sido juntos os votos dos revisores, e nunca os dos vogais — é estranhavel que o agravante considera como acórdão o de fls 282, que não tomou conhecimento dos embargos, por apresentados fora do prazo legal, quando esse segundo acórdão não está acompanhado de voto algum, tendo aliás votado, não somente cinco, mas todos os juizes do Tribunal. E, apesar disso, o agravante o embargou.

Entende o agravante que, sem os votos dos revisores e vogais, não há acórdão e não se pode embargar decisão inexistente (mas embargou o acórdão de fls. 286), concluindo daí que é nulo o processo, desde fls. 203 em diante.

Se é assim, não é nulo somente este processo, mas todos os outros, julgados desde quatro anos a esta parte, porque em alguns há votos de revisores, mas não há-de vogais, e em outros não há votos, nem de revisores, nem de vogais, sem falar naqueles em que não há voto de ninguém, pois, segundo alega o agravante — e é verdade — a entrega dos votos dos juizes, para serem juntos aos autos, é demorada por meses seguidos.

Se o processo é nulo, desde fls. 203 em diante, compreende-se que fossem opostos embargos para a decretação da nulidade. Entretanto, o agravante embargou a fls. 225, não para o fim de ser declarado nulo o processo, mas para o fim de ser a ré condenada de acordo com o pedido.

Assim, a matéria de nulidade já não poderia ser alegada nos embargos de fls. 286.

Mas, o agravante replica que, antes, não podia arguir a nulidade e só o faz agora, nesses embargos, porque somente agora, na última decisão da Corte Suprema, esta considerou como acórdão o voto do relator.

De modo que o agravante considerou, a principio, um verdadeiro acórdão o de fls. 203, e, como tal, o embargou.

Depois, passou a considerá-lo como simples voto; e, ainda uma vez, como acórdão, sagrado, como tal, pela Corte Suprema.

Mas, nem esta, afinal, poude salvá-lo, apesar de sua autoridade, porque o agravante afirma que "o verdadeiro acórdão é a declaração de fls. 218, em que o chefe da secção taquigráfica resume a decisão em sua parte dispositiva".

Mas não se sabe, acrescenta o agravante, "em que data foi lançado nos autos esse acórdão da secção taquigráfica, que faz referência aos nomes dos vogais, mas não lhes reproduz os votos".

Provavelmente, por isso, o agravante não embargou o acórdão do chefe da secção taquigráfica.

Apresento os autos em mesa para o julgamento.

Rio, 22 de outubro de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS.
(Jur., 182-183).

287 — O Supremo Tribunal negou provimento ao agravo, para confirmar o despacho do relator, que se fundara na disposição legal invocada — o citado art. 8.º da lei n. 4.381.

O Sr. ministro Costa Manso foi vencido. Dava provimento ao agravo, porque "se os fatos se haviam passado como alegava o agravante", os embargos deste deviam ser admitidos *como sendo de declaração*. Convencido de que errara, tendo rejeitado *in limine* os embargos do agravante, tudo faria para corrigir o erro cometido, ainda que forçando um tanto o texto legal para ficar bem com a sua consciência. Julgando improcedentes outras alegações do agravante, mas considerando que o prazo para opposição dos embargos só poderia ser contado depois da publicação do acórdão, o Sr. ministro Costa Manso fez referências à minha pessoa, a propósito de indeli-

cadezas (como ele as denominara) da parte agravante para comigo.

Redigi o acordão, negando provimento ao agravo e confirmando o despacho agravado, que não admitira segundos embargos ao acordão, que não tomara conhecimento dos primeiros embargos, por apresentados fora do prazo legal.

Em declaração separada, logo abaixo da minha assinatura no acordão, agradei ao ministro Costa Manso as referências com que ele me honrara na sessão do julgamento, a propósito daquelas *indelicadezas* do agravante; e, para tranquilizar a sua consciência, passei a demonstrar que S. Excia. não errara, deixando de conhecer, como todos os outros juizes, dos embargos do agravante, pois tais embargos haviam sido, de fato, oferecidos depois do prazo legal, contado da ciência inequívoca, não só por parte do agravante, o que seria suficiente, como por parte do advogado do agravante, o que não seria necessário.

E o agravante e seu advogado tiveram ciência inequívoca do acordão, não só antes, como depois da publicação deste.

Eis o acordão, que negou provimento ao agravo, seguido da minha declaração em separado.

"N. 6.416 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do artigo 44 do regimento interno.

Nicolau Scarpa propôs contra a Fazenda Nacional ação ordinária de indenização de dano, a qual foi julgada improcedente na primeira instância.

Tendo o autor apelado, o Supremo Tribunal Federal negou provimento à apelação, unanimemente.

O autor embargou o acordão. A Corte Suprema, também unanimemente, não tomou conhecimento dos embargos, por terem sido apresentados fora do prazo legal, contado da ciência inequívoca do acordão embargado. A este segundo acordão o autor ainda ofereceu embargos de nulidade, que o relator deixou de admitir pelo despacho de fls. 314, por serem tais embargos segundos, inadmissíveis em face do art. 8.º da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921.

Desse despacho o autor agravou, com fundamento no art. 44 do regimento interno.

ACORDAM negar provimento ao agravo e confirmar o despacho agravado, à vista da disposição invocada.

Custas pelo agravante.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 1935. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator sem voto.

Quanto às alegações do agravante, sem importância para o julgamento, no ponto restrito do agravo, reporte-me ao que disse na sustentação do despacho agravado.

Aproveito a oportunidade, que se me oferece, para agradecer ao Sr. ministro Costa Manso as generosas referências com que me distinguiu, na sessão do julgamento, a propósito do que S. Excia. denominou indelicadezas da parte para comigo.

Como se vê dos autos, não liguei a menor importância a essas indelicadezas; não lhes fiz a menor referência e a elas jamais aludiria, se não fora a nobreza do gesto do eminente colega.

As impertinências de parte litigante — esta ou outra qualquer — nunca me farão desviar da linha de compostura que o magistrado deve manter.

Quanto ao julgamento do agravo, o Sr. ministro Costa Manso disse: *se os fatos se passaram, como alega o agravante...* (isto é, se se lhe atribuiu ciência inequívoca de um acordão que não estava publicado).

Para tranquilidade da consciência do ilustre colega, direi que o próprio agravante declara nos embargos, a fls. 287, que teve conhecimento das procurações dos depositantes das mercadorias incendiadas, e, por conseguinte, da sentença de primeira instância e do acordão que a confirmou, pois a uma e a outro as procurações expressamente se referem — o agravante Nicolau Scarpa, teve conhecimento dessas procurações a 15 de fevereiro de 1934, data em que as substabeleceu ao seu advogado (fls. 232).

Não era preciso que o advogado tivesse conhecimento das procurações, bastava que o tivesse a própria parte, para que desse conhecimento começasse a correr o prazo para o oferecimento dos embargos.

Entretanto, o advogado, por sua vez, também declara que o acordão, datado de 15 de dezembro de 1933, foi lançado nos autos, três dias depois do julgamento (fls. 240), o que prova que ele teve ciência do acordão, com a respectiva fundamentação, pelo menos desde 18 de dezembro de 1933.

E' verdade que o agravante, depois de haver reconhecido, por vezes, que a peça de fls. 203 é um acordão, passou depois a considerá-la como simples voto do relator, porque, na sua opinião, o verdadeiro acordão é a nota de fls. 218, em que o chefe do serviço taquigráfico dá notícia do resultado do julgamento.

Mas, queira ou não queira o agravante, as peças de fls. 203 e 282 são verdadeiros acordãos, como tais considerados por disposição expressa do artigo último da reforma do regimento, que se refere expressamente ao art. 55 do regimento reformado, que manda que os acordãos sejam redigidos, como o foram os de fls. 203 e 282, e como, felizmente, já o estão sendo por alguns juizes da Corte, independentemente de auxilio de datilógrafos, admitido como medida transitória, de simples emergência, para os juizes, que tiverem necessidade desse auxilio.

Por conseguinte, o agravante e seu advogado tiveram ciência inequívoca do acordão, mesmo antes de publicado.

Diz-se que a publicação era necessária para o efeito da opposição dos embargos no prazo legal.

Neste caso, da ciência inequívoca, a publicação não era necessária. Quem o diz é o próprio § 2.º do art. 176 do regimento, aliás transcrito no acordão:

"A ciência do acordão, manifestada de modo inequívoco pela parte, suprirá a publicação ou intimação".

Isto é razoável. A decisão é publicada ou intimada para ciência da parte, afim de que esta possa recorrer.

Mas se a parte manifesta, de modo inequívoco, que teve ciência da decisão, a publicação é desnecessária, como o é também a intimação.

Alega, ainda, o agravante que o acordão só começou a produzir os seus efeitos legais a 4 de abril de 1934, data em que foi publicado (fls. 293 e 218).

Pois bem. Os embargos só foram oferecidos três meses e vinte e três dias depois — 27 de julho de 1934 (fls. 224 e 225)".

(Jur., 20 — 184 e 185).

288 — Depois de haver eu escrito nos autos o acordão e a declaração constantes do número precedente, foram juntas as chamadas *notas taquigráficas*, referentes ao voto do Sr. ministro Costa Manso.

Mas, essas chamadas *notas taquigráficas* suprimiram não só considerações de ordem jurídica, que ele havia feito contra alegações do agravante, como as referências elogiosas, a propósito de indelicadezas do mesmo agravante, de modo que eu estaria mentindo, consignando em o.n. 287 um fato sobre o qual silenciava o n. 288.

Eis o que consta das referidas notas, que de taquigrafia só tem o nome:

"O Sr. ministro Costa Manso — Disse em resumo o seguinte: O emittente Sr. ministro relator podia ter rejeitado *in limine* os embargos.

O interessado agravaria, e a Corte decidiria a questão, com audiência da parte. Os embargos, porém, foram rejeitados no plenário, em virtude de preliminar só então suscitada. A parte jamais se manifestou a respeito dessa preliminar. Jamais poderá impugnar a decisão, se não lhe recebermos os novos embargos, que o Sr. relator agora rejeitou, pelo despacho agravado.

A questão é de fato, e, pois, não comporta ação recisória ou remédio equivalente. Parece-me, pois, que devemos admitir os embargos como sendo de declaração.

É o único meio de que dispomos para reexaminar a questão.

Admitem-se embargos de declaração quando o julgado contenha alguma omissão. Na hipótese foi omitido o julgamento sobre o mérito.

Tenho lido diversas decisões de tribunais do país orientadas nesse sentido.

O dever do juiz é fazer justiça. Portanto, convencido, porventura, de que errou, repelindo *in limine* embargos opostos regularmente, não deve o magistrado prender-se muito ao texto da lei, para também repelir uma reclamação que lhe pareça justa.

Ora, os primeiros embargos foram rejeitados por terem sido opostos fora do prazo legal. Contou-se esse prazo da data das procurações outorgadas pelos interessados ao advogado que opôs os embargos, procurações que denotam o conhecimento do julgado por parte dos outorgantes. Mas a parte alega que a ciência do julgamento proveio da notícia dos trabalhos da Corte.

Acrescenta que podia ter estado presente à sessão em que a causa foi julgada, e, assim, inteirar-se dos motivos da decisão.

O prazo para embargos, porém, mesma havendo manifestação inequívoca de ciência anterior do julgamento, só poderia correr depois de publicado o acórdão. Sem a formalidade da publicação, o acórdão não existe juridicamente, nem pode ser objeto de embargos. Se os fatos assim se passaram, o direito da parte evidentemente foi sacrificado. E eu, mesmo forçando algum tanto os textos legais, tudo farei para emendar o erro que cometi, rejeitando *in limine* os embargos. Quero estar bem com a minha consciência. Assim, dou provimento ao agravo, para admitir os embargos como sendo de declaração" (páginas 185 e 186).

289 — Ao acórdão, que negou provimento ao agravo e confirmou o despacho do relator, que não admitira segundos embargos, contra o voto do eminente ministro Costa Manso, que admitiu tais embargos como sendo de declaração (o grifo é do próprio voto), a parte, aproveitando a deixa, que lhe era indicada, opôs embargos de declaração.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou esses embargos, por não haver omissão alguma no acórdão que se pretendia declarar.

Assim, redigi o acórdão abaixo, que foi, então, unânime.

Como, porem, no voto fornecido posteriormente para ser junto aos autos, o ilustre ministro Costa Manso houvesse suprimido o que disserra verbalmente, na discussão, não só a propósito de argumentos jurídicos para a solução da espécie, como a propósito das indelicadezas do agravante à minha pessoa, que S. Excia. generosamente cumulára de gentilezas, que agradei, eu, salientando, mais uma vez, a inconveniência do serviço taquigráfico, escrevi o que se lê, após a minha assinatura, no aludido acórdão que rejeitara os embargos de declaração:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que Nicolau Scarpa opõe embargos de declaração ao acórdão de fls. 324, confirmativo do despacho do relator, que não admitira segundos embargos no acórdão da Corte Suprema.

Fundam-se os embargos de declaração em ter sido omisso o acórdão, que se pretende seja declarado.

Mas, embargos de declaração, por motivo de omissão, somente são admissíveis, quando a decisão embargada foi omissa em algum ponto a respeito do qual devia ter havido condenação, como, por exemplo, se a parte pediu o pagamento do principal e juros e a sentença condenou, somente, ao pagamento do principal, sem fazer referência aos juros.

No caso, foram opostos segundos embargos de nulidade a um segundo acórdão, proferido pelo Tribunal.

O relator não admitiu esses embargos, por serem segundos, inadmissíveis, portanto, em face do art. 8.º da lei n. 4.351, de 5 de dezembro de 1921.

O embargante agravou, com fundamento no art. 44 do regimento interno.

A Corte Suprema negou provimento ao agravo e confirmou o despacho agravado, à vista da disposição invocada.

A esse acórdão é que foram opostos os embargos de declaração.

ACORDAM rejeitar os embargos, por não haver omissão de espécie alguma no acórdão declarando. Custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 1935. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

Alega o embargante que, nos embargos ao segundo acórdão, que não tomára conhecimento dos embargos ao primeiro acórdão, por apresentados fora do prazo legal, invocara o art. 97, parte 3.ª, do decreto n. 3.084, que manda pronunciar a nulidade do processo, somente para o efeito de corrigir o ato e advertir o juiz que o cometeu ou tolerou, sendo neste ponto omisso o acórdão declarando.

O juiz, que devia ser advertido, na opinião do embargante, é o relator do feito. Para esse fim é que ele pretende a declaração.

Deixo de indicar uma série de absurdos resultantes dessa alegação, para considerar, apenas, o que poderia ser útil ao julgamento, isto é, a queixa do embargante pelo fato de se não ter tomado conhecimento dos seus embargos ao primeiro acórdão, por apresentados fora do prazo legal.

Ora, esse ato não foi praticado somente pelo relator, mas por todos os juizes da Corte Suprema, em compacta unanimidade. Logo, a Corte teria de advertir a si própria.

Como, porem, o embargante atribui, somente, ao relator uma injustiça, que teria sido cometida por toda a Corte, e afirma que essa injustiça foi "reconhecida veladamente por alguns dos Srs. ministros, e expressamente pelo Sr. ministro Costa Manso" (fls. 329v.), direi que não somente esse ilustre ministro, mas todos os juizes do Tribunal tem a independência necessária para profligar qualquer injustiça, não veladamente, mas de modo expresso, para ela de quem partir.

Lá, por ocasião de fazer o relatório, os votos de todos os juizes, justamente para se ver que não há em nenhum deles qualquer alusão velada, nem mesmo no do Sr. ministro Costa Manso, que subordinou o reconhecimento de um possível ou hipotético sacrifício do direito da parte à condição de se terem passado os fatos, como ela os relatava.

E eu, que tinha bem gravadas na memória as palavras verbais de Sua Excelência, a ponto de as reproduzir literalmente no meu voto, em o acordão de fls. 324 v., apressei-me em demonstrar que os fatos não se tinham passado conforme alegara o então agravante.

Fundado no voto do Sr. ministro Costa Manso, o embargante investe contra o relator.

E' justo que este repila a investida, mostrando (sem revidar a impertinências de parte litigante a que não dá importância), mostrando, com o maior acatamento, que o eminente colega, Sr. ministro Costa Manso, não tem razão, porque o seu voto não é jurídico.

Começa o voto de S. Excia. assim: "O Sr. ministro Costa Manso disse, em resumo, o seguinte:..."

Eu estava persuadido (e se não fora assim, nenhuma vantagem e só inconvenientes teria o serviço taquigráfico), eu estava persuadido de que o voto do Sr. ministro Costa Manso seria a reprodução exata e completa das longas e brilhantes considerações, que S. Excia. aduzira, de improviso, por ocasião do julgamento.

Foi por isso que, ao escrever o meu voto nos autos, antes da junção do de S. Excia., eu lhe fiz o agradecimento a fls. 324 v., "a propósito do que Sua Excelência denominou indelicadezas da parte para comigo".

Do voto do eminente colega, agora, em resumo, nada consta a respeito.

E para que, de futuro, não pensem os que lerem os autos e não tiverem conhecimento do que se passou na sessão, que eu aludi a um fato inexistente, tanto que dele não dá notícia o voto resumido, tenho por não escritas as palavras do meu voto, como se nunca as houvesse proferido.

Aliás, não é somente o meu voto, que faz alusão a um fato sobre o qual é também omissão do Sr. ministro Costa Manso.

Sobre a primeira alegação da parte, relativa à nulidade do processo, que poderia ser alegada em qualquer instância e de qualquer forma, o Sr. ministro Arthur Ribeiro disse o seguinte: "O Sr. ministro Costa Manso provou perfeitamente que a primeira alegação é de todo improcedente..." (fls. 332).

Sobre este ponto, o Sr. ministro Costa Manso estendeu-se longamente e, na verdade, com o brilho do costume, talvez por espaço de uma hora.

Entretanto, o voto lançado, em resumo, ocupa pouco mais de uma página datilografada e não faz a mais vaga alusão ao fato referido pelo Sr. ministro Arthur Ribeiro.

Observara o Sr. ministro Costa Manso que eu poderia ter rejeitado *in limine* os embargos (os que foram apresentados fora do prazo legal, contado da ciência inequívoca do acordão embargado); a parte agravaria e, com ciência dela, a Corte decidiria a questão.

S. Excia. está equivocado.

Eu não podia ter rejeitado *in limine* os embargos.

Há diferença profunda entre rejeição liminar de embargos e não conhecimento de embargos.

A rejeição liminar, que é da competência da Corte e não do relator, pressupõe o conhecimento dos embargos e o julgamento de sua irrelevância.

Foi justamente o que ocorreu. O acordão, que negou provimento à apelação, foi unânime.

Opostos embargos a esse acordão, apresentei os autos em mesa, para que a Corte julgasse da relevância ou irrelevância dos mesmos embargos (fls. 281 verso), conforme determina o art. 9.º, § 1.º, do decreto n. 20.106, de 13 de junho de 1931.

Antes, porém, de apreciar a relevância ou irrelevância dos embargos, a Corte apreciou, como de direito, a preliminar de terem sido ou não os embargos apresentados fora do prazo e a resolveu no sentido da primeira hipótese.

Que importa que a parte não fosse ouvida sobre a preliminar? Pois não é frequente o julgamento de se não conhecer de agravo, apelação, recurso extraordinário e de embargos ao acórdão, sem audiência da parte?

Suponha-se que o relator pudesse rejeitar *in limine* os embargos e os tivesse efetivamente rejeitado, tendo havido agravo da parte. A questão seria, então, julgada somente por cinco juizes, ao passo que o acórdão, que não tomou conhecimento dos embargos, foi proferido por nove juizes, com mais garantia, portanto.

Ao segundo acórdão, que não tomou conhecimento dos embargos opostos no primeiro, por oferecidos depois do prazo legal, a parte ofereceu novos embargos de nulidade, que a Corte, confirmando despacho do relator, deixou de admitir, por serem tais embargos segundos.

O Sr. ministro Costa Manso admitia esses embargos como da declaração, desde que foi emitido o julgamento sobre o mérito.

A própria parte, que, em sustentação de suas idéias, tem empregado um esforço desesperado nestes autos, não ocorreu que pudesse oferecer, no caso, embargos de declaração. Ela opôs embargos de nulidade, tão inevitáveis eram aqueles.

De fato, a lei dispõe expressamente (art. 175, n. 1, do regimento interno, com fundamento no art. 683, parte 3.ª, do decreto n. 3.084), que embargos de declaração, por omissão, se admitem, somente, quando a decisão embargada omite algum ponto sobre que devia ter havido condenação, como, no exemplo já figurado, se foi omissão a mesma decisão sobre condenação em juros.

Não é possível, pois, admitir tais embargos, quando se omite o julgamento sobre o mérito, mesmo porque, admitida a preliminar de se não tomar conhecimento dos embargos, estava prejudicado o julgamento sobre o mérito da questão.

O Sr. ministro Costa Manso afirma que tem lido diversas decisões, no sentido de serem admitidos embargos de declaração, quando não há julgamento sobre o mérito.

Eu não conheço nenhuma e só admito que elas existam, porque Sua Excelência o diz. Tais decisões, porém, não fôrçam somente o texto da lei; são manifestamente contrárias a ela.

Por fim, o Sr. ministro Costa Manso considera que o prazo para oposição dos embargos foi contado da data da procuração, que denotavam o conhecimento do julgado, e que esse prazo, mesmo havendo manifestação inequívoca de ciência do acórdão, só poderia correr da publicação deste.

Não e não. Contesto formalmente essa afirmação, como já o fiz no acórdão declarando a fls. 325 v.

No caso de ciência inequívoca do acórdão, a publicação deste não é necessária. Quem o diz é o § 2.º do art. 176 do regimento, *ibí*: "A ciência do acórdão, manifestada de modo inequívoco pela parte, *suprirá a publicação ou intimação*".

Conceda-se, entretanto, que o prazo só poderia correr depois da publicação do acórdão.

Pois bem: O acórdão foi publicado a 4 de abril de 1934 e os embargos só foram oferecidos a 27 de julho — três meses e vinte e três dias depois da publicação (fls. 218, 224 e 225).

Vê, pois, o eminente Sr. ministro Costa Manso que os fatos não se passaram, como a parte o alegava.

Ai tem S. Excia. as razões, pelas quais se convencerá, suponho, de que não errou, deixando de conhecer de embargos oferecidos fora do prazo legal.

O ilustre colega pode estar bem com a sua consciência, como eu estou com a minha, certíssimo de que não concorri para que S. Excia. cometesse um erro,

que procurou corrigir, embora forçando um pouco o texto legal, como o declarou com franqueza.

Uma última consideração: O embargante, depois de haver, repetidamente, considerado como acordão o que se vê a fls. 203, passa a dizer que aí não existe acordão, mas o voto do relator.

Em seguida, afirma que a Corte Suprema, nos próprios autos, já considerou esse voto como acordão; depois concorda em que esse acordão só poderia ser embargado após a junção aos autos de todos os votos dos ministros que tomaram parte no julgamento.

Por essa consideração, nunca poderia o acordão ser embargado, porque nunca foram juntos aos autos os votos dos vogais, Srs. ministros Plínio Casado e Rodrigo Octavio. Entretanto, a parte embargou o primeiro acordão!

O segundo acordão, que não tomou conhecimento dos embargos, por apresentados fora do prazo, foi proferido, não somente por cinco juizes, mas por todos. Entretanto, aí só se encontra o acordão do relator, não havendo voto de mais ninguém. Apesar disso, a parte embargou o segundo acordão!

O embargante alegou a nulidade do processo desde o primeiro acordão em diante, por não conter os votos dos vogais. Neste caso, serão nulos todos os processos, desde 1931, em diante, porque, em alguns, há votos dos revisores, mas não há dos vogais, e em outros não há voto de ninguém, nem de revisores, nem de vogais, como se vê mesmo do segundo acordão proferido nestes autos.

Cumpra não esquecer que o embargante está fazendo alegações, contra a disposição expressa do art. 9.º da reforma introduzida no regimento, o qual dispensa a junção de notas taquigráficas nos autos, desde que o acordão seja redigido, como o relator o redigiu, isto é, na forma do art. 55 do mesmo regimento.

E para salientar a sinceridade com que o embargante argumenta, basta considerar que ele diz que "o verdadeiro acordão é a declaração de fls. 218, em que o chefe da seção taquigráfica resume a decisão, em sua parte dispositiva".

O acordão, no dizer do embargante, é a nota do Sr. Frederico Rabello Leite, à pág. 218.

290 — O Sr. ministro Costa Manso rejeitou também os embargos de declaração.

Seu voto, neste último acordão, foi o seguinte:

O Sr. ministro Costa Manso — Sr. presidente, o nosso serviço taquigráfico, devido às deficiências da sua organização em caráter provisório, não é nem pode ser perfeito. As notas taquigráficas nos vinham às mãos com tamanha demora, que era impossível ao ministro evocar a própria memória para preencher lacunas e corrigir imperfeições. Hoje, é verdade, recebe as notas com presteza, o que denota um grande esforço dos dignos funcionários. Mas, antigamente, era como acabei de dizer. Inúmeras vezes desisti de autenticar e mandar juntar votos por mim proferidos, porque não conseguia recordar-me das palavras que havia proferido, e as notas não me esclareciam suficientemente. Explica-se: o taquígrafo não é um jurista. Desconhece a tecnologia que empregamos e o sentido de muitas frases que proferimos. Apanha o que lhe parece ter ouvido, e, assim, com falhas e erros, nos são submetidas as provas. Temos de emendá-las como for possível, ou deixar de autenticá-las no caso contrário... No caso em exame, ou porque ocorressem tais defeitos, ou porque eu próprio tivesse perdido de vista algum dos aspectos do debate, meu voto saiu incompleto.

Ratifico, entretanto, as palavras que proferi, por ocasião do primeiro julgamento, e a que alude o eminente Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS.

S. Excia. não tinha que agradecer-me os conceitos que formulei a seu respeito. Apenas fiz justiça e externei o que pensava e penso a respeito do grande juiz brasileiro.

Por ocasião do 1.º julgamento, não afirmei, como pareceu à embargante, que a decisão era injusta. Fiz no modo condicional: se as alegações da parte fossem verdadeiras, teríamos cometido uma injustiça, e deveríamos procurar o meio de corrigi-la. Para tal fim, admiti os embargos como declaratórios. Julgando-os, examinaríamos minuciosamente os fatos e decidiríamos como fosse de direito.

Outra omissão das notas taquigráficas: repeli a arguição de nulidade do acordão por falta de publicação. Houve tal publicação. O acordão é, portanto, válido. Mas antes de publicado, não tinha existência legal. Adquiriu-a depois. Se, portanto, estivesse provado que a ciência dos embargantes foi anterior à publicação, eu não consideraria extinto o prazo para embargos: conta-las da data da mesma publicação.

Rejeito os embargos agora em julgamento. São absolutamente incabíveis. (Jur. citada, 191).

291 — Parece que a irritação do advogado de Nicolau Scarpa foi provocada simplesmente pelo fato de haver o relator declinado o nome deste e o do mesmo advogado como *sabedores*, inequívocamente, da existência do acordão, tendo, apesar disso, oferecido os embargos depois do prazo legal, contado da *ciência inequívoca*.

Não sei como nem porque essa indicação de nomes poderia ofender suscetibilidades, nem o fiz para molestar quem quer que fosse.

Citei o nome do advogado de Nicolau Scarpa, simplesmente para tornar mais incontestável a ciência inequívoca do acordão.

Citei aquele nome, pela mesma razão porque, em acordão de 19 de outubro de 1921 (quinze anos antes), havia citado os nomes dos advogados Drs. Laudelino Freire, Edgard Costa e Mello Rocha, e pela mesma razão porque, em acordão de 13 de abril de 1934 (dois anos antes), havia também citado os nomes dos advogados Drs. Manuel Luiz do Rego e Gaston Luiz do Rego, conforme se vê das transcrições abaixo:

N. 2.093 — Vistos, relatados e discutidos estes autos...

ACORDAM rejeitar os embargos dos assistentes.

Quanto aos embargos dos autores Alfredo Ferreira e Arthur José Fernandes:

Esses embargos foram epostos, respectivamente, pelos advogados Alberto Tornaghi e João Fonseca Lima, em julho de 1920 e em abril de 1921, no primeiro acordão, que é de 12 de agosto de 1916.

O ministro procurador geral opina pelo não conhecimento desses embargos, por oferecidos fora do prazo legal.

Os embargantes apenas objetam que não há, nos autos, certidão de intimação do acordão de fls. 67 v., no advogado Laudelino Freire, que fora, como tal, anteriormente constituído.

A razão não é decisiva, porque se, em regra, os embargos ao acordão devem ser apresentados dentro de dez dias, contados da sua intimação (art. 176

do regimento), esta não é necessária, desde que a parte tenha tido ciência do acordão, de modo inequívoco.

A disposição textual do art. 176, § 3.º, é esta: "A ciência do acordão, manifestada de modo inequívoco pela parte, suprirá a publicação ou intimação".

Ora, o advogado Laudelino Freire manifestou, inequivocamente, ter tido ciência do acordão de fls. 67 v., em quase todas as folhas dos autos.

Ele foi constituído procurador de todos os autores, entre os quais os embargados Alfredo Ferreira e Arthur Fernandes (fls. 6); acompanhou a causa em todos os seus termos, embora desde princípio tivesse substabelecido, com reserva, os poderes da procuração no Dr. Edgard Costa (fls. 14); arrazouo, afinal; apelou da sentença desfavorável e arrazouo a apelação.

Proferido o acordão de fls. 67 v., confirmando a sentença que julgara a ação improcedente, quem o embargou foi o advogado Edgard Costa, em nome dos autores Felisberto, Djalma e Paulo, mas quem sustentou os embargos foi o advogado Laudelino Freire. Aqui está, portanto, a primeira manifestação inequívoca de que esse advogado tinha ciência do acordão de fls. 67 v., tanto que sustentou os embargos opostos ao mesmo acordão, analisando-lhe os "considerandos" e argumentando com a doutrina dos votos vencidos aí lançados.

Portanto, o prazo para os embargos ao acordão, por parte dos outros autores, começou a correr de 11 de agosto de 1917, data da sustentação dos embargos, e terminou a 21 do mesmo mês, não podendo, pois, ser opostos tais embargos em julho de 1920 e fevereiro de 1921, quando o acordão já tinha, anos antes, transitado em julgado, e quando os poderes outorgados ao advogado Laudelino Freire estiveram em pleno vigor até, pelo menos, 9 de julho de 1920 e 19 de fevereiro de 1921 — data em que foram constituídos os novos advogados que opuseram os embargos em julgamento.

Acresce, em relação aos embargos de Arthur Fernandes, que o seu novo advogado, João Fonseca Lima, pediu vista dos autos a 12 de abril (fls. 202) e só ofereceu os embargos a 23, segundo a sua cota a fls. 204, ou a 25, segundo o termo lavrado na Secretaria, a fls. 205, fora, portanto, dos dez dias, em qualquer hipótese.

Depois da sustentação dos embargos ao primeiro acordão, o advogado Laudelino continuou a manifestar ciência inequívoca desse acordão.

Tendo obtido a sua reforma em nome dos três autores já mencionados, a União embargou o 2.º acordão e o Dr. Laudelino impugnou os embargos em 31 de julho de 1919, referindo-se sempre aos "luminosos fundamentos" do acordão embargado, que reproduzia o voto vencido no primeiro acordão, voto que aquele advogado transcreveu integralmente a fls. 109.

Está, assim, patenteados, com a maior evidência, que o acordão de fls. 67 v. transitou em julgado:

ACORDAM, portanto, não tomar conhecimento dos embargos de Alfredo Ferreira e Arthur Fernandes.

Quanto aos embargos de Arthur Guimarães, Ananias Guerra e Benjamin Junqueira:

Esses embargos foram também opostos, a fls. 141, ao 1.º acordão de fls. 67 v., pelo advogado José A.B. de Mello Rocha, a 31 de janeiro de 1919, ou dois anos e meio depois de proferido o mesmo acordão.

Aplicam-se a esses embargos as considerações feitas a propósito pelo advogado Laudelino Freire, em nome desses três autores, em virtude das procurações do fls. 6 e 7.

O advogado teve ciência do acordão de fls. 67 v., desde 11 de agosto de 1917, pelo menos, data em que sustentou os embargos ao mesmo acordão.

Quando o advogado Mello Rocha o embargou a 31 de janeiro de 1919, em virtude das procurações que lhe foram conferidas a 29 de novembro e 5 de de-

fora intimado, a requerimento da Fazenda, 23 de julho de 1931 (fls. 73 v.), para ver o acórdão passar em julgado.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento dos embargos e condenar a embargante nas custas.

Rio de Janeiro, 13 de abril de 1934. — E. Lins, presidente — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 16-511).

292 — Atualmente, já decorridos alguns anos, o advogado de Nicolau Scarpa estará mais calmo e convencido de que se irritou comigo, sem razão, como, igualmente sem razão, havia se irritado anteriormente com outros juizes do Supremo Tribunal Federal, tanto que se penitenciou de ter, nos autos da apelação n. 3.556, usado de palavras, que ele mesmo considerou *infelizes* e que o ministro Viveiros de Castro disse que eram *infelicíssimas*.

Aquele ministro e o ministro Edmundo Lins, cujos votos foram contrários à causa defendida pelo advogado, aceitaram a desculpa ou satisfação, que este dera da tribuna, dizendo que não tivera intenção ofensiva (*Rev.*, 48-149, 73-349 e 81-210).

293 — Para encerrar as considerações sobre o prazo para o recurso, contado da ciência inequívoca da decisão recorrida, transcreverei o acórdão proferido na apelação n. 1.985.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Capital Federal, entre o doutor André Gustavo Paulo de Frontin, como embargante, e a União Federal, como embargada.

Para oferecer embargos ao acórdão de fls. 61 v., o autor apelado requereu vista dos autos no dia 31 de janeiro de 1920 (fls. 66).

Desde essa data, portanto, ele manifestou, de modo inequívoco, que teve ciência do acórdão, ficando assim suprida a publicação ou intimação deste, nos termos do art. 176, § 2.º, do Regimento.

Entretanto, a petição, datada de 31 de janeiro, só a 28 de abril foi submetida a despacho, tendo sido os embargos oferecidos a 6 de maio seguinte (fls. 70 v. e 71):

ACORDAM, pois, não tomar conhecimento desses embargos, por apresentados depois do prazo legal, e condenar o embargante nas custas.

Rio de Janeiro, 1 de julho de 1922. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins, vencido, atentos os fundamentos expostos em sessão do julgamento. — Pedro dos Santos. — Viveiros de Castro. — Alfredo Pinto. — G. Natal. — Leoni Ramos. — Muniz Barreto. — Godofredo Cunha.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Sebastião de Lacerda (*Rev.*, 46-96).

294 — A propósito de embargos de declaração, de que se tratou em o n. 289, ocorre-me um caso, em que o Supremo Tribunal Federal recebeu tais embargos, só porque a parte entendeu que o acórdão, cuja declaração se pedia, era suscetível de interpretação, em-

bora esse acordão fosse *bem claro*, no entender dos que recebiam os embargos.

Eu divergi, conquanto pudesse, talvez, transigir, na hipótese, uma vez que os embargos de declaração eram recebidos, não para se alterar o julgado, mas para se declarar uma inutilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos declaratórios, em que é embargante a União Federal e embargado A. Thum;

Considerando que o acordão de fls. 135, ora embargado, é *bem claro*, como se vê no seu último considerando, e apenas decidiu a questão suscitada na petição inicial, e desde então sempre discutida, acerca do registro do contrato, pelo que, se o contrato é nulo, ou anulável, por quaisquer vícios que encerre, esta questão não foi discutida, nem julgada pelo acordão embargado;

Considerando que, a despeito da clareza do acordão, desde que a embargante o considera suscetível da interpretação a que alude em seus embargos, nenhum inconveniente, mas só utilidade há em declará-lo, o Supremo Tribunal Federal recebe os embargos para declarar o acordão embargado, como o faz nos considerandos anteriores. Custas pela embargada.

Supremo Tribunal Federal, 28 de julho de 1920. — *G. Natal*, presidente.
— *Pedro Lessa*, relator. — *João Mendes*. — *Sebastião de Lacerda*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido.

"Os embargos de declaração só terão lugar, quando houver na sentença alguma obscuridade, ambiguidade, ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que devia haver condenação" (Reg. n. 737, de 1850, art. 641; decreto n. 3.084, de 1898, art. 683, parte 3.^a).

O acordão embargado não incorreu em nenhum dos defeitos apontados; não omitiu ponto algum sobre que devesse haver condenação, nem se lhe arguiu qualquer falta de clareza. Ao contrário, o presente acordão proclama que o acordão embargado é *bem claro*, mas acrescenta que, a despeito dessa clareza, não há inconveniência em se declarar o acordão, desde que a embargante o considera suscetível da interpretação que lhe deu.

Pego licença para ponderar que o único juiz da conveniência ou necessidade de declarar as suas sentenças é o Supremo Tribunal e não a parte contra quem ou a favor de quem elas tenham sido proferidas.

Se o Tribunal considera que a sua sentença é clara, não deve admitir ou receber embargos de declaração, só porque a parte entende que ela deve ser declarada. Demais, declarar o que, no caso vertente?

Que o Tribunal se limitou a considerar registrado o contrato, não se tendo pronunciado sobre nulidade de que este, porventura, esteja inquinado?

Mas isto seria uma superfluidade, porque o acordão embargado já o declarou com todas as letras.

O voto explicativo do Sr. ministro Pedro Lessa no referido acordão, voto que parece ter sido a causa do recebimento dos embargos, não contém um pensamento, uma frase, uma palavra dissonante do acordão embargado, com o qual se acha de perfeita conformidade, pois esse voto repete o que o acordão já tinha se achado, isto é, que não se pronunciou sobre nulidade do contrato, matéria que só em ação competente poderia ser discutida.

Para que receber embargos de declaração em tais condições, senão para fomentar o aparecimento desses embargos daqui em diante? — *Pedro Mibielli*.
— *E. Lins*, vencido...

295 — Num outro caso, foram rejeitados embargos de declaração, justamente porque se pretendeu, por meio desses embargos, que se declarasse o que já estava dito no acordão *declarando*.

O caso foi este: O juiz seccional do Estado do Rio recebera uma exceção de incompetência de Juízo e a julgara, desde logo, provada.

O exceto agravou para o Supremo Tribunal, que deu provimento ao agravo, para mandar que o juiz pusesse a exceção em prova e a julgasse, afinal, como lhe parecesse de direito.

Foram opostos embargos de declaração ao acordão, para que se declarasse que este anulava o despacho agravado.

Tendo a palavra para dar o meu voto sobre os embargos de declaração, eu disse:

Sr. presidente, o que os embargantes querem, já o acordão lhes concedeu expressamente.

Agravaram para que o Tribunal mandasse que o juiz pusesse a exceção em prova, porque só então poderiam provar a sua residência.

O acordão concluiu assim:

"ACORDAM dar provimento ao agravo para mandar que o juiz a que declare a exceção em prova e a julgue, afinal, como lhe parecer de direito". Querem agora os embargantes que se diga que o acordão não está bem explicito. Mas o Tribunal já fez o que eles querem.

Não teria dúvida em aceder aos seus desejos, se não recesso o precedente que daí poderia resultar. Não faltaria, amanhã, quem quisesse embargar qualquer acordão, porque a redação não estivesse bem correta gramaticalmente; porque faltasse, ou estivesse mal colocada alguma vírgula. Aliás, a propósito de pontuação, ou precisamente de colocação de vírgula, direi, incidentemente, que já se suscitou grande controvérsia, a respeito da ressurreição de Cristo.

Quando a Virgem Maria, em companhia de outras mulheres e dos apóstolos, foi visitar o túmulo que guardava os sagrados despojos do filho, no 3.º dia, depois de sua morte, um anjo lhes apareceu e disse, à vista do túmulo aberto:

Surrexit, non est hic — "Resuscitou, não está aqui".

Mas os impugnadores da ressurreição afirmavam ou afirmam que o texto da Escritura não é aquele, mas este: *Surrexit non, est hic*. Não resuscitou, está aqui.

Mas, não é este o caso dos embargantes, que não arguem ambiguidade do acordão, em consequência de vírgula, porventura mal colocada, nem omissão do mesmo acordão, que concedeu aos embargantes precisamente o que eles pediram e era justo — que se declarasse a exceção em prova. Rejeito, pois, os embargos (Rev., 73-224).

E o Supremo Tribunal os rejeitou pelo seguinte acordão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado do Rio de Janeiro, em os quais Antonio Francisco Montebello Bondim oferece embargos de declaração ao acordão de fls. 63 v.

O autor, ora embargante, propôs ação contra o réu, ora embargado, Oswaldo Alves de Oliveira Santiago, que articulou a incompetência da Justiça Federal para conhecer da mesma ação.

O autor impugnou a exceção de incompetência, que o juiz seccional julgou, desde logo, provada.

O autor agravou e o Supremo Tribunal deu provimento ao agravo, para mandar que o juiz a quo declarasse a exceção em prova e a julgasse, afinal, como lhe parecesse de direito.

Pretende o autor, por meio dos presentes embargos, que o acórdão seja declarado, no sentido de ficar bem expresso que ficou *nulo* o que se processou desde fls. 45 em diante, isto é, desde o despacho que julgou procedente a exceção, sem que esta fosse posta em prova.

ACORDAM rejeitar os embargos, porque o acórdão embargado é claríssimo e não contém omissão de espécie alguma, pois reformou o despacho aludido e condenou o agravado nas custas, indo de encontro aos desejos do agravante, ora embargado, a quem concedeu expressamente o que este exclusivamente pedia, isto é, que se declarasse a exceção em prova, para que se lhe permitisse provar a matéria da impugnação.

Era inútil acrescentar que ficava *nulo* o que se processou de fls. 45 em diante, pois é isto consequência ou efeito imediato do julgamento nos termos em que foi proferido. Custas pelo embargante.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *A. Ribeiro*. — *Geminiano da Franca*. — *Viveiros do Castro*. — *G. Natal*. — *Leoni Ramos*. — *Godofredo Cunha*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro *Edmundo Lins* (Rev., 85-82).

296 — Há contradição manifesta entre o art. 54, letra o, da lei n. 221, de 1894, e o art. 715, letra o, do decreto n. 3.084, de 1898.

O primeiro concede agravo do despacho, pelo qual não se manda proceder a sequestro; o segundo concede agravo do despacho, pelo qual se manda proceder a sequestro.

O Supremo Tribunal Federal adotou o dispositivo da lei e julgou, quanto ao mérito, que é admissível sequestro da herança, quando o inventariante, antes da partilha, suscita dúvidas que deem origem a demandas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de Alagoas, em que *Sebastião de Mendonça Jaraguá* requereu o sequestro dos bens constitutivos do acervo inventariado do Dr. *Jacyntho Paes de Mendonça Jaraguá*, alegando o seguinte: que o Dr. *Jaraguá* faleceu em abril de 1917, sem testamento e sem outro herdeiro necessário, além do suplicante, seu filho natural reconhecido no registro civil de nascimento e em correspondência particular; que os supostos herdeiros colaterais do falecido estão se habilitando no respectivo inventário, onde o suplicante reclamou a universalidade da herança, sendo a reclamação deferida pelo juiz de direito da 1.^a Vara; que, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça reformou a sentença de primeira instância e mandou que o suplicante depropusasse, pelos meios ordinários, ação de reconhecimento e consequente partilha de herança; que o suplicante assim o fez no Juízo Seccional, por serem os herdeiros colaterais residentes em vários Estados, afigurando-se-lhe, porém, necessária a medida asscuratória do sequestro, assim como a imissão na posse da herança, que se lhe transmitiu desde o momento da abertura da sucessão. Pelo despacho de fls. 25, o juiz indeferiu a petição, reportando-se aos fundamentos exarados em processo idêntico, que constituiu o agravo n. 2.863, de que o Supremo Tribunal não tomou conhecimento, por falta de citação da lei ofendida.

O suplicante agravou, com fundamento em dano irreparável e no indeferimento da petição inicial do sequestro.

ACORDAM conhecer do agravo, não com o fundamento invocado, mas porque a lei n. 221, de 1894, art. 54, letra o, concede agravo do despacho pelo qual não se manda proceder a sequestro. O art. 715, letra o, do decreto número 3.084, de 1898, dispõe exatamente o contrário, isto é, concedendo agravo do despacho pelo qual se manda proceder a sequestro.

Mas, ou há engano na supressão da negativa, ou o decreto exorbitou da lei, que, aliás, reproduziu disposição anterior do decreto n. 143, de 15 de março de 1842, art. 15, § 7.º, e do decreto de 23 de janeiro de 1886, art. 54, § 1.º.

O despacho agravado indeferiu a petição de sequestro, porque os casos dessa providência, admissíveis no Juízo Federal, estão especificados no art. 133, 3.ª parte, do decreto n. 3.084, em nenhum dos quais se compreende o da mesma petição.

Os casos mencionados nas letras b, c e d do citado art. 133 estão evidentemente excluídos.

Alega o agravante que é aplicável o da letra a, que admite o sequestro ou depósito judicial da coisa litigiosa, como preparatório da ação, nos casos em que a lei o admite, como no executivo fiscal e no executivo hipotecário.

A lei que em tal caso admite o sequestro, na opinião do agravante, é o art. 507, parágrafo único, do Código Civil.

Esse artigo determina que, na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse.

O parágrafo único define como posse melhor a que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque.

Essa não é a hipótese dos autos, porque o agravante nunca esteve na posse da herança.

Iniciado o inventário do Dr. Jaraguá, só um ano e quatro meses depois compareceu o agravante em Juízo, alegando a sua qualidade hereditária, como filho natural reconhecido, a qual lhe foi contestada.

Entretanto, a Ord. do Liv. 4.º, Tit. 96, § 12, autoriza o sequestro da herança, quando o inventariante, antes da partilha, suscita dúvidas que deem origem a demandas, ou quando as dúvidas por ele suscitadas demorem a partilha por mais de um ano.

Aplicando-se ao caso a primeira parte da Ordenação citada, dão provimento ao agravo, não para que seja o agravante imitado na posse da herança, mas tão somente para que esta seja sequestrada e depositada até que se resolva a quem deve ser a mesma deferida. Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 1920. — *H. do Espírito Santo*, proponente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *G. Natal*. — *Sebastião de Lacerda*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*. — *André Cavalcanti*. — *Godofredo Cunha*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro Lessa*, vencido: não me pareceu aplicável à espécie dos autos o disposto no § 12 da Ord. do Liv. 4.º, Tit. 16. Nessa Ordenação cogita o legislador da pessoa que começa a dar partilha a seus filhos, irmãos, ou quaisquer outros herdeiros, e não pode dilatar a dita partilha por dúvida alguma, que depois mova. Cogita também da pessoa que está na posse da herança, e antes de começar a dar partilha alega dúvidas, sobre que deva haver demanda. Na espécie dos autos, do que se trata é de um inventário e partilha, em que só compareceu o agravante um ano e quatro meses depois de iniciado o processo, alegando a sua qualidade de filho natural reconhecido, que a Justiça local de segunda instância não julgou provada.

Não temos nos autos propriamente o caso em que a pessoa que detem os bens da herança se recusa a partilhar os bens com os herdeiros reconhecidos

como tais. As pessoas que estão de posse dos bens foram consideradas herdeiras pela justiça que preside ao inventário e partilha. Nem essas pessoas começaram a partilhar os bens da herança com o agravante, cuja qualidade de herdeiro negavam; e, se a reconhecessem, não lhes cumpria partilhar com ele a herança, mas entregar-lha integralmente. Nem essas pessoas, de posse da herança, antes da partilha, deram causa a qualquer dúvida, sobre que devesse haver demanda. Um ano e quatro meses depois de iniciado o inventário, compareceu o agravante, alegando a qualidade de filho natural, reconhecido.

Como se vê, a hipótese não é a da citada Ordenação.

(Revista, 29-59).

Julgou-se, na mesma conformidade, quanto à preferência do dispositivo da lei, no agravo n. 3.059 (Rev., 37-50) e no agravo n. 3.518, onde também se decidiu, relativamente ao mérito, que a Justiça federal não pode deferir o pedido de sequestro da posse do imóvel, desde que a Justiça local já tenha concedido manutenção de posse no mesmo imóvel, pois, se o fizesse, violaria o art. 62 da Constituição (Rev., 58-56).

297 — Era muito frequente, nos julgamentos de agravo, com fundamento em dano irreparável, apreciar-se, desde logo, se o despacho agravado tinha ou não tinha causado esse dano, para o fim de se conhecer ou não do agravo.

Nunca me pareceu acertado esse modo de julgar.

O agravo, com fundamento em dano irreparável, só é admissível, quando o dano, *porventura*, causado pelo despacho agravado, não puder ser reparado pela sentença definitiva, ou pela apelação desta interposta (art. 715, letra n, combinado com o art. 716 do decreto n. 3.084).

Portanto, para se conhecer ou não se conhecer do agravo, não se tem de indagar se o despacho causou ou não causou dano, mas tão somente se o dano, *porventura* causado, poderia ou não ser reparado pela sentença final ou pela apelação interposta da mesma sentença.

No primeiro caso, não se conhece do agravo, porque o dano, se houve, pode ser reparado, afinal.

No segundo caso, toma-se conhecimento do agravo, porque o dano, se houve, não pode ser reparado, afinal. Passa-se, então, ao julgamento do mérito do agravo, que será ou não provido, se tiver ou não tiver havido o dano alegado. A existência ou não existência do dano só então poderá ser apreciada.

Nestes termos, sempre julgava e redigia os acordãos nos feitos de que era relator.

Assim, do agravo n. 3.542 o Supremo Tribunal Federal não conheceu, porque podia ser reparado, afinal, o dano que, *porventura*, tivesse causado o despacho, que recebera, como contestação, os embargos do réu, em interdito proibitório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, do Estado de Pernambuco, entre Paiva & Oliveira e outros, como agravantes, e a Fazenda Nacional, como agravada.

Paiva & Oliveira e outros, negociantes estabelecidos na cidade do Recife, requereram mandado proibitório contra a Fazenda Nacional, para não serem obrigados ao pagamento do imposto sobre a renda, por ser inconstitucional a lei que o criou.

Nessa petição inicial foi proferido o seguinte despacho: "Como requerem, observando-se o processo estabelecido na Consolidação oficial de Ribas".

Expedido o mandado, com citação à ré para oferecer à primeira os embargos que tivesse, sob pena de ser julgada a cominação por sentença, compareceu a citada e, por via de embargos, alegou, preliminarmente, que o interdito proibitório não é meio habil para anulação de atos da administração pública, nem para impedir a cobrança de impostos e a execução da lei que os criou.

De *meritis*, alegou a ré que o imposto sobre a renda não é ofensivo da Constituição, nem se confunde com o de indústria e profissão, porque aquele é cobrado sobre os lucros do comércio ou da indústria, ao passo que este é pago pelo exercício desta.

O juiz seccional recebeu os embargos, como contestação, e mandou que a causa prosseguisse.

Deste despacho agravaram os autores, com fundamento em dano irreparável, citando, como lei ofendida, os arts. 501 do Código Civil e 413, parte 3.^a do decreto n. 3.084, isto é, os artigos que autorizam mandado proibitório em favor de quem recie ser molestado na sua posse.

ACORDAM não conhecer do agravo, porque não foi interposto de indeferimento da petição inicial, que foi deferida, mas do despacho que se limitou a receber a defesa da ré, do qual não cabe agravo com fundamento em dano irreparável.

O dano, se existe, poderá ser reparado afinal. Custas pelos agravantes.

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *G. Natal*. — *Pedro dos Santos*. — *Muniz Barreto*. — *A. Ribeiro*. — *Viveiros de Castro*. — *Geminiano da Franca*. — *Leoni Ramos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foram votos vencedores os dos Srs. ministros Godofredo Cunha e Pedro Mibielli (*Rev.*, 69-66).

Também se julgou, na carta testemunhavel n. 5.649, que não cabe agravo, com fundamento em dano irreparável, do despacho que indefere o requerimento do prazo para produção de prova e sustentação de defesa, porque o dano, porventura, causado pelo indeferimento, poderia ser reparado pela sentença final, que anularia o processo, por preterição de termo essencial deste, se realmente tivesse ocorrido (*Rev. de Jur. Bras.*, 17-52).

Sobre o caso poderão ainda ser consultados os acordãos nos agravos ns. 3.135, 5.949, 5.958 e 5.967 (*Rev.*, 40-98, *Jur.*, 13-862, 13-863 e 13-864).

Mas, num caso em que não teria de ser proferida sentença na causa e não poderia, portanto, ser reparado o dano pela sentença final, foi admitido o agravo, com fundamento em dano irreparável, e deu-se-lhe provimento, por não ser admissível alegação de dano.

de terceiro, sobretudo já tendo sido garantido o direito próprio de quem alegava direito alheio (agravo n. 3.815, entre Dr. Sylvio Martins Teixeira e Cecília Maria Ferreira de Albuquerque Mello — *Revista*, 79-40).

Pela mesma razão de que, em virtude de acordo com os interessados, não seria proferida sentença na causa, tomou-se conhecimento do agravo n. 3.205, com fundamento em dano irreparável, negando-se-lhe, porém, provimento, porque nenhum dano havia no despacho agravado, desde que fora este inteiramente favorável à parte agravante (*Rev.*, 42-57).

298 — Há um curioso caso de agravo, por dano irreparável, que vale a pena ser conhecido.

Em executivo fiscal para cobrança de multa, os réus foram condenados.

O procurador seccional (de Pernambuco) requereu o pagamento das percentagens devidas ao pessoal do Juízo federal.

O juiz indeferiu o requerimento, porque as percentagens só eram devidas depois de transitada em julgado a sentença.

O procurador agravou, com fundamento em dano irreparável, porque, segundo disse, se a sentença fosse reformada, ele não receberia a sua percentagem! O Supremo Tribunal Federal não conheceu do agravo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de Pernambuco, entre o procurador seccional da República, como agravante, e o Juízo federal, como agravado.

No executivo fiscal movido pela Fazenda Nacional contra Seve & Comp., para cobrança de multa, tendo sido julgados improcedentes os embargos opostos à penhora, os réus apelaram.

Recebida a apelação no efeito devolutivo somente, eles requereram ao juiz que mandasse contar os autos, para que pudessem pagar o que fosse devido, "ficando sem efeito a penhora e não sendo com o referido pagamento prejudicada a decisão que viesse a ter a apelação". O juiz deferiu o requerimento.

O procurador seccional, porém, requereu que na guia a expedir-se para o recolhimento da importância devida fossem deduzidas as percentagens para o pessoal do Juízo federal, de acordo com os arts. 37, letra a, e 155, do decreto n. 10.902, de 20 de maio de 1914, e art. 110 da lei n. 3.089, de 8 de janeiro de 1916.

O juiz indeferiu esse requerimento, porque as percentagens que a legislação vigente manda abonar aos funcionários do Juízo, a título de remuneração especial, pelos serviços prestados na cobrança executiva da dívida ativa da União, somente são devidas, quando, uma vez vencedora a Fazenda Nacional, tenha passado em julgado a sentença de primeira instância, ou haja o Tribunal *ad quem* negado provimento à apelação desta interposta, a qual ainda pendente de julgamento (lei n. 4.555, de 10 de agosto de 1922, arts. 10 e 133). Assim, concluiu o juiz, não podem, por enquanto, ser cobradas as percentagens reclamadas.

Desta decisão o procurador seccional agravou com fundamento em dano irreparável.

O caso não é de agravo com esse fundamento, porque o juiz a quo não recusou o pagamento das porcentagens, como alega o agravante.

Disse apenas que, *por enquanto*, o pagamento não podia ser feito, mas somente depois de confirmada pelo Tribunal Superior a sentença de primeira instância, de acordo com a lei que citou. Observa o agravante que o dano irreparável está em que, se a sentença for reformada, nenhuma porcentagem lhe será paga. Sem dúvida, porque neste caso nenhum dano haverá, por não ser devida ao agravante porcentagem alguma.

ACORDAM não tomar conhecimento do agravo. Pagas as custas ex-causa.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1924. — André Cavalcanti, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — A. Ribeiro. — Muniz Barreto. — Geminiano da Franca. — Pedro Mibielli. — Pedro dos Santos. — G. Natal. — Leoni Ramos. — Godofredo Cunha (Rev., 83-92).

299 — O art. 715, *a*, do decreto n. 3.084, faculta o recurso de agravo "da decisão sobre matéria de competência, quer o juiz se julgue competente quer não".

O artigo pressupõe que tenha havido discussão a respeito da incompetência arguida ao juiz e que este se declare, afinal, competente ou incompetente, o que não resulta do simples despacho, deferindo a petição inicial da ação, despacho que também não pode autorizar o agravo por dano irreparável.

E' necessário, em suma, para admissibilidade do agravo, que no despacho proferido na petição inicial o juiz se julgue, de modo expresso, competente ou incompetente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição da Capital Federal, entre a Companhia Nacional de Navegação Costeira, como agravante, e o Dr. Carlos Grey, como agravado.

O agravado, médico de bordo do vapor *Itapui*, da Companhia agravante, requereu a citação desta para uma ação de soldadas, a que se julga com direito, contusões, em consequência de uma queda, na ocasião em que aplicava uma injeção no telegrafista de bordo, e bem assim para haver a importância que despendeu com o tratamento da enfermidade.

O juiz deferiu a petição inicial.

Citada a ré, agravou do despacho, com fundamento no art. 715, letras *a* e *n*, do decreto n. 3.084, de 1898, tendo citado como lei ofendida a de acidentes no trabalho e o regulamento da Capitania de Porto.

Evidentemente, o caso não é de agravo.

Com fundamento na letra *a*, porque não houve discussão alguma sobre matéria de competência, a propósito da qual o juiz tivesse proferido decisão, julgando-se competente ou incompetente.

Com fundamento na letra *n*, porque, se algum dano causou o despacho agravado, esse dano poderá ser reparado na sentença final ou na apelação que da mesma se interpor. Custas pela agravante.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1921. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — Pedro Mibielli. — Leoni Ramos. — Muniz Barreto. — G. Natal. — Alfredo Pinto. — Pedro dos Santos. — Godofredo Cunha. — Sebastião de Lacerda (Rev., 35-90).

Nos mesmos termos do acordão transcrito, foi o proferido no agravo n. 3.917 (Rev., 83-87).

300 — Fui, porem, vencido no agravo n. 3.208, em que julguei não ser admissivel esse recurso do despacho, pelo qual o juiz na petição inicial se tenha declarado incompetente, sem qualquer discussão a respeito e sem ter havido, sequer, citação do réu para a ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição, em que é agravante Joaquim de Moraes Novaes e agravado Dr. Americo Lassance:

ACORDAM dar provimento ao mesmo agravo, para que o juiz prossiga na ação e decida afinal como for de justiça. Paga as custas na forma da lei. Supremo Tribunal Federal, 8 de julho de 1922. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *André Cavalcanti*, relator. — *E. Lins*. — *Alfredo Pinto*. — *G. Natal*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*. — *Godofredo Cunha*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido: — O Dr. Joaquim de Moraes Novaes, com residência nesta Capital, segundo alegou, propôs ação executiva contra o Dr. Americo Lassance, alegando que este reside na cidade de Niterói.

A ação foi proposta no Juízo federal da 2.^a Vara d'este Distrito.

O juiz seccional, sem ao menos ter havido citação do réu, julgou-se desde logo incompetente para conhecer da ação, sob o fundamento de que, residindo as partes em Estados diversos, segundo alegação do próprio autor, a ação deveria ser proposta na Justiça Federal, mas na secção da residência do réu, isto é, no Juízo federal de Niterói.

O autor agravou dessa decisão, fundado no art. 715, letra a, parte 3.^a, do decreto n. 3.084, que autoriza o agravo "da decisão sobre matéria de competência, quer o juiz se julgue competente, quer não".

Não tomava conhecimento do agravo, porque este só é facultado pelo dispositivo invocado, quando há discussão entre as partes sobre questão de competência e o juiz, depois dessa discussão, decide afinal, julgando-se competente ou incompetente.

E' o que resulta do próprio texto e da jurisprudência dos Tribunais, em geral.

Ora, conforme ficou exposto, não houve arguição alguma sobre incompetência do Juízo, nem se abriu discussão a respeito, porque o juiz seccional, apenas proposta a ação, ou melhor, apenas requerida a ação, foi logo se julgando incompetente, ao despachar a petição inicial, sem que o réu tenha sido ouvido até agora.

De *meritis*, fui tambem vencido, porque, sem ter havido discussão e prova sobre a residência das partes, bem procedeu o juiz a quo, julgando, à vista da alegação do próprio autor na petição inicial, que, tendo ele residência nesta Capital e o réu em Niterói, devia a ação ser proposta no Juízo federal do Estado do Rio.

O cartão de fls. 5, sem data, não prova que o réu tenha tambem domicílio à rua do Ouvidor, nesta Capital, segundo alegou o autor na minuta do agravo. Mas, quando o provasse, para o efeito de poder o réu ser demandado em qualquer dos dois domicílios, irrecusavel seria ainda a incompetência do juiz a quo, por ser competente, não a Justiça federal, mas a local deste Distrito, desde que ambas as partes residem na cidade do Rio de Janeiro.

(Rev., 44-91).

899, 469 — Vol. II.

301 — É cabível o recurso de agravo pelo fato de haver o juiz deprecado mandado remeter ao deprecante os embargos opostos à precatória, pois, assim procedendo, com fundamento no artigo 45 do decreto n. 3.084, o mesmo juiz se julgou incompetente para conhecer de tais embargos.

O juiz deprecado só é competente para tomar conhecimento dos embargos, quando a incompetência do juiz deprecante for evidente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Estado de Pernambuco, entre Soares Caldas & Comp., como agravantes, e a Sociedade Anônima Indústrias Reunidas "F. Matarazzo", como agravada.

Essa sociedade requereu, no Juízo federal de São Paulo, a citação, por mandado, de Manoel de Castro Correia, domiciliado em São Paulo, e a citação, por precatória, de Soares Caldas & Comp., domiciliados em Pernambuco, para fazerem à primeira audiência aos termos de uma ação ordinária de indenização de perdas e danos resultantes do fato de não terem sido entregues, no prazo convenicionado, seis mil sacos de açúcar que Manoel Correia, como representante de Soares Caldas & Comp., havia vendido à referida Sociedade Matarazzo. Citados Soares Caldas & Comp., em Pernambuco, opuseram embargos à precatória, alegando que, sendo domiciliados no Recife, só aí podiam ser demandados, ex-vi do art. 19, do decreto n. 3.084, sendo, portanto, incompetente o Juízo seccional de São Paulo para conhecer da ação.

O juiz seccional de Pernambuco mandou remeter os embargos ao de São Paulo, para tomar conhecimento deles, fundado no art. 45 do citado decreto n. 3.084. Os embargantes agravaram, citando como lei ofendida o art. 19 do referido decreto.

Desde que o juiz deprecado mandou remeter os embargos ao juiz deprecante, é que se julgou incompetente para conhecer de tais embargos. Caso é, portanto, de agravo.

O art. 45 do decreto n. 3.084, em o qual se fundou o juiz a quo, dispõe: — "Opondo a parte citada embargos à precatória, serão estes remetidos ao juiz deprecante, para deles conhecer, salvo se concluirem, evidentemente, a incompetência do juiz deprecante". Por conseguinte, o juiz deprecado só é competente para tomar conhecimento dos embargos à precatória, quando a incompetência do juiz deprecante for evidente.

Na espécie, não se verificou esta evidência, porque a ação foi intentada contra Soares Caldas & Comp., domiciliados no Recife, e contra Manoel de Castro Correia, domiciliado em São Paulo, prevalecendo neste caso a disposição do art. 21 do decreto n. 3.084, que faculta ao autor a escolha do domicílio, onde todos os réus poderão ser demandados, quando forem mais de um os réus simultaneamente obrigados e diversos os domicílios deles.

ACORDAM, portanto, negar provimento ao agravo e confirmar o despacho agravado. Paga as custas pelos agravantes.

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1920. — H. do Espírito Santo, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Viveiros de Castro. — André Cavalcanti. — Leoni Ramos. — Pedro Mibielli. — Muniz Barreto. — G. Natal. — Pedro dos Santos. — Godofredo Cunha.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro João Mendes (Rev., 28-72).

Os embargos opostos à segunda parte do acórdão foram rejeitados (Rev., 47-80).

Foi proferido julgamento no mesmo sentido no agravo n. 3.479, entre a S. Paulo Northern Railroad Company e o conde Silvio Alvares Penteado e outros (Rev., 55-44).

302 — Quando juiz no Tribunal da Relação de Minas, sempre julguei, vencido algumas vezes e vencedor em outras, que da decisão que, em ação executiva, rejeita *in limine* os embargos opostos pelo réu, como contestação da ação, cabe apelação e não agravo.

Assim também foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido na carta testemunhavel n. 3.255. Com esse acórdão manifestei expressamente o meu assentimento, tendo aludido aos meus votos anteriores na Relação de Minas (Rev., 47-101).

Outros feitos, de que fui relator, tiveram idêntica decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhavel do Estado de Sergipe, entre José Victor de Mattos, como suplicante, e Almiro Fernandes, como suplicado.

Este propôs ação contra aquele, para cobrar a quantia de 4:000\$00, em virtude de nota promissória.

Residindo o devedor na Alemanha, fez-se a citação inicial na pessoa de sua mulher, Maria Julia de Loureiro Mattos, que, por acórdão do Tribunal de Aracajú, fora investida na direção e na administração da sociedade conjugal, justamente por estar o marido em lugar remoto (art. 251, n. 1, do Código Civil).

Não tendo ela pago, nas 24 horas, procedeu-se à penhora, seguindo-se a citação da mulher e do marido, que, na ocasião, se achava na Capital, afirma de que oferecessem os embargos que tivessem.

Ele os opôs, alegando nulidade do processo, por lhe não ter sido feita a primeira citação pessoal, não valendo a que se realizara na pessoa de sua mulher, porque, além de ter sido contestada a administração dela, em recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal, era público e notório que o embargante deixara, em Aracajú, procurador, com poderes gerais para defender os seus direitos, em qualquer Juízo ou Tribunal, como autor ou como réu.

O juiz rejeitou *in limine* os embargos, pela improcedência de sua matéria, e julgou por sentença a penhora.

O réu agravou, com fundamento no art. 715, letra I, do decreto n. 3.084. Minutado e contraminutado o agravo, foram os autos conclusos ao juiz, que declarou o agravo inadmissível e mandou prosseguir a execução, à vista do art. 105, combinado com o art. 109, parte 4.^a, do referido decreto.

O réu pediu, então, carta testemunhavel, que foi regularmente processada. ACORDAM julgar improcedente a carta, porque, não admitindo agravo da decisão que rejeitou *in limine* embargos à penhora, no executivo cambial, o juiz a quo procedeu acertadamente, visto como de tal decisão o recurso cabível não é, realmente, o de agravo, mas o de apelação, ex-vi do art. 109, combinado com o art. 105 do decreto n. 3.084, parte 4.^a. O art. 715, letra I, n. 3, admite agravo, mas do despacho que rejeita *in limine* embargos opostos pelo executado ou por terceiro, na execução e não em ação executiva. — Custas pelo suplicante.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1923. — H. do Espírito Santo, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — Viveiros de Castro. — Alfredo Pinto. — Leoni Ramoz. — Pedro dos Santos. — G. da Franca. — Pedro Mibielli. — Godofredo Cunha. — André Cavalcanti (Rev. 52-101).

Outra decisão idêntica foi a constante do agravo n. 3.942, e onde se repetiu que da decisão que rejeita *in limine* embargos na ação executiva cabe apelação, não cabendo recurso algum da decisão que recebe tais embargos, para discussão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição do Estado de São Paulo, entre Adriano Seabra, como agravante, e o espólio de Mauricio F. Klabin, como agravado.

Adriano Seabra propôs ação executiva cambial contra Francisco Barbosa de Mello e Manoel Rego de Abreu.

Feita a penhora em um terreno com benfeitorias situado na estrada do Vergueiro, freguesia e distrito da Vila Mariana, capital do Estado de São Paulo, ofereceu embargos de terceiro senhor e possuidor o espólio de Mauricio F. Klabin, representado pela viúva inventariante e filhos, alegando que a penhora recaiu em terreno e benfeitorias do seu domínio e posse.

O juiz recebeu esses embargos para discussão pelo despacho de fls. 81 v., do qual o autor agravou, com fundamento no art. 669, § 11, n. 3, do Reg. 737, e no art. 715, letra I, do decreto n. 3.084.

ACORDAM não conhecer do agravo, por não ser caso deste recurso.

As disposições invocadas facultam o agravo dos despachos pelas quais "são recebidos ou rejeitados *in limine* os embargos opostos pelo executado ou pelo terceiro embargante", isto, porém, na execução de sentença, e não na ação executiva.

Da decisão que rejeita *in limine* embargos na ação executiva cabe apelação, ex-vi dos arts. 316 do Reg. 737 e 431 do decreto n. 3.084; da que recebe tais embargos não cabe recurso algum. Custas pelo agravante.

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 1925. — André Cavalcanti, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Godofredo Cunha. — Pedro dos Santos. — Pedro Mibielli. — Leoni Ramos. — A. Ribeiro. — G. Natal. — João Luiz Alves. — Muniz Barreto (Rev., 87-47).

303 — Em se tratando de execução de sentença, e não de ação executiva, os embargos do executado ou são recebidos ou rejeitados *in limine*, ou são rejeitados, afinal, depois da discussão e prova.

No primeiro caso, o recurso cabível é o de agravo; no segundo caso, cabe apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição, do Estado do Rio de Janeiro, entre Luiz Felipe Saldanha de Meirelles, como agravante, e Botelhos & Oliveira, como agravados. Em execução de sentença, promovida por José Pacheco da Rocha, foi o executado citado para, no prazo de 24 horas, pagar a quantia de 4:54\$84 ou dar bens à penhora.

Efetuada esta, na falta de pagamento, o executado opôs os embargos de fls. 64 v., postos em prova, arrazoados e afinal desprezados pela sentença de fls. 86, que mandou subsistir a penhora sobre a metade dos bens penhorados.

Desta sentença agravou um dos filhos do executado, o de nome Luiz Felipe Saldanha de Meirelles, com fundamento no art. 715, letra I, do decreto

n. 3.084, tendo um outro filho apelado — o de nome Manoel Satyro Ribeiro de Magalhães :

ACORDAM não conhecer do agravo, porque o dispositivo invocado só o autoriza, quando os embargos do executado são recebidos ou rejeitados *in limine*, e não quando, como na espécie, esses embargos são rejeitados afinal, depois de discussão e prova, porque, neste caso, o recurso competente é o de apelação. — Custas pelo agravante.

Rio de Janeiro, 4 de julho de 1923. — *H. do Espirito Santo*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *André Cavalcanti*. — *E. Lins*. — *Viveiros de Castro*. — *Geminiano da Franca*. — *G. Natal*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto* (*Rev.*, 59-58).

304 — Uma das questões discutidas, em matéria de admissibilidade de recurso, foi a de saber se eram embargáveis as decisões, que rejeitavam exceção de incompetência do Juízo federal.

Eu sempre julguei que não, porque embargáveis são somente as decisões definitivas, que ponham termo ao feito, e não são definitivas as que rejeitam exceção de incompetência de Juízo, uma vez que o feito prossegue.

Na maioria dos casos, fui vencedor.

Uma vez ou outra, porém, fui vencido, porque era invocado o art. 23 da lei n. 4.381, de 1921, onde se diz que "decidida a matéria de competência em conflito de jurisdição, ou em agravo, não é permitido renová-la na causa principal".

Dáí concluíam que, não podendo a matéria de competência ser renovada, a decisão é definitiva e, por isso, suscetível de embargos.

Mas o art. 23 da lei de 1921 não revogou o art. 3.º do decreto n. 938, de 29 de dezembro de 1902, nem o art. 175 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que determinam que embargos de nulidade da sentença e do processo, bem como infringentes do julgado, só poderão ser opostos às sentenças finais.

O que o citado art. 23 teve em vista foi tão somente coibir o abuso, que se praticava frequentemente, de ser reproduzida a alegação de incompetência do Juízo, em primeira instância, em grau de apelação, em embargos, em recurso extraordinário, tantas vezes, enfim, quantas as oportunidades que fossem aparecendo no mesmo processo.

Indicarei alguns casos em que fui vencido e vencedor.

Fui vencido no agravo n. 3.832, de 8 de outubro de 1924 (*Rev.*, 79-89), e vencedor, sendo os acordãos redigidos por mim, nos agravos ns. 3.879, de 17 de dezembro de 1924 (*Rev.*, 83-84), e 3.868, de 18 de abril de 1925 (*Rev.*, 91-61).

Transcreverei os acordãos, que são pequenos, para fim que adiante se tornará conhecido :

"Relatado e discutido este agravo do art. 44 do regimento interno do Supremo Tribunal.

ACORDAM em negar provimento ao agravo e negam provimento, para confirmar o despacho agravado que mandou processar os embargos ao acordão de folhas.

Custas pela agravante.

Supremo Tribunal Federal, 8 de outubro de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *Pedro Mibielli*, relator. — *G. Natal* : Neguei provimento ao agravo, porque é definitiva a decisão sobre a competência, uma vez que não pode mais ser renovada. — **HERMENEGILDO DE BARROS**, vencido. O art. 175 do regimento só admite embargos ao acordão, quando este encerra decisão final. Ora, o acordão embargado não é decisão final, porque confirmou a da primeira instância, que rejeitou a exceção de incompetência da Justiça federal. Essa decisão, portanto, não é final, não pôs termo ao feito que, pelo contrário, prossegue, não sendo contrário a essa inteligência o art. 23 da lei n. 4.381, de 1921, que apenas proíbe que, desprozada uma vez a alegação de incompetência, seja esta reproduzida, como se fazia antes da lei, em embargos, em grau de apelação, em recurso extraordinário, etc. — *Geminiano da Franca*, vencido. — *Godofredo Cunha*. — *A. Ribeiro*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*, vencido. — *Muniz Barreto*, vencido.

Foram votos vencedores os dos Srs. ministros Viveiros de Castro e Edmundo Lima" (Rev., 74-89).

"N. 3.879 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre Antonio Luiz de Sousa e sua mulher, como embargantes, e o espólio de Antonio Mendes Fernandes, como embargado.

O acordão embargado, confirmando a decisão da primeira instância, que rejeitou a exceção de incompetência da Justiça federal, não é definitivo, desde que a causa prossegue.

ACORDAM, por esse motivo, não tomar conhecimento dos embargos, por inadmissíveis na espécie, e condenar os embargantes nas custas.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 1924. — *André Cavalcanti*, presidente. — **HERMENEGILDO DE BARROS**, relator. — *Geminiano da Franca*. — *A. Ribeiro*, vencido. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *G. Natal*, vencido. — *Godofredo Cunha*, vencido. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto*" (Rev., 83-84).

"N. 3.868 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição do Distrito Federal, em que são embargantes Azevedo & Comp. e embargado Manuel Joaquim de Faria.

ACORDAM não conhecer dos embargos, porque o acordão de fls. 71 não é embargavel, por não ser decisão final, desde que a causa prossegue na Justiça federal, que foi julgada competente, pela rejeição da exceção de incompetência da mesma Justiça.

Custas pelos embargantes.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 1925. — André Cavalcanti, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — João Luiz. — A. Ribeiro. — Pedro dos Santos. — Geminiano da Franca. — Muniz Barreto. — G. Natal, vencido. — E. Lins, vencido de acordo com o art. 23 da lei n. 4.381, de 5 de dezembro de 1921, conforme com o meu voto o tem decidido o Tribunal como, entre outros, no agravo n. 3.444 de que foi relator o Sr. ministro Guimarães Natal. — Godofredo Cunha, vencido nos termos do voto do Sr. ministro Edmundo Lins" (Rev., 91-61).

Depois de outras decisões a respeito, julgou, por fim, o Supremo Tribunal no agravo n. 5.752, de modo decisivo, porque houve longa discussão e citação da jurisprudência *pro e contra* — julgou o Supremo Tribunal que somente são embargáveis os seus acordãos, quando terminativos do feito, quando põem fim ao processo, e não quando ordenam que o processo continue, como são os acordãos proferidos sobre matéria de competência.

Julgou ainda o Supremo Tribunal que o art. 23 da lei n. 4.381, de 1921, não revogou o art. 3.º do decreto n. 938, de 1902, nem o art. 175 do regimento interno, o que se tornou ainda mais evidente pelo decreto n. 20.106, de 13 de junho de 1931.

Eis o acordão :

N. 5.752 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do Distrito Federal, em que são agravantes, ora embargantes, Irmãos Soares, e agravados, ora embargados, Carvalho, Irmão & Comp.

Carvalho, Irmão & Comp. propuseram contra Irmãos Soares, firma estabelecida à rua General Caldwell n. 312, nesta Capital, uma ação sumária, para o fim de ser anulada patente de invenção.

Os réus ofereceram exceção de incompetência do Juízo federal deste Distrito, sob o fundamento de ser competente o Juízo federal do Estado de Minas Gerais, onde eram domiciliados.

O juiz federal rejeitou a exceção, por serem os réus estabelecidos nesta praça, à rua General Caldwell n. 312, como eles próprios o haviam declarado na procuração a fls. 12.

Desta decisão os réus agravaram para o Supremo Tribunal Federal, que a confirmou, pelo mesmo fundamento de não terem eles provado a sua alegação, desmentida, aliás, pela procuração em que declararam ser estabelecidos nesta cidade, na própria rua General Caldwell, onde foram encontrados e citados.

Ao acordão, unânime, foram opostos os embargos de fls. 45, sobre cuja relevância ou irrelevância tem de versar o julgamento do Tribunal (decreto n. 20.106, de 1931).

Antes, porém, desse julgamento, cumpre indagar se os embargos são admissíveis ou não.

Pelo art. 175 do regimento, reproduzido do art. 3.º do decreto n. 938, de 29 de dezembro de 1902, só as sentenças finais do Tribunal poderão ser opostos embargos infringentes.

O próprio art. 9.º do decreto n. 20.106, de 13 de junho de 1931, determina que "os embargos de nulidade e infringentes do julgado serão admissíveis contra decisão do Supremo Tribunal terminativa do feito, nos casos em que o acordão não seja unânime". O § 1.º acrescenta : "Além disso, os embargos de

nulidade e infringentes do julgado serão admitidos, sempre contra decisão terminativa do feito, somente quando, apresentados os autos em mesa pelo relator, o Tribunal os considerar relevantes para tal efeito".

Por conseguinte, os embargos, relevantes ou irrelevantes, somente podem ser opostos à decisão terminativa do feito, conforme se julgou no agravo número 5.535, de São Paulo.

Ora, a decisão, de que se trata, não é terminativa, não é final o processo, a causa prossegue, desde que foi rejeitada a exceção da incompetência de Juízo.

A lei n. 4.351, de 5 de dezembro de 1921, dispondo no art. 23 que "decidida a matéria de competência em conflito de jurisdição, ou em agravo, não é permitido renová-la na causa principal", não revogou o art. 3.º do decreto n. 938, de 29 de dezembro de 1902, nem o art. 175 do regimento do Tribunal, segundo os quais embargos de nulidade da sentença e do processo, bem como os embargos infringentes do julgado, somente podem ser opostos às sentenças finais.

Uma lei só se considera revogada por outra, quando esta a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explicita ou implicitamente.

Ora, a lei de 1921 não revogou expressamente o decreto n. 938, nem contém disposição que seja com ela incompatível.

O que a referida lei teve em vista foi somente coibir o abuso, a chicana dos litigantes, que reproduziam sempre, na apelação, nos embargos e até nos recursos extraordinários, a alegação de incompetência de Juízo, embora essa matéria já tivesse sido objeto de julgamento em agravo, ou em conflito de jurisdição.

Foi isso, a lei declarou que não pode ser renovada a alegação, sem que o legislador tivesse o pensamento de anular ou modificar o princípio geralmente adotado de que sentenças ou decisões finais, a que podem ser opostos embargos, são somente as terminativas do feito, as que põem termo ao processo, e não as competências.

Sempre foi essa a jurisprudência do Supremo Tribunal, antes da lei de 1921.

Depois da lei, o Supremo Tribunal tem julgado, não sempre, é verdade, mas na grande maioria, ou na quase totalidade dos casos, que os acordãos sobre matéria de competência não são embargáveis, porque não constituem decisão final, terminativa do processo, e que a lei de 1921 nada inovou a respeito.

Vejam-se os seguintes volumes e páginas da *Revista do Supremo Tribunal Federal*:

53-59, 53-366, 53-372, 54-141, 56-72, 57-64, 71-261, 77-334, 79-28, 27-154, 83-84, 83-186, 85-62, 85-88, 85-311 e 87-488.

Em sentido contrário: 54-329, 55-321, 58-74 e 59-223.

É preciso notar que os acordãos, julgando inadmissíveis os embargos, reformaram despachos dos relatores, que haviam admitido tais embargos, até reformaram os embargantes nas custas.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 9.º-179).

Foram vencedores, com o relator, os ministros Carvalho Mourão, Eduardo Espinola, Laudo de Camargo e Rodrigo Octavio.

Foram vencidos os ministros A. Ribeiro e Firmino Whitaker.

O acordão notou que os acordãos, julgando inadmissíveis os embargos, acordãos até reformaram despachos dos relatores, que haviam admitido tais embargos.

Isto consta da decisão no agravo n. 3.929, em que o despacho reformado foi o do eminente relator A. Ribeiro, sem dúvida o mais esforçado defensor da admissibilidade dos embargos (*Rev.*, 87-488).

No conflito de jurisdição n. 974, de que fui relator, ainda se julgou na mesma conformidade, com expressa referência ao acórdão n. 5.752, sendo voto vencido o ministro A. RIBEIRO (*Jur.*, 13-636).

Julgou-se igualmente, na carta testemunhavel n. 5.535, que, opostos embargos infringentes e de nulidade de acórdão do Supremo Tribunal Federal, deve-se verificar, primeiramente, se eles são admissíveis ou não e, depois, se são ou não são relevantes.

São inadmissíveis embargos, mesmo relevantes, à decisão que não seja terminativa do feito, como a que manda prosseguir o mesmo feito (*Jur.*, 3.º-16).

305 — Pelos acórdãos aqui publicados e por outros a que aludiu o acórdão n. 5.752, está verificado que sempre votei pela inadmissibilidade de embargos a acórdão que tivesse rejeitado exceção de incompetência do Juízo federal.

Entretanto, o relator do agravo n. 3.513 redigiu o acórdão de 22 de agosto de 1923, aí proferido, confirmando o seu despacho, agravado, que, disse ele, "está de conformidade plena com o acórdão que, a 25 de julho próximo findo, foi proferido no agravo número 3.444, só tendo sido vencido o Sr. ministro Leoni Ramos".

Aparentemente inocente, há no trecho transcrito uma alusão maliciosa, assim explicável:

O relator do agravo n. 3.513 havia concedido vista para embargos a um acórdão, que confirmara despacho do juiz seccional, rejeitando exceção de incompetência do mesmo juiz.

A parte agravou do despacho do relator. O Supremo Tribunal confirmou esse despacho, contra o voto do ministro Leoni Ramos e o meu. Daí a redação do acórdão n. 3.513, em que se invoca, para justificá-lo, o acórdão sobre caso idêntico, proferido no agravo número 3.444, onde, acentuou-se, só o ministro Leoni Ramos fora vencido.

Claríssima, portanto, a alusão de ser o meu voto no acórdão n. 3.513 contraditório com o proferido anteriormente no acórdão n. 3.444, contradição que, se porventura, tivesse havido em consequência da minha assinatura nesse acórdão (e mostrarei que não houve), só se explicaria por uma inadvertência, por ser conhecidíssima e sempre coerente a minha opinião, em sentido contrário, em dezenas e dezenas de outros acórdãos.

Justifiquei, pois, mais uma vez, o meu voto vencido no agravo n. 3.513, passando a conhecer, em seguida, da arguição que, indretamente, me era feita:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo do art. 44 do regimento interno, o Supremo Tribunal

NEGA PROVIMENTO ao mesmo agravo e confirma o despacho retro, que está de conformidade plena com o acordão que, a 25 de julho próximo findo, foi proferido no agravo n. 3.444, só tendo sido vencido o Sr. ministro Leoni Ramos. — Custas pelo agravante.

Supremo Tribunal Federal, 22 de agosto de 1923. — *G. Natal*, presidente. — *E. Lins*, relator, sem voto. — *Leoni Ramos*, vencido. — *Pedro dos Santos*. — *Geminiano da Franca*. — *Godofredo Cunha*. — *Muniz Barreto*. — *Pedro Mibielli*. — *Viveiros de Castro*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. O acordão de fls. 84 confirmou a decisão agravada, que rejeitou a exceção de incompetência do Juízo federal, onde a ação devia ser processada e julgada, por serem as partes residentes em Estados diversos.

Por conseguinte, o referido acordão não era embargavel, desde que não punha termo ao feito, que, pelo contrário, prosseguiria. O despacho, portanto, que admitiu os embargos, não devia ser confirmado. Assim tenho julgado sempre, mesmo depois da lei n. 4.381, de 1921, em cujo art. 23 se tem pretendido ver uma derrogação do art. 175 do regimento, de acordo com a opinião do falecido ministro Alfredo Pinto, que foi o primeiro a levantar essa dúvida.

Fui também dos primeiros, creio mesmo que fui o primeiro, com o Senhor ministro Muniz Barreto, a manifestar o meu desacordo a essa inteligência ao citado art. 23, que, a meu ver, teve apenas por fim coibir o abuso da parte litigante em reproduzir, uma e mais vezes, a alegação de incompetência, já rejeitada em fase anterior do mesmo processo.

O art. 23 veio tornar expresso, veio consagrar o que, antes dele, já se praticava, não permitindo que se renove a alegação de incompetência já desprezada.

Mas, observa o presente acordão, o Supremo Tribunal, em caso semelhante e contra o voto apenas do Sr. ministro Leoni Ramos, admitiu embargos ao acordão no agravo n. 3.444.

E como, além do Sr. ministro Leoni Ramos, sou eu agora, também, vencido, segue-se que só a mim é dirigida a censura do acordão, por ser o meu voto atual contraditório com o que foi proferido no citado agravo n. 3.444.

Para justificar ou explicar uma contradição, eu nunca direi, como já tenho ouvido e lido, que assino os acordãos, sem os ler; que, tendo assinado acordãos sem restrição, está entendido que o fiz somente pela conclusão e não pelos fundamentos.

Não direi nunca estas coisas. Não direi mesmo que a minha assinatura em algum acordão, num caso em que seja conhecidíssima minha opinião em contrário, foi lançada, talvez, inadvertida ou distraidamente, como poderia fazê-lo a propósito do acordão n. 3.444, onde se invoca justamente o art. 23 da lei de 1921, contra cuja inteligência sempre me insurgi e sempre se insurgiu um dos juizes mais competentes do Tribunal — o Sr. ministro Muniz Barreto — que, entretanto, antes de mim, assinou o presente acordão n. 3.513, sem a declaração de ter sido vencido.

Não direi nunca estas coisas, porque meu dever é não assinar acordãos, sem os ler; meu dever é assinalar as minhas restrições, quando as tenha; meu dever é estar atento e não distraído no Tribunal. Prefiro então, quando se me argue uma dissonância destas, declarar que errei, tendo, porém, aproveitado a oportunidade para corrigir o erro. Eis tudo. Lavre, pois, um tanto quem tiver interesse em assinalar essa contradição, que deixaria a perder de vista tantas outras, em que tem incorrido quem é mais ilustrado, mais inteligente, mais estudioso, mais competente, em suma, do que eu. — *A. Ribeiro* (Rev., 58-74).

306 — Eu já tive ocasião de escrever que no Supremo Tribunal Federal é impossível, por várias causas, evitar a contradição nos julgamentos e votos; que eu teria, talvez, um ou outro voto contra-

ditório, mas podia afirmar com segurança que seria eu o menos contraditório de todos os ministros, o que é sem dúvida uma circunstância a meu favor, pois não reputo das melhores virtudes no juiz a mudança frequente de opinião ("Os processos instaurados contra o jornalista João Lage, pág. 149; ns. 307, 333, 371).

A propósito mesmo dos acordãos transcritos sobre a inteligência do art. 23 da lei n. 4.381, de 1921, várias contradições se manifestaram.

Foi para prová-lo que transcrevi os referidos acordãos, destituídos de importância jurídica.

Assim, no acordão n. 3.832, de 8 de outubro de 1924, o relator, ministro Mibielli, admitiu embargos ao acordão, por ser definitiva a decisão, que rejeitou exceção de incompetência do juízo.

Entretanto, no acordão n. 3.879, de 17 de dezembro de 1924, não admitiu embargos ao acordão, por não ser definitiva a mesma decisão.

No citado acordão n. 3.832, o ministro A. Ribeiro julgou que a decisão era definitiva e que os embargos eram admissíveis.

No acordão n. 3.868, de 18 de abril de 1925, julgou que a decisão não era definitiva e que os embargos eram inadmissíveis.

No acordão n. 3.832, o ministro Leoni Ramos julgou que os embargos eram admissíveis, por ser a decisão definitiva, ao passo que no agravo n. 3.879 julgou que os embargos eram inadmissíveis, por não ser a decisão definitiva.

O ministro Muniz Barreto, sempre de acordo comigo nos agravos ns. 3.832, 3.879 e 3.868, assinou, entretanto, como vencedor, em vez de vencido, o acordão no mencionado agravo n. 3.513.

Aponto essas contradições, precisamente sobre a questão de serem ou não serem admissíveis embargos a acordão, no caso de que se trata, não para amesquinhar os juizes, mas para provar o que afirmei, isto é, que elas são inevitáveis em Tribunais coletivos, onde os juizes incorrem, insensivelmente, em contradições.

Basta que estejam menos atentos ao julgamento de casos de que não tenham conhecimento pela leitura dos autos.

307 — Mas, teria sido eu realmente contraditório no julgamento do agravo n. 3.444?

Quando lancei o meu voto no acordão n. 3.513, não procurei examinar se a contradição, aí assinalada, era ou não verdadeira.

Dei-a logo como provada, porque admiti a possibilidade de que ela se tivesse verificado, e respondi com certa veemência, nos termos já conhecidos.

Mas, agora, vejo que não há prova nenhuma de tal contradição.

Não há um acórdão, em que eu tivesse lançado a minha assinatura, para ser confrontada com a de outro acórdão, de modo a se poder verificar, por esta forma, a existência de qualquer dissonância entre os dois.

O que há é simplesmente uma notícia da *Revista do Supremo Tribunal Federal* (vid. vol. 54, pág. 329), da qual consta que o relator, ministro Guimarães Natal, concedeu vista para embargos a um acórdão confirmatório de decisão, que rejeitara exceção de incompetência de Juízo.

Interposto agravo do despacho do relator, foi, diz a notícia da *Revista*, confirmado o mesmo despacho, contra o voto do ministro Leoni Ramos, sem se dizer ao menos quais foram os outros juizes que tomaram parte no julgamento.

Ainda que a notícia o dissesse e fosse o meu nome incluído entre os desses juizes, que seriam também contraditórios, porque a doutrina triunfante sobre o assunto não era, como já se viu, a do acórdão do ministro Natal — ainda que o dissesse e fosse o meu nome incluído entre os desses juizes, nenhuma responsabilidade eu teria pelo que fosse escrito e publicado à minha revelia.

A própria redação da *Revista do Supremo Tribunal* fez constar, por mais de uma vez, que as ementas dos acórdãos eram de sua exclusiva responsabilidade e os resumos dos julgados (como no caso em questão) não eram revistos pelos ministros (*Rev.*, 51-180, 52-171 e 53-155).

O serviço da *Revista do Supremo Tribunal Federal* não era executado, como o que agora se faz, imperfeitamente. Tanto quanto se podia desejar, o serviço era bom, e foi pena que a própria *Revista* tivesse concorrido para a sua extinção. Havia o resumo dos trabalhos, como o do vol. 54, pág. 329, da exclusiva responsabilidade da *Revista*, e havia os acórdãos, assinados por todos os ministros que tomavam parte no julgamento e que eram da responsabilidade deles. Por essa razão é que estas *Memórias*, em regra, só publicam os acórdãos e não os resumos ou debates.

Só por exceção, raríssima, publicam algum resumo ou debate, quando o acórdão não teve publicidade, pois as *Memórias* só contêm acórdãos e votos meus e de outros juizes dentre os que foram publicados.

Deixou de ser publicado, ou, pelo menos, não o encontrei, o acórdão n. 3.444, redigido pelo ministro Guimarães Natal.

Esse acórdão conterá o meu voto vencido, justificado, ou não foi submetido à minha assinatura. Se o fosse, teria feito a minha declaração de voto divergente, pois nunca fiz o que outros ministros faziam constantemente, confessadamente, isto é, nunca assinei acórdãos de outrem, sem os ter lido previamente, mesmo porque

sabia que era fiscalizado e que não se me perdoaria uma assinatura minha, inadvertida, por simples distração, em acordão que devera assinar com ressalva, embora em assunto sem importância, como o de que se trata, e sobre o qual a minha opinião já tinha sido manifestada por dezenas de vezes, como no caso do mencionado acordão n. 3.444.

Faço questão de que tudo isso fique bem esclarecido, porque sempre reputei defeito grave no juiz a contradição nos julgamentos, pois denota da parte dele ignorância, falta de estudo, falta de firmeza nos princípios científicos ou doutrinários, ou, então, negligência, descuido, falta de atenção ao assinar os acordãos, originando-se daí, em grande parte, as frequentes, quase semanais, contradições no Supremo Tribunal Federal.

Só não se explicarão por esses motivos as contradições, quando o juiz, louvavelmente, tiver de repudiar anterior opinião, que depois considerou errada, porque, neste caso, o juiz justificará plenamente, juridicamente, a mudança de seu voto.

Nos motivos indicados não está compreendida a venalidade ou a prevaricação, por interesse pessoal, pois desta espécie de prevaricação não considero capaz o juiz brasileiro, a não ser em face de prova robustíssima.

Não excludo, porém, a prevaricação, no sentido menos grave, a prevaricação por afeição ou contemplação a alguém.

308 — O que se disse a respeito da inadmissibilidade de embargos a acordão, que rejeita exceção de incompetência do Juízo, também se diz de qualquer outra decisão, que não seja final ou terminativa do feito.

Assim, o acordão que, em ação quinquendária, recebe embargos, com ou sem condenação, não é embargavel, porque a ação prossegue.

N. 5.164 — Vistos, relatados e discutidos estes autos, em embargos, do Distrito Federal, entre a Companhia de Seguros Sagres, como embargante, e Carlos Frederico Oberlander, como embargado.

Aquela opôs embargos ao acordão de fls. 246 e este os impugnou, alegando, preliminarmente, que o acordão não é embargavel, por não ser sentença final, conforme o exige o art. 175 do regimento interno.

Trata-se de ação quinquendária de seguro marítimo em que são openíveis embargos no prazo de 15 dias.

Esses embargos serão rejeitados, desde logo, se forem irrelevantes por sua natureza, isto é, se articularem matéria que, embora provada, não aproveitaria à intenção do embargante.

E' a consagração do brocardo: *Frustra probatur quod probatum non relevat*.

Os embargos serão recebidos sem condenação, se forem relevantes e provados cumpridamente, isto é, tanto quanto seja necessário para dar lugar à discussão.

Se os embargos forem relevantes, mas não provados cumpridamente, serão ainda recebidos, porém com condenação.

O acórdão embargado julgou que os embargos são relevantes, porque articularam a barataria do capitão do navio, mas deviam ser recebidos, como o foram, com condenação, porque nenhuma, absolutamente nenhuma prova se deu da barataria, tanto mais quanto, no conceito do Código, a barataria não se caracteriza por simples ato de imperícia, imprudência, negligência, ou falta de lealdade do capitão, como pretende o embargante, mas por ato intencional ou doloso, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal.

Em qualquer hipótese, recebidos os embargos com ou sem condenação, a causa prosseguirá ordinariamente (art. 350, parte 3.^a, do decreto n. 3.084).

Se a causa prossegue, evidentemente o acórdão não é embargável, porque embargos infringentes e de nulidade só podem ser opostos às sentenças finais do Tribunal (art. 175 do regimento), às sentenças que ponham termo ao processo, e neste caso não se acha a de que se trata, porque o processo continua, para ser julgado afinal, com apelação para o Supremo Tribunal.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento dos embargos e condenar a embargante nas custas.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 1931. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (Arg. Jud., 21-7).

Outro acórdão não embargável, de que dá notícia o agravo n. 3.815:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que D. Cecília Maria Ferreira de Albuquerque Mello agrava, com fundamento no art. 44 do regimento interno, do despacho de fls. 134, que não admitiu embargos ao acórdão de fls. 119, por não ser este embargável, desde que não é sentença final, pois manda ao agravo a execução, o Supremo Tribunal Federal nega provimento ao agravo e confirma o despacho agravado por seu fundamento. Pagas as custas pela agravante.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1924. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator sem voto. — A. Ribeiro. — G. Natal. — Pedro Mibielli. — Geminiano da Franca. — Viveiros de Castro. — Pedro dos Santos. — E. Lins, vencido de acordo com os meus votos vencidos, proferidos e fundamentados no agravo de petição n. 2.454 (vide *Revista do Supremo Tribunal*, n. 18, pgs. 242 e 243) e no recurso criminal n. 472 (vide *ibidem*, n. 52, pág. 176). — Godofredo Cunha (*Rev.*, 85-53).

309 — Mas, quando é que se diz que os embargos são recebidos, com ou sem condenação?

Já o disse, de algum modo, o acórdão n. 5.164, transcrito em o número anterior.

Di-lo-á, mais desenvolvidamente, o acórdão que se segue e que tem sido invocado como jurisprudência assentada, isto é, os embargos devem ser recebidos, com ou sem condenação, quando, sendo relevantes, não estiverem ou estiverem *cumpridamente* provados, mas a prova, *quantum satis*, necessária, para que se abra a discussão e se produzam novas provas.

N. 3.688 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Estado de São Paulo, entre a Companhia Alcança da Baía, como agravante, e a Empresa de Pesca de Santos, Limitada, como agravada.

Esta alega que, tendo adquirido, na Espanha, dois navios de pesca, os segurou por 260:000\$0, na Companhia Aliança da Baía, pelos riscos da viagem, que os navios segurados teriam de fazer do porto de Vigo ao de Santos, a reboque do vapor norueguês *Laura Skogland*.

Saídos os navios de Vigo, a reboque, no dia 13 de agosto de 1922, aconteceu que, no dia 24 do mesmo mês, o *Laura Skogland* os abandonou, devido ao estado do mar e do vento. E como a Companhia seguradora se recusasse ao pagamento do seguro, em consequência da perda dos navios segurados, alegando culpa da Empresa de Pesca e imperícia do comandante, esta propôs ação quindecenária contra a Companhia Aliança da Baía para obrigá-la a pagar o seguro, em 15 dias, ou alegar os embargos que tivesse.

A ré embargou, alegando que a indenização só seria devida, segundo a apólice, no caso de perda total dos navios, a qual não está provada, acrescentando que, se provada estivesse a perda total, os acontecimentos que determinaram o abandono ou variação, em alto mar, dos navios de pesca, não foram devidos à fortuna do mar, mas a vício intrínseco e mau aparelhamento dos navios rebocados e do vapor que os rebocava, como tudo resulta dos próprios documentos de fls. 8 e 18, oferecidos pela autora, os quais provam a culpa da seguradora e a imperícia do capitão. Nestas condições, conclui a ré estar isenta da obrigação de pagar o sinistro, já em face do art. 711 do Código Comercial, já em face das próprias cláusulas da apólice de seguro.

O juiz seccional recebeu os embargos com condenação, por serem eles relevantes, mas não provados *cumpridamente*. Assim decidiu, fundado igualmente nos documentos de fls. 8 e 18, pois disse que as alegações da embargante, tendentes a demonstrar que o sinistro se deu por fato da seguradora e pelas causas mencionadas em os ns. 9, 10 e 12 do art. 711 do Código Comercial, não estão *cumpridamente* provadas, resultando, ao contrário, dos documentos de fls. 8 e 18 que as precauções normais foram tomadas, para que o reboque das embarcações se fizesse com segurança. A ré agravou.

E', apenas, de fato a questão sujeita a julgamento, qual a de saber se os embargos da ré estão provados *cumpridamente* ou não.

A significação do advérbio *cumpridamente* é conhecida.

A prova cumprida, para que os embargos sejam recebidos sem condenação, não é a prova plena, completa, absoluta, indestrutível, capaz, por si só, de ilidir a intenção do autor, mas a prova que, não reunindo aqueles requisitos, é, entretanto, suficiente para o recebimento dos embargos, de modo que possa ser completada na dilação probatória. Se a prova cumprida fosse a prova completa, a questão estaria prejudgada, sem necessidade de novas provas.

E como a ré e a decisão agravada invocam o documento da autora, para considerar a primeira que os embargos estão provados *cumpridamente* e julgar a segunda, em sentido contrário, cumpre verificar o que se apura desse documento.

Aí se encontra a narração diária dos acontecimentos ocorridos a bordo, desde o dia da partida dos navios, 13 de agosto, até o dia em que foram abandonados — 24 do mesmo mês.

O capitão do *Laura Skogland* declarou que, no partir de Vigo, seu vapor estava, a todos os respeito, em perfeitas condições de navegabilidade, mas do diário de bordo consta o seguinte:

No próprio dia da partida, 13 de agosto, não existiam a bordo abitas ou outros pontos de segurança para amarrar os cabos de reboque, sendo preciso fazê-los em volta da casa do passadiço.

No dia 14, a corrente que ligava o primeiro navio ao seu cabo de reboque partiu-se.

No dia 15, a corrente do segundo navio quebrou-se.

No dia 16, houve parada para observação dos cabos.

No dia 17, uma parte do cabo de arame, ao qual se achava ligado o cabo de reboque do segundo navio, estava quebrado, sendo feitos os reparos.

No dia 18, o cabo entre os dois navios de pesca se quebrou, nada se podendo fazer devido à escuridão da noite.

No dia 19, pelas cinco horas da manhã, conseguiu-se ligar os dois navios e consertar os cabos de reboque. Verificou-se que a casa (ou obra de convés) bem como os tubos das correntes estavam afrouxando e resolveu-se escalar em Las Palmas, porto mais próximo e melhor, para se tratar de arranjar meios mais fortes de ligação para os cabos durante o resto da viagem.

No dia 20, o vapor alcançou Las Palmas, verificando-se então que o calabrote de 18 estava tão gasto pelos puxões que não mais serviria para os fins em vista. Examinados os navios, opinaram os peritos de bordo que era preciso arranjar meios próprios para a ligação dos cabos. Fizeram-se os trabalhos julgados necessários até o dia 22, quando se procedeu à nova vistoria, declarando os peritos que todas as coisas estavam em ordem.

No dia 23, prosseguiu a viagem, e, nesse mesmo dia, à tarde, o aparelhamento do reboque entre o vapor e o primeiro navio quebrou-se, sendo impossível, então, qualquer trabalho, devido ao vento e ao mar forte que reinava.

No dia seguinte, 24 de agosto, verificou-se que a corrente da ponta do cabo de reboque estava quase arrebatada e que o cabo de manilha comprado em Las Palmas estava forçado a tal ponto que os seus cordões não apresentavam espaço entre si. Estava evidente que ele não correspondia à expectativa e nós (são as pessoas de bordo que falam), consequentemente, não estávamos habilitados a reorganizar um forte aparelho de reboque.

Tivemos, contudo, que abandonar a esperança de trazer os navios até Santos e o único procedimento que se impunha era o de abandonar aqui os navios rebocados. O vapor *Laura Skogland* chegou a Santos no dia 12 de setembro.

Uma das pessoas de bordo, declarando-se pescador experimentado, depois que os navios rebocados estavam bem aparelhados para o comércio da pesca, *porem não para suportar os grandes puxões produzidos pelo reboque*.

Se a prova resultante desses fatos não é completa para determinar uma sentença final de absolvição, será, em todo caso, a prova cumprida, suficiente para o recebimento dos embargos sem condenação, *si et in quantum*, pois do próprio documento resulta que, sem ter ocorrido caso de força maior, no mesmo dia em que o *Laura Skogland* deixou o porto de Vigo, rebocando os dois navios de pesca, não havia a bordo pontos de segurança para amarrar os cabos de reboque, sendo lícita, portanto, a afirmação de que, não havendo amarras, não estava a embarcação aparelhada para conduzir o reboque dos dois navios.

Vê-se mais que, no dia imediato e em cada um dos subsequentes, os cabos de reboque se partiam, assim como os demais aparelhos, produzindo assim a impressão de que eles não eram bons ou apropriados aos seus fins.

Partidos os cabos, por mais de uma vez, aconteceu que os navios rebocados ficaram soltos, porque nada se podia fazer devido à escuridão da noite, ou ao vento e mar forte.

Os próprios oficiais de bordo registraram, no dia do abandono, que não estavam habilitados a reorganizar um forte aparelhamento de reboque, tendo um deles afirmado que os navios rebocados estavam bem aparelhados para o comércio da pesca, não assim, porém, para suportar os grandes puxões produzidos pelo reboque.

ACORDAM, pelo exposto, dar provimento ao agravo, para que o juiz a quo receba os embargos sem condenação e os julgue afinal como lhe parecer de direito. Custas pela agravada.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1923. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lina*. — *Pedro dos Santos*.

— Gerônimo da Franca. — A. Ribeiro. — Pedro Mibielli. — G. Natal. — Leoni Ramos. — Godofredo Cunha. — Muniz Barreto (Rev., 65-52).

Nos mesmos termos e até transcrevendo a fundamentação do acórdão supra, foi proferida decisão em primeira instância, confirmada pelo S. T. F. (Arg. Jud., 26-333, Jur., 7.º-415).

310 — Os embargos são recebidos com condenação, sendo relevantes, mas não provados cumprimamente.

Se, depois do recebimento dos embargos, com condenação, nenhuma outra prova foi oferecida no curso da ação, deve ser confirmada a sentença que condenou, afinal.

N. 4.372 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação do Distrito Federal, entre a Companhia de Seguros Terrestres e Marítimos "Brasil", como apelante, e a Mission Militaire Française de Revitaillement, como apelada.

Esta propôs ação contra aquela, para haver a importância do seguro devido pelo naufrágio da barca *Laura Woldt*, ssida do Rio de Janeiro para o Havre e arribada no porto de Recife.

A ré opôs embargos (fls. 24 v.), alegando que é inadmissível o abandono tomado por termo e que ela não responde pelo dano ocorrido, nos termos da apólice e da legislação em vigor, por ter sido ele devido exclusivamente à barataria do capitão e não à fortuna do mar (art. 711, n. 12 do Código Comercial).

Pelo despacho de fls. 39 v., o juiz recebeu os embargos, por sua matéria, mas como não foram eles cumprimamente provados, condenou a ré, nos termos do art. 259 do reg. 737, a pagar à autora a quantia pedida com os juros da mora.

O acórdão de fls. 40 v. negou provimento ao agravo interposto pela ré, porque a matéria articulada nos embargos, embora relevante, não foi provada cumprimamente.

A sentença de fls. 88, considerando que, depois daquele acórdão, nenhuma outra prova foi oferecida, confirmou a condenação anterior.

Dai a apelação interposta pela ré.

ACORDAM negar provimento à mesma e confirmar a sentença apelada por seu fundamento, que é incontestável. Custas pela apelante.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 1934. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator (Jur., 18-404).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

311 — Depois dos recursos, em geral, sobre matéria civil, segue-se, especialmente, o recurso extraordinário, que é, como o adjetivo o está indicando, o recurso, fora do comum, facultado das sentenças, em última instância, das justiças dos Estados para o S. T. F., exclusivamente nos casos especificados pela Constituição.

Fora desses casos, não se toma conhecimento do recurso extraordinário, que não é destinado a corrigir injustiças ou erros dos Tribunais dos Estados, mas a prestigiar, manter a autoridade, a pre-

eminência da lei federal, que a justiça do Estado, tenha, porventura, deixado de aplicar.

Este é o conceito do recurso extraordinário, não só em face da Constituição de 1891, como das que se lhe seguiram.

Apenas, a Reforma Constitucional de 1926, tendo ampliado os casos de recurso extraordinário, procurou esclarecer o dispositivo, que o autorizava, na hipótese do art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição de 1891, para evitar o abuso da interposição do recurso, quando evidentemente não compreendido no texto constitucional.

Os casos concretos ilustrarão as hipóteses ocorrentes.

312 — Para que o recurso extraordinário seja admissível, não é necessário que haja decisão definitiva ou final na causa.

A Constituição só exige que a decisão seja proferida em última instância (art. 59, § 1.º), de modo que o recurso extraordinário é admissível, mesmo de decisão proferida em recurso de agravo, sobre mero incidente da causa, contanto que a decisão ponha termo à questão constitucional controvertida.

A este respeito é muito expressivo um acórdão do S. T. F., em época anterior ao meu exercício, mas proferido em feito de que fui relator na Justiça local.

O advogado de um litigante propôs ação perante juiz de direito, que era seu sogro.

Declarando-se impedido de funcionar no feito, em razão do parentesco, o juiz de direito determinou que o advogado requeresse perante o juiz municipal, substituto, que passou a processar o feito.

Em defesa, os réus opuseram exceção de incompetência do juiz municipal, alegando que o advogado é que devia ser excluído de funcionar no feito, e não o juiz de direito.

Rejeitada a exceção de incompetência, foi interposto agravo para o Tribunal da Relação de Minas, que lhe deu provimento, para declarar que o competente para o processo e julgamento da causa era o juiz de direito, a quem ordenou que não permitisse perante ele o exercício de advocacia de parente seu em grau proibido.

Deste acórdão, por mim redigido, foi interposto recurso extraordinário para o S. T. F., que do mesmo tomou conhecimento pela razão exposta, isto é, por ser admissível o recurso extraordinário, mesmo de decisão em incidente de agravo, contanto que proferida em última instância, pondo fim à controvérsia.

Quanto ao mérito, o S. T. confirmou a decisão do Tribunal de Minas, que, segundo disse, dera a *verdadeira inteligência à lei*, que consagra a *providência altamente moralizadora* de não permitir que

o advogado exerça a profissão perante juiz, seu parente em grau proibido (*Rev. For.*, 3.º-468 e 7.º-405).

Em outro lugar, onde o acórdão é transcrito, se trata do assunto com maior desenvolvimento (415-425).

313 — O recurso extraordinário não é admissível somente em matéria civil, mas o é igualmente em matéria criminal, porque pode acontecer que a justiça local tenha deixado de fazer aplicação da lei penal invocada.

N. 757 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre Antonio Alves do Valle, como recorrente, e a Justiça sanitária, como recorrida.

O juiz dos feitos da Saúde Pública julgou procedente a denúncia do respectivo procurador contra Antonio Alves do Vale, a quem condenou como infrator ao pagamento da multa de 12550, de acordo com o art. 85 do regulamento sanitário.

Confirmada a sentença pela 1.ª Câmara da Corte de Apelação, foi interposto o presente recurso extraordinário.

Alega-se, por parte da recorrida, que as infrações sanitárias são de natureza criminal e que o único recurso admissível das decisões de segunda instância, que julgam apelações criminaes, é a revisão.

Não procede a alegação, à vista dos termos amplos do art. 59, § 1.º, da Constituição federal, onde não se faz distinção entre matéria civil e criminal.

E' possível que as Justiças dos Estados deixem de aplicar a lei penal e não haveria razão para que, neste caso, se recusasse aos interessados o uso do recurso extraordinário.

Acrece que este recurso não pode ser substituído pela revisão criminal, que somente pode ser requerida quando o réu é condenado e não quando é ele absolvido ou não pronunciado.

ACORDAM, entretanto, não tomar conhecimento do recurso interposto, por não ter o recorrente alegado nenhuma das hipóteses previstas no art. 59, § 1.º, letras a e b da Constituição federal.

Pague o mesmo recorrente as custas

Rio de Janeiro, 1 de dezembro de 1919. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *André Cavalcanti*. — *Viveiros de Castro*. — *E. Lins*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro Lessa*. — *Pedro dos Santos*. — *G. Natal*. — *Sebastião de Lacerda*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Rev. For.*, 37-71).

314 — Cumpre, agora, indicar os casos em que se conhece e os em que se não conhece do recurso extraordinário, por ser ou não ser admissível o mesmo recurso.

De acordo com o art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição de 1891, o recurso extraordinário é facultado das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, "quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela".

CASOS EM QUE SE CONHECE
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POR SER
ESTE ADMISSÍVEL, COM FUNDAMENTO
NA LETRA "A"

315 — O texto constitucional, talvez obscuro, deu lugar a interpretações, nem sempre uniformes.

Procurou esclarecê-lo a Reforma Constitucional de 1926, como adiante se verá.

Antes, porém, da Reforma, a jurisprudência do S.T.F. estabeleceu que o recurso extraordinário é admissível, com fundamento na letra *a*, quando, tendo sido invocada lei federal, a decisão do tribunal do Estado guarda silêncio a respeito, porque isso equivale à falta de aplicação da mesma lei.

Assim se julgou no recurso n. 884.

Tendo tomado conhecimento do recurso, por esse motivo, o Supremo Tribunal passou ao julgamento do mérito, que consistiu na afirmação de que o título de obrigação, apenas assinado pelo devedor, sem ter sido escrito por ele, constitui princípio de prova, que pode ser completado por outras provas subsidiárias.

N. 884 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre A. Paes de Souza & Comp., como recorrentes, e Joaquim Borges & Maia, como recorridos. Estes, na qualidade de arrendatários do prédio da rua Dr. Dias da Cruz, n. 149, no Méier, tendo sublocado o mesmo prédio a Ricardo Antonio Machado Junior, propuseram ação de cobrança de alugueres vencidos contra A. Paes de Souza & Comp., como fiadores e principais pagadores, conforme a carta de fiança a fls. 4. Em defesa, os réus alegaram que esse documento não tem valor jurídico, porque não foi escrito e assinado pelo punho do signatário, de acordo com o art. 2.º do decreto n. 79, de 26 de agosto de 1892. O juiz de direito da 3.ª Vara Cível, reformando a sentença do pretor, que julgara os autores carecedores de ação, condenou os réus ao pagamento da quantia pedida e juros da mora. Opostos embargos a esta decisão, foram desprezados pela de fls. 98, proferida em Junta de Juizes da Justiça local. Os réus interpuseram, então, recurso extraordinário com fundamento no art. 59, § 1.º, letra *b*, da Constituição. O Sr. ministro procurador geral da República opinou no sentido de se não conhecer do recurso, ou no de se lhe negar provimento, *de meritis*.

Com fundamento na disposição invocada, o recurso é, de fato, inadmissível, porque não se cogitou, na Justiça local, de validade de leis ou de atos de Governo, contestados em face da Constituição ou de leis federais. Do que se cogitou na contestação de fls. 18 e nos embargos à sentença a fls. 79, foi da aplicação do art. 2.º, do decreto n. 79, de 26 de agosto de 1892. Os réus alegaram que o documento básico da ação é destituído de valor jurídico, porque não foi escrito e assinado pelo punho do signatário, e citaram aquele decreto, embora a citação não fosse reproduzida na petição e termo do recurso extraordinário.

Devido, apesar disso, ser apreciada a alegação, é o caso de se conhecer do recurso, porque a decisão de fls. 72, confirmada pela de fls. 98, da qual se

recorreu, deixou de aplicar o citado decreto n. 79, de 1892, visto como a ele não se referiu de modo algum, nem declarou se o documento de fls. 4 tinha, ou não, valor jurídico, atenta a circunstância de não ter sido escrito e ao mesmo tempo assinado pelos réus.

O silêncio da Justiça local equivale à não aplicação da lei, embora o juiz tivesse implicitamente atribuído valor jurídico ao documento, uma vez que este serviu de base à condenação dos réus. Tomando conhecimento do recurso extraordinário, negam-lhe provimento, porque o título ajuizado, não escrito mas assinado pelos réus, constitui princípio de prova, devidamente completado pelo exame de fls. 42 e pela confissão de fls. 54. Confirmando, portanto, a decisão recorrida, condenam os recorrentes nas custas.

Rio, 16 de junho de 1920. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Sebastião de Lacerda*. — *G. Natal*. — *João Mendes*. — *E. Lins*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Godofredo Cunha*, vencido, na preliminar. — *Viveiros de Castro*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro Lessa*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev., 27-65).

316 — Outro recurso extraordinário, de que se tomou conhecimento, pela mesma razão de haver o acordão recorrido silenciado sobre a invocação de lei federal, foi o de n. 1.252, interposto por Paulina Alice Pinsard.

Quanto ao mérito, negou-se provimento ao recurso, porque não há disposição alguma no direito pátrio, que desautorize a cláusula testamentária de gozar a viúva de certo benefício assegurado pelo testador, seu marido, enquanto ela se conservar em estado de viuvez, sendo lícito ao testador resolver o que lhe aprouver sobre a parte disponível dos respectivos bens.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, da Capital Federal, entre Paulina Alice Pinsard da Cunha, como recorrente, e Paulo da Cunha e Silva e outros, como recorridos.

Antonio José Alves da Cunha e Silva, casado em segundas núpcias, pelo regime de separação de bens, com Paulina Alice Pinsard da Cunha, com quem tivera anteriormente dois filhos — Paulo da Cunha e Silva e Luiz Francisco Alves da Cunha — legitimados pelo subsequente matrimônio, faleceu com testamento, no qual declarou que a metade de seus bens constituía a legítima dos dois filhos referidos e que os remanescentes da outra metade, depois de satisfeito o pagamento de legados, passavam em usufruto às pessoas indicadas na cláusula testamentária, que é a seguinte: "Os remanescentes da referida metade dos meus bens deixo em usufruto e em partes iguais aos meus dois referidos filhos para passar por óbito de qualquer deles a seus respectivos filhos em plena propriedade e reverterá também em plena propriedade aquele dos meus filhos que sobreviver a seu irmão. Por falecimento do meu último filho, ou de ambos, se nenhum deixar descendentes, a parte que possuem em usufruto passará em plena propriedade aos descendentes do meu compadre e amigo José Ferreira Pinto da Costa".

Em seguida a essa disposição o testador estabeleceu o seguinte, que é ponto principal da causa: "Os legados em usufruto aos meus filhos ficam sujeitos a uma condição que consiste em cada um deles dar à sua mãe, minha actual esposa, durante sua vida, mas somente enquanto se conservar em estado

de viuvez, a metade da renda líquida que produzirem os bens que constituírem o usufruto..."

Para o fim de anular não só esta segunda cláusula testamentária "enquanto se conservar em estado de viuvez", por considerá-la contrária à lei e à moral, como a primeira cláusula, relativa ao fideicomisso, a que o testador dera impropriamente o nome de usufruto de bens, cuja propriedade plena passaria de um a outros até aos descendentes de José Ferreira Pinto da Costa, o que importava em retirar à mãe o direito de herdar de seus filhos, alterando-se, por esta forma, a ordem das sucessões, que é de direito público — para anular essas duas disposições do testamento, a viuva propôs ação contra seus dois filhos e contra o testamenteiro da herança.

Em contestação, alegaram os réus que foi pensamento do testador proporcionar à sua esposa o conforto que ela tivera até então, impondo aos filhos a condição de darem à mãe, enquanto se conservasse viuva, o auxílio, de que ela não mais precisaria, se contraísse novo casamento, não sendo razoável que o segundo marido, já em perspectiva, passasse a gozar do trabalho alheio; que não estando a mulher incluída entre os herdeiros necessários do marido, o testador usou de seu direito, dando o destino, que lhe pareceu, à outra metade dos bens de que tinha a livre disposição.

A sentença de primeira instância julgou a ação procedente, para anular a condição imposta a autora de — se não casar — *si non nupserit*, condição equivalente à de — se conservar em estado de viuvez — *si viduitatem servaverit*, contrária à lei e à moral, porque, proibindo à viuva o segundo casamento, não lhe impõe penalidade alguma, se ela se entregar à mancebia.

A sentença anulou também a outra condição, porque o testador estabeleceu que a autora não herdaria de seus filhos.

Apelaram os réus e o testamenteiro para a 1.^a Câmara da Corte de Apelação.

Esta deu provimento ao recurso para julgar a ação improcedente. Considerou o acórdão que o testador não proibiu à autora de contrair novas núpcias; apenas fixou o momento em que cessaria o encargo imposto ao legado que deixou aos filhos, isto é, de darem à mãe a metade da renda líquida, momento esse que seria o novo matrimônio dela, como poderia ser outro qualquer, desde que nenhuma lei o impedia de fixá-lo como entendesse. Nestas condições, continua o acórdão, foi até inútil a discussão entre as partes sobre o valor jurídico das cláusulas *si non nupserit* ou *si viduitatem servaverit*, sendo certo aliás que a condição imposta aos filhos de darem à autora a metade da renda líquida, *somente enquanto ela se conservasse em estado de viuvez*, não é contrária à lei ou à moral, porque das palavras do testador resulta claríssima a sua intenção de que a esposa sempre estivesse ao abrigo de necessidades, no qual continuaria a permanecer, se passasse a segundas núpcias, porque encontraria no novo marido o amparo, que dispensaria o auxílio dos filhos.

Relativamente à outra cláusula do testamento, o acórdão da 1.^a Câmara considerou que o testador não estatuiu, conforme julgou a sentença apelada, que a autora não herdaria de seus filhos, o que realmente não poderia determinar, se se tratasse da parte da herança legalmente atribuída aos herdeiros necessários.

O que o testador instituiu foi um legado de fideicomisso da metade disponível em benefício dos filhos, como poderia fazê-lo em benefício de qualquer outra pessoa, no uso do direito conferido pelo dispositivo da lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, reproduzido no art. 1.576 do Código Civil.

A este acórdão foram opostos embargos, que o de fls. 167 das Câmaras Reunidas rejeitou.

A autora interpôs então recurso extraordinário, fundado no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição.

Perante a Justiça local a autora alegou que a primeira verba testamentária instituiu fideicomisso, que envolve substituição além do segundo grau, o que era proibido pela lei n. 57, de 6 de outubro de 1835, proibição também consagrada no art. 1.739 do Código Civil.

Os acordãos recorridos silenciaram sobre a alegação, o que se traduz em falta de aplicação dessa lei federal. O caso é, pois, de recurso extraordinário.

De meritis, é jurídica a doutrina do acordão recorrido. A autora pode casar quando quiser, porque o testador não lhe proibiu o segundo casamento, nem lhe impôs a condição de permanecer em estado de viuvez. Apenas, deixando em usufruto ou fideicomisso a metade disponível dos bens aos filhos, impôs a estes o encargo de darem à sua mãe, enquanto naquele estado se conservasse, a metade da renda líquida, que produzissem os bens constitutivos do usufruto.

Não há, no direito pátrio, disposição alguma, que vode expressamente a condição *enquanto se conservar em estado de viuvez*, sendo certo que, em geral, são lícitas todas as condições que não forem expressamente proibidas (art. 115, do Código Civil).

Do direito pátrio, vigente, ao tempo do testamento, se depreende que a cláusula é autorizada.

Assim, eram mais favorecidas as viúvas que, tendo filhos do primeiro matrimônio, não passavam a segundas núpcias, quanto ao usufruto dos bens dos filhos.

A Ordenação do Reino também proibiu às viúvas quinquagenárias, que passassem às segundas núpcias, tendo filhos do primeiro matrimônio, a alienação de bens.

O decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, proíbe igualmente às viúvas o segundo casamento dentro dos dez meses contados do dia do óbito do outro cônjuge, salvo se antes do prazo tiver algum filho.

Não condenada pelo direito pátrio, a cláusula em questão é reputada perfeitamente lícita por escritores nacionais e estrangeiros, como Bevilacqua, Lacerda de Almeida, Ferreira Alves, Coelho da Rocha, Pothier e outros.

Quanto à cláusula relativa ao fideicomisso, prevalece também o acordão recorrido.

O testador usou do direito de dispor livremente da metade disponível de seus bens.

ACORDAM, pelo exposto, conhecendo do recurso, negar-lhe provimento e confirmar a decisão recorrida. — Pagas as custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1923. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *E. Lima*. — *André Cavalcanti*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *Pedro Mibielli*. — *Viveiros de Castro*. — *A. Ribeiro*. — *Muniz Barreto*. — *G. Natal*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev., 59-76).

317 — Do recurso extraordinário n. 1.466 o S. T. F. também conheceu, por não ter a Justiça do Estado feito a menor referência ao art. 67, parágrafo único, do decreto n. 720, invocado na discussão, e julgou que esse dispositivo autoriza expressamente a ação de demarcação cumulada à de restituição das terras invadidas. O recurso foi interposto pelo meu inditoso colega na Faculdade de São Paulo, Dr. Pacifico Gomes de Oliveira Lima, assassinado, quando juiz de direito numa das comarcas daquele Estado, por

causa mesmo, segundo supponho, dessas terras sobre as quais de-mandava.

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, do Estado de São Paulo, entre o Dr. Pacifico Gomes de Oliveira Lima, como recorrente, e Francisco Xavier Ribeiro e outros, como recorridos.

O Dr. Pacifico Gomes de Oliveira Lima, sua mulher e outros propuseram contra Francisco Xavier Ribeiro e outros, na Comarca de Barretos, ação de demarcação do imóvel "Posses do Rio Grande", cumulado com a de restituição das terras invadidas pelos confrontantes e possuidores das Fazendas "Barra Grande", "Bocaina", "Santana" e "Gambá", com os rendimentos percebidos desde a indevida ocupação e indenização de perdas e danos.

Pela sentença de fls. 1.332, o juiz de direito julgou nula a ação proposta, por não ser admissível a cumulação das ações de demarcação e reivindicção.

O autor apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou a sentença por seus fundamentos (fls. 1.379).

Embargando o acórdão, o apelante alegou que não houve cumulação de ação demarcatória com a de reivindicção, mas que propôs ação de demarcação com queixa de esbulho, conforme o art. 67, parágrafo único, do decreto n. 720, de 5 de setembro de 1920, tendo até reproduzido, no libelo, as próprias palavras do texto invocado.

Rejeitados os embargos pelo acórdão de fls. 1.402, o embargante inter-pôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a, da Cons-tituição, visto não terem sido aplicados os arts. 67, parágrafo único, do decre-to n. 720, e 569 do Código Civil.

O caso é de recurso extraordinário, porque foi realmente invocado o art. 67, parágrafo único, do decreto n. 720, que é lei federal, e o Tribunal de Justiça deixou de aplicá-lo, não lhe fazendo sequer a mais ligeira referência.

O parágrafo único do citado art. 67 dispõe: "Quando o autor acionar com queixa de turbação ou esbulho, poderá adicionar ao pedido a restituição do terreno invadido, com os rendimentos percebidos, ou indenização dos danos, desde o tempo da indevida ocupação, sendo este objeto decidido conforme os princípios de direito sobre a boa ou má fé do possuidor".

Portanto, o decreto n. 720 autoriza expressamente a ação de demarcação (art. 67), cumulado à de restituição do terreno invadido (parágrafo único).

Esta foi realmente a ação que os autores propuseram, pois pediram, no libelo, que, pela mesma sentença que homologasse a demarcação, fossem con-denados os suplicados a restituir aos suplicantes promoventes as referidas ter-ras usurpadas, com os rendimentos percebidos, e a indenizar todas as perdas e danos causados.

ACORDAM em desprezar os embargos opostos a fls. para reformar o acórdão recorrido, julgar válido o processo e mandar que o juiz em primeira instância se pronuncie sobre seu merecimento. — Custas pelos recorridos.

Rio de Janeiro, 2 de maio de 1923. — H. do Espírito Santo, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Geminiano da Franca. — André Santos, vencido. — Viveiros de Castro. — E. Lins. — Pedro dos

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Rev., 55-75).

Pela mesma razão, de não ter o acórdão recorrido feito qualquer referên-cia ao invocado art. 262 do Código Comercial, tomou-se conhecimento do recurso extraordinário n. 1.185, mas negou-se-lhe provimento, porque a carta de fiança em poder do credor, locador, prova a obrigação do fiador, não sendo aquele obrigado a provar a ocupação do prédio pelo locatário (Rev., 37-73).

CASOS EM QUE SE NÃO
CONHECE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POR SER
ESTE INADMISSÍVEL, COM FUNDAMENTO
NA LETRA "A"

318 — Frequentemente acontecia que o recurso extraordinário era interposto com fundamento no dispositivo da letra a, quando esse dispositivo o não autorizava por várias razões :

- a) ou porque não se invocara qualquer lei federal ;
- b) ou porque se invocara a aplicação de determinada lei federal e nesta precisamente se firmara a decisão recorrida ;
- c) ou porque se alegara falta de aplicação de lei federal, quando a decisão recorrida a tinha aplicado, dando-lhe a intelligência ou a interpretação que lhe parecera mais acertada ;
- d) ou porque se tratara de simples apreciação de prova, sobre questão de fato, sem indicação de lei federal, porventura, inaplicada ;
- e) ou porque se applicara uma lei federal, em vez de outra, e às vezes até um artigo de lei federal, em vez de outro artigo da mesma lei federal ;
- f) ou porque se invocara disposição de lei manifestamente inapplicavel à espécie ;
- g) ou porque se alegara falta de aplicação de lei federal, que nunca tinha sido invocada na discussão da causa, mas somente no recurso extraordinário ;
- h) ou porque se tratara de recurso interposto de decisão fundada exclusivamente em dispositivo de lei processual.

EXAME DE CADA UM DOS CASOS INDICADOS

— A —

319 — Ausência absoluta de invocação de qualquer lei federal. O recurso extraordinário é facultado, quando se invoca lei federal e a Justiça do Estado deixa de applicá-la.
Se no curso da causa, pois, não se questionou sobre qualquer lei federal, a consequência é que o recurso não será admissível.
Está neste caso o recurso extraordinário n. 1.769, em que apenas se discutiu se, em face dos estatutos de uma Irmandade, estava uma sociedade religiosa sujeita à autoridade do bispo diocesano, ou se era uma sociedade civil, constituída para fins beneficentes, inteiramente autónoma, independente do poder eclesiástico.

A decisão recorrida se pronunciou pela segunda solução e daí o recurso extraordinário, de que o S.T. deixou de conhecer, porque foram invocados somente os estatutos da Irmandade, e não qualquer dispositivo de lei federal (*Rev.*, 81-53).

320 — Tendo eu, como relator, concedido vista dos autos para embargos ao acordão, foi interposto agravo, ao qual se negou provimento, sendo confirmado o despacho do relator, que entendeu só poder negar a vista para embargos, se estes fossem inadmissíveis, ou apresentados fora do prazo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo, autorizado pelo art. 44 do regimento do Supremo Tribunal Federal. Proferido o acordão do fls. 419 v., não tomando conhecimento do recurso extraordinário discutido entre o bispo de Campinas, como recorrente, e a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Mogimirim, como recorrida, esta assinou prazo em audiência àquele para ver passar em julgado o acordão. Dentro do prazo assinado, o recorrente juntou procuração, pediu vista e ofereceu embargos ao acordão.

A recorrida agravou do despacho que concedeu a vista, alegando que esta fora requerida e os embargos oferecidos, em virtude do substabelecimento da procuração outorgada por advogado, que não tinha poderes especiais para substabelecer.

O ministro relator, considerando que só lhe era lícito recusar vista para embargos ao acordão se estes fossem inadmissíveis na espécie ou apresentados fora do prazo legal, conforme determina o art. 177 do regimento, manteve o despacho agravado e apresentou os autos em mesa.

ACORDAM negar provimento ao agravo e confirmar o despacho, de que foi interposto, atenta a procedência do fundamento adotado pelo mesmo despacho. A alegação do agravante só poderá ser apreciada por ocasião do julgamento dos embargos. Custas pela agravante.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator, sem voto. — *G. Natal*. — *Geminiano da Franca*. — *Leoni Ramos*. — *A. Ribeiro*. — *Pedro dos Santos*. — *Pedro Mibielli*. — *Godofredo Cunha*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Rev.*, 85-133).

321 — Admitidos os embargos ao acordão, foi então apreciada a preliminar de se não conhecer desses embargos, por terem sido opostos por advogado, que oferecera substabelecimento de procuração, sem que esta tivesse conferido poderes especiais para substabelecer. Em nota sobre o acordão o Dr. Eduardo Espinola considerou engenhosa e jurídica a solução por mim proposta e aceita pelo Tribunal, no tocante à matéria do substabelecimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, entre o Bispo de Campinas, como embargante, e a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Mogimirim, como embargada.

Esta suscitou a preliminar de se não conhecer dos embargos, porque foram opostos por advogado, que ofereceu substabelecimento de procuração, sem que esta tivesse conferido poderes especiais para substabelecer.

Antes do Código Civil, sempre se entendeu que a procuração devia conter poderes especiais para substabelecimento, de modo que não poderia exercer o

mandato o procurador substabelecido por mandatário que não tivesse aqueles poderes.

Teixeira de Freitas consolidou no art. 470 a exigência de poderes especiais para substabelecimento, com fundamento na Ord. L. 1.^o T. 48, parágrafos 15 e 28.

A exigência, porém, não foi transplantada para o art. 1.295, § 1.^o, do Código Civil.

Aí se acham especificados os casos para os quais a procuração deve conter poderes especiais, e entre esses, que eram também os do direito anterior, não está incluído o de substabelecer.

A exclusão foi proposital, porque o art. 1.300 do Código Civil tolera o substabelecimento sem poderes, distinguindo as três seguintes hipóteses: ou o substabelecimento se faz, havendo poderes de substabelecer; ou se faz o substabelecimento, sem poderes de substabelecer; ou é feito o substabelecimento, embora a procuração o vede expressamente.

Na 1.^a hipótese (art. 1.300, § 2.^o), o mandatário só será responsável pelo dano causado pelo substabelecido, se este for notoriamente incapaz ou insolvente; na 2.^a hipótese (corpo do art. 1.300), o mandatário é responsável por culpa sua ou daquele a quem substabeleceu, sem ter poderes para isso; na 3.^a hipótese (art. 1.300, § 1.^o), o mandatário responde até pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento.

ACORDAM, preliminarmente, conhecer dos embargos e rejeitá-los, *de meritis*.

O que primordialmente se discutiu e julgou foi que o bispo de Campinas não tem posse sobre os bens da Irmandade nem competência para dissolvê-la, sob qualquer dos pontos de vista em que se encare a Irmandade, ou como associação religiosa, ou como associação beneficente.

Tal a sentença de primeira instância, que o acórdão recorrido restabeleceu, para julgar que a Irmandade é pessoa jurídica, com estatutos devidamente formalizados, pelos quais se rege, não podendo o bispo, em face desses estatutos, dissolver a Irmandade nem tomar posse dos seus bens.

Portanto, a discussão girou em torno dos estatutos e em torno destes foi a decisão proferida.

Isto mesmo o reconhece o embargante, tanto que, ainda agora, nos embargos e na respectiva sustentação, invoca os estatutos de 1867 — os primitivos estatutos da embargada — alegando que esta foi organizada com caráter religioso, de acordo com os referidos estatutos, e não podia, portanto, deixar de ser submetida à autoridade do embargante, por força da aplicação retroativa da lei n. 173, de 10 de setembro de 1893.

E' possível, como observa o ministro procurador geral, que o caso comporte as questões a que alude o embargante em seus embargos; é possível que, extinto o padroado pelo decreto n. 119-A, de 4 de janeiro de 1890, proclamada a liberdade religiosa, de cultos, pelo art. 72, §§ 3.^o e 7.^o da Constituição, tenha cessado a ingerência do poder civil em relação às irmandades, que continuaram a existir, como pre-existiam.

Mas, se a embargada continua a existir como em 1867, por ocasião de sua fundação e organização dos seus estatutos, o embargante confirma, ainda uma vez, que só os estatutos determinaram a decisão recorrida. Custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 1925. — *André Cavalcanti*, presidente.
— HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *Godofredo Cunha*. — *Pedro Mi-
bielli*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *A. Ribeiro*. — *Muniz
Barreto*. — *G. Natal*. — *João Luiz*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Rev.*, 87-51, *Rev. For.*, 45-288).

322 — Nota das *Pandectas*, 2.º-A, 437: "Merece atenção a doutrina sustentada pelo Supremo Tribunal, nesse acórdão unânime, em relação ao substabelecimento.

Ainda quando o mandante não tenha conferido ao mandatário o poder de substabelecer, prevalece o substabelecimento, variando a responsabilidade do mandatário, conforme se trate de silêncio da procuração ou proibição. Neste último caso, responde até por caso fortuito. E' engenhosa e juridica a solução proposta pelo relator, ministro HERMENEGILDO DE BARROS, e aceita por todo o Tribunal".

— B —

323 — O recurso extraordinário é admissivel, com fundamento na letra a, quando a parte invoca a seu favor uma disposição de lei federal e a Justiça do Estado deixa de applicá-la.

Se, pois, a Justiça do Estado applicou, precisamente, a disposição invocada, é claro que o recurso extraordinário não é admissivel.

Esta hipótese já está consignada em o n. 261, que se referiu aos recursos extraordinários 1.486 1.581 e 1.617, entre a São Paulo Railway Company Limited e a Fazenda do Estado. O S.T.F. não tomou conhecimento desses recursos, porque fora invocado o art. 10 da Constituição e precisamente nesse artigo se firmara a decisão recorrida (*Rev.*, 31-163, *Jur.*, 3.º-117 e *Rev.*, 64-102).

Pelo mesmo motivo de ter sido invocado para fundamento do recurso exatamente o dispositivo applicado pelo acórdão recorrido, o Supremo Tribunal não tomou conhecimento do recurso extraordinário n. 1.722, entre João Maria Moreira Guimarães e Ivêta Augusta Ribeiro dos Santos e outros.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre João Maria Moreira Guimarães, como recorrente, e Ivêta Augusta da Cunha Ribeiro dos Santos e outros, como recorridos.

Leopoldina Augusta Alves da Cunha, viuva, maior de 50 anos, não tendo descendentes nem ascendentes, fez testamento em 10 de fevereiro de 1910, no qual instituiu herdeira fiduciária sua sobrinha e afilhada Ivêta da Cunha Ribeiro dos Santos, passando os bens, na falta desta, em plena propriedade, a seus descendentes, e não os tendo, a seus irmãos, Oscar e Maria, também sobrinhos da testadora.

Esta casou-se, posteriormente, com João Maria Moreira Guimarães, a 26 de janeiro de 1911, vindo a falecer treze dias depois, a 8 de fevereiro do mesmo ano.

Contra os herdeiros instituidos o cônjuge sobrevivente propôs ação para anular o testamento e ser declarado herdeiro de sua falecida mulher, alegando que, sendo esta viuva, quinquagenária, não podia, em vista da Ord. L. 4.º T. 105, alienar por testamento as duas terças partes dos bens que possuía, os quais

passariam por sua morte aos parentes mais chegados, podendo a testadora dispor apenas da terça; que, em face da lei do casamento civil — art. 58, § 1.º, do decreto n. 181, de 1890 — nem da terça poderia dispor em testamento a viúva quinquagenária, por serem incommunicáveis todos os seus bens, que passarão aos parentes mais próximos e, portanto, ao autor, ex-vi do decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, que, alterando a ordem da sucessão, colocou o cônjuge sobrevivente antes dos herdeiros colaterais; que, além de tudo, o testamento foi revogado pelo fato do casamento posterior.

O juiz da Provedoria julgou a ação improcedente, porque a testadora não revogou o testamento por outro, nem o testamento se entende revogado pelo casamento posterior da quinquagenária; que esta, no estado de viúva, sem herdeiros sucessíveis e com a livre disposição de seus bens, podia doá-los por testamento a quem quisesse, como o fez, e que tendo a viúva se casado, após o testamento e sob o regime de separação de bens, por força do art. 58, § 1.º, do decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, nenhum direito tem o autor à herança daquela, nem lhe aproveita a Ord. L. 4.º T. 105, que se refere às quinquagenárias que tenham filhas ou outros descendentes sucessíveis.

A 1.ª Câmara da Corte de Apelação confirmou esta sentença por seus fundamentos.

Embargado o acórdão, as Câmaras Reunidas rejeitaram os embargos: 1.º, porque, pelo fato de serem dotais os bens da quinquagenária, que se casa, não está ela inibida da livre disposição testamentária, uma vez que tais bens continuam no seu patrimônio e a dotalização não é uma expropriação; 2.º, porque, admissível embora a doutrina da revogação tácita do testamento pelo fato do casamento posterior da testadora, pelo menos no caso de ter sido o casamento celebrado sob o regime da comunhão, isto em nada aproveita ao autor embargante, pois o seu casamento com a testadora não foi celebrado sob o regime da comunhão total ou parcial dos bens, mas sob o regime exclusivo dessa comunhão.

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário, sob a alegação de não terem sido aplicadas a Ord. L. 4.º T. 105, a lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890, e a lei n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907.

A decisão recorrida aplicou as disposições invocadas.

De fato, a sentença de primeira instância considerou que a viúva quinquagenária, sem herdeiros sucessíveis, podia dispor livremente de todos os seus bens.

E' exatamente o que estabelece o art. 2.º do decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907: "O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor da metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal". Logo, não tendo descendente ou ascendente sucessível, poderá o testador dispor de todos os bens, sem limitação alguma.

Depois de feito o testamento, casou-se a viúva quinquagenária, tendo falecido em seguida, decorridos apenas treze dias.

Seu marido considerou que o testamento fora revogado pelo fato do casamento posterior e que a herança lhe devia ser deferida, de preferência aos colaterais, porque o art. 1.º da lei de 1907 contempla, antes destes, na ordem de sucessão, o cônjuge sobrevivente.

As sentenças de primeira e segunda instância julgaram que o casamento posterior não revogou o testamento, porque foi celebrado sob o regime dotal ou de separação de bens, por força do art. 58, § 1.º, e 59 do decreto n. 181, não tendo, portanto, o viúvo nenhum direito à herança.

Efetivamente, as disposições citadas dizem que não haverá comunhão de bens, se a mulher for maior de 50 anos, caso em que os seus bens presentes e futuros serão considerados dotais, e como tais garantidos na forma do direito civil.

O acórdão recorrido ainda admitiu a revogação tácita do testamento pelo fato do casamento posterior, se este fosse efetuado sob o regime da comunhão, o que na espécie se não verificava.

Invocando a lei de 1907, que alterou a ordem da sucessão, o recorrente argumentou, como se fora herdeiro necessário, quando é apenas legítimo, pois necessários são somente os descendentes e ascendentes, como resulta dos próprios arts. 1.º e 2.º da citada lei de 1907, cujas disposições o Código Civil reproduziu.

ACORDAM, pelo exposto, não conhecer do recurso e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *E. Lins*. — *A. Ribeiro*. — *G. Natal*. — *Muniz Barreto*. — *Pedro dos Santos*. — *Geminiano da França*. — *Viveiros de Castro*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Leoni Ramos (*Rev.*, 73-146).

— C —

324 — Aplicação de lei federal com a inteligência ou interpretação, que a decisão recorrida teve por mais acertada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, entre The British Bank of South America, como recorrente, e São Paulo Northern Railroad Company, como recorrida.

Aberta a falência da Companhia Estrada de Ferro Araraquara, The British Bank foi incluído na relação dos credores quirografários, como portador de três letras de câmbio.

Tendo a Companhia São Paulo comprado o ativo da Estrada de Ferro Araraquara, obrigando-se a dar em pagamento a seus credores quirografários títulos, e não dinheiro, The British Bank propôs ação contra a São Paulo, para o fim de obrigá-la ao pagamento das letras, em dinheiro.

A ação foi julgada improcedente por sentença da primeira instância, de acordo com a cláusula do contrato, tendo sido aquela sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Desta decisão foi interposto o recurso extraordinário com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição.

Pela escritura de fls. 20, a recorrida se obrigou a pagar aos credores quirografários da Companhia Araraquara o valor de seus créditos, em títulos de emissão da mesma recorrida.

A questão consiste em saber se o recorrente, que é um desses credores, está obrigado a ser pago em títulos, ou se tem o direito de exigir o pagamento em dinheiro.

A decisão recorrida se pronunciou pela primeira solução, porque a escritura de fls. 20 foi lavrada com aprovação dos credores debenturistas da Companhia Araraquara, os quais constituem mais de dois terços do passivo total, sendo por isso obrigatória para todos os credores, visto como o art. 124 da lei n. 2.024 autoriza qualquer meio de liquidação do ativo, desde que seja aprovado por credores representando dois terços do passivo.

O recorrente entende que a disposição citada só cogita do pagamento em dinheiro, não autoriza a liquidação do passivo da massa, mas só a do ativo.

Trata-se, portanto, de uma interpretação.

O próprio acórdão recorrido considera que o citado art. 124 tem tido duas interpretações.

"Por uma, que se liga à disposição literal, os dois terços dos créditos são representados pelos credores quirografários e debenturistas conjuntamente, e foi este o caso do contrato de fls. 20. Pela outra interpretação, que faz a combinação de várias disposições com os fins visados pela lei, a autorização resulta do acordo da turma dos debenturistas com a turma dos quirografários e em cada turma os dois terços dos créditos são representados pelos credores da classe a que pertencem. Pela última interpretação o contrato de fls. 20 é inválido, mas esta invalidade, que não foi incluída no pedido, resulta da falta de acordo das duas turmas dos credores, e sendo extensiva tanto à turma dos quirografários como à turma dos debenturistas, a ineficácia do contrato seria em relação às duas turmas, mas não em relação a uma somente".

Ora, a interpretação, porventura, errônea da lei não autoriza a interposição do recurso extraordinário:

ACORDAM, por esse motivo, não tomar conhecimento do mesmo recurso e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 9 de junho de 1923. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, designado para a redação do acórdão. — *André Cavalcanti*, vencido na preliminar. — *E. Lins*, vencido na preliminar atentos os fundamentos expostos no recurso extraordinário n. 1.337. — *Geminiano da Franca*. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto*. — *Godofredo Cunha*. — *Vieiros de Castro*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Alfredo Pinto (*Rev.*, 55-78).

Alem deste, existem muitos outros acórdãos, como, só para exemplo, os publicados nas *Revs.* 26-186, 28-99, 61-70, etc., etc.

— D —

325 — Simples apreciação de prova, sobre questão de fato, sem indicação de lei federal, porventura, inaplicada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, entre Carolina Peres, como recorrente, e Laurinda da Purificação, como recorrida.

Nos recursos extraordinários, em geral, os recorrentes, no intuito de justificar-se, costumam citar, bem ou mal, com ou sem propósito, qualquer lei federal, cuja falta de aplicação atribuem à justiça local.

Neste recurso, porem, não se encontra alusão alguma, por mais remota que seja, a qualquer lei federal, que a Justiça de São Paulo tivesse deixado de aplicar.

O caso é de u'a mãe, que atribue à filha o furto ou roubo de certa importância que lhe pertencia.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente, porque a prova testemunhal da autora não demonstrou, de modo claro e concludente, que a ré tenha de fato se apropriado de dinheiro pertencente à dita autora, ao passo que, pelos depoimentos uniformes e contestes das testemunhas da ré, tornou-se manifesta a improcedência das alegações da autora.

O Tribunal de Justiça do Estado confirmou a sentença, por seus fundamentos.

Em nenhuma peça dos autos, nem mesmo no recurso extraordinário, se diz qual foi a lei federal que a justiça local deixou de aplicar.

Tratou-se, pura e simplesmente, de apreciação de prova testemunhal.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento do recurso, por não ser caso dele. Pagas as custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1921. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, designado para redigir o acórdão. — *Viveiros de Castro*. — *Pedro Mibielli*. — *Leoni Ramos*. — *André Cavalcanti*. — *Godofredo Cunha*. — *G. Natal*. — *Pedro dos Santos*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev., 30-175).

— E —

326 — Aplicação de uma lei federal, em vez de outra, ou de um artigo, em vez de outro, da mesma lei federal.

Não se tomou conhecimento do recurso extraordinário n. 1.371, porque a Justiça local aplicou o decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, e não o decreto n. 169-A, de janeiro do mesmo ano, emanados ambos do mesmo Governo Provisório da República.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, entre Mario da Conceição Ribeiro e outros, como recorrentes, e Land, Avellar & Comp., como recorridos, deles consta o seguinte:

Sebastião Attala se constituiu devedor hipotecário a José Luiz Ribeiro, de quem os recorrentes são sucessores.

Posteriormente, o mesmo Sebastião se tornou devedor a Land, Avellar & Companhia, e garantiu o pagamento da dívida com hipoteca dos mesmos bens anteriormente hipotecados, fazendo-se na escritura a declaração expressa de que a hipoteca era segunda.

Os segundos credores hipotecários, antes de vencida a primeira hipoteca, executaram o devedor, arremataram os bens, receberam a carta de arrematação, que foi transcrita no registro, tendo sido a hipoteca cancelada.

Os primeiros credores hipotecários promoveram ação executiva contra o devedor comum, e os segundos credores hipotecários opuseram embargos de terceiros senhores e possuidores, alegando que os bens sequestrados lhes pertenciam, porque os arremataram em praça na execução movida ao devedor, sendo a arrematação um dos casos de extinção da hipoteca.

Os primeiros credores hipotecários responderam que, de fato, assim é, diante do art. 226, n. 9, do decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, mas que esse decreto exorbitou do de n. 169-A, de janeiro do mesmo ano, art. 11, que não incluiu, entre os casos de extinção da hipoteca, a arrematação em hasta pública do imóvel hipotecado.

A discussão girou em torno desses dois dispositivos.

A sentença de primeira instância e os acórdãos do Tribunal da Relação do Estado do Rio aplicaram o decreto n. 370, julgaram que a arrematação extinguiu a hipoteca e por esse motivo consideraram provados os embargos de terceiros senhores e possuidores opostos pelos segundos credores hipotecários.

Não houve, portanto, falta de aplicação de lei federal, porque o decreto n. 370 tem a mesma força legislativa do decreto n. 169-A, emanados que foram ambos do Governo Provisório da República.

ACORDAM, em consequência, não tomar conhecimento do recurso extraordinário, por não ser admissível na espécie, e condenar os recorrentes nas custas.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1926. — *Godofredo Cunha*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, designado para redigir o acórdão. — *Bento de Faria*. — *Muniz Barreto*. — *Pedro dos Santos*. — *A. Ribeiro*. — *Geminiano da Franca*. — *Viveiros de Castro*, vencido. — *E. Lins*, vencido.

O recorrente interpôs este recurso extraordinário, invocando o art. 59, n. III, § 1.º, letra a, da Constituição Federal.

Alegou, para isso, que, na Justiça local, pedira a aplicação do art. 2.º do decreto n. 169-A, de 1890, e não a do art. 226, § 9.º, do decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, o qual foi o aplicado pela mesma Justiça local.

E' verdadeira a alegação: logo, é o caso de recurso extraordinário invocado. Dele, portanto, conhecia. Se o aplicável era esse art. 226, § 9.º, do decreto n. 370 citado e não o art. 2.º do decreto n. 169-A também citado, já é o mérito do recurso extraordinário e não a preliminar. Que outra preliminar senão essa pode ter o recurso extraordinário?

Desde que, em regra generalíssima, toda a lei substantiva é federal, uma lei federal será sempre aplicada pela Justiça local e nunca será caso de recurso extraordinário.

E' a que nos leva fatalmente a doutrina vencedora no atual acórdão. — *Heitor de Souza*. — *Pedro Mibielli*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Atq. Jud.*, 3.º-138 e 3.º-24) (este publicado com erros).

Outro caso em que a Justiça de primeira instância aplicou o decreto n. 169-A, de 1890, ao passo que a de segunda instância aplicou o de n. 370, do mesmo ano, não tendo, por isso, o S. T. F. tomado conhecimento do recurso extraordinário n. 1.287, desde que os dois decretos eram leis federais, emanadas ambas do Governo Provisório da República (Decisão unânime. *Pandectas*, 7.º-370, 2.ª parte).

Caso de aplicação de um artigo por outro da mesma lei federal é o do recurso extraordinário n. 1.477.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, do Distrito Federal, entre o Banco do Brasil, como recorrente, e *Mc. Kinlay & C.*, como recorridos.

Estes dirigiram à agência daquele, em Três Corações, a carta de fls. 6, em que lhe pediam o obsequio de suprir a *Adolpho Pinto Junqueira* até a quantia de 2630, por saco de 60 quilos de café, contra conhecimentos à firma, devendo o recibo passado por *Junqueira*, bem como os documentos de café, ser apresentados pelo Banco do Brasil, nesta Capital, para ser embolsada a importância suprida.

O banco, tendo acusado o recebimento da carta e agradecido a incumbência, comunicou mais tarde à firma que à sua disposição se achavam conhecimentos relativos a 1.976 sacos de café, contra pagamento de 51:376\$0. *Mc. Kinlay & C.* pagaram essa importância ao banco, de quem receberam os conhecimentos, mas, quando se apresentaram à Estação Marítima da Estrada de Ferro Central do Brasil, souberam que aí não existiam os 1.976 sacos de café, e que os conhecimentos apresentados eram falsos.

Reclamaram, então, do banco a restituição dos 51:376\$0, e como aquele não se julgasse obrigado a essa restituição, propuseram ação de cobrança, que, na primeira instância, foi julgada procedente, sob o fundamento de que, aceito

o mandato pelo banco, este não o desempenhou com a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios (art. 142 do Código Comercial), desde que aceitou, sem exame, os conhecimentos, sem procurar convencer-se de sua autenticidade, de modo que, tendo o banco, com a sua negligência, causado prejuízos aos seus comitentes, é obrigado a repará-los, nos termos do art. 162 do mesmo Código.

Essa sentença foi confirmada, por seus fundamentos, pela 1.^a Câmara da Corte de Apelação.

Rejeitados os embargos opostos ao acórdão, o apelante interpôs recurso extraordinário, tendo o ministro procurador geral oficiado a fls. 208.

A decisão recorrida considerou que as cartas ajuizadas atestam a existência de relações entre Mc. Kinlay & C.^o, como mandantes, e o Banco do Brasil, como mandatário, e aplicou ao caso a disposição do art. 162 do Código Comercial, que torna o mandatário responsável ao comitente por todas as perdas e danos, que no cumprimento do mandato lhe causar por dolo ou fraude, ou simplesmente por omissão ou negligência culpável, negligência que julgou provada, desde que o banco não procurou saber se os conhecimentos que lhe foram entregues eram verdadeiros ou falsos. Por conseguinte, a decisão recorrida, apreciando a prova dos autos, aplicou a lei federal que lhe pareceu aplicável à espécie, isto é, o art. 162 do Código Comercial, e não o art. 264 do mesmo Código, invocado pelo recorrente, o qual se refere às cartas de crédito, pelas quais responde o comerciante que as escreve e abre o crédito até a concorrência da soma abonada.

Ainda que a decisão recorrida não tivesse feito à espécie aplicação exata do art. 162, o caso seria de interpretação em face da prova, tanto mais quanto se verifica, na hipótese, um mandato e não uma abertura de crédito, como se vê do depoimento do presidente do banco, Dr. Homero Baptista, quando declara, a fls. 47, que procurou dar inteiro cumprimento ao mandato que recebera dos autores.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento do recurso e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 1921. — André Cavalcanti, vice-presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — E. Lins. — Leoni Ramos. — G. Natal. — Pedro Mibielli. — Viveiros de Castro. — Godefredo Cunha. — Alfredo Pinto. — Pedro dos Santos. — Muniz Barreto.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque (Rev. 38-88).

— F —

327 — Invocação de dispositivo de lei manifestamente inaplicável à espécie.

E' o que consta do recurso extraordinário n. 1.062, entre a Companhia Edificadora, como recorrente, e a Companhia Ferro Carril Carioca, como recorrida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre a Companhia Edificadora, como recorrente, e a Companhia Ferro Carril Carioca, como recorrida:

ACORDAM rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, que não tomou conhecimento do recurso extraordinário, por não ser caso desse recurso. Efetivamente, da leitura dos autos se reconhece que nunca se questionou sobre a aplicação ao caso de qualquer lei federal, e, por conseguinte, a decisão da Justiça local não podia ser contrária a essa aplicação.

A Justiça local, segundo considerou o acórdão embargado, apenas se limitou a apreciar a prova dos autos e a fazer aplicação da lei reguladora da espécie, de acordo com a interpretação que lhe pareceu mais acertada, tendo agido com a autonomia que lhe é assegurada pelos arts. 61 e 62 da Constituição da República. Nos embargos ao acórdão, prescindindo de outras disposições invocadas a princípio como não tendo sido aplicadas, a embargante se limitou à citação do art. 234 do Código Comercial e do art. 183 do regulamento n. 737, reproduzido nos arts. 1.242 e 141, parágrafo único do Código Civil.

Mas, segundo ponderou o advogado da recorrida, o que a Justiça local decidiu foi que a espécie não era regida pelo art. 234 do Código Comercial, porém, pelos arts. 123 e 126 do mesmo Código, sendo certo que a invocação de disposições inaplicáveis ao caso não justifica o conhecimento do recurso extraordinário, pois, às partes seria sempre fácil invocar em seu favor um texto qualquer de lei federal, ainda que manifestamente inaplicável à espécie.

— Custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1920. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, designado para redigir o acórdão. — *G. Natal*. — *E. Lins*, vencido, atentos os fundamentos lançados a fls. 1.207 v. a 1.209. — *João Mendes*, vencido. — *Viveiros de Castro*. — *Sebastião de Lacerda*. — *Pedro dos Santos*. — *Pedro Lessa*, vencido (Rev. 26-185).

— G —

328 — *Lei federal cuja aplicação nunca fora invocada no curso da causa, mas somente no recurso extraordinário*

Se é verdade, como se viu em o número anterior, recurso número 1.062 da Companhia Edificadora, que jamais se questionara, no curso da causa, sobre a aplicação ao caso de qualquer lei federal, a consequência é que a decisão da Justiça local nunca poderia ser considerada contrária a essa aplicação.

Alem dessa decisão no recurso mencionado, também não se tomou conhecimento do recurso extraordinário n. 858, interposto com fundamento na alegação de terem sido violadas determinadas leis federais, quando nunca se fizera, em todo o processo, qualquer alusão às leis referidas, invocadas somente no recurso extraordinário.

N. 858 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre João Fernandes Thomaz, como recorrente, e Dr. Aristides Ferreira Caire, como recorrido.

João Fernandes Thomaz propôs contra Antonio Neves uma ação executiva para cobrar a quantia de 1:500\$0, constante de nota promissória que ajuizou.

Feita a penhora no dia 4 de novembro de 1910, a qual recaiu no prédio situado à rua Dias da Silva n. 10, ofereceu embargos de terceiro senhor e possuidor o Dr. Aristides Ferreira Caire, alegando que o prédio penhorado lhe havia sido hipotecado, conforme a escritura exibida, de 26 de fevereiro de 1910, e que desse prédio passou a ser senhor e possuidor, porque o seu devedor, Antonio Neves, lh'o dera em pagamento da dívida hipotecária, conforme a escritura de dação *in solutum*, lavrada no dia 5 de novembro de 1910, isto é, no dia imediato ao da penhora, que o terceiro embargante alegou haver sido antedatada, ocorrendo que a escritura de hipoteca só no dia 5 do mesmo mês foi também inscrita.

O juiz, 1.^o suplente de uma Pretoria, julgou provados os embargos de terceiro senhor e possuidor, atenta a prova de domínio e posse, e mandou levantar a penhora, que considerou antedatada para prejudicar o terceiro embargante.

O autor exequente apelou para o juiz da 3.^a Vara Cível, que deu provimento à apelação, para julgar improcedentes os embargos de terceiro senhor e possuidor, salvo ao terceiro embargante a defesa que lhe assegura o art. 16 do decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890.

O fundamento da sentença do juiz da 3.^a Vara Cível foi que a escritura de *datio in solutum* tinha sido lavrada depois de proposta a ação executiva, e mesmo depois da penhora, não havendo prova de que, segundo alegara o terceiro embargante, a penhora tivesse sido feita a 7 e não a 4 de novembro.

Opostos embargos à sentença, foram estes julgados pela junta dos juizes de direito das Varas Cíveis e recebidos, para o fim de ser restaurada a primitiva sentença do pretor, que julgara inexistente a penhora no imóvel hipotecado.

E assim decidiu a junta, porque ao credor hipotecário assiste o direito de defender os seus direitos e privilégios (art. 16 do decreto n. 169-A), uma vez que os efeitos da hipoteca não foram invalidados pelos meios legais, nem se provou a insolvência do devedor.

O autor exequente opôs embargos de declaração a esse acórdão, os quais foram rejeitados, e em seguida, interpôs o recurso extraordinário, sem declarar em que disposição da Constituição o fundava e qual a lei federal que deixara de ser aplicada.

Só nas razões do recurso extraordinário é que o recorrente declara terem sido violadas leis federais.

Foi violada, diz ele, a Ord. L. 4.^o-T 10, que proíbe a venda de coisa litigiosa, porque a penhora do imóvel é de 4 de novembro e só no dia seguinte esse imóvel foi dado em pagamento da dívida hipotecária, quando já era objeto de litígio.

Foi violado o art. 9.^o do decreto n. 169-A, de 1890, porque todas as hipotecas legais, convencionais ou judiciais somente valem contra terceiros a partir da data da inscrição, e a hipoteca do terceiro embargante só no dia seguinte ao da penhora foi inscrita.

Mas, para que seja admissível o recurso extraordinário, é indispensável que se tenha questionado sobre a validade ou aplicação de lei federal e que a decisão da Justiça local tenha sido proferida contra ela.

Ora, nunca se fez, em todo o processo, senão agora, depois de proferida a decisão em última instância, qualquer alusão às leis citadas, e, pois, não se pode considerar que foi proferida contra elas a decisão recorrida, que não teve ensejo de se pronunciar a respeito.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento do recurso e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 21 de janeiro de 1920. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Pedro dos Santos*. — *Pedro* não, desprezada pela Justiça local é sempre no recurso extraordinário a única *habeas corpus*. — *G. Natal*. — *Leoni Ramos*. — *E. Lima*. — *Viveiros de Castro*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Diário Oficial de 11 de setembro de 1920, Rev. 24-285).

Não se conheceu igualmente do recurso extraordinário n. 1.541, porque o art. 1.325 do Código Civil, que se alegou não ter sido

aplicado, somente fora invocado na petição do recurso extraordinário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de Alagoas, entre o Dr. Francisco Daltro de Brito, como recorrente, e Julia Gomes de Brito, como recorrida.

O recorrente propôs, no Juízo municipal de Propriá, do Estado de Sergipe, ação de anulação de seu casamento com a recorrida, por ter sido obrigado a contrair esse casamento.

Espedida precatória ao Juízo de Piranhas, do Estado de Alagoas, para citação da recorrida, esta opôs embargos, atenta a prova de serem ambas as partes residentes na vila de Piranhas, do Estado de Alagoas, e ainda porque, admitido que o esposo fosse domiciliado em Propriá, do Estado de Sergipe, mesmo assim seria incompetente o Juízo desse Estado, por se verificar a hipótese do art. 60, letra d, da Constituição.

Desta decisão foi interposto agravo para o Tribunal de Justiça de Alagoas, que não conheceu do recurso, por não ter o advogado do agravante carta registrada na Secretaria, conforme exige o art. 278 do regimento interno do mesmo Tribunal.

O agravante interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, fundado no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição, alegando não ter sido aplicado o art. 1.325 do Código Civil.

O caso não é de recurso extraordinário, porque a decisão do Tribunal do Estado versou apenas sobre a aplicação de um dispositivo do seu regimento interno — o que exige que o advogado tenha carta registrada no Tribunal para que possa exercer ali as suas funções. O art. 1.325 do Código Civil, que indica os que não podem ser procuradores em Juízo, nunca foi invocado senão na petição de recurso extraordinário.

ACORDAM, pois, não tomar conhecimento desse recurso e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 1922. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *G. Natal*. — *André Cavalcanti*. — *E. Lins*. — *Pedro Mibielli*. — *Pedro dos Santos*. — *Sebastião de Lacerda*. — *Viveiros de Castro*. — *Alfredo Pinto*. — *Godofredo Cunha*. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev. 40-124).

329 — Fui, porém, vencido no julgamento da carta testemunhável n. 2.893, que julguei improcedente, porque, para ser autorizada a interposição do recurso extraordinário, é indispensável que se haja questionado sobre aplicação de lei federal e que a Justiça local se tenha pronunciado a respeito, o que não seria possível, desde que a lei federal foi invocada somente no Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhável, em que são suplicantes *Sousa & Comp.*:

ACORDAM dar provimento, para que seja tomado por termo e siga o recurso de *Sousa & Comp.*, visto que, no caso, se questionou sobre os arts. 83, § 5.º, 84, § 1.º, e 185, § 1.º, da lei das falências. Custas pelos suplicados.

Supremo Tribunal Federal, 18 de dezembro de 1920. — *H. do Espírito Santo*, presidente. — *João Mendes*, relator. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, vencido: *Augusto Alves & Comp.* impugnaram o crédito com que *Sousa & Comp.* se apresentaram na falência de *João Manoel Marques*. Julgada im-

procedente a impugnação, eles agravaram para a 2.^a Câmara da Corte de Apelação, que deu provimento ao agravo, para mandar excluir, em parte, o crédito aludido.

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário, alegando-se falta de aplicação dos arts. 185, § 1.^o, 83, parágrafos 4.^o e 5.^o, e 84, § 1.^o, da lei de falência.

Negado o recurso pelo presidente da Corte de Apelação, foi requerida a presente carta testemunhável.

O acórdão deu-lhe provimento, para mandar seguir o recurso, "visto que, no caso, se questionou sobre os arts. 83, § 5.^o; 84, § 1.^o, e 185, § 1.^o, da lei de falência".

Tão somente.

Não basta, porém, que se tenha questionado sobre a aplicação de qualquer lei federal, para que seja autorizada a interposição do recurso extraordinário. E' indispensável, ainda, que a decisão da Justiça local tenha sido contrária a essa aplicação, nos termos expressos do art. 59, § 1.^o, letra a, da Constituição. Verificou-se esse segundo requisito, na espécie? Não, como se vai evidenciar.

O art. 83, § 4.^o, manda que os síndicos da falência organizem as relações dos credores e que estas se conservem no cartório, para serem examinadas, durante cinco dias, a contar da respectiva publicação.

O § 5.^o do mesmo artigo dispõe que, durante esse prazo de cinco dias, os créditos incluídos naquelas relações poderão ser impugnados.

O art. 84, § 1.^o, considera verificados os créditos que não tiverem sido impugnados.

Alegou-se que a impugnação ao crédito foi apresentada fora do prazo do citado art. 83, § 5.^o.

A Justiça local deixou de aplicar a disposição desse artigo?

Mandou excluir o crédito, que devia considerar verificado, desde que não foi impugnado dentro do prazo legal?

Eis o que consta da ata da reunião dos credores a fls. 44 v.: "Impugnação de Augusto Alves & Comp., contra o crédito de Sousa & Comp. Pelo impugnação foi dito, preliminarmente, que a impugnação foi apresentada fora do prazo; como o escrivão certificasse que a impugnação foi oferecida no prazo, pois ele recebeu a petição e o preparo das mãos do advogado no dia 23. o Doutor julgou a preliminar improcedente e tomou conhecimento da impugnação..."

Por conseguinte, não é verdade que o juiz tivesse tomado conhecimento de uma impugnação apresentada fora do prazo legal; conheceu, pelo contrário, da impugnação pelo motivo de haver sido oferecida dentro do prazo legal.

Decidiu bem, decidiu erradamente? Não é oportuno averiguar-lo. O que é certo é que não decidiu contra a aplicação do dispositivo invocado; não disse que é lícito impugnar créditos depois dos cinco dias, nem que podem ser excluídos créditos já verificados, por não terem sofrido impugnação.

Considerou, ao contrário, oportuna a impugnação, e, dela conhecendo, julgou-a procedente, porque assim lhe pareceu acertado.

Menos admissível ainda é o recurso extraordinário com fundamento no art. 185, § 1.^o, que manda que os agravos em falência sejam julgados pelos Tribunais Superiores ou Câmaras ou Seções desses Tribunais, que conhecerem das apelações comerciais.

Menos admissível, porque, se, no caso já analisado dos arts. 83 e 84, faltou o segundo requisito para legitimar o recurso extraordinário, nesse caso do art. 185, § 1.^o, falta também o primeiro requisito — o de se haver questionado sobre a aplicação do citado artigo.

De fato, nunca se questionou a respeito. Só agora, perante o Supremo Tribunal, é que se alega que a 2.^a Câmara da Corte de Apelação não podia julgar o agravo, porque a competência para esse julgamento, segundo o in-

vocado artigo da lei de falência, era da 1.^a Câmara, pois só a esta ficou reservado o julgamento das apelações comerciais.

De modo que a Justiça local não se pronunciou sobre a aplicação do artigo 185, § 1.^o, da lei, simplesmente porque nunca foi provocado o seu pronunciamento, a respeito dessa disposição, jamais invocada, e sobre a qual não houve discussão de espécie alguma. Julguei, pelo exposto, improcedente a carta testemunhavel.

Sebastião de Lacerda. — G. Natal. — Viveiros de Castro. — Pedro dos Santos. — Leoní Ramos. — André Cavalcanti. — Pedro Mibielli. — Godofredo Cunha.

Pedro Lessa, de acordo com as observações do Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS (Rev. 28-84).

Julgou-se também, no recurso extraordinário n. 935, que, perante o Tribunal de Justiça do Estado, o recorrente jamais arguira a inconstitucionalidade da lei, o que somente fez nas razões do recurso, de modo que o mesmo Tribunal nunca tivera ocasião de se manifestar sobre a arguição.

Por esse motivo, não se tomou conhecimento do recurso (Rev. 28-87).

— H —

330 — *Recurso de decisão fundada exclusivamente em dispositivo de lei processual.*

Alem do recurso extraordinário n. 1.541, de que se tratou na letra g, e do qual se não tomou conhecimento, também pela razão de haver sido a decisão do Tribunal do Estado proferida apenas sobre a aplicação de um dispositivo do seu regimento interno—o que exige que o advogado tenha carta registrada no Tribunal, para que possa exercer aí as suas funções — alem desse recurso n. 1.541, outros há, dos quais se não tomou conhecimento, ora porque o acórdão recorrido se limitara a não conhecer de embargos oferecidos fora do prazo legal, ora porque o acórdão recorrido anulava um arbitramento, em que se não observara a lei processual do Estado.

N. 1.005 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, entre a Companhia de Seguros Garantia da Amazônia, como recorrente, e a Fazenda do mesmo Estado, como recorrida. Esta promoveu contra aquela a presente ação executiva, para cobrar a quantia de \$50\$0, proveniente de impostos sobre o capital realizado de sociedade anônima e multa que deixou de pagar no exercício de 1906.

Exibida em Juízo a quantia de 600\$0, sobre a qual se fez a penhora, a executada opôs embargos, em que alega o seguinte: que é nulo o lançamento, porque a lei n. 920, de 4 de agosto de 1904, que criou o imposto sobre o capital realizado das sociedades anônimas, não pode tributar as sociedades que não tem sede no Estado de São Paulo, como acontece com a embargante, cuja sede é em Belém do Pará, e que em São Paulo apenas mantém uma agência de negócios, em virtude da qual paga à Municipalidade o imposto de indústria e profissão;

que a jurisprudência do Tribunal de Justiça é no sentido de ser relevada do imposto sobre capital a sociedade anônima que não tem sede em São Paulo, como já se verificou em relação ao *Banque Belge de Prêts Fonciers* e à Companhia Sul América; que os lançamentos são arbitrários e variam de ano para ano, o que prova a falta de critério com que são feitos. Nessas condições, conclui-se a embargante, deve ser decretada a nulidade do executivo, por ser inconstitucional o imposto cobrado. Julgados improcedentes os embargos, a ré apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação e confirmou a sentença apelada, por ter seu fundamento legal no art. 16, letra a, da lei n. 984, de 27 de dezembro de 1905.

Intimada do acórdão a 10 de fevereiro, a ré o embargou a 17, alegando que o acórdão não se pronunciou sobre a inconstitucionalidade das leis n. 904, de 29 de dezembro de 1905, e n. 920, de 4 de agosto de 1904. O Tribunal não tomou conhecimento dos embargos, porque foram oferecidos depois do prazo legal, de acordo com o art. 183 do seu regimento interno. Foi, então, interposto o recurso extraordinário, do qual não tomam conhecimento, porque a decisão recorrida se limitou a não conhecer de embargos, extemporaneamente oferecidos, fundando-se em disposição de lei processual, quando é certo que o recurso extraordinário foi instituído para assegurar a autoridade das leis federais.

Nem se diga que o recurso extraordinário foi interposto do primeiro acórdão, que confirmou a sentença apelada, julgando improcedentes os embargos à penhora, e não do segundo acórdão, que deixou de conhecer dos embargos opostos ao primeiro. Não; o recurso foi interposto do segundo acórdão, como se vê da petição e termo respectivos. Nem podia o recurso deixar de ser interposto do segundo acórdão, porque, se fosse pensamento da executada recorrer verso), o seu recurso extraordinário não teria sido interposto no prazo legal de 10 dias, mas seis anos depois, ou em julho de 1915. Pague a recorrentes as custas.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 1920. — G. Natal, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — João Mendes, vencido. — Pedro Lessa. — Leonir Ramos. — Pedro dos Santos. — Viveiros de Castro. — Pedro Mibielli. — Godofredo Cunha.

Fui presente. — A. Pires e Albuquerque.

Foi voto vencedor o Sr. ministro Edmundo Lima (Rev. 26-189).

N. 1.072 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado do Espírito Santo, entre o mesmo Estado, como recorrente, e Antonio Alves de Azevedo e Verano Pinto Coelho, como recorridos.

A Fazenda do Estado do Espírito Santo propôs contra Antonio Alves de Azevedo uma ação de desapropriação, por utilidade pública, dos terrenos denominados "Chácara da Piedade" e "Mulundum".

O Tribunal de Justiça do Estado anulou o processo de arbitramento, por ter sido feito em desacordo com a lei estadual n. 634, de 18 de dezembro de 1909 (fls. 85). Os embargos ao acórdão foram desprezados pelo de fls. 114 v.

O Estado promoveu novo arbitramento, com citação dos interessados Antonio Alves de Azevedo e Verano Pinto Coelho.

Da sentença de fls. 225, que homologou o laudo de fls. 221, os mesmos interessados apelaram.

O acórdão de fls. 279 deu provimento à apelação, para, reformando a sentença que homologou o laudo, anular o arbitramento, "por não se terem nele observado as determinações de lei processual do Estado". Opostos embargos ao acórdão, foram desprezados.

O Estado interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição, tendo o Sr. ministro procurador geral emitido parecer no sentido de se não conhecer do recurso.

O artigo da Constituição em que este se funda não o autoriza.

De fato, não se questionou sobre a validade ou aplicação de qualquer lei federal, nem a decisão do Tribunal do Estado foi proferida contra ela.

Apenas o acórdão recorrido anulou o arbitramento, por se não ter observado a lei processual do Estado, no que respeita à nomeação do árbitro desempatador. Foi, portanto, sobre a questão de processo que versou a decisão.

ACORDAM, pois, não tomar conhecimento do recurso, por não ser caso dele, e condenar o recorrente nas custas.

Rio de Janeiro, 2 de outubro de 1920. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Sebastião de Lacerda*. — *Pedro Lessa*. — *Pedro Mibielli*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *Viveiros de Castro*. — *Godofredo Cunha*. — *G. Natal*. — *João Mendes*, vencido.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (Rev. 28-94).

Não se conheceu igualmente do recurso extraordinário n. 1.086, por ter o acórdão recorrido julgado apenas questão de ordem processual, relativa a defeitos de citação inicial, assim como do recurso extraordinário n. 2.141, por ter sido a decisão recorrida proferida sobre questão do processo, qual a de saber se os embargos de declaração foram ou deixaram de ser apresentados em tempo oportuno (Rev. 42-83 e *Jurisprudência* 3.º-152).

Casos em que fui vencido, porque o Supremo Tribunal Federal variou na interpretação do mesmo art. 59, § 1.º, letra "a", da Constituição de 1891.

331 — Sobre cada um dos casos indicados em as letras a, b, c, d, e, f, g e h, existem muitíssimos outros acórdãos, além dos transcritos integralmente e dos de que se deu conhecimento por simples referência às *Revistas* em que foram publicados.

Isto não quer dizer, entretanto, que a jurisprudência tenha sido absolutamente pacífica sobre a interpretação do art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição de 1891, porque, em alguns casos, ela variou.

Como se viu anteriormente, não se toma conhecimento do recurso extraordinário, por não ser caso desse recurso, quando a Justiça local, apreciando a prova, aplica a lei federal com a interpretação que lhe pareceu mais acertada, ou quando se invoca dispositivo de lei manifestamente inaplicável à espécie.

Entretanto, o acórdão n. 1.195 tomou conhecimento do recurso, porque "a Justiça local aplicou os dispositivos de direito substantivo com a interpretação que lhe pareceu aceitável, de acordo com a prova dos autos".

Eu fui vencido na preliminar, porque, justamente pela razão consignada no acórdão, não tomava conhecimento do recurso, por não ser este admissível na espécie (Rev. 46-87).

Fui também vencido na preliminar sobre o recurso n. 1.591, para cujo não conhecimento bastaria a razão expressa no acordão, a saber: a Justiça local não aplicou a lei federal, "porque não eram realmente aplicáveis ao caso dos autos as disposições constitucionais invocadas pelo recorrente, e a Justiça local julgou o feito, interpretando, como lhe pareceu melhor, a resolução provincial número 1.175, de 1 de outubro de 1888" (Rev. 52-104).

Fui igualmente vencido na preliminar do conhecimento do recurso extraordinário n. 1.124.

Disse, em justificação do meu voto: "Não basta citar uma lei federal qualquer, para que se legitime a interposição do recurso extraordinário. É preciso que a citação seja pertinente, pois de outra forma nunca deixaria de haver recurso extraordinário, bastando, para garanti-lo, que a parte, desde o princípio da ação, ou mesmo afinal, como se procedeu no caso, fizesse uma citação qualquer, embora disparatada, de alguma lei federal. O próprio acordão reconhece que a decisão recorrida "não violou lei alguma federal, mas aplicou à espécie as leis que regulam o penhor, sendo, como são, inaplicáveis as da lei hipotecária invocadas pelo recorrente".

"O acordão é, pois, concluí, a melhor justificação de que o caso não é de recurso extraordinário" (Rev. 85-125).

No recurso n. 2.186, fui ainda vencido na preliminar, justamente pela mesma razão por que se lhe negou provimento, isto é, disse o voto vencedor, "porque a Justiça local fez aplicação do artigo 1.150 do Código Civil, consoante a interpretação que lhe deu e que não é cerebrina e, portanto, não autoriza o recurso extraordinário" (Jur., 3.º-198).

Chego a não compreender a decisão. O voto vencedor disse que o caso não autoriza o recurso extraordinário, por ser de interpretação de lei. Entretanto, tomou conhecimento do recurso e negou-lhe provimento, porque a Justiça local interpretou a lei.

Ainda: O acordão do Supremo Tribunal Federal tomou conhecimento do recurso n. 1.042, porque foi interposto em tempo, e, *de meritis*, negou-lhe provimento, porque a Justiça local não deixou de aplicar à espécie lei federal alguma.

Eu fui "vencido na preliminar de se não tomar conhecimento do recurso extraordinário, por não ser caso desse recurso, desde que, segundo se declara no próprio acordão, a Justiça local não deixou de aplicar à espécie lei federal alguma" (Rev. 22-186).

Em recursos extraordinários, anteriormente já apreciados, como os da menor Colombina e Manuel Palmeiro, fui vencido na preliminar de se não conhecer deles, uma vez que se tratava de simples

interpretação de lei sobre filiação ilegítima ou investigação de paternidade (ns. 4 e 8).

A Reforma Constitucional de 1926, dirimindo dúvidas resultantes do art. 59, § 1.º, letra "a", da Constituição de 1891.

332 — Foi justamente para autorizar no verdadeiro sentido o uso do recurso extraordinário, de que se vinha abusando, como se declarou na discussão da Reforma Constitucional, que esta procurou afastar qualquer dúvida na inteligência do art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição de 1891.

O deputado Herculano de Freitas, relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, incumbida do estudo da revisão constitucional, disse, em parecer de 25 de agosto de 1925, sobre o recurso extraordinário, que o texto da Constituição de 1891 "tem suscitado numerosas e notáveis controvérsias e facilitado por tal forma os recursos das sentenças dos juizes dos Estados para o Supremo Tribunal Federal, que o acúmulo do serviço neste tem-lhe perturbado a regularidade das funções.

A emenda n. 52 procura evitar esse mal, tornando positivo que, na hipótese, só caberá recurso de decisões de Tribunal do Estado para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a vigência e a validade das leis federais, em face da Constituição.

Desde que o Tribunal local considera a lei vigente, ou a lei válida, em face da Constituição, decide soberanamente. O recurso é só para o caso em que ele baseie a sua sentença na inaplicabilidade da lei, por vício de inconstitucionalidade, ou na sua não existência. A hipótese da errônea aplicação não legitima o recurso.

Não só as razões acima expostas, como o respeito à competência das Justiças estaduais, recomendam a adoção desta emenda, cujo pensamento parece ser o mesmo contido no texto atual, adterado pelas interpretações" (Parecer da Comissão, em separata, págs. 18, 64 e 65).

Quando, pela primeira vez, no julgamento do *habeas-corpus* n. 18.178, se travou debate sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Reforma, eu disse, quanto ao recurso extraordinário, o seguinte :

"Ao recurso extraordinário também sempre dei interpretação restrita, no sentido de assegurar autonomia às Justiças dos Estados no julgamento das questões reservadas à sua competência. A Reforma confirma essa interpretação.

Alem dos dois casos novos de recurso extraordinário, de facil compreensão, a Reforma esclarece o caso que era duvidoso, aquele que se refere à aplicação da lei federal, pois, agora, explica que o recurso só é autorizado, quando a Justiça local decide que a lei invocada não está em vigor, foi revogada, não existe, em suma, ou quando não é válida a mesma lei, por vício de inconstitucionalidade. É o que resulta da combinação dos dois textos.

O antigo dizia: "quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela".

O texto atual, que adotou a emenda proposta pela Comissão, diz: "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais, em face da Constituição, e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação" (*Arg. Jud.*, 17-352, *Rev. For.*, 47-748, *Pandectas*, 1.^o—3, 2.^a parte).

O S. T. F. passou, então, a julgar, uniformemente, que o recurso extraordinário só é admissível, com fundamento no art. 59-60, § 1.^o, letra a, da Reforma Constitucional, quando a justiça local julga que a lei é inconstitucional ou não está em vigor.

Tal foi o julgamento proferido no recurso extraordinário número 2.028, e em muitos outros relatados pelos demais juizes. Esses julgamentos não são transcritos, porque aqui só se trata de acordão e votos por mim redigidos. Transcrevo, pois, o acordão no recurso n. 2.028:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais, entre A. Cordeiro & Comp., como recorrente, e Francisco Senra, como recorrido:

Hermano Barcellos & Comp. venderam a A. Cordeiro & Comp., por réis 10:200\$0, trinta caixas de banha, que os compradores receberam.

Tendo os vendedores sacado uma duplicata contra os compradores, estes não a aceitaram, por terem posto a mercadoria à disposição daqueles, que transferiram por endosso o seu título a Francisco Senra.

Por este foi proposta ação ordinária contra A. Cordeiro & Comp., que se defenderam, alegando que a cessão ou endosso da duplicata não tem valor, desde que esta não foi assinada pelos supostos devedores, não havendo assim um título creditório, por falta de requisito essencial.

A sentença de primeira instância desprezou a alegação de nulidade do processo, por incompetência da Justiça local, visto não ser aplicável ao caso o art. 60, letra d, da Constituição Federal, desde que o cessionário do crédito é o devedor residem no Estado de Minas Gerais, embora resida o cedente nesta Capital.

De *meritis*, a sentença julgou o autor carecedor de ação, porque, antes da assinatura da duplicata, emitida de conformidade com o art. 1.^o do decreto n. 16.275, de 1923, não tem ela a virtude de constituir título de dívida ou de obrigação, e assim não podia ser transferido um título de dívida inexistente.

O Tribunal da Relação, porém, por acordão de 20 de novembro de 1926, reformou a sentença apelada, para condenar os réus no pedido, porque estes encomendaram e receberam a mercadoria, não provaram que houvessem recla-

mado contra ela no decêndio legal, que é fatal e improrrogavel, nem mostraram os seus vícios por arbitradores, como lhes cumpria.

Na sustentação dos embargos opostos a este acórdão, foi alegada a incompetência da Justiça federal, por serem os litigantes residentes em Estados diversos.

Rejeitados os embargos por acórdão de 14 de fevereiro deste ano, os réus interpuzeram recurso extraordinário, por falta de aplicação dos arts. 204, 210 e 211 do Código Comercial e do art. 60, letra *d*, da Constituição.

O art. 59, § 1.º, letra *a*, da Constituição Federal autorizava o recurso extraordinário quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela.

Este artigo foi substituído pelo seguinte da Reforma Constitucional: "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais, em face da Constituição, e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação".

Só há, portanto, recurso extraordinário, quando a Justiça local julga que a lei é inconstitucional ou não está em vigor.

Se a Justiça local considera que a lei está em vigor ou é válida, a decisão é soberana.

A alegada incompetência da Justiça local não tem fundamento porque, além do mais, já estava em execução a Reforma, quando a decisão recorrida foi proferida.

ACORDAM, pelo exposto, não conhecer do recurso e condenar os recorrentes nas custas.

Rio de Janeiro, 17 de agosto de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Heitor de Souza*. — *F. Whitaker*. — *Leoni Ramos*. — *Pedro dos Santos*. — *Soriano de Souza*. — *Bento de Faria*. — *Geminiano da Franca*. — *Muniz Barreto*. — *A. Ribeiro*. — *Cardoso Ribeiro*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.
(*Atq. Jud.*, 5.º.21).

UM COLAPSO

333 — A jurisprudência navegava em águas tranquilas, plenamente de acordo com a inteligência do novo texto constitucional, quando surgiu a tempestade com o recurso extraordinário n. 2.082, da Companhia Telefônica Brasileira.

O julgamento desse recurso constituiu, felizmente, um caso único de solução de continuidade à jurisprudência que se vinha observando.

Se, na vigência da Constituição de 1891, ainda se poderia tentar discussão sobre a possibilidade de cabimento do recurso da Companhia Telefônica Brasileira, essa possibilidade de discussão deixou de existir, em face da Reforma Constitucional de 1926, em cuja vigência o recurso foi interposto.

Discutiu-se, entretanto, a admissibilidade do recurso, não perante a Reforma Constitucional, mas em face da Constituição Reformada.

E a discussão se travou fora dos autos, quando a discussão nos autos já estava encerrada.

Foi extraordinário o esforço do notável advogado da Companhia para demonstrar que o recurso era admissível, com fundamento nas letras *a* e *b* do art. 59, § 1.º, da Constituição de 1891, sem perceber, apesar do seu reconhecido talento, as contradições em que ia incorrendo nessa demonstração.

Contra a letra e o pensamento das duas Constituições, de 1891 e 1926, consagrando ambas, principalmente a segunda, a interpretação restritiva do recurso extraordinário, considerou a opinião vencedora do relator do recurso que se fazia mister uma interpretação liberal para o conhecimento do mesmo recurso e deste se conheceu, afinal, ainda assim por seis votos contra seis, tendo o presidente do Tribunal desempatado com os ministros Pedro dos Santos, relator, Geminiano da Franca, 1.º revisor, Muniz Barreto, Cardoso Ribeiro, Pedro Mibielli e Edmundo Lins, que tomaram conhecimento do recurso, contra os votos do ministro A. Ribeiro, 2.º revisor, e dos ministros Whitaker, Bento de Faria, Soriano de Sousa, Heitor de Sousa e HERMENEGILDO DE BARROS, que do mesmo recurso não conheciam.

Quanto ao mérito, ocorreu uma circunstância digna de nota.

Até à época do julgamento do recurso da Companhia Telefônica, nenhum litigante jamais alegara (pelo menos durante o período do meu exercício) que o julgamento do recurso extraordinário é restrito à questão federal controvertida.

A alegação se fez, pela primeira vez, no julgamento aludido. Eu a julguei procedente, mas fiquei isolado neste particular. Meu voto vencido no desempate foi o seguinte :

HERMENEGILDO DE BARROS,

vencido na preliminar e no mérito da questão

A preliminar, por sua simplicidade, não requeria o longo debate de que foi objeto, e que revelou o grande esforço empregado para se conhecer de um recurso, que, em circunstâncias normais, não teria sido tentado.

Antes da Reforma da Constituição, poder-se-ia questionar se o caso era, ou não, de recurso extraordinário.

Depois da Reforma, não sei como se poderia manter discussão a respeito.

Ou porque quisesse restringir o recurso extraordinário — e não foi esse o pensamento da Reforma — ou porque pretendesse dar ao recurso extraordinário o seu verdadeiro sentido, o sentido restrito que ele tinha, mas que estava sendo adulterado pelas interpretações — conforme o pensamento da Reforma — o certo é que esta deixou estabelecido, de modo claro, que o recurso extraordinário, no caso do art. 59, § 1.º, letra *a*, da Constituição, não caso do art. 59-60, § 1.º, letra *a*, da Constituição — o recurso extraordinário só é admissível "quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação".

Em outros termos, o recurso extraordinário, no caso da letra *a*, só tem lugar, quando a Justiça local tiver negado aplicação à lei federal, por ser esta inconstitucional ou por não estar em vigor.

Não é agora que externo esta convicção.

Manifestei-a, logo que a Reforma entrou em execução, quando, pela primeira vez, se discutiu no Tribunal a sua constitucionalidade.

Sabe-se que o parecer da Comissão dos 21, na Câmara dos Deputados, procurou justificar o projeto da Reforma Constitucional com a ponderação de ser necessário chamar os poderes públicos da Nação — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário — à observância da nossa lei fundamental, de que eles viviam afastados.

Dizia-se, em relação ao Poder Judiciário, que este se arrogava o exercício de funções legislativas, providenciando em regimento interno sobre matéria de processo e até de direito substantivo. Percebe-se aí a censura, aliás justa, no ato do Supremo Tribunal Federal, que entendeu poder fixar vencimentos a empregos criados na sua Secretaria.

Dizia-se que o Poder Judiciário invadia atribuições políticas de outros poderes e desvirtuava os recursos judiciários, dando-lhes interpretação ampla, incompatível com a natureza de tais recursos.

Procurei defender-me dessas arguições, na parte em que me poderiam atingir; e, quanto ao recurso extraordinário, indicado entre os que estavam sendo indevidamente interpretados com amplitude, disse especialmente o seguinte:

"Nunca desvirtuei os recursos judiciários que a técnica e a lei estabeleceram, como se acaba de ver da inteligência que eu dava ao recurso de *habeas-corpus*.

Ao recurso extraordinário também sempre dei interpretação restrita, no sentido de assegurar autonomia às Justças dos Estados no julgamento das questões reservadas à sua competência. A reforma confirma essa interpretação.

Alem dos dois casos novos de recurso extraordinário, de facil compreensão, a reforma esclarece o caso que era duvidoso, aquele que se refere à aplicação da lei federal, pois agora explica que o recurso só é autorizado, quando a Justiça local decide que a lei invocada não está em vigor, foi revogada, não existe, em suma, ou quando não é válida a mesma lei, por vício de inconstitucionalidade. E' o que resulta da combinação dos textos.

O antigo dizia: "quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela".

O texto atual diz: "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação".

De modo que para mim, ao menos nesses pontos, a reforma não era necessária. Ela não veio corrigir a minha vontade despótica, porque, no entender do legislador constituinte de agora, eu apenas fiz o que o legislador constituinte de 1891 queria que se fizesse...

Sobre a inteligência restrita, pois, que se deve dar ao recurso extraordinário, a minha opinião estava e está assentada há muito tempo.

De acordo com ela, tenho, depois da Reforma, lavrado seguramente uma dezena de acordãos, e no mesmo sentido são todas as decisões, de que outros juizes tem sido relatores.

Isto posto, não se verificou nenhuma das condições exigidas pela Constituição para o cabimento do recurso extraordinário, no caso da letra a.

A própria recorrente não alegou, como se vê de seus memoriais, que a Justiça local tivesse deixado de aplicar a lei n. 939, de 29 de dezembro de 1902.

Refiro-me aos últimos memoriais, aos que foram escritos pelo advogado constituído ultimamente, quando já encerrada a discussão nos autos.

Por esses memoriais é que me guiarei na justificação do meu voto, desde que não conheço os autos, por não os ter examinado, nem ser juiz da turma.

Dou preferência aos últimos memoriais, porque, estando eles em divergência, sobre matéria de direito, com os do advogado que funcionou nos autos,

devo crer que esses últimos memoriais terão corrigido erros dos anteriores, torão renunciado a alegações que aqueles houvessem feito, talvez, inadvertidamente, de modo a ficarem subsistindo somente as últimas alegações.

E tanto mais razoável é essa crença quanto é certo que o advogado constituido à última hora, quando nada mais podia fazer nos autos, não será, como diz a recorrida, o *homem poderoso*, a quem a Ordenação vedava o exercício da advocacia, publicamente ou em segredo, mas é, sem nenhuma dúvida, o advogado notável pelo talento, pelo saber jurídico e por haver ocupado no país todas as posições de destaque, inclusive a de ministro do Supremo Tribunal Federal e de Presidente da República, que são incontestavelmente as mais elevadas. Nos últimos memoriais a que dou preferência, porque justamente para isso é que foram organizados, pois só assim se explicaria a intervenção do novo patrono — nos últimos memoriais a recorrente não alegou que a Corte de Apelação tivesse deixado de aplicar a lei n. 939, de 1902, invocada pela recorrida.

O que a recorrente alegou foi que essa lei "era evidentemente inaplicável à espécie", era "da maior evidência que a lei n. 939 não é aplicável ao objeto da causa nem jurídica nem politicamente", porque a citada lei exige a concorrência pública para os contratos, quando a concorrência, de que aí se fala, só se refere a contratos novos, a contratos que se iniciam, e jamais a contrato em que teria de subsistir ainda por determinado número de anos.

O que a recorrente alegou foi que, não tendo nenhuma aplicação ao caso a lei n. 939, de 1902, "a decisão local, aplicando a dita lei, foi arbitrária e caprichosa e, recusando a aplicação do Código, foi exorbitante e absurda".

O que a recorrente alegou foi que "a única lei aplicável na espécie é o Código Civil, art. 145, lei federal substantiva, lei de direito estrito, que não definidas".

Mas, se a única lei aplicável na espécie é o Código Civil, art. 145, desde logo se concluirá, com absoluta segurança e de acordo mesmo com a opinião nário, com fundamento na letra *a*, porque a Corte de Apelação aplicou exatamente o art. 145, ns. 4 e 5, do Código Civil.

De fato, sumariando o pedido da autora, ora recorrida, o julgado da Corte de Apelação diz que a ação foi proposta, para o fim de ser anulado o contrato de 11 de setembro de 1922, sob o fundamento de "ter sido preterida no contrato a solenidade legal da concorrência pública, exigida no art. 9 da lei federal n. 939, de 29 de dezembro de 1902, ocorrendo, por isso, a nulidade prescrita no art. 145, ns. 4 e 5, do Código Civil".

Pronunciando-se sobre esse pedido, a Corte de Apelação anulou o contrato, com os seguintes fundamentos:

"O Código Civil, dispondo no art. 145, que é nulo o ato jurídico, quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial, para a sua validade, e no art. 146, declarando que as nulidades do art. 145 podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, podia o procurador dos Feitos da Fazenda Municipal, como representante do Ministério Público (art. 2.º, parágrafo único, n. 4, do decreto n. 16.273, de 1923), alegar a nulidade desse contrato de 11 de setembro de 1922, desde que o mesmo infringisse o decreto federal n. 5.160, de 8 de março de 1904, art. 12, parágrafos 8.º e 15.º. Ora, sendo o contrato de 11 de setembro de 1922, um contrato novo, como acabamos de demonstrar, não podia ter sido feito sem concorrência pública, *ex-vi* do art. 15 do decreto federal de 8 de março de 1904, que é reprodutor do art. 9.º da lei, também federal, n. 939, de 29 de dezembro de 1902, pois e obras, que não forem executados por administração, serão sempre feitos por concorrência pública, quando excederem de 2:000\$0".

"A solenidade legal da concorrência pública, assegurando a moralidade administrativa, é de ordem pública e, portanto, a sua preterição constitui nulidade de pleno direito (Código Civil, art. 145, n. 4 e 5), e pode ser alegada ou arguida por qualquer dos contratantes (art. 146 do Código Civil) e deve ser pronunciada pelo juiz, não lhe sendo permitido supri-la, ainda a requerimento das partes (art. 146, parágrafo único). A celebração do contrato de 11 de setembro de 1922, sem a concorrência pública, o tornou evidentemente nulo".

Por conseguinte, a Justiça local, julgando de acordo com os fundamentos transcritos, aplicou expressamente, inequivocamente, precisamente, a lei federal, que a recorrente considerou ser a única aplicável na espécie.

Não podendo fugir a essa evidência, a recorrente pondera que, na verdade, a decisão recorrida "não declarou expressamente sem vigor ou validade a lei federal"; mas, tanto importa, pois deixou de aplicá-la em hipótese por ela, e só por ela regida. *Negou-lhe aplicação*, na linguagem da Reforma constitucional... porque o Código Civil, art. 145, n. 4, anula só o ato em que foi preterida solenidade que a lei reputa essencial para a sua validade, e a formalidade da concorrência, quando exigida por leis locais, não é essencial para a validade dos atos jurídicos, mas apenas *util*", conforme julgou o Supremo Tribunal Federal, em certa ocasião.

Alega, pois, a recorrente, que a Justiça local aplicou erroneamente o artigo 145, n. 4, do Código Civil.

Mas, a aplicação errônea da lei não autorizava o recurso extraordinário, mesmo antes da Reforma Constitucional, conforme jurisprudência pacífica, pelo menos desses 10 últimos anos.

Depois da Reforma, a inteligência, porventura errônea da lei, não poderia absolutamente servir de pretexto à admissibilidade do recurso extraordinário, porque, apesar de ser pacífica a jurisprudência a que aludi, a Reforma julgou conveniente substituir o texto antigo pelo atual, com o intuito, declarado, de evitar que o pensamento do legislador constituinte fosse adulterado pelas interpretações.

Ora, uma das interpretações, que se procurou evitar, foi exatamente essa, pela qual se pretendia que o recurso extraordinário era admissível, quando a lei fosse erroneamente interpretada.

"A hipótese da errônea aplicação, concluiu o parecer da Comissão dos 21, não legitima o recurso".

Na mesma conformidade, poderia ser invocado, sobre o recurso extraordinário, magnífico estudo de doutrina por um dos nossos mais reputados juristas.

A própria recorrente alega, nos seus memoriais, que a condição capital da admissibilidade do recurso é que a lei não tenha sido aplicada, "pouco importando as razões que tenha tido a Justiça local para, julgando inexistente ou inconstitucional a lei, negar-lhe aplicação".

Ora, a recorrente alega que a lei n. 939 foi aplicada, embora sem aplicação à espécie, e que não foi aplicada a única lei aplicável, que é o Código Civil, art. 145.

A este respeito, porém, o engano é manifesto, porque, como já se mostrou à evidência, a Justiça local aplicou o Código Civil a cujo art. 145 expressamente se referiu, por ser o dispositivo em que se firmou a decisão recorrida.

Logo, o recurso não é admissível com fundamento na letra a.

Invoca-se também a letra b, que admite o recurso extraordinário, "quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas".

Alega a recorrente que a lei n. 939, de 1902, é uma lei local, e é nula, porque estatuiu sobre matéria de nulidade, da exclusiva competência da lei federal, e que, sendo a lei nula, a justiça local, não obstante, a julgou válida.

Há pouco, a recorrente dizia que a lei n. 939 não tinha nenhuma aplicação à espécie, porque a única lei aplicável era o Código Civil.

Agora, a recorrente argumenta com a lei n. 939, para considerar admissível o recurso com fundamento na letra b!

Mas, para ser admitido o recurso neste caso, seria preciso que a lei fosse local, e então o novo advogado da recorrente, manifestando-se em desacordo com o antigo, sustenta que a lei n. 939 é uma lei local, quando o primeiro advogado sempre a considerou lei federal. Com este é que se acha a razão.

A lei n. 939 não é local, mas federal, porque foi feita pelo Congresso Nacional, embora para regular a administração municipal no Distrito Federal.

Isto não lhe tira o caráter de lei federal, como tem julgado o Supremo Tribunal, por mais de uma vez.

E o que é mais significativo é que o Tribunal não tem julgado, de modo geral, que as leis orgânicas do Distrito são federais, mas tem julgado, de modo especial, que é federal a própria lei n. 939, de 1902 (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 20, pág. 58, vol. 22, pág. 273, vol. 91, pág. 138).

Ainda agora, no julgamento do presente recurso, não foi diverso o procedimento do Supremo Tribunal que, pelo voto da maioria, considerou federal a lei n. 939, de 1902.

Apenas o Tribunal tem julgado que, para o efeito do art. 59, § 1.º, da Constituição, isto é, para o efeito de ser admitido o recurso extraordinário, não se consideram federais as leis que, embora votadas pelo Congresso Nacional, estabelecem o processo a ser observado na Justiça do Distrito Federal, isto por substância, e não lei adjetiva ou de processo, o que atualmente já não se discute (*Arquivo Judiciário*, vol. 2.º, pág. 354).

Admita-se, entretanto, que a lei n. 939 não seja federal mas local. Não basta, porém, que a lei seja local, para que se admita o recurso com fundamento na letra b.

E' preciso que a validade da lei local tenha sido contestada em face da Constituição, ou das leis federais.

Diz-se que a inconstitucionalidade da lei n. 939 foi alegada, em face do art. 34, n. 23, da Constituição, que dá competência privativa ao Congresso Nacional para legislar sobre o direito civil.

Não é verdade. Não se alegou, no curso da causa, a nulidade da lei local, por ter estatuído sobre matéria de direito civil, como seja a referente à nulidade de contratos.

O que se alegou foi que a citada lei não tinha pertinência à hipótese, por exigir a concorrência pública para contratos novos, quando no caso não se trata de contrato novo, mas de contrato, que teria de vigorar ainda por espaço de alguns anos.

Nem seria possível que, perante a Corte de Apelação, se tivesse contestado a validade da lei local n. 939, pois essa lei foi sempre considerada federal, como já se ponderou, pelo primeiro advogado da recorrente.

Por isso mesmo que, no curso da causa, a validade da lei n. 939 não foi contestada, em face da Constituição ou de qualquer lei federal, como resulta das próprias alegações do último dos memoriais da recorrente às págs. 16 e 17, a Corte de Apelação, esta não teve ocasião de se pronunciar a respeito.

Ora, para ser admitido o recurso extraordinário, é indispensável que a questão da inconstitucionalidade tenha sido discutida e julgada na justiça local, o que absolutamente se não verificou.

Como fundamento do recurso na letra b, alegou também a recorrente que foi contestada, em face do art. 15 da Constituição, a validade do ato do prefeito, que mandou promover a anulação do contrato, tendo, entretanto, a Justiça local julgado válido o ato impugnado.

Alegara a recorrente que a lei n. 939, invocada pela recorrida, como fundamento básico do pedido, nenhuma aplicação tinha à espécie. Mas o que é verdadeiramente inaplicável ao caso é o art. 15 da Constituição Federal.

Esse artigo dispõe que são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Ora, nem a Municipalidade, nem ao prefeito se pode atribuir a qualidade de órgãos da soberania nacional, nem como tais foram eles considerados mesmo por aqueles juizes, que, no julgamento do caso da Prefeitura de Petrópolis, interpretaram a Reforma Constitucional como tendo consagrado a autonomia completa dos municípios.

O fato de ter o prefeito, fundado aliás na legislação municipal, incumbido um dos procuradores dos Feitos da Fazenda Municipal de representar em juízo a Municipalidade, como autora, não tem alcance para a decisão do recurso, nem se percebe em que isso poderia afetar o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Depois — e esta é a razão capital — o que se contestou não foi a validade daquele ato do prefeito, mas a validade do contrato de 11 de setembro de 1922.

Esse foi o objeto da causa. Não se afastou dele, tendo, pelo contrário, julgado de acordo com ele, o acórdão recorrido, que salientou o seguinte:

"A petição inicial não pede a nulidade da lei municipal n. 2.560, de 29 de dezembro de 1921. O que a petição inicial diz é que seja havida a ação como procedente para, julgadas por sentença as nulidades alegadas e "anulado" o contrato de 11 de setembro de 1922, subsista em inteiro vigor o anterior de 17 de janeiro de 1899".

Sendo o contrato distinto da lei que o autorizou, prossegue a decisão recorrida, a nulidade do contrato não depende da nulidade da lei de autorização.

Eis aí o quê foi pedido e o que foi julgado.

Pediu-se a nulidade do contrato e o contrato foi julgado nulo, o que exclui o recurso extraordinário, somente autorizado, quando se alega a nulidade do ato e o ato é julgado válido. Logo, não é caso de recurso extraordinário.

Se, para justificar a interposição deste, fosse lícito à parte recorrente esmerilhar, catar, aqui ou ali, alguma alegação vaga, secundária, sem relação imediata com o objeto principal da causa, não haveria processo nenhum em que não fosse admissível o recurso extraordinário.

Nos últimos memoriais da recorrente não se alega, como se alegou nos do anterior patrono, que se tivesse questionado sobre a vigência do art. 15, § 9.º, da lei municipal n. 85, de 20 de setembro de 1892, e que a Corte de Apelação julgara modificado esse dispositivo pelo art. 3.º, letra f, da lei número 1.101, de 19 de novembro de 1903.

Isto quer dizer que o novo advogado da recorrente não considera nem podia considerar procedente a alegação para fundamentar o recurso na letra a, pois ele reputa local aquela lei, e o recurso só é admissível, quando se trata de lei federal.

Todavia, como dois juizes do Tribunal julgaram procedente a alegação, por terem considerado que a lei é federal, faz-se mister apreciar o merecimento da mesma alegação.

E' fora de dúvida que a lei n. 85, de 1892, é federal, pela mesma razão por que federal é também a lei n. 939, de 1902, conforme já ficou demonstrado.

Por esse lado, pois, o recurso seria admissível com fundamento na letra a. Há, porém, razões que o repelem com esse fundamento.

A recorrente alegara a nulidade do processo, atenta a ilegitimidade da parte, por não poder o prefeito intentar a ação, pois o art. 15, § 9.º, da lei n. 85, de 20 de setembro de 1892, dava ao Conselho Municipal a atribuição de "autorizar a propositura e desistência ou abandono de ações que interessam ao município, bem como o acordo ou composição, nos casos em que não forem vedados pela lei".

A Corte de Apelação julgou improcedente a alegação, dizendo:

"Não procede igualmente a nulidade consistente na ilegitimidade do prefeito municipal para resolver sobre a propositura, desistência e abandono das ações, que interessarem à Fazenda Municipal. E não procede, porque a respeito não sofreu discussão ou interpretação o dispositivo da lei vigente, que não só outorgou aqueles poderes ao prefeito, como ainda os de resolver sobre acordos ou composições nos termos das leis em vigor.

O art. 15, § 9.º, da lei n. 85, de 20 de setembro de 1892, foi modificado pelo art. 3.º, letra f, da lei n. 1.101, de 19 de novembro de 1903, que claramente dispõe:

"Além das atribuições conferidas ao prefeito pela legislação em vigor, compete-lhe mais resolver sobre a propositura, desistência e abandono das ações que interessarem à Fazenda Municipal, bem como sobre acordos ou composições, nos termos das leis em vigor".

Poder-se-ia, desde logo, considerar que a Justiça local não negou aplicação à lei federal n. 85, de 1892, por haver entendido que a mesma estava revogada pelo decreto n. 1.101, de 1903.

De fato, a lei n. 85 foi aplicada, porque a Corte de Apelação julgou improcedente a alegação de ilegitimidade do prefeito para representar em Juízo o município, por estarem expressas em lei vigente não só os poderes de representação outorgados ao prefeito, como ainda os de resolver sobre acordos ou composições.

Ora, a lei vigente, a que o acórdão recorrido se referiu, é a própria lei n. 85, de 1892, cujo art. 37 dispõe:

"Como pessoa jurídica, pode o município comparecer em Juízo, demandar e ser demandado, na pessoa do prefeito, que se fará representar pelos procuradores dos Feitos da Fazenda Municipal e seus auxiliares".

A própria recorrente alegou que o art. 15, § 9.º, da lei n. 85, não foi modificado pelo art. 3.º, letra f, da lei n. 1.101, porque, disse ele, o segundo desses dispositivos não exclui o primeiro, pois, ao contrário, o confirma, não havendo antinomia entre as duas leis.

Admita-se, entretanto, que a Justiça local tivesse negado aplicação ao art. 15, § 9.º, da lei n. 85, por ter sido, não revogado, mas simplesmente modificado pelo art. 3.º da lei n. 1.101, embora essa alegada modificação esteja em desacordo com o período imediatamente anterior, em o qual se considera vigente a lei que outorgou poderes ao prefeito para representar em Juízo o município; admita-se isso, e ainda assim não se poderia conhecer do recurso por dois motivos:

Em primeiro lugar, a alegação de nulidade do processo, por ilegitimidade de parte, sobre a qual se pronunciou a decisão recorrida, julgando improcedente a mesma alegação, é apenas de direito processual, e as decisões sobre matéria de processo não autorizam, como é corrente, o recurso extraordinário.

Em segundo lugar, não se questionou sobre a vigência do art. 15, § 9.º, da lei n. 85, em face da Constituição, tanto que nenhum preceito constitucional foi, neste particular, invocado pela recorrente.

Nem se pretenda que somente a validade da lei, e não a vigência desta, é que deve ser discutida em face da Constituição, segundo observa o novo advogado da recorrente em considerações gerais sobre a admissibilidade do recurso, porque ele mesmo doutrina, como jurisconsulto, na excelente mono-

grafia a que já me referi, que "todos os graves inconvenientes contra os quais é remédio o recurso extraordinário, tanto podem resultar de decisões que declaram sem vigor as leis federais como das que as deixem de aplicar nos casos por ela manifestamente regidos".

E depois de considerar que, em qualquer das duas hipóteses, a lei federal deixa de ser exatamente executada, conclui: "Temos, pois, como certo, que o recurso extraordinário deve ser permitido não só quando a sentença do Tribunal do Estado decide contra a validade de lei federal, mais ainda quando, reconhecendo a vigência desta, a declara contudo inaplicável ao caso que faz objeto do pleito, ou mesmo a deixa silenciosamente de aplicar, apesar de invocada, contanto que se trate de um fato que ela expressamente regule" (*Recurso extraordinário*, págs. 13 e 14).

E' preciso considerar que esses ensinamentos eram ministrados, há 20 anos passados, no regime da Constituição de 1891, que aliás não falava em vigência, mas em validade ou aplicação de leis federais, entendendo-se então que na validade da lei federal estava compreendida a sua vigência, isto é, a constitucionalidade extrínseca ou formal da lei.

De acordo com a doutrina, em virtude da qual as palavras, "em face da Constituição" se referem tanto à vigência como à validade das leis federais, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão de 12 de maio de 1928, proferido na carta testemunhável número 4.612, de que foi relator o Sr. ministro Muniz Barreto, julgou injustificável o recurso extraordinário fundado no art. 59-60, § 1.º, letra a, "pois na Justiça deste Distrito não se questionou sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e, portanto, não houve recusa de aplicação dessa lei" (*Arquivo Judiciário*, vol. 9.º, pág. 196).

O acórdão do mesmo dia, mês e ano, na carta testemunhável n. 4.624, relatada pelo mesmo ministro, decidiu que, segundo a Constituição Reformada, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação... e os testemunhantes não disseram que se questionara na Justiça local sobre a vigência de determinada lei federal em face da Constituição, tendo sido negada aplicação a essa lei" (*Arquivo Judiciário*, vol. 9.º, pág. 109).

O acórdão de 30 de maio de 1928, na carta testemunhável n. 4.600, relator o referido ministro, declara: "Pela Reforma Constitucional é necessário, para que possa ser interposto recurso com fundamento no art. 59-60, § 1.º, letra a, não só que tenha havido controvérsia sobre a existência ou a validade de determinada lei federal, como que essa controvérsia se trave em face da Constituição da República, concluindo a sentença pela procedência da arguição, e, como consequência, pela não aplicação da lei impugnada" (*Arquivo Judiciário*, vol. 9.º, pág. 291).

O acórdão de 27 de junho do mesmo ano, redigido pelo mencionado ministro, no recurso extraordinário n. 2.026, sentenciou: "quer se tenha em vista o dispositivo do art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição de 1891, quer o do art. 59-60, § 1.º, letra a, da Constituição Reformada, não cabe o recurso intentado, porque: a)... b) não esteve em controvérsia a validade ou vigência de lei federal em face da Constituição da República, e, se o estivesse, nem por isso seria admissível o recurso, desde que a lei federal foi aplicada" (*Arquivo Judiciário*, vol. 9.º, pág. 296).

As palavras sublinhadas são dos próprios acórdãos, todos eles proferidos unanimemente.

Unâimes, no mesmo sentido, foram também os acórdãos de 18 de maio de 1927 e 5 de setembro de 1928, nas cartas testemunháveis ns. 4.456 e 4.726, das quais foi relator o Sr. ministro Edmundo Lima.

Aquele primeiro julgado tem ainda para o caso uma importância especial.

Ali, se decidiu que, em face da Constituição de 1891, poder-se-ia discutir se a aplicação das leis processuais do Distrito Federal autorizava, ou não, o recurso extraordinário, pois a letra do art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição, admitia tal recurso, quando se questionasse sobre a validade ou aplicação de leis federais, tendo uma vez até prevalecido a opinião isolada que, neste sentido, havia no Tribunal, mas que depois da Reforma já não era possível discussão a respeito, porque o texto atual autoriza o recurso, quando se questionar sobre a *vigência* ou a *validade* das leis federais *em face da Constituição* e a decisão do Tribunal do Estado, lhes negar aplicação, o que, na hipótese, não ocorreria, e ainda que se tivesse questionado a respeito, a Justiça local não negaria aplicação e, pelo contrário, aplicaria a lei processual reguladora da suspensão oposta aos desembargadores da Corte de Apelação.

Diante deste acórdão, redigido pelo Sr. ministro Edmundo Lins, já não pode S. Ex. invocar, como o fez ainda agora, o seu antigo voto, no sentido de que se deve tomar conhecimento do recurso extraordinário, se a parte "ao interpor-lo, invocou um caso no qual, em tese, tem cabimento".

Se, em face da Constituição de 1891, este voto já não era aceito pelo Tribunal, depois da Reforma não será ele sequer discutível, porque a Reforma, se não restringiu, com a nova redação do texto, a admissibilidade do recurso extraordinário no caso da letra a, esclareceu o que era objeto de dúvida, para evitar que o pensamento do legislador constituinte continuasse a ser adulterado pelas interpretações amplas, incompatíveis com o fim do recurso extraordinário, de aplicação restrita por sua natureza.

Não era possível, antes da Reforma, e muito menos depois dela, a aceitação do recurso extraordinário pelo simples fato de se haver invocado, no momento de ser interposto o recurso, um caso em que, em tese, ele tem cabimento, porque o recurso só é admissível na hipótese de ter a Justiça local negado aplicação de lei federal, por não estar em vigor ou ser inválida essa lei.

Finalmente, o recurso extraordinário foi também interposto com fundamento na letra c, isto é, "quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal..."

Não se alega divergência entre dois ou mais tribunais locais.

O que a recorrente alega é que há divergência entre a Corte de Apelação e o Supremo Tribunal Federal na interpretação do art. 145 do Código Civil, porque a primeira exige a concorrência pública como formalidade essencial do contrato, ao passo que o segundo já considerou em determinado julgamento que a concorrência pública não é formalidade essencial ao contrato, mas formalidade apenas útil, conveniente ao melhor desempenho do serviço. Ainda que a alegação fosse verdadeira e estivesse provada, o caso não seria de recurso extraordinário, porque não se ajusta à hipótese prevista na Constituição.

Depois, se o recurso extraordinário, no caso da letra c, é interposto para o Supremo Tribunal Federal, não se compreenderia a legitimidade do recurso, dada a divergência, entre aquele Tribunal e outro da Justiça local, porque então verificar-se-ia a anomalia de ser o Supremo Tribunal chamado a decidir a controvérsia, em que ele mesmo fosse interessado, tornando-se, assim, juiz e parte ao mesmo tempo.

Não há necessidade de maior desenvolvimento a respeito, mesmo porque esse fundamento do recurso não foi adotado pelo Supremo Tribunal, que o repeliu por ser manifestamente inadmissível".

Quanto ao mérito:

Nego provimento ao recurso, sem que me pronuncie sobre a procedência ou a improcedência dos fundamentos da decisão recorrida, cuja apreciação, no caso, me é vedada pela lei n. 221, de 1894.

O art. 24 dessa lei, perfeitamente constitucional, porque está de acordo com o art. 61 da Constituição, que assegura a autonomia das decisões da justiça local, o art. 24 da lei n. 221 manda que o Supremo Tribunal Federal

julgue os recursos extraordinários pelo modo estabelecido no seu regimento interno, e acrescenta: "mas, em todo o caso, a sentença do Tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restrita à questão federal controvertida no recurso, sem estender-se a qualquer outra porventura compreendida no julgado".

O regimento do Tribunal, de que foi relator o seu ex-ministro, atual advogado da recorrente, dispõe, por sua vez, no art. 170:

"No julgamento do recurso, o Tribunal verificará preliminarmente se ocorre algum dos casos em que o mesmo é facultado. Decidida a preliminar pela negativa, não tomará conhecimento do recurso; se pela afirmativa, julgará o feito, mas a sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida, sem se estender a qualquer outra, porventura compreendida no julgado".

E a mesma disposição do art. 748, parte 3.^a, do decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, o que demonstra irrespondivelmente que o recurso extraordinário foi instituído para ser aplicado restritamente, de modo a ficar assegurada a autonomia da Justiça local.

Sobre as disposições transcritas, o ilustre autor do regimento interno do Tribunal e da monografia denominada *Recurso Extraordinário* doutrinou, há mais de 20 anos, nos termos seguintes:

"Não obstante o tom imperativo e a clareza cristalina destas disposições, o Supremo Tribunal não as tem observado.

Nas suas decisões sobre recursos extraordinários, nunca ele se adstringe à "questão federal": vai sempre além, e julga o ponto de direito privado em litígio.

Semelhante prática, sobre ser ilegal, parece-nos, *data venia*, errônea.

Em nossa organização constitucional, a aplicação do direito privado pertence privativamente "à Justiça dos Estados". E' um dos atributos da sua autonomia, é uma faculdade que não existe fora do círculo de sua jurisdição, círculo fechado às incursões da Justiça federal.

Definida a competência dos Tribunais da União, tudo quanto aí se não compreenda é da alçada exclusiva dos juizes locais, é matéria de que a magistratura federal não pode conhecer sem exorbitância das funções que lhe são próprias, sem invasão das que no sistema ficaram reservadas às Justças dos Estados.

Ora, que é que provoca e legitima o recurso extraordinário?

Não é a questão de direito privado, pois, em relação a esta, os juizes locais são soberanos, as suas decisões lhe põem termo definitivo, segundo o art. 61 da Constituição, e o Supremo Tribunal não constitue uma terceira instância. E' sim, unicamente, a questão constitucional da validade ou aplicação da lei. E' tão somente para dirimir a controvérsia suscitada sobre este ponto que se invoca a autoridade do Supremo Tribunal. E' apenas por este motivo que a Constituição lhe confere o direito de intervir num pleito submetido aos Tribunais dos Estados. Mas, sendo assim, claro é que, resolvida a dúvida que provocou a intervenção do Supremo Tribunal, cessa imediatamente a legitimidade dessa intervenção, e, consequentemente, ir além é exceder os poderes que a Constituição lhe deu, é arrogar-se uma faculdade que lhe não foi confiada, é invadir uma esfera de ação, cuja entrada lhe é defeso transpor".

Penamos, pois, que bem avisado andará o Supremo Tribunal se reconsiderar nesta matéria a sua jurisprudência e se limitar d'ora em diante, a declarar simplesmente que a lei é *válida ou aplicável à espécie*, deixando que a Justiça do Estado, no desempenho da função que lhe é própria, julgue novamente o feito e decida então a questão de direito privado à luz do preceito legal que ela julgara *inválido ou inaplicável*" (*Recurso Extraordinário*, pág. 41).

De acordo com essa magistral lição de direito, o Supremo Tribunal não tem de indagar se a concorrência pública para o contrato era ou não era

necessária; se foi celebrado um contrato novo ou apenas modificado o contrato existente e que teria de vigorar ainda por alguns anos; se houve ou não houve novação; se foram alienados, sem hasta pública, bens pertencentes à Prefeitura ou à recorrente e em que consistiu essa alienação; se o contrato fixou taxas mais elevadas do que as da lei que o autorizou e se é nulo o contrato, por ter sido a Prefeitura induzida a erro na ocasião em que o celebrou.

São de direito privado todas essas questões, em cujo pronunciamento é soberana a Justiça local, que as julgará definitivamente e com absoluta autonomia, nos termos do art. 61 da Constituição.

Dessas questões o Supremo Tribunal não tomará conhecimento, não apreciará se foram bem ou mal decididas pela Justiça local, porque, decididas neste ou naquele sentido, a decisão prevalecerá.

O Supremo Tribunal limitar-se-á, nos termos da lei, ao julgamento da questão constitucional controvertida.

E essa questão, no caso, concedido que tivesse havido alguma controvérsia a respeito, consistiria em saber se, em face da Constituição, a lei federal está, ou não, em vigor e se é ou não válida.

Ora, a Corte de Apelação não julgou revogadas ou inválidas as leis números 939, de 1902, e 3.071, de 1 de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil. Julgou, pelo contrário, que essas leis são válidas, estão em vigor e aplicou-as.

Logo, outro caminho não tinha a seguir o Supremo Tribunal, se não o de negar provimento ao recurso, como eu o neguei, pela mesma razão por que do recurso se não devia ter tomado conhecimento.

Se, porém, a Corte de Apelação tivesse deixado de aplicar as leis federais invocadas, porque as julgara inválidas ou não vigentes, e o Supremo Tribunal as considerasse válidas ou em vigor, então, sim, devia o recurso ser provido, e decidisse a questão de direito privado à luz do preceito legal que ela julgara inválido ou inaplicável, ou sem vigor.

Objetar-se-á, como se me objetou na discussão, que esse novo julgamento seria inútil, porque a Justiça local repetiria, como fizera no primeiro julgamento, que o contrato é nulo em face da lei n. 939, de 1902, e do art. 145 do Código Civil.

Mas se é verdade que a Justiça local julgou nesta conformidade, tem-se então a confissão franca de que ela aplicou as leis federais invocadas e, por conseguinte, julgaram mal os que, com o voto de desempate, tomaram conhecimento do recurso, somente autorizado quando a Justiça local nega aplicação à lei federal.

Dir-se-á, como também se disse na discussão, que o Supremo Tribunal nunca procedeu por essa forma e que, tomando conhecimento do recurso extraordinário, sempre foi além da questão federal controvertida, sempre julgou a matéria de direito privado.

Em primeiro lugar, não é inteiramente exato o que se afirmou, porque no recente julgamento do caso da Prefeitura de Petrópolis, o Supremo Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário, para considerar válida, em face da Constituição Federal, a lei do Estado do Rio, que estabeleceu para o Tribunal da Relação o recurso da verificação de poderes municipais.

O fundamento do acórdão do Supremo Tribunal foi que, tendo o acórdão da Relação do Rio julgado válida aquela lei, não podia o Supremo Tribunal bem ou mal aplicá-la; se, em suma, a decisão recorrida fora justa ou injusta, pois só poderia entrar nessa apreciação, se o Tribunal do Estado tivesse julgado a lei inválida, se essa lei tivesse ferido a Constituição da República ou qualquer outra lei federal (*Arquivo Judiciário*, vol. 6.º, pág. 391).

Em segundo lugar, ainda que fosse absolutamente exato que o Supremo Tribunal nunca se limitou até hoje ao julgamento da questão federal e tem ido além, decidindo a questão de direito privado, da competência da justiça local, isto provaria apenas que o Supremo Tribunal tem andado errado, o que não é razão para que persista no erro, desde que o reconheça. Ora, não é possível deixar de reconhecer o erro, diante da argumentação, que já transcrevi, da monografia sobre o *Recurso Extraordinário* e diante da sinceridade com que essa argumentação foi produzida pelo juriconsulto, e não pelo advogado da causa.

Aliás, o erro do Supremo Tribunal, neste caso, é explicável, porque tem sido cometido inadvertidamente, sem que para ele tenha sido alguma vez chamada a sua atenção.

É certo que o Supremo Tribunal, tomando conhecimento de recursos extraordinários, tem julgado questões não propriamente federais, mas é também verdade que nunca foi alegada a sua incompetência para proferir julgamento sobre questões de direito privado, definitivamente julgadas pela justiça local.

Agora, porém, a recorrida invoca o art. 24 da lei n. 221, não para se negar provimento ao recurso, mas para se não conhecer dele — no que me parece ter havido engano — e alude por vezes à monografia a que me tenho referido.

Procurando consultá-la, pois não a conhecia ainda, convenci-me da boa doutrina aí sustentada, de acordo aliás com a disposição expressa da lei, que por sua vez reproduz o pensamento da Constituição.

Nesse trabalho memorável, o seu autor concitou o Tribunal a reconsiderar a sua jurisprudência e nada justificaria a repugnância em seguir-lhe o conselho salutar, tanto mais quanto não poderia ser notada na mudança uma contradição, que só existiria se, tendo o Tribunal julgado que lhe é lícito conhecer da questão de direito privado, apesar de ter havido discussão em que fosse invocado o art. 24 da lei n. 221, passasse a julgar agora que não pode conhecer de tal questão, em vista do mesmo art. 24 da citada lei.

Não houve, porém, discussão, nem julgamento expresso neste sentido. Houve, apenas, inadvertência do Supremo Tribunal, que, justamente por falta de debate sobre o caso, foi julgando, sem o sentir, questão estranha à sua competência, por uma talvez natural tendência de absorção de funções.

Se, por um lado, essa tendência pode encontrar explicação no desejo de corrigir erro manifesto da justiça local, erro de natureza desse que se diz ter sido cometido pela Corte de Apelação, por outro lado, se desconheço que o recurso extraordinário não foi instituído para corrigir erros ou injustiças da justiça local, pois não é o Supremo Tribunal uma terceira instância, mas, para garantir a supremacia da lei federal, como se tem inúmeras vezes proclamado.

Ainda que anteriormente tivesse havido discussão, seguida de julgamento diferente do que fosse agora proferido, não devia o Supremo Tribunal permanecer no erro, de que estivesse convencido, só porque lhe pudessem arguir contradição com julgamentos anteriores.

Aliás, contradições manifestas, verdadeiras contradições, verificadas após debate, ocorrem quase semanalmente no Tribunal, sendo mesmo, algumas vezes, inevitáveis essas contradições, dado o imperfeito sistema de julgamento por todos os juizes, quando os autos são examinados apenas por um, ou, quando muito, por uma turma de três.

De contradições injustificáveis poderiam ser apontados inúmeros exemplos. Bastará, ao caso, a citação de dois, por serem muito conhecidos.

O Supremo Tribunal Federal julgou, por milhares de vezes e durante muitos anos, que a falta de reclamação prévia às juntas de alistamento e sorteio não o inibia de declarar isento do serviço militar, por meio de *habeas corpus*, o cidadão que tivesse direito à isenção, muito embora os regulamentos do serviço militar exigissem aquela reclamação antecipada.

Entendia, então, o Tribunal que o *habeas-corpus* era destinado a garantir a liberdade individual, que não podia ficar prejudicada, por falta de observância da formalidade aludida, desde que o paciente provasse o constrangimento ilegal, resultante do indevido alistamento ou sorteio pelas autoridades militares.

Ultimamente, o Supremo Tribunal Federal passou a confirmar as decisões do Supremo Tribunal Militar, que tem negado *habeas-corpus* a sorteados, só porque não reclamaram previamente perante a junta, embora tenham eles provado plenamente a isenção, conforme reconhecimento expresso em suas decisões pelo próprio Supremo Tribunal Militar.

Nada justificava, neste caso, a mudança de julgamento, por se ter à vista nas discussões o mesmo dispositivo, em cuja vigência eram concedidos e são agora negados os *habeas-corpus*.

Por espaço de muitos anos, também se julgou que a Justiça federal era competente para processar e julgar litígios entre cidadãos de Estados diversos, *sorrente quando diversificassem as leis desses Estados, nos termos da cláusula final do art. 60, letra d, da Constituição*.

Sem que esta tivesse sido reformada, passou o Supremo Tribunal Federal a julgar que a Justiça federal era sempre competente para processar e julgar os litígios em questão, porque a referida cláusula, "diversificando as leis destes" Estados, devia ser considerada como se não existisse no texto constitucional.

E foi preciso que se decretasse a Reforma da Constituição, para que o Tribunal voltasse à sua primitiva jurisprudência.

Entendo que não é qualidade apreciável no juiz a de estar mudando constantemente de opinião. Por isso, as minhas mudanças são muito raras e sempre devidamente explicadas.

Há casos, entretanto, em que a mudança se impõe, como no atual, em que o Tribunal tem, despercebidamente, vivido em erro sobre matéria de competência constitucional.

Nem há na mudança verdadeira contradição, pois o Tribunal nunca declarou, ao conhecer do recurso extraordinário, que podia julgar a questão de direito privado ventilada e julgada na Justiça local, sem embargo do art. 24 da lei n. 221, para o qual só agora é solicitada a sua atenção.

Houvesse, porém, verdadeira contradição, nos termos em que se verificaram as dos dois exemplos apontados, e sem dúvida estaria ela justificada pela necessidade de não ser mantida uma jurisprudência errônea, para cujo abandono foi feito ao Supremo Tribunal sincero apelo pelo próprio juriconsulto, que ora advoga a causa da recorrente.

Em suma: é soberano o acórdão da Corte de Apelação, julgando nulo o contrato, por falta de concorrência pública, e considerando exigível essa concorrência, por se não tratar de contrato simplesmente modificado, mas de contrato novo, altamente prejudicial à Prefeitura, que o não celebraria, se não tivesse sido induzida a erro.

Ainda que a decisão estivesse manifestamente errada, a ponto mesmo de ser destituída, não somente de senso jurídico, mas até de *sensu communis*, como foi, com excesso, julgada na discussão, ainda assim não podia o Supremo Tribunal reformar aquela decisão, sem exorbitância de funções.

Reformando-a, o Supremo Tribunal infringiu o art. 24 da lei n. 221, que limita a sua competência ao julgamento da questão constitucional; infringiu o art. 61 da Constituição, que assegura a soberania da Justiça local no julgamento da questão de direito privado discutida perante ela; infringiu o artigo 59-60 da Constituição, que não admite recurso extraordinário das decisões da Justiça local, se não nos casos aí restritamente estabelecidos, excluída a interpretação ampla, que a letra e o espírito do texto repelem de maneira absoluta (*Pandectas* 9.º-188, 2.ª parte; *Rev. de Jur. Bras.*, 8.º-226).

PASSOU A TORMENTA

334 — Serenada a tempestade, a jurisprudência retomou o seu curso nas águas em que vinha navegando tranquilamente.

Passou de novo a considerar que o recurso extraordinário, no caso do art. 59-60, § 1.º, letra a, da Constituição, só é admissível, quando a Justiça local deixa de aplicar lei federal, por ser esta inconstitucional, ou por não estar em vigor, o que não se verificou no recurso extraordinário a seguir, n. 2.174, o qual fora interposto de decisão da Justiça local, que se limitara à apreciação da prova de ser o recorrente portador de boa fé de um bilhete de loteria.

N. 2.174 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, do Estado de Minas Gerais, entre Hortencio Lopes, como recorrente, e a Companhia Loteria de Minas Gerais, como recorrida.

Aquele propôs ação ordinária contra esta, para cobrar a quantia de mil contos de réis, com que fora premiado o bilhete n. 1.680, de que era portador, na extração da loteria n. 181, a que se procedera no dia 9 de setembro de 1926.

Alega o autor que comprou o bilhete no dia referido, antes da extração, e que, indo no dia seguinte receber o prêmio na agência de Narciso & Comp., o gerente desta, Ernesto Machado Coelho, lhe exigiu a metade do bilhete premiado, sob pena de obstar o pagamento, que não podia deixar de ser feito pela ré, emissora do título, do qual era o autor portador de boa fé, nos termos do art. 1.507 do Código Civil.

A ré defendeu-se, alegando que, no dia da extração da loteria, o autor, na qualidade de gerente da mesma ré, retirou o bilhete da agência e mandou que ele fosse debitado na conta da companhia ré, para que esta o desse de presente, como de costume, a pessoas gradas, chegando mesmo a ser declinado o nome de uma delas — o Dr. Alvaro Baptista de Oliveira — mas verificando o autor, após o sorteio, que o bilhete fora premiado, ordenou que ele fosse debitado em sua conta particular para fazer jus ao recebimento do prêmio do bilhete, que é de propriedade exclusiva da ré.

A sentença de primeira instância considerou que, seja o bilhete de loteria verdadeiro título ao portador, ou um título especial *sui generis*, cumpria tão somente verificar se o autor era possuidor de boa fé do bilhete premiado.

Apreciando a prova dos autos, o juiz de primeira instância julgou a ação improcedente, considerando que o autor não pagara a importância do bilhete nem a mandara levar a seu débito individual, mas ordenara que fosse aquela importância debitada à companhia ré, para o fim de fazer presente a pessoas do novo Governo do Estado, a quem era preciso agradar, e assim não era o autor portador de boa fé, exigida pelo art. 1.507 do Código Civil, mas simples detentor do título, na qualidade de representante da ré, a quem o mesmo título pertencia.

A Câmara Civil da Relação de Minas confirmou a sentença de primeira instância por seus fundamentos, considerando provada, por meio de indícios e presunções, perfeitamente admissíveis no caso, a má fé do autor, apelante, apresentando-se como portador, em nome próprio, de um bilhete premiado que ele só trazia como preposto e mandatário da ré, apelada. Rejeitados os embargos opostos ao primeiro acórdão, o autor interpsu recurso extraordinário, com fundamento no art. 59-60, § 1.º, letras a e c, da Constituição, alegando que a Justiça local não aplicara os arts. 1.505 e 1.507 do Código Civil e dera

Na cláusula 5.^a do contrato, ficou estipulado o seguinte :

"Se, findo o presente contrato de arrendamento, aos outorgados ou seus sucessores não convier a sua renovação, e não quiserem continuar no imóvel como arrendatários, ficarão obrigados a entregar à Ordem outorgante a quantia de 80:000\$0, a título de indenização, para as obras da subdivisão do edifício, quantia cuja entrega se fará no dia seguinte ao da terminação do presente contrato".

Entendendo que a cláusula transcrita lhes conferia o direito de continuar, ou não, como locatários do prédio, dependendo exclusivamente de sua vontade a renovação do contrato em condições perfeitamente iguais às da escritura de 3 de setembro de 1909, e não estando a Venerável Ordem 3.^a dos Minimos de São Francisco de Paula de acordo com essa inteligência, Vasco Ortigão & Comp. propuseram ação declaratória contra ela, para que, por sentença judicial, lhes fosse reconhecido o direito à renovação do contrato de arrendamento, nos termos da mencionada escritura.

A ré contestou a ação, alegando que nem da letra, nem do espírito do contrato, é lícito concluir que sua renovação "ficou dependendo da exclusiva vontade dos locatários" e muito menos que a renovação continuaria "em condições perfeitamente iguais às combinadas".

A renovação ficou dependendo da vontade de ambas as partes. Renovar não é prorrogar, mas alterar, modificar, transformar, etc. Além disso, o contrato foi feito por prazo muito longo e a preço mesquinho, sendo um dos muitos "arranjos" efetuados por administradores pouco escrupulosos das nossas Ordens e Irmandades.

A sentença de primeira instância julgou improcedente o pedido de fls. 69 v.

São fundamentos da sentença os seguintes :

I. Quando se tem em vista a interpretação de uma cláusula contratual obscura, ambigua, equívoca, ou contraditória, cumpre recorrer ao elemento histórico, de que se originou a cláusula, e o elemento histórico é este : a) a letra dos estatutos da Ordem manda reduzir sempre ao mínimo o prazo de cada arrendamento, competindo a solução à Mesa Conjunta na hipótese de exceder o arrendamento de cinco anos; b) a Mesa administrativa da Ordem aceitou a proposta do *Parc Royal*, atendendo a uma situação especial criada pela interferência do chefe da firma na solução de obstáculos opostos pela administração municipal para reconstrução do edifício e muito influente para a aceitação da proposta a circunstância de se obrigar a firma ao pagamento de 150:000\$0 a título de luvas, correndo ainda por sua conta a instalação de água, luz, esgotos e elevadores, orçada em cerca de 100:000\$0, além da indenização de 80:000\$0 para a construção de divisões no edifício, dada a hipótese de não ser reformado o contrato; c) a Comissão da Ordem teve em vista não só a grande área do terreno, como o valor locativo, que, em razão de futuros melhoramentos públicos locais, tem propensão para aumentar; d) do contrato de arrendamento do imóvel ficaram fazendo parte integrante as atas das sessões da Mesa Administrativa da Ordem e no teor dessas atas se fazem referências várias à renovação do contrato, à sua reforma, e nunca à prorrogação do contrato, porque a palavra renovação não quer dizer prorrogação.

II. A cláusula 5.^a do contrato deve ser entendida por esta forma : "Findo o prazo do contrato de arrendamento, se aos outorgados ou seus sucessores não convier a sua renovação, e não quiserem continuar no imóvel, como arrendatários", porque não lhes convenha esse arrendamento prorrogado sob novas imposições da outorgante, "ficarão obrigados à indenização referida, que será satisfeita no dia imediato à terminação do contrato".

III. De outro modo, se se permitisse interpretar a cláusula, conferindo aos autores o direito à recondução do contrato pelo mesmo prazo e nas mesmas

condições, dar-se-ia o caso de serem os autores, de um modo exclusivo, unilateral, arbitrário e, portanto, desferido em lei, juizes únicos na deliberação da vontade, muito embora imposta sem anuência da parte contrária, verificando-se a hipótese de uma condição puramente potestativa, proibida pelo art. 115 do Código Civil, onde se diz: "... Entre as condições desferidas se incluem as que privarem de todo efeito o ato ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes".

Desta sentença os autores apelaram.

O acordão de fls. 120 deu provimento à apelação, para reformar a mesma sentença e julgar a ação procedente.

O acordão considerou que a cláusula 5.^a do contrato não está em conflito ou colisão com o art. 115 do Código Civil, porque, na lição de Clevis Bevilacqua, Carvalho Mourão e Eduardo Espinola, a referida cláusula 5.^a encerra uma condição — potestativa mista — que depende simultaneamente do acaso e da vontade do credor e não somente do arbítrio deste, e as condições — potestativas mistas — não são proibidas pelo citado art. 115.

Se, porém, houvesse alguma colisão entre a cláusula e o Código, este, que é de 1917, não poderia retroagir, para alcançar o contrato celebrado em 1909, quando, na legislação então vigente, nenhum preceito existia igual ao do art. 115 do Código.

Passa o acordão ao estado da cláusula 5.^a do contrato e conclui que a palavra *renovação* foi empregada no sentido de *prorrogação* do contrato por outros 21 anos e nas mesmas condições da escritura de 1909.

Embargado o acordão pela ré, foram os embargos rejeitados pelo acordão de fls. 137, do qual a ré interpsu recurso de revista para a Corte plena, com fundamento no decreto n. 21.228, de 31 de março de 1932, art. 1.^o, letras a e b.

Indeferido o requerimento de revista, por não caber esse recurso de decidinário do acordão que rejeitou os embargos e confirmou por seus fundamentos o acordão anterior, invocando como fundamento do recurso o art. 59-60, letra a, da Constituição.

O Sr. ministro procurador geral opinou pelo não conhecimento do recurso, porque este foi interposto do acordão de fls. 137, proferido a 28 de setembro de 1932, ao passo que a petição de recurso foi submetida a despacho quase um mês depois, isto é, a 24 de outubro, sendo certo que a ré, a 19 de outubro, requereu revista, mas o requerimento foi indeferido, por não ser cabível tal recurso, e por isso não podia interromper o prazo para a interposição do recurso extraordinário.

Há equívoco da parte do Sr. ministro procurador geral, quando considera que o recurso extraordinário foi interposto depois do prazo legal.

O acordão de fls. 137, de que o recurso foi interposto, é realmente de 28 de setembro de 1932.

Mas desse acordão a ré somente foi intimada a 17 de outubro, como se vê da declaração do oficial a fls. 189 e da certidão lançada nos autos originais.

No dia 19 a ré interpsu recurso de revista para a Corte plena. Indeferido o requerimento no mesmo dia, ela interpsu recurso extraordinário a 24, no sétimo dia, portanto, sendo de notar que o recurso foi tomado por termo a 28 de outubro, porque o juiz mandou juntar o requerimento aos autos a 24 e, conclusos estes a 25, só a 27 mandou tomar por termo o recurso (fls. 194 v e 195).

ACORDAM, todavia, não tomar conhecimento do recurso extraordinário por outro fundamento, qual o de não ser o recurso admissível com assento na letra a.

A recorrente admite acertadamente que o recurso, no caso invocado, só é cabível, quando a Justiça local deixa de aplicar lei federal, por ser esta constitucional, ou por não estar em vigor a mesma lei.

Depois de transcrever um trecho de suas razões a fls. 119 e dos seus embargos a fls. 132, no qual alega que o acordão embargado é nulo, "porque declarou não vigente ao tempo do contrato o princípio legal que veda a condição potestativa", quando este princípio, hoje consagrado no art. 115 do Código Civil, já se continha na Ord. L. 4.º T. 4.º, pr., remissivo ao Direito Romano, que condenava expressamente a condição — potestativa — depois de transcrever esse trecho, a recorrente conclue que "o caso é típico de recurso extraordinário; questionou-se sobre a vigência do preceito legal que veda as condições potestativas, e a Corte de Apelação, declarando-o inexistente ao tempo do contrato, negou sua aplicação à espécie, negando assim formalmente a vigência de uma lei federal, qual seja a Ord. L. 4.º T. 4.º, pr., vigente àquela época, e cujo preceito nunca foi revogado, convindo observar que, mesmo no silêncio da Ordenação, o citado artigo do Código Civil deveria ser aplicado com efeito retroativo, por encerrar um princípio de ordem pública" (fls. 193 v.).

Se a Corte de Apelação tivesse dito o que a recorrente lhe atribue, o caso seria realmente de recurso extraordinário.

Mas a Corte não disse absolutamente, nem do acordão recorrido se depreende que ela houvesse declarado inexistente a Ord. L. 4.º T. 4.º, pr., ao tempo do contrato, ou que tivesse negado formalmente a vigência da mesma Ordenação e sua não aplicação à espécie dos autos.

A Corte disse, ao contrário, que a Ord. citada não proibia a cláusula do contrato, pois a proibição só começou com o Código Civil.

Por conseguinte, a Corte deu como existente a Ordenação, a sua vigência ao tempo do contrato e aplicou-a, considerando que ela não proibia a cláusula do contrato. Não importa indagar se a consideração ora ou deixava de ser acertada.

Nem se pretenda que deixou de ser aplicado o art. 115 do Código Civil. Não o diz a recorrente.

A lei federal, que ela diz não ter sido aplicada, é a Ord. L. 4.º T. 4.º, pr.

A sentença apelada é que disse que o art. 115 do Código Civil proíbe a condição potestativa, em virtude da qual todo o efeito do contrato fica dependendo do arbítrio de uma das partes.

Tomando em consideração esse argumento da sentença, o acordão recorrido ponderou que se trata de uma condição potestativa mista, não proibida pelo Código, segundo a lição de Clovis Bevilacqua, Carvalho Mourão e Eduardo Espinola, e assim não há colisão alguma entre a cláusula 5.ª do contrato e o art. 115 do Código Civil, que não proíbe a citada cláusula 1.ª, também admitida pela Ordenação.

Mas, acrescenta o acordão *ex-abundantia*, ainda que houvesse colisão, por se entender que não se trata de condição potestativa mista, e sim de condição proibida pelo Código, então seria o caso de não ser este aplicável a um contrato celebrado em 1909, oito anos antes da vigência do mesmo Código.

Esta consideração, porém, era e é absolutamente desnecessária, porque o que o acordão julgou substancialmente é que a cláusula 5.ª do contrato é válida, por não estar em desacordo com o art. 115 do Código Civil. — Custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Rev. de Jur. Bras.* 30-163, *Jur.* 13-618).

A decisão foi unânime. O Sr. ministro A. Ribeiro assim fundamentou o seu voto:

"A meu ver, o caso não é de recurso extraordinário, pois toda a controversia versou, única e exclusivamente, sobre uma questão meramente de fato — a interpretação da cláusula 5.ª do contrato de locação. E' certo que a recor-

rente impugnou a validade dessa cláusula em face da 2.ª parte do art. 115 do Código Civil, que dispõe: "entre as condições defesas incluem-se as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes".

Mas, em parte alguma dos autos, se questionou sobre a constitucionalidade ou vigência desse dispositivo de lei".

O julgamento de improcedência da carta testemunhável n. 5.846 foi assim justificado: "Para que o recurso extraordinário seja autorizado, não basta que tenha havido falta de aplicação de lei federal. É indispensável que a falta de aplicação tenha sido determinada por ser inconstitucional ou não vigente a lei federal invocada" (*Arquivo Judiciário*, 30-219, *Jur.* 11-296).

Casos em que se conhece do recurso extraordinário, por ser admissível, com fundamento na letra "b".

336 — O art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição de 1891, faculta o recurso extraordinário "quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas".

Este caso de recurso extraordinário da letra b não oferece a mesma dificuldade, que oferecia o da letra a, antes da Reforma Constitucional, que o esclareceu devidamente.

Já são conhecidos, na íntegra, os acordãos proferidos nos recursos extraordinários, interpostos nas questões da São Paulo Railway, com fundamento na letra b.

Tomou-se conhecimento do recurso extraordinário n. 2.452, porque foi contestada a validade do ato do Governo do Estado, que tributava os prédios da recorrente, e a decisão do Tribunal do Estado julgou válido o ato impugnado (n. 261, *Jur.* 13-477).

Também se conheceu dos recursos extraordinários ns. 1.379 e 2.038, relativos às aposentadorias dos juizes de São Paulo, porque, tendo sido contestada a validade da lei e do ato do Governo de São Paulo sobre essas aposentadorias, a decisão do Tribunal do Estado declarou a validade da lei e do ato impugnados (*Rev. de Jur. Bras.*, 73-460, *Arquivo Judiciário* 6.º-483, *Pandectas* 4.º-9, 3.ª parte).

337 — Além desses recursos, já conhecidos, podem ser apontados alguns outros, dos quais, sem divergência, se tomou conhecimento, porque foi contestada a validade de leis estaduais, em face da lei federal, e a decisão do Tribunal do Estado julgou válidas aquelas leis.

Os recursos aludidos tem os ns. 1.354, 1.784, 2.508 e 1.592.

Julgou-se, em relação ao mérito de cada um deles :

a) que as apólices da dívida pública federal estão isentas do imposto sobre heranças e legados, não podendo o Estado tributá-las, por se tratar de serviço a cargo da União;

b) que ao Poder Legislativo compete fixar os vencimentos dos funcionários públicos, aumentá-los ou reduzi-los, desde que não sejam irredutíveis, sem que haja nisso qualquer ofensa a direito adquirido;

c) que não é inconstitucional a lei do Estado de São Paulo, que manda cobrar o imposto de transmissão de propriedade, de acordo com o valor real do prédio transmitido, o qual será verificado por meio de avaliação judicial, e não de acordo com o valor dado pelas partes no contrato, desde que haja suspeita de que esse valor não seja o verdadeiro;

d) que é de indústria e profissão o imposto, que o Estado do Maranhão cobra sobre pequenas embarcações a vapor — alvarengos, rebocadores, botes — empregadas no serviço de transporte, carga e descarga de mercadorias, não estando tais embarcações compreendidas no art. 7.º, n. 2, da Constituição Federal.

Acordãos correspondentes a cada um dos recursos indicados :

a) N. 1.354 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, do Estado de Sergipe, entre Pedro Barreto de Menezes, como recorrente, e a Fazenda do mesmo Estado, como recorrida.

Julgada a partilha no inventário dos bens deixados por Andreolina Barreto de Menezes, apelo o testamenteiro e inventariante dos mesmos bens, fazendo, entre outras alegações, a de ter sido cobrado imposto sobre o valor das apólices descritas no inventário.

O Tribunal do Estado deu provimento em parte à apelação, pura, aceitando a partilha, mandando que fossem restituídos ao herdeiro do remanescente os impostos indevidamente cobrados (fls. 230).

A Fazenda do Estado embargou o acordão, alegando que, não tendo o herdeiro do remanescente apelado, nem reclamado, nem pedido a restituição do imposto, a sentença, em relação a ele, havia transitado em julgado.

O Tribunal superior recebeu os embargos, considerando que, pela legislação, antiga, as apólices da dívida pública estavam isentas de imposto, ex-vi da lei de 15 de novembro de 1827, mas que, atualmente, estão sujeitas ao pagamento do selo proporcional da tabela "A", § 1.º, n. 11, do regulamento que baixou com o decreto n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900, exceto na transmissão *causa mortis* ou doação *inter vivos*; que a Constituição Federal, art. 9.º, n. 3, declara ser da competência exclusiva dos Estados decretar impostos sobre a transmissão da propriedade, não havendo lei federal que isente do imposto de selo de herança devido ao Estado os adquirentes de apólices federais, quando a aquisição se faz *causa mortis*; que a lei estadual de 30 de outubro de 1903 determina, no art. 1.º, que, nas disposições do art. 159, letra a, do decreto n. 496, de 29 de dezembro de 1900, estão compreendidas as apólices da dívida pública federal, de acordo com o art. 2.º da lei n. 409, de 3 de outubro de 1901, disposição esta que não é inconstitucional nem colide com o art. 10 da Constituição, porque o imposto não recai sobre as apólices, mas sobre a sucessão dos que as tiverem adquirido.

Deste acórdão o testamenteiro e inventariante interpôs recurso extraordinário, sem indicar o dispositivo legal que o autorizava.

Inferre-se, porém, das alegações do recorrente, que o recurso é fundado, indubitavelmente, no art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição, desde que se considere a validade da lei estadual que sujeita a imposto as apólices da dívida pública federal e o Tribunal do Estado considerou válida essa lei.

ACORDAM, pois, tomar conhecimento do recurso e dar-lhe provimento, porque as apólices da dívida pública do Brasil estão isentas do imposto sobre herança e legados, à vista do art. 37 da lei de 15 de novembro de 1927.

Trata-se de imposto de transmissão de propriedade *causa mortis*, imposto que, aos Estados, exclusivamente, compete decretar, por força do art. 9.º, n. 3, da Constituição Federal, contanto que o imposto não recaia sobre transmissão de apólices federais, porque, no art. 10, da mesma Constituição, é vedado aos Estados tributar bens e rendas federais, ou serviços a cargo da União.

Assim, os Estados não podem tributar apólices federais, porque é isso um serviço a cargo da União.

Esta, por sua vez, não os pode tributar, porque a decretação de impostos sobre transmissão de propriedade compete exclusivamente aos Estados.

Custas pela recorrida.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1931. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Arquivo Judiciário*, 21-224).

b) N. 1.784 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário, entre Joaquim Pereira da Silva, como recorrente, e o Estado de Alagoas, como recorrido.

Joaquim Pereira da Silva assumiu o exercício do cargo de Oficial da Secretaria da Instrução Pública do Estado de Alagoas, em 31 de dezembro de 1912. A esse tempo, vigorava a lei n. 167, de 28 de maio de 1897, que equiparou os vencimentos do cargo referido ao de oficiais das Secretarias do Estado.

O decreto n. 637, de 31 de janeiro de 1913, e outros que se lhe seguiram, aprovados por lei, regulando os vencimentos dos funcionários públicos, aumentaram os dos oficiais das Secretarias do Estado.

Considerando nulos esses decretos, por ofensivos de seus direitos adquiridos, Joaquim Pereira da Silva intentou ação contra o Estado, para o fim de continuarem perfeitamente equiparados os seus vencimentos e ser-lhe paga a diferença que tem deixado de perceber.

O juiz de direito julgou a ação procedente, por não ser lícito ao Governo, segundo recente jurisprudência do Supremo, alterar, por mero arbitrio e com ofensa a direitos adquiridos ou de ordem patrimonial, os vencimentos dos funcionários públicos.

O Superior Tribunal do Estado reformou a sentença de primeira instância e julgou a ação improcedente, porque o Poder Legislativo não estava obrigado a manter a equiparação estabelecida pela lei n. 167.

Se, deixando de mantê-la, não procedeu com acerto, ao mesmo Poder Legislativo compete corrigir o erro, e não ao Poder Judiciário, que só poderia reparar a injustiça do ato administrativo, que mandasse pagar ao autor, na vigência da equiparação, menos do que aos oficiais das Secretarias do Estado. O citado decreto n. 637, implicitamente, revogou a lei da equiparação, por não ter contemplado no aumento de vencimentos o cargo do autor, e assim não procede a alegação de que a lei n. 167 não foi revogada nos moldes do art. 1.º do Código Civil.

O autor embargou o acórdão, invocando o art. 11, n. 3, da Constituição e o art. 3.º do Código Civil, que se referem a direitos adquiridos. Rejeitados os embargos, foi interposto recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição.

O ministro procurador acha que não cabe recurso.

E' caso de recurso extraordinário, porque foi contestada a validade do decreto n. 637, aprovado pela lei n. 705, de 1915, e a decisão do Tribunal do Estado julgou válidos esses atos impugnados.

ACORDAM negar provimento ao recurso, para confirmar o acórdão recorrido, porque ao Poder Legislativo compete fixar os vencimentos dos funcionários públicos, aumentá-los ou reduzi-los como lhe parecer justo, desde que eles não tenham a garantia da irredutibilidade. No caso, os vencimentos do recorrente nem foram reduzidos. Apenas não foram aumentados, como os de outros funcionários. Alega o recorrente que tinha direito a esse aumento, porque os seus vencimentos foram, por lei, equiparados aos desses funcionários. Mas, como observa o acórdão recorrido, enquanto foi mantida a equiparação, o recorrente recebeu vencimentos iguais aos dos oficiais das Secretarias; mas a equiparação, com ou sem justiça, foi revogada, sem ofensa a direito adquirido, que o requerente não tinha, pois o Poder Legislativo podia até reduzir-lhe os vencimentos, por circunstâncias que ocorressem ou determinassem a redução.

Custas pelo recorrente.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Arquivo Judiciário*, 28-250).

c) N. 2.508 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, entre José de Sampaio Moreira, como recorrente, e a Fazenda do mesmo Estado, como recorrida.

Esta propôs ação contra aquele, para cobrar a quantia de 17:182\$488, proveniente da diferença de imposto de transmissão, transcrição e adicional sobre 220:400\$0, que deixou de pagar no exercício de 1931, pela aquisição do prédio n. 170, da avenida Paulista.

Dos autos consta que o prédio foi comprado por 600:000\$0 a Henrique da Cunha Bueno.

A Fazenda do Estado, considerando ser esse preço inferior ao valor real do imóvel, promoveu a sua avaliação, nos termos do art. 13 da lei n. 2.252, de 28 de dezembro de 1927.

Um dos peritos deu ao imóvel o valor de 1.118:738\$0; outro, o de réis 600:000\$0 e o terceiro, como desempatador, o de 820:400\$0.

Sobre a diferença de 220:400\$0, foi calculado o imposto que, com os acréscimos, monta a 17:182\$488, objeto do pedido.

O réu opôs embargos, alegando que, na aquisição do prédio pela importância de 600:000\$0, não houve simulação ou fraude na escritura; que a base do imposto é o valor estipulado pelas partes para o negócio, pois cada qual tem o direito de vender a sua propriedade pelo preço que lhe convem; que não pode a Fazenda do Estado cobrar executivamente diferença de imposto de transmissão, sem que primeiro prove a redução do preço.

A sentença de fls. 33 v. considerou que o art. 13 da lei citada estabelece duas hipóteses, com relação à cobrança do imposto de transmissão nos respectivos contratos: a de simplesmente não equivalerem o preço efetivamente pago e o valor real dos bens (base legal do imposto) e a de terem as partes usado de fraude e simulação para o fim de ser diminuído o tributo.

Na primeira hipótese, a Fazenda, provada a diferença, tem o direito de exigir o imposto correspondente; na segunda hipótese, poderá, além disso, cobrar a multa de 30%, sobre o valor do mesmo imposto e do adicional.

Com este fundamento o juiz julgou a ação procedente.

O réu agravou.

O Tribunal de Justiça do Estado deu provimento ao agravo para julgar a ação improcedente, porque a primeira hipótese figurada pela sentença infringe o art. 9.º, n. 3, da Constituição Federal, que atribue aos Estados o imposto sobre transmissão de propriedade, o qual recai sobre o valor da transmissão (fls. 38 v.).

A Fazenda interpôs recurso de revista, que foi concedido, porque a 4.ª Câmara julgou inconstitucional o art. 13 da lei n. 2.252, no passo que a 2.ª Câmara julgou de modo diferente. E passando-se ao julgamento pelas Câmaras Conjuntas, foi julgado procedente o recurso de revista, para o efeito de ser cassado o acórdão da 4.ª Câmara, visto não ser a lei inconstitucional, porque, se a Constituição, no art. 9.º, § 1.º, n. 3, dá competência ao Estado para decretar impostos sobre transmissão de propriedade, não lhe poderá negar os meios ou processo para realizar a cobrança, de modo a não ser o fisco lesado por qualquer artifício da parte do contribuinte (fls. 21).

O réu interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição.

O Sr. ministro procurador geral reportou-se no seu parecer, emitido em caso idêntico, no recurso extraordinário n. 2.487, no sentido de se negar provimento ao recurso, conforme foi julgado por acórdão de 15 de agosto de 1933.

O caso é de recurso extraordinário, porque foi contestada a validade da lei estadual n. 2.252, em face do art. 9.º, § 1.º, n. 3, da Constituição e a Justiça do Estado julgou válida a mesma lei.

ACORDAM, tomando conhecimento do recurso, negar-lhe provimento e confirmar a decisão recorrida.

A lei impugnada dispõe que as coisas serão cobradas sobre o valor dos bens. Quando os exatores suspeitarem que o preço declarado nos contratos e atos translativos de bens não correspondem ao valor real destes, receberão o imposto de acordo com a guia, mas comunicarão imediatamente ao Tesouro a razão da suspeita.

Se o Tesouro a julgar procedente, poderá ouvir as partes e ordenar, em seguida, que seja promovida a avaliação judicial do imóvel vendido.

Ficando provado, pela avaliação, que o preço declarado nos contratos ou atos translativos é inferior ao valor real dos bens transmitidos, o comprador do imóvel será obrigado a recolher à estação fiscal a diferença do imposto pago a menos.

É possível que a lei seja injusta, mas não é inconstitucional pelo simples fato de atribuir a Constituição Federal aos Estados a decretação do imposto sobre transmissão de propriedade, como bem decidiu o acórdão das Câmaras Conjuntas.

Pelo menos, não se trata de uma inconstitucionalidade manifesta, para que possa ser decretada pela Corte Suprema. Neste sentido já o julgou o antigo Supremo Tribunal Federal, no acórdão de que dá notícia o Ministério Público. — Custas pelo recorrente.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 1934. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, designado para redigir o acórdão (*Rev. de Jur. Bras.* 34-263, *Jur.* 18-263, *Arquivo Jud.* 36-191).

d) N. 1.552 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado do Maranhão, em que são recorrentes Booth & Comp. London, Limited, e recorrida a Fazenda do mesmo Estado.

Esta propôs contra aqueles ação executiva fiscal, para cobrar a importância de 11:512\$685, proveniente do imposto de indústria e profissão, relativo ao 1.º e 2.º semestres dos exercícios de 1917-1920, por terem alvarengas empregadas no serviço de condução de carga e rebocador em navegação fluvial, no tráfego do porto.

Os réus defenderam-se, alegando que só possuem na circunscrição marítima o rebocador denominado *Mero* e este não é, nunca foi e jamais poderá ser utilizado em navegação no Estado, como se verifica da certidão fornecida pela Capitania do Porto.

Por outro lado, dizem os réus, a nenhum tributo estão sujeitos no Maranhão os botes e outras semelhantes embarcações miúdas, qualquer que seja o fim a que se destinem.

O imposto a que se referem as contas é o de que tratam as leis orçamentárias estaduais, que assim determinam: "o rebocador empregado no tráfego do porto pagará 200\$00 anuais; as alvarengas empregadas no tráfego do porto pagarão 2\$00 por tonelada, até 100, e pelas que excederem de 100, mais 1\$00 por tonelada".

Embora incluído na tabela relativa aos impostos de indústria e profissão, continuam os réus, não é desta espécie o imposto de que se trata, bastando para se convencer disso que se atenda a que ele visa direta e imediatamente as embarcações empregadas no tráfego do porto e pelo fato mesmo de serem utilizadas nesse tráfego.

O imposto é inconstitucional, por contrário ao art. 7.º, n. 2, da Constituição, como já o julgou o Supremo Tribunal Federal (*Revista*, 7.º-365).

Os réus só possuem as embarcações, de que se trata, para o transporte de cargas de bordo para terra e de terra para bordo dos vapores Booth Line, de que são agentes no Estado, e de outros navios também estrangeiros que ni aportam.

Por fim, dizem os réus, a autora está cobrando mais do que lhe fica lícito exigir, visto que o imposto é fixado, por lei, em 200\$00 anuais, e ela cobra 750\$00 (setecentos e cinquenta mil reis).

A sentença de primeira instância julgou que os impostos cobrados são de indústria e profissão (art. 9.º, n. 4), e que com os serviços de transporte, cargas e descargas de mercadorias, rebocagem de vapores e navios, etc., os réus exercem profissão habitual, de que auferem lucros. Os réus apellam.

O Superior Tribunal de Justiça (lis. 56 v.) negou provimento à apelação, considerando que a decretação de impostos sobre indústrias e profissões é da competência exclusiva dos Estados (art. 9.º, § 4.º) e foi em virtude dessa atribuição que a firma apelada, Booth & Comp., foi lançada pela Fazenda do Estado, como possuidora de alvarengas, rebocador e botes empregados no exercício de uma profissão habitual; que tal lançamento não recaiu sobre embarcações sujeitas tão somente a imposto federal, pois a taxa de licença, cobrada pela Capitania do Porto, para fiscalização, de nenhum modo se pode confundir com o imposto cobrado à apelante pela indústria que exerce no Estado com o tráfego de suas embarcações; que a lei orçamentária do Estado, de 4 de abril de 1919, tabela A, deixa bem patente que, no caso dos autos, não se trata de imposto lançado sobre veículos marítimos e sim sobre o titular que exerce a indústria e para cujo fim são aproveitados esses veículos; que a Capitania do Porto não tem competência para resolver sobre assunto de exclusiva atribuição do Estado — qual o lançamento de impostos de indústria e profissão.

Desta decisão lavrou-se termo de recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição.

O ministro procurador emitiu parecer a folhas.

E caso de recurso extraordinário, porque foi contestada a validade da lei estadual, em face da Constituição, e a Justiça do Estado julgou válida essa lei.

O imposto cobrado pelo Estado do Maranhão é, segundo declara a respectiva lei, imposto de indústria e profissão, como tal incluído na tabela relativa a tal imposto, nos exercícios de 1917-1920.

O único dispositivo constitucional invocado pelos réus é o art. 7.º, n. 2, que dá competência exclusiva à União para decretar "direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem as mercadorias nacionais, bem como as estrangeiras, que já tenham pago imposto de importação".

Mas o dispositivo é inaplicável ao caso, porque não se trata de entrada, saída e estadia de navios. Trata-se de pequenas embarcações a vapor. — 21

varengas e rebocador — que não transitam de um Estado para outro da República, transportando produtos nacionais ou estrangeiros. Essas pequenas embarcações não estão compreendidas no art. 7.º, n. 2, nem no art. 11, n. 1, da Constituição.

Este último, aliás, não foi invocado.

Por esse fundamento, ACORDAM negar provimento ao recurso e condenar os recorrentes nas custas.

Rio de Janeiro, 3 de maio de 1932. — *E. Lins*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 3.º-121).

Caso em que não se conhece do recurso extraordinário, com fundamento na letra "b".

338 — Conhece-se do recurso, como se acabou de ver, quando se contesta a validade de lei ou de atos dos Governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a Justiça local os considera válidos.

Se, ao contrário, a Justiça local não os considera válidos, mas nulos, não se toma conhecimento do recurso.

Foi assim que se julgou nos recursos extraordinários ns. 1.486, 1.241 e 1.617, entre a Fazenda do Estado de São Paulo e a São Paulo Railway, dos quais já se deu notícia (n. 261 e Rev. 31-163, 61-74 e 64-102).

Outros casos de recurso extraordinário criados pela Reforma Constitucional

339 — Além dos dois casos de recurso extraordinário estabelecidos no art. 59, § 1.º, letras a e b, da Constituição de 1891, a Reforma Constitucional de 1926 criou dois outros casos desse recurso, a saber: c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Casos em que não se conhece do recurso extraordinário, com fundamento na letra "c".

340 — Para que o recurso seja admissível, com fundamento na letra c, é indispensável que se prove realmente que dois ou mais tribunais locais interpretaram de modo diferente a mesma lei federal.

A prova se faz, ordinariamente, por meio de certidões autênticas das decisões contraditórias.

Se a prova deixou de ser oferecida, não se toma conhecimento do recurso, que também só é autorizado, quando a divergência de

interpretação for dada por Tribunais de Estados diversos e não por Câmaras ou turmas do mesmo Tribunal.

Assim se julgou nos recursos extraordinários ns. 2.197 e 2.599 (Jur. 3.º-200, *Arquivo Jud.*, 41-38).

341 — A competência da Justiça federal para conhecer de litígio entre cidadãos de Estados diversos era deduzida do art. 60, letra *d*, da Constituição de 1891.

Interposto recurso extraordinário, com fundamento na letra *c*, sob a alegação de que tribunais locais interpretavam de modo diferente o citado art. 60, *d*, no sentido de ser admitida a competência da Justiça federal para conhecer de litígio entre cidadãos de Estados diversos, *somente quando diversificassem as leis destes*, o S. T. F. não conheceu do recurso n. 2.141, que perdera sua razão de ser, uma vez que não mais poderia haver interpretação diferente sobre o art. 60, *d*, por ter a Reforma Constitucional suprimido a competência da Justiça federal, no caso do citado artigo (*Jurisprudência*, 3.º-152).

342 — Bem andou a Reforma Constitucional, suprimindo o art. 60, letra *d*, da Constituição de 1891, porque pôs termo à divergência sobre a interpretação desse dispositivo.

Foi este um caso em que votei sempre sem muita convicção, como se depreende mesmo de declaração que fiz e que Eduardo Espinola reproduziu, nas *Pandectas*, 1.º-207, 2.ª parte.

Não me parecia realmente aceitável a jurisprudência, que adotava a competência da Justiça federal para conhecer dos litígios de interessados residentes em Estados diversos, suprimindo-se as palavras do texto constitucional "diversificando as leis destes".

Mas adotei essa jurisprudência, como juiz local, porque a isso era obrigado pelo art. 59, § 2.º, da Constituição.

Nomeado para o S. T. F., aí encontrei firmemente estabelecida a mesma jurisprudência e continuei a adotá-la pelas razões constantes da declaração aludida, que é a seguinte :

HERMENEGILDO DE BARROS.

vencido. Deve ser tida como das piores a interpretação, que retira da lei qualquer elemento componente de seu texto, porque sempre se deve entender que na lei não há frase ou palavra supérflua.

Contra esse preceito de hermenêutica, o Supremo Tribunal julgou, durante muitos anos (depois de haver também julgado anteriormente de modo diverso) que a Justiça federal é sempre competente para processar e julgar litígios entre cidadãos de Estados diversos, diversifiquem ou não as leis destes, por serem inúteis as palavras finais do art. 60, letra *d*, da Constituição, as quais devem ser tidas como inexistentes, desde que o artigo, subordinado à condição, não teria oportunidade de ser aplicado.

Na Justiça local, adotei essa interpretação, a que era mesmo obrigado, por força do art. 59, § 2.º, da Constituição.

Nomesado para o Supremo Tribunal, continuei a julgar da mesma forma, porque encontrei firmemente asentada a jurisprudência de muitos anos, e o meu voto divergente dessa jurisprudência, que tem argumentos contrários e favoráveis, como declarei ao ter de manifestar-me pela primeira vez, poderia concorrer para que se alterassem profundamente relações jurídicas, pelas quais eram regulados os negócios dos particulares.

A jurisprudência, embora já tivesse então alguns votos divergentes no Tribunal, continuou a ser mantida, salvo um ou outro julgamento esporádico, como o atual, atenta a ausência de votos contrários conhecidos.

Parece que, apesar de bem aumentada a corrente oposta, a jurisprudência é a mesma, ainda agora, principalmente depois que essa corrente ficou privada de um voto esclarecido, dado o inesperado falecimento do saudoso ministro Herculano de Freitas (o acórdão me é apresentado à assinatura hoje, 19 de maio).

Em todo caso, ainda que seja definitivamente mudada a orientação do Tribunal, os litigantes terão a segurança, por ele já manifestada, de que não serão prejudicados, porque os seus litígios se regularão pela jurisprudência em vigor ao tempo em que foram iniciados.

(*Diário da Justiça* de 19 de setembro de 1926).

343 — Sobre matéria de competência, fui voto vencido na carta testemunhável n. 4.812, em que não admiti recurso extraordinário, pelo simples fato de haver sido julgada improcedente pela Justiça local a alegação de incompetência dessa Justiça.

O voto vencido foi este:

"Noemi Lima de Queiroz Moreira, por si e seu filho menor Geraldo, propôs contra Pereira Carneiro & Comp. Ltda. (Companhia Comércio e Navegação), ação de indenização do dano que lhe resultou do falecimento de seu marido e pai, João Baptista Moreira, quando em serviço da mesma Companhia, na qualidade de primeiro piloto do vapor "Icarai". A ação foi fundada no art. 80 do Código Comercial, que obriga o preponente a indenizar o dano causado ao preposto, quando este se achar ao serviço daquele.

A ré contestou a ação, alegando que, não sendo o marido da autora nem guarda-livros, nem caixeiro, nem feitor, mas apenas 1.º piloto do vapor "Icarai", de propriedade da ré, não podia o pedido ter como fundamento o art. 80 do Código Comercial, nem a ação ser julgada procedente, desde que a morte foi casual, ou o resultado de um caso fortuito.

A sentença de primeira instância, datada de 16 de agosto de 1927, já em plena vigência da Reforma da Constituição, julgou a ação procedente e condenou a ré ao pagamento de 99:600\$0, de acordo com o arbitramento feitos nos autos. Apellando da sentença, a ré alegou, então, a incompetência da Justiça local, por se tratar de uma questão de Direito Marítimo, da competência da Justiça federal, ex-vi do art. 60, letra g, da Constituição.

A 3.ª Câmara da Corte de Apellação, rejeitando a preliminar de incompetência da Justiça local, deu provimento, em parte, à apellação, para reduzir a 7:200\$0 a importância da condenação. A preliminar foi rejeitada, por se não tratar de questão de direito marítimo, mas de simples questão de indenização de dano, regida pelo direito civil. Quanto ao mérito, o acórdão de 26 de janeiro de 1928 aplicou, não a disposição do Código Civil, como o fizera a sentença apellada, mas a lei reguladora das indenizações devidas aos que sofrem acidente no trabalho.

Esse acordão foi reformado, em parte, pelo de 15 de outubro de 1928, que condenou a ré a pagar à autora e a seu filho a pensão mensal de 300\$00, sob o fundamento de que o marido e pai dos embargantes não podia ser considerado operário, como piloto que era, e assim não se podia aplicar ao caso a lei de acidente no trabalho, nem as disposições do Código Civil, mas o art. 80 do Código-Comercial, que não exige prova de culpa, para que o preponente seja obrigado a indenizar o dano, bastando que este seja produzido durante o serviço. Acentuou o acordão, mais uma vez, que não se tratava de matéria regulada pelo Direito Marítimo.

Desta decisão a ré interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 59-60, letras a e b, da Constituição, alegando ter sido arguida a incompetência da Justiça local, que não a reconheceu, deixando assim de aplicar o art. 60, letra g, da Constituição. Negado o recurso, foi requerida carta testemuniável.

Pela exposição do fato, pode-se ver que o caso não é, evidentemente, de recurso extraordinário, com fundamento na letra a. Quanto à letra b, nem ao menos se alegou por que motivo foi invocada. A letra a não ampara o recurso, porque absolutamente não se questionou sobre vigência ou validade de qualquer lei federal, que a Corte de Apelação tivesse deixado de aplicar, ou porque reputasse que a lei era inconstitucional, ou porque considerasse que a mesma lei não estava em vigor. Nada disso ocorreu. O que houve foi apenas uma arguição de incompetência da Justiça local, que esta julgou imprecendente, por se não tratar de questão de direito marítimo. Tão somente.

Os acordãos invocados pela suplicante são anteriores "à Reforma da Constituição". No de que eu fui relator, conheceu-se do recurso, porque se tratava de questão de direito internacional, caso de recurso expressamente admitido. O presente acordão mesmo considera que a simples falta de aplicação da lei federal não basta para que seja autorizado o recurso extraordinário. De sua fundamentação se pode concluir pela inadmissibilidade do recurso, desde que o acordão sugere que o suplicante devia ter requerido advocatária.

Não a tende requerido, porém, diz o acordão, não estava a prejudicada impedida de interpor o seu recurso extraordinário, para não ficar o Supremo Tribunal privado de dizer a última palavra sobre a questão da competência.

Neste ponto é o meu desacordo.

O recurso extraordinário, que é restrito, não pode ser ampliado a casos não compreendidos no dispositivo constitucional. Se hoje é aberta uma exceção para a questão de competência, amanhã, abrir-se-á para uma outra questão, e assim não haverá caso algum, em última análise, que não seja de recurso extraordinário" (*Rev. de Jur. Bras.* 7.º 205).

Foram vencidos, comigo, os ministros Whitaker e Soriano de Souza.

O ministro A. Ribeiro, vencedor no acordão, passou depois a julgar com o voto vencido.

344 — Manifestou-se em divergência com esse voto e favorável à doutrina do acordão o eminente juriconsulto Clovis Bevilacqua, dizendo:

"... Está, portanto, bem caracterizado o caso de recurso extraordinário, da segunda parte da letra a do art. 59-60, § 1.º, da Constituição.

Para não aceitarmos como genuinamente constitucional esta solução, seria necessário admitir-se que a Constituição concede recurso para manter o império das leis ordinárias, cuja validade se discutir com aplicação ao litígio, em face dos seus preceitos, mas nega o recurso, quando é a validade desses mesmos preceitos, que está em causa. Para garantir a aplicação das outras leis, a Constituição impõe soberanamente; para garantir-se a si mesma ela estaca diante da Justiça local?

Não é possível.

Alegou o ministro HERMENEGILDO DE BARROS, contra essa decisão, que o recurso extraordinário era restrito, e não podia ser aplicado a casos não compreendidos no dispositivo constitucional. Peço permissão ao grande juiz, grande pelo saber, pelo critério e pelo caráter, para ponderar que a decisão não ofende à natureza restrita do recurso extraordinário. A Constituição é lei federal. Por ser a base da organização político-jurídica do povo brasileiro, não deixa de ser uma lei federal. Superior às outras, fundamental, contendo em si os princípios, de que se irradiam todas as normas jurídicas vigorantes no país, ou procede a orientação, a que elas têm de, forçosamente, obedecer, é lei federal, a lei federal por excelência. Portanto, quando ela dispõe que a decisão da Justiça local pode ser corrigida pela interferência do Supremo Tribunal, se aquela Justiça nega aplicação a uma lei federal, sobre cuja validade se questionou, em face da Constituição, não se refere somente às leis ordinárias, e, sim, também às normas constitucionais, que são preceitos de lei federal.

A doutrina explica a criação do recurso extraordinário pela necessidade de manter a unidade do direito substantivo e a preeminência das leis federais sobre as estaduais, duas idéias que se reduzem a uma só, que é a aplicação uniforme do direito substantivo, em todo o território da República.

O acordão, aparentemente, põe em relevo um terceiro fundamento para o recurso extraordinário, assinalando-lhe como função mais importante a de assegurar o império e a supremacia do estatuto básico da República, do qual é o sumo intérprete o Supremo Tribunal Federal.

Este pensamento, porém, apenas dá mais vigor, acentuando-a melhor, à função uniformizadora do direito substantivo da República, atribuída ao recurso extraordinário. Não basta, para assegurar a unidade do direito substantivo nacional, dar competência ao Supremo Tribunal para conhecer dos casos, em que se debate, na Justiça local, sobre vigência de uma lei federal ou a sua validade em face da Constituição, e a sentença nega aplicação a essa lei. Se a Justiça da União, é ainda a uniformidade do direito substantivo, assenta a competência da causa; porque poderá a jurisprudência local tomar orientação divergente da federal, e ainda variar de Estado a Estado: é também a preeminência da lei federal que se coloca em xeque, porque a Justiça local poderá, por qualquer motivo e na melhor intenção, afastá-la, declarando-se competente.

Essa competência, no caso em exame, é de ordem constitucional, o que importa dizer que é improrrogável. Permitir que a Justiça local resolva soberanamente a respeito, negando a competência que a Constituição, expressamente, confere à Justiça federal, ou se declarando competente por caso que a Constituição atribue, privativamente, à esfera jurisdicional da Justiça da União, seria contra um dos princípios básicos do sistema constitucional, facultar a prorrogação da jurisdição comum. Não sendo isso admissível, o remédio é o em que somente por esse meio seria possível defendê-la e, defendendo-a, manter a unidade do direito substantivo nacional e a preeminência das leis da União.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 1930. — *Clovio Bevilacqua* (Rev. de Crit. Judiciária, 1.º-396).

345 — Desde que o dispositivo da letra c é expresso em admitir o recurso extraordinário, no caso de divergência de interpretação sobre lei federal, é claro que o recurso não é admissível, quando a divergência versar sobre lei local.

Tal o julgamento constante do acórdão n. 2.496.

"Vistos, etc.

O ministro procurador geral entende que o recurso não é cabível com fundamento na letra c, pois não se verifica a hipótese de haverem dois ou mais tribunais locais interpretado de modo diferente a mesma lei federal, tendo havido apenas apreciação sobre leis locais, mas que o recurso teria cabimento na letra b desde que foi discutida a invalidade de uma tributação municipal, em face da Constituição Federal.

Com fundamento na letra b, o recurso não é, evidentemente, admissível. Contestou-se, realmente, a validade de uma lei municipal em face da Constituição, mas o Tribunal do Estado não julgou válida essa lei, tendo, pelo contrário, se pronunciado pela sua invalidade.

O Tribunal está, porém, de acordo com o ministro procurador em que o recurso não é admissível com fundamento na letra c. Não se trata realmente de interpretação divergente de lei federal, mas de interpretação de lei local e sobre espécie que, talvez, não seja idêntica. Trata-se de cobrança de taxa ou imposto sobre calçada.

A sentença de primeira instância julgou que as leis da Câmara Municipal de Ribeirão Preto infringem a Constituição, o Código Civil e a própria lei de organização municipal, quando transferem para os municípios o onus de despesas que devem ser custeadas pelo município.

A 3.^a Câmara do Tribunal de Justiça reformou essa decisão, porque as leis municipais não ofendem a Constituição nem a lei de organização municipal.

As Câmaras Conjuntas restabeleceram a sentença de primeira instância, porque as leis municipais ns. 275, de 1923, e 318, de 1926, não exigem dos municípios uma contribuição do que lhes deve caber para o pagamento da despesa pública, mas uma quota proporcional, com os respectivos juros, para pagamento do empréstimo contratado pela Câmara Municipal, embora consignado ao serviço de pavimentação, o que não é possível, em face do art. 19, parágrafo único, da lei estadual n. 1.038.

Desse acórdão das Câmaras Conjuntas é que foi interposto o recurso extraordinário e o referido acórdão nem ao menos faz qualquer referência à Constituição ou à lei federal. Ele apenas julgou a causa, tendo em vista as leis municipais ns. 275 e 318, em face da lei estadual n. 1.038.

Nem se compreenderia o recurso, com fundamento na letra c, porque é possível a interpretação divergente sobre lei federal, uma vez que esta é uma só para todo o país, mas não é possível a divergência sobre lei municipal ou estadual, porque esta não é a mesma e pode variar de município a município, ou de Estado a Estado.

Além de se tratar de interpretação diferente, por tribunais locais, de uma lei federal, o caso julgado pelo acórdão recorrido não é igual ao que foi julgado pelo Tribunal da Baía e pela Corte de Apelação deste Distrito, conforme as certidões oferecidas pela recorrente.

Tratava-se, na Baía, de saber se uma lei do município podia dividir a cidade em zonas e sobre cada uma delas decretar impostos desiguais, conforme a maior ou menor vantagem auferida pelos respectivos habitantes (Rev. do Sup., 63-549, 71-183, 73-140 e 81-43). É um caso que nem ao menos tem semelhança com o de que se trata. No Distrito Federal julgou a Corte de Apelação que não há motivo para se distinguir entre o calçamento do leito da rua e o passeio, para, no primeiro caso, obrigar-se o proprietário a contribuir com uma parte do custo e, no segundo, obrigá-lo a pagar toda a despesa, visto como em qualquer dos casos se trata de um benefício para gozo geral, não sendo equitativo se atribuir somente ao proprietário o custo do passeio (Parectas Brasileiras, vol. 9.º-203).

Ora, no caso de que se trata, o acordão recorrido pôs de lado, por inútil, a questão de saber se a expressão *calçadas* compreende, ou não, o leito das ruas, para apurar a questão somente sob o aspecto de se tratar, não propriamente de uma contribuição exigida dos cidadãos, mas de uma quota proporcional para pagamento de um empréstimo contruido pela Câmara Municipal.

ACORDAM, por todos esses motivos, não tomar conhecimento do recurso. Custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1933. — E. Lima, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (Jur. 13-506).

346 — A alegação de ter sido o acordão supra proferido por juizes em número insuficiente foi julgada improcedente na rejeição dos embargos opostos ao mesmo acordão. A alegação era inexata e apenas revelava mais um dos muitos defeitos do serviço taquígrafico.

N. 2.406 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, em que é embargante a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, sendo embargado Carlos Barbieri.

O Sr. ministro procurador geral da República levanta a preliminar de terem sido os embargos oferecidos depois do prazo legal.

Não procede a preliminar. É certo que a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto foi intimada do acordão de fls. 195, sob preção, em audiência de 4 de dezembro de 1933, por não constar dos autos que ela tivesse advogado nesta Capital (fls. 213) e os embargos somente foram oferecidos a 29 do mesmo mês de dezembro.

Mas não é verdade que a Prefeitura Municipal não tivesse advogado nesta Capital. Ela o tinha, como se vê a fls. 174 v. Nuls foi, portanto, a intimação, sob preção, em audiência, de modo que os embargos foram oferecidos em tempo oportuno. Alega o embargante que o acordão embargado é nulo, porque foi do art. 8.º do decreto n. 20.106, de 13 de junho de 1931, modificado pelo art. 1.º, § 2.º, do decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, que preceitua Estados, fundados em disposições constitucionais, são proferidas com a presença de dois terços; pelo menos, de seus ministros, com exclusão do procurador geral da República; que nesta última hipótese, sendo dez os ministros, os dois terços equivaleram a sete juizes, quando, entretanto, o acordão foi proferido, apenas, por cinco.

Não procede a alegação. Em primeiro lugar, o decreto n. 23.055, art. 1.º, § 2.º, só se aplica aos recursos, que os presidentes dos tribunais são obrigados a interpor *ex-officio*.

O decreto que rege a espécie é o de n. 20.106, de 13 de junho de 1931, art. 8.º, que exige realmente a presença de seis ministros, pelo menos.

Ora, conquanto a nota de fls. 211 declare que tomaram parte no julgamento apenas cinco juizes (ministros Arthur Ribeiro, Firmino Whitaker, Plínio de Almeida, Octavio Kelly e HERMENEGILDO DE BARROS), todavia é certo que interveio, também, no julgamento e foi até voto vencedor o ministro Lauro de Camargo, conforme consta da ata da sessão de 20 de setembro de 1933.

Rejeitada a preliminar, novamente arguida, ACORDAM, igualmente rejeitar os embargos e confirmar, por seus fundamentos, o acordão embargado, que não tomou conhecimento do recurso extraordinário, com fundamento na letra c, pois é certo que não se trata da interpretação divergente de qualquer lei fe-

dará, mas de interpretação de lei local e sobre espécie que não é idêntica à dos autos, como ficou exposto no acórdão embargado.

Custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1934. — E. Lima, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Jur.*, 12-517).

Casos de recurso extraordinário com fundamento na letra "d".

347 — O outro recurso criado pela Reforma Constitucional de 1926, com fundamento na letra *d*, é o que se refere a questões de direito criminal ou civil internacional.

Com esse fundamento, o S. T. F. conheceu do recurso extraordinário n. 2.433 e julgou com o meu voto, na qualidade de revisor, que é adúltero o filho de mulher desquitada com homem solteiro, ou de mulher solteira com homem desquitado, porque o desquite dissolve a sociedade conjugal, mas não dissolve o casamento, só dissolúvel por morte de um dos cônjuges (*Arquivo Jud.*, 28-456, *Rev. For.*, 62-48 e 64-450, *Arquivo Jur.*, 29-86, *Jur.*, 11-209, *Rev. de Jur. Bras.*, 19-143). (*)

348 — Outro caso de recurso extraordinário com fundamento na letra *d*, por se tratar de questão de direito civil internacional, foi o de n. 1.951.

Aí se decidiu que é brasileiro, sem necessidade de carta de naturalização, o estrangeiro de origem, que se achava no Brasil, onde residia, ao tempo da proclamação da República, e que no Brasil continuou, depois de promulgada a Constituição, sem ter declarado, dentro de seis meses, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem.

Sendo, por isso, aplicável a legislação brasileira, não é nula, em face dela, a disposição testamentária, que manda remeter para Portugal os remanescentes dos bens existentes no Brasil, afim de que fossem estes incorporados ou juntos aos remanescentes deixados em Portugal, não sendo também nula a verba, que mandava aplicar os remanescentes dos bens existentes em Portugal à fundação de um instituto de investigação científica que tivesse o nome do testador.

"N. 1.951 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre Maria Jaymot Cabral, como recorrente e Antonio Ribeiro Seabra e outros, como recorridos.

Bento da Rocha Cabral faleceu em Lisboa com dois testamentos, feitos ambos naquela cidade no dia 7 de março de 1918.

Em um dos testamentos, dispôs o testador que os remanescentes dos bens que possuía no Brasil, depois de satisfeitos os legados, um dos quais de 120 apólices em usufruto à sua mulher, Maria Jaymot Cabral, seriam enviados aos

(*) Vide no Suplemento o decreto-lei que autoriza o reconhecimento do filho adúltero nas condições expostas.

seus testamentários em Lisboa e juntos aos remanescentes dos bens que o testador possuía em Portugal (fls. 16 v.).

No outro testamento, em que também fez legados, entre os quais o de usufruto de um *chalet* e o de dez mil escudos à sua referida mulher, o testador deixou os remanescentes dos bens possuídos em Portugal para a fundação de um estabelecimento de investigação científica, que tivesse o seu nome e de cuja instalação se encarregasse o Dr. Ferreira Mora (fls. 41).

Tendo falecido o testador em 1921, a viúva propôs ação ordinária contra os testamentários para anular a verba testamentária, que mandava remeter para Portugal os remanescentes dos bens existentes no Brasil, afim de serem juntos aos remanescentes deixados em Portugal.

Alegou a autora que é nula a verba aludida, porque, se as quotas dos herdeiros não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem de sucessão hereditária, nos termos do art. 1.673 do Código Civil, e no caso a herdeira legítima é a autora, casada sob o regime de separação de bens com Bento da Rocha Cabral, que faleceu sem descendentes nem ascendentes, sem ter designado herdeiro ou legatário para os bens existentes nesta cidade e mesmo sem haver indicado o destino que tais bens deviam ter.

Alegou ainda a autora que é também nula a verba, que mandou aplicar os remanescentes dos bens existentes em Portugal e no Brasil à fundação de um instituto de investigação científica, porque, nos termos do art. 24 do Código Civil, o estabelecimento de uma fundação exige que o testador, além da dotação de bens livres, especifique o fim a que a destina e cometa a alguém a aplicação do patrimônio.

Em contestação, os réus alegaram, preliminarmente, a incompetência da Justiça brasileira para conhecer da ação, desde que se pretende anular uma disposição constante de testamento aberto e dado à execução em Portugal, onde a ação devia ser proposta.

De mérito, alegaram que, sendo português o testador, domiciliado e residente em Portugal, a legislação aplicável ao caso é a portuguesa, por força do art. 14 do Código Civil; que o art. 1.781 do Código Civil português não admite contestação sobre a capacidade testamentária passiva das pessoas morais e jurídicas e os arts. 1.741 e 1.836 do mesmo Código reconhecem a validade das disposições testamentárias destinadas à fundação de entes morais; que, mesmo que fosse aplicável ao caso a lei brasileira, a ação é ainda improcedente, em face do art. 24 do Código Civil brasileiro.

A sentença de primeira instância julgou improcedente a preliminar, por ser competente a Justiça local para conhecer de questões relativas a espólio de estrangeiro, e, de mérito, decretou a nulidade da verba impugnada e adjudicou à autora os remanescentes deixados nesta cidade.

São fundamentos da sentença: que a legislação aplicável à espécie é a brasileira, por ser o marido português e a mulher brasileira (art. 14, do Código Civil), e por ser executado no Brasil o testamento que contém a verba impugnada; que essa verba é nula, em face do art. 1.673, do Código Civil, desde que manda remeter os remanescentes daqui para Portugal, sem ter instituído herdeiro ou legatário; que, se fosse possível ligar os dois testamentos, que são autônomos, ainda seria nula a verba aludida, por violação do art. 24 do Código Civil brasileiro e do art. 1.741, do Código Civil português, pois não basta a determinação vaga de "um estabelecimento de investigação científica".

Esta sentença foi confirmada por seus fundamentos. Um segundo acórdão, porém, tendo rejeitado os embargos opostos ao primeiro, quanto à preliminar de incompetência de Juízo, os recebeu, em relação ao mérito, porque o testador e sua mulher são estrangeiros, ele português e ela francesa, a despeito de se acharem no Brasil, ao tempo da proclamação da República, desde que não foi exibida carta de naturalização.

Sendo, portanto, aplicável o Código Civil português, os arts. 1.902, 1.741, *in fine* e 1.636 desse código consideram válida a verba testamentária, que se pretende anular; e, mesmo que fosse aplicável a legislação brasileira, a referida verba estaria amparada pelos arts. 24, 1.673 e 1.666 do Código Civil brasileiro, não sendo aplicável ao caso o art. 1.667, n. 2, por se não referir a disposição à pessoa incerta, pois é certa a fundação do estabelecimento de investigação científica, aliás já instalado com observância do citado art. 24.

Deste último acórdão a autora interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição, por não terem sido aplicados o art. 69, n. 4, desta e os arts. 10, 14, 24, 1.603, n. 3; 1.611, 1.673 e 1.717, do Código Civil.

O Sr. ministro procurador geral emitiu parecer, no sentido de ser caso de recurso extraordinário, atenta à natureza destas questões, ligadas à aplicação de dispositivos da Constituição e de outras leis federais, sendo ainda o recurso admissível em face da Reforma Constitucional.

De meritis, opinou pelo provimento do recurso para o restabelecimento da sentença de primeira instância.

ACORDAM tomar conhecimento do recurso, de conformidade com o parecer do Ministério Público.

Quanto ao mais: A preliminar de incompetência da Justiça brasileira para conhecer da ação, desde que se pretende anular a disposição de um testamento aberto e em execução em Portugal, não procede, porque, conforme acentuou a autora, por mais de uma vez, a nulidade pedida não é a da verba, que manda fundar o estabelecimento de investigação científica e que tem de ser executada em Portugal, mas a da verba que manda remeter para Portugal os remanescentes dos bens existentes no Brasil e que tem de ser executada no Brasil.

Para se saber se essa verba é, ou não, realmente nula, cumpre indagar qual seja a legislação aplicável à espécie.

O art. 14 da Introdução do Código Civil brasileiro manda aplicar a lei nacional do falecido à sucessão legítima ou testamentária, à ordem da vocação hereditária, aos direitos dos herdeiros e à validade intrínseca das disposições do testamento.

Bento da Rocha Cabral, conquanto português de origem, era brasileiro naturalizado, porque se achava no Brasil, onde residia, ao tempo da proclamação da República, e no Brasil continuou, depois de promulgada a Constituição Federal, sem ter declarado, dentro de seis meses, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem (art. 69, n. 4, da Constituição).

Isto seria bastante, sem necessidade de carta de naturalização, para se considerar brasileiro o *de cujus*, que aliás sempre se declarou brasileiro, segundo consta da prova testemunhal e de grande número de documentos juntos aos autos (fls. 215 e seguintes).

A mulher do *de cujus*, embora francesa de origem (fls. 179), estava nas mesmas condições de seu marido, com quem residia no Brasil, quando se proclamou a República, não tendo também protestado conservar a sua nacionalidade.

Tratando-se, pois, de marido e mulher brasileiros, por terem aceitado a grande naturalização, a legislação aplicável ao caso é a do Brasil.

Ora, o art. 1.673 do Código Civil brasileiro, invocado em favor da nulidade da verba testamentária, não autoriza a decretação dessa nulidade.

O citado artigo diz que, "se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da sucessão hereditária".

Bento da Rocha Cabral faleceu, de fato, sem descendentes, nem ascendentes. Sua esposa, a autora, casada sob o regime de separação de bens, seria a herdeira legítima, na forma dos arts. 1.603, n. 3, e 1.611 do Código Civil,

e, portanto, aplicável devia ser o art. 1.673, se o de *cujus* não tivesse disposto dos seus bens, como lhe era permitido, na falta de herdeiros necessários.

Ora, ele declarou que os remanescentes dos bens existentes no Brasil seriam remetidos aos seus testamentários em Lisboa, para ser incorporados aos remanescentes, que existiam em Portugal. Logo, houve disposição testamentária.

Consultado o outro testamento, sabe-se para que fim o testador ordenou a remessa dos remanescentes de um para outro país. Ele os destinava à fundação de um estabelecimento de investigação científica, que tivesse o seu nome.

Alega-se que o art. 24 do Código Civil exige, para ser criada uma fundação, que o instituidor lhe faça dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Esta exigência foi observada, porque o testador mandou remeter os remanescentes, depois de satisfeitos os legados, especificou o fim a que os remanescentes se destinavam — um estabelecimento de investigação científica que tivesse o seu nome — e até manifestou o desejo de que se encarregasse o Doutor Ferreira Mora da instalação do mesmo estabelecimento.

Não pode, pois, deixar de ser cumprida a vontade do testador, ainda que ele a tivesse manifestado de modo duvidoso (art. 1.665), o que aliás não ocorre na espécie.

Por abundância, poder-se-ia acrescentar que, se tivesse de ser aplicada a legislação portuguesa, a verba testamentária não seria nula, porque o artigo 1.781 do Código Civil português reconhece a validade da instituição das pessoas morais, a título de herdeiros ou como legatários. O Código português reconhece também a eficácia das disposições testamentárias a favor das pessoas incertas, quando estas se possam tornar certas (arts. 1.741 e 1.836).

Contem disposição semelhante o Código Civil brasileiro no art. 1.667, n. 2. Ora, o estabelecimento de investigação científica, que aliás não era pessoa incerta, já se acha devidamente instalado.

ACORDAM, por estes fundamentos, que justificam a improcedência da ação, negar provimento ao recurso e confirmar o acórdão recorrido; pagar as custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 3 de junho de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Bento de Faria*. — *Leoni Ramalho*. — *E. Lins*. — *A. Ribeiro*. — *Cardoso Ribeiro*. — *Muniz Barreto*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro dos Santos*, vencido. Del. provimento ao recurso para restaurar a sentença de primeira instância, cujos fundamentos se me allegam de maior relevância. — *Soriano de Souza*.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque* (*Diário da Justiça* de 3 de agosto de 1930, *Rev. de Jur. Bras.*, 29-171).

349 — A propósito da residência de estrangeiro no Brasil, por ocasião da proclamação da República, é interessante o caso do recurso extraordinário n. 2.136, interposto por José Poley, também com fundamento na letra *d*, por se tratar de questão de direito civil internacional.

Meu voto, aceitando, aliás, o da turma, da qual não fazia parte, foi que a naturalização tácita do pai acarreta a do filho menor.

Se, pois, o pai do menor aceitou tacitamente a qualidade de brasileiro, nos termos do art. 69, n. 4, da Constituição da República, o filho adquire a mesma qualidade.

E eu fui além do acordão, pois não exigi que o filho menor fizesse qualquer declaração, dentro de seis meses depois de haver atingido a maioridade, no sentido de não conservar a nacionalidade de origem.

Objetou-se que José Poley não era brasileiro, porque em escrituras públicas, em que figurara como parte, tinha declarado ser natural da Itália. Isto, porém, não significava que ele se dissesse italiano, mas tão somente que tinha nascido na Itália.

No julgamento deste recurso, renovei a declaração que tinha feito no caso da Companhia Telefônica, isto é, declarei que o meu voto devia limitar-se ao julgamento da questão federal controvertida, que era a de ser applicavel ao caso a legislação brasileira. Como, porém, estava isolado a respeito, passaria daí em diante a julgar, como a maioria, sem que isto significasse uma renúncia da minha opinião.

O voto foi o seguinte :

José Poley e seus pais, todos italianos, vieram para o Brasil, onde se achavam por ocasião da proclamação da República, tendo José Poley, então, a idade de 12 anos. Não fizeram declaração de que pretendessem conservar a nacionalidade de origem.

Sem ter jamais regressado à Itália, José Poley foi criado no Brasil, onde se fez negociante e casou-se com mulher natural da Espanha.

Tendo esta falecido *ab intestato*, sem deixar descendentes nem ascendentes, seus irmãos pretenderam que lhes fosse reconhecida a qualidade de herdeiros da falecida. A isso se opôs José Poley — cônjuge sobrevivente — alegando ser brasileiro, por se achar no Brasil aos 15 de novembro de 1889, sem ter declarado conservar a nacionalidade italiana, sendo, portanto, applicavel ao caso a legislação brasileira, segundo a qual o cônjuge sobrevivente guarda, na ordem da sucessão legítima, a colocação imediata aos descendentes e ascendentes, com exclusão dos colaterais.

Deu-lhe razão a sentença de primeira instância, mas a Corte de Apelação a reformou, porque pelas legislações italiana e espanhola os herdeiros colaterais preferem ao cônjuge sobrevivente e este era italiano, quando se achava no Brasil ao tempo da proclamação da República, não tendo, então, adquirido a naturalização tácita, por ser de menor idade.

E' questão controvertida, na doutrina e nas legislações, a de saber se a naturalização do pai acarreta a do filho.

Sendo omissa, a respeito, a nossa legislação, não me repugna aceitar a solução afirmativa, porque a grande naturalização, decretada no art. 69, n. 4, da Constituição da República, não depende de requerimento do interessado, mas resulta imediatamente de uma concessão dispensada a todos os que se achavam no território brasileiro, em 15 de novembro de 1889 e não recusaram essa concessão, dentro de determinado tempo.

Objeta-se, porém, que José Poley, por ser menor, não tinha capacidade para fazer declaração contrária à grande naturalização ou naturalização tácita.

Não procede a objeção, porque não se trata de naturalização, voluntária, que somente pode ser requerida por pessoa capaz, dada a concorrência de determinados requisitos, mas da naturalização do art. 69, n. 4, da Constituição, a qual, como acima se disse, não depende de requerimento; naturalização que o legislador constituinte procurou facilitar, como meio, talvez, de atrair estrangeiros para o país, no intuito de incrementar a sua agricultura e a sua indústria.

Nestas condições, se o pai do menor aceitou tacitamente a qualidade de brasileiro, não há razão para que o filho deixe de adquirir a mesma qualidade, resultando daí a anarquia na família pela divergência de nacionalidade, entre pai e filho, ou por ficar o filho sem nacionalidade, pois José Poley não seria brasileiro, nem italiano.

Diz-se que José Poley, em escrituras e procurações, declarou ser italiano. Nesses documentos ele se limitou a dizer que nasceu ou era natural da Itália, o que é uma verdade, mas não disse que desejava conservar a nacionalidade de origem.

Neste sentido foi o meu voto vencedor no acórdão de 13 de junho de 1927, proferido no caso de Rosa Floresco.

De acordo com esses fundamentos, dei provimento ao recurso para declarar aplicável ao caso a legislação brasileira, limitando o meu voto ao julgamento da questão federal controvertida.

Declarei em sessão que não me limitaria ao julgamento dessa questão, mas passaria daí por diante a julgar o que me parecia da competência exclusiva da Justiça local, não porque abandonasse a opinião, que vinha manifestando desde o julgamento do recurso extraordinário da Light, mas porque, estando isolado nessa opinião, que por isso mesmo talvez não fosse jurídica, poderia parecer que, continuando a sustentá-la, procuraria para mim a situação cômoda de não ter o trabalho de estudar e resolver a questão, que não fosse propriamente a federal ou controvertida.

Por conseguinte, acrescentei, se alguma vez se agitar a questão de saber se o Supremo Tribunal pode levar o seu julgamento além da questão federal controvertida, eu a resolverei pela negativa, porque o Supremo Tribunal não é uma terceira instância.

Caso, porém, não se agite a questão, julgarei, como o tem feito o Supremo Tribunal, sem insistir na fundamentação do meu voto isolado, afim de evitar escusadas repetições, que não teriam utilidade alguma, tendo, pelo contrário, a desvantagem de tomar tempo ao Tribunal.

Nesta conformidade, julgando aplicável ao caso a legislação brasileira, que a Justiça local deixou de aplicar, acrescento que, de acordo com a mesma legislação, é o recorrente o legítimo herdeiro de sua esposa, falecida, excluídos os colaterais, irmãos desta (*Pandectas* 7.^o-365, 2.^a parte; *Rev. Jur. Bras.* 6.^o-65).

350 — No recurso extraordinário n. 2. 121 (questão Larue) continuei vencido, com a mesma declaração acima feita, na parte em que o acórdão não se limitou ao julgamento da questão federal controvertida, que era a de saber se a legislação aplicável ao caso era a brasileira ou a estrangeira.

Passando ao julgamento, que me parecia da competência exclusiva da Justiça local, pronunciei-me sobre a questão de fato relativa à prova do domínio e posse do terreno disputado.

Por fim, foram rejeitados embargos de declaração, opostos a pretexto de ter sido omisso o acórdão *declarando*, fora dos casos em que a omissão autoriza o uso de tais embargos.

Este recurso extraordinário tem alguns pontos de semelhança com o de José Poley, como se vê dos acórdãos abaixo.

Julgou-se que o recurso extraordinário é cabível, quando na Justiça local se discutiu qual a legislação aplicável à espécie — se a brasileira ou a estrangeira.

(*) Vide no Suplemento o decreto-lei, que alterou a Introdução do Código Civil, na parte relativa à lei de nacionalidade e a de domicílio.

Sendo applicavel a legislação brasileira, por se tratar de estrangeiro casado com brasileira, possuindo bens imoveis no Brasil, não se limita o S. T. F. ao julgamento dessa questão federal controvertida, mas vai alem, tirando as consequências daí decorrentes, a bem da solução final do litigio.

Pelo direito brasileiro, e qualquer que seja o regime patrimonial do casal, não pode haver transferência válida de bens comuns ou próprios do marido, sem a outorga da mulher, ainda que se considere a homologação de uma concordata como titulo habil para transferência de bens da massa ativa social.

Meu voto no acordão foi o seguinte :

"Vencido na parte em que o julgamento foi alem da questão federal controvertida.

Por sentença de 7 de junho de 1923, foi declarada a falência da sociedade G. Larue & Comp., da qual faziam parte os sócios solidários George Larue e Ernesto Durisch.

Arrecadados os bens sociais e particulares de cada um dos sócios, Ernesto Durisch fez aos credores, em 27 de agosto de 1923, uma proposta de concordata, cuja primeira cláusula dizia :

"O proponente recebe dos senhores síndicos da falência a massa constante de todos os bens, quer sociais, quer particulares dos sócios, conforme a arrecadação".

A cláusula 5.^a da proposta da concordata é assim concebida :

"Pagará (Durisch) mais 8% sobre 80% dos mesmos créditos quirográficos em ação da sociedade anônima, que vai constituir com o capital de 6.000:000\$0".

A concordata foi homologada por sentença de 2 de janeiro de 1924, confirmada por acordão da Corte de Apelação, de 4 de abril do mesmo ano (folhas 14 e 17).

A 9 de agosto organizou-se a sociedade anônima Companhia Agrícola e Pastoral Santa Cruz, a que aludia a cláusula 5.^a da proposta de concordata.

Os peritos, avaliando em 5.990:000\$0 os bens da firma falida, com os quais Ernesto Durisch entrava para a sociedade, cujo capital era de réis 6.000:000\$0, deram o valor de 100:000\$0 a um desses bens, que era um terreno da praia do Russel, entre os ns. 82 e 94 (fls. 14 e 34), terreno arrecadado como um dos bens pertencentes à massa falida de G. Larue & Comp. (fls. 4).

Por falecimento de Georges Larue, em 27 de agosto de 1925 (fls. 110), foi, a 15 de setembro do mesmo ano, arrecadado e avaliado em 180:000\$0 o terreno alludido como pertencente ao espólio do mesmo finado (fls. 5).

A essa arrecadação a Companhia Agrícola e Pastoral Santa Cruz ofereceu embargos de terceiro senhor e possuidor, alegando que o terreno arrecadado é da seu dominio e posse, porque, decretada a falência de G. Larue & Comp., o sócio Ernesto Durisch recebeu todos os bens da massa falida, inclusive o mencionado terreno da praia do Russel, em virtude da cláusula 1.^a da proposta de concordata e com todos esses bens Durisch entrou para a formação do capital social da embargante, de acordo com a cláusula 5.^a da mesma proposta de concordata, devidamente homologada por sentença.

Acresce, diz a embargante, que Georges Larue não se opôs à proposta da concordata feita por seu sócio, como lhe facultava o art. 107, § 2.^o, da lei n. 2.024, de 1908, e quando, mais tarde, ele quis evitar a entrega dos seus

bens particulares ao sócio concordatário, essa pretensão lhe foi indeferida por despacho do juiz da falência, confirmado por acórdão unânime da Corte de Apelação.

Recebidos os embargos, foram contestados pelo espólio de Georges Larue e pela viúva deste, D. Gabriella de Gama Larue, com as seguintes alegações:

Que, por morte de Larue, senhor e possuidor do terreno, a posse e domínio deste passaram para a viúva, ex-vi do art. 1.572 do Código Civil;

Que o imóvel não saiu do patrimônio do casal por nenhum dos modos de aquisição reconhecido em direito e nem poderia ter saído sem a outorga uxória exigida pelo art. 235 do Código Civil;

Que, tendo o sócio solidário, Ernesto Durisch, celebrado concordata com os credores, ficou o outro sócio solidário Georges Larue desonerado de qualquer responsabilidade, por força do art. 114 da lei n. 2.024;

Que, admitido que o silêncio de Larue pudesse ser interpretado como aquiescência à alienação do imóvel, faltaria em todo caso o consentimento da mulher casada para essa alienação.

Pela sentença da fls. 150, o juiz de ausentes julgou provados os embargos, declarando, entretanto, que não lhe seria lícito conhecer nesses embargos de questões, que só poderiam ser resolvidas em ação rescisória.

Desta decisão o espólio e a viúva de Larue agravaram.

A 2.^a Câmara da Corte de Apelação negou provimento ao agravo, considerando: que o terreno da praia do Russell, arrecadado como sendo do espólio de Larue, pertence, segundo se vê a fls. 30 e 40, à Companhia Agrícola e Pastoral Santa Cruz, organizada com os bens da massa de G. Larue & Comp., para tarde este procurou retirar os seus bens particulares dados em garantia da concordata celebrada com assentimento de Larue; que só mais cordata, mas foi repellido nessa pretensão, por despacho do juiz, confirmado na instância superior; que a outorga uxória, para que Larue pudesse alienar os bens do casal, não era necessária, visto como Larue era suíço, casado com mulher brasileira, de acordo com o Código francês, que então vigorava no cantão de Geneve, e pelo art. 1.421 desse Código o marido pode dispor dos bens do casal sem outorga de sua mulher; que, embora a viúva de Larue seja brasileira, regula a espécie a lei nacional do marido, conforme doutrina Clóvis Bevilacqua e Eduardo Espinola.

Desta decisão foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Denegado o recurso pelo presidente da Corte de Apelação, foi requerida carta testemunhável, que o Supremo Tribunal julgou procedente para o fim de mandar admitir o recurso, desde que dos autos se verifica tratar-se de um caso subordinado e resolvido pelos princípios de direito internacional privado.

O presidente da Corte de Apelação mandou cumprir o acórdão por despacho de 7 de janeiro de 1928 e o recurso foi tomado por termo de 8 de maio seguinte.

Pronunciando-se contra a preliminar de ter sido o recurso tomado por termo depois do prazo legal, o ministro procurador geral opinou, quanto ao mérito, que o julgamento está restrito à questão de direito internacional, que consistiu em saber qual a lei reguladora dos bens do casal Georges Larue, sendo o marido natural da Suíça, e a mulher brasileira. Pensa que a lei brasileira é que regula o caso e conclui pelo provimento do recurso, para mandar que a hipótese seja aplicada a invocada disposição do Código Civil.

Quanto à preliminar, julgando procedente a certa testemunhável, o Supremo Tribunal mandou tomar por termo o recurso.

Baixando os autos à primeira instância, o presidente da Corte mandou cumprir o acórdão, por despacho de 7 de janeiro, data em que os autos foram também recebidos pelo secretário da Corte, para cumprir o despacho do presidente.

O recurso só foi tomado por termo quatro meses depois. Como, porém, não consta que o recorrente tivesse ciência, por qualquer forma, do despacho do presidente, embora ele devesse ser vigilante, tomo conhecimento do recurso.

Quanto ao mérito, estou inteiramente de acordo com o parecer do ministro procurador geral.

Georges Larue, de origem suíça, era casado com a brasileira, D. Gabriella Guma Larue, desde 1892 (fls. 110), e residia há muitos anos no Brasil, onde era negociante, industrial e possuía a grande quantidade de imóveis, de que os autos dão notícia, sem nunca ter manifestado a intenção de conservar a nacionalidade de origem.

Logo, Larue era brasileiro, nos termos do art. 69, n. 5, da Constituição, e a legislação aplicável ao caso é a do Brasil, além de que os atos relativos a imóveis situados no Brasil *sempre se regem pela lei brasileira* (arts. 8 e 13, parágrafo único, n. 4, da Introdução do Código Civil).

E como o acórdão recorrido julgou que a outorga uxória não era necessária para que Larue pudesse alienar os bens do casal, isto em face do artigo 1.421 do Código Civil francês, regulador da espécie, contrariamente ao que dispõe o art. 235 do Código Civil brasileiro, que exige a outorga, dou provimento ao recurso, para, reformando o mesmo acórdão, mandar que a Justiça local julgue a espécie, de acordo com a legislação brasileira, que ela julgou inaplicável.

Nos termos do art. 24 da lei n. 221, o Supremo Tribunal deve limitar-se ao julgamento da "questão federal controvertida no recurso, sem se estender a qualquer outra porventura compreendida no julgado". E a questão federal controvertida, a questão de direito internacional, que determinou a admissão do recurso, é tão somente a de saber se a legislação aplicável ao caso é a brasileira ou a estrangeira, como bem salienta o ministro procurador geral em seu parecer.

A disposição do art. 24 da lei n. 221 está consolidada no art. 170 do regimento do Tribunal, e no art. 748, parte 3.ª, do decreto n. 3.084.

Sobre essas disposições, lê-se o seguinte, em artigo de doutrina do Doutor Epitácio Pessoa: ... (vide n. 333).

SEGUNDO ACÓRDÃO

N. 2.121 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre a Companhia Agrícola e Pastoril Santa Cruz, como embargante, e o espólio de Georges Larue, como embargado:

ACORDAM rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado por seu fundamento, pagas as custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1930. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *Hermenegildo de Barros*, relator. O acórdão embargado julgou que a lei aplicável ao caso é a brasileira, e neste particular manifestei-me de acordo, embora com ligeira diferença na fundamentação.

O acórdão aplicou a lei brasileira pela razão de que (ainda posta em dúvida a aquisição da nacionalidade brasileira pelo *de jure*), a lei federal helvética, de 25 de junho de 1894, art. 11, estatuiu que, em relação a terceiros, ficam os cônjuges sujeitos à lei do lugar de seu domicílio, norma especial reguladora dos direitos da mulher, *vis-à-vis* dos credores do marido, em caso de falência deste ou penhora.

Eu, porém, apliquei a lei brasileira, porque, além de serem sempre regulados por essa lei os atos relativos a imóveis situados no Brasil (arts. 8.º e 13, parágrafo único, n. 4, da Introdução do Código Civil), ainda era certo que Larue, embora suíço, era casado com brasileira desde 1892 e residia, há muitos anos, no Brasil, onde era negociante, industrial e possuía grande quantidade de

imoveis, sem nunca ter manifestado intenção de conservar a nacionalidade de origem (art. 69, n. 5, da Constituição).

E' verdade que, em documentos oferecidos com os embargos ao acordão, pessoas que constituíram Georges Larue seu procurador declararam ser ele suíço.

O próprio Larue, no contrato social com Durisch, se disse de *nacionalidade suíça*. Isto, porem, não significa que pretendesse conservar essa nacionalidade, mas tão somente que tinha nascido na Suíça, conforme se entendeu, em circunstâncias idênticas, no caso de José Poley, onde também havia essa declaração de nacionalidade, feita incidentalmente, por ocasião de ser qualificado o individuo.

Apliquei, pois, como o acordão embargado, a legislação brasileira, cujo art. 235 do Código Civil exige a outorga uxória para que o marido possa alienar os bens imoveis do casal.

A minha divergência com o referido acordão consistiu em ter ele considerado que, assentada a aplicação da lei brasileira, deve o Tribunal tirar desde logo as consequências que daí decorrem, ao passo que eu entendi que o Tribunal deve limitar-se ao julgamento da questão federal controvertida, que era somente a de saber se a legislação applicavel ao caso era a brasileira ou a estrangeira, competindo à Justiça local o julgamento da causa de acordo com aquela legislação, à vista do art. 24 da lei n. 221, citado no meu voto divergente.

Mas, conforme declarei no julgamento de recurso extraordinário n. 2.136, em que foi recorrente José Poley, eu passaria, de então em diante, a julgar também o que me parecia ser da competência exclusiva da Justiça local, não porque abandonasse a opinião, que vinha manifestando desde o julgamento do recurso extraordinário da *Light and Power*, mas porque, estando isolado nessa opinião, poderia parecer que, continuando a sustentá-la, procuraria para mim a situação cômoda de não ter trabalho de estudar e resolver a questão, que não fosse propriamente a federal ou controvertida.

Por conseguinte, se alguma vez se agitar a questão de saber se o Supremo Tribunal pode levar o seu julgamento alem dessa questão, eu a resolverei pela negativa, porque ele não é uma terceira instância.

Caso, porem, não se agite a questão, julgarei, como o tem julgado o Supremo Tribunal, sem insistir na fundamentação do meu voto isolado, afim de evitar escusadas repetições que não teriam utilidade, tendo, pelo contrário, a desvantagem de tomar tempo do Tribunal.

Passando, pois, a julgar o que é da competência da Justiça local, não se torna melhor a situação da embargante.

Esta alega que lhe pertence o terreno da praia do Russel, porque Durisch o recebeu, com todos os outros bens da massa falida, para com eles formar o capital da Companhia Agrícola e Pastoral Santa Cruz, conforme as cláusulas 1.^a e 5.^a da concordata.

Mas a cláusula 5.^a não diz que os bens da massa falida eram destinados à formação do capital daquela companhia. Diz apenas que Durisch pagaria 8% sobre 80% dos créditos quirográficos em ação da sociedade anônima, que ele ia constituir com o capital de 6.000.000\$0.

E' certo que Durisch se propôs a receber todos os bens da massa falida, nos termos da cláusula 1.^a da proposta de concordata.

Mas o art. 114, parágrafo único, da lei n. 2.024, dispõe: "Quando a concordata tiver sido formada com algum sócio solidário da sociedade falida, ficam desonerados de qualquer responsabilidade os outros sócios solidários, cessando os efeitos de sua falência".

Em virtude desse dispositivo, os bens particulares dos sócios não concordatários *liet.* são restituídos, como o deviam ser os de que se trata, desde que a cláusula 5.^a da proposta de concordata não diz, como já se ponderou, que tais bens eram destinados à formação do capital da embargante.

Por cessarem os efeitos da falência do sócio não concordatário, Larue requereu a entrega dos seus bens particulares, entre os quais o terreno da praia do Russel, citando o dispositivo do art. 114, parágrafo único, da lei n. 2.024, mas o juiz lhe indeferiu o requerimento.

Tendo Larue agravado do despacho, a Corte não tomou conhecimento do agravo. Pouco importa que Larue não tivesse feito opposição à proposta de concordata. Ele não se opôs, por entender naturalmente que, aceita e homologada a concordata, em que só Durisch tomava parte, seria aplicado o art. 114, parágrafo único, da lei de falência, tanto que requereu a entrega de seus bens, fundado no referido artigo.

O consentimento foi dado precisamente para que se verificasse a restituição dos bens, porque, sem aquele consentimento, não seria possível a aplicação do art. 114.

Cumprir não perder de vista que, em se tratando de embargos de terceiro senhor e possuidor, é indispensável a prova do domínio e posse do terceiro embargante. Não há prova de domínio, porque não se transcreveu título de transferência no registro de imóvel (art. 530 do Código Civil). O que se transcreveu a fls. 40 não é título de propriedade; e, quanto à posse, deusem, para prová-la, duas testemunhas, mas sem citação do interessado contrário que seria, no caso, o curador de ausentes.

O domínio e a posse do terceiro pertencem à mulher de Larue. Por esse motivo, rejeitei também os embargos e confirmei o acordão embargado. — *F. Whitaker*. — *A. Ribeiro*. — *Bento de Faria*. — *Pedro dos Santos*. — *Cardoso Ribeiro*, vencido, manteve o voto que dei ao tempo de julgamento anterior e se ló a fls. 254 v. — *Pedro Mibielli*, vencido. — *Soriano de Souza* nos termos do acordão embargado. — *Geminiano da Franca*, vencido. — *Leoni Ramos*. — *Muniz Barreto*, vencido.

Fui presente. — *A. Pires e Albuquerque*.

TERCEIRO ACORDÃO

N. 2.121 — Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que a Companhia Agrícola e Pastoral Santa Cruz opõe embargos de declaração ao segundo acordão de fls. 361 v.

ACORDAM rejeitar os embargos, por se não verificar nenhum dos casos em que são admissíveis embargos de declaração.

Disso parece estar convencida a própria embargante, tanto que embargou o segundo acordão, que não fez mais do que confirmar o primeiro, *por seus fundamentos*.

À esse primeiro acordão, portanto, o que deveriam ser opostos, no prazo de dez dias, embargos de declaração, se porventura fosse obscuro, ambíguo, contraditório ou omissivo em algum ponto sobre que devesse haver condenação.

Tais embargos, porém, não foram opostos ao primeiro acordão, mas embargos infringentes, e só depois da rejeição destes é que se pede a declaração do segundo acordão, confirmativo do primeiro, pelos fundamentos deste, *exclusivamente*.

Ainda que se considere que ao segundo acordão podiam ser opostos embargos de declaração, porque nele se incorporou o primeiro acordão, cujos fundamentos adotou, o caso não seria de embargos daquela natureza, como resulta das alegações da embargante.

A primeira é que o Supremo Tribunal não se pronunciou sobre a alegação de terem transitado em julgado duas sentenças da Justiça local.

O acordão, pois, teria sido omissão, embora não o tivesse declarado expressamente a embargante.

A omissão, porém, que autorizaria embargos de declaração, não seria a falta de pronunciamento do juiz sobre determinada alegação da parte, porque a tivesse considerado irrelevante, impertinente, ou por algum outro motivo, mas a omissão que consiste em algum ponto, sobre que devia haver condenação (art. 683, parte 3.^a, do decreto n. 3.084), como, por exemplo, se a parte tivesse pedido a condenação ao pagamento de juros, rendimentos, custas, etc. e o juiz silenciasse a respeito.

Em segundo lugar, a embargante deseja que se declare por que motivo se aplicou a espécie a lei brasileira, se foi pelo fato de ser Larue suíço e estar por sua lei nacional — a suíça — subordinado à lei de seu domicílio — a brasileira; ou se foi pelo fato de ter Larue adquirido a nacionalidade brasileira, ex-vi do art. 69, n. 5, da Constituição Federal.

O acordão é expresso, a respeito: aplicou a lei brasileira, porque (ainda posta em dúvida a aquisição da nacionalidade brasileira pelo de *cujus*), a lei federal helvética estatue que, em relação a terceiros, ficam os cônjuges sujeitos dora do direito da mulher, *vis-à-vis* dos credores do marido, em caso da falência deste ou penhora.

O voto do relator, lançado separadamente no acordão, foi que aplicou a lei brasileira, porque Larue, embora suíço, era casado com brasileira e residia no Brasil, onde possuía imóveis, sem nunca ter manifestado intenção de conservar a nacionalidade de origem.

Mas, aplicada a lei brasileira, por esse ou por aquele motivo, sendo um deles ou ambos inaceitáveis — isso jamais daria lugar à oposição de embargos de declaração.

Em terceiro lugar, quer saber a embargante, por que razão, aplicando-se a lei brasileira, se há de ter por nula a transferência dos bens, operada em virtude da concordata: se por falta de outorga uxória, se por força do art. 114, parágrafo único, da lei das falências, se por carência do título jurídico.

A esse respeito é também expresso e claro o acordão, que considerou não ser possível transmissão válida de bens comuns do casal ou próprios do marido, sem a outorga do marido, nos termos do art. 253, n. 1, do Código Civil brasileiro. E o acordão acrescentou que, ainda quando, pelo nosso direito, fosse homologação da concordata título hábil de domínio... nenhuma seria a transferência do imóvel, pela só ausência da outorga do cônjuge.

Por fim, se alguma dúvida houvesse sobre a natureza dos embargos opostos ao segundo acordão, a embargante a teria dissipado de modo completo, porque ofereceu, com os embargos de declaração, grande cópia de documentos (reprodução quase total dos já existentes nos autos), para provar que Larue era suíço e conservara a nacionalidade de origem.

Os embargos são, em suma, francamente infringentes do julgado, inadmissíveis depois do segundo acordão.

Custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 1930. — Godofredo Cunha, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — F. Whitaker. — A. Ribeiro. — Benito de Faria. — Cardoso Ribeiro. — Pedro dos Santos. — Soriano de Souza. — Pedro Mibielli. — Muniz Barreto. — Leonu Ramos.

Foi voto vencedor o do Sr. ministro Geminiano da Franca. — O substituto, Theophilo Gonçalves Pereira (Arquivo Jud. 15-281, 284 e 286; Revista de Jur. Bras., 10-357, 363 e 374). Vide parecer do Dr. Francisco Campos sobre a limitação da jurisdição do S. T. F. à questão federal controvertida (Revista Forense, 71-253).

Casos de recurso extraordinário, segundo as Constituições de 1934 e 1937

351 — A Constituição de 16 de julho de 1934 manteve os três casos de recurso extraordinário das letras a, b e c da Constituição anterior; suprimiu o caso relativo a questões de direito criminal ou civil internacional e acrescentou um outro caso, de que anteriormente se não havia cogitado: "quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado".

A Constituição de 10 de novembro de 1937 conservou os quatro casos mencionados, sem alteração substancial, com mudança, apenas, de redação, salvo quanto ao recurso, no caso de interpretação diferente da mesma lei federal por dois ou mais tribunais locais, pois as duas últimas Constituições incluíram na divergência a própria Corte Suprema ou Supremo Tribunal Federal.

Caso de recurso extraordinário, com fundamento no art. 76, 2, III, letra "a", da Constituição de 1934, ou 101, III, letra "a", da Constituição de 1937

352 — Só é admissível o recurso extraordinário, no caso de decisão proferida contra literal disposição de lei federal, quando a decisão recorrida tiver violado abertamente, manifestamente, a lei federal.

O recurso extraordinário, nesta hipótese, é facultado no mesmo caso em que se concede ação recisória para anulação de sentença proferida contra direito expresso, ou contra expressa disposição de lei.

De acordo com o conceito da ação recisória, não foi proferida contra expressa ou literal disposição de lei a decisão, de que foi interposto o recurso extraordinário n. 2.679. Teria havido, apenas, uma interpretação do decreto n. 23.301, de 30 de outubro de 1933. Mas a interpretação, ainda que errônea, da lei, não autoriza o recurso extraordinário (*Rev. For.*, 68-307).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, entre Olga de Assis Silveira, como recorrente, e Antenor Mayrink Veiga, como recorrido.

Este propôs, no Juízo de Direito de Barra Mansa, do Estado do Rio de Janeiro, ação ordinária para anular seu casamento com Olga de Assis Silveira, alegando ter sido moralmente coagido a esse casamento, celebrado em 8 de dezembro de 1924, mas não consumado, porque, durante quase três anos, vivendo no mesmo lar e debaixo do mesmo teto com a esposa, esta jamais consentiu ter relações sexuais com o marido, até que, em 14 de outubro de 1928, ainda donzela, em estado de virgindade, deixou o lar conjugal, retirando-se

para a cidade de Barra Mansa. Alegou o autor, para o efeito do art. 178, § 5.º, n. 1, do Código Civil, ter cessado a coação em... de..., do corrente ano de 1928 (estão em branco os espaços destinados à data do dia e do mês), sendo a petição inicial datada de 5 de dezembro do mesmo ano.

Com a petição inicial foi oferecida escritura de separação de bens, de 1.º de dezembro de 1924, na qual os noivos declararam que estavam justos para casar um com o outro, por livre e espontânea vontade própria e de seus pais (fls. 8).

Citada a ré, por mandado, no mesmo dia 5 de dezembro, assinou-se-lhe prazo para a contestação em audiência do dia seguinte, 6 de dezembro (fls. 13), tendo sido a causa posta em prova no dia 7 (fls. 20), cientes as partes em 8 de dezembro, inclusive a ré, vendo-se à margem da certidão de intimação a fls. 20 a assinatura — Olga Silveira — que é arguida de falsa e como tal foi considerada por peritos.

Citados os interessados, menos a ré, para a inquirição de testemunhas (fls. 23), arrazoaram as partes, menos a ré.

O juiz de direito, Carolino Lengruher, depois de considerar que no processo foram observadas todas as prescrições legais, com a citação da ré para todos os termos e atos do mesmo processo — o juiz de direito julgou procedente a ação e anulou o casamento, de acordo com o art. 183, n. 9, arts. 269, 98 e 99 do Código Civil.

Considerou também o juiz que a ação foi proposta dentro do prazo de 6 meses, pois só a menos desse prazo desapareciam os motivos, que não permitiam ao autor a propositura da ação, isto é, os motivos de impedimento desapareceram com a transferência do domicílio para Barra Mansa.

A sentença foi intimada às partes a 19 de dezembro de 1928, estando à margem da certidão de intimação à fls. 38 a assinatura Olga Silveira, julgada falsa por peritos.

O escrivão certificou a 31 de dezembro que a sentença transitara em julgado.

Cinco anos depois — a 5 de dezembro de 1933 — foram os autos remetidos à Secretaria do Tribunal da Relação do Estado do Rio, em cumprimento do disposto no § 2.º do art. 2.º do decreto n. 23.301, de 30 de outubro de 1933 (fls. 38-v).

O art. 1.º desse decreto estabelece que as sentenças de nulidade ou anulação de casamento serão averbadas no Registro Civil, para que produzam os efeitos legais, somente depois de confirmadas, definitivamente, na instância superior.

O parágrafo único do art. 1.º prescreve: Para esse efeito, o juiz que proferir a sentença, apelará *ex-officio*, na própria sentença, sem prejuízo da interposição do mesmo, ou de outro recurso por qualquer interessado.

O art. 2.º diz: A averbação das sentenças de nulidade e anulação de casamento, no Registro Civil, se fará, unicamente, mediante carta de sentença subscrita pelo presidente, ou outro juiz competente, do Tribunal Superior do Estado respectivo, a qual ficará arquivada no cartório do mesmo Registro.

E o § 2.º do art. 2.º, esclarece: O disposto no presente artigo aplica-se às sentenças proferidas em data anterior à deste decreto, devendo, para tal fim, os escrivães competentes remeter os autos findos, ainda que não tenha havido recurso, à Secretaria do Tribunal Estadual Superior.

Um mês depois de remetido o processo à Secretaria do Tribunal, Olga de Assis Silveira — a ré — contra quem fora proferida a sentença, requereu

que fosse o mesmo processo distribuído a um relator e julgado, em cumprimento à determinação do decreto (fls. 40).

O presidente do Tribunal distribuiu o feito a um relator determinado.

Tendo a ré requerido ao relator a citação do autor para contestar artigos de falsidade, que ela oferecia (fls. 72), o relator deferiu o requerimento, sob a consideração de que, remetidos os autos à Relação *ex-vi* do art. 2.º, § 2.º, do decreto n. 23.301, de 30 de outubro de 1933, devem passar por uma revisão, que autorize ou não a averbação da sentença. Ao mesmo tempo indeferiu o requerimento do autor, em que pedia vista do processo para defesa de seus direitos.

Deste despacho o autor agravou, alegando que o decreto visava exclusivamente sujeitar a averbação das sentenças de nulidade de casamento, anteriores ao decreto, ainda não averbadas, à formididade da carta de sentença expedida pelo Tribunal, não sendo lícito a este conhecer do merecimento da causa, nem revér, para confirmar ou reformar, a sentença de primeira instância, passada em julgado (fls. 95).

A Primeira Câmara da Relação deu provimento ao agravo do art. 386 do Código Judiciário do Estado, para indeferir o pedido de fls. 72, visto como o art. 1.796 do Código só se aplica à falsidade de escrituras e documentos, e não à falsidade de termos do processo, como a que fora arguida pela ré. E quando assim não fosse, falecia competência à Câmara para conhecer da falsidade ocorrida na primeira instância (art. 1.793, § 4.º, do Código). Um dos desembargadores fez no acórdão declaração de voto, no sentido de que os autos foram ao Tribunal, unicamente para a providência do art. 2.º do decreto n. 23.301, e não para serem revistos, pois contra a sentença passada em julgado nem mesmo cabe ação rescisória, em face do art. 178, § 10, n. 8, do Código Civil (fls. 105).

Seguem-se razões da ré, acompanhadas de atestados de que ela nunca estivera em Barra Mansa.

A fls. 192 está a resposta de peritos, no sentido de não serem do punho da ré as assinaturas à margem de fls. 20-v. e 38.

Arrazou também o autor, concluindo por pedir o arquivamento do feito, visto nada haver a decidir (fls. 200). O acórdão de fls. 209 considerando: que o decreto n. 23.301, instituindo no seu art. 1.º a apelação *ex-officio* nos casos de nulidade e anulação de casamento, somente o fez em relação às sentenças que fossem proferidas depois da sua data; que o referido decreto não sujeitou a qualquer revisão as sentenças proferidas em processos findos, anteriormente à sua vigência, pois que, conforme prescreve o claro dispositivo do § 2.º, art. 2.º, devem os processos findos ser remetidos à Secretaria dos Tribunais Superiores, para o fim de, aí, serem averbadas no Registro Civil as sentenças respectivas, que ainda o não tenham sido; que no presente processo a sentença final de primeira instância, que decretou a anulação do casamento, proferida em 19 de dezembro de 1928 e intimada às partes no mesmo dia, passou em julgado em 31 de dezembro de 1928, como se vê da certidão do escrivão a fls. 38-v., já tendo sido averbada no Registro Civil (fls. 101-v.); que não interessa à solução do caso a arguição de falsidade dos cientes, com o nome da ré, à margem das certidões de intimações feitas à mesma, por se tratar de ato inteiramente estranho à validade e regularidade das referidas intimações, e por não dependerem do ciente das partes as intimações, que, pessoalmente, lhes não feitas — o acórdão de folhas 209, após essas considerações, conheceu do processo, para, depois de o ter examinado, decidir que nenhum julgamento mais é possível sobre o merecimento da causa, visto achar-se ela finda com a sentença passada em julgado, o que só poderia ser feito por meio de ação rescisó-

ria. Concluiu que os autos deviam baixar à Secretaria do Tribunal para que fossem arquivados.

Ao acórdão, de 8 de setembro de 1934, a ré opôs, em 19 do mesmo mês, embargos de nulidade e infringentes do julgado, por ter o mesmo acórdão negado aplicação ao decreto n. 23.301, de 1933, deixando de tomar conhecimento do recurso criado pelo referido decreto.

O relator mandou dar vista às partes para impugnação e sustentação dos embargos.

Não se conformando com este despacho, o autor interpôs o chamado agravo de Mesa, por não caberem embargos, na espécie.

Reclamou a ré contra esse agravo.

O acórdão de fls. 254, considerando que o autor, na petição inicial, deu à causa o valor de 2:000\$0 e que a ré, apesar de intimada, não impugnou esse valor, que ficou subsistindo para todos os efeitos, na forma do art. 1.149 do Código; que o decreto estadual n. 2.684, de 24 de novembro de 1931, art. 29, veda a oposição de embargos infringentes nas causas de valor inferior a réis 5:000\$0, sem fazer qualquer distinção; que a alegação de ser a causa de valor inestimável não procede pelas razões expostas — o acórdão de fls. 254 deu provimento ao agravo para rejeitar *in limine* os embargos infringentes.

Não desse acórdão, mas do primeiro à fls. 209, que declarou não ser mais possível nenhum julgamento sobre o merecimento da causa e mandou arquivar os autos, a ré interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 76, 2.º, III, letra a, da Constituição, por não ter sido aplicado o decreto n. 23.301. O recurso foi tomado por termo a 18 de dezembro de 1934.

O Sr. Dr. procurador geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

ACORDAM não conhecer do recurso, por ser inadmissível, no caso.

O recurso extraordinário, com o fundamento invocado, tem lugar, quando a decisão for contra literal disposição de lei federal sobre cuja aplicação se haja questionado.

É este um dos casos de ação recisória, por meio da qual pode ser anulada a sentença nula, por ter sido proferida contra a expressa disposição da lei (arts. 680, § 2.º, e 681, § 4.º, do reg. 737, arts. 99, letra b, e 100, letra c, do decreto n. 3.084).

A sentença é proferida contra literal disposição da lei ou contra expressa disposição da lei, quando, segundo o exemplo da Ordenação, o juiz julga que o menor de 14 anos pode fazer testamento, embora a lei disponha expressamente o contrário. Se, porém, o juiz julga que o menor de 14 anos não pode fazer testamento, mas que ele era maior dessa idade, embora esteja provado que o não era, neste caso a sentença não foi proferida contra expressa disposição de lei, mas apenas contra o direito da parte. A sentença não será nula, nem haverá lugar a ação recisória.

Alega a recorrente que o acórdão recorrido julgou contra a literal disposição do art. 2.º, § 2.º, do decreto n. 23.301, pois se absteve de julgar a causa, quando o citado parágrafo estabeleceu a revisão justamente dos processos findos.

O art. 2.º manda que as sentenças de nulidade e anulação de casamento sejam averbadas no Registro Civil, mediante carta de sentença, subscrita pelo presidente e para esse fim, acrescenta o § 2.º, devem os autos findos, ainda que não tenha havido recurso, ser remetidos à Secretaria do Tribunal Superior,

mesmo que se trate de sentenças proferidas anteriormente ao decreto. Ora, o que o acórdão recorrido julgou foi que nenhum julgamento mais é possível sobre o merecimento da causa, uma vez que ela está finda, por haver a sentença transitado em julgado. Isto quer dizer que se a sentença não houvesse transitado em julgado, no conceito do acórdão, o julgamento seria possível. Assim decidindo, o acórdão não julgou contra literal disposição do decreto: te-lo-in interpretado.

Mas a interpretação da lei, ainda que errônea, se porventura o fosse a de que se trata, não equivale a um julgamento contra a literal ou expressa disposição da mesma lei, para que seja autorizado o recurso extraordinário.

Custas pela recorrente.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1935. — HERMENEGILDO DE BARROS, presidente e relator. — Além do fundamento do acórdão, adotei também, para não conhecer do recurso, o seguinte:

O Sr. Dr. procurador geral opina que o recurso foi interposto em tempo, quanto ao segundo acórdão. Mas a ré interpôs o recurso, não desse segundo acórdão à fls. 254, que julgou não serem admissíveis embargos infringentes em causas de valor inferior a 5:000\$0. A ré interpôs o recurso, declaradamente, do primeiro acórdão de fls. 209, que mandou arquivar os autos, por não ser mais possível qualquer julgamento sobre o mérito da causa.

Ora, ao acórdão de fls. 209 a ré opôs embargos infringentes a 19 de setembro de 1934, ao passo que o recurso extraordinário foi tomado por termo a 18 de dezembro do mesmo ano, ou três meses depois.

Nem se objete que a oposição dos embargos infringentes interrompeu o prazo de dez dias para a interposição do recurso extraordinário, pois é corrente a jurisprudência da Corte Suprema, no sentido de que a oposição de recursos inadmissíveis não interrompe aquele prazo.

O recurso, no caso, conforme acentuou o acórdão, era inadmissível por disposição expressa do art. 29 do decreto n. 2.684, de 24 de novembro de 1931, que não admite embargos infringentes em causa de valor inferior a réis 5:000\$0 (o valor dado a esta causa foi de 2:000\$0), pouco importando que a causa, por sua natureza, seja de valor inestimável, porque o citado art. 29 não faz a respeito qualquer distinção, conforme também acentuou o referido acórdão de fls. 254.

Logo, o recurso foi interposto fora do prazo legal de dez dias.

(Rev. For., 68-307).

353 — Tomando conhecimento da cláusula de um testamento sujeito à sua apreciação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou, em confirmação da sentença de primeira instância, que não se tratava de usufruto, conforme a expressão empregada no testamento, mas de um fideicomisso. Desta decisão foi interposto recurso extraordinário para o S.T.F., que do mesmo não conheceu, por ter versado o debate sobre a interpretação de uma cláusula testamentária, como, em hipótese idêntica, havia julgado o mesmo Tribunal a propósito de uma verba do testamento com que falecera a viscondessa Gonçalves Pinto (Arquivo, 7.º-292).

Em vista disso, a recorrente, Anna Francisca da Silva Marques, propôs contra o recorrido, Joaquim Garcia de Oliveira, ação recisória da decisão do Tribunal de São Paulo, sob a alegação de ter sido ela proferida contra direito expresso, pois considerara como de fideicomisso um caso evidente de usufruto.

E o mesmo Tribunal, que julgara ser o caso de fideicomisso, julgou procedente a ação recisória, por ter agora considerado que o caso era de usufruto.

Interposto recurso extraordinário dessa decisão, o S.T.F., coerentemente, não tomou conhecimento do recurso, porque, em vez de ter proferido decisão contra direito expresso, o acórdão recorrido havia, apenas, interpretado uma cláusula testamentária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado de São Paulo, em que são recorrentes Francisco Rodrigues Carneiro e outro e recorrida, Anna Francisca da Silva Marques.

Francisca Victoria Mendes da Silva faleceu com testamento, no qual se encontra a seguinte verba: "Instituo herdeiros de todos os meus bens os meus seis sobrinhos, Ignacio, Joaquim, Hyppolito, Julia, Sophia e Emilia, filhos da minha irmã D. Ignacia Joaquim de Araujo, pela maneira seguinte, a saber: que os bens de raiz eles terão de comum somente o usufruto, não podendo por qualquer modo aliená-los; que no caso de falecer algum dos ditos herdeiros, sem filho legítimo, essa parte de usufruto passará também em comum para os irmãos que sobreviverem, mas se o que falecer deixar filhas ou filhas de matriz da parte de tais bens, em que seu pai ou mãe tinha usufruto".

Por ocasião da morte da testadora, já eram falecidos Joaquim e Hyppolito, de modo que os bens dela foram partilhados entre os demais — Ignacio, Julia, Sophia e Emilia.

Alegou-se que Julia faleceu, passando os prédios que ela herdara em usufruto à propriedade de seus filhos; que Ignacio faleceu sem descendência tendo o seu usufruto passado às irmãs sobreviventes, Sophia e Emilia; que, por morte de Sophia, passou a propriedade à sua filha Anna Francisca da Silva Marques.

Por fim, tendo falecido Emilia, Anna Francisca entendeu que com ela terminara o usufruto, cabendo a propriedade aos filhos do matrimônio de Sophia e Julia, isto é, a mesma Anna Marques, com representação de sua mãe Sophia, e Amelia de Araujo e outros, como representantes de Julia.

Compareceu, porem, em Juízo Joaquim Garcia de Oliveira, marido de Emilia, e alegou que não se tratava de usufruto, mas de fideicomisso, tendo ficado consolidada a propriedade na fiduciária Emilia, por morte dos fideicomissários, seus irmãos.

Nestas condições, não tendo a fiduciária deixado descendentes, nem ascendentes, e tendo ela sobrevivido a todos os irmãos, caducou o fideicomisso, passando a herança ao marido da mesma fiduciária, na qualidade de seu herdeiro legítimo.

Pela sentença de primeira instância o juiz julgou que, embora a testadora houvesse empregado a expressão — usufruto — tratava-se, em realidade, se fiduciário, sendo fideicomissários os filhos legítimos de cada um deles, se os tivesse, ou os irmãos sobreviventes, no caso contrário.

Esta sentença foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça de São Paulo.

Do último acórdão foi interposto recurso extraordinário, do qual o Supremo Tribunal Federal deixou de conhecer, por ter versado o debate sobre a interpretação e consequente qualificação de uma cláusula testamentária, a que se aplicariam as disposições reguladoras do usufruto ou fideicomisso, conforme se tratasse de um ou de outro caso.

Em vista disso, Anna Francisca da Silva Marques propôs contra Joaquim Garcia de Oliveira ação rescisória dos julgados da Justiça paulista, alegando que a verba testamentária fora sempre interpretada como instituindo um usufruto e no entanto foi decidido que o caso era de fideicomisso, tendo sido esta decisão proferida contra direito expresso — o art. 1.739 do Código Civil, que proíbe substituição fideicomissária além do segundo grau — e o art. 1.577 do mesmo Código, que manda seja a sucessão regulada pela lei em vigor ao tempo da sua abertura, lei que deferia a herança aos colaterais, antes do cônjuge sobrevivente.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a ação rescisória, para declarar nula a sentença de primeira instância, que deferiu os bens deixados por Francisca Victoria Mendes da Silva a Joaquim Garcia de Oliveira e nulos os acordãos que a confirmaram, por se tratar, na espécie, de um legado de usufruto, e não de fideicomisso, conforme a intenção da testadora, que se referiu expressamente a usufruto e lançou a cláusula de não poderem os legatários, por qualquer modo, alienar os bens legados. E' certo, continua o acórdão, que a testadora aludiu a uma prole eventual, que deveria suceder. Mas essa prole já existia, ao tempo da abertura da sucessão, e a autora, filha de uma das legatárias, já contava a esse tempo seis anos de idade (não diz qual foi a lei expressamente violada) (fls. 81). Embargou o acórdão, como terceira prejudicada, Francisca Rodrigues Carneiro, alegando a nulidade do processo, porque, sendo casada com Joaquim Garcia de Oliveira pelo regime da comunhão de bens, não foi citada para a ação rescisória, como se fazia mister, por se tratar de questão sobre direitos relativos a imóveis (82 v.). Também opôs embargos ao acórdão o réu Joaquim Garcia de Oliveira. Rejeitados os embargos, depreende-se dos autos que houve um pedido de julgamento conjunto de Câmaras, porque, embora não conste esse pedido, nem o tempo em que foi apresentado, consta que a 2.ª Câmara, por acórdão de 13 de outubro de 1931, indeferiu o pedido de julgamento conjunto da mesma 2.ª Câmara com a 3.ª, porque, atendendo-se aos termos do acórdão recorrido, a fls. 104, vê-se que ele não firmou jurisprudência diversa da que se contém na decisão da 2.ª Câmara. Com efeito, diz o acórdão, aí não se afirmou que não seja precisa a citação da mulher casada em litígio sobre bens de raiz.

Ao contrário, reconheceu-se que a mesma lei exige tal citação, mas que na espécie não ocorreu a nulidade arguida, porque não tinha havido falta dessa citação, uma vez que Joaquim Garcia tinha procuração de sua mulher, contendo poderes para receber as primeiras citações, não havendo contradição com o julgado da 2.ª Câmara.

E quanto à revista requerida, não há divergência em questão de direito; se houve errônea apreciação do objeto do litígio, considerando o caso como de usufruto e não de fideicomisso, isto não autoriza a revista (107 v.).

O acórdão da 5.ª Câmara, de 11 de novembro de 1931, também julgou improcedente o pedido para que se procedesse a um julgamento conjunto pelas 3.ª e 5.ª Câmaras, por não existir a suposta divergência, quanto à não admissão da ação rescisória, no caso julgado pela 5.ª Câmara (fls. 108).

Joaquim Garcia de Oliveira e sua mulher Francisca Rodrigues Carneiro, não se conformando com os acordãos que julgaram procedente a ação rescisória, interpuzeram recurso extraordinário a 19 de setembro de 1931 (fls. 115 v.).

(há engano, provavelmente, porque as decisões anteriores são de outubro e novembro), com fundamento nas letras a, b e c.

O ministro procurador opinou que o acórdão que o Supremo Tribunal proferiu no recurso extraordinário, não excluiu a possibilidade da ação rescisória contra os julgados da Justiça de São Paulo, desde que o acórdão não conheceu do recurso extraordinário por inadmissível, e, portanto, não confirmou aqueles julgados; que a razão que levou o Supremo Tribunal a não conhecer do recurso, ocorre também agora para o julgamento no mesmo sentido.

Alega o recorrente, como fundamento do recurso na letra a, que o acórdão negou validade ao art. 3.º da Introdução do Código Civil, uma vez que não foi respeitada a coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário; que é jurisprudência do mesmo Tribunal que só é cabível ação rescisória, quando a sentença ofende direito expresso, e não quando, em hipótese, ofende o direito da parte; que foi violado o art. 62 da Constituição Federal; que não há rescisória do julgado pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário (Rev., 3-404, 21-308, 24-40 e 36-118).

Uma dessas alegações só poderia ser apreciada no julgamento do mérito da questão — a de ser cabível a rescisória, somente no caso de ter sido a sentença rescindenda proferida contra direito expresso.

As demais alegações não justificam a admissibilidade do recurso extraordinário.

Não se trata de rescindir julgado do Supremo Tribunal Federal, mas julgado da Justiça local, sobre cujo mérito o Supremo Tribunal não se pronunciou, pois se limitou a não conhecer do recurso extraordinário, por não ser caso desse recurso.

E não era caso de recurso extraordinário, porque a Justiça local apenas interpretara uma cláusula testamentária, considerando que se tratava de fideicomisso, e não de usufruto.

Agora, a mesma Justiça local (com diferença apenas de juizes) diz que o caso é de usufruto e não de fideicomisso.

Trata-se, pois, de simples interpretação de uma verba do testamento.

A mesma razão que prevaleceu para que o Supremo Tribunal não tomasse conhecimento do recurso, subsiste agora para que a decisão seja proferida no mesmo sentido, conforme opinou o ministro procurador.

Mas o recurso não é fundado somente na letra a e sim também nas letras b e c.

Diz o recorrente que alegou a nulidade da lei estadual n. 2.222, que dividiu a antiga Câmara Civil em duas e que a 3.ª Câmara declarou válida a mesma lei.

Nos autos, porém, não se encontra, nem alegação nem decisão alguma neste sentido, de modo que o recurso, com assento na letra b, é igualmente sem fundamento.

Com fundamento na letra c, alega a recorrente que não foi citada, inicial e pessoalmente, para a ação rescisória, e que a decisão da Justiça local de São Paulo, não anulando o processo por esse motivo, conforme determinam os arts. 47 e 673, § 8.º do regulamento n. 737, está em divergência com todos os tribunais locais, como os da Corte de Apelação e da Relação de Minas Gerais.

Mas o acórdão da 2.ª Câmara de São Paulo não está em divergência com qualquer Tribunal local, no tocante ao assunto. Ele, como aliás está expresso no próprio acórdão, não afirmou que não seja necessária a citação da mulher casada em litígio sobre bens de raiz.

Disse, ao contrário, que a lei exige essa citação, mas que na espécie não ocorreu a nulidade arguida, por não ter havido falta dessa citação, uma vez que Joaquim Garcia tinha procuração de sua mulher para receber as primeiras citações, não havendo assim qualquer contradição entre julgados de umas Câmaras com outra do mesmo Tribunal, conforme se alegara.

Convem acrescentar que não autoriza o recurso extraordinário a alegação de divergência entre Câmaras do mesmo Tribunal, mormente quando as próprias Câmaras declaram que não há divergência alguma entre elas sobre o ponto questionado.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento do recurso extraordinário. — Custas pelos recorrentes.

Rio de Janeiro, 4 de janeiro de 1933. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator (*Rev. de Jur. Bras.*, 30-154, *Jur.*, 13.610).

Caso em que se conhece do recurso extraordinário, ainda que este não seja admissível.

354 — Acontece, não raro, que, requerido o recurso extraordinário, o juiz local competente indefere o requerimento, por lhe parecer que não é caso desse recurso.

Extrai-se carta testemunhável, a pedido do requerente. Se o Supremo Tribunal julgar procedente a carta e mandar subir o recurso, não mais se questionará se este é ou não admissível e dele se toma conhecimento, ainda que não seja admissível, uma vez que o Tribunal já o admitiu, embora, melhor orientado, reconheça que não devia fazê-lo. Assim o julguei no recurso extraordinário n. 1.104 e assim o tem julgado o S. T. F., como, entre muitos outros casos, no recurso extraordinário n. 1.385.

Quanto ao mérito, fui vencido naquele primeiro recurso, em que o Supremo Tribunal julgou que, antes do Código Civil, não era nulo o legado deixado por homem casado à sua concubina, pois, a Ord. do L. 4.º T. 66 que proibia, sob pena de nulidade, a doação, venda, etc., em tais condições, só se referia a atos *inter vivos*, não abrangendo, portanto, o legado.

Meu voto divergente foi o seguinte :

HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. Maria Candida de Menezes Trindade e outros, viuva e herdeiros de Manoel Victor Trindade, propuseram contra Francisca Agradem e seus filhos, ação ordinária, para o fim de ser declarada a nulidade do testamento com que faleceu o mesmo Manoel Victor, ou a parte desse testamento em que o *de cujus* dispôs da metade de sua meiação em favor de sua concubina, a ré, instituída herdeira do usufruto, tendo o testador disfarçado a instituição, quanto à sua propriedade, que fez recair na pessoa dos filhos da mesma ré.

O fundamento do pedido é a Ord. Liv. 4.º T. 66, visto como a ré era concubina do *de cujus*, com quem vivia na casa de sua residência, onde o mesmo faleceu, sendo o concubinato de pública notoriedade.

A sentença de 1.ª instância julgou a ação improcedente, porque a Ordenação citada não proíbe ao concubinário casado doar à concubina por ato de última vontade, sendo, por conseguinte, válido o legado de usufruto deixado à ré e ficando consolidada a propriedade na pessoa dos filhos desta.

A sentença do juiz de comarca foi confirmada por acórdão do Tribunal da Relação do Rio Grande do Sul, pelo mesmo fundamento de não compreender a Ordenação os atos de última vontade.

Interposto recurso extraordinário, foi denegado, sob o fundamento de que a Justiça local não decidira contra a aplicação da Ord. L. 4.º T. 66, tendo apenas julgado que essa Ord. não regia a espécie discutida.

Requerida carta testemunhável, o Supremo Tribunal a julgou procedente para mandar subir o recurso, uma vez que fora objeto da demanda a aplicabilidade da Ord. L. 4.º T. 66.

Só porque o Tribunal já se pronunciou a respeito, tomei conhecimento do recurso, pois de outra forma não o faria, desde que a Justiça do Rio Grande não deixou, a meu ver, de aplicar a Ordenação, mas deu-lhe a inteligência que lhe pareceu mais acertada.

Quanto ao merecimento do feito, foi questão muito controvertida a que constitue objeto do presente recurso.

O acórdão recorrido seguiu a corrente dos que entendiam que só se applicava às doações *inter vivos* e não *mortis causa* a Ord. L. 4.º T. 66, que autorizava a mulher do homem casado a revogar a doação, que ele tivesse feito à sua concubina ou à qualquer outra mulher com quem tivesse afeição carnal.

O presente acórdão limita-se a reproduzir as considerações do acórdão recorrido, vantajosamente refutadas pelos apelantes e recorrentes.

Como juiz em Tribunal de Justiça local, sempre adotei a opinião de Coelho da Rocha, Clovis Bevilacqua e outros, no sentido de que as concubinas não podiam receber dos concubinários casados, nem por doação, nem por testamento, à vista do texto da própria Ordenação, que diz que o disposto nela terá lugar não só a respeito de doação, como de coisa que for vendida ou penhada, ou por outro qualquer modo *traspassada* pelo homem casado à sua barregã.

Devo confessar que fui voto vencido no Tribunal de Minas. Apesar disso, continuo a mantê-lo pelos mesmos fundamentos com que então o sustentei.

Ainda agora talvez se pudesse respigar mais algum argumento nas razões dos apelantes, que ocupam a maior parte do 2.º volume dos autos.

Não o farei, entretanto, mesmo porque a questão atualmente só poderá ter interesse especulativo ou histórico, de vez que — e este é argumento novo que se poderia invocar — o Código Civil resolveu expressamente a controvérsia no sentido da opinião por mim abraçada.

De fato, o art. 1.719 dispõe: "Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: I... III... a concubina do testador casado".

Isto significa, portanto, que a opinião consagrada pelo Código é a que, pelo menos, pareceu melhor ao legislador.

E é, inquestionavelmente, a opinião moralizadora, mais de harmonia com a índole e costumes do povo brasileiro, a opinião que se conforma com a letra da lei, nas palavras ou por outro qualquer modo *traspassada*, e até com o espírito da mesma lei, pois o que o legislador teve em vista, mesmo antes do Código Civil, foi resguardar os interesses do casal e dos filhos contra os desvios do marido adúltero, desvios cujos efeitos se poderiam manifestar tanto em vida como depois da morte dele.

Os autores tiveram a dupla infelicidade de perder seu marido e pai, e de perdê-lo antes de entrar em execução o Código Civil, que veio tornar incontestável e fora de qualquer discussão o seu direito, que já me parecia legítimo.

Assim, dava provimento ao recurso, para, reformando o acórdão recorrido, julgar a ação procedente e decretar, em consequência, a nulidade do testamento na parte relativa à instituição da concubina.

(*Diário da Justiça*, de 19 de dezembro de 1930, *Rev.*, 37-69).

355 — Embora a jurisprudência se tenha fixado uniformemente sobre determinado assunto, não raro se observam vacilações e variedades.

Assim, fui vencido no recurso extraordinário n. 1.659, em que o S.T.F. não conheceu desse recurso, por não ser caso dele, embora já tivesse julgado procedente a carta testemunhavel n. 3.374 e mandado subir o mesmo recurso. Verificou-se este julgamento na questão do Banco Francês para o Brasil, de que ainda se falará.

Segue-se o acordão com o meu voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, nos quais figuram de recorrente Ernesto Lisboa e de recorrida a massa falida do Banco Francês para o Brasil:

ACORDAM em não tomar conhecimento do mesmo recurso por não ser permitido na hipótese ventilada.

Foi ele interposto sob o fundamento do art. 59, III, § 1.º, da Constituição Federal, que o autoriza quando se questionar sobre a aplicação de lei federal e a decisão recorrida do Tribunal local for contra ela.

Ora, no caso, a lei invocada que se diz inaplicada foi o art. 138, n. 1, da lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

Mas, como em verdade bem o demonstram os autos, a lei não ficou sem aplicação.

Aplicada ela foi, conforme a entendeu o Tribunal recorrido, e de acordo com a prova dos autos.

A 2.ª Câmara da Corte de Apelação certo que com a lei resolveu a hipótese discutida, dando a interpretação que lhe pareceu jurídica e considerando que, ante a prova dos autos, se tratava de um depósito regular e não de um mandato.

Ora, é rudimentar que a apreciação da prova dos autos, boa ou má que tenha sido, e a interpretação do preceito legal que deve reger a hipótese, acertada ou incorreta que possa ser averbada, não habilita a interposição do recurso extraordinário.

Nenhum obstáculo traz a esta solução a circunstância de já haver o Tribunal provido a carta testemunhavel, que oportunamente lhe foi apresentada e mandado subir o recurso extraordinário.

Só assim resolveu, para o fim de melhor examinar a matéria alegada.

Evidenciada pelo estudo mais completo a inadmissibilidade do recurso, nada poderia justificar a sua aceitação para os efeitos de conhecer do seu merecimento, contra as prescrições legais. Custas pelo recorrente na forma da lei.

Rio de Janeiro, em sessão do Supremo Tribunal Federal, 26 de julho de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *Pedro dos Santos*, relator, designado. — *A. Ribeiro*. — *Geminiano da Franca*. — *Pedro Mibielli*. — *Viveiros de Castro*. — HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. Ninguém afirmou com mais convicção do que eu que o presente caso não é de recurso extraordinário.

Disse-o no meu voto vencido no acordão, que julgou procedente a carta testemunhavel para mandar subir o recurso e que se encontra a fls. 61 v., dos autos em apenso.

Ainda agora continuo a pensar do mesmo modo, com mais segurança, se é possível, depois que o Sr. ministro procurador geral me deu a honra de considerar procedentes os fundamentos daquele voto vencido, conforme o seu parecer a fls. 65, em que concluiu não ser o caso de recurso extraordinário.

Outra conclusão seria realmente inadmissível, diante da espécie, de que dei conhecimento detalhado no referido voto vencido, a que me reporto. Em todo caso, repetirei resumidamente que a espécie é a seguinte :

O recorrente confiou ao Banco Francês para o Brasil 70:20050, em moeda brasileira, para que ele entregasse, em Paris, importância correspondente em francos (200.000).

Falindo o Banco Francês, sem que tivesse feito entrega em Paris da importância aqui recebida, o recorrente propôs ação reivindicatória contra a massa falida, por entender que ocorria a hipótese do art. 138, n. 1, da lei n. 2.024, por se encontrar dinheiro em poder do falido a título de mandato, uma vez que ele recebera esse dinheiro para fim determinado e não lhe dera o destino conveniente.

A 2.^a Câmara da Corte de Apelação julgou que na transação havida entre o recorrente e a recorrida verificou-se um depósito irregular e não um mandato, tendo por isso confirmado a sentença da instância inferior, que julgara a ação improcedente, embora, em casos absolutamente idênticos, houvesse julgado que na espécie ocorria a figura jurídica do mandato. Como quer que seja, porém, mandato ou depósito irregular, o que é certo é que houve apenas interpretação da lei, errônea ou acertada, pouco importa, o que não autoriza a interposição de recurso extraordinário.

Mas o Supremo Tribunal, embora por voto de desempate, julgou procedente a carta para mandar subir o recurso.

Nestas condições, trata-se agora de julgar o mérito, de decidir se a interpretação dada pela decisão recorrida foi acertada ou não.

Ao Tribunal, depois que julgou procedente a carta, já não é lícito deixar de apreciar o merecimento da questão, sob o fundamento de não ser o caso de recurso extraordinário.

Importaria isso no ser e não ser ao mesmo tempo, na falta de estabilidade nas decisões judiciais, na insegurança ou intranquilidade das partes, na injustiça, enfim, agravada no caso especial do recorrente, que foi o único (das decisões trazidas ao conhecimento do Tribunal) a quem a decisão recorrida, certamente por equívoco, deixou de reconhecer o que reconheceu, em circunstâncias idênticas, a todos os outros reivindicantes na falência. — *Leoni Ramos*. — *Godofredo Cunha*, vencido. — *G. Natal*, vencido, Conhecia do recurso.

Fui presente. — *Muniz Barreto* (Rev., 81-38).

Hipótese idêntica foi a do recurso n. 1.631 (Rev., 85-132).

356 — Tendo sido vencido no julgamento da carta testemunhável n. 3.374 acima citada (Rev., 52-97), vencido continuei em muitas outras, em que julguei improcedente a carta, por não ser caso de recurso extraordinário, desde que a Justiça local aplicara a lei federal, que lhe parecera aplicável, no exercício do direito de interpretá-la, ainda que a interpretação fosse, porventura, errônea.

Mas, ao passo que o meu voto foi sempre coerente nesses diferentes recursos em que foi interessado o Banco Francês para o Brasil, o Supremo Tribunal Federal variou de modo lamentável, julgando, ora, de um modo, ora, de modo diverso, ficando eu vencido, na maioria dos casos, se bem que vencedor em outros.

Por curiosidade, apresento uma relação incompleta das cartas testemunháveis em que fui vencido e das em que fui vencedor.

Vencido nas seguintes :

3.278	(Rev., 48-91).
3.294	(" 48-96).
3.276	(" 50-83).
3.280	(" 50-88).
3.277	(" 50-92).
3.295	(" 51-97).
3.340	(" 51-103).
3.354	(" 52-89).
3.357	(" 52-90).
3.359	(" 52-94).
3.374	(" 52-97).
3.397	(" 52-99).
3.348	(" 53-68).
3.346	(" 53-73).
3.360	(" 53-76).
3.366	(" 53-79).
3.392	(" 53-81).
3.395	(" 53-84).
3.361	(" 54-69).
3.891	(" 54-71).

Vencedor nas seguintes :

3.365	(Rev., 53-90 e Rev. For., 42-74).
3.412	(" 53-94).
3.416	(" 54-74).
3.036	(" 54-75).
3.451	(" 54-89).
3.468	(" 54-97).
3.483	(" 59-67).
3.396	(" 59-68).
3.413	(" 60-79).
3.470	(" 55-55).
3.481	(" 55-64).
3.482	(" 55-65).

357 — Alem dessas, há várias outras cartas testemunháveis originadas da massa falida do Banco Francês para o Brasil.

Transcreverei, ao acaso, os acordãos em duas das cartas testemunháveis, em que, alem de vencedor, fui tambem relator.

N. 3.365 — Vistos, relatados e discutidos estes autos do Distrito Federal, entre a massa falida do Banco Francês para o Brasil, como embargante, e a Banca Italiano di Sconto, como embargada.

ACORDAM rejeitar os embargos opostos ao acordão de fls. 133 v., que julgou improcedente a carta testemunhável, e confirmar o mesmo acordão por seus fundamentos.

Pagas as custas pela embargante.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1923. — *H. do Espirito Santo*, presidente. — *Hermenegildo de Barros*, relator. — *G. Natal*. — vencido. — *André Cavalcanti*. — *Alfredo Pinto*, vencido. — *G. Franca*. — *Pedro Mielli*, vencido. — *Viveiros de Castro*, vencido. — *Pedro dos Santos*.

ACORDÃO EMBARGADO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhavel, do Distrito Federal, entre a massa falida do Banco Francês para o Brasil, como suplicante, e a Banca Italiana di'Sconto, como suplicada.

Esta propôs ação reivindicatória, contra aquela, alegando o seguinte: que o Banco Francês para o Brasil vendeu à autora 3.000.000 de francos e 60.000 libras esterlinas, com o encargo de entregar os francos, em Paris, por intermédio de sua matriz, e as libras em Londres, por intermédio da firma Cox & Companhia; que essas moedas, porém, não foram entregues, nem pela matriz, nem pela firma, de modo que assiste à autora o direito à respectiva indenização, nos termos do art. 138, n. 1, da lei n. 2.024, de 1908, sendo, no mesmo sentido, a opinião de Paulo de Lacerda e o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo n. 7.590, de 8 de julho de 1915. Por meio de embargos à ação alegou o Crédit Foncier du Brésil et de l'Amérique du Sud, na qualidade de síndico e credor, que os saques oferecidos são simples documentos de crédito, e não instrumento de mandato.

A sentença de primeira instância julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que, na espécie, não há mandato, mas, simples operação de compra e venda de moeda estrangeira.

A autora agravou para a 2.^a Câmara da Corte de Apelação.

Contraminutando o agravo, a ré alegou que não se trata de mandato mas de contrato de compra e venda de cambiais, por intermédio de corretor, tendo invocado a lei n. 354, de 16 de dezembro de 1895, e seu regulamento n. 2.475, de 13 de março de 1897, consolidados pelo regimento interno da Bolsa e dos corretores e ratificados pelo decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921.

A Corte de Apelação deu provimento ao agravo para julgar procedente a reclamação reivindicatória, ex-vi do citado art. 138, n. 1, da lei n. 2.024.

Os títulos em que se funda a autora agravante, observa o acórdão, não podem ser considerados letras de câmbio, porque neles figura como sacador e sacado o mesmo banco falido. Esses títulos, continua o julgado, representam a execução de mandato, outorgado pela Banca Italiana di'Sconto ao falido e por este aceito, afim de transferir, daqui para Paris e Londres, valores monetários — o que deixou de cumprir. Os dispositivos citados pela ré agravada, concluiu o acórdão, em nada alteram a situação jurídica da causa que se discute nestes autos.

A ré interpôs recurso extraordinário e, sendo este denegado, requereu carta testemunhavel.

A diferença que se nota entre esta e outras cartas testemunháveis já julgadas, a propósito desta falência, está em que, nos casos já julgados, a massa falida invocou dispositivos, aos quais nenhuma referência fez a 2.^a Câmara da Corte de Apelação, ao passo que, no caso presente, o acórdão recorrido não silenciou sobre os dispositivos invocados, aos quais se referiu, declarando, porém, que eles eram inaplicáveis à espécie ou não alteravam a situação jurídica da causa. Aliás, esta circunstância não tem grande alcance para a decisão.

E' certo que, se a parte invoca uma lei federal e a Justiça do Estado silencia, sem razão alguma, sobre ela, o caso é de recurso extraordinário.

Se, porém, a Justiça silencia sobre a lei federal invocada, não por arbitrio, prepotência, desdém ou menosprezo a esta, mas pela razão de se haver fundado em outra lei federal, por lhe ter parecido que esta, e não aquela, era a lei aplicável à espécie, o recurso extraordinário não é admissível.

A 2.^a Câmara não se referiu, nos casos já julgados, aos dispositivos invocados então, como regra, porque se fundara no art. 138, n. 1, da lei n. 2.024, que era, a seu ver, o que se applicava à hipótese.

Nestas condições, não tinha mesmo necessidade de fazer referência àqueles dispositivos, mormente não tendo eles relação com o assunto discutido, nem contrariando, por qualquer forma, a inteligência dada ao citado art. 138, n. 1.

De fato, a lei n. 354, de 1895, e seu regulamento dizem, apenas, que as operações de câmbio só poderão realizar-se por meio de letras e de documentos, com selo proporcional, contendo promessas de letras a entregar dentro do prazo determinado.

O regimento interno da Bolsa e dos corretores, art. 114, contém disposição semelhante.

O art. 35 do regulamento (e não lei federal) n. 14.728, de 16 de março de 1921, diz: os bancos e casas bancárias que operarem em câmbio terão um livro especial, rubricado pela Inspetoria, e no qual serão escrituradas no mesmo dia em que forem realizadas todas as operações cambiais de compra e venda, excetuadas as de troca, em espécie, de moeda nacional ou estrangeira.

Vê-se, pois, dos dispositivos transcritos que eles não declaram que, na operação realizada, entre o Banco Francês e a Banca Italiana di Sconto, não houve um mandato, mas uma compra e venda, porque esses dispositivos determinam, apenas, o modo porque se realizam tais operações, sem lhes definir a natureza jurídica.

Da exposição do caso também se reconhece que a 2.^a Câmara da Corte de Apelação, tendo considerado que a operação aludida encerrava a figura jurídica do mandato e aplicando-lhe o art. 138, n. 1, da lei n. 2.024, não fez mais do que interpretar a mesma lei, com a autonomia que lhe é assegurada pelo art. 62 da Constituição.

É impertinente indagar, neste momento, se a interpretação foi errônea ou acertada, porque, na pior hipótese, a interpretação que dá lugar ao recurso extraordinário não é a que aplica a lei, bem ou mal, num sentido ou em outro, a que ela razoavelmente se pode prestar, mas a interpretação desabusada, caprichosa, patentemente arbitrária, a interpretação que atribue à lei coisa diversa do que ela estatuiu, como, para citar o exemplo da Ordenação, se o juiz dissesse que o menor de 14 anos pode fazer testamento, quando a lei dispõe exatamente o contrário.

É copiosa a jurisprudência do Supremo Tribunal, neste sentido, assim como no de que não basta a simples invocação de uma lei federal, para que a sua falta de aplicação autorize o recurso extraordinário.

Faz-se preciso ainda que a lei invocada e não aplicada seja, realmente, a reguladora do caso em questão, pois, de outra forma, nunca deixaria de haver recurso extraordinário de qualquer decisão, bastando para isso que a parte invocasse, mesmo sem propósito algum, qualquer disposição de lei federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal se tem manifestado, não somente no caso de aplicação de leis federais, em geral, mas da própria lei de falência e até do art. 138, n. 1, da referida lei.

No recurso extraordinário n. 1.096, o autor invocou o art. 138, n. 5, da lei n. 2.024. Defendeu-se a ré, alegando que a disposição aplicável era a do art. 142 da mesma lei. A sentença de primeira instância julgou neste sentido, no passo que a de segunda naquele.

Do recurso extraordinário, interposto desta última decisão, o Supremo Tribunal não tomou conhecimento, por ter sido aplicada a lei federal, "não importando indagar qual dos dois juizes a aplicara com acerto: se o inferior, fundado no art. 142 da lei de falência; se o superior, fundado no art. 138, n. 5, da mesma lei" (*Rev. do Sup. Tribunal*, vol. 41, pág. 116).

No recurso extraordinário n. 1.420, impugnava-se ao credor reivindicante essa qualidade de privilegiado.

A Justiça local, exatamente como no caso atual, afirmou o contrário, à vista do art. 138, n. 1, da lei n. 2.024.

O Supremo Tribunal decidiu que "a decisão recorrida aplicou a lei federal, como lhe pareceu, no exercício legítimo e autônomo de suas atribuições" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 28, pág. 99).

Em caso também idêntico (carta testemunhavel n. 2.669) sentenciou o Supremo Tribunal que, tendo a decisão recorrida "julgado procedente a reclamação reivindicatória, por entender que, no caso, ocorriam as hipóteses dos ns. 4 e 6 do art. 138, da lei n. 2.024, de 1918, dispositivos que aplicou à espécie com o sentido que melhor lhe pareceu (lei n. 221, de 1894, art. 24, alínea), é bem de ver que não houve postergação da autoridade e preeminência da lei federal; e, daí, não caber recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição da República" (*Rev. do Sup. Trib.*, vol. 22, pág. 268).

Ainda se julgou, em data recentíssima (15 do mês passado), que não cabe recurso extraordinário da decisão do Tribunal do Estado que, interpretando a lei e julgando nos limites de sua competência, não reconhece a um credor, em processo de falência, a qualidade de privilegiado (*Diário Oficial*, de 10 do corrente mês de dezembro).

ACORDAM, pelo exposto, julgar improcedente a carta testemunhavel e condenar a suplicante nas custas.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1922. — *H. do Espirito Santo*, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — *G. Franca*. — *Pedro Mibielli*, vencido. — *Alfredo Pinto*, vencido. — *Octavio Kelly*. — *Viveiros de Castro*, vencido. — *Pedro dos Santos*. — *André Cavalcanti*. — *G. Natal*, vencido (*Rev.*, 53-90, *Rev. For.*, 42-74).

N. 3.413 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhavel do Distrito Federal, entre Dario Rudge da Silva Ramos, como suplicante, e a massa falida do Banco Francês para o Brasil, como suplicanda.

O primeiro, tendo sido nomeado caixa do Banco Francês para o Brasil, depositou no mesmo banco, a título de fiança, para exercer o cargo, a quantia de 50.000\$00, vencendo juros de 7% ao ano.

Falindo o banco e tendo o caixa deixado o exercício do cargo requereu restituição da quantia depositada com os juros, na importância total de réis 52.780\$00.

O juiz de direito julgou a reclamação reivindicatória improcedente e mandou admitir o reclamante ao passivo da falência como credor quirografário, visto não se tratar de depósito regular, em que o dinheiro deve ser especificado, mas de depósito bancário comum, tendo o dinheiro depositado se incorporado aos haveres do banco, que o movimentou, não sendo por isso reivindicável. Desta decisão o reclamante agravou.

A 2.ª Câmara da Corte de Apelação negou provimento ao agravo para confirmar o despacho agravado por seus fundamentos.

Requerido e negado o recurso extraordinário, extraiu-se a presente carta testemunhavel.

Nenhuma lei federal foi citada, quer na petição inicial, quer na sentença de primeira instância, não se sabendo em que termos foi oposta a contestação ao pedido, pois esta não consta dos autos. Só na minuta de agravo é que se invocou o art. 138 da lei n. 2.024, que considera reivindicáveis na falência as coisas em poder do falido, a título de depósito regular...

A sentença de primeira instância, confirmada pelo acórdão recorrido, considerou que não se trata de um depósito regular, desde que o dinheiro depositado passou à propriedade do banco, que o pôs em movimento. É uma interpretação, tanto mais aceitável quanto é certo que esse dinheiro vence juros.

Não é lícito, portanto, afirmar que a decisão recorrida tenha deixado de aplicar o art. 138, da lei n. 2.024.

Ela julgou que o depósito feito pelo suplicante é um depósito comum, e não o depósito regular a que se refere o citado artigo.

ACORDAM julgar a carta improcedente, por não ser caso de recurso extraordinário. Pagas as custas pelo suplicante.

Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1923. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator. — Viveiros de Castro, vencido. — Geminiano da Franca. — Pedro dos Santos. — A. Ribeiro. — G. Natal. — Muniz Barreto. — Leoni Ramos. — Pedro Mibielli. — Godofredo Cunha.

Presidiu o julgamento o Sr. ministro Herminio do Espírito Santo (*Revista*, 60-79).

358 — Julgada procedente a carta testemunhavel e tomado por termo o recurso extraordinário, não mais se questionará se este é ou não admissivel.

Esta é a regra, como se viu (n. 354).

Se, porem, o próprio acordão que julgou procedente a carta testemunhavel declarou que o fazia *si et in quantum*, deixando subordinado a novo exame dos autos o conhecimento ou não conhecimento do recurso, não se tomará conhecimento deste, se realmente não for admissivel.

Eis as palavras do acordão de 10 de janeiro de 1936, proferido no recurso extraordinário n. 1.600, de Pernambuco :

"... Indeferido o requerimento do recurso extraordinário, foi requerida carta testemunhavel, que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente, para ser tomado por termo o recurso, "no qual poderá o Tribunal, mediante exame mais seguro dos documentos e peças dos autos, decidir se foram ou não applicadas as disposições do decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, e decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, invocados no feito".

"A jurisprudência do Supremo Tribunal, hoje Corte Suprema, é que, uma vez julgada procedente a carta testemunhavel e tomado por termo o recurso, não mais se poderá indagar se este é ou não admissivel.

No caso, porem, a preliminar é uma questão aberta, que ainda poderá ser discutida, diante dos próprios termos do acordão, que julgou procedente a carta testemunhavel, *si et in quantum*, ficando subordinado o conhecimento do recurso a novo exame dos autos.

Ora, o que destes se verifica é que não houve falta de applicação de lei federal. O acordão recorrido anulou a ação executiva, por haver entendido que a petição inicial, requerendo o mandado executivo, devia ser instruida com a escritura de hipoteca, mesmo em se tratando apenas de cessão de hipoteca. E' uma interpretação, que o acordão deu à lei, não vindo ao caso indagar se esta foi bem ou mal interpretada.

ACORDAM, pelo exposto, não tomar conhecimento do recurso e condenar o requerente nas custas.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 1936. — E. Lins, presidente. — HERMENEGILDO DE BARROS, relator" (*Arquivo Judiciário*, 42-93).

Recurso extraordinário em casos políticos

359 — Os casos políticos ocuparam, por mais de uma vez, a atenção do Supremo Tribunal Federal.

Tendo sido contestada, em face da Reforma Constitucional de 1926, a validade da lei eleitoral do Estado do Ceará, que facultava recurso, para o Superior Tribunal de Justiça do mesmo Estado, das decisões das Câmaras Municipais sobre verificação de poderes dos vereadores e dos prefeitos, a Justiça local considerou válida a lei impugnada.

Dai o recurso extraordinário, que foi denegado, sendo por isso requerida a carta testemunhavel n. 4.527, que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente para mandar subir o recurso.

N. 4.527 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhavel do Estado do Ceará, entre Ignacio de Mello Falcão, como suplicante, e Sebastião Gomes de Mattos, como suplicado:

A Câmara Municipal de Ipueiras, em ato de verificação de poderes, reconheceu prefeito daquele município o cidadão Ignacio de Mello Falcão, embora este fosse menos votado que o seu competidor Sebastião Gomes de Mattos.

Fundou-se a decisão da Câmara em que o candidato mais votado era ilegível, já por ter exercido funções de 1.º Suplente do Delegado de Polícia, ao tempo da eleição, já por ser devedor à Fazenda Municipal.

Desta decisão Sebastião de Mattos recorreu para o Superior Tribunal de Justiça do Estado, fundado na respectiva lei n. 2.367, de 31 de julho de 1926, art. 100, que estabelece o seguinte: "Das decisões das Câmaras Municipais sobre a verificação de poderes dos vereadores e dos prefeitos poderá o candidato, que se julgar prejudicado, recorrer, mediante petição, independente de termo, para o Superior Tribunal de Justiça".

Este Tribunal, considerando que o recorrente já não era 1.º suplente do delegado de polícia, ao tempo em que se candidatara ao cargo de prefeito, e que não tinha valor o documento oferecido para prova de que o recorrente era devedor da Fazenda Municipal — deu provimento ao recurso, para reconhecer prefeito do município de Ipueiras o cidadão Sebastião Gomes de Mattos.

Desta decisão, proferida em 2 de maio de 1927, Ignacio Falcão interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 60, § 1.º, letra b, da Constituição Federal.

O recurso foi denegado e daí a carta testemunhavel.

O recurso extraordinário tem lugar quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

O recorrente contesta a validade da lei eleitoral do Estado do Ceará, que faculta recurso para o Superior Tribunal de Justiça das decisões das Câmaras Municipais sobre a verificação de poderes dos vereadores e dos prefeitos.

E a contestação é feita em face da Reforma Constitucional que estabelece:

"Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda do mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual".

A Justiça do Estado do Ceará considerou válida a lei impugnada.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que nas palavras — leis ou atos dos governos dos Estados — estão compreendidas as leis ou atos dos governos municipais.

O caso é, pois, de recurso extraordinário.

ACORDAM, por esse motivo, julgar procedente a carta testemunhavel e mandar que suba o recurso.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 1927. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Cardoso Ribeiro*. — *E. Lins*. — *Heitor de Souza*. — *A. Ribeiro*. — *F. Whitaker*. — *Sotiano de Souza*. — *Bento de Faria*. — *Geminiano da Franca*. — *Muniz Barreto*. — *Pedro dos Santos*. — *Leoni Ramos* (Arquivo Judiciário, 4.º-494).

360 — Não sei em que sentido foi julgado o recurso extraordinário, que a carta testemunhavel n. 4.527, do Ceará, mandou subir ao Tribunal, nem mesmo se esse recurso subiu e foi julgado.

Sei, porem, que, no caso de Petrópolis, do Estado do Rio de Janeiro (recurso extraordinário n. 2.073), o Supremo Tribunal Federal, contra o meu voto, admitiu recurso, para o Poder Judiciário, da verificação de poderes pela Câmara Municipal daquela localidade.

Sei tambem que, no caso de D. Pedrito, do Estado do Rio Grande do Sul (recurso extraordinário n. 2.164), o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o meu voto, não admitiu recurso para o Poder Judiciário.

Caso de Petrópolis

361 — O Dr. Antonio Joaquim de Paula Buarque recorreu para o Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro da decisão da Câmara Municipal de Petrópolis, que reconheceu como prefeito do respectivo município o Dr. Joaquim de Gomensoro.

O Tribunal da Relação anulou eleições de algumas secções, tendo sido, em consequência, reconhecido o recorrente.

Da decisão do Tribunal foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Este negou provimento ao recurso, considerando que não é ofensiva da autonomia municipal a instituição de recurso, para o Poder Judiciário, do reconhecimento de poderes municipais e que o art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional, longe de fornecer argumento contra o recurso, pelo contrário lhe presta apoio decisivo, pois o que a lei proíbe é que o Poder Judiciário, federal ou local, intervenha na verificação e reconhecimento de poderes dos membros do Poder Legislativo ou Executivo da União ou dos Estados, não se estendendo, porem, a proibição ao reconhecimento dos poderes municipais, "e, a não ser (continua o acordo) que se queira sustentar o absurdo de ser membro de qualquer desses poderes o vereador, o intendente, o conselheiro municipal ou o prefeito, não se lhes pode ampliar a proibição, que a lei instituiu para os membros de qualquer daquelas criações constitucionais".

Considerou, ainda, o acórdão que, ao tempo em que foi elaborada a Reforma Constitucional, as legislações dos Estados admitiam recursos da verificação de poderes pelas Câmaras municipais, e o Supremo Tribunal, em reiterados acórdãos, afirmou a legalidade de tais recursos, como se verificou em um dos mais recentes acórdãos — o proferido no *habeas-corpus* n. 10-310, de Minas Gerais. Se o art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional não proibiu esses recursos, manifestamente os quis conservar.

O acórdão, redigido pelo eminente ministro A. Ribeiro, foi subscrito pelos ministros Cardoso Ribeiro, Soriano de Souza, Whitaker, Heitor de Souza, Leoni Ramos, Muniz Barreto e Pedro Mibielli (oito).

Foram vencidos Geminiano da Franca, Bento de Faria, Pedro dos Santos e HERMENEGILDO DE BARROS (quatro).

A esses votos vencidos, no primeiro acórdão, acresceram, no segundo acórdão, os dos ministros Edmundo Lins e Soriano de Souza, que abandonou o seu primeiro voto.

Eu julguei que não era admissível recurso, para o Poder Judiciário, da verificação de poderes municipais, em face do art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional.

O acórdão julgou admissível o recurso, em face, precisamente, da disposição citada, chegando mesmo a proclamar que esta fornecia o mais decisivo apoio à tese por ele sustentada.

Era evidente, pois, que um de nós estaria, como eu disse, privado da razão, uma vez que invocávamos o mesmo dispositivo para sustentação de teses opostas.

A desorientação seria, provavelmente, de minha parte.

E essa desorientação se manifestou em um outro caso, a propósito desse mesmo art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional.

Antes desta, ou em face da Constituição de 1891, eu entendia que era autorizada, ou pelo menos não era proibida, a intervenção do Poder Judiciário para conhecer de abusos praticados pelo Poder Executivo contra a liberdade individual, durante o estado de sítio.

A maioria do Supremo Tribunal não admitia essa intervenção.

Passou, porém, a admiti-la, justamente depois da Reforma Constitucional, que expressamente a proibia.

Enfim, para que se possa fazer juízo seguro da controvérsia, transcrevo não só o meu voto vencido no primeiro acórdão, de cujos fundamentos fiz resumo fiel, como transcrevo o segundo acórdão, na íntegra, acompanhado do voto divergente.

HERMENEGILDO DE BARROS, vencedor na preliminar e vencido de mérito.

A Câmara Municipal de Petrópolis, verificando poderes dos que tinham sido votados na eleição a que se procedeu, no dia 10 de abril de 1927, para o

cargo de Prefeito do município, reconheceu como eleito para esse cargo o Dr. Joaquim de Gomensoro, que obtivera 2.260 votos.

Desta decisão o Dr. Antonio Joaquim de Paula Buarque, contemplado na mesma eleição com 2.190 votos, recorreu para o Tribunal da Relação do Estado do Rio, com fundamento no art. 119 da lei estadual n. 2.033, de 8 de novembro de 1926, para que o Tribunal, tomando conhecimento do recurso, lhe desse provimento, afim de anular as eleições, que o recorrente impugnava, e ordenar à Câmara Municipal que procedesse à nova apuração, excluídos os votos das seções anuladas.

Pelo acórdão de fls. 173, proferido com voto de desempate, o Tribunal da Relação declarou nulas as eleições realizadas perante as 14.^a e 15.^a seções eleitorais de Petrópolis e mandou que a Câmara Municipal, deduzidas as votações dessas duas seções, proclamasse como prefeito de Petrópolis o candidato mais votado.

Foram fundamentos da decisão judiciária:

1.^o, terem sido feitas as eleições perante mesas eleitorais ilegalmente constituídas, por ser o número de eleitores, que indicaram mesários para a constituição dessas mesas, superior ao número de eleitores alistados nas referidas seções;

2.^o, não ter sido o alistamento publicado pela imprensa.

A este acórdão opuseram embargos de declaração a Câmara Municipal, por seu presidente, Dr. Alynthor Silveira Werneck de Carvalho, e o Dr. Antonio Joaquim de Paula Buarque.

Julgados improcedentes os embargos, a Câmara Municipal e o Doutor Joaquim de Gomensoro interpuzeram recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos arts. 59 e 60, § 1.^o, letra a, e § 5.^o da Reforma Constitucional.

Alem da incompetência absoluta do Poder Judiciário para conhecer de recursos eleitorais, em face dos arts. 59 e 60, § 5.^o, da citada Reforma, os recorrentes alegaram que, mesmo admitida a competência daquele Poder, os tribunais locais não podem conhecer de nulidades relativas à fase preparatória da eleição, isto é, de nulidades relativas ao alistamento e organização de mesas eleitorais, porque se ao Poder Judiciário é vedado conhecer de recursos eleitorais referentes ao Poder Legislativo ou Executivo Estadual, e se o alistamento é um só, tanto para as eleições federais como para as estaduais, sendo também a organização das mesas comum às eleições estaduais, deve-se concluir logicamente que o Poder Judiciário não tem competência para conhecer da validade de atos concernentes à própria realização das eleições estaduais.

Alegaram ainda os recorrentes que não é indispensável a publicação do alistamento pela imprensa, uma vez verificada por edital, e que a anulação do alistamento, por clandestino, é da competência da Junta de Recursos, conforme dispõe a própria lei fluminense, estando igualmente excluída da competência do Poder Judiciário estadual a matéria referente à organização de mesas eleitorais.

O Sr. ministro procurador geral da República opinou que o caso não é de recurso extraordinário, porque não se questionou, nem o acórdão de fls. 173 decidiu sobre a vigência ou a validade de leis federais; não se contestou a validade de uma lei estadual porventura arguida de contrária à Constituição Federal, como está sucedendo com os casos semelhantes vindos recentemente do Estado do Ceará. Não tem razão o chefe do Ministério Público.

E' certo que o recurso foi interposto com fundamento no art. 59-60, § 1.^o, letra a, da Constituição, que o admite, "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação". Com este fundamento, o recurso seria real-

mente inadmissível, porque não se questionou sobre a vigência ou validade de qualquer lei federal.

Mas a hipótese está, evidentemente, compreendida, não na letra *a*, mas na letra *b*, do mesmo § 1.º, que admite recurso extraordinário, "quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas".

Ora, os recorrentes contestaram a validade da lei fluminense, n. 2.033, de 8 de novembro de 1926, em virtude da qual o Dr. Antonio Joaquim de Paula Buarque recorreu para o Tribunal da Relação do Estado do Rio da decisão da Câmara Municipal de Petrópolis que, em verificação de poderes, reconheceu prefeito do município o Dr. Joaquim de Gomensoro.

E a contestação se fez, não só em face da disposição constitucional, que assegura a autonomia dos municípios, como em face, principalmente, do art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional, que diz:

"Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual".

Lego, a hipótese é perfeitamente idêntica às que tem vindo do Ceará e nas quais o Supremo Tribunal tem considerado que o caso é de recurso extraordinário.

Apenas, no presente recurso, os recorrentes indicaram a letra *a*, em vez da letra *b*, § 1.º, do art. 60, provavelmente por equívoco, desde que eles citaram o § 5.º do mesmo artigo, justamente o que autoriza o recurso com fundamento na referida letra *b*.

Fui relator de um dos casos vindos do Ceará, cuja identidade absoluta com o que agora se discute poderá ser verificada no acórdão então proferido e publicado no *Arquivo Judiciário*, vol. 4.º, pág. 494.

De meritis.

Antes da Reforma Constitucional, foi objeto de controvérsia se era admissível recurso para o Poder Judiciário da verificação de poderes dos órgãos da administração municipal.

A princípio, esteve dividida a opinião no Supremo Tribunal.

Entendiam uns que era inadmissível qualquer recurso, visto como o que se facultasse para o Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário seria ofensivo ao art. 68 da Constituição, que assegura a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. Pensavam outros que nenhuma inconstitucionalidade haveria na criação do recurso para qualquer dos Poderes aludidos, como corretivo de possíveis abusos dos municípios, que são autônomos, sem que sejam soberanos.

Outros, enfim, só admitiam recurso para o Poder Judiciário, que oferece melhores garantias de imparcialidade (*Revista Forense*, de Belo Horizonte, vol. 16, pág. 167; *Rev. do Supremo Tribunal*, vols. 22, pág. 167, 23, pág. 130, 35, pág. 5, 46, pág. 31, etc.).

Prevaleceu, nos últimos tempos, a primeira opinião, porque alguns ministros que admitiam o recurso, somente para o Poder Judiciário, consideraram, afinal, que o art. 68 da Constituição assegura a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e nada interessa mais ao município do que o reconhecimento dos poderes do Governo municipal, de modo que, concluam eles, desse reconhecimento não é admissível recurso para Poder algum (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 71, pág. 467; e vol. 91, pág. 253).

Depois da Reforma da Constituição, desapareceu, para o Supremo Tribunal, o interesse especulativo da questão, quer para os que se revelaram mais adiantados, não admitindo recurso algum da verificação de poderes municipais, quer para os mais atrasados, que admitiam o recurso para qualquer

poder, quer para os que se collocavam no meio termo e só toleravam o recurso para o Poder Judiciário.

Para este, o recurso é vedado pelo art. 60, § 5.º, da Reforma, cujo texto reproduzo na integra, para mostrar que o legislador constituinte quis proibir a ação do Poder Judiciário sobre todas as questões aí indicadas: "Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio, a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo".

Objeta-se que o texto não fala em Poder Legislativo ou Executivo municipal, mas somente em Poder Legislativo ou Executivo federal ou estadual.

A objeção, aliás única, não procede, porque o art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição, reproduzida pela respectiva Reforma, também não fala em governos dos municípios, quando autoriza o recurso extraordinário das decisões das Justicas dos Estados, desde que se conteste a validade de leis ou atos dos governos dos Estados, e no entanto o Supremo Tribunal tem sempre decidido que nas palavras governos dos Estados se comprehendem os dos municípios.

A este respeito a jurisprudência é pacífica.

Tendo sido alegada a inconstitucionalidade de uma lei municipal de Orlândia, no Estado de São Paulo, a qual autorizava a desapropriação de determinados terrenos, julgou o Supremo Tribunal "ser o caso de recurso extraordinário, por ter sido contestada a validade da lei municipal, que determinou a abertura das estradas de Orlândia a Cuagra e a desapropriação dos terrenos que fossem necessários à construção, em face do art. 72, § 17, da Constituição Federal" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 58, pág. 108).

O acórdão de 18 de agosto de 1923 é unânime.

Em dois recursos extraordinários do Estado da Bahia, foi também arguida a inconstitucionalidade da lei municipal, por taxar desigualmente o valor locativo de prédios, conforme a situação deles em ruas calçadas a asfalto, a paralelepípedos ou servidas por outra forma de calçamento.

No primeiro recurso, que tem o n. 1.618, disse o procurador geral da República: "Na presente causa se contesta a validade de atos da municipalidade de São Salvador, no Estado da Bahia, em face da Constituição Federal, e o Supremo Tribunal de Justiça do Estado, em decisão final, julgou-os válidos. E, pois, caso de recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, n. 3, § 1.º, letra b, da Constituição" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 69, pág. 548).

O acórdão, redigido pelo Sr. ministro Arthur Ribeiro, diz: "O caso é evidentemente de recurso extraordinário, pois se contesta a validade de um ato do Governo municipal, em face da Constituição da República, e a decisão do judiciário local considerou válido aquele ato. E' precisamente um dos casos previstos, de maneira expressa, pelo art. 59, § 1.º, letra a (é um equívoco a referência à letra a), daquela Constituição" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 73, pág. 130).

No outro recurso extraordinário, que tem o n. 1.656, o relator, Senhor ministro Muniz Barreto, escreveu: "O caso é de recurso extraordinário, porque na Justiça local se contestou a validade da lei e do ato da municipalidade da Capital do Estado da Bahia, em face da Constituição Federal, e a última instância da Justiça desse Estado julgou válidos a lei e o ato impugnado" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 71, pág. 183, e vol. 81, pág. 47).

Então, a jurisprudência é não só pacífica e uniforme, como também unânime. Nunca houve, neste particular, discrepância de um só voto.

Ora, se nas expressões "leis ou atos dos governos dos Estados", de que usa o art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição, reproduzidas na Reforma Constitucional, estão comprehendidas as leis ou atos dos governos dos municípios, com

maioria de razão, nas palavras "membros do Poder Legislativo ou Executivo, *federal ou estadual*", empregadas pelo art. 60, § 5.º, da Reforma, estarão compreendidos os membros do Poder Legislativo ou Executivo *municipal*.

Com maioria de razão, sem dúvida, pelos seguintes motivos:

1.º, foi pensamento da Reforma Constitucional excluir, de modo absoluto, a intervenção do Poder Judiciário em assuntos de natureza política. Ela quis evitar que, em matéria de reconhecimento de poderes — federal, estadual ou municipal — tivesse qualquer participação o Poder Judiciário, para que este não ficasse exposto a ataques imponderados, ao vexame, pelo menos, de ver as suas decisões suspeitadas de parcialidade, conforme salientou o deputado Herculano de Freitas no parecer com que justificou a emenda n. 56, que se converteu no art. 60, § 5.º, da Reforma.

Disse, com efeito, aquele deputado:

"A emenda n. 56 consagra, expressamente, o que já está na doutrina e na jurisprudência nacional, bem como na doutrina e na jurisprudência dos Estados de instituições semelhantes às nossas, e em cujas constituições se inspirou o legislador constituinte brasileiro; *lecha os tribunais judiciários aos casos estritamente políticos*."

Permitir-lhes intervir neste assunto, fora violar o princípio cardinal da organização dos poderes, na Federação, que declara independentes os vários órgãos da soberania nacional; fora dar a supremacia política a um poder constituído por membros vitalícios e inamovíveis, o que equivaleria à legalização da ditadura perpétua e irresponsável; fora tornar suspeitos para o desempenho de sua nobre e elevadíssima missão os que se acham encarregados de dar a cada um o que é seu e garantir a cada um fazer ou deixar de fazer o que a lei permite ou proíbe; fora perturbar a serenidade essencial aos tribunais que aplicam o direito, tornar discutível a sua autoridade, eivar de suspeição os seus arestos, macular, pela agressão imponderada, das paixões dominantes, a pureza de suas funções; fora instituir, para sua escolha, o critério do rótulo partidário e não o da idoneidade para o cumprimento de seus deveres; fora possibilitar o procedimento tendencioso do poder que nomeia e do que aprova a nomeação, no sentido de constituir tribunais preparados para apoiar ou para combater partidos ou doutrinas e não para aplicar, imparcialmente, o direito.

Maior manifestação de respeito à altíssima missão dos juizes e ao seu papel na sociedade e no Estado não poderia ser dada do que impedir cheguem até ele os recursos da *chicana política*, que lhes pede o amparo para o êxito de suas pretensões.

A emenda, inspirada nessa elevadíssima doutrina, e impressionada por fatos nacionais, é conveniente, é necessária, é indispensável" (Documentos Parlamentares — Revisão Constitucional, vol. 1.º, pág. 323). A emenda foi aprovada;

2.º, o pensamento da Reforma Constitucional, no sentido de afastar o Poder Judiciário das lutas políticas dos municípios resulta ainda, evidentemente, da consideração de que no projeto da Reforma foi apresentada em plenário a emenda n. 8, mandando substituir o art. 68 da Constituição pelo seguinte:

"Art. 68. Os Estados organizarão os municípios, assegurando-lhes a autonomia em tudo quanto for de seu peculiar interesse, respeitando o princípio da eletividade dos seus poderes, podendo, porém, nessa organização:

a) autorizar recurso do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, exceto para o Poder Executivo;

b) ... c) ... d) ...".

Falaram sobre esta emenda os deputados Adolpho Bergamini, Wenceslau Escobar, Leopoldino de Oliveira, Alberico de Moraes e Agamemnon Magalhães.

A exceção do segundo, que votava pela emenda, autorizando recurso do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, exceto para o Poder Executivo, achando, porém, mais conveniente o recurso para o Poder Judiciário, no qual se presume mais isenção de ânimo, à exceção do segundo, todos os outros se pronunciaram contra a emenda.

O deputado Bergamini, "defensor impertérito da autonomia dos Estados e dos municípios", entendeu que se devia ficar somente no que dispõe a 1.ª parte do art. 68, sem descer aos detalhes das letras *a*, *b*, *c* e *d*, a primeira das quais estabelece o recurso, exceto para o Poder Executivo. Quando muito, o deputado Bergamini transigiria em que se criasse o recurso para o Poder Judiciário, por ser "um poder isento de parcialidade política e de paixão". Em todo caso, concluiu declarando votar contra a emenda.

O deputado Leopoldino de Oliveira começou declarando votar contra a emenda, porque "sempre pensou que a decisão das Câmaras Municipais, reconhecendo os poderes de seus membros, é irrecorrível, e que o recurso é inconstitucional, porque viola a autonomia do município".

O deputado Alberico de Moraes observou que atribuir "ao Judiciário ou ao Legislativo estadual o direito de intervir, em matéria de reconhecimento de poderes, é, sem dúvida alguma, uma violência formal ao princípio estabelecido da independência dos poderes, quer municipal, quer estadual, quer federal".

Transcreve comentários de João Barbalho e de Carlos Maximiliano, que assinalam a inconveniência da intervenção do Poder Judiciário no julgamento de assuntos políticos, com prejuízo da sua nobre e serena missão, da qual não deve ser desviado.

Pondera que "esses comentários, escritos em torno do art. 18 da Constituição, quando se trata da competência exclusiva do Poder Legislativo para o reconhecimento definitivo dos seus membros, tem inteira aplicação, no caso da emenda presente, que se refere à organização dos poderes municipais. Não se compreende que haja recurso para as assembleias estaduais ou para o Poder Judiciário, em matéria de reconhecimento de poderes das assembleias locais, tão soberanas como as outras na sua própria organização".

E o Sr. deputado Alberico de Moraes conclue que a emenda n. 8 não pode ter aceitação na Câmara, "porque estabelece uma inovação perigosa, qual a do recurso do reconhecimento de poderes para o Legislativo ou para o Judiciário, estranhos à organização municipal".

O deputado Agamemnon Magalhães é também contrário à emenda, porque restringe a autonomia dos municípios, e faz caloroso apelo à Câmara para que esta lhe negue aprovação.

A emenda foi rejeitada por 122 votos contra 7, dos Srs. Chermont de Miranda, Rego Barros, Vicente Piragibe, Camillo Prates, Martins Franco, Wenceslau Escobar e Antunes Maciel.

Entre os 122, que rejeitaram a emenda, figura o Sr. Herculano de Freitas, que era, como se sabe, o relator do projeto da Reforma Constitucional (*Documentos Parlamentares*, vol. 2.º, págs. 447 e 463).

Ora, se foi rejeitada a emenda, que autorizava o recurso, para o Poder Legislativo ou para o Poder Judiciário, do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, é claríssimo que tal recurso não pode ser estabelecido para o Poder Judiciário.

Essa conclusão é tanto mais irrefutável quanto está de acordo com o pensamento da Reforma, em excluir o Poder Judiciário do julgamento de casos políticos municipais, conforme evidenciou a discussão sobre a emenda ao artigo 68, não só por ser inconveniente a intervenção do Poder Judiciário no jul-

gamento dos casos políticos, como porque o recurso estabelecido para esse Poder constituiria uma ofensa à autonomia dos municípios;

3.º, os motivos que determinaram a exclusão do Poder Judiciário do julgamento de casos políticos, — motivos que já transcrevi do parecer do deputado Herculano de Freitas — tanto se aplicam ao reconhecimento dos membros do Poder Legislativo ou Executivo federal ou estadual, como do municipal. A este se aplicam até com superioridade de razão, porque é principalmente nos municípios que as paixões políticas se manifestam com mais violência.

Sabe-se que, em regra, deputados e senadores, federais e estaduais, estão sempre de perfeito acordo com o Poder Executivo. Cada qual procura ser mais amigo do Presidente da República e do presidente do seu Estado.

Em se tratando, porém, das questões dos municípios, os deputados e senadores não transigem. Uns são inimigos irreconciliáveis dos outros, dentro da localidade, e todos procuram demonstrar ao Poder Executivo que está com eles a maioria do município, onde as lutas partidárias chegam, muitas vezes, ao extremo do assassinato, como no caso de Palmital, do Estado de São Paulo, e outros, de que o Supremo Tribunal já teve conhecimento, por meio de recursos criminais.

E, pois, de toda a conveniência, como o fez a Reforma, "fechar os tribunais judiciários aos casos estritamente políticos", para não perturbar a serenidade essencial aos tribunais que aplicam o direito, para não eivar de suspeição os seus arestos, para não macular, pela agressão imponderada das paixões dominantes, a pureza de suas funções".

Não tenhamos dúvida, nós juizes, vencedores ou vencidos, sobre os comentários que serão feitos em Petrópolis.

Para os partidários dos recorrentes, este voto vencido será *brilhantíssimo*, ao passo que estará *abaixo da crítica* para os partidários do recorrido.

Igual apreciação estará reservada ao acórdão conforme seja feita pelo recorrido ou pelos recorrentes;

4.º, a solução que não permite recurso, para o Poder Judiciário, da verificação de poderes dos membros da administração municipal, é a consagração da jurisprudência do Supremo Tribunal.

Declarou-o, com verdade, o parecer da Comissão, de que foi relator o Sr. Herculano de Freitas.

De fato, a jurisprudência do Tribunal, ao tempo em que a Reforma foi elaborada, era no sentido de não ser permitido recurso algum, nem mesmo para o Poder Judiciário.

O último acórdão tem a data de 13 de julho de 1925 e não me consta que, depois dele, algum outro tenha sido proferido.

Seria curioso que o Supremo Tribunal, que já assim pensava antes da Reforma, abandonasse agora a sua jurisprudência, justamente quando esta é autorizada pela Reforma, cujo texto deve ser entendido, de acordo com o pensamento que a ditou, e não de acordo com um parecer que, há 20 anos passados, emitiu o então procurador geral do Estado de Minas, o eminente redator do acórdão (*Rev. For.*, do Belo Horizonte, vol. 9.º, pág. 392).

Em sua primeira parte, o acórdão reproduz o parecer, muito brilhante, erudito e sedutor naquela época, não há dúvida, mas inaproveitável agora, que a jurisprudência evoluiu no sentido da inadmissibilidade de qualquer recurso, sendo também neste sentido o pensamento do legislador constituinte, expressamente manifestado na discussão da Reforma e completamente esquecido pelo acórdão.

Seria também surpreendente que o Supremo Tribunal, tantas vezes injustamente acusado de ser um Tribunal Político, na significação pejorativa, persistisse no propósito de fulgar questões políticas, ou manifestasse predileção pelo julgamento de tais questões, quando a Reforma Constitucional as retirou do

sua competência, para não faltar às suas decisões o prestígio, de que elas devem sempre estar cercadas.

Nestas condições, não me sendo lícito julgar contra a Reforma, mas de acordo com ela, dou provimento ao recurso, tão somente, para declarar sem efeito o acórdão do Tribunal da Relação, atenta a sua manifesta incompetência para conhecer do recurso interposto da decisão da Câmara Municipal, subsistindo, em consequência, a mesma decisão, que reconheceu como prefeito o Dr. Joaquim Gomensoro. E porque entendo que a incompetência do Poder Judiciário, federal ou local, é absoluta, estou logicamente inibido de apreciar se foi justo ou injusto, legal ou ilegal, o acórdão do Tribunal da Relação do Estado (*Pandectas*, 4.º-111, 2.ª parte, *Arq. Jud.*, 6.º-391, *Rev. de Jur. Bras.*, 4.º-61).

362 — Opostos embargos ao acórdão, que admitiu o recurso para o Poder Judiciário, foram os embargos rejeitados por sete votos contra seis.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Estado do Rio, em que são embargantes os Drs. Alynthor Silveira Werneck de Carvalho e Joaquim Gomensoro, e embargado o Dr. Antonio Joaquim de Paula Buarque, ACORDAM:

1.º, preliminarmente, julgar improcedentes as alegações de não ser caso de recurso extraordinário e estarem desertos os embargos:

a) porque, conforme decidiu o acórdão, na Justiça local se contestou a validade de uma lei estadual, em face da Constituição da República e aquela Justiça julgou válida a mesma lei;

b) porque oportunamente nada se alegou quanto à falta de preparo dos embargos, que aliás não foi admitido pela própria Secretaria do Tribunal, conforme certidão apresentada, por ocasião do julgamento:

2.º, de *meritis*, rejeitar os embargos, para confirmar, por seus fundamentos, o acórdão embargado.

Custas, na forma da lei.

Supremo Tribunal Federal, 24 de outubro de 1928. — *Godofredo Cunha*, presidente. — *A. Ribeiro*, relator, designado. Aos fundamentos do acórdão ajuntei as observações constantes das quatro folhas juntas datilografadas e por mim rubricadas.

O eminente Sr. ministro relator apóia a sua opinião sobre a inconstitucionalidade do recurso de reconhecimento de poderes municipais na Reforma Constitucional, que ao art. 60 acrescentou o § 5.º, concebido nos seguintes termos:

"Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda do mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como na vigência do estado de sítio não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados, em virtude dele, pelo Poder Legislativo ou Executivo".

O Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS, de quem se pode dissentir, mas nunca sem tributar o maior respeito às suas excelsas qualidades morais e uma grande admiração pelo que ilustre causídico recentemente denominou, com muita propriedade, *surpreendente agilidade intelectual*, depois de ter, por largo trato

de tempo, sustentado a boa doutrina que outorga a intervenção real e efetiva dos municípios na administração local, pela escolha dos órgãos administrativos, a sólida garantia do Poder Judiciário, passou para o campo oposto, entendendo que a Reforma Constitucional fechou inteiramente o ingresso a esse salutar remédio contra os abusos e fraudes que, não raro, as facções políticas cometem ou procuram cometer na organização dos órgãos da administração e do Governo.

A inteligência, entretanto, que dou ao texto de lei acima transcrito, conduz-me à conclusão precisamente contrária.

Se, antes da Reforma, eu já não fizesse parte da Corte de que S. Excia. era um dos mais ilustres vixilários, certamente, depois dela, eu teria fixado definitivamente a minha posição ao lado dos combatentes a favor da intervenção do Poder Judiciário no reconhecimento dos poderes municipais.

Em atenção a S. Excia., que, no julgamento dos embargos, não quis limitar-se à remissão ao seu brilhante voto vencido, naturalmente pla importância indiscutível do assunto, venho acrescentar às razões que aduzi, no acórdão, para divergir de S. Excia. na exegese do citado § 5.º, uma observação, que deixo de alinhar entre aquelas razões, e que, no meu conceito, é decisiva para a adoção da opinião que venho sustentando.

Melhor do que eu sabe o Tribunal que, para se surpreender, em sua pureza, o pensamento contido na lei, precioso subsídio fornece o conhecimento exato dos sucessos que contribuíram para a formação do preceito legal, das circunstâncias especiais em que o legislador o concebeu, da razão que o determinou a fazê-lo e do fim que teve em vista.

Quais foram os sucessos que deram lugar ao dispositivo constitucional citado? Quais as circunstâncias especiais em que o legislador se encontrava, quando concebeu o pensamento nele contido? A que motivos obedeceu para lhe dar fórmula de mandamento legal? Que fim teve em vista obter com esse preceito de lei?

Para verificá-lo, é preciso que alguém se coloque na situação em que o legislador se achava no momento histórico em que ele traduziu em lei o seu pensamento.

A tendência claramente revelada, naquela época, era favorável à intervenção do Poder Judiciário na vida interna, na economia íntima dos dois outros poderes. Essa tendência que, por vezes diferentes e por modos diversos, se procurava tornar vitoriosa, deu entrada, em ocasiões várias, nos portões desta Suprema Corte, solicitando-se a sua interferência na organização dos dois outros poderes políticos nacionais.

Está ainda na memória de todos o fato que se deu, há pouco mais de seis anos, da tentativa da intervenção do Poder Judiciário na organização do Poder Executivo, pela escolha de um dos seus mais elevados órgãos, e então a pretensão de se garantir e tutelar o direito individual em jogo, tentou-se o reconhecimento, por meio de *habeas-corpus*, do vice-presidente da República.

A tentativa, porém, que esteve a pique de se converter em fato consumado, felizmente, a meu ver, frustrou-se.

Pretendeu-se ainda a intervenção do Supremo Tribunal no reconhecimento de poderes dos deputados e senadores federais, chegou-se a ajuizar uma ação, para haver as vantagens pecuniárias do cargo de senador tendo sido essa ação proposta por uma das figuras proeminentes da política do país, que se dizia espoliada de sua cadeira pelo reconhecimento do seu competidor.

Essa tentativa também resultou falha ainda sendo triunfantes desta vez os bons princípios, sendo o primeiro deles o basilar do nosso sistema político e referente à independência e harmonia dos três poderes organizados para o exercício da soberania nacional.

A tendência, porém, subsistia, alarmando a consciência jurídica do nosso país, que entrevia nessa intromissão indebita do Poder Judiciário na vida íntima dos dois outros poderes, e no exercício das suas funções constitucionais,

consequências prejudicialíssimas à pureza do nosso regime constitucional e à coexistência harmônica dos poderes constituídos.

Foi precisamente para tornar impossível a vitória daquela tendência que o legislador constituinte ajuntou o § 5.º ao art. 6.º da Constituição da República.

O intuito da lei, pois, o motivo que levou o legislador a elaborá-la, foi este e somente este: — impedir que o Poder Judiciário intervisse na organização do Poder Executivo e do Poder Legislativo, seja federal, seja estadual, para ser praticado fielmente o princípio fundamental do art. 15 da Constituição, que proclama:

"São órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si"

O art. 6.º, § 5.º, não é mais do que um desenvolvimento do princípio contido nesse artigo e com ele o constituinte não quis senão obstar que na prática do nosso sistema político se insinuasse um vício muito sério, que teria como consequência futura a destruição desse sistema pela implantação da ditadura judiciária.

Mas, se o fim que o legislador teve em vista foi somente este — o de impedir que o Poder Judiciário intervisse e se ingerisse na organização do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é evidente que a proibição não pode compreender intromissão do Judiciário no reconhecimento de poderes dos corpos administrativos municipais, para garantir a verdade eleitoral e a legitimidade das investiduras dos respectivos membros.

O que o dispositivo constitucional proibiu, pois, foi somente a intervenção do Judiciário no reconhecimento de poderes dos órgãos do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo, nada tendo que ver essa prescrição com o reconhecimento de poderes das administrações municipais.

Ao contrário do que entende o ilustrado Sr. ministro HERMENEGILDO DE BARROS, a meu ver, o que se deduz daquele dispositivo é que o legislador quis claramente deixar aos Estados a faculdade de criar recursos do reconhecimento dos poderes municipais para o Poder Judiciário local.

Sobre a constitucionalidade desses recursos havia antes divergência, e se, ao formular a proibição do § 6.º, o legislador constituinte nela os não incluiu expressamente, é que quis admitir, de modo inequívoco, a opinião favorável à sua admissibilidade.

Por isso, disse eu, de começo, que, se antes da Reforma Constitucional eu tivesse alguma vacilação sobre a constitucionalidade do recurso em questão, essa dúvida teria sido apagada do meu espírito, porque o legislador desprezou a ocasião oportuna para interdizer o mesmo recurso, deixando de incluí-lo na proibição constitucional do citado § 5.º.

Quanto ao mais reportei-me aos fundamentos do acórdão embargado, que confirmei, rejeitando os embargos.

— HERMENEGILDO DE BARROS, vencido. No julgamento dos embargos ao acórdão, não me limitei a fazer remissão ao meu voto vencido no mesmo acórdão, como observa o seu eminente relator, a quem rendo a homenagem do meu reconhecimento, por me haver generosamente cumulado de gentilezas a que eu não estava habituado.

Não me reportei, simplesmente, ao voto anterior, porque, dada a importância do assunto, julguei conveniente salientar os equívocos do acórdão embargado e fixar argumentos que lhe patenteassem a inconsistência.

Parece que o objetivo está conseguido, porque o ilustrado juiz deixou de apreciar esses argumentos, como se verá do confronto entre o seu voto vencedor e o meu voto vencido, no anterior e no presente acórdão.

O segundo voto vencido a que alude o voto vencedor, na declaração separada do acórdão atual, consta da leitura que fiz perante o Tribunal do mesmo voto e que passo a reproduzir literalmente:

"São três os fundamentos do acórdão embargado.

O primeiro é que a criação de recursos, para o Poder Judiciário, do reconhecimento de vereadores ou prefeitos pela Câmara Municipal, não atenta contra a autonomia dos municípios, porque, quando se discutiu o assunto no 1.º Congresso Constituinte, procurou-se dar aos municípios toda a autonomia, de modo que eles se constituíssem por si mesmos, e, para garantir essa autonomia, foi apresentada a seguinte emenda:

"Os municípios organizar-se-ão de acordo com as Constituições dos Estados respectivos, observadas as seguintes bases: completa autonomia em tudo quanto respeite ao peculiar interesse; eletividade da administração municipal e faculdade de celebrar ajustes com outros municípios do mesmo Estado".

Ora, argumenta o acordão embargado, a emenda foi rejeitada.

Logo, conclue, não prevaleceu a autonomia municipal ampla, como a queriam os seus propugnadores, mas a autonomia municipal limitada, como a consagrou o art. 68 da Constituição Federal.

A conclusão do acordão embargado não é rigorosamente necessária, como o seria, sem dúvida, se a emenda tivesse proibido o recurso para o Poder Judiciário e o Congresso Constituinte a houvesse rejeitado.

A emenda não estava concebida de modo que a sua rejeição levasse forçosamente a concluir-se pela admissibilidade do recurso.

Ao contrário, a conclusão oposta é que poderia ser admitida, porque ao princípio geral de que os municípios se organizariam de acordo com as Constituições dos respectivos Estados, a emenda acrescentava que se observasse como base da organização "completa autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

A emenda foi rejeitada, é certo, mas foi rejeitada, naturalmente, por inútil, visto como a base que ela mandava respeitar já estava consignada no dispositivo principal, que é o art. 68 da Constituição, e estava consignada até pelas mesmas palavras da emenda... *ibi*:

"Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

E tanto é essa a conclusão lógica, que poderia resultar do próprio histórico da Constituição de 1891, que foi essa também a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em sua última jurisprudência, que não admitia recurso algum da verificação de poderes dos órgãos da administração municipal, por entender que o recurso, que se facultasse para o Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, seria ofensivo do art. 68 da Constituição, que assegura a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e por entender igualmente que não há nada que mais interesse ao município do que o reconhecimento de poderes do Governo municipal.

Aliás, para se concluir pela admissibilidade ou inadmissibilidade do recurso, não se deve argumentar com o histórico da Constituição de 1891, mas com o da Constituição de 1926.

E se, mesmo em face do primeiro, a autonomia dos municípios já podia ser entendida no sentido de se não admitir recurso algum da verificação de poderes dos membros da administração municipal, em face do segundo se tornou irrecusável a conclusão de não ser admissível o recurso para Poder algum, nem mesmo para o Poder Judiciário, porque foi este precisamente o que a Constituição Reformada quis excluir do julgamento de tal recurso.

E' fácil a demonstração.

A emenda, no 1.º Congresso Constituinte, não aludia, de modo algum, a recurso do reconhecimento de poderes das autoridades municipais.

Mandava, tão somente, como já se viu pela transcrição da referida emenda, que os municípios se organizassem, de acordo com as Constituições dos Estados, respeitando-se fundamentalmente nessa organização a autonomia dos municípios e a eletividade da administração municipal.

Por isso mesmo que, no histórico do texto constitucional, se guardou absoluto silêncio sobre a instituição de recursos e não se definiu o que era autonomia municipal, sendo muito vaga a alusão ao *peculiar interesse do município*, entendiam, uns, em cujo número me encontrava, que o recurso para qualquer dos três Poderes ou, pelo menos, para o Poder Judiciário, não ofendia a autonomia dos municípios, ao passo que outros pensavam que, mesmo para o Poder Judiciário, o recurso era ofensivo dessa autonomia.

O 2.º Congresso Constituinte, porém, não foi silencioso, no tocante à instituição do recurso da verificação de poderes dos órgãos de administração municipal.

Conforme já deixei assinalado no meu voto anterior, a emenda n. 8, apresentada em plenário ao art. 68 da Constituição, que se estava reformando, dizia, exatamente como a emenda oferecida por ocasião do 1.º Congresso Constituinte, que na organização dos municípios se lhes assegurasse a autonomia, em tudo quanto fosse de seu peculiar interesse, e se lhes respeitasse o princípio da eletividade dos seus poderes.

Mas a emenda apresentada no 2.º Congresso Constituinte aditava matéria importante, sobre a qual o 1.º Congresso fora omissa.

A emenda acrescentava que, na organização dos municípios, *poderia ser autorizado recurso do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, exceto para o Poder Executivo*.

Ora, se a emenda autorizava o recurso para o Poder Legislativo ou para o Poder Judiciário, e se a emenda foi rejeitada, a consequência ineludível é que não há recurso para Poder algum, sobretudo tendo-se em consideração que a emenda foi rejeitada, com expressa declaração de motivo, qual o de ser inconstitucional, por ofensivo à autonomia dos municípios, o recurso para o Poder Legislativo ou para o Poder Judiciário, ou para qualquer Poder, desde que o Executivo já estava excetuado.

Em suma, não havia recurso para Poder algum, por uma razão comum a todos eles — a autonomia dos municípios.

E não havia recurso, principalmente para o Poder Judiciário, por uma razão especial a este — qual a de ser um Poder que deve pairar em esfera serena de imparcialidade, fora do tumulto das paixões, afastado completamente do julgamento de assuntos políticos, conforme o pensamento expressamente manifestado pelo legislador constituinte. Demonstra-se que a Reforma Constitucional vedou o recurso para qualquer dos três Poderes com a consideração de que a citada emenda n. 8, que autorizava o recurso "do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, exceto para o Poder Executivo", foi rejeitada por 127 votos, entre os quais o do deputado Herculano de Freitas, tendo votado apenas sete a favor da emenda.

A razão que se deu para a rejeição da emenda foi a de ser esta contrária à autonomia dos municípios.

Dos quatro deputados, que falaram contra a emenda, destacam-se as declarações dos Srs. Leopoldino de Oliveira e Alberico de Moraes.

O primeiro declarou que votava contra a emenda, porque "sempre pensou que a decisão das Câmaras Municipais, reconhecendo os poderes de seus membros, é irrecorrível, e que o recurso é inconstitucional, porque viola a autonomia dos municípios".

O segundo ponderou que atribuir "ao Judiciário ou ao Legislativo estadual o direito de intervir, em matéria de reconhecimento de poderes é, sem dúvida alguma, uma violência formal ao princípio estabelecido da independência dos poderes, quer municipal, quer estadual, quer federal" (*Documentos*

Parlamentares, vol. 2.º, págs. 447 e 463). Se fosse possível o recurso para qualquer dos três Poderes, o escolhido não poderia ser o Judiciário, porque foi este precisamente que a Reforma Constitucional quis excluir, atenta a necessidade de afastá-lo do julgamento de casos políticos.

Disse-o o deputado Herculano de Freitas, ou a comissão dos 21, de que ele era o relator, ao justificar a emenda n. 56, convertida no art. 60, § 5.º, da Reforma.

Eis as suas palavras:

"A emenda n. 56 fecha os tribunais judiciários aos casos restritamente políticos.

Permitir-lhes intervir neste assunto fora violar o princípio cardinal da organização de Poderes, na Federação, que declara independentes os varios órgãos da soberania nacional; fora dar a supremacia politica a um poder constituído por membros vitalícios e irremovíveis, o que equivaleria à legalização da ditadura perpétua e irresponsável; fora tornar suspeitos para o desempenho de sua nobre e elevada missão, os que se acham encarregados de dar a cada um o que é seu e garantir a cada um fazer ou deixar de fazer o que a lei permite ou proíbe; fora perturbar a serenidade essencial ao tribunal que aplica o direito, tornar discutível a sua autoridade, elvar de suspeição os seus acertos, macular, pela agressão imponderada das paixões dominantes, a pureza das suas funções; fora instituir, para sua escolha, o critério do rótulo partidário, e não o da idoneidade para o cumprimento de seus deveres; fora possibilitar o procedimento tendencioso do poder que nomeia e do que aprova a nomeação, no sentido de constituir tribunais preparados para apoiar ou para combater partidos ou doutrinas, e não para aplicar, imparcialmente, o direito. Maior manifestação de respeito à altíssima missão dos juizes e ao seu papel na sociedade e no Estado não poderia ser dada do que impedir cheguem até ele os recursos da *chicana política*, que lhes pede o amparo para o êxito de suas pretensões" (*Documentos Parlamentares*, vol. 1.º, pág. 323).

O acordão embargado silenciosa, de modo absoluto, sobre esse elemento histórico da Reforma Constitucional.

O segundo fundamento do acordão embargado é que o recurso para o Poder Judiciário não é proibido pelo art. 60, § 5.º, da Constituição Reformada, sendo, pelo contrário, autorizado por este, que apenas veda recurso judiciário contra a verificação de poderes, o reconhecimento dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, *federal ou estadual*, e acrescenta o acordão.

"a não ser que se queira sustentar o absurdo de ser membro de qualquer desses poderes o vereador, o intendente, o conselheiro municipal ou o prefeito, não se pode lhes aplicar a proibição, que a lei instituiu para os membros de qualquer daquelas criações constitucionais".

Eu já ponderei que o argumento não procede, "porque o art. 59, § 1.º, letra b, da Constituição também não fala em Governo dos *municípios*, quando autoriza o recurso extraordinário da Justiça dos Estados, desde que se conteste a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados. No entanto, o Supremo Tribunal tem sempre decidido que nas palavras "governos dos Estados" estão compreendidos os governos dos *municípios*, tendo mesmo declarado um dos acordões, de redação do Sr. ministro Arthur Ribeiro, que os governos dos *municípios* estão compreendidos de maneira expressa no art. 59, § 1.º, letra b,

poder municipal, por ser esse ato "da exclusiva competência do poder verificador, que pertence ao Conselho Municipal, como atributo indispensável, que é à efetividade da autonomia dos municípios, assegurada pelo art. 68 da Constituição da República" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 26, pág. 130).

Foi por isso que eu afirmei, no meu primeiro voto vencido, que a jurisprudência do Supremo Tribunal era, a princípio, muito vacilante.

Ora o Tribunal julgava que o recurso era admissível para qualquer dos três Poderes; ora o admitia, somente, para o Poder Judiciário. Ao tempo, porém, da elaboração da Reforma Constitucional, a jurisprudência, posterior à única decisão invocada pelo acórdão embargado, estava assentada, no sentido de não ser admissível o recurso para Poder algum.

De fato, o acórdão n. 12.137, de 22 de setembro de 1924 (relator o Sr. ministro Pedro dos Santos), julgou que, salvo o caso de duplicata,

"os municípios devem ser os juizes exclusivos das suas eleições, podendo e devendo resolver em definitivo sobre a validade do processo eleitoral e também sobre a legitimidade dos seus eleitos" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 71, pág. 467).

O acórdão n. 15.385, de 29 de junho de 1925 (relator o Sr. ministro Muniz Barreto), fazendo especial referência ao de n. 12.137 e transcrevendo-lhe o principal fundamento, considera o seguinte:

"Mas, em face do art. 68 da Constituição da República, que assegura a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, bem de ver é que, somente no caso de duplicata, tem o legislativo competência para resolver a verificação de poderes efetuada pela Câmara ou Conselho Municipal, mantendo-a, anulando-a ou fazendo-lhe alteração. Assim se pronunciou este Tribunal no recurso do *habeas-corpus* n. 12.137, pelo acórdão de 22 de setembro de 1924, *verbis*:... (segue-se a transcrição aludida) *Rev. do Supremo Tribunal*, vol. 89, pág. 561, e *Arquivo Judiciário*, vol. 8.º, pág. 101.

O acórdão n. 15.711, de 13 de julho de 1925 (relator o Sr. ministro Edmundo Lins), diz:

"Considerando que, segundo decidiu este Tribunal, no acórdão supra citado (é o de n. 12.137), o art. 68 da Constituição federal assegura a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; Considerando que nada respeita mais ao interesse do município do que o reconhecimento dos poderes de seus membros; Considerando que, portanto, desse reconhecimento não pode haver recurso para nenhum outro Poder; Considerando que, embora se admita esse recurso, só para o Poder Judiciário é que poderá ser interposto" (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 91, pág. 253 e *Arquivo Judiciário*, vol. 6.º, pág. 102).

Ora, se na vigência da Constituição de 1891, em que não havia elementos seguros para a interpretação do art. 68, já o Supremo Tribunal julgava inadmissível o recurso para qualquer dos três Poderes, em respeito à autonomia dos municípios, salvo alguns raros votos divergentes, como o meu, outra não poderá ser hoje a decisão — e já agora com o meu voto também — quando os elementos de interpretação dissipam qualquer dúvida, quando se sabe que, ao ser discutida a Reforma Constitucional, uma emenda foi apresentada em plenário, excluindo desde logo o recurso para o Poder Executivo e autorizando-o para qualquer dos outros dois Poderes, sendo, porém, essa emenda rejeitada, por ser contrária à autonomia dos municípios.

E sobretudo para o Poder Judiciário é que o recurso não é de todo admissível, já pela razão aludida, já porque a intervenção daquele Poder foi excluída, em absoluto, do julgamento de quaisquer casos políticos.

As legislações dos Estados, pois, não podem estabelecer tal recurso para o Poder Judiciário.

Assim, recebo os embargos para o fim declarado no meu voto anterior, isto é, para julgar insubsistente o acordão do Tribunal da Relação do Estado do Rio, por ser manifesta a sua incompetência para conhecer do recurso interposto da decisão da Câmara Municipal de Petrópolis, devendo, portanto, subsistir a mesma decisão, que reconheceu como prefeito o Dr. Joaquim de Gomensoro.

Antes da Reforma Constitucional, entendíamos nós — o eminente Senhor ministro Arthur Ribeiro e eu — que era admissível o recurso do reconhecimento de vereadores ou prefeitos pelas Câmaras Municipais.

Depois da Reforma, arraigou-se a convicção de S. Excia. pela admissibilidade do recurso, ao passo que eu abandonei a primitiva opinião.

Se, pois, a Reforma é o argumento comum, que nos leva a conclusões diferentes, será forçoso convir que se operou em um de nós uma falha transitória na inteligência, um obscurecimento momentâneo da razão.

Naturalmente ou com certeza, a falha será minha, mesmo porque com S. Excia. pensam outros juizes no Tribunal.

Antes da Reforma Constitucional, o histórico do art. 68 não fornecia elementos seguros de interpretação.

A emenda oferecida e rejeitada, na discussão do projeto pelo 1.^o Congresso Constituinte, não cogitava absolutamente de recurso do reconhecimento de poderes pelas Câmaras Municipais.

No tocante à autonomia dos municípios, a emenda estava concebida nos mesmos termos, em que se acha o dispositivo constitucional, literalmente conseroado pela Reforma, isto é, a emenda mandava observar a autonomia dos municípios, "em tudo quanto respeito ao seu peculiar interesse".

Assegurada, assim, de modo vago, a autonomia dos municípios, era natural que variassem as interpretações sobre o valor, a força, a autoridade, que deveriam ter as resoluções das Câmaras Municipais, relativamente ao reconhecimento ou verificação do poderes dos órgãos da administração municipal.

Manifestou-se a divergência, mesmo no Supremo Tribunal. Pensavam uns que do ato da Câmara Municipal não havia recurso algum, porque os municípios são autônomos, em tudo quanto respeito ao seu peculiar interesse e não há nada que mais interesse ao município do que o reconhecimento de poderes municipais.

Outros entendiam que nada autorizava a inteligência, que se dava à autonomia dos municípios, de modo tão ilimitado, attingindo quase as raízes da soberania, e porisso do ato da Câmara Municipal devia haver algum recurso, pelo menos, para o Poder Judiciário.

Ao lado destes me alistei, porque entendia, como entendo ainda agora, que a autonomia dos municípios não devia ser assim compreendida de modo tão absoluto, sem contraste, e que o recurso era indispensável para conter os desvarios a que as municipalidades pudessem ser arrastadas pelas paixões partidárias locais.

Digo que me coloquei ao lado dos mais conservadores ou dos mais atrasados, se o quiserem, porque não tinha voto especial sobre o caso e reconhecia que ele se prestava às duas inteligências manifestadas no Tribunal.

Nessa attitude me mantive, até que sobreveio a Reforma da Constituição.

Teria esta aconselhado, realmente, a mudança do parecer? Acredito que sim.

Quem quer que acompanhe as discussões travadas no parlamento, na imprensa ou no pretório, a propósito de questão jurídica sobre que se haja, al-

guma vez, manifestado o Supremo Tribunal, terá notado o empenho com que se indaga qual foi acerca do assunto a opinião do mesmo Tribunal.

Não se procura saber se ele julgou erradamente ou com acerto. Inquire-se, tão somente, como foi que julgou, porque, bem ou mal decidido, considerava-se como soberanamente julgado o caso, que em tese se debate.

Viu-se, há poucos dias, um exemplo do que se pode considerar uma homenagem ao Supremo Tribunal, o que deverá servir de estímulo para que ele se esforce em resolver com subedoria as questões submetidas à sua apreciação.

A propósito de um projeto de reforma legislativa, no Estado de São Paulo, pelo qual se confere ao presidente do Estado a nomeação de prefeito da Capital, atualmente escolhido por eleição popular, foi apresentado na Câmara dos deputados federais um projeto de intervenção naquele Estado, para o fim de ser assegurado o respeito ao princípio constitucional da autonomia dos municípios, que se tinha como violado por aquela projetada reforma.

Antes mesmo de ser dado o projeto federal à discussão, da qual foi retirado a requerimento do seu autor, os adversários o impugnaram com o argumento, único, de não ser inconstitucional a reforma da lei paulista, desde que a nomeação do prefeito não ofenda a autonomia do município, conforme numerosos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Objetou-se com a existência de julgados em sentido contrário, ao que se reiterou que mais numerosos eram os que admitiam a constitucionalidade da nomeação do prefeito, chegando-se mesmo a precisar a quantidade desses julgados, sem que os defensores de uma e outra opinião se preocupassem com a qualidade deles, os seus argumentos, as suas razões de decidir.

Se é uma verdade, portanto, que se tem no mais elevado apreço a opinião do Supremo Tribunal, quando se discutem questões jurídicas de certa relevância, naturalíssimo seria que, na elaboração da Reforma Constitucional, se procurasse consultar se a jurisprudência daquele Tribunal era favorável ou contrária à criação do recurso aludido, por não ser ou ser este incompatível com a autonomia do município. Eu já mostrei o equívoco do acórdão embargado, quando afirmou que, ao tempo da Reforma, a jurisprudência do Supremo Tribunal admitia o recurso, para o Poder Judiciário, do reconhecimento de poderes pelas Câmaras Municipais, porque, muito ao contrário, na ocasião da Reforma, nenhum recurso era admitido, nem mesmo para o Poder Judiciário, pois se entendia que o recurso para qualquer dos três Poderes era ofensivo da autonomia dos municípios.

Parece que o equívoco foi reconhecido pelo digno juiz, que me honra com a sua contradita, tanto que não insiste na sua anterior afirmação.

Embora não expressa no texto da Reforma, a doutrina por esta adotada foi exatamente a que estava consagrada na jurisprudência do Tribunal, como pela discussão se tornou evidente.

E' assim que ao invés do 1.º Congresso Constituinte, em que não se cogitou de facultar recurso do ato da Câmara Municipal, no 2.º Congresso Constituinte uma emenda mandava que na organização dos municípios se assegurasse a sua autonomia "em tudo quanto for de seu peculiar interesse, podendo, porém, nessa organização: a) autorizar recurso do reconhecimento de poderes das autoridades municipais, exceto para o Poder Executivo".

Ora, a emenda foi rejeitada, com a declaração de não se dever admitir recurso para Poder algum, por ser esse recurso contrário à autonomia dos municípios.

Logo, nem para o Poder Judiciário, o recurso foi facultado, não só por esse fundamento, como, principalmente, pelo de ter sido o Poder Judiciário afastado do julgamento de questões políticas, como se viu das razões do parecer da Comissão dos 21, aprovado por 127 votos contra 7.

O Sr. ministro Arthur Ribeiro, que também não dispensa o histórico da lei e antes o reputa como elemento muito valioso para a sua interpretação,

pensa que o art. 60, § 3.º, da Reforma Constitucional foi determinado pela necessidade de impedir a ditadura judiciária pela intervenção de juizes, por meio de *habeas-corpus*, no reconhecimento de órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como se verificou nas tentativas dos casos *Seabra* e *Pires Ferreira*, frustradas felizmente, no entender de S. Ex.

O elemento histórico não diz que se teve em vista afastar o Poder Judiciário do julgamento de casos políticos semelhantes aos a que se allude, pois se refere aos casos políticos, em geral, dos quais não podem ser exceptuados os municipais, que são justamente os mais irritantes e que podem perturbar a serenidade do juiz, o que a Reforma visou fundamentalmente evitar.

Estou, porem, convencido de que a mente do legislador constituinte ocorreu, de fato, não o caso *Pires Ferreira*, porque este não teve importância e foi unanimemente repellido pelo Tribunal, mas o caso *Seabra*, alem do caso *Raul Fernandes*, que foi de graves consequências.

O legislador, porem, não visou somente esses casos, mas todos os casos politicos, que futuramente se tentasse resolver por meio de *habeas-corpus*, para os quais o ilustre redator do accordo teve palavras de delicada e, talvez, justa censura.

Apesar de não me sentir suscetibilizado com isto, que a outros atingirá o não a mim, devo dizer que, formulada a mesma censura no Congresso Constituinte, varri a minha testada nos termos seguintes:

"Nunca chamei a mim funções especificamente politicas para reconhecer mandatos politicos de assembleias e governos estaduais, por meio de *habeas-corpus*, porque sempre dei ao instituto a intelligência, que a Reforma lhe dá, destinando-o exclusivamente, como eu já o destinava, à garantia da liberdade fisica ou de locomoção.

Pelo meu voto, o Supremo Tribunal nunca se teria occupado desses casos politicos, tão frequentemente sujeitos ao seu conhecimento, porque eu sempre os repelli *in limine*, sem exceção de um só, mesmo os chamados casos *Seabra* e *Raul Fernandes*, para só falar dos de meu tempo no Tribunal, os quais são até hoje lembrados como os mais escandalosos, aliás com injustiça, porque a maioria do Tribunal tem conhecido, muitas vezes, de *habeas-corpus* em casos mais extravagantes do que esses.

Em todos esses casos votei, preliminarmente, que o *habeas-corpus* era meio inidôneo para resolvê-los.

Sistematicamente, invariavelmente, afastei essas questões politicas de qualquer discussão perante o Tribunal.

A maioria, porem, julgava que tais questões podiam e deviam ser resolvidas por meio de *habeas-corpus*.

Só me cumpria, então, obedecer, porque é dos regimentos dos Tribunais que o juiz, vencido na preliminar, terá obrigação de apreciar o merecimento das questões, e aí está a razão, aliás sempre exposta, por que eu passava a apreciá-las, de acordo com o direito e com as provas que os pacientes me apresentavam, sem que tivesse predileção por tais questões, que absolutamente não me interessavam".

Ai tem o preclaro juiz a explicação, que eu lhe devia, das razões por que não admito hoje o recurso, que era por mim anteriormente admitido.

Podem não ser convincentes essas razões, originadas, talvez, de um vicio de raciocínio, mas são expostas sinceramente e de boa fé, da qual, estou certo, o honrado juiz nunca duvidou.

Aliás, já não me surpreendia que, por uma falha momentânea ou permanentemente da minha inteligência, tenhamos os dois, — S. Ex. e eu — adotado a mesma razão e chegado a conclusão diametralmente oposta na interpretação do art. 60, § 5.º, da Reforma Constitucional.

Já não experimento a respeito nenhuma surpresa, porque a minha inteligência falhou também na interpretação, já não direi de outro artigo, mas precisamente desse mesmo art. 60, § 5.º, em sua parte final.

E falhou de modo lamentabilíssimo porque, antes da Reforma, eu pensava de um modo, em desacordo com a maioria do Tribunal e, depois da Reforma, manifestei-me de acordo com a maioria do Tribunal, que, entretanto, passou a julgar em desacordo comigo! Uma desorientação completa de minha parte, mas dúvida alguma.

Entretanto, eu tenho razões, que certamente não justificam essa desorientação, mas talvez a expliquem, segundo me parece. Peço licença para expô-las.

Eu entendia, antes da Reforma Constitucional, que o Poder Judiciário tinha competência para conhecer, por meio de *habeas-corpus*, de abusos que o Poder Executivo praticasse contra a liberdade individual, durante o estado de sítio.

Assim entendia, porque o art. 72, § 22, da Constituição, autorizava a concessão de *habeas-corpus*, sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem excetuar o caso de se achar o país em estado de sítio e de ter sido a prisão determinada em virtude desse estado.

Pensava que, pelo simples fato de se encontrar o país em estado de sítio, não era lícito ao Poder Executivo decretar prisões de quem lhe aprovesse e conservar presos, durante anos seguidos, por tempo indefinido, indivíduos contra os quais absolutamente nada se alegava, a não ser a má vontade do Presidente da República.

Contra a intervenção do Poder Judiciário para conhecer desses abusos, parecia-me improcedente a consideração de que só o Poder Legislativo tinha competência para isso, desde que somente a ele o Poder Executivo teria de relatar as medidas de exceção que houvesse tomado durante o sítio. E parecia-me improcedente a consideração, porquanto, só para o fim de ser aprovado ou suspenso o sítio pelo Congresso, é que a Constituição lhe mandava submeter as medidas de exceção tomadas durante o sítio, e nunca para retirar ao Poder Judiciário a sua função constitucional de reparar a lesão do direito individual, de conhecer dos abusos praticados pelo Poder Executivo durante o sítio, ou em outra ocasião.

Não estava isolado nessa inteligência que dava aos textos constitucionais, porque além de Ruy Barbosa e Epitácio Pessoa, cujas opiniões reproduzia textualmente nos meus votos, para que se me não atribuisse qualquer deturpação; além de Pedro Lessa, sempre citado em assuntos de ordem constitucional, menos nesse, em que o esqueciam propositadamente os defensores da onipotência do Executivo durante o sítio — outros magistrados notáveis, mais antigos, como Macedo Soares, Amphilófilo, José Hygino, Lúcio de Mendonça, todos eles ou sustentavam igualmente que, embora seja da competência do Congresso aprovar ou suspender o sítio decretado pelo Poder Executivo e conhecer das medidas tomadas durante o sítio, não podia deixar de ser reconhecida a competência do Poder Judiciário para coibir abusos praticados pelo Executivo contra a liberdade individual durante o sítio, porque não dependia absolutamente do voto do Congresso a sorte dos presos ou desterrados políticos, os quais deviam ser soltos, verificando-se que não cometeram crimes, ou entregues aos seus juizes naturais, no caso contrário.

Não eram somente votos vencidos de magistrados proventos, que se manifestavam por essa forma.

O Supremo Tribunal de 30 anos passados julgou, em acórdão n. 1.073, de 16 de abril de 1898, que era um absurdo entender-se que as prisões, que devem ser transitórias no estado de sítio, pudessem durar indefinidamente, quando devem durar, somente por tempo determinado, as próprias penas impostas pelo Poder Judiciário, em sentença proferida com todas as formas tutelares do processo.

Esse mesmo acórdão, concedendo *habeas-corpus* aos deputados Alcindo Guanabara, Barbosa Lima, Thomaz Cavalcanti e ao senador João Cordeiro, julgou que a competência do Poder Legislativo para aprovar ou suspender o sítio declarado pelo Poder Executivo, na ausência do Congresso, e para conhecer das medidas de exceção, que houverem sido tomadas, na forma dos arts. 34, n. 21, e 80, § 3.º, da Constituição, foi estabelecida somente para o julgamento político, para o efeito de ser, ou não, decretada a responsabilidade dos agentes do Poder Executivo, e não exclue a competência do Poder Judiciário para amparar e restabelecer os direitos individuais, que tais medidas hajam violado.

Concluiu o acórdão, declarando que

"se a garantia do *habeas-corpus* houvesse de ficar suspensa, enquanto o estado de sítio não passasse pelo julgamento político do Congresso, e de tal julgamento ficasse dependendo o restabelecimento do direito individual ofendido pelas medidas de repressão empregadas pelo governo no decurso daquele período de suspensão de garantias, indefesa ficaria por indeterminado tempo a própria liberdade individual e mutilada a mais nobre função tutelar do Poder Judiciário" — Lucio de Mendonça — *Páginas Jurídicas*, pág. 219.

Eram essas as razões que eu expendia, em favor da competência do Poder Judiciário, para conhecer de abusos praticados pelo Poder Executivo contra a liberdade individual durante o estado de sítio.

Não as admitia, porém, o Supremo Tribunal, firmado no já conhecido argumento de que, para conhecer de tais abusos, a competência era privativa do Poder Legislativo.

Assim, ao passo que eu concedia, o Supremo Tribunal negava invariavelmente a proteção invocada por pacientes presos, sem motivo algum durante anos, só porque o Poder Executivo informava, em duas linhas, que a prisão deles tinha sido determinada em virtude do estado de sítio.

Nada mais se explicava e nada mais procurava conhecer o Supremo Tribunal.

Veio, depois, a Reforma da Constituição e determinou no art. 60, § 5.º, parte final, que "na vigência do estado de sítio não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo".

À vista dessa disposição, que me parece claríssima, não mais conheci de *habeas-corpus* requeridos durante o estado de sítio por indivíduos presos pelo Poder Executivo em virtude do mesmo estado.

O Supremo Tribunal, entretanto, passou a conhecer desses *habeas-corpus*, para verificar abusos, porventura praticados pelo Poder Executivo no exercício de suas atribuições durante o sítio.

De modo que, antes da Reforma da Constituição de 1891, que, a meu ver, autorizava, ou, pelo menos, não proibia a intervenção do Poder Judiciário para conhecer de abusos do Poder Executivo, durante o sítio, o Supremo Tribunal não admitia essa intervenção.

Admite-a, porém, agora, depois da Reforma da Constituição, que expressamente a proíbe.

Antes da Reforma, eu conhecia dos abusos e o Tribunal não conhecia. Depois da Reforma, eu não conheço dos abusos e o Tribunal conhece.

Andamos, pois, desencontrados, ainda uma vez, por defeito de inteligência, que só a mim pode ser atribuído. — *F. Whitaker*. — *Heitor de Sousa*. — *Leoni Ramos*. — *Bento de Faria*, vencido. — *Cardoso Ribeiro*. — *Pedro Mibielli*. — *E. Lins*, vencido (voto fundamentado, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento para receber os embargos). — *Geminiano da Franca*, vencido. Mantenho integralmente o voto que proferi no primeiro julgamento. — *Soriano de Souza*, vencido. — *Pedro dos Santos*, vencido. — *Muniz Barreto*.

Fui presente. — *A. Pires o Albuquerque* (*Pandectas* 7.º-385, 2.ª parte; *Arq. Jud.*, 10-107, *Rev. de Jur. Bras.*, 4.º-76).

CASO DE D. PEDRITO

363 — Mais tarde, pelo voto de desempate do presidente Godofredo Cunha, triunfou, no caso de D. Pedrito, a doutrina do meu voto vencido no caso de Petrópolis.

Redigí o acórdão n. 2. 164 com os mesmos argumentos daquele voto vencido, agora vencedor, o que torna dispensável a sua transcrição.

Reporto-me à publicação do acórdão na *Rev. de Jur. Bras.* 7.º-217, *Pandectas*, 9.º-246, 2.ª parte, e *Jur.* 3.º-155.

Como argumento novo no acórdão sobre o caso de D. Pedrito, aduzi o seguinte, ao encerrar a redação do mesmo acórdão :

"Acrescente-se, por último, como argumento muito valioso, que, depois da Reforma, Carlos Maximiliano sustenta, na 3.ª edição dos *Comentários à Constituição Brasileira* (n. 405, E, págs. 688 a 691) que "do reconhecimento de poderes ou de quaisquer outros atos eleitorais, do interesse peculiar do município, não cabe recurso para poder algum".

"O constitucionalista produz essa sustentação, em face do elemento histórico da Constituição Reformada, e acrescenta, a propósito do acórdão proferido sobre o caso de Petrópolis, que a boa doutrina no referido acórdão é a que foi sustentada pelos votos vencidos que esgotaram a matéria, segundo disse (nota 8 à pág. 690 dos *citados Comentários*)".

Foram vencedores no acórdão : HERMENEGILDO DE BARROS, relator ; Edmundo Lins, Bento de Faria, Geminiano da Franca, Soriano de Souza e Pedro dos Santos.

Foram vencidos: Muniz Barreto, Whitaker, A. Ribeiro, Cardoso Ribeiro, Leoni Ramos e Pedro Mibielli.

Opostos embargos ao acórdão, no caso de D. Pedrito, foram os embargos rejeitados e julgado prejudicado o recurso eleitoral, à vista dos arts. 2.º e 11, § 4.º, do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Dissolvidas as Câmaras ou Assembléias Municipais, ficou o recurso sem objeto (*Jur.* 3.º-194).

RECURSO VOLUNTARIO
DE DECISÃO SOBRE ESPÓLIO DE
ESTRANGEIRO

364 — Em regra, as decisões dos juizes ou Tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões.

Excetuum-se as decisões proferidas em *habeas-corpus* ou em espólio de estrangeiros, quando a espécie não estiver prevista em convenção ou tratado, porque nestes casos haverá recurso voluntário para o S. T. F. nos termos da Constituição de 1891, art. 61, ns. 1 e 2.

Mas, que se deve entender por espólio de estrangeiro para que haja o recurso voluntário?

Julgou-se no recurso extraordinário n. 1.899 que a disposição do art. 61, n. 2, só se applica aos inventários de espólio de estrangeiro, enquanto os bens são arrecadados e postos em administração, até que sejam entregues aos herdeiros, se apparecerem, ou ao Fisco, no caso contrário. Desde que o inventário esteja terminado e os bens hajam sido entregues a quem de direito, não mais haverá espólio de estrangeiro, como tal considerado o do estrangeiro que faleceu no Brasil, sem testamento, não tendo deixado cônjuge na terra ou herdeiros presentes, ou o do estrangeiro que faleceu com testamento, estando, porem, ausentes os herdeiros, assim como os testamentarios, nos termos do art. 2.º do decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário da Capital Federal, em que são recorrentes a Veneravel Ordem 3.ª de São Francisco, de Guimarães, e outros, e recorridos Serafim Alves de Carvalho e outro.

José Bento Alves de Carvalho, português, domiciliado nesta cidade, faleceu com o testamento de fls. 64, no qual deixou o remanescente de todos os seus bens em Portugal e no Brasil, depois de satisfeitos os legados, a Irmandade de São Francisco, de Guimarães, em Portugal.

Contra a Irmandade instituida e contra o testamentario propôs Serafim Alves de Carvalho ação ordinária de falsidade e nulidade do testamento, cummulada à de petição de herança, para o fim de ser esta devolvida aos parentes mais próximos do suposto testador, um dos quais o autor, na qualidade de sobrinho, tendo figurado como assistente um outro sobrinho — o Dr. Manoel Leite Marinho.

O testamentario e a Irmandade de São Francisco, de Guimarães, dizendo denominar-se, por extenso, Irmandade da Ordem 3.ª de São Francisco de Guimarães, opuseram exceção de incompetência da Justiça local (fls. 147), alegando ser competente para processar e julgar a causa a Justiça federal, por se tratar de questão de direito civil internacional (art. 60, letra h, da Constituição), desde que se discutiu a validade intrínseca de um testamento, feito no Brasil por um português, sendo também portugueses o autor e os réus, acrescendo que o autor podia que a herança lhe fosse devolvida, caso de applicação do art. 14 do Código Civil, por força do qual a successão legitima ou testa-

mentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza das bens e o país onde se achem, obedecerão à lei nacional do falecido.

Impugnada a exceção e depois da prova respectiva, o juiz da Provedoria a rejeitou, por competir à Justiça local conhecer das questões relativas a espólio de estrangeiro (art. 61 da Constituição) e ao juiz da Provedoria de Resíduos processar e julgar as causas de nulidade de testamento propostas pelos herdeiros *ab intestato*, desherdados ou preteridos na sucessão (art. 133, § 3.º, do decreto n.º 9.263), nada tendo com o direito internacional privado a questão de saber se o testamento é nulo por falta de requisitos substanciais, nos termos do art. 11, Introdução do Código Civil (fls. 168). Desta decisão os escipientes agravaram, alegando que não se tratava de arrecadar, inventariar, liquidar e adjudicar um espólio de estrangeiro, mas se tratava de uma ação ordinária de nulidade de testamento cumulado com a de petição de herança; que, espólio de estrangeiro, a que se refere o art. 61, n.º 2, da Constituição, só se verifica quando um estrangeiro, domiciliado no Brasil, aqui falece, intestado, sem deixar cônjuge na terra ou herdeiro presente, ou mesmo quando falece com testamento, mas os herdeiros estrangeiros estão ausentes, achando-se também ausentes os testamentários (fls. 176 v.).

A 2.ª Câmara da Corte de Apelação confirmou a decisão agravada por seus fundamentos (fls. 182 v.).

Ao acórdão foram opostos embargos, que o relator não admitiu, por não ter a decisão definitiva (fls. 195), tendo sido o despacho do relator confirmado pelas Câmaras Reunidas (fls. 201 v.).

Tendo a Irmandade do Cordão e Chagas de São Francisco acudido à citação que se lhe fez, e comparecido em Juízo, como ré, o juiz a excluiu da causa por intrusa.

Deste despacho houve interposição de agravo, e as Câmaras Reunidas, de como ré na ação (fls. 430).

Assinado novo prazo para a contestação, depois de rejeitada a exceção de incompetência, foi a contestação oferecida pela Irmandade do Cordão e Chagas de São Francisco, alegando ser ela a única Irmandade existente em Guimarães, sob a invocação daquele santo (fls. 443).

Contestaram também a ação o testamentário e a Irmandade de São Francisco, de Guimarães, dizendo-se herdeira certa e sabida de José Bento Alves de Carvalho e alegando novamente a incompetência da Justiça local, além da validade do testamento (fls. 445).

A sentença de primeira instância, depois da prova, em que foram oferecidos documentos, testemunhas, etc., julgou improcedente a alegação de incompetência do Juízo, por ser essa matéria repetição da que fora rejeitada, por decisão anterior, confirmada pelo acórdão de fls. 182 v., e, *de meritis*, julgou a ação improcedente e válido o testamento, em que fora instituída a Venerável Ordem 3.ª de São Francisco, de Guimarães, em Portugal (fls. 1.533 do 5.º vol.).

Apelaram o autor, o assistente e a Irmandade do Cordão e Chagas de São Francisco.

Tendo a 1.ª Câmara da Corte de Apelação confirmado a sentença apelada por seus fundamentos, salvo o voto vencido do desembargador Saraiva Junior (fls. 167 v.), os apelantes embargaram o acórdão.

Os embargos foram recebidos pelo acórdão de fls. 3.003, que julgou a ação procedente e nulo o testamento, porque o testador, ao fazê-lo, não se achava em seu perfeito juízo (art. 1.627 do Código Civil), pois tinha 80 anos de idade, vivia flagelado por um cancro no estômago, sem poder alimentar-se, o recordava dos nomes de sua mãe, dos seus banqueiros e da velha companheira de muitos anos.

Mesmo que estivesse provada a sanidade mental de José Bento, continua o acordão, o testamento seria nulo, por falta de solenidade essencial, porque não foi entregue pelo testador no tabelião, mas por terceira pessoa — o Doutor Julio de Macedo.

A este último acordão o testamenteiro e a Venerável Ordem 3.^a de S. Francisco, de Guimarães, ofereceram embargos de declaração, por não ter a Corte de Apelação se pronunciado sobre a questão da incompetência da Justiça local, suscitada não só na contestação, como nas alegações finais.

A Corte de Apelação rejeitou os embargos de declaração, por não serem cabíveis, na espécie, acrescentando que a incompetência de Juízo e a ilegitimidade do autor, embargado, discutidas na primeira instância, não foram objeto de embargos infringentes, não foram submetidas ao conhecimento da Corte, que, por isso, a elas não se referiu. E não foram tais questões submetidas ao conhecimento da Corte de Apelação, porque a incompetência e a ilegitimidade foram desprezadas pela sentença de primeira instância, da qual os embargantes não recorreram.

Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos recursos voluntário e extraordinário, com fundamento no art. 61, n. 2, e no art. 59, § 1.^o, letra a, da Constituição.

O Sr. ministro procurador geral opinou pelo não conhecimento do recurso.

O invocado art. 61, n. 2, dispõe que as decisões dos juizes ou Tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção ou tratado, havendo em tal caso recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Esta disposição só se aplica aos inventários de espólio de estrangeiro, enquanto os bens são arrecadados e postos em administração, até que sejam entregues aos herdeiros, se apparecerem, ou ao Fisco, no caso contrário. E, para que o espólio se considere de estrangeiro, é necessário que o falecido, sem testamento, não tenha deixado cônjuge na terra ou herdeiros presentes, ou que, falecido com testamento, os herdeiros estejam ausentes, estando também ausentes os testamenteiros, conforme o art. 2.^o do decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851.

Uma vez, porém, terminado o inventário e entregues os bens a quem de direito, não mais haverá espólio de estrangeiro e deixará de ter aplicação a exceção do citado art. 61, n. 2.

João Mendes, que sempre deu applicação amplíssima ao recurso extraordinário, a ponto de convertê-lo quase em uma terceira instância, observa, entretanto, que "o preceito constitucional se refere ao espólio, enquanto espólio, isto é, enquanto não passar para a posse legítima de alguém; refere-se ao espólio de estrangeiro falecido, de quem se sabe ou presume-se haver herdeiros ausentes, ou de estrangeiro ausente, sem se saber se é morto ou vivo... Nem de outro modo podem ser entendidos os arts. 61 e 62 da Constituição, pois o contrário daria como rigorosa consequência a abolição completa do recurso do art. 59, § 1.^o, da mesma Constituição" (*Direito Judiciário Brasileiro*, pág. 527).

Não como argumento *ad hominem*, mas simplesmente para comprovar que as palavras *espólio de estrangeiro* tem sido entendidas pelos constitucionalistas e pela jurisprudência no sentido acima exposto, poderia ser invocada a opinião dos próprios recorrentes.

Quando o juiz da primeira instância rejeitou a exceção de incompetência e adjuziu como um dos argumentos o de ser competente a Justiça local para conhecer das questões relativas a espólio de estrangeiros, os recorrentes, então ex-cipientes, retorquiram que essa competência ninguém a contestava, mas que era lamentável o equívoco do juiz, pois não se trata aqui de arrecadar, inventariar, liquidar e adjudicar um espólio de estrangeiro, mas de uma ação ordinária de nulidade de testamento, cumulada com a de petição de herança, que são coisas, processos e entidades jurídicas inteiramente diferentes e distintas. E os recor-

rentes explicaram quando é que há espólio de estrangeiro, a que se refere o art. 61, n. 2, da Constituição, dizendo que há espólio, quando um estrangeiro domiciliado no Brasil aqui falece, intestado, sem deixar cônjuge na terra, ou herdeiros, reconhecidamente tais, presentes, aos quais pertença ficar em posse e cabeça do casal para proceder a inventário e dar partilha, ou mesmo com testamento, se forem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes e ausentes também os testamentários (fls. 176 v. do 1.º vol.).

Os recorrentes concluíram que a hipótese vertente não é a de arrecadação ou inventário de espólio de estrangeiro, e concluíram bem, porque o falecido deixou testamento, estando presentes os testamentários, um dos quais desempenhou funções de inventariante e deu partilha ao herdeiro instituído.

Os recorrentes invocam o acórdão do Supremo Tribunal, que conheceu do recurso extraordinário n. 1.337, a propósito dessa mesma questão.

Mas o acórdão invocado, aliás com votos vencidos na preliminar, foi proferido precisamente no processo de inventário de José Bento Alves do Carvalho sobre a questão de saber se podia ser nomeado testamentário o pai do escritor do testamento.

E o próprio acórdão invocado considerou que "a expressão — espólio de estrangeiro — do art. 61, n. 2, da Constituição federal, é genérica, abrangendo todas as questões e incidentes que podem surgir numa sucessão de estrangeiro, desde a abertura da mesma sucessão, até que termine o inventário".

Não é, portanto, admissível o recurso com fundamento no art. 61, n. 2, da Constituição.

Muito menos o será com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a.

Alegam os recorrentes que se questionou sobre a incompetência da Justiça local, deduzida dos arts. 60, letra h, da Constituição, e 14 do Código Civil, e que, entretanto, a decisão da Corte de Apelação foi contrária aos dispositivos invocados.

E' manifesto o engano dos recorrentes.

A decisão recorrida é a constante do último acórdão, que julgou nulo o testamento.

Mas essa decisão não foi contrária nem favorável à aplicação daqueles dispositivos, porque não se pronunciou sobre eles. E não se pronunciou a respeito a decisão recorrida, porque a questão da incompetência da Justiça local nunca foi submetida ao conhecimento das Câmaras Reunidas, que proferiram aquela decisão.

De fato, a questão da incompetência foi, desde principio, alegada por via de exceção.

O juiz da primeira instância a rejeitou e a decisão foi confirmada pela 3.ª Câmara, não sendo admitidos embargos ao acórdão, por não ser a decisão definitiva.

Os excipientes podiam interpor recurso extraordinário, porque para isso não é necessário que a decisão seja definitiva, pois basta que tenha sido proferida em última instância.

O recurso, porem, não foi interposto.

Contestando a ação, os réus alegaram novamente a incompetência da Justiça local, quando a lei de 5 de dezembro de 1921, já em vigor na ocasião, prohibia que fosse renovada na causa principal a matéria de competência decidida em conflito de jurisdição ou em agravo.

O juiz da primeira instância julgou improcedente a alegação de incompetência e também improcedente a ação.

Ainda desta vez não apelaram os réus da sentença, na parte que lhes foi desfavorável; ao contrário, combatendo as razões de apelação do autor, não aludiram vagamente, sequer, à incompetência e pediram a confirmação da sentença que mais uma vez a rejeitara.

Confirmada a sentença pelo 1.º acórdão, e sendo este embargado pelo autor, os réus impugnaram os embargos e continuaram a pedir a confirmação da sentença, tendo abandonado completamente a preliminar da incompetência.

Só depois de proferido o 2.º acórdão, que julgou nulo o testamento, foi que os réus, visando sem dúvida o recurso extraordinário, alegaram, em embargos de declaração ao mesmo acórdão, que este não se pronunciara sobre a questão da incompetência.

Era, porém, tardia a alegação, porque a preliminar de incompetência já tinha ficado definitivamente liquidada.

Judiciosa foi, portanto, a consideração do acórdão, ao rejeitar os embargos de declaração, de que deixara de apreciar as questões de incompetência e de ilegitimidade do autor, porque elas não foram submetidas ao seu conhecimento, rejeitadas que já tinham sido anteriormente, por decisão da primeira instância, com a qual os réus se conformaram.

E é notável que, ainda agora, nas razões do recurso extraordinário, os recorrentes concluíram pedindo o seu provimento "para o fim de ser restaurada, em toda a sua plenitude, a sentença de primeira instância", que rejeitava a alegação de incompetência.

ACORDAM, pois, não conhecer do recurso e condenar os recorrentes nas custas.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 1926. — André Cavalcanti, presidente.
— HERMENEGILDO DE BARROS, relator.

Observou-se na discussão que em dois casos idênticos — o de hoje e um anterior — o Supremo Tribunal julgou de modo diferente, sendo então voto vencido apenas o do Sr. ministro Pedro Mibielli.

Se eu tivesse assinado o acórdão proferido no julgamento anterior, não diria, como se tem dito aqui, que a assinatura dos juizes nos acordãos nem sempre significa que eles tenham adotado a doutrina dos mesmos acordãos, porque, de ordinário, os juizes os assinam sem prévia leitura, por falta de tempo.

Isto se tem dito, por várias vezes, sem os meus aplausos, e antes com o meu dissentimento respeitoso, mas expresso (*Rev. do Supremo Tribunal*, volume 73, pág. 652; vol. 77, págs. 259 e 264; vol. 58, pág. 75, etc. etc.), de modo que não diria nem direi nunca semelhante coisa.

Preferiria, então, confessar o meu erro e retroceder, porque entendo que a assinatura dos juizes nos acordãos significa, nem pode deixar de significar, que eles estão de acordo, são solidários com a doutrina dos mesmos acordãos e assumem a responsabilidade do julgamento, desde que a assinatura foi lançada sem restrição, ou sem a nota de haver sido vencido o signatário da decisão.

Até hoje, porém, não foi apresentado à minha assinatura o acórdão a que se aludia.

Creio mesmo que esse acórdão ainda não foi lavrado, e assim o meu voto sobre a inteligência do que seja *espólio de estrangeiro* é o que está expresso no presente acórdão.

Não conheço acórdão do Supremo Tribunal, que tenha dado inteligência diversa ao art. 61, n. 2, da Constituição, havendo, pelo contrário, o acórdão n. 1.337, de 3 de novembro de 1920, redigido pelo Sr. ministro Viveiros de Castro, no qual se declara expressamente que a expressão *espólio de estrangeiro* abrange as questões e incidentes que podem surgir, desde a abertura da sucessão do estrangeiro até que termine o inventário.

Além desse, há outros julgados anteriores no mesmo sentido, alguns dos quais são indicados nas razões dos recorridos.

N. 365 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário da Capital Federal, em que são embargantes a Venerável Ordem Terceira de São Francisco, de Guimarães, e Antonio Pereira Teixeira e embargados Serafim Alves de Carvalho e outro.

O acordão embargado julgou que *espólio de estrangeiro*, a que se refere o art. 61, n. 2, da Constituição federal, é o do estrangeiro que faleceu no Brasil, sem testamento, não tendo deixado cônjuge na terra ou herdeiros presentes, ou o do estrangeiro que faleceu com testamento, estando, porém, ausentes os herdeiros, assim como os testamentários, nos termos da definição constante do art. 2.º do decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851.

O citado art. 61, continua o acordão embargado, só se aplica ao *espólio de estrangeiro*, enquanto *espólio*, isto é, enquanto os bens são arrecadados e postos em administração, porque, uma vez terminado o inventário e entregues os bens aos seus legítimos donos, que serão os herdeiros convocados, se aparecerem, ou o fisco, no caso contrário, não mais haverá *espólio de estrangeiro* e deixará de ter aplicação o art. 61, n. 2, que considera definitivas as decisões dos juizes ou Tribunais dos Estados, salvo quanto a *espólio de estrangeiros*, porque em tal caso haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Os embargantes não repelem, de modo absoluto, essa interpretação. Dizem, apenas, que ela é rigorosa, muito restrita, porque *espólio* é sinônimo de *herança*, de bens que ficaram por morte de qualquer pessoa, e a Constituição não diz que se deva considerar como *espólio de estrangeiro* o que é deixado nas condições do decreto de 1851, com o qual não se pode argumentar, porque esse decreto não usa de expressão *espólio*, mas emprega sempre a expressão *herança*, sendo certo que a Constituição visou colocar sob a proteção da União Federal a herança, os bens dos estrangeiros falecidos no Brasil, não permitindo que as Justicas locais profiram decisões definitivas em relação a eles.

A verdadeira inteligência do texto constitucional é a que está consignada no acordão embargado.

Essa inteligência, que é também a que lhe deram os embargantes, resulta da lei, da doutrina e da jurisprudência.

Da lei, porque aí está o art. 2.º do decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851, definindo o que seja *espólio de estrangeiro*.

Alegam os embargantes que a Constituição Federal não diz a mesma coisa. Não diz, porém, o contrario, nem seria possível que a Constituição descesse a detalhes.

Se o decreto de 1851 declarou em que consistia o *espólio de estrangeiro* e a Constituição, promulgada posteriormente, estabeleceu o recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal das decisões da Justiça local, em se tratando de *espólio de estrangeiro*, a conclusão é que se deve entender por *espólio de estrangeiro* o que era entendido pelo decreto de 1851, desde que não há disposição posterior em contrario.

Objetam os embargantes que nem se pode argumentar com esse decreto, porque ele não fala nunca em *espólio*, mas sempre em *herança*.

Entretanto, a primeira parte dos embargos foi quase toda ocupada com a demonstração desnecessária de que *espólio* e *herança* são expressões equivalentes, para concluir que a Constituição visou proteger a herança ou os bens deixados pelo estrangeiro falecido no Brasil, em qualquer situação, tenham eles falecido com ou sem testamento, com ou sem herdeiros conhecidos.

Não se contesta que a Constituição visou acautelar os bens do estrangeiro falecido no Brasil e por isso determinou, como exceção à regra de que as decisões proferidas pela Justiça local são definitivas, que de tais decisões haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Mas a Constituição quis proteger os bens do estrangeiro falecido no Brasil, enquanto esses bens precisarem de proteção, por não terem quem os defenda

com o interesse de quem defende a coisa própria, enquanto os bens do estrangeiro se acharem simplesmente arrecadados, sem se saber a quem pertençam. Desde, porém, que esses bens tenham passado à posse do legítimo dono, que os defenderá com o interesse de proprietário, desaparece a necessidade de qualquer assistência por parte da União e os bens dos estrangeiros serão, como os dos nacionais, regulados pelo direito comum.

Nem se compreenderia que, em situação idêntica, fossem os estrangeiros mais favorecidos que os nacionais. Aqueles, apesar do último pronunciamento da Justiça local, ainda teriam recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal, ao passo que estes ficariam privados de tal recurso, o que não é juridicamente admissível e concorre para a demonstração de que o acordão embargado está protegido não só pela letra como pelo espírito, pela inteligência da lei.

A interpretação do acordão embargado é também amparada pela doutrina.

João Mendes, para quem o recurso extraordinário era, por assim dizer, uma terceira instância, destinada a corrigir injustiça dos tribunais locais, o que positivamente não é verdade, pois outro é o objetivo daquele recurso: João Mendes que, no falso pressuposto de funcionar o Supremo Tribunal em terceira instância, tomava, quando ministro desse Tribunal, conhecimento de quase todos os recursos extraordinários submetidos ao seu julgamento, não conheceria, entretanto, do presente recurso voluntário, porque ele interpretava o art. 61, n. 2, da Constituição, como o interpretou o acordão embargado, no sentido de referir-se o preceito constitucional ao espólio do estrangeiro, enquanto é espólio, para reproduzir as suas próprias expressões.

José Hygino consolidou, no art. 155, parte S.^a, do decreto n. 3.084, a disposição do art. 61 da Constituição, assim como a do decreto n. 855, de 1851, dizendo que "pertencem ao Juízo Seccional a arrecadação, inventário e partilha do espólio do estrangeiro, quando a espécie estiver prevista em convenção ou tratado internacional". Isto vem confirmar que o art. 61 da Constituição se refere ao espólio de estrangeiro, enquanto é arrecadado, inventariado e partilhado e que espólio de estrangeiro é precisamente aquele que se acha nas condições estabelecidas pelo decreto de 1851.

Com relação à jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o assunto, os embargantes alegam que os embargados citaram acordãos, que não tem relação com o caso, mas reconhecem que os dois últimos desses acordãos, os de 1889, publicados no *Direito*, vol. 80, págs. 183 e 186, foram invocados com inteira propriedade, pois aí se decidiu realmente que "as palavras *espólio de estrangeiro*, empregadas no art. 61, n. 2, da Constituição, não podem ser entendidas senão como se referindo às heranças de estrangeiros, de que trata o decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851".

Ai estão, portanto, para simplificar o debate com a confissão dos embargantes, dois acordãos, pelo menos, do Supremo Tribunal, no mesmo sentido do acordão embargado. E se dois acordãos ainda não podem constituir jurisprudência, no conceito talvez justo dos embargantes, menos valor terá o único acordão, que eles invocam, aliás sem proveito para a causa que defendem, não só porque esse acordão n. 1.337, de 3 de novembro de 1920, foi proferido no processo do inventário de José Bento Alves de Carvalho, como porque nesse acordão o que se decidiu foi que "a expressão *espólio de estrangeiro*, do art. 61, n. 2, da Constituição Federal, é genérica, abrangendo todas as questões e incidentes que podem surgir numa sucessão de estrangeiro, desde a abertura da mesma sucessão, até que termine o inventário".

Por fim, os embargantes alegam, contra o que consta dos autos, que o inventário de José Bento Alves de Carvalho não está terminado e juntam, para prová-lo, a certidão do fls. 3.300, que não prova absolutamente o que se pretende, pois a certidão diz apenas que o último ato praticado no inventário é a

juntada de uma petição despachada em 28 de junho de 1926 e que não consta dos autos o cálculo da partilha.

Seria muito mais simples que os embargantes juntassem uma certidão que declarasse estar findo o inventário, ou que declarasse o estado em que este se acha, em vez de uma certidão sobre a existência nos autos de uma petição cujo conteúdo se ignora, e que poderia consistir, por exemplo, num pedido de certidão de qualquer peça de autos findos.

Esteja, porém, ou não esteja findo o inventário, concluída ou não a partilha, a primeira condição para que se caracterize o espólio de estrangeiro é que este tenha falecido sem testamento ou com testamento, estando ausentes os herdeiros e testamenteiros.

Não se verificou, portanto, a primeira condição, porque José Bento faleceu com testamento e os testamenteiros estão presentes.

De resto, a alegação dos embargantes — de não estar findo o inventário — teria cabimento no processo do inventário.

Segundo, porém, consideram os próprios embargantes: "não se trata aqui de arrecadar, inventariar, liquidar e adjudicar um espólio de estrangeiro, mas de uma ação ordinária de nulidade de testamento, cumulada à de petição de herança, que são coisas, processos e entidades jurídicas inteiramente diferentes e distintos".

Os embargos foram também opostos ao acórdão, na parte que não conheceu do recurso extraordinário, com fundamento no art. 59, § 1.º, letra a, da Constituição.

Nessa parte, porém, não houve divergência, quer agora, quer por ocasião do primeiro julgamento.

ACORDAM, portanto, rejeitar os embargos e confirmar o acórdão embargado, pagas as custas pelos embargantes.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 1926. — *André Cavalcanti*, presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, relator. — *Leoni Ramos*. — *A. Ribeiro*, vencido. — *Pedro dos Santos*. — *Bento de Faria*. — *Heitor de Souza*. — *Guimarães Natal*. — *Pedro Mibielli*. — *Viveiros de Castro*, vencido. — *Godofredo Cunha*, vencido. — *Muniz Barreto*, vencido (com voto fundamentado).

(*Pandectas* 2.º-100 e 103, 2.ª parte, *Rev. For.* 48-529, *Arq. Jud.* 1.º-228).

366 — Em comentário ao acórdão, Eduardo Espinola disse o seguinte:

"No acórdão que proferiu o S.T.F., no recurso extraordinário n. 1.899, nenhuma dúvida surge quanto à competência ad *Justiça local*. O que se discute é se o preceito constitucional só se aplica aos inventários de espólio de estrangeiro até o momento em que os bens são entregues aos herdeiros, ou se basta o fato de se tratar de herança de estrangeiro, ainda que entregue aos sucessores e não posta em administração, para que se entenda cabível o recurso, a que se refere o art. 61, n. 2, da Constituição.

O acórdão adotou a primeira solução.

Os seus fundamentos ainda foram mais nitidamente expostos no acórdão proferido em embargos na mesma causa.

O relator, ministro HERMENEGILDO DE BARROS, argumenta muito bem que admitir o recurso ordinário, de que fala o texto constitucional, quando a herança do de cujus estrangeiro tenha passado aos respectivos herdeiros, seria por estes em posição mais favorecida que os sucessores do cidadão brasileiro; porquanto a estes faltaria o recurso voluntário para o Supremo Tribunal, que àqueles competiria.

Na apelação civil n. 3.751, que em seguida inserimos, demonstra o ministro Bento de Faria que se não pode desconhecer, na espécie, a competência

da Justiça local, por se tratar evidentemente de espólio do estrangeiro, não valendo para desforçá-la por ser inerente à própria controvérsia a discussão sobre o direito civil internacional, que aliás, após a reforma constitucional, não determina a competência da Justiça federal.

Há no primeiro dos acordãos acima reproduzidos uma declaração do relator que, pela gravidade dos efeitos, merece toda a atenção.

Diz o ministro HERMENEGILDO que várias vezes se tem afirmado, e sempre com o seu protesto, que — a assinatura dos juizes nos acordãos nem sempre significa que eles tenham adotado a doutrina dos mesmos acordãos, porque, de ordinário, os juizes os assinam, sem prévia leitura, por falta de tempo.

A prevalecer semelhante afirmativa, a jurisprudência dos nossos Tribunais, já em numerosos casos incerta ou pouco acentuada, viria a faltar inteiramente, uma vez que nos acordãos só se pudesse encontrar a doutrina seguida exclusivamente pelos respectivos relatores, dos quais poderiam discordar, em pontos da maior relevância, os próprios votos vencedores.

Como muito bem acentua o ministro HERMENEGILDO — "a assinatura dos juizes nos acordãos significa, nem poderia deixar de significar, que eles estão de acordo, são solidários com a doutrina dos mesmos acordãos, e assumem a responsabilidade do julgamento, desde que a assinatura foi lançada sem restrição, ou sem a nota de haver sido vencido o signatário da decisão".

(*Pandectas*, cit., pág. 109).

367 — Parece que o ministro Muniz Barreto, voto vencido no acordão n. 1.899, modificou esse voto, pois assinou, sem restrição, como vencedor, acordão posterior, redigido pelo ministro Whitaker, onde foi sustentada a mesma doutrina do acordão n. 1.899, por mim redigido, e ao qual o acordão posterior faz até expressa referência (*Rev. For.*, 54-145).

RECURSO "EX-OFFICIO" N. 1

368 — Por ser o julgador mais antigo no S. T. F., cabia-me sempre na distribuição o n. 1 de qualquer instituto novo submetido a julgamento no mesmo Tribunal.

Fui, por isso, o primeiro a relatar o mandado de segurança n. 1, assim como o recurso, *ex-officio*, n. 1, de que trata o decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933.

Dispõe o art. 1.º desse decreto: "As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do S. T. F."

E o § 1.º do referido artigo acrescenta: "Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá *ex-officio* para o S. T. F. com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acordão".

Tendo a Fazenda Municipal proposto ação executiva para cobrança de imposto de licença, devido pelo tráfego de pequenas em-

barcações no litoral do município, em virtude do decreto municipal n. 3.405, de 31 de dezembro de 1930, foi a ação julgada improcedente em primeira instância, sob o fundamento de já terem o Supremo Tribunal e a Corte de Apelação julgado ser o imposto inconstitucional.

A Fazenda Municipal agravou.

A Câmara de Agravos confirmou a decisão por seus fundamentos.

Opostos embargos ao acórdão, as Câmaras de Agravo, em sessão conjunta, confirmaram o acórdão embargado por seus fundamentos.

Desta decisão o presidente das mesmas Câmaras recorreu *ex-officio*, com fundamento no art. 1.º, § 1.º, do citado decreto n. 23.055, desde que, segundo disse, "o acórdão apreciou e decidiu a questão que lhe foi submetida, aplicando princípio constitucional".

O S.T.F. tomou conhecimento do recurso, pelo voto de desempatado do presidente, que aplicou ao recurso *ex-officio* a doutrina dos seus votos, vencidos, para conhecer do recurso extraordinário, isto é, o presidente tomou conhecimento do recurso, por "se tratar de um caso, em que, em tese, se permite o recurso extraordinário *ex-officio*".

De meritis, o S.T.F., contra os votos dos ministros A. Ribeiro e Kelly, deu provimento ao recurso, por não ser inconstitucional o imposto, devido em face do citado decreto n. 3.405, de 1930.

Eu fui vencido na preliminar: a) porque o art. 1.º do decreto não autoriza o recurso e apenas recomenda que seja observada a jurisprudência do S.T.F. na interpretação das leis da União; b) porque o presidente recorreu *ex-officio*, dizendo, vagamente, que o acórdão recorrido aplicara princípio constitucional; c) porque o acórdão recorrido não se fundou em "disposição ou princípio constitucional", e ainda que tivesse tal fundamento, o recurso *ex-officio* seria inútil, porque para o caso estaria expressamente assegurado o recurso extraordinário.

Votaram contra a preliminar os ministros A. Ribeiro, Octavio Kelly, Ataulpho de Paiva e Carvalho Mourão, e a favor os ministros HERMENEGILDO DE BARROS, Costa Manso, por outro fundamento, Laudo de Camargo e Plínio Casado (*Jur.*, 16-641).

369 — Do recurso *ex-officio* n. 10 o S.T.F. não tomou conhecimento, de acordo com o meu voto, na qualidade de revisor.

Sustentei que o confronto entre o art. 76, 2, III, letra *d*, da Constituição de 1934 e o art. 1.º, § 1.º, do decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, parece autorizar a inteligência de que os presidentes das Câmaras não têm competência para interpor o recurso.

Essa competência é dos presidentes da Corte de Apelação.

E' certo, disse eu, que tem havido recursos interpostos pelos presidentes das Câmaras, mas isto ocorreu na vigência do decreto n. 23.055, que o permitia.

Sustentei, ainda, com aceitação do Tribunal, que o recurso *ex-officio* deve ser interposto imediatamente ou, pelo menos, dentro de três dias, conforme determinava o decreto n. 23.055 (*Revista Forense*, 70-268).

"A QUESTÃO DA JOSEPHA"

370 — Para encerrar as considerações relativas ao recurso extraordinário, uma vez que extraordinário é também o recurso *ex-officio*, de que se ocuparam os números anteriores (368 e 369), direi que é digno de menção, por dois motivos, o acórdão proferido no recurso extraordinário n. 1.557, sobre o que se denominou no foro "a questão da Josepha".

Digno de menção: 1.º, porque, para justificar o conhecimento do recurso, eu disse, aliás de acordo com a maioria do S. T., que se tratava de um caso especial, em que se alegava que a decisão da Corte de Apelação deixara de respeitar o acórdão do S. T., que se estava executando, pois dissera coisa diversa do que no mesmo acórdão se continha; 2.º, porque a redação do acórdão no recurso da Josepha demandou de minha parte um esforço extraordinário, o maior, talvez, de que me revelei capaz no decurso de minha judicatura no S. T. F.

E' sabido, notoriamente, que eu nunca demorei a redação dos acórdãos, nos feitos em que era relator, ou nos feitos em que, sendo revisor, era designado para redigir o acórdão, por ter sido o relator vencido.

Com os acórdãos, convenientemente redigidos, sempre apresentei os autos na sessão imediata à do julgamento.

Não há um só caso, em que essa norma de proceder deixasse de ser observada.

Muitas vezes acontecia que os acórdãos eram por mim redigidos na própria sessão do julgamento, sendo para esse fim aproveitado o intervalo da suspensão da sessão para o café, principalmente quando se tratava de questão sem importância.

O caso da Josepha, porem, se apresentava sob aspecto fora do comum.

A questão era importante e eu não fazia parte da turma, nem como relator, nem como revisor.

Os juizes da turma — Guimarães Natal, Godofredo Cunha e Muniz Barreto — davam provimento ao recurso extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeira instância.

O juiz imediato — Arthur Ribeiro — se manifestou de acordo com a turma.

Chamado a votar em 5.º lugar, eu divergi, por ter entendido que não havia, no caso, uma obrigação solidária, de modo que os executados eram responsáveis, tão somente, pela obrigação correspondente ao quinhão que lhes coubera na herança de Leonardo.

Os demais juizes — Pedro dos Santos, Viveiros de Castro, Pedro Mibielli e Edmundo Lins — concordaram comigo.

Fui, portanto, designado para redigir o acórdão. Compreendi, desde logo, que a tarefa era difficilima, uma vez que não me resignasse a infringir o hábito de apresentar a redação do acórdão na sessão imediata à do julgamento.

Era preciso ler os autos, que eu não conhecia, e os autos se compunham de grossos volumes.

Pois bem. Os autos foram lidos, como o demonstra a minuciosa exposição constante do acórdão, cuja redação apresentei na sessão imediata à do julgamento, com intervalo, apenas, de três dias incompletos.

O acórdão é do teor seguinte :

N. 1.557 — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário do Distrito Federal, entre Josepha Maria da Conceição, como recorrente, e José da Silva Braga e outros, como recorridos.

Josepha Maria da Conceição propôs ação de esbulho contra Francisco Carlos da Silva Braga, testamenteiro e inventariante dos bens deixados por Leonardo Caetano de Araujo, para o fim de lhe ser restituída a posse de títulos ao portador, da qual fora privada pelo mesmo inventariante e testamenteiro.

O juiz de direito julgou a ação procedente e condenou o réu, "como testamenteiro e inventariante de Leonardo Caetano de Araujo", a restituir à autora os títulos, que esta mencionara na petição inicial, e bem assim a importância dos respectivos juros, além das perdas e danos que se liquidassem.

Na sentença o juiz considerou que, embora a autora tivesse intentado simplesmente uma ação possessória que não admite exceção de domínio, a questão da posse, na espécie, se achava tão intimamente ligada à da propriedade, que não era possível decidir uma sem ter em atenção a outra e que,

em todo o caso, mesmo quando não tivesse a autora a propriedade dos títulos, o que não ficara provado, tinha ela a posse efetiva.

Esta sentença foi reformada pela 1.^a Câmara da Corte de Apelação, que julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que a autora não tinha a posse dos títulos, nem a perdera por força, receio de violência ou abuso de confiança, pois a própria autora alega que havia feito entrega desses títulos ao réu, que prometera restituí-los à mesma autora, se eles lhe pertencessem, o que exclui a idéia do esbulho.

As Câmaras Reunidas confirmaram a decisão da 1.^a Câmara.

O Supremo Tribunal, porém, conhecendo do recurso extraordinário para ele interposto, deu-lhe provimento para declarar applicaveis ao caso as Ordenações, que vedam seja recebida a exceção de domínio para ilidir a posse.

Considerou o acórdão que a posse fora confessada pelo réu e que o esbulho se achava bem caracterizado.

Este acórdão foi confirmado por um outro, que repete não se poder ilidir a posse com a alegação de domínio, e conclue declarando restaurada a sentença de primeira instância, que julgara procedente a ação possessória.

Beixando os autos à instância inferior para execução da sentença, a autora requereu a entrega dos títulos, no prazo de dez dias.

E como a entrega não fosse feita, ela ofereceu artigos de liquidação, os quais foram julgados por sentença, que fixou em 3.250:864\$151 a importância da condenação.

Iniciada a execução contra os herdeiros de Francisco Carlos da Silva Braga, já então falecido, procedeu-se à penhora a que os executados ofereceram embargos, denominados de nulidade e excesso da execução, nos quais alegaram que, herdeiros e sucessores de Braga, não respondem *ultra vires hereditatis*, mas tão somente pelo que receberam da herança de seu pai, na importância de réis 185:695\$600, e que, tendo sido partilhada a cada um dos herdeiros a quota de 13:567\$870, está sendo cada um deles executado pela importância total de 3.250:864\$151, como se a obrigação fosse solidária.

O juiz rejeitou os embargos e julgou válida a penhora, porque de fato a sentença exequenda condenou Francisco Braga, como inventariante e testamenteiro de Leonardo, a restituir à exequente todos os títulos mencionados na mesma sentença, confirmada pelo Supremo Tribunal em grau de recurso extraordinário.

A 1.^a Câmara da Corte de Apelação reformou esta sentença para julgar provados os embargos, porque, condenado Francisco Braga, individualmente, ou como inventariante e testamenteiro de Leonardo, os executados só poderiam responder nos limites da sua quota hereditária, só estando, portanto, obrigados a restituir aquilo que receberam de seu pai, o que proveio do esbulho por ele praticado.

Embargado o acórdão da 1.^a Câmara, foram os embargos rejeitados pelas Câmaras Reunidas.

A longa fundamentação do acórdão pode ser fielmente resumida com as seguintes considerações: que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado (art. 1.518 do Código Civil), de modo que, tendo falecido Francisco Braga, responde a sua herança, como responderia o patrimônio dele, se vivo estivesse; que, aceita a alegação da exequente, no sentido de responderem os executados na qualidade de herdeiros, não de Braga, mas de Leonardo, autor da herança, coisa aliás inadmissível, porque a herança de Leonardo não foi parte no litígio, não foi condenada, não foi vencida, o que se deveria logicamente concluir é que os executados passariam a responder, não dentro das forças da herança de Braga,

mas dentro das forças da herança de Leonardo; que, entretanto, não foi isso que se fez, porque contra cada herdeiro se extraiu mandado de execução pela dívida toda, como se a obrigação fosse indivisível e solidária, quando a satisfação em dinheiro é o tipo clássico da obrigação divisível, quando também é certo que a solidariedade não se presume (art. 896), e em se tratando de herdeiros, o Código firmou o princípio da responsabilidade limitada (arts. 1.587 e 1.796) e não permite que a solidariedade se lhes transmita nas obrigações divisíveis (art. 905).

Deste acórdão, tomado por voto de desempate, a exequente interpôs o presente recurso extraordinário.

É caso, muito especial, desse recurso, porque se alega que a decisão da Corte de Apelação deixou de respeitar o acórdão, que se executa, do Supremo Tribunal Federal, dizendo coisa diversa do que no mesmo acórdão se contém. Ora, sem conhecer do recurso, não poderia o Supremo Tribunal verificar se o seu acórdão foi ou deixou de ser cumprido, se ocorreu de fato a alegada violação do art. 62 da Constituição, que proíbe à Justiça local anular, alterar ou suspender as sentenças dos tribunais federais.

De mérito — Não se trata de saber se o Supremo Tribunal julgou bem ou mal o recurso extraordinário interposto da sentença proferida na ação possessória, mas simplesmente de saber o que ele julgou para ser objeto da execução, uma vez que esta deve ser feita precisamente nos mesmos termos em que foi proferida a sentença exequenda.

Verifica-se da exposição feita neste acórdão que o Supremo Tribunal confirmou, restaurou aquela sentença, que a Corte de Apelação havia reformado, e também se verifica que a referida sentença condenou Francisco Carlos da Silva Braga, não individualmente, mas como testamentário e inventariante do espólio de Leonardo Castano de Araujo.

O S. T. não se limitou a declarar aplicáveis à espécie as Ords. L. 3.º T. 4.º, § 2.º, T. 78, § 3.º e L. 4.º T. 58 pr., que não permitem discussão sobre domínio em ação possessória.

O Supremo Tribunal concluiu por declarar restaurada a sentença da primeira instância, que julgara procedente a ação possessória (fls. 154 v.), e ainda acentuou, no último acórdão a fls. 194, em confirmação do anterior, que, "dando provimento ao recurso extraordinário interposto pela autora D. Josepha Maria da Conceição, julgou procedente a ação de força nova espoliativa, que este proferiu contra o inventariante e testamentário do finado conselheiro Leonardo", sendo assim manifestamente improcedente a alegação de falta de citação dos embargantes para os termos da ação possessória, porque, "a ação foi proposta contra Francisco Carlos da Silva Braga, pai dos embargantes, como inventariante do acervo do finado conselheiro Leonardo e seu testamentário encarregado por este para administrar a herança, sendo o testamentário equiparado ao cabeça de casal, em cuja qualidade podia demandar e ser demandado sem a citação dos herdeiros do testador nas ações possessórias".

Ora, o acórdão recorrido considerou que, morto Francisco Braga, responde sua herança pelo esbulho feito, como responderia o patrimônio dele, se vivo fora.

Logo, o acórdão recorrido, proferido na execução, está em desacordo com o acórdão exequendo, proferido na ação pelo Supremo Tribunal, que não condenou a herança de Braga, mas a de Leonardo, que o mesmo acórdão considerou parte no litígio, parte condenada, parte vencida, pois contra o inventariante e testamentário é que a ação foi proposta e julgada, não vindo ao caso indagar se o esbulho podia ser cometido por Braga, como indivíduo, ou por Braga, como inventariante e testamentário.

Não pode, portanto, subsistir o acórdão recorrido, na parte em que julgou responsável a herança de Braga, e não a de Leonardo, porque o contrário foi decidido pelo acórdão exequendo e agora só se trata de executar o julgado.

E', porém, jurídico o referido acórdão, na parte em que julgou não serem os executados devedores solidários.

De fato, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da convenção das partes.

Já era assim antes do Código Civil, como se vê do art. 882 da *Consolidação*, de Carlos de Carvalho.

Assim continua a ser depois do Código, que reproduziu no art. 896 o dispositivo daquela *Consolidação*.

A presunção nesta matéria não é admissível, justamente porque a solidariedade passiva, em que todos se obrigam por um e cada um se obriga por todos, é uma exceção à regra de que, havendo mais de um devedor em obrigação divisível, esta se presume dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os devedores (art. 890 do Código Civil).

Trata-se, inquestionavelmente, de uma obrigação divisível, pois é exemplo típico dessa espécie de obrigação, conforme considerou o acórdão recorrido e o apontado pela generalidade dos civilistas, a que consiste em prestação pecuniária.

A solidariedade, que não se presume, nem foi convencionada pelas partes, também não resulta de alguma disposição de lei.

A que poderia ser invocada, por se achar no título, que se inscreve — Das obrigações por atos ilícitos — é a do art. 1.518, que diz: "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, todos responderão solidariamente pela reparação".

Este artigo não tem aplicação ao caso, porque o autor da ofensa ou do esbulho é um só — Francisco Braga — contra quem foi proposta e julgada procedente a ação de esbulho.

Só haveria solidariedade, se mais de um fosse o autor da ofensa.

Ainda neste caso, em que se daria a solidariedade de todos, esta não se transmitiria aos herdeiros de um dos devedores que tivesse falecido, por força do art. 905 do Código Civil, salvo se a obrigação fosse indivisível: "Se morrer um dos devedores solidários, deixando herdeiros, cada um destes não será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores".

A indivisibilidade, como já se viu, não se verifica na espécie.

ACORDAM, pelo exposto, conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte para, reformando o acórdão recorrido na parte em que julgou responsável pelo esbulho a herança de Francisco Braga, e não a de Leonardo, *restaurar a sentença de primeira instância, que julgou que a sentença exequenda, confirmada pelo Supremo Tribunal, condenou Francisco Braga, como inventariante e testamentário de Leonardo, a restituir à exequente os títulos mencionados na mesma sentença com os respectivos juros, além das perdas e danos que se liquidarem*.

Negam, porém, provimento ao recurso e confirmam o acórdão recorrido, na parte em que julgou que os executados não respondem solidariamente pela obrigação, mas tão somente pela parte que lhes coube na herança, entendido, porém, que esta é a de Leonardo e não a de Braga.

Custas em proporção.

Rio de Janeiro, 6 de agosto de 1924. — *André Cavalcanti*, vice-presidente. — *HERMENEGILDO DE BARROS*, designado para redigir o acórdão. — *Pedro Mielli*. — *Viveiros de Castro*. — *Edmundo Muniz Barreto*, vencido. Preliminarmente, votei conhecendo do recurso extraordinário, e, *de meritis*, pelo seu provimento, para ser restaurada a sentença de primeira instância da Justiça local, que julgou improcedentes os embargos opostos pelos executados, e, em consequência, subsistente a penhora.

Eis os fundamentos do voto que proferi (segue-se a fundamentação) — *G. Natal*, vencido, de acordo com as conclusões do voto do Sr. ministro *Muniz Barreto*. — *Godofredo Cunha*, vencido. — *Pedro dos Santos*. — *A. Ribeiro*, vencido.

Foi voto vencedor o Sr. ministro *Edmundo Lins*. — O subsecretário, *Theophilo Gonçalves Pereira*.

(*Revista*, 77-416).

FIM DO 2.º VOLUME

[Fac-símile]

MEMÓ
RIAS do
Juiz mais
antigo
do **Brasil**