

**P A R E C E R E S**  
**D O**  
**P R O F E S S O R   S O R I A N O   N E T O**

**Aquisição da propriedade por acces-  
são e direito de indenização do cons-  
trutor ou do plantador de bôa fé**

## CONSULTA

L. F. arrematou em hasta pública, na execução movida pela Fazenda Municipal contra A. F., um pasto situado em terreno de propriedade de A. H., que, segundo os dizeres do edital de praça, havia aforado o dito terreno a A. F.

Estando, porém, de posse da referida plantação de capim, J. L. S., que adquirira, por compra, a propriedade imóvel de A. H., contra ele moveu o arrematante L. F. uma ação de força nova espoliativa com o pedido de restituição prévia da posse do pasto.

Concedida a restituição prévia pelo juiz, que indeferira o requerimento do réu de juntada de documentos e de admissão de alegações preliminares na audiência em que se acusara a sua citação para assistir à justificação do pedido, agravou êle do despacho do juiz para o Tribunal de Justiça.

Além de sustentar que a sua posse era de mais de ano e dia, o que excluía, absolutamente, a restituição prévia, alega o réu J. L. S. que, sendo, evidentemente, proprietário do terreno onde se acha o pasto litigioso, o é, consequentemente, dêste, em cuja posse se achava no ato da restituição, de sorte que não pode ser julgada tal posse em favor do autor L. F., *ex-vi* do art. 505, 2ª parte, do Código Civil.

Invocou, ainda, o réu que, ainda que o autor fosse

plantador de boa fé, — o que não é verdade, — só lhe caberia propor uma ação ordinária de indenização, não tendo procedência jurídica a afirmativa de que o dono do terreno só adquire o domínio da plantação com o efetivo pagamento do seu valor, por ser, até aí, apenas um titular de um direito futuro.

A despeito de se declarar, no edital de praça, que o pasto era situado em terreno de A. H., antecessor de J. L. S., *aforado* ao executado A. F., ficou plenamente provado, com uma certidão negativa do Registro de Imóveis, a inexistência do *aforamento*.

Acompanham a consulta os autos da demanda.

Isto posto, pergunta-se:

1º

Adquire o proprietário do solo, pelo só fato da accessão, o domínio das plantações ou das construções, independentemente do efetivo pagamento da indenização ao plantador ou construtor de boa fé?

2º

Tendo o autor adquirido o pasto em hasta pública, cujo edital declarava estar êle situado em terreno de propriedade de A. H., cabe-lhe o direito de indenização contra o sucessor dêste na propriedade, J. L. S. ?

3º

Admitindo, porém, para argumentar que tenha L. F. direito à indenização pela perda do pasto, pode-se, também, reconhecer-lhe direito de retenção, quando era J. L. S. o detentor da coisa até o ato do cumprimento do mandado judicial de restituição prévia?

Itabuna, 5 de dezembro de 1928.

## P A R E C E R

1º

Adquire o proprietário do solo, pelo só fato da accessão, o domínio das plantações ou das construções, independentemente do efetivo pagamento da indenização ao plantador ou construtor de boa fé?

Mantendo a tradição do nosso direito, que se abeberara nas fontes romanas, dispõe o Código Civil :

Art. 530. Adquire-se a propriedade :

II. Pela accessão.

Art. 536. A accessão pode dar-se:

V. Pela construção de obras ou plantações (V. também o art. 59).

Assim, o simples fato da construção ou da plantação constitue a accessão; e esta produz, de pleno direito, a aquisição da propriedade da coisa accedida em favor do proprietário do solo: a êste, pois, ficam pertencendo, *ex-vi legis*, todas as construções e plantações feitas no seu terreno.

Alega-se, porém, contra isto, que falta à aquisição da propriedade um elemento essencial: a indenização do plantador ou do construtor de boa fé. Por conse-

quência, o dono do terreno só adquire o domínio da plantação ou da construção com o efetivo pagamento do seu valor, sendo, até aí, apenas titular de um direito futuro.

Essa tese é, porém, insustentável.

Cita-se, em seu apoio, o seguinte trecho de Eduardo Espínola extraído do livro "Dos Fatos Jurídicos", n. 7, onde o conhecido professor baiano estabelece a diferença entre direitos atuais e futuros:

"Os fatos complexos, cujos elementos se apresentam sucessivamente, determinando a aquisição de direitos, oferecem grande importância no direito moderno, por sua frequência e pelos efeitos especiais, que podem proporcionar.

Certamente, a aquisição do direito só se verificará quando hajam concorrido todos os elementos que constituem o estado de fato requerido pela lei; os efeitos, que da aquisição decorrem, não se farão sentir enquanto dalgum elemento careça o fato aquisitivo." (Vol. III, 1. parte, do Manual do Código Civil Brasileiro, pág. 38).

Entretanto, do livro mesmo de Eduardo Espínola, verifica-se a inaplicabilidade daquele trecho à hipótese jurídica ora discutida, isto é, à aquisição da propriedade por acessão de construção de obra ou de plantação.

De feito, Espínola nas primeiras páginas de sua referida obra, ao assentar as regras fundamentais da aquisição de direitos, diz, fundado em Unger, Grisostomi e Regelsberger, que ela se efetua instantaneamente, ipso jure, lege, tacite, quando procede de fato independente da pessoa do adquirente, e EXEMPLIFICA como dessa espécie a do domínio da construção feita em nosso solo por ato livre de outra pessoa (V. obr. cit. págs. 11 e 12).

E' o seguinte, em vulgar, o lanço de Regelsberger transcrito, em alemão, por Espínola, na nota 8 :

“Quando o ato do adquirente não forma nenhum pressuposto à aquisição, então se diz que o direito é adquirido em virtude de uma prescrição jurídica (ipso jure, lege, tacite)”.

Que essa é a opinião decidida do ilustre jurista brasileiro, confirmam-no as páginas seguintes, especialmente as de ns. 44 a 101, onde, estudando, minuciosa e pormenorizadamente, todos os casos de direitos futuros, não menciona êle o do proprietário do solo à construção ou à plantação feita de boa fé por ato de terceira pessoa.

Do trecho de Espínola referente aos FATOS COMPLEXOS, de que se utilizou o Dr. Juiz de Direito, consta que o direito é futuro quando falta um dos elementos que constituem o estado de fato requerido pela lei.

Ora, o estado de fato, exigido pelo Código para a aquisição do domínio, na hipótese em foco, é indubitavelmente simples: a accessão por construção de obra ou plantação.

Nada mais.

E' a única coisa que a lei exige, requer, estatue para a aquisição do direito de propriedade (Arts. 530 II e 536, V do Código Civil).

Não falta, portanto, nenhum elemento à constituição do ESTADO DE FATO, porque êste já se nos depara, ali, completo, perfeito, na sua simplicidade natural.

Esta é a lição unânime da doutrina, assim nacional, como estrangeira.

Lafayette, com a elegância e a clareza do seu estilo lapidar, a precisão e segurança dos seus conceitos jurídicos, ensina:

“O senhor da coisa principal adquire de direito a propriedade das coisas accessórias que a ela aderem e que se lhe incorporam de uma maneira definitiva e permanente.

A aquisição da coisa accessória se opera PELO SIMPLES FATO da sua união com a principal. Não importa que a união seja causada por acontecimento natural ou por esforço humano; nem tampouco que a

coisa accessória tenha ou não dono. Este modo de adquirir o domínio se denomina, em Direito, *accessão*.” (Obr. cit. pág. 93).

Dernburg, um dos mais notáveis juristas da Alemanha, escreve :

“Se se construírem, num imóvel, edifícios, ou instalações semelhantes a edifícios, que não sirvam simplesmente a necessidades passageiras, se, além disso, se lhe unirem plantas pelas raízes, tornam-se partes do imóvel e pertencem ao proprietário do solo — superfícies solo cedit.

QUANTO A ISSO, nenhuma diferença ha se a incorporação se deu pelo proprietário do solo ou por um terceiro, se ela é intencional ou não. O incorporado pertence ao proprietário do solo, ainda no caso que ele o tenha furtado.

.....

“Plantas, que se tenham enraizado num imóvel alheio, ficam perdidas para sempre para o até então proprietário. Ele não tem o direito a elas, ainda no caso de ulterior separação”. System des Römischen Rechts, 8ª ed., vol. 1 § 171, págs. 353-354).

Windscheid, que com Dernburg forma o par homérico das letras jurídicas alemãs, nos últimos tempos, também doutrina:

“Accessão por plantio ou sementeira. O plantado ou o semeado pertence ao proprietário do imóvel, logo que se lhe enraíze: não voltará ao anterior proprietário, ainda que seja arrancado.”

“PERTENCE ao proprietário do fun-



do e do solo, enquanto dura a accessão, porque parte do fundo e do solo; pertence também, após a extinção da accessão, ao proprietário do fundo e do solo, porque, agora, não é mais a mesma coisa que era dantes (L. 26, par. 1, cit.: "nam credibili est alio terrae alimento aliam factam").

.....

"Posto que a accessão produza a PERDA DA PROPRIEDADE, não priva, contudo, sem mais, nem menos, aqueles, de quem ela TIRA A PROPRIEDADE, do valor patrimonial da coisa". (Lehrbuch des Pandektenrechts, 8ª ed. vol. 1., § 188 pág. 862., e § 190, pág. 869).

E, por não ficar PRIVADO do valor patrimonial da coisa, é que lhe cabe o direito à indenização, exercitável em ação própria, como nos ensinam Windscheid e outros juristas, — o que examinaremos adiante.

Vejamos, agora, o que dizem os mais eminentes civilistas franceses :

Laurent :

"Si un tiers prouve qu'il a construit à ses frais sur le fonds d'autrui, il a droit à une indemnité (art. 555), comme nous le dirons plus loin.

Cela ne lui donne aucun droit sur le bâtiment, ni sur le fonds; la construction appartiendra néanmoins au propriétaire du sol." (Cours Élémentaire de Droit Civil, IIX vol. 1º, pág. 496).

Baudry-Lacantinerie e Chauveau :

“Cette circonstance que des plantations, constructions ou autres ouvrages ont été faits sur un fonds par un tiers n’empêche pas qu’ils ne deviennent la propriété de celui auquel le fonds appartient, en qualité d’accessoires de ce fonds. Superficies solo sedit.

Seulement la règle d’équité, qui ne permet pas de s’enrichir aux dépens d’autrui, OBLIGERA en pareil cas le propriétaire du fonds à INDEMNISER le constructeur ou le planteur.” (Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, 3<sup>e</sup> ed., vol. VI, n. 357, pág. 248).

Planiol :

“Une personne bâtit, avec des matériaux qui lui appartiennent e qu’elle a payés, sur un terrain qui ne lui appartient.

Cette construction n’est pas à celui qui l’a élevée: elle est devenue, par l’effet de l’accession, la propriété du propriétaire du sol.

.....

Lorsque le constructeur a été de bonne foi, c’est à dire lorsqu’il se croyait propriétaire du terrain, le propriétaire qui exerce contre lui l’action en revendication et qui obtient la restitution de son bien ne peut pas le forcer à demolir. Il est obligé de conserver les constructions, mais naturellement il y ne les garde pas gratuitement; il doit indemniser le cons-

constructeur. (Obr. cit., vol. 1, págs. 888-889) ..

O art. 547 do Código Civil, dispondo que

“Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio, PERDE, em proveito do proprietário, as sementes, plantas ou construções, mas tem direito a uma indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os proujeizos”.

longe de limitar ou restringir o princípio geral da aquisição da propriedade pelo simples fato da acessão, contido nos arts. 530, II, e 536, V, antes o confirma, com prescrever imperativa e peremptoriamente, que o sementeiro, o plantador ou o construtor PERDE as sementes, plantas ou construções em benefício do dono do terreno.

E o art. 59 (Parte Geral do Código Civil) prescreve, expresamente, que “salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal”.

O que ha no art. 547 é uma duplicidade de relações jurídicas :

a) O proprietário do solo adquire, de pleno direito, pelo só fato da sementeira, plantação ou construção feita por terceiro de boa ou má fé, a propriedade desses acessórios que aderem ao imóvel e se lhe incorporam.

b) Se o proprietário das sementes, plantas ou materiais de construção tiver sementeado, plantado ou construído em terreno alheio de boa fé, isto é. pensando que este era seu, opera-se, imediatamente, *ev-vi-legis*, a transformação do seu direito de propriedade em direito de crédito à indenização.

Tal a explicação que, de logo, dei a esse fenômeno jurídico, e tive o prazer de vê-la reconhecida como verdadeira, nas pesquisas e investigações que empreendi.

De certo, para se reconhecer no proprietário do

zolo apenas um titular de direito futuro, tem de se admitir, forçosamente, a coexistência na pessoa do se-meador, plantador ou construtor de boa fé de dois direitos atuais — de propriedade e de crédito: o primeiro tendo por objeto o acessório incorporado, e o segundo, o valor dêste.

Mas isso é o non plus ultra do absurdo...

O plantador ou o construtor só possui um direito de crédito, puramente pessoal, que lhe não assegura nenhum privilégio (v. Bruno, Código Civil italiano anotado, pág. 149, nota 3; Planiol, obr. cit. vol. I, pág. 891).

A interpretação exata do fenômeno jurídico está, evidentemente, no reconhecer aquela transformação.

C. Stoicesco, laureado da Faculdade de Direito de Paris, na sua dissertação "De l'enrichissement sans cause", doutrina :

"Dans ces hypotheses d'accession artificielle, nous avons supposé que les **MATERIAUX** perdaient leur individualité en formant, par leur réunion, un tout nouveau. Si cela n'arrivait pas, s'il n'y avait pas incorporation matérielle, leur propriétaire pourrait encore les revendiquer. Ce n'est qu'au cas de **PERTE** d'individualité que ce droit de propriété, ayant cessé d'exister, se transforme en un droit de créance.

Cette transformation du droit a été observée par H. Bistel dans les quelques lignes (Cours de Philosophie du Droit, vol. 1, p. 452) qu'il consacre à l'altération des droits sans fait coupable: "une fraction du patrimoine d'autrui est venue grossir indument mon propre patrimoine. Si je ne restitue pas cette fraction, je retiens ce qui ne m'appartient pas. Mais je suis juridiquement obligé à restitution. Mon obligation est une conséquence du droit **PRIMITIF** de propriété sur l'object

qui a tourné à mon profit. Ce droit est altéré. Au lieu de son droit de propriété, l'ancien propriétaire n'a plus qu'un droit de créance". (págs. 130-131).

Aliás, o nosso Código Civil é mais rigoroso do que os Códigos francês e italiano no tratar o possuidor de má fé; concedem êstes ao proprietário do solo a faculdade de opção: ou obrigar o construtor a destruir as obras e retirar os materiais, ou retê-los, mas determinam, neste último caso, a indenização, o que se não dá com aquele, que recusa qualquer resarcimento ao sementeiro, ao plantador ou ao construtor de má fé.

Virgílio de Sá Pereira, depois de salientar essa diferença, resume o sistema do nosso Código nas seguintes palavras :

"De boa ou má fé, o construtor perde o que construiu; se de boa fé, o proprietário o indeniza; se de má fé, não terá direito a indenização alguma. E' pela accessão que se opera a aquisição da propriedade; é pela boa ou má fé que se regula o direito à indenização. Não pode o construtor retirar o que construiu, **PORQUE PELA ACCESSÃO DEIXOU DE SER DONO DA CONSTRUÇÃO.**" (Da Propriedade, vol. VIII, Manual do Código Civil Brasileiro, pág. 208).

Como se vê, nesse lance do insigne juiz e professor brasileiro está contida aquela duplicidade de relações jurídicas distintas, a que aludi anteriormente: de um lado, a aquisição do direito de propriedade pela accessão, e, do outro lado, a transformação do primitivo direito de propriedade do dono do accessório em direito de crédito, em virtude da sua boa fé, reguladas pela lei de modo diferente.

Assim a boa fé só tem relação com o direito à indenização, e não influe, de maneira alguma, na aquisição do domínio, que se opera, unicamente, exclusiva-

mente, pelo simples fato da accessão, isto é, pela incorporação da coisa accessória à principal.

E' preciso, pois, não esquecer que a obrigação de indenizar imposta ao proprietário do terreno, beneficiado com a accessão, não é uma resultante de motivos jurídicos, uma consequência lógica dos principios relativos à aquisição da propriedade, mas tão sómente u'a medida de pura equidade do legislador (v. Laurent, obr. cit., vol. 1, pág. 497; Baudry-Lacantinerie e Chaveau, trecho transcrito acima; Arndts — Lehrbuch der Pandekten, bearb. v. Pfaff e Hofmann 13 a. ed., pág. 274 — "... es ist billig dass diesen dafuer Entschadignag werde."), que, entre nós, só protege e ampara aquele que planta ou constrói de boa fé (Clovis, obr. cit., vol. 3º, págs. 78-79).

Se o encargo, ainda nos atos jurídicos, em que é condição essencial, *sine qua*, não suspende a aquisição, nem o exercício do direito (art. 128 do Cod. Civ.), quanto mais aqui, na hipótese discutida, em que êle (com ENCARGO... de ressarcir etc., diz o art. 548) resulta sómente de uma regra de equidade, não constituindo requisito ou condição do FATO JURÍDICO da aquisição da propriedade, isto é, da sementeira, plantio ou construção, independentemente do ato da pessoa do adquirente, como ensinam todos os juristas.

Portanto, não ha por onde fugir ou torcer: o proprietário do solo tem o direito de propriedade atual das plantações e das construções, pouco importando, para isso, a boa ou má fé do dono dos accessórios incorporados ao imóvel, e, como tal, pode usar dos meios assegurados pela lei à defesa do domínio — a ação de reivindicação, ou a exceção do art. 505, 2ª parte, do Código Civil, nas ações possessórias.

Respondo, dêsse modo, afirmativamente o quesito.

Tendo o autor adquirido o pasto em hasta pública, cujo edital declarava estar êle situado em terreno de propriedade de A. H., cabe-lhe o direito de indenização contra o sucessor dêste na propriedade, J. L. S. ?

Só àquele que planta em terreno alheio de boa fé, isto é, pensando que este era seu, confere o Código Civil direito à indenização (Art. 547; Planiol, obr. cit., vol. 3º, pág. 78).

O autor não plantou o capim, não fez o pasto, não tem, pois, a qualidade de plantador exigida pela lei, como um dos requisitos necessários à existência do direito à indenização. O outro elemento, que também lhe falta, é a boa fé.

Arrematou êle o pasto em hasta pública, na execução movida pela FAZENDA MUNICIPAL contra A. F. Fê-lo de má fé, porquanto o próprio edital de praça dizia que o pasto era situado em terreno de A. H., de quem o réu é legítimo sucessor.

Não lhe atenua, nem lhe elide a evidente má fé, o fato de o edital de praça referir que o terreno era aforado por A. H., porque:

- a) Sendo o aforamento ou enfiteuse (art. 678) um

direito real, devia, caso existisse, de feito, na espécie, achar-se transcrito no registro de imóveis, pois a transcrição é formalidade essencial para a sua aquisição (art. 676 comb. com o art. 674 I).

E' justamente instituído o registro de imóveis como fonte de publicidade, para tornar conhecidas de todos as modificações e transformações que sofre a propriedade imóvel nos seus vários aspectos jurídicos, não sendo lícito a ninguém alegar ignorância acerca da existência, ou inexistência, de um direito real. Qualquer dúvida a respeito, solve-a o registro.

b) Não podem ser objeto de enfiteuse terrenos cultivados (art. 680), e o autor não se excusa com invocar que ignorava a lei (art. 5 da Introdução).

c) Ainda que existisse o aforamento, a alienação seria nula, pela falta de citação do senhorio direto, a fim de exercer a sua preferência (art. 689 do Código Civil — Clovis, Obr. cit. vol. 3º, pág. 235).

Mas, nunca existiu, nem existe aforamento, como o provou o réu com a certidão negativa do registro imobiliário.

Se, em tésé, o fato de o terceiro senhor da coisa não haver embargado a venda judicial (de que, em geral, não tem conhecimento, e é no pressuposto desta insciência que o Código Civil exige a intimação do credor hipotecário e do senhorio direto para a praça, arts. 326 e 689), não importa em perda do domínio (v. Revista de Direito, vol. 70, pág. 547), o que se compreende facilmente, pois, não pode ser objeto de hipoteca ou de venda a COISA ALHEIA (Lacerda de Almeida, Direito das Cousas, vol. 2º § 164, pág. 286), com maior razão ainda no caso em discussão, em que o accessório — a plantação de capim — foi levado a praça separadamente da coisa principal — o solo. E a que se reduz o art. 59 do Código Civil, onde se acha prescrito, expressa e imperativamente, que "salvo disposição especial em contrário, a coisa accessória segue a principal"?!

O terreno não foi vendido em hasta pública: ao revés, o edital de praça declarava pertencer êle a A. H., que não era parte na execução.

Assim, respondo o quesito negativamente.



Admitindo, porém, para argumentar, que tenha L. F. direito à indenização pela perda do pasto, pode-se, também, reconhecer-lhe direito de retenção, quando era J. L. S. o detentor da coisa até o ato do cumprimento do mandado judicial de restituição prévia?

Embora admita, em tese, o direito de retenção do plantador ou do construtor, como garantia do seu direito à indenização, não obstante o silêncio do Código Civil a respeito nos arts. 547 e 548, pela adequada e justa aplicação analógica da regra do art. 516, em face da *semelhança* existente entre as benfeitorias e as plantações ou as construções, nego-o ao autor no caso da consulta.

Não o tem êle, por haver desaparecido o estado de fato que o permitiria — a detenção da coisa —, visto como a retenção LEGAL (a estabelecida pela lei, em oposição à convencional, resultante de contratos sinalgmáticos) pressupõe, necessariamente, que o objeto esteja detido por aquele que tem direito à indenização, contra quem se move a ação reivindicatória, para obter a restituição dêle. Se, ao contrário, o proprietário o detém em seu poder, não precisa reivindicar, de sorte que ao plantador cabe somente a ação de cobrança.

E' o que nos dizem notáveis autoridades em direito romano e em direito francês.

O Tratado das Pandectas (Lehrbuch der Pandekten) de Arndts, anotado por Pfaff e Hofmann, informa-nos que se o proprietário da coisa accessória, incorporada à principal, tiver a sua detenção, poderá, do ponto de vista do resarcimento do dano, sofrido por êle com a accessão, opor a *DOLI EXCEPTIO*, de que a retenção é, no direito moderno, uma de suas aplicações (Vide § 102, pág. 178), contra a *reivindicatio* do proprietário da coisa principal. Tendo, porém, êste em seu poder o accessório incorporado, ao seu antigo proprietário é expressamente conferido, pelos textos romanos, em substituição à *doli exceptio* uma *actio in factum*, para o reembolso do valor da coisa perdida (§ 152, pág. 274; Windscheid, obr. cit. vol. 1, pág. 870).

Escreve Planiol, estudando o assunto à luz do direito francês :

“En dehors des contrats et quasi-contracts synallagmatiques, le droit de rétention se retrouve ENCORE DANS LES ACTIONS RÉELLES, par lesquelles une personne réclame la restitution d'une chose à quelqu'un qui a droit au remboursement total ou partiel de certaines impenses faites sur cette chose. C'est l'office de l'ancienne “exceptio doli” opposé à la revendication” (Obr. cit., vol. 2º; n. 2522, pág. 778).

Ora, no caso em questão, ao contrário, é o autor quem pede a restituição **CONTRA O PROPRIETARIO** (o réu), que estava na posse do pasto até à restituição judicial, objeto da ação, e opõe-lhe, agora, a exceção de domínio evidente (art. 505, 2ª parte).

Respondo, pois, negativamente o quesito.

E' êste o meu parecer.

Itabuna, 12 de dezembro de 1928.

**Reconhecimento da filiação natural  
em testamento sob a forma enun-  
ciativa e sua apreciação no processo  
de inventário**

## C O N S U L T A

Justino Benedito do Nascimento, no testamento público com que faleceu, depois de reconhecer, expressamente, os filhos naturais havidos do seu casamento com B. e os instituir, também expressamente, seus herdeiros, deixou à sua filha natural Maria Luiza do Nascimento um legado de um conto de réis com a seguinte declaração :

“Deixa a quantia de um conto de réis em moeda legal e corrente, livre de impostos, que também sairão do monte, para a sua filha Maria Luiza do Nascimento, casada com Domingos Ricardo, residente em Santarém, dêste Estado.”

Maria Luiza do Nascimento, considerando-se reconhecida, por testamento, filha natural do *de cujus*, requereu, estribada nos arts. 357 e 1605 do Código Civil, a sua inclusão, no título de herdeiros do inventário, como sucessora legítima, tendo sido o seu pedido indeferido pelo Dr. Juiz de Direito, que a considerou, exclusivamente, como legatária.

Depois, ao ser deliberada a partilha, reclamou ela a reserva do seu quinhão até á decisão final acêrca do seu direito hereditário.

Não logrando ser atendida pelo Dr. Juiz de Di-

reito, que, negando a separação de bens requerida, mandou cumprir o despacho de fls. 52 v. e 53, onde se ordenara a feitura do esboço de partilha com a inclusão de Maria Luiza do Nascimento como simples legatária, quando, na realidade, é, também, herdeira legítima, pois, no testamento, foi reconhecida filha do testador, interpuzeram, então, ela e seu marido Domingos Ricardo o competente recurso de agravo.

O Dr. Juiz *a quo* reformou o seu despacho quanto à reserva do quinhão, em virtude da disposição expressa do art. 1414 do Código de Processo deste Estado, invocada pelos agravantes; manteve-o, entretanto, no tocante à inclusão da agravante como herdeira legítima.

Não tendo o Tribunal de Justiça tomado conhecimento do agravo, de acôrdo com a preliminar levantada pelo Dr. Juiz *a quo*, aguardaram os agravantes o julgamento da partilha, para, então, interporem o recurso de apelação, pelo qual se devolveria ao Tribunal, todo o conhecimento do processo de inventário, o que realmente fizeram em tempo hábil.

Exposta em resumo a causa, para cujo esclarecimento fazem acompanhar esta consulta dos respectivos autos do inventário, pergunta-se:

1º

Há no caso um verdadeiro reconhecimento voluntário da filiação natural?

2º

Trata-se na hipótese de uma questão de alta indagação, que não pode ser apreciada e resolvida no processo de inventário?

Itabuna, 10 de agosto de 1929.

## PARECER

1º

*Há no caso um verdadeiro reconhecimento voluntário da filiação natural?*

A pretensão dos apelantes tem seu fundamento nos arts. 357 e 1605 do Código Civil Brasileiro, que dispõem :

“O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, OU POR TESTAMENTO (art. 184, § único).”

“Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.”

Ora, no seu testamento, declara, expressamente, o de cujus :

“Deixa a quantia de um conto de réis

em moeda legal e corrente, livre de impostos, que também sairão do monte para a sua filha Maria Luiza do Nascimento, casada com Domingos Ricardo, residente em Santarém, dêste Estado." (fls. 5 v.) .

São dois os elementos essenciais do reconhecimento voluntário ou espontâneo (assim chamado em oposição ao reconhecimento forçado, resultante de investigação da paternidade ou maternidade) dos filhos ilegítimos :

1º Elemento intrínseco: a declaração de paternidade ou maternidade.

2º Elemento extrínseco: que a aludida declaração seja feita na forma exigida pela lei, isto é, seja contida no termo de nascimento, escritura pública, ou testamento.

Quanto à FORMA do ato, estatuida pelo Código para cercar a manifestação da vontade em confessar a filiação de seguranças e garantias, que se não encontrariam em escritos particulares, não pode haver a mínima dúvida: eis aí o testamento público, contra cuja validade nada se argúe.

Veja-se, agora, se, nesse testamento, reconheceu o testador a apelante como sua filha.

Antes de mais nada, convém assinalar que as legislações só diversificam no prescrever a FORMA do reconhecimento: quanto à espécie do ato, ou do instrumento, que o deve conter; no tocante, porém, ao elemento intrínseco, o conceito do reconhecimento, a sua essência e a sua natureza, nenhuma divergência apresentam os sistemas jurídicos dos povos cultos.

Que é, de feito, segundo eses sistemas, o reconhecimento voluntário da filiação natural? E' a declaração, a confissão, feita, espontaneamente, pelo pai ou pela mãe, de que A. ou B. é seu filho. A espontaneidade é que caracteriza a voluntariedade do ato. Reconhecer, voluntariamente, a filiação natural é, pois, declarar, confessar, espontaneamente, de sua livre vontade, sem coação, nem constrangimento, como, aliás, acontece

na investigação judicial da paternidade ou maternidade, ser pai ou mãe de A.

Como se apura essa voluntariedade, essa espontaneidade, essa liberdade?

Pela forma do ato, em cuja autenticidade indubitável faz a lei repousar a presunção de voluntariedade. Tanto isso é verdade que a confissão de paternidade, feita num escrito particular, não importa o reconhecimento voluntário, mas serve apenas de base à propositura da ação de investigação (art. 363, III do Cód. Civ.), ao reconhecimento forçado; e, no entanto, a mesma confissão, feita no termo de nascimento, escritura pública, ou testamento, constitui aquele reconhecimento (art. 357 combinado com o art. 363, III).

Por que o reconhecimento **EXPRESSO** da paternidade, de que fala o art. 363, III, do Cód. Civ., é voluntário num caso e não o é no outro? Devido, exclusivamente, à forma da declaração, da confissão expressa de paternidade. Logo, a vontade de reconhecer resulta, *ex-vi legis*, do instrumento que encerra tal confissão: é uma presunção decorrente dêle.

Que o reconhecimento, no sentido jurídico, é uma declaração, uma confissão da filiação natural, v.-B. Dusi, *Della Filiazione e dell'Adozione*, págs. 581, 587, té *Théorique et Pratique de Droit Civil*, 3<sup>a</sup> ed., vol. 4, 591 e 592; Baudry — Lacantinerie e G. Chéneaux, *Traité* pág. 620; Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 5<sup>a</sup> ed., vol. 10, pág. 482; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 5<sup>a</sup> ed., vol. IX, pág. 263; todos citados em meu livro — *Do Reconhecimento voluntário dos filhos ilegítimos*, 2<sup>a</sup> ed., 60, n. 17 e nota 92.

E, porque se me não atire a pecha de deturpar, índole do direito pátrio, vou provar com autores genuínicos inadequada aplicação de doutrinas estrangeiras, a namente brasileiros, guardas zelosos das nossas tradições jurídicas, que, entre nós, não é outra a noção do reconhecimento voluntário. O diabo é que esses supersticiosos, horrorizados por tudo o que, em matéria jurídica, vem da **ESTRANJA**, fazem vista grossa aos Lafayette, Carlos de Carvalho, Teixeira de Freitas..., e não largam os Espínola, Maximiliano, Pontes de Miranda..., cujos livros são repletos e pejados de citações



em francês, espanhol, italiano, e, especialmente, em ale-

mão, arrevesado e tenebroso alemão, que devia produzir calafrios nos caboclos cá da terra...

Mas, aqui estão, em vernáculo, alguns trechos saborosos, linfa pura e cristalina, em que se pode desse-  
dentar à vontade, tranquilamente, sem sustos, nem sobressaltos, o mais exigente e nacionalista paladar brasileiro...

Ei-los :

Lafayette :

“O reconhecimento da filiação é em substância uma confissão (Direitos de Família, 2ª tiragem, pág. 232, nota 25).”

Carlos de Carvalho :

“Filhos reconhecidos são os ilegítimos, cujo pai, espontânea, expressa, e autenticamente DECLARA-SE TAL: e) em testamento...” (art. 129 do Direito Civil Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis).

Clovis Bevilacqua :

“Quanto à determinação da paternidade ilegítima, a lei pátria fá-la depender normalmente da espontaneidade do pai...”

O reconhecimento é um ato privado, que pode revestir a forma autêntica, pelo qual o pai espontaneamente afirma a sua qualidade de procreador de uma determinada pessoa” (Direito da Família, 4ª ed., pág. 447).

Haverá, porventura, alguém que tenha a coragem de negar que, na referida cláusula testamentária, haja o de cujus declarado, confesado, espontaneamente, a sua paternidade respeito à apelante?

Além de chamá-la “sua filha”, dá-lhe o seu apelido: Maria Luiza do Nascimento. Ora, se o pai declarou, confessou, espontaneamente, no testamento, que a apelante era sua filha — fez, voluntariamente, o reconhecimento (art. 357).

Provada dêsse modo a sua filiação, tem ela, por disposição legal, e não pela vontade do testador, assegurado o seu direito sucessório: é herdeira legítima, e não testamentária. Digo provada dêsse modo a filiação, sim; eis aqui as palavras dum grande Mestre, cuja obra magistral não se arreceia de comparação com as melhores que, sobre a matéria, se tem escrito :

“Confessioni, perché il riconoscimento non é atto creativo, sibbene soltanto ricognitivo del rapporto; non costituisce per se lo STATO di figlio, ma n'è soltanto un modo DI ACCERTAMENTO, un mezzo di prova...” (B. Dusi, obr. cit. págs. 591-592).

Só a mais absoluta falta de senso jurídico pode levar a confundir-se a vontade de reconhecer a filiação natural com a vontade de atribuir efeitos sucessórios ao reconhecimento, ou com a vontade do testador no sentido técnico-jurídico, v. g. quanto à nomeação de herdeiro testamentariamente, quanto à disposição dos bens testamentariamente etc...

Não se deve, pois, atraioçar o ilustre Planiol... Quando êsse egrégio civilista francês fala em “basta que se verifique a vontade de reconhecer” (obr. cit., vol. 1º, n. 1473, pág. 477) não quer significar que se possa procurar na intenção do pai reconhecente a extensão do reconhecimento, as consequências jurídicas de sua confissão.

Ao contrário: quer êle dizer que a vontade de reconhecer, isto é, de declarar, confessar a filiação é manifestada de igual maneira, assim pelo modo dispositivo, como pelo ENUNCIATIVO. De feito, a lei exige, em toda a parte, a forma autêntica, que testemunhe, comprove, torne fóra de dúvida a veracidade da declaração: o conceito da autenticidade é que varia com o

rigor ou a tolerância, em que se inspira e orienta o legislador. Daí as restrições ou amplificações legais da autenticidade.

No Brasil mesmo, tem-se a prova disso: no direito anterior, a autenticidade, para revestir o reconhecimento "do caráter de plena certeza", no dizer de Lafayette, se encontrava nos seguintes atos — escritura pública e testamento —, havendo séria controvérsia quanto ao registro de nascimento; e, com o Código Civil, ela se cristalizou nesses três modos. No direito francês, como no italiano e no suíço, o reconhecimento deve ser feito em "auto autêntico". Os códigos civis dessas nações estatuem, amplamente, a forma autêntica, mas não discriminam as suas espécies. Assim, têm surgido, ali, muitas discussões e controvérsias para a determinação doutrinária e jurisprudencial dos atos, que estão compreendidos sob aquela forma.

O único ponto de diferença, pois, entre a nossa e aquelas legislações está na individuação da autenticidade: aqui é determinada — termo de nascimento, escritura pública e testamento; ali, ao revés, é indeterminada — qualquer auto autêntico.

O Dr. Promotor Público, no seu parecer de fls. 40 e segs., mostra desconhecer essas noções comesinhas e rudimentares :

"E' certo que Planiol não exige para o reconhecimento fôrma especial, mas não é menos certo que, de acôrdo com o que vimos sustentando, o egrégio escritor exige a vontade manifesta de praticar este ato: Il suffit que l'on constate la volonté de reconnaître l'enfant". (Traité Elémentaire de Droit Civil, 2ª edição, pág. 907, 2º vol.).

E se Planiol exige apenas a vontade manifesta de reconhecer, independente de qualquer outra formalidade, é porque o Código Napoleão diz que o reconhecimento se faz simplesmente por ato autêntico, como adiante se verá. Como dizia Gumer-

ciendo Bessa, nisso de aplicar doutrina estrangeira é preciso muito cuidado porque os institutos variam muito de povo a povo e de legislação a legislação, e pedia que não se caluniasse Planiol...

O Código Civil admite o reconhecimento por escritura pública e em testamento, mas não dispensa, porque seria absurdo, o elemento moral, a intenção ou vontade de reconhecer, e, como Planiol, exige que esta tenha existido de modo indubitável e inequívoco. Tanto isto é verdade que só admite o reconhecimento por forma solene: a escritura pública, o testamento e o registro de nascimento, ATOS todos solenes, o que não sucede no direito francês, que exige apenas o ato autêntico."

Mas, que é ato AUTÊNTICO, senão ato solene?!...  
Querem vêr? Abram qualquer dicionário.

Cândido de Figueiredo: "Autêntico, adj. tornado certo por testemunho solene" etc.

Morais: "Autêntico, adj. Solene, munido da autoridade e testemunho público, legalizado juridicamente" etc.

Todavia, não bastam lexicógrafos. Venham juristas. E quem vai depôr é o próprio civilista caluniado, prof. Marcel Planiol :

"La loi française n'admet pas reconnaissances valables que celles qui sont faites par un acte authentique (art. 334): On ne peut donc pas reconnaître un enfant naturel d'une manière quelconque. Cette formalité (?) a été prescrite dans le double but d'assurer 1º, la liberté de celui qui fait la reconnaissance et 2º, la

conservation de la preuve au profit de l'enfant. La reconnaissance d'enfant est ainsi un acte solennel (?!...) et elle n'aurait aucune valeur si la forme authentique n'avait pas été employée" (obr. cit .n. 1469, pág. 475).

Portanto, quem caluniou Planiol?!...

O código francês exige, desse geito, um ato autêntico, solene, formal (e não que o reconhecimento possa ser feito de qualquer maneira, sem formalidade, como erroneamente afirma o Dr. Promotor Público, loc. cit.); mas, obedecendo à tendência do direito moderno, não requer fórmula sacramental, isto é, expressões, palavras sacramentais, preestabelecidas: basta que a vontade de reconhecer se manifeste, e essa manifestação se encontra assim no modo dispositivo, como no enunciativo da confissão, a que se reduz o reconhecimento.

Tal é o pensamento de Planiol, destacado, apreendido do trecho integral intitulado — Ausência de fórmula obrigatória —, e completado por outros do seu hagiografal Tratado de Direito Civil.

Deponha a vítima :

"La loi exige l'authenticité (v. o lanço acima transcrito, relativo ao conceito do ato autêntico), mais elle n'impose aux particuliers aucune formule sacramentelle. Il n'est même pas nécessaire que l'Acte notarié qui contient la reconnaissance ait été spécialement dressé pour la recevoir: elle peut s'y trouver incidemment et même implicitement contenue. Telle est la déclaration faite par le père qu'il a eu des relations intimes avec la mère, à la suite desquelles elle est devenue grosse et qu'il prend à sa charge la nourriture et l'entretien de l'enfant (...) Tel est encore le fait de la mère qui assiste au mariage de son fils pour y donner son consentement, alors que ce-

lui-ci l'indique comme étant sa mère (...). La reconnaissance peut donc résulter de simples énonciations contenues dans l'acte, sans faire elle-même l'object de son dispositif; il suffit que l'on constate la volonté de reconnaître l'enfant" (obr. cit. n. 1473, pág. 477).

Ora, se, na opinião de Planiol, simples termos enunciativos, quando contidos num ato autêntico (isto é, solene, formal, que, no direito pátrio, se acha individuado nos três modos-registro de nascimento, escritura pública e testamento), constituem perfeito reconhecimento; se não é preciso que o dispositivo do ato o tenha como exemplos, sem se atender, portanto, à intenção do reconhecer, claro é que o eminente escritor supõe esta implicitamente contida naquelas enunciações, que cita como exemplos, sem se atender, portanto, à intenção do genitor quanto aos efeitos do reconhecimento, ou, melhor, tem-na, ali, evidentemente exprimida, manifestada.

A confusão do Dr. Promotor Público está, de um lado, como se viu, em pensar que o ato autêntico não é revestido de formalidade, de solenidade, quando, ao revés, êsses requisitos é que o caracterizam e o definem; e, de outro, em equiparar forma do ato, ou seu instrumento, a fórmula sacramental da declaração de paternidade ou maternidade, ou sua expressão por meio de palavras obrigatórias.

Todas as legislações cultas estatuem aquela para o reconhecimento, umas individuando-a, especificando-a, especificando-a, como a nossa e a portuguesa, e outras não, como a francesa, a italiana e a suíça; mas todas dispensam que o reconhecimento seja formulado, expresso em termos obrigatórios e sacramentais: basta a simples enunciação.

Quanto ao direito português e ao nosso, vejamos a lição dos mestres.

Dias Ferreira :

“Mas pela jurisprudência do fôro não

é indispensável ato público EXPRESSAMENTE feito para o reconhecimento, ou com o fim principal do reconhecimento. Pode fazer-se por méro incidente, e até em termos enunciativos"... (Código Civil Português anotado, 2ª ed., vol. I, pág. 106).

Carlos de Carvalho :

"Filhos reconhecidos são os ilegítimos, cujo pai espontânea, expressa e autênticamente declara-se tal: a) em escritura pública de notas, ainda que essa declaração seja incidente ou acessória." (Obr. cit., art. 129).

Teixeira de Freitas :

"A escritura de filiação ou de reconhecimento aproveita, quer seja direta, quer seja indireta, por ocasião de qualquer outra." (Formulário de Contratos e Testamentos).

E no "Esboço", art. 1581 :

"A escritura pública de reconhecimento pode ser especial para tal fim, ou ter outro fim"...

Estevam de Almeida, em comentário ao art. 357 do Cód. Civil, escreve :

"Ora, que, diante do art. 357, assim se ha de decidir, di-lo a generalidade de seus termos. E' o reconhecimento que dizem os autores feito em palavras enunciativas." (Manual do Código Civil Brasileiro — Direito de Família, vol. VI, pág. 110).

A única opinião divergente é a de Hermenegildo de Barros, que procurei refutar no meu livro já citado, n. 21, págs. 67 a 74. Note-se, porém, que, ali, a controvérsia se limita a uma das formas de reconhecimento-escritura pública.

A nossa jurisprudência tem obedecido à dita orientação, traçada pelos escritores nacionais e estrangeiros, desde quando considera legalmente feito o reconhecimento pela simples enunciação de paternidade no termo de nascimento do filho, assinado pelo pai, sem que refira êste, em termos expressos, sacramentais e obrigatórios, que, por aquêle meio, efetua o reconhecimento.

Por que a doutrina e a jurisprudência consideram manifesta, no simples enunciado da filiação, a vontade de reconhecer?

Porque a vontade de reconhecer é a vontade de declarar, confessar, revelar, manifestar a paternidade ou a maternidade. Um indivíduo que, num testamento público, confessa que A. é seu filho, manifesta, clara e inequivocamente, a vontade de o reconhecer. Se a não tivesse, silenciaria: não faria a confissão. A prova de que o quiz reconhecer e o fez livremente, espontaneamente, voluntariamente, está, de modo prévio, estabelecida na lei, com a exigência da forma do ato — o instrumento que a deve conter.

E' por isso que Planiol observa: "Cette formalité a été prescrite dans le double but d'assurer 1º. la liberté de celui qui fait la reconnaissance" (loc. cit.); e Chironi doutrina: "Il perchè si entende de leggieri: la forma che la legge ha richieste per la existencia del riconoscimento é osservata, e però concorrendo questo estremo essenziale con l'altro della dichiarazione, non puó ESSER DUBIO che s'abbia riconoscimento fatto in modo valido"! (Studi e Questioni di Diritto Civile, vol. IV, pág. 98).

O erro do Dr. Promotor Público está em julgar que a vontade de reconhecer é a vontade de **CONDICIONAR** a declaração de paternidade a certos e determinados efeitos. Aliás, essa vontade de condicionar a declaração de paternidade não tem nenhuma eficácia jurídica, porque :



1º — O reconhecimento é um ato jurídico de “direito de família”, e, como tal, não pode, ensina Kohler, realizar-se condicionalmente: “Die Anerkennung des Ehemannes ist em Rechtsgeschaeft des Familienrechts (§ 1598). Daher ist 2. Die Anerkennung laesst keine Bedingung zu (auch nicht eine uneigentliche Bedingung)”. (Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, vol. 3º, 1ª parte, pág. 298).

Em trabalho de doutrina sôbre o assunto, escrevi, desenvolvendo o preceito contido no art. 361 do Cód. Civ. :

“De feito, é êle (o reconhecimento) um ato declarativo, uma confissão, que prova o estado de filiação de um individuo e determina-lhe a situação legal em frente aos genitores: uma vez realizado, deve produzir, imediatamente, os seus efeitos e não pode estar sujeito a modificações, que lhe desnaturam a essência jurídica” (obr. cit., n. 43).

Eis a magnifica lição de Estevam de Almeida:

“Mas qual seria o efeito de um reconhecimento com a adjunção de condição ou termo? O caráter de ato declarativo, que é realmente fecundo em soluções, dá conveniente resposta. O reconhecimento, a despeito de qualquer condição ou termo, está perfeito, porque a sua essência é ser, não uma liberalidade, mas uma declaração ou confirmação de paternidade ou maternidade, e, assim, a condição ou termo, qualquer que seja a sua espécie ou alcance (?!!!) são como se não existissem” (Obr. cit., n. 141, pág. 120).

Vêm, também, a propósito, as palavras do eminente juriconsulto italiano B. Dusi, ao salientar que, atendendo-se à Natureza do reconhecimento, não se lhe devem aplicar as normas ditadas para os testamentos, sendo, pois, proibido, o pai limitar os direitos atribuídos pela lei à filiação natural, declarada e confessada por êle mesmo :

“Il riconoscimento è un atto puro. Non può essere sottoposto a condizione o a termine. La condizione o il termine, OVE fossero aggiunti, non annullerebbero l'atto, ma si avrebbero per non opposti. Ciò per una ragione peculiare alla natura stessa del riconoscimento, e che non potrebbe estendersi all'analogia norma dettata per i testamenti (art. 849,851). Il riconoscimento ha valore in quanto contiene la dichiarazione di un fatto. O SI È FIGLIO O NON SI È: non si può essere figlio a tempo o sotto condizione; codeste determinazioni accessori aggiunte al riconoscimento debbono cadere; ma intanto l'atto contiene sempre la dichiarazione di paternità; e questa dichiarazione, tolta l'inefficace aggiunta, deve essere tenuta ferma. Il padre, poniamo, dichiara di riconoscere il figlio, si questo si comporterà in quel dato modo. In questa dichiarazione abbiamo due parti ben distinte: nella prima il padre confessa la propria paternità, la quale è un fatto, e i fatti sono sempre per se incondizionati; nella seconda il padre vorrebbe LIMITARE il trattamento dovuto per legge al figlio e ciò non può egli fare, perché la legge glielo proibisce” (obr. cit., n. 137, págs. 641-642).

A vontade do pai reconhecente é limitada pela lei: declarada, confessada a filiação, não pode ele, qualquer que seja o seu alcance, condicionar-lhe os efeitos jurídicos, porque seria sobrepor-se às determinações da própria lei que os estabelece! (v. art. 361 do Cód. Civ.).

2º — O reconhecimento não cria direitos: em virtude da sua natureza eminentemente declarativa, todas as consequências jurídicas resultam, não dêle, pela vontade manifesta ou presumida do pai, mas do FATO natural da filiação, revelado, confessado, declarado pelo

genitor na forma autêntica estabelecida pelo Código — termo de nascimento, escritura pública, ou testamento.

Diz Lafayette :

“O reconhecimento não CRIA direitos, mas PROVA tão sómente o fato, do qual resultam direitos, isto é, a filiação (obr. cit., pág. 234, nota 5).

Ensina Planhol :

“La reconnaissance d'un enfant naturel ne produit pas d'effets; ce n'est pas un acte, dans le sens d'opération”. de “negotium”, produisant des conséquences juridiques; elle n'est qu'un MOYEN DE PREUVE destiné à constater un fait, la filiation d'un enfant, et c'est ce fait, quand il est légalement PROUVE, qui produit divers effets de droit” (obr. cit., vol. 1<sup>o</sup>, n. 1485, págs. 482).

Teixeira de Freitas, com a intuição maravilhosa e o senso jurídico divinatório dos FENOMENOS jurídicos, que o tornaram um dos maiores jurisconsultos mundiais — sendo o maior da América! —, já naquele tempo, sustentava, apoiado na doutrina, que não era necessário fose o reconhecimento direto ou especial para qualquer de seus efeitos: ao contrário, dado o reconhecimento, seguiam-se todas as consequências LEGAIS, inclusive o direito sucessório (v. Consolidação das Leis Civis, nota 7 ao art. 212, in fine, pág. 179).

Mas, se toda essa argumentação, estribada em princípios gerais de direito, não contenta aos espiritos rimiamente casuistas, aqui vai, bem a talho de foice, para os tranquilizar com a materialidade irresistível da similitude, o seguinte exemplo de Aubry e Rau, reputados na sua própria pátria como os mais notáveis tratadistas de direito civil :

“Il n'est pas même nécessaire que la

clause dont on prétend faire résulter la reconnaissance soit conçue en termes dispositifs: des termes simplement énonciatifs constatent suffisamment la reconnaissance, lorsqu'elle EN RESSORT D'UNE MANIÈRE NON EQUIVOQUE. Ainsi, la clause d'un testament public contenant un LEGS au profit d'un individu que le testateur qualifie son enfant naturel constitue une reconnaissance suffisante (obr. cit., 5<sup>a</sup> ed., vol. IX revisto por Etienne Bartin, § 568 Bis, pág. 245).

Ora, nessa obra prima do direito civil francês também se exige a vontade de reconhecer... Mas em que sentido se acha essa expressão empregada nela? No de espontaneidade e liberdade em manifestar a paternidade. E isso é o que, logo de começo, salientei neste

“La reconnaissance, lê-se ali, suppose chez son auteur, la volonté de reconnaître. Elle doit, à ce titre, comme toute autre manifestation de volonté, être exempte de violence, et dégagée de dol. Elle doit aussi ne pas être entachée D'ERREUR sur la personne de l'enfant reconnu”. (obr. cit. § 568, págs. 231-233).

Assim,

a) Declarando o DE CUJUS que a apelante Maria Luiza do Nascimento era sua filha, e dando-lhe o seu apelido — Nascimento —, confessou espontaneamente, voluntariamente, a sua paternidade. Essa confissão, feita em testamento, forma autêntica e solene especificada no Código Civil, constitui reconhecimento voluntário (art. 357): prova, legalmente, o fato natural da filiação, donde nascem e decorrem todos os direitos, e não pode, portanto, o pai reconhecente, tácita ou expressamente, condicionar a extensão e o alcance das suas consequências, visto como lh'o veda, terminante-

mente, o Código Civil (art. 361). A sua vontade a esse respeito é nada, em face da lei, que é tudo!

b) Feito, dêsse modo, o reconhecimento, é a apelante herdeira necessária, e a vontade do testador se detém diante da sua legítima (arts. 1605 e 1721).

De vêr é, pois, quão despropositada e incabível a aplicação, ao caso da consulta, em que se cogita do reconhecimento dum filho natural — ato meramente declarativo —, de trechos de jurisprudências concernentes à interpretação da intenção, da vontade do testador contida em disposições testamentárias. “Vontade do testador”, “disposições testamentárias”, “atribuir direitos sucessórios” etc. — tudo isso se refere, exclusivamente, à sucessão testamentária, e não à legítima: vontade do testador no que tange à disposição dos bens testamentariamente, à instituição ou nomeação de herdeiros testamentariamente! Este o pensamento dos escritores citados pelo Dr. Promotor Público, que não soube ou não os quiz compreender.

Para avaliar o alcance da distinção, basta examinar, no tocante ao conceito do testamento, o próprio texto do art. 1626 do Código Civil :

“Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”;

e quanto à significação da “vontade do testador” e das “disposições testamentárias”, os arts.

1664 — “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certa causa”;

166 — “Quando a cláusula testamentária fôr suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”;

— e os seguintes do mesmo capítulo

V — Das disposições testamentárias em geral;

1721 — “O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível (é descendente sucessível o natural reconhecido, art. 1605, a que o art. 1721 faz remissão expressa) não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código” (arts. 1603 a 1619 e 1723).

1726 — “Quando o testador só em parte dispuser de uma metade disponível entender-se-á que instituiu os herdeiros legítimos (equiparados a estes estão os naturais, art. 1605) no remanescente”.

Ora, por isso mesmo que aí, na sucessão testamentária, é a vontade do testador o único e exclusivo elemento criador do direito hereditário, independentemente do fato natural do parentesco, sobre que a lei faz repousar a sucessão legítima; por isso mesmo que, como única causa atributiva, regula e determina ela só a extensão daquele direito e o modo da disposição e transmissão dos bens, é que o Código Civil manda prevalecer a interpretação que melhor assegure a vontade do testador, isto é, daquele que, testamentariamente, dispõe do seu patrimônio, nomeando herdeiros e legatários, como se vê dos artigos acima transcritos, e, especialmente, da combinação dos arts. 1664 e 1666.

Assim, não se deve esquecer que se está aí em pleno domínio da sucessão testamentária, onde impera inquestionavelmente, indubitavelmente, a vontade do testador, ressalvadas as prescrições legais relativas à legítima e aos casos de desherdação.

A influência do testamento sobre o reconhecimento da filiação natural é, apenas, FORMAL: a essência, a substância dêste encontra-se, tão somente, na declaração, na confissão paterna ou materna.

A disposição, que contém o reconhecimento, não é uma cláusula ou disposição TESTAMENTÁRIA. Dizem-no os mais eminentes civilistas.

Baudry-Lacantinerie e G. Chéneaux :

“... donner un effet immédiat à la reconnaissance, ce n'est pas exécuter le testament, par cette raison toute simple que la disposition qui contient la reconnaissance n'est pas une disposition testamentaire; il n'y a de telles que celles qui son relatives aux biens” (obr. cit., vol. IV, pág. 625).

Aubry et Rau :

“... et qu'elle (o reconhecimento) ne constitue pas, bien que renfermée dans un testament, une véritable disposition testamentaire (obr. cit., vol. IX, pág. 261, § 568 quater nota 2).

Planiol :

“La reconnaissance a beau être écrite sur le même papier que le testament, elle n'en fait pas partie” (obr. cit., vol. 1º, pág. 484, n. 1494).

Estevam de Almeida afirma que “não é disposição testamentária o reconhecimento feito em testamento”, e cita, nesse sentido, as palavras de Mazzoni, no seu “Direito Civil Italiano”: “Il riconoscimento non ha nulla di commune con le disposizioni testamentarie” (Obr. cit., vol. VI, págs. 112-113).

A linha diferencial, que tracei, entre o testamento, ato dispositivo e atributivo, em que domina a vontade, na sua função geradora de direitos, e o reconhecimento, ato declarativo, que firma o estado de família de um indivíduo, donde decorrem, ex-vi legis, vários direitos, inclusive o sucessório, encontro-a, outrossim, numa

página admirável e magnífica de B. Dusi, jurista de raça, cuja obra fulgurante relembra a maravilhosa intuição jurídica dos seus antepassados — os grandes mestres do direito romano.

Nessa página, tratando da irevgaobilidade do reconhecimento, ainda feito em testamento, descortina êle princípios fundamentais, que dominam a matéria :

“La unione del riconoscimento al testamento essendo meramente occasionale, non può la forma di questo influire sulla sostanza di quello. Il testamento comprende attribuzioni di beni (art. 759), il riconoscimento è assegnazione di uno status. Il testamento è atto essenzialmente dispositivo, il riconoscimento esclusivamente dichiarativo. Bene avrebbe potuto il testatore, tacendo la sua paternità, beneficiare il figliuol suo, come un terzo qualunque, e beneficiarlo anzi con maggiore liberalità (arg. art. 768).

Se non lo ha fatto, se lo ha RICONOSCIUTO come suo figlio, vuol dire ch'egli ha voluto dargli uno STATO; e lo stato è sempre irrevocabile. Non si parie (come fa specialmente il Huc) di indivisibilità della disposizione nella mente del testatore; non è indivisibile se non ciò che non può sussistere separatamente, indipendentemente; ma qui l'attribuzione delle sostanze ben può stare disgiunta dalla dichiarazione di paternità. Il figlio, trattato come un terzo, deriverebbe, come ogni altro erede estraneo, i suoi diritti esclusivamente dal testamento; DICHIARATO FIGLIO INVECE li deriva dal suo status; come terzo potrebbe essere con un atto contrario di volontà del testatore diseredato in tutto, come figlio riconosciuto ritiene invece in ogni caso un diritto di riserva (art. 815, 816). Ben potrebbe il testatore riconoscere il figlio



con una clausola a se, con una proposizione indipendente e principale (nel qual caso implicitamente manifesterebbe la volontà di lasciargli la quota assegnatagli dalla legge); ma ANCHE quando il riconoscimento vada unito ad una istituzione o ad un LASCIATO (um legado) di beni, i due ATTI giuridicamente sono sempre separati e distinti" (obr. cit., n. 138, págs. 645-646).

Respondo, pois, o quesito afirmativamente: ha no caso um verdadeiro reconhecimento voluntário da filiação ilegítima.

*Trata-se na hipótese de uma questão de alta indagação, que não pode ser apreciada e resolvida no processo de inventário?*

E' fóra de toda a dúvida que se não trata, aqui, de questão de alta indagação, cuja amplitude exorbita dos limites legais, em que se acha circunscrito o processo de inventário. Se-lo-ia, sim, se se cogitasse de investigar, pesquisar a paternidade (art. 363 do Cód. Civ.). Mas, não é isso o que se dá. A apelante, alegando ser filha do DE CUJUS, e estar feito, voluntariamente o seu reconhecimento na declaração de paternidade contida na cláusula testamentária, que lhe beneficia com o legado de um conto de réis (art. 357), reclama o seu direito á legítima (art. 1.605).

Pleiteava o nosso grande Ruy Barbosa, num dos seus famosos arrazoados forenses, por se não contemplar, no processo de inventário, a questão de nulidade de uma escritura, à conta de ser de alta indagação, e indicava, como se enquadrando à justa nessa categoria, as que se referem, a um tempo, ao direito e ao FATO, preso este ao cortejo da PROVA, cuja produção exige o rito processual ordinário.

“Ora que vêm a ser, num inventá-

rio, questões de alta indagação? Os praxistas remetem, como tais, para os juízos ordinários, "as questões de morgados, prazos, benfeitorias, bens do terceiro e outras demandas prejudiciais, que carecem de sentença em ação e juízo separado". (Menezes: Op. cit., 301) Como tais e corrente pertencerem a esses juizes as causas de nulidade de testamento (O Direito, v. VIII, p. 681). Todas essas pendências apresentam uma feição comum, que as incompatibiliza com a rápida ação dos juízos divisórios em todas elas a solução do litígio depende, a um tempo, do direito e do fato. Fossem de méro direito, e poderiam liquidar-se na jurisdição do inventário. Mas o fato prende com a prova, cuja exibição e discussão requer indispensavelmente os trâmites e garantias do proceso comum. No inventário se dirimem "as questões consistentes em direito". (Per. de Carvalho, I, § 3, n. 6, p. 13). Como questões, pois, de alta indagação, rejeita o inventário todas as que não forem de méro direito, ou se não puderem ventilar concludentemente com a prova dos autos". (Razões de apelação no inventário de Marianna Salusse, 1904, n. 68).

E, descendo a exemplificar, adverte o Mestre :

"Desde que entre as partes se suscitar contenda, cujos elementos de solução não se contenham, cabais e decisivos, no ventre dos autos, cessado terá essa autoridade. Se, por exemplo, no inventário se impugnar uma doação feita pelo defunto além da taxa legal, cabe ao juízo do inventário sentenciar; visto como, para a verificação da nulidade, basta a regra le-

gal e o instrumento do ato." (Lobão: Accç. Summ., § 322). Obr. cit., n. 79).

Ora, para se decidir sôbre o pedido dos apelantes, basta a leitura da aludida declaração inserta no testamento e a correspondente aplicação dos princípios jurídicos. Não ha necessidade de outras provas, nem de maiores exames (Cod. do Proc., art. 1414, IN FINE): a prova está ali mesmo no testamento público.

Ainda, porém, não é tudo: ha na nossa doutrina e na nossa jurisprudência ensinamentos, que, inspirados em casos idênticos, são explícitos, terminantes, decisivos na solução da controvérsia.

Dídimo da Veiga, em uma de suas observações á obra de Pereira de Carvalho — "Primeiras Linhas sobre o Processo Orfanológico" —, escreve á pág. 17, nota k:

"Em referência á dúvida suscitada pelo autor no final de sua nota, é mais aceitável a opinião de Guerreiro, porquanto as questões de direito, por mais intrincadas que sejam, não dependem de prova estranha aos autos; antes, entendendo muitas vezes com a marcha do processo ou liquidação de direitos, que nela têm de ser reconhecidos e firmados, não podem deixar de ser neles resolvidos, sob pena de acarretar demora ao inventário, o que a lei propoz-se evitar. E', sem dúvida, com este fundamento que os nossos tribunais têm decidido não ser questão de alta indagação a que versa sôbre a legitimidade do reconhecimento de um filho natural, e deve, por isso, ser tratada e resolvida nos próprios autos do inventário. Accs. da Rel. do Maranhão de 6 de dezembro de 1873 e 22 de junho de 1875, e do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1875. (Dir. vol. 12, pág. 110).

E', pois, de méro direito a questão de saber se, em

face dos termos da cláusula testamentária, se depara um reconhecimento voluntário.

Outrossim, o Dr. Juiz de Direito é o primeiro a reconhecê-lo e proclamá-lo, no seu despacho de fls. 48 a 49, ao afirmar como "certo que as questões de direito por não dependerem de prova, deixam de ser de alta indagação, para poder ser solucionadas no próprio inventário"; entretanto, interroga S. Excia., "como excluir a HIPÓTESE de um implícito reconhecimento de um filho incestuoso ou adúlterino, se nenhuma prova existe nos autos em CONTRÁRIO, e aí está o art. 358 do Código Civil a fulminá-lo com a impossibilidade de ser RECONHECIDO?"

O argumento, que esta interrogação encerra, e em que se apoia a decisão, é de um absurdo palpável e descomunal, porque :

a) parte de uma HIPÓTESE — a possibilidade de violação ao art. 358 do Cod. Civ. —, e o nosso Código do Processo, no art. 307, proíbe, terminantemente, ao juiz decidir "argumentando por hipótese";

b) exige que do ato do reconhecimento voluntário conste a INEXISTÊNCIA do vício da espuriedade, como condição *sine qua* da sua eficácia jurídica, impondo, dêsse geito, que êle contenha em si a PROVA de um fato negativo.

Antes de tudo, convém observar que ninguém alega a origem espúria da apelante: os seus adversários se limitam a discutir que, na cláusula testamentária em apreço, se não encontra um reconhecimento voluntário regularmente feito. Êste, o único ponto jurídico a examinar e decidir. O mais é pairar no domínio abstrato das hipóteses e conjecturas, nem sequer aventadas pelas partes interessadas, e, pela lei, não é êsse absolutamente o em que se deve colocar o juiz, na sua delicada função de julgar.

Na aplicação prática da disposição proibitiva do art. 358, o que se quer saber é se, do ato do reconhecimento, resulta ou não a prova da adúlterinidade ou incestuosidade: se resulta, o filho é considerado espúrio e o reconhecimento nulo; se não, o filho é tido como simplesmente natural e o reconhecimento válido, constituindo êste o seu título legal de filiação, em virtude

do qual lhe devem ser asseguradas pêlo poder judiciário todas as consequências jurídicas decorrentes do seu estado de família, inclusive o direito à sucessão legítima.

Um dos capítulos mais controvertidos do direito da família é o que se refere à verificação e prova da origem espúria da filiação, sob o regimen das legislações civis, que lhe proibem o reconhecimento.

Pois bem: ainda aí, em meio a êsse emaranhado de controversias, divergências e discussões, um ponto ha, todavia, inteiramente, absolutamente pacífico, firmado pela unanimidade dos escritores e tribunais.

E é que, quando um dos genitores (solteiro, no caso de adultério) reconhece isoladamente o filho natural, o reconhecimento é válido: não constando do ato o nome do outro genitor, que era casado ao tempo da concepção, ou seu parente em gráu proibido para o matrimônio, fica desconhecida a origem adúlterina ou incestuosa do filho, e deve ser este reputado simplesmente natural.

Venham à prova as mais altas e eminentes autoridades.

Baudry-Lacantinerie e G. Chéneaux :

“L'enfant est reconnu par un seul de ses auteurs, et celui-ci, par hypothèse, se trouvait libre au moment de la conception, alors que l'autre était marié. La reconnaissance est valable en principe. Car, bien que l'enfant ait en réalité une origine adúlterine, cette origine est ignorée, ou du moins elle n'est pas légalement connue. L'enfant sera en fait traité comme un enfant naturel simple.” (obr. cit., n. 632, pág. 592).

“L'enfant est-il reconnu par son père seulement ou par sa mère seulement, la reconnaissance est valable, car rien ne révèle l'origine incestueuse de l'enfant”. (obr. cit., n. 633, pág. 594).

Planiol :

“La sévérité de la loi qui anulle la reconnaissance ne reçoit d'ordinaire qu'une demi-application, car ele n'empêche la reconnaissance que de la part d'un seul des parents. En effet, si l'enfant est adultérin, celui des deux qui est libre peut le reconnaître, et sa reconnaissance est valable: si l'enfant est incestueux, l'un d'eux, soit le père, soit la mère, peut faire également une reconnaissance isolée; l'autre parent restant inconnu, rien ne viendra révéler l'adultère ou l'inceste, et l'enfant jouira avec le parent qui l'a reconnu de TOUS LES DROITS d'un enfant naturel simple” (obr. cit., vol. I, n. 1484, págs. 481-482).

B. Dusi :

“Ora, siccome il legislatore non colpisce il fatto in sé della filiazione adulterina ed incestuosa, sibbene la sua dichiarazione e piú precisamente la sua constatazione pubblica e diretta, cosi non fa meraviglia che la sanzione dell'art. 130 si attui, a cosi dire, solo per meta: attesi appunto gli ostacoli che gli interessati e la LEGGE STESSO frappongono al manifestarsi di cotal sorte di filiazione.

A meno che infatti il carattere della filiazione non risulti dallo stato stesso del genitore che opera il riconoscimento (un uomo ammogliato non può riconoscere un figlio avuto da una donna libera durante il matrimonio), in tutti gli altri casi il riconoscimento deve ritenersi perfettamente valido e efficace finchè quella qualità della filiazione non venga ad emergere altrimenti che per indagini all'uopo istituite. Lo stesso art. 193, pri-

ma parte, COL proibire in modo assoluto qualsiasi ricerca giudiziale della paternità o maternità adulterina od incestuosa, contribuisce a TENER FERMO IL RICONOSCIMENTO. In vero, in caso di adulterio, quello de'genitori che è libero può ben riconoscere il figlio (purché naturalmente questo sia iscritto nei Registri come nato da genitori ignoti) e IL RICONOSCIMENTO PRODURRÀ IL PIENO suo effetto dal momento che la legge STESSA INTERDICE (e IL GIUDICE dovrà fin da principio escludere) ogni indagini che tenda a dimostrare la paternità o maternità dell genitore coniugato. Analogamente in caso de incesto, uno de'genitore potrà ben riconoscere il figlio come semplicemente naturale, poiché nare il riconoscimento, a far constatare giudizialmente che l'altro genitore fu un niuno sarà ammesso, al fine di impugfratello o un parente od affine in linea retta del primo". (obr. cit., n. 166, págs. 753-754).

Esta solução dada pela doutrina e pela jurisprudência não é senão a consequência lógica de duas normas jurídicas fundamentais do instituto :

1º — Que o "reconhecimento de um genitor não está subordinado à indicação e ao assentimento do outro. A mãe póde e deve reconhecer o filho sem designar a pessoa do pai; o pai póde e deve reconhecer o filho sem designar a mãe". (Dusi, obr. cit., pág. 595; Planiol, obr. cit., vol. 1º, pág. 479; Baudry-Lacantinerie e G. Chéneaux, obr. cit., vol. IV, págs. 609 e segs.).

2º — Que se um dos genitores reconhece, isoladamente, o filho natural, não podem os interessados na anulação do reconhecimento investigar a paternidade ou maternidade do outro genitor, a fim de provarem a origem espúria do reconhecimento, visto como os arts. 363 e 364 do Código Civil lh'o interdizem.



Eis o que diz, textualmente, B. Dusi, cuja opinião a respeito já está claramente expressa no lanço acima transcrito :

“Quindi se un uomo libero riconosce gli interessati, in particolar modo gli eredi, impugnare il riconoscimento, offrendosi pronti a dimostrare che la madre durante tutto il tempo del concepimento trovavasi congiunta in matrimonio con altr'uomo. Altrettanto deve dirsi nell'ipotesi che il riconoscimento sia fatto da una donna libera, e vogliasi dimostrare che il padre è un coniugato”. (obr. cit., n. 28, pág. 608).

Não é outra coisa o que ensinam Aubry e Rau, quando escrevem :

“La recherche de la maternité devrait être rejetée, dans le cas même où, un enfant naturel ayant été reconnu par un HOMME NON MARIÉ, on voudrait, pour attaquer cette reconnaissance comme faite en contravention à l'art 335 (que proibe o reconhecimento dos espúrios), prouver que cet enfant a pour mère une femme qui était déjà mariée à l'époque de sa conception”. (Obr. cit., vol. IX, § 572, pág. 319).

Ora, como se verifica do testamento em apreço, Justino Benedito do Nascimento era SOLTEIRO e fez o reconhecimento sem indicar a maternidade de sua filha maior Maria Luiza do Nascimento, casada com Domingos Ricardo da Silva, em conformidade com os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência.

Se, por êsses ensinamentos, não podiam, como não podem, os interessados e, especialmente, os herdeiros, propor-se a demonstrar que a mãe da apelante era casada com outro homem ao tempo da sua concepção, ou era parente em gráu proibido do DE CUJUS, porque negar a validade e eficácia do reconhecimento pela simples enunciação de uma hipótese — a possibilidade de u'a origem adúlterina ou incestuosa ?

Se não é permitido verificar, provar, demonstrar o fato, objeto desta hipótese, porque aventá-la e, o que mais é, nela estribar a decisão, que exclue os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento?

E' insustentável, pois, o ato do Dr. Juiz de Direito, recusando a inclusão do nome da apelante no título de herdeiros, e, conseqüentemente, na partilha, como sucessora do DE CUJUS.

Em face do exposto, respondo o quesito negativamente: não se trata na hipótese de uma questão de alta indagação, mas de méro direito, que pode ser apreciada e decidida no processo de inventário.

E' este o meu parecer.

Itabuna, 18 de agosto de 1929.

**Conceito e pressupostos do ato  
ilícito e ação de indenização de  
danos causados por injúria ou  
calúnia**

## C O N S U L T A

A., inspetor-viajante da Companhia de Capitalização B., tendo esta o dispensado dêsse cargo e publicado na imprensa um aviso em que declara textualmente — A. não é pessoa autorizada a vender títulos de capitalização nem a passar recibos em nosso nome — Adiantamos mais que nunca foi procurador desta Companhia nem nunca teve autorização de passar recibos em nosso nome —, e considerando-se injuriado por êsse aviso, propoz contra a aludida Companhia, apoiado no art. 1547 e seu § único, do Código Civil, uma ação de indenização, para se ressarcir dos danos resultantes do ato ilícito cometido por ela.

O juiz de primeira instância julgou procedente a ação.

Acompanham a presente consulta, para melhor esclarecer os fatos causadores do litígio, e, dêsse modo, facilitar a resposta, os autos da ação.

Assim, pergunta-se :

Examinações ,cuidadosamente, os fatos que motivaram a demanda, tais quais resultam das provas produzidas nos autos, pode-se afirmar que ha, no caso, verdadeiro ato ilícito, capaz de justificar a propositura da ação de indenização de danos julgada procedente pela sentença de primeira instância ?

Recife, 16 de janeiro de 1942.

## PARECER

Para responder, devidamente, ao quesito formulado pelo consulente, é mister examinar com ajuda e penetrante análise psicológica, através das provas produzidas nos autos, os fatos que determinaram o litígio, e fixar, com rigor técnico e científico, os princípios jurídicos à luz dos quais se deve resolver a controvérsia, isto é, ajustar os pressupostos jurídicos aos pressupostos de fato da causa.

E' realmente o que pretendo fazer aqui, embora o tempo disponível me não permita, na angústia de sua exiguidade, largas investigações científicas, nem demorado exame dos fatos.

Estriba-se a ação, conforme se verifica do pedido, págs. 2 a 7, no art. 1547 e seu § único, do Código Civil, que dispõem :

“A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Se êste não provar *prejuízo material*, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.”

Como se vê do caráter e do escôpo dêsse dispositivo legal, que se subordina ao capítulo intitulado — Da

*liquidação* das obrigações resultantes de atos ilícitos —, ao qual faz remissão expressa a alínea 2ª do art. 159, da parte geral, não se cogita aí senão de uma simples regra de *AVALIAÇÃO da responsabilidade civil*, de um méro modo ou critério de liquidação da obrigação decorrente do ato ilícito na esfera do direito privado (delito civil) e na sua forma específica de injúria ou calúnia.

Quer dizer que, no art. 1.547, visa, tão sómente, o Código a condicionar a indenização desse tipo específico de ato ilícito de direito privado à reparação do dano material que o ofendido puder provar, deslocando, na hipótese contrária, o direito dêste, na forma de pagamento do dobro da multa no grau máximo da pena, para o domínio do direito penal; ao passo que ao art. 159 da parte geral reserva a função de fornecer o conceito geral e fundamental da responsabilidade civil resultante do ato ilícito, abrangente e compreensivo de quaisquer modalidades específicas, previstas nas leis penais, tais como a injúria e a calúnia.

Como ensina o egrégio jurista alemão prof. F. Regelsberger “onde a pretensão de reparação se apoia no delito, é determinante o conceito do delito civil, não do código penal” (*Wo sich der Ersatzanspruch auf das Delikt stuetzt, ist der Deliktsbegriff des Civil rechts, nicht des Strafgesetzbuchs massgebend.* — *Pandekten*, 1º vol., § 179, pág. 647).

E explica o prof. R. Ruggiero, um dos mais cultos e bem orientados civilistas italianos: “O delito civil se diferencia do penal precisamente por isto: que o primeiro é violação de um direito subjetivo privado, o segundo é violação da lei penal; ao primeiro importa como consequência o ressarcimento do dano, o segundo uma pena (corporal ou pecuniária) estabelecida no exclusivo interesse do Estado”. (*Istituzioni di Diritto Civile*, 7ª ed., vol. 3º, § 126, pág. 496).

Assim, estatue o art. 159 do Código Civil :

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Para esclarecer, doutrinariamente, o preceito do art. 159 e fixar o conceito e os pressupostos do ato ilícito, no objetivo de correspondente aplicação ao caso da consulta, deve-se recorrer aos subsídios e contribuições da ciência do direito civil.

Ora, é na Alemanha e na Austria que essa ciência atingiu, no brilho, vastidão e profundeza, o seu ponto culminante.

E na Alemanha, George von Waechter, a quem Bernardo Windscheid, na plenitude e no esplendor da sua glória de príncipe da dogmática, proclama, ao encerrar o livro especialmente escrito para lhe exaltar a vida e a obra, o maior dos jurisconsultos tudescos — "*Juris consultorum Germaniae jurisconsultissimus!*" — lamentando, no Lehrbuch des Pandektenrechts (vol. 1º, pág. 55), que a obra magistral do grande mestre — "Direito Privado Wurtemberguês", que se deve reputar das mais significativas publicações da literatura jurídica, ("muss zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden") — tenha, desgraçadamente, ficado só na parte geral — "Leider nur der allgemeine Theil!" —; e, na Austria, Joseph Unger, professor, juiz, escritor, o maior jurisconsulto da sua pátria, — são as expressões mais altas, mais representativas, mais luminosas da mais notável e gloriosa cultura jurídica do mundo

Que é ato ilícito e quais os seus requisitos ou pressupostos, na lição desses jurisconsultos?

Waechter: "Ato ilícito, delito no domínio do direito privado, é aquele ato pelo qual alguém, injustamente, invade, lesando, uma esfera jurídica alheia". (Handbuch des im Koenigreiche Wuerttemberg geltenden Privatrechts, II, 3, § 109 — pág. 777).

Unger: "Entende-se, no domínio do direito privado, por ato ilícito aquele ato, pelo qual alguém, injustamente, invade, lesando, uma esfera jurídica alheia, e, por isso, é responsável no ponto de vista

jurídico — civil". — (System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, vol. 2, § 100, pág. 228).

Desse conceito, que é modelar e perfeito, assim no conteúdo científico, como na formulação técnica, deduzem-se, facilmente, os requisitos ou pressupostos do ato ilícito.

Vou estudar de per si esses requisitos ou pressupostos, de acôrdo com os ensinamentos daqueles jurisconsultos, e, ao mesmo passo, examinar os fatos, que deram lugar à lide, através da prova documental produzida nos autos, em face de cada um dêles.

Evidenciem êsses fatos que falte, no caso da consulta, qualquer dêsses requisitos ou pressupostos, nenhum ato ilícito terá, na realidade, praticado o superintendente da ré, C, de molde a justificar a ação de indenização que move A. contra B.

1º — Não basta que se apresente um fato aparentemente, exteriormente ofensivo, prejudicial, lesivo, para que se caracterize o ato ilícito, é preciso ainda, essencialmente, que o fato seja, objetivamente, injusto, contrário ao direito, isto é, que o agente tenha, sem faculdade, sem autorização, sem direito, invadido e lesado a esfera jurídica alheia.

Em suma: o fato lesivo é lícito, se por quaisquer razões não é injusto, contrário ao direito; e não é injusto, contrário ao direito, se o agente, dentro das circunstâncias que o cercaram e o determinaram, tinha a faculdade, a autorização, o direito de o praticar. (Cons. a respeito Waechter e Unger, loc. cit.).

"Se existe um direito do agente ao ato, de que resultou para outro uma lesão, escreve Unger, não se pode qualificar o ato como ilícito: o autorizado ao ato não agiu contra o direito. O exercício de um direito dentro dos limites legais não incide sob o conceito da injustiça, ainda que dêle nasça para um outro um grande dano: igualmente, não se deve considerar o fato lesivo como injusto, se, por quaisquer outras razões, se era autorizado ao mesmo... (Obra cit., loc. cit.).

Também não se deixe passar a lição do professor Wendt :



“Se, como não raro acontece, se compara, na série dos fatos jurídicos, a *lesão do direito* aos negócios jurídicos, não se exprime, com isso, senão unilateralmente e incompletamente, o conceito e essência do injusto. Pois, desse modo, forma-se a aparência de que é sempre o *resultado* de um ato que o faz injusto. Mas, na realidade, já não é decisivo, para isto, que um ato viole direito alheio e lese o mesmo, senão importa que, por sua parte, ele se dê *sem direito*, de modo injusto e ilícito em relação ao poder do agente mesmo, pois: *juris executio non habet injuriam*, e por isso mesmo: *injuria ex eo dicta quod non jure fiat*. Para que, portanto, pertença a alguém direito e faculdade, precisa ele não se abster por causa do resultado lesivo, e juridicamente também não se considerará o prejuízo causado como um *damnum*: *nemo damnum facit, nisi quis id fecit, quod facere jus non habet* (Lehrbuch der Pandekten, § 69, pág. 189).

Do seu lado, observa Regelsberger que “pela existência de circunstâncias especiais, poder ser excluída a injustiça, posto que o ato traga em si os sinais normais da ilicitude”. (Obr. cit., pág. 644-645).

E essas circunstâncias se apresentam, entre outras, nos casos de exercício de faculdades jurídicas e de defesa de direitos subjetivos privados, bens jurídicos, interesses, etc.

Assim, se o agente, autorizado por circunstâncias especiais, pratica um ato, que traz em si o cunho de ilicitude, perde, êle, contudo, o caráter injusto, anti-jurídico.

Não há, então, mesmo do ponto de vista *objetivo*, um ato injusto, juridicamente lesivo ou danoso — ainda que, de fato, tenha produzido dano — e, conseqüentemente, a obrigação civil de reparação.

Cabe-me, agora, demonstrar, com a análise dos fatos, que o ato do superintendente da ré, ao qual se quer, à fina força, opor a etiqueta de ilícito, não apresenta o caráter objetivo de injustiça. Falta-lhe, assim, um dos requisitos característicos, essenciais da ilicitude.

Verifica-se dos autos que, em 22 de fevereiro de 1940, D., Inspetor Geral da ré, em carta datada de João Pessoa, capital do Estado da Paraíba, comunicou ao

autor a sua escolha para o CARGO de Inspetor-viajante, confirmando, desse modo, o entendimento verbal tido com o mesmo (v. doc. de fls. 12). Nessa carta, onde se exige do escolhido a apresentação de uma fiança de cinco contos, firmada por pessoa idônea e que possuía bens de raiz livres de qualquer onus, bem como de outros documentos necessários — e a fiança efetivamente apresentada só valeria até 30 de junho de 1940 (v. doc. de fls. 14) e era firmada por pessoa que não tinha as qualidades financeiras exigidas (v. doc. de fls. 126), — fez-se, claramente, uma nomeação provisória. Isto resulta: a) Do próprio contrato entre a ré e o Inspetor-Geral, D, no qual se estipula, como uma de suas condições, que os contratos de agentes e inspetores, nomeados por êle D. “deverão ser firmados e emitidos pela Séde, de acôrdo com a circular n. 75.” Como se vê, o Inspetor-Geral não tinha, de maneira nenhuma, poderes para firmar contratos definitivos com os agentes e inspetores, que nomeasse. b) Da própria carta de comunicação de fls. 12, onde se estipula que ela “serve de base para o seu primeiro mês de experiência, fevereiro de 1940.”

Exibiu, porventura, o autor qualquer outro contrato, a não ser a carta de fls. 12? — Absolutamente, não.

Como quer que seja, porém, o fato é que aquela carta não passa de uma simples comunicação de escolha do autor para o CARGO de inspetor da ré.

Quem, por acaso, veria nela uma procuração, um instrumento de mandato? Nem na sua forma, nem no seu conteúdo, nem no seu objetivo (arts. 1288 e 1.289 § 1º do Código Civil), apresenta o caráter de procuração.

Mas, dado que o tivesse, não autorizaria ela, inquestionavelmente, o autor a passar recibos e dar quitação, poderes que não resultam do mandato em termos gerais, por exorbitarem da administração ordinária, senão de outorga especial e expressa. (Cod. Civ. art. 1295 § 1º; Código de Processo Civil, art. 108; Teixeira de Freitas — Consolidação das Leis Civis, art. 470, § 5; Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVIII, 2ª ed. pág. 173).

Além disto, se a ré não outorgara a D. (pelo con-

trato realizado entre este e aquela era dada tão somente a autorização para nomear Agentes e Inspetores, cujos contratos seriam firmados e emitidos diretamente pela sede da Companhia) poderes para constituir mandatários e conferir-lhes, por sua vez, poderes especiais de passar recibos e dar quitação, como se poderia admitir — ainda na hipótese de que D. tivesse, realmente, constituído o autor procurador da Companhia e lhe concedido esses poderes — a validade dessa constituição de mandato e outorga de poderes, e, consequentemente, afirmar que o autor foi procurador da ré e autorizado a passar recibos?

A junção do documento de fls. 33 — três recibos em branco extraídos de um talão pertencente à Companhia ré — de nenhum valor probante se reveste no que concerne á autorização para passar recibos em nome dela: frequentando o autor o seu escritório nesta Capital, com a liberdade, intimidade e confiança que lhe davam a condição de Inspetor-viajante, foi-lhe fácil apoderar-se daqueles recibos.

Por isso, causou-me grande surpresa a afirmativa do juiz de primeira instância na sua sentença de que está provado nos autos que o autor fôra procurador da ré e tivera a concessão de poderes para passar recibos, adiantando mais que constituia, pois, uma inverdade a alegação em contrário constante do aviso incriminado.

Refere-se a sentença, de modo vago e impreciso, sem nenhuma indicação ou especificação, á abundante prova nêsse sentido, mas a prova da condição de procurador, de mandatário e da outorga de poderes especiais e expressos para receber e dar quitação só se pode fazer mediante a exibição da procuração, que é o instrumento do mandato (art. 1288, alínea 2 do Código Civil).

O a que autorizava a simples escolha do autor, constante da carta de fls. 12, para Inspetor-viajante da ré, embora de natureza visivelmente provisória, era, tão somente, a vender os títulos de capitalização e a colocar no "cartão recibo", que fica em poder do portador, adquirente do título, os coupons que lhe eram entregues em confiança pela ré, recebendo, por isso, do

portador a importância correspondente aos coupons colocados, visto como reza o cartão da ré — “a quitação das mensalidades será feita mediante aposição de um coupon azul, *devidamente carimbado* no espaço relativo ao mês.”

E' êsse, aliás, o processo ou técnica geral de pagamento das mensalidades dos títulos de capitalização adotado em todas as companhias.

Não se confundam, portanto, poderes de passar recibos e dar quitação, outorgáveis só em instrumento de mandato — procuração — e o fato de receber as importâncias das vendas e mensalidades dos títulos de capitalização, confiados, bem como os cartões de quitação e os coupons, aos inspetores, empregados da Companhia, devendo-se observar que, ao vender o título de capitalização, o inspetor o entrega ao comprador juntamente com o cartão de quitação já com o coupon relativo ao primeiro mês devidamente aposto e carimbado pela Companhia (v. docs. ns. 5 e 6).

A função, pois, do autor, como Inspetor-viajante, era, ao lado da fiscalização dos agentes da Companhia, vender os títulos e apor os coupons relativos às mensalidades posteriores ao primeiro mês, nos cartões de quitação, — títulos e coupons que lhe eram confiados, como qualquer outra mercadoria a ser colocada no mercado, recebendo, em consequência, mediante entrega de uns e outros, as respectivas importâncias.

Fixado este ponto fundamental da questão, passo a examinar a atividade do autor até à publicação do aviso, a que se atribue caráter lesivo e prejudicial.

Nos primeiros três meses, naturalmente para agradar a Companhia, o autor conduziu-se bem, tanto que, pela carta de 30 de abril, mereceu elogio do Inspetor-Geral D. (v. fls. 46); mas, daí em diante, por uma conduta progressivamente desonesta, foi, revelando, aos poucos, seu verdadeiro caráter: a 29 de maio de 1940, denuncia-o à Companhia o mesmo Inspetor-Geral pelo não recolhimento de importâncias de títulos saldados e de mensalidades de títulos de pagamento mensal, chegando mesmo a chamá-lo de desonesto... (v. doc. fls. 127); a 3 de junho de 1940, avisa aquele Inspetor à ré que, em virtude dos últimos acontecimentos, vai

dispensar o autor; e a 6 de junho de 1940, na carta de fls. 15, narra o apelado, embora a seu geito, as suas dificuldades e apertos em acertos de contas com o chefe do escritório Sr. E., cujo rigorismo o sobressalta...

Até que, em outubro de 1940, indo à Paraíba o superintendente da ré C., verificou, não só a repercussão da má conduta social do autor, já denunciada pela carta de fls. 130, e indubitavelmente prejudicial aos interesses da Companhia, interessada na maior colocação possível dos seus títulos de capitalização (daí a diminuição de negócios do autor, que, todavia, a procura explicar, ladinamente, na petição inicial — fls. 3 —, com a situação de verdadeira penúria do Estado...), senão também os fatos gravíssimos de ter o autor passado recibos em nome da Companhia sem outorga de poderes para isso e a apropriação indébita de importâncias dela, que, em virtude dos contratos com os seus prepostos e das suas instruções, lhe devem ser remetidas INCONTINENTI, por sua conta, “ficando expressamente estipulado que o Inspetor considera e confessa como depósito todas as quantias recebidas em nome e a favor da Companhia, *as quais de modo algum devem ser usadas para fins pessoais* ou de qualquer outra natureza, e, na hipótese da não colocação dos *títulos requisitados*, só haverá estorno da quantia correspondente à primeira mensalidade e selos de cada título, se for comunicada antes do sorteio” (v. doc. de fls. 122-125, datado de 20 de setembro de 1940).

Aliás, a confissão do autor, no tocante à apropriação indébita das quantias que deviam ser remetidas *incontinenti* à ré e não podiam ser usadas para fins pessoais, na conformidade dos contratos e instruções, está feita nos autos de modo cabal, assim na petição inicial, como no depoimento pessoal.

Na petição inicial: “Encontrava-se ainda em João Pessoa quando foi procurado pelo Superintendente da “Emprêsa”, C, a quem expoz a marcha dos negócios realizados e em perspectiva, fazendo ver ao mesmo tempo que a situação do Estado era de verdadeira penúria, como muito bem o disse em entrevista concedida á imprensa desta Capital e do Rio, o sr. I. F. Não quiz, entretanto, o Snr. Superintendente atender a essas cir-

cunståncias, achando prudente tomar logo conhecimento oficialmente do dinheiro recebido pelo suplicante, sendo, entãõ, constatado que o suplicante deveria entrar para a "Companhia" com a importância de um conto e duzentos mil réis (1:200\$000), para a cobertura da produção referente ao mês de SETEMBRO JÁ REFERIDO. E como o *suplicante houvesse empregado esse dinheiro, parte com a sua manutenção* na referida Capital e parte enviada à sua família, conforme já ficou explicado, foi combinada a emissão de uma promissória do mesmo valor, avaliada pelos seus irmãos H e J. o que foi aceito pela Empresa em causa ... (fls. 3).

E no depoimento pessoal: "que o Autor quando do acêrto de contas devia à Companhia, o que pagou emitindo a promissória de fls., *que essa importância paga foi proveniente da arrecadação feita dos negócios em João Pessoa que se destinou ao serviço da Companhia; que esta arrecadação pertencia à Companhia* (v. fls. 201v).

No debate oral também confessa, clara, formal, explicitamente, a apropriação: "... ficando o Autor na contingência, pela pouca renda, de *lançar mão* das importâncias que deveriam ser entregues à Companhia"... (fls. 198).

E, quanto à explicação do que se passou, posteriormente, ao acêrto de contas, onde se verificou o desfalque do autor, é flagrante a contradição entre a inicial e o depoimento pessoal.

Na inicial: Regresando a este Estado, *em companhia do referido Superintendente, prosseguiu o suplicante na venda dos títulos da Companhia*", de vez que estava regularizada a sua situação com a "Empresa", em face da promissória acima referida e já resgatada. *Com surpresa*, porém, deparou o suplicante ao ler os jornais matutinos desta Capital, de 2 de novembro do aludido ano, com a notícia sob o título: "*Aviso Importante*", na qual a Companhia B. prevenia aos portadores de títulos da mesma e ao público em geral, não ser o suplicante "pessoa autorizada a vender títulos de capitalização, nem passar recibos em nosso nome; adiantamos mais que nunca foi procurador desta Companhia, nem nunca teve autorização para passar recibos em nosso nome" (v. fls. 4).

E no depoimento pessoal diz cousa diametralmente oposta: "que o acêrto de contas a que se referiu acima teve lugar no dia trinta — 30 — de outubro de mil novecentos e quarenta, e, *nesta ocasião, o Superintendente C.* apresentou a ele depoente uma carta para que fosse por êle depoente mesmo assinada e que era no sentido de seu pedido de demissão; que se recusando êle depoente a assinar dita carta o mesmo senhor C. declarou-lhe que iria fazer publicar nos jornais uma comunicação no sentido de que ele depoente não era mais empregado da Companhia; que dita publicação de fato foi feita nos jornais no dia dois — 2 — de novembro, não só no sentido de que êle depoente não era mais empregado da *Companhia* como também que jamais fôra; que dentro do período de trinta — 30 — de outubro a dois — 2 — de novembro de mil novecentos e quarenta êle depoente nenhuma operação efetivou como seja recebimentos de mensalidades, venda de títulos e etc., *aguardando a notícia publicada nos jornais* (v. fls. 202).

Por esse interessante confronto, vê-se como o autor, arrastado pelo seu caráter tortuoso e estimulado pela sua diabólica imaginação, explica a mesma cousa por modos os mais diferentes...

Diante do exposto, a explicação do Dr. Juiz prolator da sentença de que se não achava caracterizado o desfalque que se quiz atribuir ao autor é de uma ingenuidade, de uma inconsistência, de uma fragilidade que não resiste ao mais ligeiro exame.

Assim os dois pontos, que, nêsse sentido, o impressionaram — não sabemos mesmo porquê! — são os seguintes: a) tendo lançado mão de um conto e duzentos mil réis, proveniente de recebimentos, efetuados em João Pessoa, de importâncias pertencentes á Companhia, o que se apurou no acêrto de contas ali realizado pelo Superintendente C., só poderia o autor ser considerado faltoso, afirma a sentença, si ao regressar a Recife não prestasse, devidamente, as suas contas!; b) que o autor compôs a sua situação emitindo uma nota promissória, que foi aceita pela Companhia e por cuja importância foi creditado em sua conta corrente logo no mês seguinte.

## QUANTO AO PRIMEIRO PONTO

João Pessoa, onde se realizou, em 30 de outubro de 1940, a tomada de contas pelo Superintendente, cujas atribuições abrangem tanto Pernambuco, como a Paraíba, era zona A, de atuação do autor, na qualidade de Inspetor-viajante da Companhia, como se verifica do próprio documento junto por êle a fls. 13; ali recebeu êle as importâncias correspondentes ao mês de setembro de 1940; ali as gastou no seu uso pessoal, conforme confessou na inicial, no debate oral e no depoimento pessoal, violando expressamente as regras da Companhia que mandam remeter-lhe INCONTINENTI as quantias arrecadadas (portanto, onde quer que, dentro da sua zona, se encontre o Inspetor) e que proibem sejam estas usadas para fins pessoais ou de qualquer outra natureza!

Que mais seria preciso para caracterizar o desfalque, a apropriação indébita praticada pelo autor? Nada, absolutamente nada!

## QUANTO AO SEGUNDO PONTO

A circunstância de ter o Superintendente C. aceito a promissória emitida pelo apelado para remediar o seu desfalque, longe de o negar, confirma-o, e não exclue, nem diminue a sua alta importância moral e relevante significação jurídica no legitimar e justificar, plenamente, a atitude posterior e imediata daquele Superintendente, dispensando os serviços do autor e publicando na imprensa o aviso, que, dentro em pouco, vou analisar.

Admitir o contrário, como o faz a sentença apelada, é desconhecer a realidade gritante da diferença entre o fato do desfalque, da desapropriação, na sua profunda repercussão moral, e as suas consequências jurídico-penasi.

Destas não se quiz valer a ré justamente porque não desejava perseguir o autor: daí o haver aceito, quando nada a obrigava a fazê-lo, a promissória, para cobertura da importância apropriada.

Mas aquele seria inconcebível, inexplicável, perigo-



so que lhe não desse a ré a devida importância: não lhe interessavam, a ela, auxiliares desonestos e criminosos, que violassem as suas normas contratuais e instruções, apropriando-se das quantias que deviam ser remetidas *in continenti*, utilizando-as para fins pessoais, aparecendo, no mundo dos negócios, como legítimo procurador com poderes para passar recibos, sem o ser, mantendo uma conduta social turbulenta e perigosa, nociva aos interesses da ré, com a indesejável compensação de receber notas promissórias, que, ademais, poderiam não ser pagas. Esses aventureiros são sempre insolventes, no ponto de vista da possibilidade de uma execução judicial: não ha nada por onde se lhes pegue. Note-se, a êsse respeito, que a promissória emitida pelo autor, pagou-a o avalista J. (v. verso do doc. fls. 22).

Ora, foi dentro dessas circunstâncias que C., para defender e salvaguardar os interesses da ré contra as artimanhas, os processos escusos, as manobras dolosas, enfim contra a atividade desonesta e criminosa do autor, cujos antecedentes a faziam temível e perigosa, — impedindo-o de se aproveitar junto ao público, com graves prejuizos morais e materiais para ela, da condição de legítimo procurador, com poderes para passar recibos, como se inculcava, quando fôra simples Inspetor-viajante, — resolveu, imediatamente, dispensá-lo desta função e, também, logo em seguida publicar na imprensa o seguinte

#### AVISO IMPORTANTE

Anunciamos aos nossos portadores de títulos e aos nossos amigos que o senhor A não é pessoa autorizada a vender títulos de Capitalização, nem a passar recibos em nosso nome. Adiantamos mais que *nunca* foi procurador desta Companhia nem *nunca teve autorização* de passar recibos em nosso nome. — *Companhia B. de Capitalização*. (v. fls. 23).

Procurou-se estabelecer, em torno desse *Aviso*, uma dramática balbúrdia, uma confusão desnorteante, com o fim premeditado de, deturpando-lhe os termos sóbrios, precisos e exatos, entre os quais se não encontra — note-se bem — uma só expressão aviltante, ofensiva,

ultrajante, os claros objetivos de salvaguarda e esclarecimento, a cuidadosa discriminação entre a situação do autor no passado, de um lado, e no presente (isto é, na data em que se fazia a declaração) de outro lado, lhe atribuir intuito injurioso e lesivo.

Vou, porém, restabelecer o *Aviso* nos seus justos termos, analisando-lhe, leal e honestamente, o conteúdo, para mostrar que lhe falta, a êle, o caráter objetivo de injustiça, de contrariedades ao direito, e, pois, de ilicitude, que, sem nenhuma prova, sem nenhuma demonstração, sem nenhum fundamento jurídico, se lhe quer imputar, com a consequente e almejada responsabilidade civil.

Antes de tudo, vê-se que o *Aviso*, no tocante à situação do autor em relação à Companhia ré se divide, clara e expressamente, em duas partes: uma, que se refere ao presente, á data em que era publicado — 2 de novembro de 1940 —, donde o se haver empregado a expressão — “NÃO É”; e outra relativa ao passado, ao período anterior àquela data, perfeitamente caracterizada com as expressões “NUNCA FOI”, “NUNCA TEVE”.

Essa distinção, que se encontra no *Aviso*, revela a preocupação, o cuidado, a honestidade do seu redator no sentido de ajustar as suas declarações sôbre a situação do autor em relação á ré, no pasado e no presente, á estrita verdade dos fatos, a que se devem aplicar as normas jurídicas. E não há dúvida que são verdadeiras essas declarações.

Demonstremo-lo.

Na primeira parte, reza o *Aviso* : “Não é pessoa autorizada a vender títulos de Capitalização, nem a passar recibos em nosso nome”.

Ora, desde que, dias antes, a ré dispensara o autor das funções de Inspetor-viajante, podia ela, legitimamente, na data em que fazia a publicação, afirmar que “êlé” não é pessoa autorizada a vender títulos de capitalização”, visto como cessara, com aquela dispensa, a autorização para essas vendas. E, no que diz respeito á autorização para passar recibos em nome da ré si êle nunca a teve no passado, tanto melhor podia esta fazer a sua afirmativa em referência ao presente.

Agora, a segunda parte do *Aviso*, referente ao passado, sem dúvida a mais importante, por constituir o pressuposto de fato, em que estriba o autor o seu pedido de indenização: "Adiantamos mais que nunca foi PROCURADOR desta Companhia, nem nunca teve autorização PARA PASSAR RECIBOS EM NOSSO NOME".

Ora, o que está aí é a expressão indubitável da verdade de fato e de direito, porque já demonstrei acima, de modo cabal, ao examinar a carta de fls. 12 em face dos princípios jurídicos, que o autor nunca foi *procurador* da ré, que jamais lhe outorgou mandato de espécie alguma, nem lhe conferiu poderes para passar recibos, — poderes que devem ser especiais e expressos.

Aproveitando a circunstância da não ter sido o conteúdo do *Aviso* devidamente explicado e esclarecido nos debates que se travaram no curso da ação, não perdeu o autor a oportunidade de, no seu depoimento pessoal, exhibir um dos seus *trucs* costumados

Assim, depõe êle: "que dita publicação de fato foi feita nos jornais no dia dois — 2 de novembro, não só no sentido de que êle depoente não era *empregado da Companhia* como também que jamais o fôra; (omissis) que a parte que julga caluniosa ou prejudicial á sua pessoa está enquadrada na parte da nota em que diz *não ter sido jamais autorizado a receber dinheiro e a vender títulos de capitalização* quando êle depoente tinha vendido diversos títulos inclusive um ao I. F., interpreta, nesta publicação, que se lhe atribuía a qualidade de "chantagista" e "falso representante" (v. fls. 202).

Ora, se a calúnia ou prejuízo resulta tão sómente, como assevera o autor, da afirmativa da ré, no *Aviso*, de *não ter sido* êle *jamais* autorizado a vender títulos de capitalização e a receber dinheiro, não existe, absolutamente, calúnia ou prejuízo, em que se funde a ação de indenização, de vez que aquela afirmativa não consta do *Aviso*: é obra da fantasia e da imaginação do autor!

Diz-se, no *Aviso*, que o autor "nunca foi procurador desta Companhia nem nunca teve autorização para passar recibos", — e que isto é verdade, em face da car-

ta de fls. 12 e das regras de direito, ficou evidentemente demonstrado.

Não se diz, porém, ali, que êle “nunca foi autorizado a vender títulos de capitalização e a receber dinheiro”, porque, como Inspetor, que fôra, da Companhia, podia realizar e, de fato, realizou vendas desses títulos, e, mediante entrega dêles, dos cartões de mensalidades e respectivos coupons-mercadoria que lhe eram confiados — aos compradores, receber as respectivas importâncias.

Como se vê, não há por onde confundir — “nunca foi procurador da Companhia, nem nunca teve autorização para passar recibos” com “nunca foi autorizado como Inspetor ou empregado da Companhia a vender títulos de capitalização e a receber dinheiro”.

E', portanto, fôra de dúvida que:

a) o aviso publicado pelo Superintendente da ré exprime a verdade dos fatos, e não contém, de modo nenhum, aquilo, que o autor, clara e expresamente, reputa como calunioso ou prejudicial á sua pessoa;

b) êsse Superintendente, fazendo tal publicação, exerceu o direito e a faculdade de salvaguardar os altos interesses morais e materiais da ré, que as circunstâncias já examinadas — onde avultam o desfalque cometido pelo autor contra a propria ré e os seus antecedentes perigosos tornavam perfeitamente legítimos, devendo ainda acrescentar-se que é uso geral do comércio, para esclarecimento e ciência de terceiros, tais publicações em referência a empregados ou prepostos dispensados de suas funções, sem que se lobbigue, aí, qualquer intuito injurioso ou prejudicial.

Assim, não se depara na atitude e conduta da ré — publicação do *Aviso* — nenhum ato injusto ou contrário ao direito, objetivamente considerado, necessário á caracterização do ato ilícito ou delito civil, que lhe determine a responsabilidade de reparar quaisquer danos porventura ocasionados ao autor por aquela publicação, de acôrdo com os ensinamentos magistrais da mais pura doutrina do direito civil.

2º — Dado, porém, que houvesse, na hipótese, um ato objetivamente injusto ou injurioso (Die objektiv-widerrechtliche That, das objective Unrecht, na terminologia tudesca), só por isto não estaria caracterizado:

qualquer ato ilícito da autoria da ré: seria preciso, ademais, que o ato injusto ou injurioso objetivamente o fosse também na relação subjetiva, isto é, deveria ainda poder ser imputado á culpa do agente. Essa imputação, chamada *imputatio juris*, consiste na relação de um ato injusto, como tal, com a vontade do agente (V. Unger, Waechter e Ruggiero, loc. cit).

A culpa (*lato sensu*, compreendendo assim o dolo, como a culpa propriamente) constitue, dêsse geito, requisito indispensável do ato ilícito (v. também art. 159 do cod. civ.).

E, para que se apresente culpa, isto é, imputação de um ato injusto, é essencial, além das condições da capacidade de querer, existência da vontade ou liberdade do ato, “a possibilidade, nas circunstâncias dadas e com a atenção a que é obrigado o agente, de reconhecer o ato como INJUSTO”, conforme a lição do afamado Waechter, reproduzida por Unger (“c. die Moeglichkeit, unter den vorliegenden Umstaenden bei der Achtsamkeit, zu welcher der Handelnde verpflichtet ist, die That als eine rechtswidrige zu erkennen. — loc. cit).

Ruggiero, ao expor os requisitos do delito e do quasi delito, assenta a regra de que “nem toda a violação do direito alheio é delito”. E acrescenta: “Culpa aquiliana (ilsto é, delito ou quasi delito) não pode haver senão quando se viola um direito primário, isto é, um direito absoluto válido *erga omnes*, como a propriedade, o direito á integridade pessoal, à honra, etc. Mas, para que na violação de tais direitos primários haja delito, não basta a méra negação dêles: requer-se, ademais, um elemento subjetivo que caracterize a violação como injusta. E este elemento é, nos delitos, a consciência da injustiça intrínseca do próprio comportamento” (obr. cit., § 126, págs. 495-496).

E Regelsberger também doutrina: “Se alguém estabelece ou mantém uma situação, que não está em harmonia com o direito, mas na crença não leviana de estar autorizado a iso, age (de modo objetivo) injustamente, mas sem culpa...” (obr. cit. § 178, pág. 645).

Ora, das circunstâncias que rodeiam o comporta-

mento do Superintendente da ré, no caso da publicação do *Aviso*, e já expostas e analisadas demoradamente, interfere-se, forçosamente, a ausência de culpa da sua parte: tendo diante de si um ex-empregado, despedido por se ter apropriado de dinheiros da Companhia, autor de recibos de quitação em nome dela sem a devida autorização, com péssimos antecedentes reveladores de sua visceral desonestidade, procurou defender e ressaltar os consideráveis interesses que lhe tinham sido confiados, avisando ao público, como é de uso e praxe no comércio, o que, baseado nos fatos e na lei, julgava-se muito bem, conforme o demonstrei — ser lúdima verdade a respeito duma situação, que assim no passado, como no presente, não era, de maneira nenhuma, a que queria atribuir-se esse ex-empregado.

E, para o expor e esclarecer fielmente, redigiu-se o *Aviso* com todo o cuidado e prudência, evitando-se, até, com distinguir entre o passado e o presente, uma declaração geral, que, envolvendo, num só todo, aspectos diversos duma situação de fato, de certo não corresponderia á verdade integral.

Assim, naquelas circunstâncias e com a atenção e diligência que cumpriam ao Superintendente C. era-lhe impossível reconhecer como *injusto* o ato que cometia: ao revés, o que lhe dizia a consciência era que êle estava cumprindo, honestamente, o seu dever, realizando um ato integralmente justo e exercendo uma faculdade legítima.

Não ha, pois, em face daquelas circunstâncias, por onde se considerar culposo o comportamento da ré e atribuir-lhe a prática de um ato injusto sob o ponto de vista da relação subjetiva.

Falta, dêsse modo, no caso examinado, outro pressuposto essencial á conceituação do ato ilícito, como fonte da obrigação civil de reparação de danos.

3º — Finalmente, deve o ato ter lesado, efetivamente, um direito, produzindo consequências jurídicas privadas, isto é, determinando uma perturbação nas relações jurídico-patrimoniais (v. Waechter, loc. cit.).

“Se não se deu, objetivamente, uma lesão do direito, escreve Unger, o ato ilícito não tem significação no terreno do direito privado: a simples tentativa de uma

violação do direito é irrelevante na relação jurídico-civil. A violação do direito realizada efetivamente, deve apresentar-se como um efeito do ato em questão, o resultado injusto deve estar para o ato — numa relação necessária — nexu causal (ch. imputação do fato, IMPUTATIO FACTI) (loc. cit; confr. Waechter, loc. cit).

Esse pressuposto, como se vê, desdobra-se, por sua vez, em dois requisitos ou condições :

a) que um direito, como a propriedade, a integridade pessoal, a *honra*, tenha sido efetivamente lesado pelo ato em questão; b) que essa lesão tenha uma repercussão patrimonial, isto é, produza um dano (v. Ruggiero, loc. cit), que, na hipótese de ofensa à honra por injúria ou calúnia, deve ser material (art. 154 § único do Código Civil) .

Nenhuma dessas condições, cada uma das quais essencial à configuração do respectivo pressuposto, se encontra no pleito, objeto da consulta.

Falta, logo, clara e evidentemente, à mais ligeira apreciação da espécie controvertida a primeira daquelas condições: a) nenhum indivíduo poderia julgar-se ofendido ou lesado em sua honra por um aviso publicado na imprensa, redigido com a maior sobriedade, sem nenhum termo insultante, deprimente, injurioso, limitando-se a uma sêca declaração sôbre uma situação de fato absolutamente verdadeira, segundo o mostramos de modo irrefutável, e visando tão sômente a esclarecer o público sôbre essa situação e, dêsse feito, a ressaltar e defender os interesses da declarante; b) e, então, se esse indivíduo é autor de desfalques, apropriações indébitas, etc. tal é a situação do autor resultante das provas apresentadas, nem sequer se pode falar de um direito à honra, efetivamente ofendido ou lesado pela *Aviso* da ré. De fato, com semelhante conduta é inconcebível invocar-se injúria ou calúnia, como causa de ofensa ou lesão á honra, que aquela conduta exclue, quer na esfera do direito privado, para se pleitear a reparação de um hipotético dano material (v. art. 159 comb. com o art. 1547 do cód. civ. ), quer no domínio do direito penal para se obter a imposição de uma pena (v. o título XI — Dos crimes contra a *honra* e a bôa fama — da antiga Consolidação das leis penais, e o capítulo V do Tí-

tulo I da Parte especial — Dos crimes contra a honra — do novo Código Penal — Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940).

Inexiste o direito subjetivo privado, que a ordem jurídica ampara e protege, contra a lesão injusta, por meio da reparação civil do dano.

Também, por outro lado, não está provada a segunda daquelas condições: a existência de um dano material decorrente de ato praticado pela ré.

Nêste particular, contentou-se, inexplicavelmente, o ilustre Juiz prolator da sentença com as cartas de fls. 84-87 e 188, méros documentos graciosos, arranjos entre parentes e amigos do autor. Mas, se tais cartas pudessem ser erigidas à categoria de prova valiosa de danos materiais efetivos, não haveria ocupação mais vantajosa e mais segura para os cavalheiros de indústria do que as ações de indenização.

Assim, posso, pois, afirmar, com segurança, que se me não depara, na hipótese da consulta, nenhum dos pressupostos essenciais à configuração de um verdadeiro ato ilícito, que justifique a ação de indenização de danos.

Fica, em tais condições, respondido negativamente o quesito.

E' êste o meu parecer.

Recife, 22 de janeiro de 1942.



**O conceito jurídico-romano do con-  
domínio e o direito de proibir do  
condômino**

## CONSULTA

J. C. e outros, na qualidade de condôminos de um imóvel — o engenho D — propuzeram contra J. A., também condômino, uma ação para a venda judicial do aludido imóvel.

Na contestação, J. A., alegando possuir no imóvel comum “benfeitorias”, consistentes em construções e plantações, feitas, aliás, sem autorização dos outros condôminos, pediu que se incluíssem, nos editais para a hasta pública, essas “benfeitorias”, a fim de que, vendidas conjuntamente com o mesmo imóvel, lhe fosse entregue, após a arrematação, o preço delas.

O juiz da causa, na sua sentença, considerando as construções e plantações feitas por J. A. no imóvel comum como “benfeitorias”, mandou incluí-las na venda, em hasta pública, do mesmo imóvel, sob o fundamento de que “as benfeitorias alegadas não constituem uma alteração da coisa proibida pelo art. 628 do Código Civil”, pois, como diz o Dr. Clóvis Bevilacqua nos seus Comentários ao Código Civil, pág. 178, “as benfeitorias e melhoramentos, que aumentam as utilidades da coisa sem modificar-lhe o uso adotado, não são alterações.”

Acompanham a consulta os autos da ação.

Exposto, dêse modo, o caso, consulta-se:

1º

Pode um condôrnino, sem o consentimento dos outros, fazer no imóvel comum construções e plantações?

2º

Se o não pode, qual a sanção civil que se lhe deve aplicar?

3º

Admitindo, porém, para argumentar, que o pode, justifica-se que as chamadas "benfeitorias" possuídas pelo condôrnino J. A. sejam incluídas na venda do imóvel comum, objeto da ação, para ser entregue o preço delas ao mesmo J. A.?

Recife, 12 de novembro de 1944.

## P A R E C E R

1º

*Pode um condômino, sem o consentimento dos outros, fazer no imóvel comum construções e plantações ?*

No condomínio de direito romano (*communio pro indiviso, pro partibus indivisis*), que é o nosso (em oposição ao condomínio *in solidum* do direito germânico, *Gesammteigentum*, sem partes ideais determinadas), ha uma propriedade em comum de diversas pessoas sôbre a mesma coisa indivisa fisicamente, tendo cada condômino um direito de propriedade sôbre toda ela por uma determinada parte ou quota intelectual, e, por isso, limitado pelo direito igual dos outros co-proprietários (*Concurso fiunt partes*).

Nessa *communio pro indiviso*, em que se encontram, reciprocamente, os proprietários ensina o grande Waechter, a propriedade pertence a cada um em *toda a coisa*, mas sômente pela sua quota; é, pois, uma propriedade dividida por quotas; a coisa, objeto do direito, está, porém, fisicamente indivisa; assim, o direito de cada condômino, *pela sua quota*, se estende sôbre *toda a coisa*, e, consequentemente, sôbre todas as partes físicas da coisa, sôbre cada ponto isolado, de sorte que, por assim dizer, lhe pertence a propriedade, pela sua quota, em cada parte da coisa distinguível fisicamente. (Pandekten, vol. 2º § 121, Beilage, pág. 2).

Funda-se esta concepção na opinião de Celsus, referida em conhecido texto de Ulpiano, compilado no Digesto L. 5, 15, D. 13, 6: —

Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse utrum unusquisque forum in solidum an pro parte teneatur et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere (... escreveu Celso, o filho, no livro sexto do Digesto, que se podia perguntar — ficará cada um deles obrigado pelo todo, ou por sua parte? E diz que, certamente, não pode ser de dois, por inteiro, o domínio ou a posse, nem qualquer ser senhor de parte da coisa, *senão ter em parte o domínio de toda a coisa sem dividir*).

Desa concepção, conclue-se, logicamente, que a única coisa que o condômino pode fazer, sem o consentimento dos demais, é alienar ou gravar a sua quota parte ideal (v. arts. 623, III, 757 e 1139 do Código Civil).

Assim, o direito do condômino se cinge ao uso e gozo da coisa na situação em que ela se achava no momento de se estabelecer o condomínio, isto é, no seu *statu quo*, e sob a condição de não perturbar o uso e gozo dos outros, ou, como diz Josserand, “chacun peut donc agir dans les limites *du statu quo*, à condition de n’apporter aucun trouble dans la possession des ses copropriétaires” (Cours de Droit Civil Positif Français, 3ª ed., vol. 1º, nº 1789, pág. 996).

Não pode, portanto, o condômino atribuir-se o direito ao uso exclusivo da coisa: formando-se o condomínio, no dizer de Dernburg, pela concorrência, esse uso atentaria contra o direito dos demais.

Waechter depois de ensinar que o co-proprietário é autorizado a usar a coisa conforme o seu destino (*Der Eingentuemer ist befugt die Sache ihrer Bestimmung gemaess zu benutzen*), — expressão que o nosso Código Civil, no art. 623, I, copiou quasi literalmente; digo quasi literalmente, porque um jurisconsulto do gênio de Waechter jamais empregaria o descabido “livremen-

te”, que se choca com o conceito do condomínio romano, segundo o qual, recaindo a quota parte ideal ou abstrata de cada um dos condôminos sobre toda a coisa comum e, conseqüentemente, sobre cada um dos pontos físicos dela, o direito de propriedade de um vai encontrar-se com o direito dos outros em cada parte da coisa, tanto assim que o mesmo Código pressupõe a hipótese de impossibilidade do uso e gozo da coisa comum decorrente do desacôrdo dos condôminos (art. 635), e até com o conceito do próprio condomínio germânico, em que, como o acentua Zacharia v. Lingenthal, cada proprietário individualmente é proprietário absoluto (in solidum), ainda que a propriedade de cada um seja limitada no seu exercício pela propriedade dos outros — “. . . ein jeder cinzelne Eigenthuerer schlechthin (in solidum) Eigenthuerer der Sache ist, wenn auch das Eigenthum der Einzelnen durch das Eigenthum der Uebrigen in der Ausuebung beschraenkt wird — Handbuch des Franzoesischen Civilrechts, 7<sup>a</sup> ed., 1<sup>o</sup> vol., § 197, pág. 540), salienta que êle se não pode arrogar a um uso exclusivo, ainda d’uma parte: como, por ex. numa casa comum, morar só em um quarto; numa horta comum, instalar-se num pedaço de terra para sua lavra e colheita exclusivas; para isso é necessário o consentimento de todos os outros coproprietários (Aber eine ausschliessliche Benutzung auch nur eines Theiles darf er sich nicht anmassen, z. B. nicht im gemeinschaftlichen Hause ein Zimmer allein bewohnen, im gemeinschaftlichen Garten zu seiner ausschliesslichen Bebauung und Ernte em Stueck Land sich einrichten; dazu hat er die Zustimmung aller anderen Miteigenthuerer noetig — obr. cit., vol. cit. § 121, pág. 27-V. ainda Van Wetter, que se refere à indivisibilidade do uso propriamente dito e à impossibilidade do seu caráter exclusivo — Pandectes, vol. 2<sup>o</sup>, § 20<sup>o</sup>, pág. 90).

Também não pode o condômino realizar modificações ou alterações e melhoramentos numa parte física da coisa comum, como acessões industriais (construções e plantações) e benfeitorias de qualquer espécie, sem o consentimento dos outros, pela razão muito simples de que cada ponto físico da coisa comum pertence to a cada co-proprietário pela sua quota.

Assim, se, por acaso, o faz, viola os direitos dos consortes, que, por sua vez, são, pelas suas quotas, proprietários dos pontos físicos sobre que recaem as modificações ou alterações e melhoramentos e têm o direito de o impedir.

E 'o principio geral assentado por Sabinus, segundo a passagem de Papinianus :

L. 28, Dig. 10,3 — Sabinus ait in re communi nemi-nem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestam est, prohibendi jus esse; in re enim pari potio-rem causam esse prohibentis constat.

Diz Sabino que nenhum dos donos pode fazer com direito algo na coisa comum contra a vontade do outro. Donde ser manifesto que ha o direito de proibir; porque é sabido que, em igualdade de circunstâncias, é melhor a condição do que proibe.

E, no que toca, especialmente, à edificação na coisa comum, a regra de Pomponius neste fragmento:

L. 27, § 1º D. 8, 2 — Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi jus habet, quamvis tu aedificandi jus habeas a vicino concessum, quia invito socio in jure communi non habeas jus aedificandi. (Se quizes edificar em um terreno comum, tem o sócio o direito de o proibir, ainda que te tenha o vizinho concedido o direito de edificar, porque contra a vontade de um sócio não tens direito de edificar na propriedade comum).

E também esta passagem de Marcellus:

L. 11 D. 8, 5 — An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris jure aedificari possit, id est, an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, jus sibi esse aedificare; et an socii cum eo ita agere possint, jus sibi prohibendi esse, vel illi jus aedificandi non esse; et si aedificatum jam sit, num possint cum eo ita experire, jus tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi,

quodam modo sibi alienum quoque jus praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti jure communi velit (Pergunta-se se um dos sócios poderá edificar com direito em um terreno comum contra a vontade dos demais, isto é, se se lho proibirem os sócios, poderá litigar com êles, sustentando que tem direito de edificar; e se os sócios poderão reclamar contra êle, dizendo que eles têm o direito de o proibir, ou que êle não tem o direito de edificar; e, se se tivesse já edificado, se poderão litigar com êle dizendo dêste modo: não tens direito para o haver assim edificado. E com mais razão de dizer-se que o sócio tem direito mais para o proibir que para o fazer, porque, como se disse, é o mais certo que o que intenta fazê-lo se apropria de certo modo dum direito também alheio, se como único dono quiser usar a seu arbítrio de um direito comum).

Sendo essa a situação criada pela relação jurídica do condomínio, não resta aos condôminos, para solucionarem as dificuldades que dela decorrem, senão:

a) Se lhes não convém a permanência da comunhão, fazê-la cessar pela ação de divisão, se a coisa é divisível, ou, se não é, ou se tornar, pela indivisão, imprópria ao seu destino, pela venda em hasta pública, bastando, para isso, que um dos condôminos o requiera.

b) Se lhes é proveitosa a continuação do condomínio, recorrerem a convenções para acerto do uso e gozo da coisa comum, que, realmente, só é possível no caso de acôrdo entre os condôminos, como o reconhece o nosso Código Civil (art. 635: "...ou por desacordo, não for possível o uso e gozo em comum"), ou à administração ou locação dela.

Assentados êsses principios fundamentais, que informam o instituto, passo a comprová-los com a autoridade dos romanistas e dos civilistas dos principais sistemas jurídicos que os acolhem.

Gesterding, no seu Tratado sobre a propriedade, intitulado "Exposição circunstanciada da doutrina da propriedade e daqueles direitos que se lhe aproximam -- especialmente segundo os principios do direito romano ("Ausfuehrliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kom-



mem — Besonders nach Grundsätzen des Römischen Rechts" Greifswald, 1817), ensina :

"Pelos direitos iguais que lhes cabem no mesmo objeto limitam-se êles" (os coproprietários) "reciprocamente, a um direito, que lhes pertence em comum; só podem exercê-lo também em comum ou por vontade de todos. Nenhum dos co-proprietários pode, por consequência, unilateralmente, sem a vontade dos outros, arrogar-se o direito duma disposição sôbre toda a coisa comum, nem também sôbre uma determinada parte da mesma. Ele não a pode alienar, hipotecar, ou gravar com uma servidão. *Ele não pode sôbre o solo comum levantar um edifício* .....

Em geral não pode ele realizar alterações na coisa comum; não a pode tratar como uma coisa própria exclusiva.

Se quer um coproprietário dispor, unilateralmente, sôbre a coisa comum, têm os demais um *jus prohibendi*.

Sim, ainda que todos os outros estejam de acôrdo e um só se oponha, prevalece a opposição dêste sôbre a vontade harmônica dos demais. Diante do seu veto, deve cessar a alteração e permanecer tudo *in statu quo*.

Negamos inteiramente, e, com mais exatidão, a um coproprietário o direito de fazer, unilateralmente, na coisa comum alterações *não necessárias*, ainda que sejam melhoramentos. Resulta isto, não simplesmente do ensino de Gaio, em *L. 8 D. de serv, pr. urb.*, de que um coproprietário não tem o direito de demolir a parede comum, ainda que queira reedificá-la (melhor), *mas em geral da natureza da copropriedade*, de que aquela passagem constitue sómente a aplicação. Assim como não se pode conceder a alguém a faculdade de efetuar alterações numa coisa alheia, ainda que sejam de proveito para o proprietário, igualmente não se pode conferir ao coproprietário o direito de realizar alterações numa coisa comum, visto como esta é para ele uma res pro parte aliena e, sem dúvida, pro parte indivisa, de sorte que não se pode dizer onde começa ou cessa a sua quota parte ou a do seu consorte (pág. 42, 43, 44, 49 e 50).

Waechter, tratando das alterações físicas da coisa ("physische Aenderungen an der Sache), escreve :

"Não é, em regra, autorizado o coproprietário a fazer *qualquer* alteração numa parte física da coisa sem o consentimento dos seus consortes; pois cada ponto físico da coisa comum pertence a cada coproprietário pela sua quota; e, por consequência, se um realizar *a menor* alteração numa parte física, invadirá, com isto, precisamente, a parte do outro". (Obr. cit., vol. cit. § 121, pág. 26).

Eis a lição de Denrburg :

"No tocante, finalmente, a alterações e melhoramentos, é mister, para isso, o consentimento de todos os consortes.

Seria insuportável a rigorosa acentuação do direito individual, especialmente a necessidade do consentimento de todos os coproprietários para alterações e melhoramentos, se não podesse cada consorte pedir unilateralmente a divisão. Em consequência disso, estão os coproprietários diante da alternativa: acordarem-se sobre medidas comuns, ou deverem aguardar a dissolução da comunhão. Com outras palavras: a possibilidade das ações de divisão obriga os consortes, desde que lhes seja proveitosa a comunhão, a se ajustarem de caso a caso (Pandekten, 7ª ed., 1º vol., § 196, págs. 458-459).

Windscheid exprime, nesta síntese magnífica, o princípio fundamental extraído da natureza do condomínio, e do qual pode deduzir o jurista prático, nos vários casos particulares da relação, a regra disciplinadora :

"A relação que então ocorre" (no condomínio)" deve-se conceber mais precisamente de modo que nenhum dos proprietários possa, sem a vontade do outro, agir sobre a coisa" (Lehrbuch des Pandektenrechts, 8ª ed., 1º vol., § 169 a, pág. 771).

Diz Otto Wendt que "contra a oposição ainda do menor interessado, nada se pode fazer na coisa, e deve-se sobrestar qualquer mudança, que se tenha em vista, até que todos os coproprietários concordem, ou a permita um *arbitrium judicial: in re communi neminem*

*dominorum jure facere quicquam invito altero posse; unde manifestum est prohibendi jus esse; in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat*" (Lehrbuch der Pandekten § 116, pág. 324).

Escreve o conhecido romanista belga Van Wetter:

"D'abord il ne peut, sans le consentement de ses cointéressés, apporter un changement à la chose commune ou de l'une de ses parties matérielles, quelque minime que soit cette partie (bâtir, planter, démolir, déboiser etc); le changement a un caractère d'indivisibilité: on ne change pas une chose pour une quote —, part on la change nécessairement pour toutes les quotes-parts, c'est — à — dire pour le tout; alors même que le changement se réduit à une partie matérielle de la chose, cette partie est changée pour le tout; or aucune des parties matérielles de la chose n'appartient pour le tout à un seul copropriétaire. Si l'un des copropriétaires veut changer la chose commune, il a besoin du consentement des autres" (Pandectes, vol. 2<sup>o</sup>, Les Droits Réels, § 200, pág. 91).

Charles Maynz, também romanista belga, no seu "Cours de Droit Romain", doutrina:

"Tous ensemble ont le droit de propriété; mais aucun des copropriétaires pris séparément n'a ce droit, soit par rapport à la chose entière, soit par rapport à une partie matériellement déterminée de la chose. Il s'en suit que tous et chacun peuvent user et jouir de la propriété commune *conformément à leurs conventions, mais qu'aucune disposition, impliquant un changement du statu quo*, ne peut être prise relativement à la chose sans le consentement de tous les copropriétaires (vol. 1<sup>o</sup> § 95, pág. 697).

Raymond Monier, atual professor de direito romano na Faculdade de Direito de Paris, numa obra recente (Manuel Élémentaire de Droit Romain, vol. 1<sup>o</sup>, 1947, pág. 371) ensina que "l'usage normal et modéré de la chose, qui ne porte pas atteinte au droit jouissance des autres copropriétaires, est donc licite; au contraire, l'usage excessif ou anormal de la chose est ilicite: tel est le cas de la construction d'un bâtiment sur le fond

commun. En droit classique, chaque copropriétaire a le droit de s'opposer à de telles innovations, même par la force: c'est le *jus prohibendi* (D. 8, 2, fr. 27, 1; D. 10, 3 fr. 28 it p. in fine).

Falem, agora, os civilistas franceses.

Aubry et Rau :

"Les parts idéales des copropriétaires ne constituant pas des corps certains, aucun d'eux ne peut, sans le consentement de ses consorts, exercer, sur la totalité de la chose commune, ni même sur la moindre partie physiquement déterminée de cette chose, des *actes matériels ou juridiques important exercice actuel et immédiat du droit de propriété*.

Aucun des communistes ne peut donc faire à la chose commune, des innovations matérielles, auxquelles ses consorts n'auraient point donné leur assentiment" (Cours de Droit Civil Français, 5<sup>a</sup> ed., vol. 2<sup>o</sup>, § 221, pág. 580).

Demolombe :

"Si étendu que soit le droit de chacun des communistes, notons bien pourtant qu'aucun d'eux ne pourrait, sans le consentement des autres, se permettre, sur la chose commune, *des innovations, comme des constructions, par exemple, qui la dénatureraient*" (Cours de Code Napoléon, vol. XI, n<sup>o</sup> 447, pág. 508).

Mourlon :

"Un associé ne peut faire aucun changement ni innovation sur les biens de la société, quand même cette innovation serait vantageuse à la société. Si donc l'un des associés, sans le consentement des autres, envoie des ouvriers pour construire un bâtiment sur un terrain de la société, chaque associé peut s'y opposer" (Répétitions écrites sur le Code Civil, II ed., vol. 3<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 902, pág. 411).

Ch. Beudant :

“La copropriété n'engendre pas, en effet, le droit pour plusieurs d'user d'une chose, comme si chacun était propriétaire de la chose entière; elle donne à chacun le droit d'en user dans la limite de sa part. Or, la part de chacun n'est, jusqu'au partage, localisée sur aucune fraction matérielle du bien indivis; elle est une quote-part abstraite, portant sur l'ensemble. D'où il suit que le propriétaire ne peut accomplir sur la chose aucun acte matériel ou juridique supposant l'exercice complet du droit de propriété; en usant de la chose en maître, il excéderait son droit. Ainsi, un copropriétaire ne peut apporter à la chose commune des *innovations matérielles auxquelles les autres n'auraient point consenti*.” (Cours de Droit Civil Français, 2<sup>a</sup> ed., tome 4<sup>o</sup>,

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, reputados civilistas, depois de ensinarem que “... aucun des communistes n'est autorisé... à entreprendre une innovation sans l'assentement des autres copropriétaires”, exemplificam: Ainsi l'un des communistes ne pourrait élever une *construction sur un terrain nu*.” (Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, vol. VI, n<sup>o</sup> 269, pág. 196 e nota 3).

Colin et Capitant informam sôbre o assunto o seguinte: “En effet les actes *matériels* sur la chose tout entière ou sur une portion entière de la chose dépassent forcément le droit du copropriétaire, lequel ne s'étend que *sur une quote-part abstraite de chaque molécule de la chose*.”

Omissis.

Qu'il s'agisse, par exemple, d'y introduire tel ou tel mode de culture, d'y apporter une innovation, d'y construire, d'y demolir etc... *aucune initiative ne peut être prise par un des copropriétaires; l'accord de tous est indispensable* (org. art. 675, 1859, 4 al.), et on conçoit qu'en fait il sera souvent impossible de l'obtenir.” (Cours Élémentaire de Droit Civil Français, 8 ed., vol. 1<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 752, pág. 792).

Também não é outra coisa o que dizem os civilistas italianos.

O professor Lamberto Ramponi, da Universidade de Bolonha, numa das mais vastas e importantes obras publicadas na Europa sobre co-propriedade — um grande tratado a respeito da matéria — escreve acêrca das inovações que se não podem realizar sem o prazme de todos os condôminos :

“A nostro avviso, pertanto, *innovazioni* che non si possono fare senza il consenso de tutti i comproprietari sono quelle opere le quali alterano, nella *materia* o nella *forma*, la sostanza della casa comune, ed eccecono i limiti della *necessità* per la *conservazione*, l'*oculata amministrazione* ed il *migliore godimento* della cosa stessa, ed i limiti entro cui il participante innovatore ha diritto di servirsene. Qualunque sia la loro entità: dal prosciugare un lago per farne terreno coltivabile al cambiare il modo d'apertura d'un portone...” (Della Communione de Proprietà, o Comproprietà, nº 504, pag. 984).

Tendo assim conceituado as inovações, exemplifica, depois, o eminente civilista, estribado em decisões da Côte de Cassação, como sendo, evidentemente, tais — *construções*, *escavações*, *demolições*, *plantações* feitas por um dos condôminos no fundo comum :

“*Innovazioni* sono senza dubbio le opere — *costruzioni*, *scavamento*, *aterramenti*, *piantazioni*... — fatte da uno dei comproprietari nel fondo comune...” (nº 513, págs. 1.004 — 1.005).

Linhas adiante acrescenta:

“Ora, l'applicazione della *regola particolare* all'*accessione immobiliare* non altera d'un filo l'applicazione della *regola generale* relativa alle *innovazioni* fatte da uno dei partecipanti nella casa comune; gli altri partecipanti hanno diritto di far togliere l'innovazione, la costruzione od altra opera —”. (Obr. cit., nº 513, pag. 1005).

E vai além disso: considera, até, como verdadeira inovação proibida a um dos condôminos, sem a autorização dos outros, a *reconstrução* da cousa comum:

“Innovazione vera, che dunque non può farsi senza il consenso di *tutti* i comproprietari è la *ricostruzione* della cosa comune; ad esempio, del comune edificio interamente distrutto dall’incendio” (Obr. cit. n° 505, pág. 990).

Ricci, Battista, Caire e Piola também apresentam, mais ou menos, a mesma exemplificação :

“Se uno dei condomini abbia fatto, senza l’altrui consenso, *opera nuova* sul fondo comune, edificandovi, ad esempio, piantodovi...” (Corso Teorico — Pratico di Diritto Civile, 3ª ed., vol. 5º, n° 23, págs. 31-32).

Gaetano Grisostomi, em estudo no “Dizionario Pratico del Diritto Privato”, de Scialoja e Bonfante, escreve:

“Finalmente è da notare, che nessun condomino può fare innovazione nella casa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, se gli altri non vi acconsentano (art. 677)..... Per il concetto ed i limiti di ciò, che la legge intende per innovazioni, non si potrebbero qui richiamare il concetto ed i limiti, che la scienza del diritto ha fissati per determinare i poteri dell’usufruttuario in ordine alle cose cadenti nel ’usufrutto poiché i poteri di condomino sono evidentemente più estesi. Recentemente si è presentato alla giurisprudenza il caso dell’impianto di un ascensore. Il Tribunale di Napoli con sentenza de 13 Iuglio 1899 (Foro it., 1899, I, 1064) ritenne che no costituisce innovazione, perchè non tende a mutare la destinazione, lo stato o la consistenza della cose comune. Ma la Corte d’appello con decisione 29 dicembre 1899 (Foro it., 1899, I 709) venne nel contrario avviso. La Cassazione confermò la sentenza della Corte d’apello con decisone 11 maggio 1901 (Foro it., 1901, I, 597) (Vol. II, pág. 333).

Como remate à comprovação do que escrevi, no início da resposta ao quesito, a respeito dos pontos básicos que caracterizam o condomínio, trago, agora, as opiniões do português Borges Carneiro e do nosso Lacerda de Almeida.

Borges Carneiro :

“O co-senhor não pode regularmente fazer na cou-

sa comum obra, ou edificio contra vontade do sócio: pois em regra se atende mais à vontade do que recusa, ou proibe (Direito Civil de Portugal, tomo IV, pág. 236).

Lacerda de Almeida :

“Só um direito pode no estado de comunhão exercer o condominio independentemente da anuência dos demais condôminos e com eficácia para conferir immediato exercício: é o de alienar a sua parte indivisa. Os demais direitos são de impossivel applicação sem o consento dos co-interessados ou sem convenção, ajustes ou combinações que lhes permitam o cômodo exercício.....

“Eis a razão da minha proposição no texto, de que só o direito de vender é possível e de prática e immediata eficácia. Não compreendo sem combinações, acordos e pactos entre os condôminos (relações contratuais, estranhas e alheias ao condominio, embora frequentes nele) o exercício de qualquer outro direito; e assim entendendo o direito de hipotecar do art. 4 § 8 do Decr. nº 169-A de 1890 subordinado à condição, aliás expressa no texto, de ser divisivel, isto é, fisicamente divisivel o imóvel comum. Como se poderá compreender o exercício livre, independente, a despeito da vontade alheia, de qualquer outro direito no estado de indivisão? O próprio direito de perceber frutos, rendimentos e productos do prédio como poderá o condômino exercê-lo com opposição e embaraço dos outros?

A' parte essas relações contratuais, e reduzida à sua nudez e simplicidade, a compropriedade só autoriza e justifica entre os condôminos :

A) direitos e obrigações referentes à conservação da cousa. Neste pressuposto: a nenhum dos condôminos é lícito altera-la, ainda que para torna-la melhor...” (Direito das Cousas, vol. 1º, § 13, pág. 11 e nota 9 e pág. 113).

O nosso Código Civil, no art. 628, seguindo a doutrina romanista e civilista dominante em matéria de condominio e acima exposta, prescreve que “nenhum dos comproprietários pode *alterar* a cousa comum, sem o consento dos outros.” Essas alterações, mudanças ou modificações, de que fala o Código Civil brasileiro, como



exorbitantes da esfera do uso e gozo do condômino, constituem o que, em corrente terminologia científica, empregada pelos civilistas, recebe o nome de *inovações* (em francês *innovations* e em italiano *innovazioni*), isto é, obras novas na coisa comum.

Nenhum dos condôminos pode efetuar inovações, porque, recaindo a quota ideal ou abstrata de cada um deles sobre toda a coisa e sobre cada uma das moléculas da coisa, vai o direito de um encontrar-se com o direito dos outros.

Consistindo as inovações em obras que modificam, na matéria ou na forma, a substância da coisa comum, ultrapassam os limites do direito de co-propriedade, revestem-se do caráter de propriedade singular, individual ou solidária, e, por conseguinte, só podem realizar-se por acôrdo de todos os co-proprietários.

E, conforme o demonstrei, exaustivamente, a doutrina e a jurisprudência consideram construções e plantações na coisa comum como inovações interditas a cada um dos condôminos sem a autorização dos outros.

O prolator da sentença apelada, considerando as acessões industriais — construções e plantações — feitas pelo condômino J. A. como benfeitorias, mandou incluí-las na venda, em hasta pública, do imóvel comum sob o fundamento de que “as benfeitorias alegadas não constituem uma alteração da coisa proibida pelo art. 628 do Código Civil, pois, como diz o Dr. Clovis Bevilacqua nos seus Comentários ao Código Civil, pág. 178, “as benfeitorias e melhoramentos que aumentam as utilidades da coisa sem modificar-lhe o uso adotado, não são alterações.” Mas o trecho de Clovis, em que êle se estriba, não o favorece de modo nenhum. Errou o juiz, porque, em lhe faltando segurança em noções fundamentais de direito civil, não teve a precaução e não se deu ao trabalho de procurar saber o que aquele jurisconsulto conceitua como benfeitorias. Se o tivesse feito, veria que Clovis reputa como benfeitorias, não as construções e as plantações mesmas, senão os trabalhos sobre aquelas e o beneficiamento destas. Com efeito, o ilustre autor do ante-projeto do nosso Código Civil, depois de definir benfeitorias “as obras, ou despesas,

que se fazem num movel, ou num imóvel de outrem para conserva-lo, melhora-lo ou, simplesmente, embeleza-lo”, escreve: “As construções e as plantações não entram na classe das benfeitorias propriamente ditas. São acessões industriais (art. 61, I e III) que obedecem a regras particulares (arts. 545 e 549). São benfeitorias, porém, trabalhos sôbre construções já existentes e o beneficiamento das plantações” (Código Civil Comentado, 5ª ed., vol. 1º, obs. 1 ao art. 62, pág. 289).

Portanto, quando Clovis diz, na observação 2ª ao art. 628 do Código Civil, que “as benfeitorias e melhoramentos, que aumentam as utilidades da coisa sem modificar-lhe o uso adotado, não são alterações”, não quer abranger, aí, evidentemente, a hipótese das construções e das plantações, as quais êle não tem na conta de benfeitorias propriamente ditas, senão os trabalhos sôbre as construções já existentes e o beneficiamento das plantações.

Em face dos principios jurídicos expostos, não é possível admitir esta monstruosidade em materia de condominio: um condômino de posse de um imóvel comum, poder, sem consentimento dos outros, derrubar todas as suas matas, cobri-lo de dezenas de milhares de pés de cana de açúcar, compreendendo toda a capacidade de safrejar do engenho, de dezenas de milhares de pés de café, de dezenas de casas.

Todas essas plantações e construções são, incontestavelmente, verdadeiras inovações, que, para usar das palavras do professor Ruggiero “modificariam, substancialmente, o estado de fato da coisa. . . , de sorte que, depois delas, não se pode mais dizer que a coisa ficou como era dantes”. (Istituzioni di Diritto Civile, 7ª ed., vol. 2º, § 73, pág. 398), e exorbitariam do exercício do direito de uso e gozo de um condômino, constituindo atos materiais reveladores de um direito de propriedade singular, individual ou solitário, com a espoliação e o sacrificio dos outros condôminos.

Justamente, para impedir isto e manter integra a natureza jurídica do condominio, em que o direito de cada co-proprietário, segundo a sua quota-parte absoluta ou intelectual, se estende sôbre toda a coisa e sô-

bre cada uma das partes ou pontos dela, encontrando-se, coexistindo e concorrendo, assim, os direitos de todos, é que o nosso Código Civil, no art. 628, proíbe um condômino fazer inovações na coisa comum sem o consenso dos outros.

Respondo, pois, negativamente o quesito.

*Se o não pode, qual a sanção que se lhe deve aplicar?*

Se um condômino, contrariando a proibição legal, realizar inovações, sem o consentimento dos demais, sofrerá as seguintes sanções: não só lhe será recusada qualquer indenização, como caberá aos outros co-proprietários o direito de exigir a supressão ou destruição das inovações, para restabelecimento do estado anterior da coisa comum, e o resarcimento dos danos ou prejuízos causados (Waechter, obr. cit., vol. 2º, § 121, pág. 27; Gesterding, obr. cit., pág. 45; Ramponi, ob. cit., nº 511, pág. 999-1000, e nº 515, págs. 1009-1010; Ricci, Battista, Caire e Piola, obr. cit., vol. 5º, nº 21, in fine, pág. 31; Clovis Bevilaqua, obr. cit., vol. 3º, obs. 1 ao art. 628).

Fica, assim, respondido o quesito.

*Admitindo, porém, para argumentar, que o pode, justifica-se que as chamadas "benfeitorias possuídas pelo condômino J. A. sejam incluídas na venda do imóvel comum, objeto da ação, para ser entregue o preço delas ao mesmo J. A. ?*

Destinando-se a extinguir o condomínio, que se originou das sucessões de Da. D. E. e de J. C., a venda judicial, que constitui objeto da ação, só pode e só deve compreender as quotas partes ideais ou abstratas dos autores e do réu, que formam e integram esse condomínio, isto é, o engenho D. descrito na inicial, tal qual foi deixado por falecimento daqueles seus proprietários e partilhados nos respectivos inventários.

Realmente, as construções e as plantações feitas por J. A. não podem ser vendidas com o imóvel comum, para o fim de ser aquele indenizado com o produto da venda pelas seguintes razões :

a) Uma vez que constitui primeiro pressuposto para a preferência, na aquisição da coisa, de um condômino sobre os outros, o possuir êle benfeitorias mais valiosas (Cód. Civ. art. 632 e Cód. de Proc. Civ. art. 706 § 1º), preferência, que, como o reconhece e proclama a sentença, "só aparece juridicamente após a venda" (V. Cód. de Proc. Civ., art. 706 § 2º comb. com o

art. 313, onde se fala em alienada a coisa”), — a tésede que as benfeitorias (e as construções e as plantações, que, como acessões industriais especiais, se lhes equiparam, para o efeito do exercício do direito de preferência) de um condômino devem ser incluídas na venda judicial do imóvel comum, leva ao absurdo inominável de se admitir que, no momento mesmo de se exercer o direito, já não existe o seu pressuposto expressamente estatuído na lei.

Com efeito, alienadas em hasta pública, com a coisa comum, as benfeitorias, ou acessões industriais, como construções e plantações, que pertenciam a um condômino, deixou este de ter aquilo que, *ex-vi-legis*, justificaria a sua preferência em relação ao outro condômino adquirente. Pressupõe, pois, o ordenamento jurídico que o condômino, após a venda judicial da coisa comum, continuou a ter benfeitorias, ou outras acessões industriais, que naquela não entraram, e, em consideração a essa circunstância, concede-lhe o direito de preferência.

E, ao lado do argumento lógico, o finalístico: o a que a lei visa no conferir a preferência ao condômino, que tiver “benfeitorias (ou acessões industriais) mais valiosas, é que ele não fique reduzido à precária situação de mero e simples possuidor delas em face do outro condômino, adquirente do imóvel comum, que as não tem, ou as tem de menor valor, e, dêse modo, sujeito à reivindicação deste (art. 519 do Cód. Civ), desde que se apresente em condições iguais de oferta.

Não devo deixar de esclarecer que as benfeitorias, ou outras acessões, para poderem servir de pressuposto do direito de preferência, precisam estar em harmonia com o art. 628 do Cód. Civ.

b) Na ação para a venda judicial da coisa comum, a matéria da contestação tem de se limitar, necessariamente, à discussão dos requisitos ou pressuposto da mesma venda, como forma de extinção do condomínio, em substituição à divisão física ou material da coisa (Cód. Civ. art. 629): existência ou não do condomínio e da indivisibilidade da coisa, ou da circunstância de se tornar ela, pela divisão, imprópria ao seu destino. (Cód. Civ. art. 632 e Cód. Proc. Civ. art. 405). A contro-

vérsia e a produção de provas em tórno da existência de benfeitorias ou de outras accessões industriais no imóvel comum e do fato de pertencerem as mesmas a um dos condôminos, bem como os consequentes pedidos de indenização, preferência e retenção, constituem objeto de ações especiais contra o adquirente daquele imóvel, ou de exceção na ação de reivindicação dêle contra o autor das benfeitorias, construções ou plantações. Jamais poderão ser ventiladas e decididas numa simples ação de venda judicial do objeto do condominio.

Em tais condições, respondo negativamente o quesito.

E' êste o meu parecer .

Recife, 22 de novembro de 1944.

**Mandado de segurança contra ato  
de que caiba recurso administra-  
tivo, sem efeito suspensivo**



## CONSULTA

Antônio de Freitas Cavalcanti, diretor efetivo, padrão M, do Quadro Unico do Estado de Alagoas, é exonerado, por ato do Chefe do Executivo, do cargo, em comissão, de diretor da Imprensa Oficial, e designado, por ato do Secretário do Interior, Educação e Saúde, para *dirigir* os Serviços de Polícia e Estrangeiros atinentes à 2ª Secção da Diretoria Geral da mesma Secretaria de Estado.

Entendendo que essa designação colide com o disposto no art. 263 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (dec.-lei 2704, de 28-10-41), pediu reconsideração do ato, sendo desatendido, conforme despacho publicado no "Diário Oficial" n. 9159, de 5-7-45, justamente no penúltimo dia do prazo para incorrer em processo de abandono de emprego.

Recorreu, então, ao Poder Judiciário, interpondo mandado de segurança, de acôrdo com o art. 319 do Código de Processo Civil, uma vez que o recurso administrativo não tem efeito suspensivo (art. 209, § 2, do Estatuto).

Alega-se que o recurso é incabível, por vedado no art. 211 do mesmo Estatuto, que dispõe:

"O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judi-

ciário depois de exgotados todos os recursos da esfera administrativa.”

Indaga-se :

Sendo o Estatuto lei que “regula o provimento e a vacância dos cargos públicos estaduais, os direitos e as vantagens e os deveres e as responsabilidades dos funcionários civis do Estado” (art. 1), poderá impedir, em face do que dispõe seu art. 221, que o Poder Judiciário tome conhecimento de um recurso de mandado de segurança” para defesa de direito certo e incontestável, violado por ato manifestamente ilegal” do Secretário do Interior, Educação e Saúde do Estado de Alagoas?

Recife, 18 de julho de 1945.

(ass.) *ANTONIO DE FREITAS CAVALCANTI.*

## PARECER

A regulação dos pressupostos do mandado de segurança e dos casos em que se não permite a sua concessão compreende normas de direito processual civil, matéria da competência legislativa da União, nos termos do art. 16, XVI, da Carta Constitucional.

Por isso, o decreto-lei federal n. 1608, de 18 de setembro de 1939 (expedido pelo Presidente da Republica, de acôrdo com o art. 180 da aludida Carta), que, em obediência ao preceito constitucional, institue o Código de Processo Civil Nacional, especifica no art. 319, aqueles pressupostos, e, no art. 320, aqueles casos.

Ora, o mandado de segurança impetrado pelo consulente, para defesa de direito certo e incontestável, violado por ato manifestamente ilegal do Secretário do Interior, Educação e Saúde do Estado de Alagôas, sobre reunir, como se alega na consulta, os pressupostos do art. 319 do Código de Processo Civil, não se enquadra, evidentemente, no caso excepcional de impossibilidade de concessão, estatuido no art. 320, II, do citado Código, visto que, pelo art. 209, § 2º, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis daquele Estado (decreto-lei n. 2704, de 28 de outubro de 1941), não tem efeito suspensivo o recurso administrativo contra o ato impugnado.

E', pois, fóra de dúvida que o mandado de segurança, objeto da consulta, se estriba em normas juri-

dico-processuais elaboradas constitucionalmente.

Invoca-se, porém, contra a admissibilidade, na hipótese, do mandado de segurança, o art. 211 do Estatuto alagoano, já referido, que preceitua :

“O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa”.

Penso que êsse dispositivo da lei estadual, que “regula o provimento e vacância dos cargos públicos estaduais, os direitos e as vantagens e os deveres e as responsabilidades dos funcionários civis do Estado”, não pode impedir que se dê o mandado de segurança requerido: na colisão da lei federal, que admite a concessão do mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo sem efeito suspensivo, com a lei estadual, que, de modo genérico, proibe o funcionário de recorrer ao Poder Judiciário antes de esgotados todos os recursos administrativos, — deve prevalecer aquela, por se tratar, segundo assinalo acima, de matéria jurídico-processual, cuja formulação legal a Carta Constitucional confiou ao Poder Legislativo da União.

Devo ainda acentuar que a méra circunstancia de ser aprovado pelo Presidente da Republica o parecer da “Comissão de Estudos de Negócios Estaduais” sôbre a elaboração de certas leis estaduais, não lhes tira, a estas, êsse caráter, erigindo-as à categoria de leis federais. Se assim fosse, desapareceria a distribuição de competência, no tocante ao poder de legislar, entre a União e os Estados, claramente estabelecida na Carta Constitucional.

Nestas condições, respondo negativamente ao quesito formulado na consulta.

E' êste o meu parecer.

Recife, 20 de julho de 1945.

**Rescisão unilateral de locação por  
necessidade do imóvel para uso  
próprio e renúncia tácita aos efei-  
tos jurídicos da notificação**

## C O N S U L T A

D. Brunehilde da Silveira Trajano Costa, com assistência do seu marido, dr. Ambrósio Trajano Costa, pediu, em 16 de maio de 1944, na qualidade de proprietária do prédio situado à rua da Praia, n. 159, nesta Capital, a notificação judicial da firma comercial Cajuero & Filhos, inquilina do andar térreo do referido prédio, para o desocupar no prazo legal, sob o fundamento de precisar a requerente do mesmo "para seu uso", nos termos do art. 4º e), do decreto-lei n. 5169, de 4 de janeiro de 1943.

Esgotado o prazo legal — 3 meses — em 19 de agosto de 1944, a notificante, em vez de requerer o despejo da firma inquilina, continuou a receber desta os alugueis, dando-lhe as respectivas quitações, sem qualquer ressalva no sentido de revelar a sua intenção de conservar a faculdade de fazer valer as possíveis consequências jurídicas decorrentes da notificação judicial. E só seis meses depois — em 25 de fevereiro de 1945 — é que iniciou a ação de despejo, alegando, então, necessitar do prédio, a fim de nêle se estabelecer o seu marido. A Ré contestou a ação. Dos autos respectivos verifica-se que : —

a) A Autora é proprietária de dez (10) outros prédios nesta Capital, inclusive prédios para uso comercial;

b) O marido da Autora é fazendeiro no Município de Vitória ;

c) A Autora e o seu marido não são comerciantes, e até a data dos seus depoimentos pessoais, em 26 de junho de 1946 — um ano e dois meses após a notificação, em que pedem a entrega do prédio para “uso próprio”, — ainda não havia o segundo deliberado sobre o gênero de negócio em que pretendia estabelecer-se, segundo consta dos mesmos depoimentos;

d) O prédio locado é um armazem, onde se faz o depósito de cereais, e não se presta para residência;

e) A Autora e o seu marido têm boa residência numa importante avenida desta Capital (avenida Beira-Mar, Boa Viagem);

A sentença de 1ª instância julgou improcedente a ação, tendo a Autora apelado dela para o Tribunal de Apelação.

Resumida, assim, a demanda, cujos autos são submetidos à leitura do consultor, pergunta-se:

Em face das circunstâncias de fato expostas na consulta, tem a Autora, nos termos da legislação vigente sobre locação de imóveis, direito a despejar a Ré do prédio locado?

Recife, 28 de março de 1946.

(Ass.) *MÁRIO PESSOA DE OLIVEIRA.*

## P A R E C E R

Penso que, em face das circunstâncias de fato expostas na consulta, não tem a Autora, nos termos da legislação vigente sobre locação de imóveis, direito a despejar a Ré do prédio locado.

E não o tem pelas razões, que passo a examinar.

O decreto-lei n. 5169, de 4 de janeiro de 1943, no art. 4º, e) continuado pelos que o sucederam — decreto-lei n. 6739, de 26 de julho de 1944 e decreto-lei n. 7.466 de 16 de abril de 1945), modificando o art. 4º e) do decreto-lei n. 5498 de 20 de agosto de 1942, que limitava a concessão do despejo ao caso de necessitar o locador ou sub-locador do prédio locado para a sua *própria residência*, e excluía, conseqüentemente, o direito da pessoa física ou jurídica, comerciante ou industrial, ao despejo sob o fundamento de precisar do imóvel para seu próprio uso comercial ou industrial estatuiu que :

“Durante a vigência deste decreto-lei não será concedido despejo a não ser :

“se a pessoa física ou jurídica proprietária necessitar o imóvel ou a parte locada para seu *próprio uso*, ou de seu ascendente ou descendente, caso em que



deverá o inquilino ser notificado com 3 meses de antecedência”.

Como se vê, ao substituir a expressão “o locador ou sub-locador precise do prédio para a sua *própria residência*”, do decreto-lei de 1942, pela “se a pessoa física ou jurídica proprietária necessitar o imóvel para seu *próprio uso*”, quiz, evidentemente, o legislador de 1943, criar, numa fórmula geral, ao lado da hipótese anterior de cessação de locação de tempo indeterminado fundada em necessidade do prédio para residência, uma nova, motivada por *fins comerciais* ou *industriais* em benefício das pessoas físicas ou jurídicas, que exploram o comércio ou a indústria.

Antes do decreto-lei n. 5169, de 4 de janeiro de 1943, não podiam estas fazer cessar a locação sob o fundamento de precisar do imóvel para o seu próprio uso comercial ou industrial, pois o decreto-lei n. 4.737 de 24 de setembro de 1942, só fala “em precise para a sua residência”.

Daí o emprego, naquele decreto-lei, da expressão “para seu próprio uso”, de molde a abranger as duas modalidades distintas e autônomas de ruptura unilateral da locação de imóveis :

- a) precisar a pessoa física proprietária do prédio para a sua própria residência;
- b) necessitar a pessoa física ou jurídica proprietária, que explora o comércio ou a indústria, do prédio para seu próprio uso comercial ou industrial.

Assim, a pessoa física, que não é comerciante ou industrial, só pode pedir a entrega do imóvel para a sua *própria residência*.

E, para invocar o seu próprio uso comercial ou industrial, como causa da cessação da locação por vontade unilateral, é essencial que ela tenha, de fato, a qualidade de comerciante ou de industrial, e a prove.

Não basta, de modo nenhum, alegar, vaga e simplesmente, que pretende estabelecer-se comercial ou industrialmente.

Aliás, seria deixar escancarada a porta à fraude contra essa legislação de proteção aos inquilinos, ameaçados pela ganância e exploração dos proprietários, sedentos de rendas cada vez maiores, num grave momento de profunda crise econômica, em que a fome, sinistramente, ronda os lares modestos, e a falência e a insolvência ameaçam os pequenos comerciantes e industriais. Legislação inspirada em postulados indiscutíveis de solidariedade humana e justiça social, que, queiram ou não os argentários egoístas, marcham para o domínio e a felicidade do mundo!

No caso da consulta, é fóra de dúvida que o pedido do prédio locado para *uso comercial* do marido da Autora não passa de cavilação, burla ou simulação fraudulenta à atual legislação sôbre locação de imóveis, que lhe não permite o aumento de alugueis.

Convencem-me disto as seguintes circunstâncias de fato:

a) Decorridos um ano e dois meses após a notificação judicial, o marido da Autora não só não registrou na Junta Comercial a sua firma individual ou social (esta no caso de exploração do comércio sob a forma de sociedade), nem provou de qualquer outro modo o exercício de *fato* da sua profissão de comerciante, como ainda não escolheu o ramo de negócio a que tenciona dedicar-se, conforme se lê no seu depoimento e no da Autora, sua mulher!

b) Tendo outros prédios destinados a uso comercial, preferiu a Autora pedir a entrega daquêle que se acha, justamente, locado á Ré pelo baixo aluguel de 250 cruzeiros.

EM CONCLUSÃO, o que todas as circunstâncias da causa mostram é que o objetivo da Autora é a consecução de u'a melhor renda do seu imóvel através de uma nova locação; e, para isso, estriba o seu pedido num hipotético *uso comercial* do seu marido, que lhe permite abrigar-se, comodamente, nas malhas do art. 4º e) do decreto-lei 5.169.

Mas, ainda admitindo, para argumentar, que exis-

tisse um direito da Autora ao despejo, baseado na legislação sôbre locação de imóveis acima apreciada, êsse direito estaria extinto pela renúncia sub entendida ou tácita da Autora.

Realmente, decorrido o prazo legal — 3 meses —, a que se acham subordinadas as consequências jurídicas da notificação, sem que a Ré entregasse o prédio locado, pedido pela Autora para seu uso, devai esta, se, porventura, ainda mantinha a sua vontade em relação a êsse uso e à faculdade de fazer valer em juízo aquelas consequências, mover, sem demora, a ação de despejo, a que a notificação visa, como ato preparatório essencial estatuido em lei.

Ora, não o tendo feito e havendo, ao contrário, continuado, durante seis meses, a receber da Ré os alugueis do imóvel locado e a fornecer-lhe as respectivas quitações, sem nenhuma ressalva em que manifestasse, e zpressamente, a permanência da sua intenção de não continuar a locação de tempo indeterminado e, pois, de fazer valer, a qualquer momento, os efeitos jurídicos da notificação, — revelou a Autora, *de modo tácito*, a vontade de renunciar à rutura unilateral da locação, e, por consequência, de aproveitar-se daquêles efeitos.

E', inquestionavelmente, um caso típico e perfeito de renúncia tácita, porque resulta, com segurança, dos atos praticados, que a Autora não mais queria beneficiar-se com as consequências jurídicas da notificação, isto é, ha incompatibilidade entre os atos praticados por ela e a sua vontade de valer-se das vantagens produzidas pela notificação.

São estas, portanto, as sólidas razões, em que me apoio, para responder negativamente ao quesito. E' o meu parecer.

Recife, 30 de março de 1946.

**Atos ilícitos por danos causados á  
propriedade e intransmissibilidade  
do direito de reparação aos  
legatários**

## C O N S U L T A

Em 1930 faleceu no lugar ..... o dr. Fulano deixando bens, herdeiros legítimos e necessários e um testamento público.

O testamento público ratificava um testamento cerrado e um codicilo feitos em datas anteriores e foi feito em 1926.

Por esse documento o dr. F. deixou a uns filhos naturais, existentes, um legado constante de uma propriedade rural, que foi encontrada entre os bens da herança.

Os filhos naturais do dr. F. e que herdaram, como legatários, ou seja a título singular, propõem agora, uma ação ordinária para reparação de danos com indenização, contra os filhos do dr. B. também falecido em 1930, alegando que este, àquele tempo, praticara atos danosos na propriedade que lhes tocou, como legado.

O mais moço dos filhos naturais do dr. F. está com 29 anos completos.

No inventário do dr. F., passado em julgado, esses filhos naturais figuram com o título de legatários e pagaram o imposto de legado.

Em face do exposto, pergunta-se :

1º — São eles, legatários, capazes do pedido ou carecedores do mesmo, em face de nossa legislação civil?

2º — Está prescrita a ação, como hipótese prevista no artigo 178 § 10 tit. IX do Código Civil?

Recife, 8 de Agosto de 1946.

(ass.) *LOURIVAL LACERDA* (adv.)

## P A R E C E R

1º

*São êles, legatários, capazes do pedido ou carecedores do mesmo, em face de nossa legislação civil?*

Trata-se, na espécie, de uma ação ordinária de indenização proposta por legatários do dr. F. contra os herdeiros do dr. B., para o fim de serem reparados danos atribuídos a êste num imóvel de propriedade daquêle, que o deixou em legado aos autores. Tendo sido êsses danos praticados em vida do dr. F., questiona-se sobre a transmissibilidade ou não aos legatários do direito, que lhe cabia, á reparação dos danos provenientes de ato ilícito imputado ao dr. B.

Para mim, é fóra de dúvida que o suposto direito à indenização do dr. F. não se transmitiu aos autores, seus legatários e, portanto, seus sucessores *causa mortis* a título singular.

Aquêle direito, se existente, se transmitiu aos herdeiros do dr. F., na sua qualidade de sucessores *causa MORTIS* a título universal.

E' o que afirma, não só estribado no art. 1706 do Código Civil, que estatue — “a cousa legada entregar-

se-á com os seus acessórios no lugar e *estado em que se achava ao falecer o testador* —, como, sobretudo, no que dispõem, respectivamente, os arts. 928 e 1826 do mesmo Código: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre os seus herdeiros. — O direito de exigir a reparação, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir.”

Emprega o Código Civil, nesses dois dispositivos, os termos técnicos “herdeiros” e “herança”, que se distinguem, inconfundivelmente, de “legatários” e “legado”.

Quiz, desse modo, o nosso codificador civil impedir que se transmitissem entre testador e legatário as obrigações civis contratuais ou extra-contratuais, assim do lado ativo, como do lado passivo.

Nestas condições, respondo, sem nenhuma dúvida, que os autores, legatários do dr. F., são carecedores do pedido, em face de nossa legislação civil.

*Está prescrita a ação, como hipótese prevista no artigo 178 § 10 tit. IX do Código Civil?*

A ação, a que se refere o quesito, tem por objetivo, conforme verifico da cópia da petição inicial, que me foi fornecida, a indenização por danos praticados no imóvel denominado engenho "São Paulo": "derruba das matas e da casa do engenho, desmonte e venda da maquinária e do alambique, com todos os seus utensílios e pertences."

Portanto, o que se me depara, aí, é, inquestionavelmente, uma ação por danos causados ao direito de propriedade. E a prescrição dessa ação é de cinco anos, nos termos claros e expressos do art. 178, § 10, n. IX do Código Civil.

Nêsse dispositivo, há uma exceção ao princípio de que as ações de indenização ou reparação dos danos causados por atos ilícitos em geral, como ações pessoais, estão submetidas á prescrição ordinária de trinta anos, estatuida no art. 177 do Código Civil.

O prazo da prescrição da ação por ofensa ou dano ao direito de propriedade, conta-se da data em que se deu a mesma ofensa ou dano.



Ora, os danos, sôbre que versa a ação, objeto da consulta, foram praticados no período de 1927 a 1930, como se vê da petição inicial. Verdade é que, nêsse período, pelo menos um dos filhos do dr. F., — o que está com 29 anos completos, segundo consta da consulta, — era menor de 16 anos (impúbere); e contra os menores de 16 anos não corre a prescrição (art. 169, I e art. 5º I do Código Civil).

Mas, por outro lado, é, também, indubitavel, que, da época em que aquele menor atingiu a idade de 16 anos (puberdade) e, conseqüentemente, começou a correr a prescrição, já decorreu muito mais do que cinco anos, prazo estabelecido para a prescrição da ação contra a ofensa ou dano no direito de propriedade.

Assim, não ha dúvida, de que, há muito, se consumou a prescrição da ação, que, por acaso, caiba aos autores pelos danos causados ao imóvel engenho "São Paulo" e atribuidos ao pai dos réus.

Por conseguinte, conclúo, respondendo, afirmativamente, ao 2º quesito: está prescrita a ação, como hipótese prevista no art. 178 § 10, n. IX do Código Civil.

E' o meu parecer.

Recife, 9 de agosto de 1946.

**Venda de mercadorias com a cláusula de “embarque o mais breve possível”**

## CONSULTA

A Sociedade Comercial Ortman & Cia., do Rio Grande do Sul, vendeu, em março de 1944, três mil e cem sacos de feijão a diversas firmas desta Capital, constando do pedido de compra a cláusula de “embarque o mais breve possível”.

Em virtude das notórias dificuldades de transporte marítimo decorrentes da guerra, — os embarques de mercadoria dependentes de concessão de praça por uma comissão da marinha mercante, — só em maio de 1944 conseguiu a vendedora embarcar em Porto Alegre uma parte da mercadoria vendida, distribuindo-a, proporcionalmente, entre os compradores, lavrando as respectivas faturas e sacando as respectivas duplicatas.

Todos os compradores receberam os lotes de feijão, que lhes foram remetidos, na base da distribuição proporcional, e nenhum deles, por ocasião do recebimento, manifestou a sua intenção de recusar a entrega do restante do pedido nas mesmas condições da primeira partida.

Assim, certa de que os compradores estavam dispostos a manter o contrato de compra e venda e aceitar o seu cumprimento, no tocante ao restante da mercadoria vendida, conformando-se com as circunstâncias do momento, previstas na cláusula contratual — “embarque o mais breve possível”, tratou a vendedora de embarcar o restante da mercadoria vendida, mas só em junho conseguiu praça para partida incompleta dela,

tendo-se procedido ao embarque dessa partida, distribuída também proporcionalmente, segundo o precedente estabelecido.

E, em conformidade com essa distribuição, emitiu faturas e duplicatas.

Dada, porém, a baixa do preço do feijão, recusaram os compradores os lotes que lhes foram remetidos, — chegados e despachados nesta Capital desde meados de julho, — e, em consequência, deixaram de aceitar as respectivas duplicatas.

A' vista disso, a vendedora requereu o depósito judicial preparatório da mercadoria recusada pelos compradores (essa mercadoria foi vendida em leilão judicial e o produto líquido entregue à vendedora por ordem do juiz); e, em seguida, moveu-lhes uma ação ordinária de cobrança da diferença entre o produto líquido e o preço originário ou contratual, juros, custas e honorários de advogado.

Os compradores contestaram a ação, alegando, entre outras coisas, que, em face do art. 203 do Código Comercial, não eram obrigados a receber os lotes subsequentes, a despeito da aceitação do primeiro lote remetido.

E a sentença da primeira instância, que lhes deu ganho de causa, acolheu esse argumento.

Acompanham a consulta, para a melhor compreensão da demanda, os respectivos autos.

Isto posto, pergunta-se :

1º

Não tendo os compradores, no momento em que receberam a primeira partida da mercadoria vendida, manifestado a sua intenção de recusar a entrega do restante dela, podiam, baseados no art. 203 do Código Comercial, rejeitar a outra partida desse restante, depois de chegada nesta Capital?

2º

De acôrdo com as circunstâncias em que foi convenciona-da, afasta a cláusula "embarque o mais breve possível" a aplicação, no caso da consulta, do art. 203 do Código Comercial?

Recife, 20 de novembro de 1946.

## P A R E C E R

10

Penso que não procede o argumento dos compradores, acolhido pela sentença de primeira instância, de que, em face do art. 203 do Código Comercial, carece a vendedora do direito de exigir daquêles o cumprimento do contrato de compra e venda no tocante ao restante da mercadoria vendida, cuja segunda partida chegou a esta Capital em julho de 1944.

E, como interpretação do art. 203 do Código Comercial, transcrevem, assim os compradores, como o juiz, o seguinte comentário de Bento de Faria, fundado em Segovia :

“Se, porém, o vendedor envia ao comprador partes ou lotes das mercadorias vendidas, e este aceita-as, a venda reputa-se perfeita quanto a estas, visto como verifica-se assim o consentimento recíproco das partes contratantes em modificar as condições anteriormente estabelecidas, ficando salvo ao comprador o direito de exercer a opção quanto ao resto”. O direito de opção, reservado ao comprador,

no caso em que este, apesar de não ser obrigado a receber em lotes a coisa comprada, aceita parte, é o de pedir a rescisão do contrato ou exigir o seu cumprimento, conforme se vê da lição de Segovia (Explicacion y Critica del Nuevo Codigo de Comercio, nota 1689, compr. com o art. 467).

Ora, não tendo os compradores, no exercício do seu direito de opção, manifestado à vendedora, por ocasião da aceitação da primeira partida da mercadoria vendida, a intenção de rescindir o contrato, com a consequência de ficar êle sem efeito quanto ao restante do seu objeto, nem pedido, efetivamente, essa rescisão, é claro que resolveram preferir o seu ulterior cumprimento.

Realmente, se o não quizessem, preferindo a rescisão, deveriam tê-lo manifestado logo, notificando ou interpellando judicialmente a vendedora, pois sabiam que esta, nos têrmos do contrato, iria providenciar, "o mais breve possível", o embarque de outra partida.

Assim, legitimamente confiada em que os compradores não desejavam a rescisão do contrato (art. 131, 3º do Cod. Com.), tratou a vendedora de embarcar o restante da mercadoria vendida, só tendo obtido nova praça, em junho, para outra partida, também incompleta.

Coincidiu que ao chegar aqui, em julho, essa segunda partida, caiu o preço do feijão; e, então, os compradores não a quizeram aceitar.

Era, porém, tarde; já o não podiam fazer. Estavam obrigados ao cumprimento do contrato, desde que não manifestaram, judicial ou extra-judicialmente, a vontade de o rescindir.

Nestas condições, respondo negativamente ao primeiro quesito.

2º

Não tenho dúvida em que a estipulação, no contrato de compra e venda, objeto da consulta, da cláusula —

“embarque o mais breve possível” — afasta, no caso, a aplicação do art. 203 do Código Comercial.

Com efeito, convencionada numa situação excepcional conhecida plenamente pelas partes contratantes e criada pela mais terrível guerra submarina da história, que quasi destroi toda a marinha mercante do mundo e cujas graves consequências ainda estamos sentindo, profundamente,, até hoje no comercio marítimo nacional e internacional, obrigando o govêrno brasileiro a determinar que o embarque de mercadorias se subordinasse à concessão de praça, da competência de uma comissão da marinha mercante, — aquela cláusula indicava, evidentemente, que os compradores concordaram em que a época do embarque e a quantidade da mercadoria a embarcar ficariam dependentes das circunstancias do momento, isto é, logo que a vendedora pudesse conseguir da comissão da Marinha Mercante a concessão de praça.

Assim, o *possível*, tanto no que tocava à brevidade do embarque, como no que dizia respeito à quantidade da mercadoria a embarcar, seria o que a vendedora pudesse obter daquela Comissão.

E, se pelas circunstâncias excepcionais em que se encontrava o comércio marítimo nacional, conhecidas perfeitamente dos próprios compradores, como de toda a gente, não podia, absolutamente, a vendedora garantir a data e a quantidade certas do embarque, porque isso não dependia só da sua vontade e da sua diligência, senão também, e principalmente, de fato estranho e superior a elas — a referida concessão de praça —, é fóra de dúvida que, estipulando êles a cláusula “embarque o mais breve possível”, renunciaram claramente à regra do art. 203 do Código Comercial de que “o comprador que tiver ajustado por junto uma partida de gêneros sem declaração de a receber por partes ou lotes, ou em épocas distintas, *não será obrigado a receber parte com a promessa de se lhe fazer posteriormente a entrega do resto*”. Essa é uma disposição supletiva, interpretativa da vontade das partes, que, entretanto, a podem afastar ou remover por convenção contrária específica ou geral.



E, na hipótese em apreço, os compradores afastaram-na, convencenando que receberiam o que a vendedora fosse possível embarcar. Pois o comprador, que se obriga a receber a mercadoria vendida com a promessa de *embarque o mais breve possível*, obriga-se, lógica e naturalmente, a receber parte da mercadoria comprada, se essa parte e não o todo, é só o que a vendedora consegue embarcar.

Não se deve esquecer que estou interpretando a cláusula — “embarque o mais breve possível” — pactuada em período de guerra e, por conseguinte, em condições mais favoráveis à conduta da vendedora: sabiam muito bem os compradores, como já o salientei, que a época do embarque e a quantidade da mercadoria a embarcar dependiam da concessão de praça por parte de uma Comissão da Marinha Mercante, o que se não dava, anteriormente, em fase normal, pacífica.

Pois bem: o SUPREMO TRIBUNAL (então CÔRTE SUPREMA) decidiu, *em tempo de paz*, — 9 de agosto de 1934 — que a cláusula “o mais breve possível” significa que há, no momento, impossibilidade de entrega, reconhecida pelo comprador. Cumpre-lhe, pois, para exigi-la, provar que cessou a impossibilidade e interpellar, judicialmente, o vendedor” (Arquivo Judiciário — 37, p. 387 e Aquiles Bevilaqua, Código Comercial Anotado, 6ª ed., anot. 169 do art. 204).

Como se vê, não procede, de modo nenhum, o argumento da sentença de 1ª instância de que incumbia à vendedora o onus da prova da impossibilidade de obter o embarque de toda a mercadoria vendida, condicionado à cláusula — “o mais breve possível”.

Ao revés, o onus de que não existia ou cessara a impossibilidade de conseguir praça para o embarque, cabia aos compradores, que deviam ter interpellado, judicialmente, a vendedora, por ocasião do recebimento da primeira partida de feijão, como já o acentuei na resposta ao primeiro quesito.

No entanto, em vez de o fazer, como lhes cumpria, silenciaram completamente, revelando inteira aquiescência à conduta da vendedora e permitindo, desse

modo, que esta, um mês após aquêlê recebimento, embarcasse a segunda partida da mercadoria vendida.

Portanto, respondo afirmativamente ao segundo quesito.

E' êste o meu parecer.

Recife, 23 de novembro de 1946.

**Contrato de concessão de serviço  
público com privilégio exclusivo**

## P A R E C E R

A consulta, que me foi feita verbalmente pelo Snr. Samuel Domingos da Cunha, versa sôbre o seguinte: se a Prefeitura do Município de Bezerros, em face da escritura pública de contrato de iluminação elétrica passada entre ela e o consulente, cujo traslado me foi entregue para leitura, pode ou não autorizar qualquer particular a montar um motor e estender fios condutores de energia elétrica a uma rua ou a uma praça, daquela cidade, a fim de as iluminar por ocasião de uma festa religiosa.

Penso que a Prefeitura de Bezerros não o pode, à vista dos termos expressos e claros do contrato de concessão do serviço público de fornecimento de luz e energia elétrica, que efetuou com o consulente Samuel Domingos da Cunha.

Eis o que dispõe a cláusula 2ª :

“Durante o prazo estabelecido na cláusula anterior sómente o outorgante poderá explorar o serviço de luz pública e particular e fornecimento de energia elétrica, nesta cidade, ficando, porém, livre a qualquer particular, estabelecimento ou empresa produzir energia para o seu próprio uso ou de sua indústria, não podendo, entretanto, ninguem colocar fios condutores de energia elétrica no perímetro urbano da cidade, para fins determinados neste contrato, cujo *privilégio* é exclusivo do outorgante”.

Como se vê, tem o concessionário Samuel Domingos da Cunha o *privilégio exclusivo* de explorar o serviço de iluminação elétrica pública e particular e de fornecimento de energia elétrica para qualquer fim, sendo que o contrato indica que a iluminação pública compreenderá "a zona urbana da cidade".

A êsse privilégio exclusivo só se estabelece uma exceção, que é claramente estipulada: qualquer particular, estabelecimento ou empresa poderá produzir energia para seu próprio *uso* ou de sua indústria.

Esse uso próprio ou de sua indústria compreende-se facilmente: é o uso pessoal e *interno* na residência do particular, no estabelecimento do comerciante, na usina ou na fábrica do industrial.

Quer dizer, o particular, o comerciante, ou o industrial não poderá levar essa energia, que se permitiu produzir e usar internamente, para fóra da sua residência, da sua casa de negócio ou da sua fábrica, a fim de iluminar qualquer trecho da via pública, ou a residência de outro particular, ou de outro estabelecimento ou de outra empresa, porque, então, em vez de se tratar de uso próprio, pessoal e interno, objeto da exceção, seria uma intromissão ou invasão no domínio do *privilégio exclusivo* concedido ao consulente.

Para tornar isso ainda mais claro, o contrato, depois de estabelecer e delimitar a exceção, acrescenta: "não podendo, entretanto, ninguém colocar fios condutores de energia elétrica no perímetro urbano da cidade, para fins determinados nêsse contrato, cujo privilégio é exclusivo do outorgante."

Ora, por isso mesmo que a exceção se limita ao uso pessoal e interno do particular, do comerciante, ou do industrial, não pode êle levar fios condutores de sua residência, do seu estabelecimento ou de sua fábrica para fóra delas, no perímetro urbano, porque isto violaria os *fins determinados* no contrato: a iluminação pública, isto é, a iluminação das ruas e praças, e a iluminação particular, isto é, das casas de residência, dos estabelecimentos comerciais, ou das fábricas e usinas (empresas), ambas concedidas como privilégio exclusivo ao consulente.

Ainda mais vem reforçar essa interpretação da

cláusula segunda do contrato o disposto na cláusula décima primeira, onde, tratando-se da iluminação extraordinária para festas religiosas e outras diversões de qualquer natureza, se determina que o pagamento será feito em virtude de acôrdo entre o concessionário e os interessados.

Assim, se um terceiro, com permissão da Prefeitura de Bezerros, monta um motor e faz instalações de fios condutores de energia elétrica na via pública, para, remunerada ou gratuitamente, iluminar uma festividade religiosa ou outro qualquer divertimento, exerce, sem dúvida nenhuma, concorrência ilícita com o concessionário, prejudicando-o, patrimonialmente, no seu privilégio exclusivo: impede-o de tirar as vantagens pecuniárias que lhe assegura a cláusula décima primeira do contrato, e que, de fato, tiraria se não houvesse aquela atividade ilícita do terceiro.

No tocante ao caráter benéfico ou gratuito do fornecimento de luz feito pelo terceiro, se êle podesse justificar a concorrência dêsse terceiro com o concessionário, tornaria letra morta a cláusula décima primeira do contrato de concessão com privilégio exclusivo: nas hipóteses dessa cláusula, poder-se-ia sempre e com a maior facilidade simular aquêle caráter, para fraudar os direitos do concessionário.

E', pois, fóra de dúvida a ilegalidade do ato da Prefeitura de Bezerros que permite a quaisquer particulares colocarem fios condutores de energia elétrica no perímetro urbano, para iluminar praças ou ruas, onde se vão realizar festas religiosas ou quaisquer outras diversões de vez que viola o contrato de concessão (Código Civil, art. 928); e certo e incontestável é o direito do concessionário de recorrer ao poder judiciário, a fim de compelir aquela Prefeitura a abster-se da prática do referido ato, com que ameaça o seu direito decorrente do aludido contrato (Cláusula 2ª).

Penso, ainda, que, cogitando-se, como se cogita, no caso, de um ato do poder público municipal em relação a um serviço público contratado, que constitue objeto de função administrativa, isto é, ato eminentemente administrativo, a medida judicial a recorrer deve ser um

mandado de segurança, e não o interdicto proibitório (V. Ministro Castro Nunes — Do Mandado de Segurança, págs. 29, 182, 191 e segs.; Carvalho Santos, Código de Processo Civil Interpretado, vol. 4º, págs. 330 e segs. Código de Processo Civil, art. 319 e parágrafo 2º).

E' êste o meu parecer.

Recife, 27 de dezembro de 1946.

**Prova da maternidade natural no  
sistema do Código Civil Brasileiro**



Recife, em 19 de maio de 1947.

Eminente Mestre Prof. Dr. Soriano Neto :

Peço-lhe me responda, com o seu renome de jurista, a seguinte consulta: — Joana de Tal, maior e solteira, tinha uma filha recém-nascida, quando estabeleceu vida marital com João Batista da Mata. Este, depois, fez o registro civil da criança de nome Eurídice, como filha natural de Joana, constando no termo de assentamento, que êle era o declarante. Anos depois, João Batista da Mata, casou-se com sua referida companheira, resultando do casamento vários filhos, que foram registrados como legítimos. Eurídice, porém, permaneceu com sua mãe, sendo criada e educada por João Batista da Mata, que se lhe tornou padrasto. Ninguém conhece a paternidade de Eurídice, embora João Batista da Mata a considere *como filha*. O ano passado, faleceu Joana, deixando bens de fortuna. Iniciado o inventário, Eurídice foi colocada, no título de herdeiros em igualdade de condições com os seus irmãos maternos, equiparando com êles para os efeitos de herança. Um dos herdeiros, sabidamente insuflado pelo Pretor do Termo de Oliveira dos Brejinhos, substituto legal do Juiz de Direito da Comarca de Paratinga, Estado da Bahia, onde se procede ao inventário aludido, quer impugnar a situação de igualdade de Eurídice, na herança materna,

sob a alegação de que ela incide na sanção do parágrafo 1º do art. 1.605 do Código Civil Brasileiro, isto é que *Eurídice só terá direito, na herança, à metade do que couber a cada um dos seus irmãos maternos.*

Pergunta-se: Eurídice incide na sanção do parágrafo 1º do art. 1605 do Código Civil, isto é, só tem direito, na herança de sua mãe, à metade do que couber a cada um de seus irmãos, ou, ao contrário, Eurídice terá igual quinhão, por se tratar do inventário de sua genitora ?

Esta a consulta submetida ao seu brilhante espírito de Mestre de grande renome.

Atenciosamente, discípulo e amigo,

(Ass.) *NESTOR DE SOUZA* — Advogado.

## P A R E C E R

*Eurídice incide na sanção do parágrafo 1º do art. 1605 do Código Civil, isto é, só tem direito, na herança de sua mãe, à metade do que couber a cada de seus irmãos, ou, ao contrário, Eurídice terá igual quinhão, por se tratar do inventário de sua genitora?*

Trata-se, no caso da consulta, da sucessão aberta com o falecimento de Joana de Tal, a que concorrem, como filha natural legalmente reconhecida, Eurídice, e, como legítimos, os filhos resultantes do casamento posterior de João Batista da Mata com a *de cujus*.

Ora, quando se realizou esse casamento e nasceram os filhos dele oriundos, já se achava firmada a condição jurídica de Eurídice como filha natural e, por consequência, herdeira de Joana de Tal.

Realmente, segundo expus no meu livro "Do Reconhecimento Voluntário dos Filhos Ilegítimos" (2ª ed., São Paulo, 1928, n. 25, pág. 32), o nosso Código Civil seguiu, quanto à prova da maternidade natural, um sistema diferente do que se refere à paternidade natu-

ral e que não encontra similar em nenhuma das legislações dos povos cultos.

Assim, pelo nosso direito, só é necessário para a prova de maternidade natural, um reconhecimento voluntário no termo de nascimento, escritura pública ou testamento, ou um reconhecimento forçado decorrente de uma ação de investigação, se não constar a maternidade do termo do nascimento do filho (Código Civil, art. 356).

Em constando, porém, do termo de nascimento o nome da mãe, e esta não houver provado, pelos meios ordinários, a falsidade do termo, ou das respectivas declarações, — está provada, legalmente, a maternidade natural e assegurados ao filho todos os direitos inerentes à filiação natural reconhecida, inclusive os sucessórios (Código Civil, art. 1.605).

E' preciso, ainda, assinalar que nenhuma significação tem para a validade do termo e suas consequências jurídicas a pessoa do declarante.

E' bem de ver, em tais condições, que me surpreende deveras o pretender-se aplicar, ao caso de Eurídice, o disposto no parágrafo 1º do art. 1.605 do Código Ci-

“Havendo filho legítimo, ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança, terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento”.

Ora, como se verifica da consulta, Eurídice não foi reconhecida na constância do casamento de João Baptista da Mata com sua mãe Joana de Tal: ao contrário, a prova da sua filiação natural relativamente à sua mãe Jona de Tal, de que decorrem, entre outros, os direitos sucessórios, se fez, nos termos ao art. 356 do Código Civil, pelo termo do seu nascimento, que é muito anterior àquele casamento.

Em face do exposto, nenhuma dúvida tenho em responder à consulta do seguinte modo: Eurídice não incide na sanção do parágrafo 1º do art. 1.605 do Có-

ção Civil e tem direito, no inventário da sua mãe, a quinhão igual ao que couber a cada um dos seus irmãos legítimos, havidos, posteriormente, do casamento da sua mãe com João Batista da Mata.

E' o meu parecer .

Recife, 20 de maio de 1947 .

**Desfalque de funcionário federal e  
pagamento de cheques cruzados ao  
portador autorizado**

## C O N S U L T A

Pelo Decreto-lei Nº 867, de 17-11-1938, e pelo contrato de 5 de Jan. do ano seguinte, ao qual o aludido diploma faz expressa referência no seu Art. 17, passaram as rendas da União a ser recolhidas ao Banco do Brasil. O referido contrato foi aprovado pelo Decreto-lei Nº 4604, de 14-1-1939. Pelas instruções ministeriais de 9 de Jan., publicadas no Diário Oficial de 14, à pág. 1228, ficaram os Tesoureiros das Delegacias Fiscais incumbidos de todos os pagamentos, inclusive restituições de depósitos. Ditos pagamentos seriam atendidos com o produto da arrecadação geral, recolhendo-se, então, ao Banco apenas o saldo excedente.

Os cheques deviam vir relacionados, mas, expressamente, de logo ficou deliberado á cláusula 5ª do aludido contrato, que ao Banco recebedor não cabia em hipótese alguma qualquer ingerência fiscalizadora nos recolhimentos, os quais deviam ser feitos pelo Tesoureiro da Delegacia Fiscal .

Pelo Ofício Nº 187, de 13.7.1932, o então Delegado Fiscal, J. Silva Almeida, comunicou à Agência do mencionado Banco que a única pessoa autorizada a receber os cheques emitidos em favor de sua Repartição e da do Imposto de Renda, a êle subordinada, era o Tesoureiro Zacarias Bezerra da Silva. Êste era quem protocolava os cheques recebidos em pagamento, debitando-se pelas

respectivas importâncias. Do modo como era feita a entrada dos mesmos escapava por completo ao controle da Contadoria Seccional.

Entregues na Secção do Imposto de Renda, eralhes superposto um carimbo, diagonalmente, com o nome do Banco do Brasil entre duas linhas, com o que se pretendia transforma-los em cheques cruzados.

A's vespéras do falecimento do referido Tesoureiro, vigente o contrato linhas acima referido, na Delegacia verificou-se a ausência de guias de recolhimento de alguns cheques, o que, só por só, motivou a suspeita dum desfalque. Esses cheques eram de duas espécies: a) — de correntistas do Banco do Brasil, emitidos em favor daquela Repartição e por ela carimbados; b) — de correntistas de outros Bancos, também emitidos em favor da mesma Repartição e por ela, do mesmo modo, carimbados .

Aberto uma espécie de inquérito que se arrastou morosamente, a respectiva Comissão, por processos inexplicáveis, chegou à conclusão de que teria havido um desfalque de Cr\$ 447.295,60. Esse resultado foi obtido, a Comissão dando por suposto que os cheques representativos da mencionada importância teriam sido recebidos diretamente pelo Tesoureiro da Delegacia no *guichet* do Tesoureiro do Banco, aqui. Não indagou se realmente o Tesoureiro havia recebido a aludida importância e, com ela, efetuado pagamentos, de conformidade com a recomendação das instruções do Ministro da Fazenda, a que já aludimos.

Releva salientar que, segundo confessou em seu relatório, a referida Comissão não fez um levantamento dia a dia porque achou isto um trabalho excessivamente enfadonho. Mas como não encontrou as guias em que estivessem relacionados uns cheques que se encontravam escriturados a débito da conta da União, concluiu simploriamente pela existência dum desfalque. Vale transcrever as suas próprias palavras: "*Lamenta a Comissão não lhe ter sido possível, sem margem a sofismas, DETERMINAR O VALOR DOS CHEQUES NEGOCIADOS*" (?)

Ultimado que foi o pseudo-inquérito, encaminhado com o citado relatório, o processado foi ter ao Rio de



Janeiro aonde o prof. SÁ FILHO, então Procurador Geral da Fazenda, deu um parecer do qual extraímos o seguinte: "Em relação ao indiciado Tesoureiro da Delegacia Fiscal, já falecido, URGE PROVIDENCIAR A TOMADA DE SUAS CONTAS. Por esta forma é que se estabelece a situação jurídica dos responsáveis. As sentenças condenatórias do Tribunal de Contas permitem à Fazenda Nacional entrar em juízo com sua intenção fundada de fato e de direito, para o fim de promover a cobrança executiva de suas lividas ativas, provenientes de alcances apurados e fixados por aquelas sentenças, quando para saldar essas dividas não fôr bastante a alienação administrativa das cauções". Consequentemente, não foi feita a tomada de contas do Tesoureiro que, sem embargos, é apontado como peculatório e ,ao Banco, se atribue parcela de responsabilidade para dar logar a um ressarcimento em parte.

Depois de uma troca de ofícios, nem sempre amistosos, entre o Sr. Ministro da Fazenda e o Sr. Presidente do Banco do Brasil, a dívida no valor de Cr\$ 274.282,40 foi inscrita, tirada uma certidão para que o Sr. Dr. Procurador Regional da República iniciasse u'a ação executiva contra o Banco, fundada em disposições do Decreto-lei n. 960 (Lei dos Executivos Fiscais).

#### PERGUNTA-SE :

1º — Pode a divida imputada ao Banco pelo pagamento de cheques feito ao Tesoureiro ser tida como líquida e certa para servir de base à cobrança judicial em executivo fiscal?

2º — Dados os antecedentes, quer dizer, o acôrdo feito pelo Banco com o Govêrno, no qual ficou expressamente proibida a ação fiscalizadora do primeiro, mesmo que se tenham os cheques como cruzados, há responsabilidade do Banco pelo pagamento deles ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal ?

## P A R E C E R

1º

*Pode a dívida imputada ao Banco pelo pagamento de cheques feito ao Tesoureiro ser tida como líquida e certa, para servir de base à cobrança judicial em executivo fiscal ?*

Pelo decreto-lei nº 960 de 17 de dezembro de 1938, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios), em todo o território nacional, compreende-se como tal dívida, para o efeito de ser cobrada judicialmente por ação executiva, a que se enquadra nestas quatro categorias :

- a) — impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza;
- b) — foros, laudêmios e alugueres;
- c) — alcance dos responsáveis e reposições;
- d) — dívida contratual, quando se tiver convencionado aquela forma especial de cobrança (art. 1º e seu parágrafo único).

Para ser líquida e certa, a dívida enquadrada nes-

sas categorias deve consistir em quantia fixa e determinada e (salvo quanto à dívida proveniente de *alcance* ou de contrato, inclusive a de alugueres, foros e laudêmos) estar regularmente inscrita em livro próprio, na repartição fiscal (art. 2º).

No que diz respeito, especialmente, à dívida proveniente do alcance de todos os responsáveis, de direito e de fato, por dinheiros, valores e outros bens da União, ou pelos quais deva esta responder (Código de Contabilidade, decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922, art. 876) dispensa ela (como também a resultante de contrato), para a cobrança executiva, a exigência da inscrição prévia (art. 2º § 2º do decreto-lei nº 960), mas, em compensação, ainda está subordinada, necessariamente, aos seguintes pressupostos legais :

- a) — sentença condenatória proferida pelo Tribunal de Contas nos processos de tomadas de contas, que estabelecem a situação jurídica dos responsáveis (Código de Contabilidade, decr. cit., art. 877 e Parecer do Prof. Sá Filho, Procurador Geral da Fazenda, aludido na Consulta);
- b) — apuração do alcance, fixação e determinação do seu *quantum* naquela sentença condenatória, que tornam a dívida ativa proveniente dêle líquida e certa e permitem a Fazenda Nacional a entrar em juízo com a sua intenção fundada de fato e de direito, para o fim de promover a cobrança executiva da referida dívida (Código de Contabilidade, decr. cit., art. 887 e decreto-lei n. 960, art. 2º).

No caso da consulta, a dívida imputada ao Banco do Brasil e cobrada por executivo fiscal origina-se, segundo o afirma a União, de haver aquê, com o pagamento dos cheques ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal, concorrido para êste cometer o desfalque, devendo, consequentemente, responder, em parte, pelos prejuizos daí advindos à Fazenda Nacional.

Ora, ainda admitindo, para argumentar, que o Banco do Brasil tivesse pago, irregular ou indevidamente, os cheques sôbre que recaiu o desfalque, e devesse,

por isso, responder civilmente à União, juntamente com o Tesoureiro infiel, — matéria do 2º quesito, — claro é que, nessa hipótese, estaria a sua responsabilidade civil ligada, inseparável e incindivelmente, à dêste, da qual decorreria. E daí as seguintes consequências jurídicas :

- a) — A responsabilidade civil do Banco pelo pagamento dos cheques e a extensão de sua obrigação de ressarcir a Fazenda Nacional dependeria, logicamente, da responsabilidade do Tesoureiro pelo desfalque e do *quantum* dêste, provados *na forma legal*, isto é, em sentença condenatória do Tribunal de Contas, reconhecendo a apuração e a fixação do alcance no processo de tomada de contas. Só assim nasceria uma verdadeira dívida ativa da União, com o seu consectário — a cobrança executiva.
- b) — Se, na ausência de uma sentença, nas condições acima referidas, não pode mover a Fazenda Nacional uma ação executiva contra o Tesoureiro responsável pelo alcance, porque falta a prova legal dêste e do seu *quantum*, requisitos da certeza e liquidez da dívida ativa essenciais àquela ação —, também não o pode contra o Banco, que se limitou a pagar os cheques, cujos valores se *supõem* desfalcados pelo Tesoureiro, que os recebeu.

No caso em aprêço, funda-se o executivo fiscal contra o Banco, não numa sentença condenatória do Tribunal de Contas, apuradora do alcance e fixadora de sua quantia, como o impõe, expressa e categoricamente, a lei, mas numa arbitrária inscrição da dívida, baseada num inepto inquérito administrativo.

Realmente, além de não ser, em principio, instrumento habil para a inscrição da dívida e para a sua cobrança executiva, como se depreende do que antes escrevi acêrca da forma legal de apuração da responsabilidade civil do Tesoureiro, a que se acharia vinculada e de que dependeria a do Banco do Brasil pelo alegado pagamento dos cheques, suposto objeto do desfalque, apresenta o inquérito administrativo, conforme se veri-

fica da consulta, tais defeitos viscerais, — impropriedade de seus meios de investigação, imprecisão de suas estimativas, e insegurança de suas conclusões, — que o tornariam imprestável, ainda na hipótese de constituir aquela forma legal, para dar ao alcance do Tesoureiro o caráter de dívida líquida e certa necessário ao executivo fiscal

Assim, a comissão do inquérito :

- a) — Concluiu pela existência do desfalque de Cr\$ 447.295,60 da simples *suposição* de ter o Tesoureiro da Delegacia Fiscal recebido, diretamente, no *guichet* da Tesouraria do Banco, o pagamento dos cheques representativos daquela importância, e do fato de não encontrar ela as guias em que deveriam estar relacionados uns cheques escriturados a débito da União, quando o que lhe cumpria era fazer o levantamento dia a dia e apurar se, na realidade, havia, ou não, o Tesoureiro recebido a importância dos cheques e tinha, ou não, com ela, efetuado pagamentos. Pois os valores dos cheques em questão, emitidos por devedores de impostos á União, uma vez recebidos pelo Tesoureiro importavam arrecadação; e, pelas instruções do Ministro da Fazenda de 9 de janeiro de 1939, baixadas para a execução do decreto-lei nº 867 de 17 de novembro de 1938, todos os pagamentos, inclusive restituições de depósitos, serão atendidos com o produto da arrecadação geral, recolhendo o Tesoureiro ao Banco do Brasil somente “o saldo líquido de caixa, que é a resultante da arrecadação feita sob qualquer título menos os pagamentos também efetuados sob qualquer título.” (nº I).

Como podia, na verdade, pagar o Tesoureiro as despesas da União senão recebendo as importâncias dos cheques, que representavam arrecadação de impostos ?

- b) — Não tendo procedido ao levantamento dia a dia, como lhe obrigavam a natureza e os fins de sua missão, por julga-lo trabalho excessivamente enfadonho, faz esta surpreendente confissão: “la-

menta a Comissão não lhe ter sido possível, sem margem a sofismas, *determinar* o valor dos cheques negociados”.

- c) — Não demonstrou que o Banco do Brasil, por seus funcionários, tivesse praticado, com o pagamento dos cheques, um ato ilícito, donde decorresse a responsabilidade civil dêle e conseqüente obrigação de ressarcir a Fazenda Nacional de parte do alcance do Tesoureiro.
- d) — Da suposta estimativa do desfalque em Cr\$ 447.295,60, imputou, arbitrariamente, ao Banco do Brasil a responsabilidade pela quantia de Cr\$ 274.282,40.

Nestas condições, respondo negativamente ao 1º quesito: não pode a dívida imputada ao Banco do Brasil, pelo pagamento dos cheques feito ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal, ser tida como líquida e certa, para servir de base á cobrança judicial em executivo fiscal.

2º

*Dados os antecedentes, quer dizer o acôrdo feito pelo Banco com o Govêrno, no qual ficou expressamente proibida a ação fiscalizadora do primeiro, mesmo que se tenham os cheques como cruzados, ha responsabilidade do Banco pelo pagamento dêles ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal ?*

O decreto-lei nº 867 de 17 de novembro de 1938, que dispõe sôbre o recolhimento da arrecadação federal ao Banco do Brasil, estatue no art. 17: “a execução dos serviços decorrentes dêste decreto-lei, por parte do Banco do Brasil, será feita mediante contrato firmado entre o Tesouro Nacional e o referido Estabelecimento, aprovado por decreto do Govêrno”.

De acôrdo com esse preceito legal, celebrou-se em 5 de janeiro de 1939 o contrato entre o Banco do Brasil

e a União, para a execução dos serviços de *recolhimentos da arrecadação e pagamentos das despesas* (correspondentes, respectivamente, às contas especiais de "Receita da União" e "Despesas da União", a serem abertas naquele Banco e mencionadas nos arts. 3 e 8 do decreto-lei nº 867), aprovado pelo decreto nº 3.604 de 14 de janeiro de 1939.

Nesse contrato, ficou, clara e expresamente, estipulado que :

- a) — No que concerne à conta especial de "Receita da União", não compete ao Banco do Brasil *fiscalizar os recolhimentos da arrecadação e verificar a exatidão das declarações das guias de recolhimentos*. Além disto, pelas instruções do Ministro da Fazenda de 9 de janeiro de 1939, a que já me referi na resposta ao 1º quesito, passou a Delegacia Fiscal "a recolher no referido Banco a arrecadação líquida do dia anterior, isto é, o saldo da arrecadação feita sob qualquer título menos os pagamentos também efetuados sob qualquer título", de vez que "todos os pagamentos, inclusive restituições de depósitos, serão atendidos com o produto da arrecadação geral".
- b) — No tocante à conta especial de "Despesas da União", também não cabe ao Banco do Brasil *verificar a legalidade das ordens de pagamento*, sacadas, consoante o disposto no nº II das aludidas instruções do Ministro da Fazenda, pela Delegacia Fiscal contra êle, no caso de não ser suficiente a arrecadação, para ocorrer aos pagamentos; "*não respondendo*", assim, aquele Banco "*por qualquer irregularidade em tais ordens*" (cláusula 8ª).

Por outro lado, nos termos do ofício do Delegado Fiscal, chefe da Repartição encarregada de recolher a arrecadação e sacar as ordens de pagamento, dirigido à Agência do Banco do Brasil nesta Capital, a *única pessoa* autorizada a receber os cheques emitidos em favor da Delegacia Fiscal e da secção do Imposto de Renda, a ela subordinada, era o Tesoureiro Zacarias Bezerra da

Silva, a quem, depois, imputou o inquérito administrativo o desfalque de Cr\$ 447.295,60, que se supõe corresponder a cheques recebidos no *guichet* do Banco do Brasil

Dêsse jeito, pagando ao Tesoureiro os cheques emitidos contra si, ou descontando-lhe os emitidos contra outros banco se cruzados especialmente com o seu nome (por ser o único estabelecimento bancário com o qual, em virtude de disposições legais e estipulações contratuais, se realizavam as operações da União), todos apresentados à sua filial do Recife, por aquêle funcionário, para o recebimento, a que era legitimamente autorizado, cumpria o Banco do Brasil, estritamente, o seu contrato com a União e praticava um ato absolutamente lícito, de que lhe não pode advir nenhuma responsabilidade civil.

Se o Tesoureiro devidamente autorizado ao recebimento dos cheques, desviou a importância dêles, que lhe foi paga no *guichet* do Banco do Brasil, causando, assim, prejuizos á União, a esta só é que cabe suportalos, como justa e lógica consequência da má escolha, que fizera do funcionário infiel, e cuja atividade funcional, nas relações com o Banco do Brasil, tivera a preocupação e o cuidado de, na redação do contrato, subtrair à ação fiscalizadora dêsse Banco.

Não quiz ela, porém, se comportar dessa maneira, como lho impunha o sentimento da sua dignidade, o zêlo da sua reputação, o imperativo da sua boa fé, o respeito à sua palavra solenemente empenhada no contrato; o que ela deseja e pleteia é, ao contrário, transferir, arbitrária e ilicitamente, para o Banco do Brasil a maior parte do alcance do seu Tesoureiro; mas, não o pode de maneira nenhuma, à vista dos termos irretorquíveis do contrato, pelos quais não compete ao Banco do Brasil verificar a exatidão e legalidade das guias de recolhimentos da arrecadação e das ordens de pagamento, e, por isso, ajustou-se, expressamente, que não responderia êle por quaisquer irregularidades de umas e de outras. Custa, pois, a crer que insista a Fazenda Nacional em responsabilizar, civilmente, o Banco do Brasil pelo pagamento de cheques ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal e tente constrangê-lo, por meio dum



executivo fiscal, a indenizá-la de mais da metade do valor estimado do desfalque.

Custa a crê-lo, com efeito, e só a evidência material da ação proposta é que elimina as sérias dúvidas, que suscita tão exquisita atitude.

Impediria, porém, o pagamento ao portador legitimamente autorizado, isto é, ao verdadeiro proprietário, — no caso a Fazenda Nacional, representada pelo Tesoureiro da Delegacia Fiscal, — a circunstância de se tratar de um cheque cruzado especial ou qualificado com o nome do Banco do Brasil ?

Como se vê da consulta, os cheques aceitos, como pagamento de devedores da Fazenda Nacional, pela Secção do Imposto de Renda, ali cruzados com o nome do Banco do Brasil e entregues ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal, que os protocolava, se debitava pelas respectivas importâncias, e, em seguida, apresentava no *guichet* daquêle Banco para pagamento, eram de duas categorias :

- a) — uma, constituída pela grande maioria dêles, compreendia os emitidos por correntistas do Banco do Brasil contra êste;
- b) — a outra, formada por uma pequena minoria, abrangia os emitidos contra outros bancos por seus correntistas.

Quanto aos cheques da categoria b), obedeceu-se, plenamente, na cobrança e no pagamento, à disciplina jurídica estabelecida no art. 12, 2ª parte, do decr. 2.591: o Tesoureiro da Delegacia Fiscal entregava-os ao banco especialmente designado no cruzamento, — o Banco do Brasil, — que lhos pagava e, posteriormente, recebia as respectivas quantias dos outros bancos, contra os quais eram emitidos por correntistas dêles.

Em relação aos cheques da categoria a), devo assinalar que, sendo cruzados com o nome do próprio Banco contra o qual foram emitidos, excluía, necessariamente, a obrigação legal, decorrente do cruzamento, de o banco sacado só poder pagar a outro Banco.

De certo, no cruzamento especial, qualificado ou em preto, só ao Banco designado na entrelinha, e não a

qualquer outro, como se dá no cruzamento simples, geral ou em branco, é que cabe receber o pagamento.

Ademais, como ensina o prof. Lorenzo Mossa, catedrático da Universidade de Pisa, deve-se pagar o cheque cruzado de contado, em numerário (lo check sbarato é da pagare in contanti), ao revés do cheque por conta, que encerra uma proibição de pagamento de contado e uma ordem da forma contábil de pagamento. (Lo check per conteggio non é altro che uno check col divieto di pagamento in contanti, e l'ordine della forma contabil di pagamento). (Lo check e l'assegno circolare secondo la nuova legge, Milano, 1939, ns. 215 e 215 bis).

Quero observar, de passagem, que, entre êsses dois tipos de cheque, — um criado pela Inglaterra e adotado na França, na Itália, no Brasil e em outros países, e o outro de origem germânica, acolhido na Europa Central, — se vem travando longa luta pela preferência da consagração legislativa, culminada na conferência de Genebra com a mais viva e agitada controvérsia (V. Mossa, obr. cit. pág. 302, nota 33; Jacques Bouteron, Statut International du Cheque, 518).

Ora, no caso em fóco, em que se designara, entre as linhas paralelas, o próprio Banco sacado, como poderia êste cumprir, devidamente, a ordem de pagamento do cheque cruzado com o seu nome, isto é, ordem de pagamento de contado, senão solvendo-o nas mãos do verdadeiro proprietário — a Delegacia Fiscal representada pelo seu Tesoureiro?

Não me arreceio, entretanto, de ir além e conceder, para discutir, que se cogite mesmo, na espécie, de um cruzamento geral, ou de um cruzamento especial, com indicação de outro qualquer Banco que não o Banco sacado.

Ter-se-ia, então, de aplicar, aí, inquestionavelmente, a regra do art. 12 do Decreto n. 2.591, de 7 de agosto de 1912: "O cheque cruzado, isto é, atravessado por dois traços paralelos, só pode ser pago a um Banco, e se o cruzamento contiver o nome de um Banco, só a êste poderá ser feito o pagamento".

E', todavia, dominante na doutrina e na jurisprudência de países, onde vigoram legislações-modêlos des-

se dispositivo da nossa lei de cheques, o principio de que, pagando o cheque cruzado ao portador legítimo, isto é, ao verdadeiro proprietário, em vez de fazê-lo a um Banco, paga o Banco sacado devidamente, e, por conseguinte, nenhuma responsabilidade civil se lhe pode atribuir.

Se, ao contrário, desrespeitando o cruzamento, paga o Banco sacado a qualquer portador, que se tenha apoderado do cheque injustamente, — v. g. em virtude de perda ou de furto, — quando só devia fazê-lo a outro Banco, age, é claro, a seu risco: responde, civilmente, ao verdadeiro proprietário prejudicado por esse pagamento indevido.

Estas soluções resultam, muito justamente, do objetivo do cruzamento, que é proteger o portador legítimo, dificultando, senão impossibilitando, o pagamento do cheque a qualquer aventureiro, que se aposses dêle por meios ilícitos: os Bancos em geral só aceitam o encargo de cobrar um cheque cruzado se o portador é cliente seu, ou pessoa que possam identificar e lhes mereça confiança.

Daí dizer o prof. Lorenzo Mossa que o cheque cruzado, provindo da prática inglesa, se difundiu no continente pela grande experimentada impressão de segurança: o cruzamento é um tóxico para os aventureiros (obr. cit. n. 215).

De feito; a garantia, que o cruzamento oferece, está nesta alternativa: se o Banco sacado o observa e só paga o cheque a outro Banco, é difficilimo, senão impossivel, como o mostrei, o prejuizo do verdadeiro proprietário; se o não observa e paga ao portador illegitimo, também não perde o verdadeiro proprietário, porque o banco sacado é obrigado a indenizá-lo.

Admitir, porém, que é indevido o pagamento do cheque cruzado ao verdadeiro proprietário e não liberado o banco sacado, que o efetua, constitue tamanho absurdo que não passaria jamais na cabeça de um jurista: transformar-se-ia, desse modo, uma simples restrição FORMAL ao exercicio do direito do portador, — cobrar e receber, pessoalmente, do banco sacado, a soma do cheque, — estabelecida para a segurança do

verdadeiro proprietário, em destruição do próprio conteúdo do direito dêste.

Pago, portanto, o portador legítimo, está, plenamente, satisfeito o motivo de política jurídica, que levou o legislador a acolher a figura do cheque cruzado — a proteção daquêle contra a atividade ilícita dos cavaleiros de indústria; de sorte que desentranhar do cruzamento, *nessa hipótese*, qualquer consequência jurídica prejudicial ao banco sacado, como, p. ex., não o considerar liberado pelo pagamento, seria absurdo apêgo a um formalismo caduco, ôco, inútil.

Expostos os princípios, que reputo fundamentais sôbre o assunto, passo, agora, a apoiar as minhas afirmações com os ensinamentos autorizados da doutrina e da jurisprudência da Inglaterra e da França.

Na decisão sôbre o caso *Belamy v. Mayoribank*, de 1852, a primeira que, na Inglaterra, proclamou a existência e a validade do cheque cruzado como costume bancário, o juiz Parker, relator do acórdão, diz textualmente: "... quando um cheque é cruzado, recusam, geralmente, os banqueiros pagá-lo a quem quer que seja, salvo a um banqueiro; e se êles o pagam a uma pessoa que não é banqueiro, consideram que o fazem a seu risco, na eventualidade de a parte, a quem se efetua o pagamento, não ser autorizada a recebê-lo (... where a check is crossed, bankers generally refuse to pay it to any one except a banker; and if they do pay it to a person not a banker, they consider that they do it at their peril, in the event of the party to whom the payment is made not being entitled to receive it.)"

Por isso, adverte o jurista Jacques Bouteron, inspetor do Banco de França e uma das maiores autoridades, na Europa, em matéria de chèque: "En Angleterre, la formalité du barrement est considérée comme une pratique raisonnable et légale ayant pour objet de garantir dans la mesure du possible le paiement du chèque à son véritable propriétaire". (*Le Chèque*, Paris, 1924, pág. 407).

Realmente, pelo *Bills of Exchange Act*, de 1882, onde se acha regulado o cheque cruzado, o banco sacado, que paga um cheque cruzado geral a uma pessoa, que não é banqueiro ou banco, ou paga um cheque cru-

zado especial a outro banco, que não o indicado no cruzamento, só responde, civilmente, pelas consequências do *pagamento indevido*, isto é, do pagamento feito ao portador ilegítimo. O pagamento ao verdadeiro proprietário é um pagamento devido, legítimo e exclue qualquer responsabilidade (V. art. 79; Segovia, Explicacion y Critica del Nuovo Código de Comércio, Buenos Aires, 1892, nota 2729 ao art. 830; Egberto Lacerda Teixeira, Do Cheque no Direito Comparado Inter-americano, São Paulo, 1947, n. 267). (1)

(1) — A responsabilidade imposta pelo art. 79 do Bills of Exchange Act, de 1882, ao banco sacado que paga o cheque cruzado geralmente a outro que não um banqueiro, ou o cruzado especialmente a outro que não o banqueiro a quem é cruzado (... or pays a cheque crossed generally otherwise than to a banker, or if crossed specially otherwise than to the banker to whom it is crossed...) o é, com efeito, tão só em favor do "verdadeiro proprietário" do cheque por qualquer prejuízo que êle possa sofrer devido a ter sido o cheque pago daquêlê modo (... he is liable to the true owner of the check for any loss he may sustain owing to the cheque having been so paid).

Conforme ensina Chalmer, "se o cheque é pagável ao portador, ou foi endossado em branco por aquêlê a quem deve ser pago, antes de roubado, e vem às mãos de um portador *bona fide* por valor, não ha nenhum remédio, a despeito de um pagamento com desprezo do cruzamento, a menos que o cheque seja cruzado "não negociável". E, em nota, acrescenta êsse autor : "Parece claro que o portador em devido curso é em tal caso o verdadeiro proprietário do cheque, e, desde que se lhe fez o pagamento, ou a alguém que o reclama por êle, não se pode queixar de um pagamento violador dos termos do cruzamento" (Chalmer's Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities, Eleventh Edition, by Francis Raleigh Batt, London, 1947, pág. 260 e nota 56).

Byles, examinando a mesma hipótese do cheque roubado, após o endosso em branco, daquêlê a quem deve ser pago, escreve: "A menos que o cheque seja assim cruzado (crossed "not negotiable") o "verdadeiro proprietário", para o qual, sómente, é responsável por êste art. (79) o banqueiro pagante, é todavia, o portador por valor, e não aquêlê a quem se devia pagar originariamente e de quem foi roubado o cheque". (A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank-Notes and Cheques, Nineteenth Edition, London 1931, pág. 33).

Diferente é, porém, se o ladrão falsifica o endosso e passa o cheque a terceiro, a quem o banco sacado, com inobservância do cruzamento, faz o pagamento: nêste caso, nenhum direito tem o terceiro, cujo título se funda num endosso falso, e "verdadeiro proprietário" (true owner), por cujo prejuízo responde o banco sacado pagante, é a pessoa a quem se devia pagar originariamente e de quem o cheque foi roubado (V. Byles: It will of course be other-

Na França, os arts. 8 e 9 da lei de cheques (lei de 30 de dezembro de 1911) contêm, a respeito do pagamento do cheque cruzado, idêntica disciplina à do art. 12 do nosso decreto n. 2591 :

“Art. 8. Le chèque traversé de deux barres parallèles *ne peut être présenté au paiement que par un banquier*; il ne peut être tiré que sur un banquier.”

“Art. 9... Le chèque à barrement spécial *ne peut être présenté au paiement que par le banquier désigné.*”

A lei francesa, entretanto, tem ainda o seguinte dispositivo, que se não encontra na nossa :

“Art. 10. Le tiré qui paie le chèque barré à une personne autre qu'un banquier, si le barrement est général, ou à une personne autre que le banquier désigné, si le barrement est spécial, *N'EST PAS LIBÉRÉ.*”

Pois bem: não obstante determinar a lei que se não libera o sacado, que paga o cheque sem obedecer às regras relativas ao cruzamento, sustenta Jacques Bou-teron, apoiado pela jurisprudência, que :

a) — não impedem os dispositivos legais que o próprio beneficiário realize a cobrança do cheque cruzado;

---

wise where the indorsement is forged, since, by Code, s. 24, no title can be made under a forgery — obr. cit., pág. 33, nota n; Jacobs: ... “because X had no right to the cheque, his title depending upon a forged indorsement” — A Short Treatise on the Law of Bills of Exchange, Cheques, Promissory Notes and Negotiable Instruments Generally, Fourth Edition, 1943, London, pág. 243).

No caso em que o cheque ao portador, ou o endossado em branco pela pessoa a quem deve ser pago, foi-lhe roubado e, não obstante o cruzamento, pago ao ladrão pelo banco sacado, responde este por novo pagamento da soma àquele — o portador endossante —, que é o “verdadeiro proprietário” (true owner), visto como pagou a outro que não a um banqueiro (V. Jacobs, obr. cit. pág. 239).

b) — não tem por que responder o sacado, que paga o cheque cruzado ao verdadeiro proprietário;

c) — só responde o sacado, que paga o cheque cruzado a um ladrão, em vez de se liberar perante um banqueiro.

Convém transcrever, na íntegra, a lição do eminente especialista da teoria e prática do cheque no seu conhecido tratado, depois de se referir aos arts. 8 e 9 da lei francesa :

“Il faut donc, en principe, que deux banquiers soient en présence pour la liquidation du chèque, l'un pour le payer, l'autre pour en toucher le montant. Notons cependant que, d'après un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 26 janvier 1917 (Gaz. Pal, 27 février 1918), le tiré d'un chèque barré ne saurait encourir aucune responsabilité du fait qu'il n'en a pas payé le montant entre les mains d'un banquier, s'il en a versé le montant au véritable propriétaire. Déjà, dans notre *Précis de droit commercial* (2), nous insistions sur ce point qu'il ne fallait pas conclure des termes de la loi du 30 décembre 1911 que le bénéficiaire ne pouvait en effectuer le recouvrement lui-même. Nous expliquions que la loi avait eu pour but de protéger, en cas de perte ou de vol, le bénéficiaire en rendant responsable le tiré qui avait payé un voleur au lieu de se libérer entre les mains du banquier, mais que le tiré ne pouvait être recherché s'il prouvait qu'il avait payé le chèque en l'acquit du véritable propriétaire (Le Chèque, pág. 307).

Depois, em 1928, no seu livro “Le Droit Nouveau du Chèque”, examinando o movimento legislativo e jurisprudencial no periodo de 1924-1927, assinala :

“En ce qui concerne les effets du barrement sur la capacité des intéressés, deux décisions ont été rendues concernant les droits du bénéficiaire à effectuer le recouvrement du chèque barré (nº 106).

Entre nós, onde se não ha estudado, convenientemente, a materia do cheque cruzado, Carvalho de Mendonça, apesar de a versar ligeiramente, observa com justeza: “Se o sacado pagasse á pessoa que não fosse o

banqueiro designado ou a um banqueiro, na falta de designação especial, *ficaria responsável para com o portador legítimo do cheque* não somente pela importância dêste, como pelas perdas e danos" (Tratado de Direito Comercial, vol. 5º, 2ª parte, n. 1.022).

Prefigura o comercialista pátrio a hipótese de um pagamento indevido, p. ex., a um ladrão ou a um falsário: teria, aí, o sacado de responder para com o portador legítimo, por não obedecer o cruzamento, solvendo o cheque a quem não é banqueiro. Pagando-o, porém, ao verdadeiro proprietário, fá-lo devidamente, libera-se e não tem por que e a quem responder.

Pelo que, respondo negativamente ao 2º quesito: em face dos termos do contrato entre a União e o Banco do Brasil, não ha nenhuma responsabilidade dêste pelo pagamento dos cheques cruzados referidos na consulta ao Tesoureiro da Delegacia Fiscal.

E' êste o meu parecer.

Recife, 7 de fevereiro de 1948.



**Suspeição por inimizade capital e particular interesse na decisão de concurso para professor catedrático**

## P A R E C E R

O Dr. Jorge Aureliano Glasner, candidato inscrito no concurso para o provimento do cargo de professor catedrático de Clínica Cirúrgica Infantil e Ortopédica da Faculdade de Medicina desta Universidade, recorreu para o Snr. Ministro da Educação e Saúde da decisão da Congregação daquela Faculdade, que julgou improcedente a suspeição arguida pelo referido candidato contra o professor Luiz Inácio de Barros Lima, escolhido para compor a comissão julgadora do concurso.

Nos termos da alínea *n* do art. 15 do decreto-lei de discutir o mérito da decisão recorrida, alega, preliminarmente, contra esta duas nulidades.

Assim, no presente parecer, de que me incumbiu o Conselho Universitário, devo examinar, sucessivamente, as nulidades e o mérito.

Refere-se a primeira nulidade alegada à ordem da votação nominal :esta não se iniciou pelo professor mais recente — o Dr. Eduardo Wanderley —, como o exige o art. 110 do Regulamento Interno da Faculdade de Medicina.

Não se me depara, porém, aí verdadeira nulidade, senão simples irregularidade, que nenhum prejuízo trouxe ao recorrente, tanto assim que o professor Eduardo Wanderley, por cujo nome se devia começar a chamada, votou pela procedência da suspeição.

Não pode, por consequência, essa irregularidade invalidar a decisão recorrida.

Origina-se a outra nulidade, segundo o afirma o recorrente, do fato de não haver a Congregação determinado a produção das provas por êle requeridas: o seu depoimento pessoal e o do professor arguido de suspeito.

Mas, na sistemática do nosso Código de Processo Civil, só se processa qualquer exceção, com designação de audiência para instrução e julgamento, quando houver necessidade de prova testemunhal (art. 183 § 29).

O recorrente nem invocou a necessidade dessa prova, nem pediu a sua produção.

E o que requereu, muito bem fez a Congregação em lho não deferir, porque lho não autoriza a lei.

O depoimento pessoal de uma parte, só a parte adversa, e não ela própria, é que o pode requerer, pois o que declara nada prova em seu favor, senão em favor da outra parte.

Por isso, estatue o Código de Processo Civil, no art. 229, que "o depoimento da parte será sempre determinado com a cominação de confesso".

Por outro lado, em exceção de suspeição, não se toma o depoimento pessoal do próprio juiz, que está funcionando no feito e contra o qual se levanta aquela exceção: êle é que, expondo os fatos e examinando as provas documental e testemunhal produzidas, decide se é ou não suspeito.

Se não reconhece a suspeição, ordena a remessa dos autos ao Tribunal de Apelação, para que a julgue.

No caso objeto dêste parecer, compareceu o examinador arguido de suspeito à Congregação e expoz, serena e largamente, os motivos por que se não considerava impedido de julgar o concurso.

Não ha, portanto, nulidade resultante do cerceamento da defesa do recorrente.

Agora, o mérito.

Sustenta o recorrente que a suspeição do professor Barros Lima assenta nos seguintes motivos, previstos nos ns. II e III do art. 185 do Código de Processo Civil:

- a) é seu inimigo capital;
- b) tem particular interesse na decisão do curso.

Realmente, fundam e caracterizam êsses motivos, no nosso sistema jurídico, a parcialidade e a suspeita do juiz.

Resta, porém, saber se, em face das provas apre-sentadas, êles se encontram na hipótese ora exami-nada.

Diz o recorrente que o professor Barros Lima é seu inimigo, porque o obrigou a deixar o lugar de seu assistente na Clínica Cirurgica Infantil e Ortopédica, da Faculdade de Medicina, em virtude de divergência entre êles no tocante à comunicação de casos observa-dos às sociedades médicas.

Para prova da alegação, junta os cartões de fls. 22, que lhe foram dirigidos pelo mesmo professor.

Entretanto, se a inimizade capital, de que trata o nosso Código de Processo Civil, não é, certamente, a inimizade mortal, "*nel senso trágico della parola*", a que se refere o insigne Mortara, é, sem dúvida, na li-ção concorde de todos os tratadistas, assim nacionais, como estrangeiros, uma inimizade séria, grave, na qual se teme que o juiz, arrastado pelo rancor e pelo ódio, busque vingar-se do seu desafeto, decidindo contra êste.

Provém, ordinariamente, essa inimizade, como o salientam os processualistas, estribados na tradição de nosso direito, de agressões, injúrias, demandas contra o juiz ou pessoa da sua familia (V. Ord. Liv. 3. Tit. I. VI, § 7º).

Pelos cartões exibidos e pelas declarações do pro-fessor Barros Lima, em Congregação, as quais os con-firmam, esclarecem e explicam, não existe, evidente-mente, inimizade capital entre êle e o recorrente.

Houve, apenas, uma divergência de orientação e de idéias entre o catedrático e o seu assistente a res-peito de comunicação e publicidade dos casos obser-vados.

E, como julgasse o primeiro que não havia outro meio de a solucionar, senão com o afastamento do se-

gundo, procurou fazê-lo do modo mais cordial e delicado que era possível.

Com efeito, se se tivesse constituído o professor Barros Lima inimigo do Dr. Jorge Glasner, em consequência daquela divergência, teria logo proposto a exoneração dêste, como lhe permitia o Regulamento Interno da Faculdade.

Não o fez; e, para demonstrar que não havia da sua parte nenhuma animosidade contra o recorrente, a quem não desejava hostilizar, escreveu-lhe os referidos cartões, onde, tratando-o afetuosamente, — “Meu caro Glasner”, é como o chama, — e fazendo-lhe significativos elogios, lhe sugere aquela solução.

E, mesmo depois do afastamento do Dr. Glasner do cargo de assistente de Clínica Cirúrgica Infantil e Ortopédica, não se tornou o professor Barros Lima seu inimigo, pois continuaram a cumprimentar-se.

Merece, igualmente, referência o fato de que, designado para comentar uma aula dada pelo seu ex-assistente Dr. Glasner, no curso de oficialato da reserva, ressaltou o professor Barros Lima o valor do trabalho e a importância da clínica do professor Romero Marques, na qual aquêle estava servindo.

Esse fato, narrado pelo professor Barros Lima na reunião da Congregação em que se julgou a suspeição (V. fls. 10), não o contesta o Dr. Glasner na sua petição de recurso, devendo, consequentemente, ser admitido como verídico, de acôrdo com o que preceitua o art. 209 do Código de Processo Civil.

Como se vê, não é possível, de modo nenhum, enquadrar o incidente de suspeição, levantado pelo recorrente contra o professor Barros Lima, na figura jurídica de inimizade capital, acolhida no nosso Código de Processo Civil.

Aduz, ainda, o recorrente que o professor Barros Lima é suspeito, por ter particular interesse no resultado do concurso, como resulta de suas declarações perante a Congregação, nas quais afirma:

a) ter grande responsabilidade científica no preenchimento da cátedra de Clínica Cirúrgica Infantil e Ortopédica, que regeira por mais de vinte anos;

b) no caso em que a Congregação aceite a sua sus-

peição, estará, assim, justificado perante os ortopedistas brasileiros de não prestar êsse serviço á ortopedia.

Também, sob êsse aspecto, não procede o recurso interposto.

O interesse, que, naquelas declarações, manifesta o professor Barros Lima pelo concurso da cadeira de Clínica Cirúrgica Infantil e Ortopédica, onde se revelou grande mestre e conquistou renome nacional, é um alto, nóbre e justo interesse científico: em vez de o diminuir e o tornar suspeito, antes o recomenda e o dignifica.

Interesse científico, teórico ou doutrinário, que se não confunde, absolutamente, com o particular interesse aludido no nosso Código de Processo Civil como causa de suspeição e caracterizado pelo benefício, vantagem, proveito ou utilidade, que, direta ou indiretamente, tira o juiz do julgamento do pleito.

Em face do exposto, penso que o Snr. Ministro da Educação e Saúde deve negar provimento ao recurso, para manter a decisão da Congregação, que rejeitou a suspeição do professor Luiz Inácio de Barros Lima.

Recife, 25 de fevereiro de 1948.

**Contas de capital e de reserva e  
rubrica de dividendos na conta de  
lucros e perdas de estabelcimnto in-  
dustrial no Brasil de sociedade  
anônima estrangeira**

## C O N S U L T A

Société Cotonnière Belge-Brésilienne, sociedade anônima, com sede em Antuérpia (Bélgica) e fábrica de tecidos e propriedade territorial e vila-operária na cidade de Moreno (Pernambuco).

Constituída em 9 de março de 1907, por escritura pública no cartório do sr. Gheysens, tabelião público, à rua Marcgrave, 12, em Antuérpia.

Autorizada a funcionar no país pelo decreto n. 6518 de 13 de junho de 1907.

Não possui outra fonte produtora, aqui nem no estrangeiro, além desta única fábrica e propriedades em Moreno.

---

1) Da contabilidade em Moreno não constam a conta de capital (representada no balanço por uma conta sede social-ativo fixo, com crédito igualado anualmente ao valor do ativo imobilizado), a de dividendos nem as de reservas. Apenas as provisões para depreciações aceitas pelo Regulamento do Imposto de Renda são ali incluídas. O balanço em Moreno é enviado à sede em Antuérpia, onde a Assembléia Geral procede à distribuição dos lucros, fixa as reservas, dividendos, etc.

O relatório, balanço e conta de lucros & perdas



(incluindo o resultado da fábrica, etc., em Moreno, mais outros proventos obtidos na Europa, tais como juros de depósitos, etc.) são organizados, em francos belgas, pela diretoria em Antuerpia. Sómente nestes, e não nos organizados em Moreno, são incluídas as reservas.

2) Entre estas reservas, existe uma para reavaliação do ativo, constituída pela primeira vez em 1927, com autorização da lei belga. Cogita-se presentemente de aumentá-la, conforme recente autorização da lei belga, a fim de novamente atualizar o valor, em francos belgas de parte do ativo.

Consulta-se se constitui contração às leis do país :

a) O fato de não existir na contabilidade em Moreno, a conta de capital, e de reservas e dividendos, distribuindo e aplicando os lucros, contas estas que apenas são mantidas na escrita da sede e sómente figuram no balanço geral, em francos, por ela organizado.

b) O fato de existir sómente na escrita e no balanço da sede, em francos, a reserva para reavaliações de parte do ativo imobilizado, a qual se cogita presentemente de reforçar.

Recife, 2 de março de 1948.

## P A R E C E R

A “Société Cotonnière Belge-Brésilienne”, sociedade anônima constituída, em 9 de março de 1907, na Bélgica (Antuérpia), onde se acha a sua sede, tem fábricas de tecidos, propriedade territorial e vila operária no Brasil (cidade de Moreno, Estado de Pernambuco), em cujo território foi autorizada a funcionar pelo decreto do governo brasileiro nº 6518 de 13 de junho de 1907.

Depara-se-me, dêsse modo, uma sociedade anônima estrangeira, sujeita à sua lei nacional, isto é, à lei do Estado onde se constituiu e tem a sua sede social — lei belga (artigo 11 da nova lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942), salvo quanto ao seu estabelecimento industrial no Brasil, submetido, de acordo com os nossos principios de direito internacional privado, à lei territorial, isto é, à lei brasileira (cláusulas II e IV, que acompanham o decreto de autorização para funcionar no país, nº 6518 de 13 de junho de 1907, artigo 68 do decreto-lei nº 2627 de 26 de setembro de 1940 (lei de sociedade por ações) e § 1º do artigo 11 do decreto-lei nº 4657 de 4 de setembro de 1942 (nova lei de Introdução).

Assim, ao estabelecimento industrial situado no território brasileiro, devem aplicar-se as normas do direito pátrio relativas à fixação de um capital especial

em moeda nacional para as operações no país, à contabilidade, à organização e publicidade do balanço e da conta de lucros e perdas, aos fundos de amortização para assegurar a substituição ou a conservação do valor dos bens destinados à exploração do objeto social, que se desgastam ou depreciam com o uso ou pela ação do tempo ou de outros fatores, e ao fundo de reserva obrigatório ou legal constituído da dedução de cinco por cento dos lucros líquidos verificados, até atingir 20%, para assegurar a integridade do capital (arts. 64 d), 65, parágrafo único, 70, parágrafo único, 129, parágrafo único, a) e 130 do decreto-lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 — lei de sociedade por ações).

Para reforçar o nosso parecer e melhor esclarecer o assunto, convém transcrever, aqui, a lição a respeito de Trajano de Miranda Valverde, autor do anteprojeto da lei de sociedade por ações, nos seus comentários a essa lei:

“O balanço e a conta de lucros e perdas das sucursais, filiais ou agências obedecerão às prescrições da lei brasileira e também serão publicados no órgão oficial da União e dos Estados onde existirem sucursais, filiais ou agências.

A lei não ordena, e está certo, que seja publicado o balanço e a conta de lucros e perdas de cada sucursal, filial ou agência da companhia estrangeira.

Em regra, em um desses estabelecimentos concentra-se a administração geral de todos eles e para êle afluem todos os dados e elementos, que permitirão organizar o balanço geral e a conta de lucros e perdas.

Nada impede, entretanto, que além do balanço geral de todas as sucursais, filiais ou agências, seja também publicado o balanço de cada uma delas.

Qualquer que seja a organização administrativa da sociedade estrangeira no Brasil, uma cousa é certa: o seu representante deverá cumprir os preceitos do artigo.

Pouco importa que a sociedade tenha somente no país um escritório de venda dos seus artigos ou produtos, ou aqui limite a sua atividade a atos ou operações que ela poderia até praticar sem autorização (nº 320).

Uma vez autorizada para funcionar no país, cumpre-lhe observar as prescrições do artigo.

E' fóra de dúvida que as regras relativas ao balanço, amortizações, reserva legal e conta de lucros e perdas são integralmente aplicáveis às sucursais, filiais ou agências...

A inobservância das prescrições constantes do artigo pode motivar a pena de cassação da autorização para funcionar no país, imposta por decreto à sociedade anônima estrangeira.

A Administração Pública, certamente, não a cominará sem que primeiramente seja notificado o representante para dar cumprimento, dentro de prazo razoável, às disposições legais.

Pode acontecer, com efeito, que motivos ou obstáculos sérios, impossibilitem a estrita observância da lei (Comentário ao parágrafo único do art. 70, vol. 1º ns. 338 e 339, páginas 342 e 343).

No tocante ao capital social, não exigia o decreto nº 434 de 4 de julho de 1891, que consolidou as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anônimas e que estava em vigor quando foi autorizada a funcionar no Brasil a "Société Belge-Brésilienne", a fixação de um capital especial destinado às operações da sociedade anônima estrangeira no território nacional, como o faz, agora, o decreto-lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (Art. 64, parágrafo único, d), limitando-se a verificação do governo, para conceder a autorização, ao capital geral da sociedade marcado nos Estatutos, afim de apurar se "é bastante para o objeto da empresa; se está convenientemente garantida a sua realização, e se as épocas estabelecidas para as suas entradas estão combinadas de maneira que a caixa social se ache suficientemente provida para acudir às suas obrigações" (art. 52, 3º).

Verdade é que no art. 47, parágrafos 1 e 3, mandava o decreto nº 434:

a) que declarassem os Estatutos o prazo máximo, nunca superior a 2 anos, contados da data da autorização, dentro dos quais a sociedade ou companhia teria de realizar dois terços, pelo menos, do seu capital no país;

b) que, obtida a autorização governamental para funcionar, arquivasse a sociedade, na Junta Comercial, e, onde não a houvesse, no Registro de Hipotecas da Comarca, a certidão do depósito da décima parte do capital.

Tornaram-se, porém, essas exigências letras mortas, como se vê das palavras de Rodrigo Otávio, antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, no seu livro *Direito Internacional Privado* :

“Esta disposição é letra morta. Jamais se exigiu a satisfação dessa formalidade, porque não ha lei que exija a realização de uma parte do capital da sociedade estrangeira no país. Salvo em relação às companhias de seguro para as quais o art. 2º, nº 11 do Reg. 5.072 de 1903, vigente, obriga a empregar em valores nacionais uma reserva estatutária nunca inferior a 20% dos lucros líquidos. Em relação às companhias de seguro de vida essa obrigação refere-se à totalidade das reservas de todas as apólices que emitirem no Brasil (art. 39, parágrafo I).

“Destas disposições, a que se refere ao depósito dos dez por cento sobre o capital social, se bem que se tratasse de um depósito transitório e que era levantado logo que os documentos fossem arquivados por despacho da Junta Comercial, tem sido dispensada em relação às companhias que provem estar funcionando regularmente nos respectivos países.

A Junta Comercial da Capital da Republica deixou de fazer essa exigência depois dos despachos do Ministro da Justiça, Dr. Epiácio Pessoa, de 22 de outubro e 5 de dezembro de 1898, nos recursos interpostos da decisão da Junta pelas Companhias *The Atlas Assurance Company e L'Union* (Diário Oficial — 7 de dezembro de 1898). (Manual do Código Civil Brasileiro, Edição Jacinto, vol 1º, parte 2ª, 1932, pág. 288, notas 285 e 286).

Essa situação de letra morta ou de inexecução, a que chegou a legislação brasileira anterior à lei de sociedade por ações de 1940, no tocante ao capital das sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no País, explica, naturalmente, o fato de não figurar na contabilidade da “Société Cotonière Belge-Brésilien-

ne" a conta de capital que é representada no balanço por uma conta séde social, — ativo fixo, com crédito igualado anualmente ao valor do ativo imobilizado, — conforme informa a consulta.

Hoje, entretanto, em face do que dispõe, no art. 64, parágrafo único, d), o decreto-lei 2.627 de 26 de setembro de 1940, é formalidade obrigatória e essencial ao funcionamento no Brasil, das sociedades anônimas estrangeiras, a fixação de um capital especial em moeda brasileira destinado às operações no território nacional.

Eis o que a respeito escreve o autor do ante-projeto da lei de sociedade por ações :

"O capital, expresso e realizado em dinheiro nacional, é o primeiro elemento do patrimônio que a sociedade estrangeira constituirá no Brasil. Tanto pode ser destacado do capital social da companhia, como formado por qualquer reserva disponível. Qualquer que seja o modo de sua realização, a importância separada para as operações no Brasil, constitui o capital de todas as suas sucursais ou agências no país e fica sujeito ao regimen legal estabelecido para todas as empresas ou sociedades, que exploram o mesmo ramo de indústria ou comércio. E', pode dizer-se, o capital social da sociedade no Brasil.

Pode o govêrno exigir, que a sociedade prove a transferência do capital para o Brasil, ou, se aqui já estava, que é realmente seu

O estabelecimento bancário que se prestasse a declarar ter sido nêle depositada, quando realmente não foi, a importância correspondente ao capital, cometeria uma fraude contra a lei e poderá, por isso, ter cassada a autorização para funcionar.

Por outro lado, o representante da sociedade anônima praticaria o crime previsto no art. 168, nº 10, do decreto-lei. (Obr. cit., vol. 1º, nº 328, pags 331-333) .

Nestas condições, deve a "Société Belge-Brésilienne" ajustar-se à nova lei de sociedades anônimas no que se refere à fixação de um capital especial, em nossa moeda, para as operações no país, sendo-lhe, por conseguinte, de mister abrir, na sua escrita do estabelecimento de Moreno, uma conta de capital.

No que concerne aos dividendos, tendo de ser êles distribuidos, em conformidade com a lei nacional da sociedade, pela Assembléia Geral na séde social em Antuérpia (Bélgica), para onde são remetidos os lucros líquidos apurados no estabelecimento industrial de Moreno (Brasil), a fim de integrarem os lucros líquidos gerais, claro é que, na contabilidade da séde em Antuérpia, e não na do estabelecimento de Moreno, é que precisa constar, na conta de lucros e perdas, a rubrica referente aos dividendos.

Não é outra a lição autorizada de Trajano de Miranda Valverde :

“Quanto à distribuição de dividendos, porém, prevalecerão as regras da lei nacional da sociedade anônima, pois que os lucros líquidos apurados no território nacional ficam à disposição da séde social, no estrangeiro, são-lhe transferidos e vão incorporar-se aos lucros líquidos gerais da sociedade.

Na conta de lucros e perdas das sucursais, filiais ou agências não figura, portanto, a rubrica relativa aos dividendos” (obr. cit. vol. 1º, nº 338, pág. 342).

Por outro lado, a escrita e o balanço da séde social em Antuérpia obedecem às disposições da lei nacional da sociedade.

Por consequência, se, como afirma a consulta, estabelece a lei belga uma reserva para reavaliação, com permissão recente de aumentá-la, é indubitável que o lei territorial, ou seja a lei brasileira, nada tem a ver com o fato de existir na escrita e no balanço da séde social, em francos, aquela reserva relativa à parte do ativo imobilizado, a qual se cogita, presentemente, de reforçar.

Cinge-se a lei territorial a impor, no interesse dos terceiros que contratam com a sociedade anônima estrangeira e dos acionistas brasileiros, e sob a pena de ser cassada a autorização para ela funcionar no país, as publicações que, segundo a sua lei nacional, ou de origem, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço, conta de lucros e perdas e atos de sua administração (art. 70 do decreto-lei nº 2.627 de 20 de setembro de 1940).

Como conclusão do exposto, respondo aos quesitos formulados do seguinte modo :

a) a falta das contas de capital e de reserva na contabilidade do estabelecimento de Moreno (Brasil) constitui violação da lei territorial, que as estatue; não assim a falta da rubrica de dividendos na conta de lucros e perdas do referido estabelecimento: trata-se de matéria regulada pela lei nacional da sociedade, devendo, pois, figurar essa rubrica na contabilidade e no balanço da sede social em Antuérpia.

b) Nada tem que ver a lei territorial com a contabilidade e o balanço da sede social em Antuérpia, disciplinados pela lei nacional, que permite a reserva para a reavaliação de parte do ativo imobilizado.

Portanto, o fato de existir somente na escrita e no balanço da sede, em francos, aquela reserva, que se cogita presentemente de reforçar, não importa em violação à lei brasileira.

E' o meu parecer.

Recife, 12 de março de 1948.



**Penhor pecuário e prazo  
preclusivo**

## CONSULTA

A. fez com o Banco do Brasil um contrato de abertura de crédito, garantido por penhor pecuário, pelo prazo de um (1) ano, vencível no dia 13 de julho de 1946, com a seguinte cláusula :

“VIII — Ajuste de prorrogação: — O Banco considerará prorrogado o prazo do contrato, sucessivamente por períodos anuais, até cinco anos, independentemente de lavratura de aditivo si, cumpridas ao termo do prazo inicial e dos subsequentes, todas as demais obrigações e o principal da dívida estiver, a juízo do Banco, suficientemente coberto e reduzido de dez, trinta, cinquenta e setenta por cento (10%, 30%, 50% e 70%), respectivamente ao fim do primeiro, segundo, terceiro e quarto ano. Na hipótese prevista, o Banco avisará ao creditado, e, à conta e ordem deste pagará por verba bancária o sêlo devido pelos acessórios, durante o prazo da dilação, solicitando, em seguida, a respectiva averbação, ao oficial do registro de imóveis competente.”

Até à presente data, o creditado não pagou a dívida, nem a parcela de dez por cento (10%) referida na cláusula supra, nem mesmo deu por conta qualquer importância. O Banco, por sua vez, não excutiu o penhor, não fez averbar prorrogação (que, aliás, não ocorreu, por não ter sido paga a primeira prestação de dez por cento), nem reconstituiu a garantia. Saliente-se que o vencimento da dívida (13 de julho de 1946) ocorreu antes da primeira lei de moratória, que é de 30 de agosto de 1946.

Em face do artigo 13 e do seu parágrafo único, da lei 492, de 30-8-937, repetição do artigo 788, parágrafo único, do Código Civil, pergunta-se :

O PENHOR AINDA SUBSISTE ?

## P A R E C E R

Vencido o prazo pactuado pelas partes, para o penhor pecuário, dentro do limite de tempo estatuído na lei (art. 2º do decreto-lei n. 4360, de 5 de junho de 1942, que modificou a redação do art. 13 da lei n. 492, de 30 de agosto de 1937), e não tendo havido a prorrogação permitida legalmente e convencionada sob o pressuposto de certas circunstâncias, que se não realizaram, impunha-se ao credor a seguinte alternativa: executar o penhor ou reconstitui-lo (Parágrafo único do art. 13 da lei n. 492, que reproduz o parágrafo único do art. 788 do Código Civil) no curto espaço de tempo fixado pelo legislador (art. 24 combinado com os arts. 22 e 23 da citada lei n. 492), (1) sob pena de se extinguir o direito real de garantia, que o penhor representa.

Realmente, se o fazer valer o penhor dentro daquele prazo não fosse condição da sua existência mesma, não haveria necessidade de se lhe exigir a reconstituição, no caso de não ser executado.

---

(1) — Não querendo o credor pignoratício prorrogar, ou reconstituir o penhor, deve executá-lo:

a) se foi expedida a cédula rural pignoratícia, que circula por endosso em preto (art. 16 da lei nº 492), 48 horas após a tirada do protesto, promovido por se não haver resgatado a cédula, apresentada ao devedor nos três dias seguintes ao seu vencimento (arts. 22 e 23 da citada lei);

b) se não foi expedida a cédula, 48 horas após o vencimento da escritura de penhor, independentemente de protesto (art. 24 combinado com o art. 23 da referida lei).

Assim, se se obriga à reconstrução é que a própria existência do penhor, após o seu vencimento, ou a sua prorrogação, tem uma duração limitada ao breve espaço de tempo em que deve ser executado: com o decurso dêste, sem excussão, extingue-se, inteiramente, o penhor mesmo, e não sómente se cria uma exceção em favor do devedor, a fim de paralisar a ação, como na hipótese da prescrição consumada (V. Paul Oertmann, *Buergerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1927, pág. 720 e Johannes Biermann, *Buergerliches Recht, Allgemeine Lehren und Personenrecht*, 1908, § 98, pág. 354).

E', pois, um caso típico de prazo exclusivo ou preclusivo: a existência do direito é, de antemão, ligada a um limite de tempo, dentro do qual deve ser feito valer.

Heinrich Dernburg, um dos maiores mestres da dogmática jurídica alemã, onde fulgurou no tríplice domínio do direito romano, do direito prussiano e do direito do *Buergerliches Gesetzbuch*. (Código Civil), caracteriza, nos seguintes termos, que se ajustam, admiravelmente, ao caso da consulta, os prazos exclusivos ou preclusivos:

“Ela (a ordem jurídica) dá, nos casos próprios, aos direitos sómente uma duração limitada, e, por isso, torna o fazer valer o direito, dentro de breve espaço de tempo fixado, pressuposto da sua existência, de sorte que, com o decurso do prazo, êle se extingue.

Tais prazos exclusivos ou preclusivos são determinados pela lei, e, não raramente, também pelos negócios jurídicos e disposições obrigatórias”. (*Das buergerliche Recht*, 1º vol., 3ª ed., 1906, § 173, pág. 568. V. também: — Unger, *System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts*, 5ª ed., 1892, 2º vol. 104, págs. 243 e 275-277, e Biermann, loc. cit).

Nestas condições, penso que o penhor pecuário, direito real constituído em garantia à dívida resultante do contrato de abertura de crédito, está extinto.

Fica dêsse modo, respondido negativamente o quesito.

E' o meu parecer.

Recife, 15 de abril de 1948