ANO IX — SÃO PAULO — ABRIL-DEZEMBRO — NS. 1.º A 4.º

REVISTA
DE
DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO
E
FINANCEIRO

DIRETOR:
Professor WALDEMAR FERREIRA

VOLUME IX

MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 — 1.º
São Paulo — Brasil

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação trimestral

Diretor: PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA

REDATORES:

ALFREDO CECÍLIO LOPES
BEMVINDO AYRES
DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA
EGBERTO LACERDA TEIXEIRA
JAYRO FRANCO
JOÃO DA GAMA CERQUEIRA
JOÃO GOMES DA SILVA
JOSÉ FREDERICO MARQUES
JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALCKMIN
LAURO MUNIZ BARRETO
MOACYR AMARAL SANTOS
PHILOMENO J. DA COSTA
OSCAR BARRETO FILHO
SYLVIO MARCONDES
VICENTE SABINO JÚNIOR
WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA
YOUNG DA COSTA MANSO

REDATOR SECRETÁRIO:

DIMAS RODRIGUES DE ALMEIDA

Assinatura anual ..... Cr$ 380,00

Assinaturas: MAX LIMONAD — Editor de Livros de Direito

São Paulo - Rua Quintino Bocaiuva, 191 - 1.º - Tel. 35-7393

SUMÁRIO

INSTITUTO PRESBITERIANO
MACKENZIE
Biblioteca "George Alexander"
Direito

DOUTRINA

1. Vendas e Consignações — VICENTE RÁO 11
2. O comerciante ambulante e o Fisco Municipal — WALDEMAR FERREIRA 25
3. A reforma do Código Comercial — OTTO GIL 31
4. Algumas novidades jurídicas sôbre saciedades anônimas — PHILOMENO J. DA COSTA 34
5. Convenção sôbre investimentos no exterior 74
6. Suplemento referente ao Tribunal de Arbitragem 78

JURISPRUDÊNCIA

CAPÍTULO I

DIREITOS E OBRIGAÇÕES PROFISSIONAIS DO COMERCIANTE

I. A mulher e o exercício profissional de corretagem oficial 87

CAPÍTULO II

SOCIEDADES

I. A posse do gerente do estabelecimento pertencente a sociedade anônima e dos direitos desta 89
II. As sociedades mercantís e os direitos e obrigações dos sócios (*Sumário jurisprudencial*) 92

§ 1.º

Das sociedades de fato ou irregulares

1. A existência da sociedade independentemente do registro de seu contrato 92

2. A dissolução de sociedade de fato e os bens imóveis de um dos sócios 93
3. A falta de prova da existência e a impossibilidade de sua dissolução 94
4. A improcedência de ação dissolutória de sociedade inexistente 95
5. A nomeação do liquidante de sociedade irregular .. 96

§ 2.º

Das sociedades em nome coletivo ou com firma

6. A responsabilidade do sócio gerente para com a sociedade e terceiros pelo excesso de mandato e violação do contrato e da lei 97

§ 3.º

Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada

7. A responsabilidade do sócio gerente perante terceiros e a sociedade pelos atos contra o contrato social e a lei 98
8. A imprestabilidade do aval do sócio gerente de sociedade por quitas em obrigação estranha a esta 100
9. A descabida da exclusão de sócio sem grave motivo que a justifique 101
10. A omissão do contrato social e a incabida de um dos sócios para pleitear a exclusão de outro 103
11. A ineficácia relativamente aos herdeiros do balanço não assinado pelo autor da herança 104
12. A dissolução parcial da sociedade pela exclusão do quotista indesejável 105
13. A irresponsabilidade do quotista por dívida da sociedade 106
14. O cômputo dos haveres do sócio retirante da sociedade 108
15. A dissolução judicial da sociedade e a forma de sua liquidação 110

§ 4.º

Das sociedades de capital e indústria

16. A nomeação de liquidante estranho na divergência entre o sócio capitalista e o sócio de indústria 113

§ 5.º

Da sociedade em conta de participação

17. A distinção entre o contrato de locação de serviços e a sociedade em conta de participação 115

§ 6.º

Das sociedades anônimas

18. O fôro do domicílio das sociedades anônimas e o das filiais 122
19. A partilha proporcional das ações novas do aumento de capital entre os antigos acionistas 123
20. A imprescritibilidade quatrienal da ação de venda de comerciante a entidade paraestatal não comerciante, representativa de govêrno estrangeiro 131

CAPÍTULO III

CONTRATOS E OBRIGAÇÕES

I. A cessão de crédito ou de contrato e a existência real do crédito ou do contrato 141
II. Os direitos e obrigações emergentes dos diversos tipos contratuais (*Sumário jurisprudencial*) 146

Secção I

Da compra e venda

— A venda de máquina lavadeira de uso doméstico e o têrmo de garantia 146
— O conflito de interesses entre o comprador e o vendedor da coisa com reserva de domínio 154
— A rescisão do contrato pela venda como novo de aparelho elétrico recondicionado 155
— O prazo prescricional da ação redibitória e a ausência de prazo para experiência, ou garantia da coisa vendida 156

Secção II

Da fiança

— A ineficácia da fiança prestada pelo sócio sem os necessários poderes especiais para o ato 158

Secção III

Da representação e distribuição de mercadorias

— A prova do contrato de representação comercial .. 159

Secção IV

Do seguro

— A interpretação de cláusula da apólice do seguro de fidelidade 160
— A agravação dos riscos da seguradora e a perda do direito ao seguro 164
— A prescrição ânua e a ação da seguradora contra o causador do dano 165

Secção V

A hospedagem hoteleira

— A inconfusão do contrato de hospedagem em hotel com o contrato de locação predial 166

CAPÍTULO IV

TÍTULOS DE CRÉDITO

1. A ilicitude do preenchimento abusivo da letra de câmbio ou nota promissória em branco 168

Secção I

Letra de câmbio

§ 1.º

Do endôsso

1. A inoponibilidade de compensação ao endossatário pelo devedor cambial 189
2. A prova da simulação do endôsso e a integridade do título cambiário 189

§ 2.º

Do aval

3. A nulidade do aval dado por sócio contra expressa proibição do contrato social 191
4. A ilegitimidade do aval com infringência de proibição do contrato social 192

§ 3.º

Do protesto

5. A anulação do protesto de título cambial 193
6. A fluência dos juros moratórios de cambiais a contar do protesto 194

§ 4.º

Da ação cambiária

7. O direito do credor de agir indistintamente contra todos os quaisquer dos devedores cambiários 195

§ 5.º

Da prescrição da ação cambial

8. A interrupção da prescrição e o caso julgado em relação ao avalista da parte 196

§ 6º

Da ação de enriquecimento ilícito

9. Os pressupostos especiais da ação e o exame da matéria com os elementos da convicção 199

Secção II

Da nota promissória

1. O preenchimento da nota promissória incompleta 205
2. A ineficácia de notas promissórias dolosamente criadas por administrador de banco e em proveito dêste 207

Secção III

Da duplicata

1. O apontamento do título por falta de aceite e pagamento antes da entrega da mercadoria e as perdas e danos do protesto 210

CAPÍTULO V

BANCOS E OPERAÇÕES BANCÁRIAS

I. Os atos e contratos bancários e a responsabilidade civil dos bancos e diretores (*Sumário jurisprudencial*) 213

§ 1.º

Da responsabilidade civil dos diretores

1. O sequestro dos bens dos diretores 213
2. A responsabilidade civil do diretor-secretário do estabelecimento bancário falido pelas quantias irregularmente recebidas dos subscritores do aumento do capital social 218

§ 2.º

A responsabilidade do Banco para com o emitente de cheque

3. A responsabilidade do sacado perante o emitente pela recusa sem causa justificada de cumprimento da ordem de pagamento 219

CAPÍTULO VI

PROPRIEDADE COMERCIAL

I. A locação de prédio próprio para estabelecimento comercial (*Sumário jurisprudencial*) 223

I

Das particularidades do contrato de locação mercantil

1. A denegação injustificada da autorização para transferência da contrato de locação do prédio 223
2. A aplicação da "lei de luvas" a locação de terreno para fim comercial. 225
3. A constituição de sociedade pelos locatários em face do contrato de locação 226
4. A cessão da locação do prédio do estabelecimento comercial ao adquirente dêste 227

§ 1.º

Da ação renovatória do contrato de arrendamento

5. A inaplicabilidade da lei de luvas a invernadas ou campos de engorda de gado 228
6. A ausência de contestação e a legitimidade do locador para a propositura da ação renovatória 229
7. A inadmissibilidade da renovação da locação por prazo inferior a cinco anos 231
8. A renovação da locação e a revisão do aluguel .. 232

§ 2.º

Do direito e ação de retomada do prédio destinado a fim comercial

9. O prazo para desocupação de prédio ocupado por firma comercial há mais de dez anos 235
10. A natureza do prazo de propositura da ação renovatória e a renúncia das partes a sua decadência 236
11. A retomada do prédio para sociedade de que o proprietário é parte 239

§ 3.º

Da ação revisional do aluguel

12. Os efeitos da falta de contestação da ação 239
13. O pagamento das custas para interposição do recurso e a apreciação judicial da exceção de retomada do prédio 241

CAPÍTULO VII

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

I. A semelhança nominal de marcas e sua diferença por via de retrato humano 247
II. Os direitos e as obrigações decorrentes do registro da propriedade industrial (*Sumário jurisprudencial*) .. 253

Secção I

Do nome comercial

1. O conflito entre o título de estabelecimento e a marca de comércio 253
2. A inadmissibilidade da ação cominatória a fim de obstar o uso indevido de nome comercial e marca de comércio 255
3. O reconhecimento judicial do direito de uso exclusivo de título de estabelecimento no município 257

Secção II

Das marcas de comércio e indústria

4. O uso privativo da marca de comércio pelo detentor de seu registro dentro de sua vigência 259
5. O uso de marca indicativa de falsa procedência e o característico do crime de ação pública 260
6. A especialidade da marca de produtos químicos e farmacêuticos 261
7. A imitação de marca por semelhança e a liberação de perdas e danos por ausência de má fé 263

Secção III

Das patentes de invenção

8. As diferenças acidentais de forma não excluem a contra-fação 265
9. A indenização por contrafação de patente de invenção 267
10. A interpretação restritiva dos privilégios de invenção 268
11. A anotação de transferência de patente de invenção a estrangeiro não residente no país 269

§ 1.º

Da concorrência desleal

12. O crime de falsa afirmação tendente a gerar confusão sôbre as qualidades do produto 272

§ 2.º

Dos direitos autorais

13. As criações de linha original de vestuário feminino, o plágio e seu aproveitamento por terceiros 273
14. A ilegitimidade da reprodução de obra não caída no domínio público a pretexto de melhorá-la ou comentá-la, sem permissão do autor 277

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS E INSTITUTOS DA NAVEGAÇÃO E TRANSPORTES MARÍTIMOS E AÉREOS

I. As obrigações decorrentes do transporte marítimo e aéreo (*Sumário jurisprudencial*) 280

§ 1.º

Do abandono

1. O conceito do abandono liberatório 280

§ 2.º

Do transporte

2. O reembôlso da seguradora do pago pela indenização de avarias ao dono da carga 283
3. A inoperância da cláusula de não indenizar no conhecimento marítimo 283
4. A expedição de certificado de falta das mercadorias e a prescrição da ação de indenização do extravio . 284
5. A exigência legal da assinatura do conhecimento da carga pelo capitão do navio 285
6. A irresponsabilidade do transportador pelo dano da carga pelo desvio da rota em consequência da exagerada violência da tempestade 298
7. A cláusula da eleição de fôro estrangeiro do conhecimento marítimo 299

§ 3.º

Das avarias

8. A distinção da avaria da falta ou extravio das mercadorias no ato do desembarque 301

§ 4.º

Do seguro

9. A cláusula "cais a cais" na apólice do seguro 303
10. A cláusula "todos os riscos" da apólice e sua compreensão 304
11. O dolo do segurado na provocação do sinistro marítimo, sua absolvição criminal e a ação de responsabilidade civil 305

§ 5.º

Da assistência em alto mar

12. A distinção entre assistência e reboque e seus efeitos . 309

CAPÍTULO IX

FALÊNCIAS E CONCORDATAS

I. A inarrecabilidade dos bens do sócio pré-morto na falência da sociedade em nome coletivo continuada com os sobreviventes 311
II. O processo da falência e seus incidentes e recursos (*Sumário jurisprudencial*) 316

§ 1.º

Os requisitos do pedido falimentar

1. A nulidade da petição inicial desacompanhada da prova do registro do contrato da sociedade requerente da falência 316
2. A falta de qualidade do debenturista para, isoladamente, requerer a falência da companhia emissora . 317
3. O depósito elesivo da falência e seu efeito 321

§ 2.º

Da declaração judicial da falência

4. O critério para a fixação do têrmo legal da falência .. 323
5. A inadmissibilidade da falência do espólio após um ano da morte do devedor 325
6. O decreto de falência de sociedade por quotas e a responsabilidade do sócio retirante por não arquivamento do contrato de retirada 327

§ 3.º

Da verificação dos créditos

7. A insubsistência da hipoteca dada no têrmo legal para obtenção de recursos para pagamento de alguns credores em detrimento dos demais 328
8. A necessidade da junção do título de crédito à primeira via da declaração dêste 330
9. A exclusão da multa pecuniária na habilitação do credor 331

§ 4.º

Dos embargos de terceiros

10. A revogação do ato pedida em defesa no processo de embargos à arrecadação de imóvel de venda comprometida 332

§ 5.º

Da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência

11. A ação revocatória de cessão de quotas sociais pelo falido 333

§ 6.º

Da realização do ativo

12. A inadmissibilidade da venda dos bens da massa antes de iniciado o período da liquidação 334

§ 7.º

Do síndico

13. A obrigação do síndico de comunicar à Recebedoria do Tesouro o decreto da falência 335

§ 8.º

Da concordata preventiva

14. A justificação do pedido pela impossibilidade de satisfazer compromissos, ainda que não vencidos .. 336
15. A insuspensibilidade da ação contra o avalista por efeito da propositura de concordata preventiva pelo emitente da nota promissória avalizada 338
16. As reclamações trabalhistas em face da concordata da emprêsa empregadora 339
17. O impedimento de concordata preventiva ao comerciante com dívidas líquidas há mais de trinta dias, embora sem protesto 341

§ 9.º

Da extinção das obrigações

18. O têrmo inicial do prazo para a extinção das obrigações do falido 345

§ 10

Dos recursos

19. Os prazos de interposição de recursos e seu regime processual 348
20. O agravo de instrumento é o recurso da sentença de indeferimento de pedido de concordata e decreto de falência 348

§ 11

Dos crimes falimentares

21. A validade do laudo firmado por um só perito .. 349
22. A prescrição da punibilidade do crime de falência . 350
23. O têrmo inicial do prazo da prescrição dos crimes falimentares 353

CAPÍTULO X

IMPOSTOS E TAXAS

I. A ilegitimidade da incidência do impôsto de vendas e consignações sôbre o "quantum" do impôsto de consumo 356

CRÔNICA DA VIDA JURÍDICA

O Instituto de Coimbra homenageia o Professor Waldemar Ferreira 390

DOCUMENTÁRIO LEGISLATIVO

I. A restauração dos direitos de propriedade industrial e direitos autorais dos alemães atingidos pela guerra — Decreto n.º 43.956 — de 3-7-1958 401

II. O fundo portuário nacional e a taxa de melhoramentos dos portos. — Lei n.º 3.421 — de 10-7-1958 406
III. A comissão executiva do sisal. — Lei n.º 3.428 — de 15-7-1958 418
IV. A aposentadoria aos segurados dos institutos de aposentadoria e pensões. — Decreto n.º 44.172 — de 26-7-1958 421
V. O sigilo das operações bancárias. — Projeto n.º 410 — de 1959 423
VI. O projeto de lei supressora das ações ao portador .. 448
VII. A portaria n.º 309, de 30 de novembro de 1959, e as sociedades de crédito, financiamento e investimentos 458

VENDAS E CONSIGNAÇÕES

VICENTE RÁO

(Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo)

1. O impôsto sôbre *vendas mercantis* figurou, inicialmente, em nosso direito tributário através da Lei n.º 4.625, de 31 de dezembro de 1922 que, instituindo-o *em benefício da União*, ao mesmo tempo estendeu às faturas comerciais a mesma eficácia atribuída, pelo Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, aos títulos cambiários, assim acolhendo uma proposição aprovada, neste sentido, pelo Primeiro Congresso das Associações Comerciais do Brasil reunido, naquele mesmo ano, na cidade do Rio de Janeiro.

Vários diplomas legais, subsequentemente, disciplinaram êsse novo tributo e suas disposições foram, afinal, consolidadas pelo Decreto n.º 22.061, de 9 de novembro de 1932 o qual, além de preceitos de direito tributário, preceitos outros continha de direito comercial, relativos à documentação das vendas mercantis pelas faturas e duplicatas.

A Constituição de 1891 desconhecia êsse tributo. Mas, havendo seu art. 12 permitido à União e aos Estados criar, cumulativamente ou não, outras fontes de receita além das incidentes em sua competência privativa, nada obstava instituísse a União, a seu proveito, aquele impôsto.

2. A Constituição de 16 de julho de 1934, porém, atribuiu aos Estados competência privativa para

> *a decretação do impôsto sôbre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual* (art. 8.º n.º I, letra "e"),

— impôsto que, por disposição constitucional expressa, devia ser

> *uniforme, sem distinção de procedência, destino, ou espécie de produtos*" (parágrafo primeiro do mesmo artigo oitavo).

Segundo se vê, o impôsto, daí por diante estadual, atingiu, não só as vendas, senão também as consignações.

A carta de 1937 (art. 23) manteve as disposições, supratranscritas, da Constituição de 1934, sem aludir, entretanto, aos industriais, omissão, aliás, então reputada de nenhum alcance, pois as vendas e consignações efetuadas pelos industriais continuaram sujeitas ao mencionado impôsto.

Por sua vez, a Constituição vigente, de 18 de setembro de 1946, assim dispôs em seu art. 19:

> "*compete aos Estados decretar impostos* (n.º IV) *sôbre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme a definir a lei estadual*",

acrescentando, no § 5.º do mesmo art. 19, que

> "*o impôsto de vendas e consignações será uniforme, sem distinção de procedência ou destino*".

Os preceitos, que acabamos de transcrever, em dois pontos diferem, por omissão, dos preceitos anteriores, pois: *a*) — não se faz referência, no art. 19, ao caráter *privativo* da competência dos Estados para a decretação dos tributos que a mesma Constituição lhes atribuiu e *b*) — nem alusão há, no § 5.º do mesmo artigo (que impõe o respeito do princípio da igualdade), às *espécies de produtos*.

A primeira omissão, no entanto, não feriu o sistema, tradicional em nosso direito público, de distribuição da competência em matéria tributária, de sorte que a acenada falta de alusão ao caráter *privativo* da competência dos Estados é inteiramente inócua, tanto mais quanto êsse caráter resulta de outras disposições da mesma Constituição, tais, entre outras, as dos arts. 18 § 1.º e 21. Nem discrepância existe, a respeito, entre os nossos constitucionalistas.

A segunda omissão por sua vez nenhuma relevância possui, pois, como demonstraremos adiante, o princípio da igualdade, ou princípio da isonomia, constitui, em toda a sua amplitude, um dos direitos fundamentais assegurados de modo expresso pelo art. 141 § 1.º de nosso Estatuto Político e a mesma Constituição expressamente o aplica à matéria tributária.

3. Quando, por fôrça das normas constitucionais acima transcritas, o impôsto sôbre vendas e consignações foi atribuído exclusivamente aos Estados, as disposições de natureza tributária do citado Decreto n.º 22.061, de 9 de novembro de 1932, passaram a ter aplicação restrita ao Distrito Federal e aos Territórios; e as dis-

posições de natureza puramente mercantil, do mesmo decreto, foram reproduzidas pela Lei n.º 187, de 15 de janeiro de 1936, lei, esta, que a todo o território nacional se aplicou, porque suas disposições contêm matéria incidente na competência privativa das Câmaras Federais (Constituição, art. 5.º, n.º XV, letra "a". *Rubens Gomes de Sousa*: "Compêndio de Legislação Tributária", 2.ª ed., págs. 364-365).

4. Pretendendo disciplinar as situações criadas pela transferência das mercadorias de uns para outros Estados, dois diplomas com fôrça de lei sobrevieram, isto é, os Decretos-leis n.º 915, de 1.º de dezembro de 1938 e n.º 1.061, de 20 de janeiro de 1939, considerados, ambos, como *complementares* da Constituição.

De conformidade com êsses diplomas legais, é o seguinte o regime atualmente em vigor:

a) o impôsto de vendas e consignações é devido, segundo regra geral, no lugar da operação;

b) lugar da operação se considera: 1 — aquêle em que foi fabricada ou produzida a mercadoria, em se tratando de venda, ou consignação, efetuada diretamente pelo próprio fabricante ou produtor; 2 — ou, nos demais casos, o lugar de situação do estabelecimento vendedor (matriz, filial, sucursal, ou representante), que a seu cargo mantenha depósito das mercadorias vendidas, ou consignadas;

c) o impôsto não é devido pelas operações realizadas entre os vários estabelecimentos da mesma pessoa, nem pelas operações realizadas entre ela e seus agentes ou representantes, quer se trate de operações estaduais, quer de operações interestaduais;

d) o fabricante ou produtor que transfere suas mercadorias para outro Estado a fim de, neste, formar estoque em sua filial, sucursal, depósito, agência, ou representante, deve pagar o impôsto *adiantadamente* ao Estado onde as mercadorias foram produzidas e quando estas mercadorias são vendidas, ou consignadas, pelo próprio produtor no Estado de destino, o impôsto não é devido por esta primeira operação (salvo excesso de preço, caso no qual o impôsto alcança a diferença);

e) com relação às mercadorias adquiridas pelos comerciantes em Estado diverso e, por êles, ali deixadas em depósito, ou à sua ordem, nos armazéns do vendedor, ou em armazéns gerais, ou em armazéns de companhias de transportes, considera-se lugar da operação, para os efeitos fiscais, aquêle da situação do depósito onde as mercadorias se encontrarem.

5. Acham-se em curso, na Câmara Federal, vários projetos e substitutivos que pretendem alterar o regime, acima exposto, de

aplicação do impôsto de vendas e consignações, no tocante à circulação interestadual das mercadorias.

As alterações mais sensíveis, assim propostas, são as que passamos a indicar.

O projeto n.º 813/55 só e ùnicamente permite que a sede do estabelecimento do fabricante ou produtor seja havido como lugar da operação quando a venda, ou consignação, fôr efetuada diretamente, *no local de origem*, pelo próprio produtor ou fabricante; e, mais, suprime a cobrança antecipada pelo Estado da produção, que a lei vigente prevê.

O projeto n.º 3.152/57 substitui o conceito de *lugar da operação* pelo de *conclusão da operação* e considera *concluída* a operação no Estado em que estiver situado o estabelecimento do vendedor (matriz, filial, sucursal, agência, ou representante, com depósito a seu cargo); estabelece uma distinção tributária entre mercadorias destinadas ao consumo interno e as mercadorias destinadas à exportação; proíbe a tributação, no Estado exportador, das vendas sucessivas que tenham por objeto produtos de indústria extrativa, agrícola, ou pecuária, a serem exportados, só permitindo a cobrança do impôsto pelo Estado produtor, embora os referidos produtos recebam, no Estado exportador, beneficiamento, liga, ou manipulação, que não lhes altere a natureza.

Um substitutivo (n.º I) apresentado pelos srs. Deputados *Magalhães Pinto* e *Coelho de Sousa* também admite, como lugar da incidência, o da *conclusão da operação* e, entre outras, contém as seguintes alterações substanciais:

a) declara em seu art. 5.º que, tratando-se de venda ou consignação de café destinado à importação, o impôsto será devido, exclusivamente, ao Estado de que se originar, ainda que tal produto sofra, no Estado de que fôr exportado, beneficiamento, liga, ou manipulação que lhe não altere a natureza;

b) determina, em seu art. 7.º, que aos Estados compete adotar medidas para efeito de *fiscalização, arrecadação, ou penalidade,* inclusive com relação a produtos e mercadorias vendidas para o Exterior *através de pôrto situado em território de outra unidade da Federação;*

c) considera, em seu art. 8.º, competente para a decretação do impôsto o Estado onde reverter a atividade dos construtores e empreiteiros sediados em Estado diferente;

d) segundo disposição de seu art. 9.º, quando as mercadorias produzidas por um Estado forem transferidas para outro *para fins de acabamento* em estabelecimento da mesma pessoa, a competência pertence ao Estado onde se efetuar a operação da venda;

e) reza, textualmente, em seu art. 11 que "para efeito da legislação tributária, mesmo na ausência de disposição expressa a respeito, *não têm aplicação quaisquer disposições legais, excludentes ou limitativas, do direito de examinar os livros, documentos e efeitos comerciais e fiscais, ou da obrigação de exibí-los;*

f) e mais prescreve, em seu art. 12, que os órgãos fiscais, quer da União, quer dos Estados, deverão fornecer, uns aos outros, quando solicitados, cópia do levantamento efetuado nos estabelecimentos comerciais ou industriais.

Das emendas apresentadas destacam-se: *a*) a de n.º 3, que parece assegurar exclusivamente aos Estados produtores o impôsto relativo às operações sôbre produtos destinados à exportação; *b*) a de n.º 4, que propõe a revogação pura e simples da legislação federal sôbre a matéria, de modo a passar aos Estados, exclusivamente e integralmente, a competência para dispor sôbre o impôsto de vendas e consignações.

Convém assinalar, finalmente, o substitutivo da Comissão de Justiça (já aprovado pela Câmara) segundo o qual

> "considera-se lugar da operação, para efeito de cobrança do tributo, aquele onde se encontrar a mercadoria por ocasião da venda ou consignação, salvo quando o objeto do contrato fôr produto agrícola, de pecuária, ou de indústria extrativa, caso em que o lugar da operação será sempre o da produção da coisa vendida ou consignada".

6. Dois fundamentos têm sido atribuídos a êsses *Projetos, Substitutivos* e *Emendas,* quais sejam o da competência do Congresso Nacional para legislar sôbre normas gerais de direito financeiro (Const. art. 5.º n.º XV, letra *b*) e o da competência, do mesmo Congresso, para elaborar as leis complementares da Constituição.

7. Ao primeiro fundamento se reportava o então deputado *Gustavo Capanema,* ilustre autor do projeto n.º 3.152/57, ao invocar os debates travados na *Terceira Conferência Fazendária* sôbre o sentido e os limites da competência do Congresso para legislar sôbre "*normas gerais de direito financeiro*", debates de que participaram, entre outros, os professôres *Aliomar Baleeiro, Sá Filho* e *Carlos Alberto de Carvalho Pinto.*

Justificando o seu projeto, disse o Dr. *Capanema*:

> *"A Constituição não define o impôsto sôbre vendas e consignações, como de resto não define nenhum outro tributo. Apenas indica o fato gerador: "Vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais". Não*

se caracteriza o momento em que ocorre a venda ou consignação; nem o lugar em que ela se aperfeiçoa. Sôbre êstes e outros pontos, pode, pois, dispor a lei federal, dentro da competência da União de legislar sôbre "normas gerais de direito financeiro", adotando, inclusive, critérios específicos do direito tributário, divergentes dos critérios do direito civil ou comercial".

Não podemos concordar com tais conceitos, que não equacionam a aludida competência do Legislativo da União com o princípio constitucional da autonomia dos Estados e as normas, igualmente constitucionais, concernentes à competência privativa dessas unidades da Federação.

Essa equação foi plenamente estabelecida pelo prof. *C. A. de Carvalho Pinto*, em estudo que esboçou, como ponto de partida, a seguinte classificação:

"O Direito Financeiro, em nossa Pátria, poderá se desdobrar através de três órbitas de competência constitucional:

a) a da competência da União que diz respeito às finanças federais e às *normas gerais* a que todo o direito financeiro nacional se deve subordinar;

b) a da competência do Estado no que concerne às *normas gerais supletivas ou complementares*, e, ainda, obedecidas essas normas, com respeito às finanças estaduais; finalmente,

c) a da competência dos municípios, que se relacionem com as finanças municipais, obedecidas sempre as restrições constantes das *normas gerais* acaso promulgadas pela União, ou, em caráter supletivo, pelo Estado respectivo".

Após haver fixado êsse esquema de classificação, o prof. *Carvalho Pinto*, socorrendo-se de extensa literatura jurídica alienígena e nossa passou a investigar o sentido da expressão *normas gerais de direito financeiro* e, identificando o conceito de normas *gerais* com o de normas *essenciais*, acrescentou:

"ao ver dos principais comentadores da Carta vigente, *normas gerais* seriam sinônimas de normas *fundamentais*, normas *estruturais*, nesse sentido de que elas *não podem descer ao detalhe ou aos pormenores*, mas se restringem aos *aspectos básicos, fundamentais, gerais*. É mais uma limitação imposta ao conceito de generalidade; não mais uma limitação referente apenas à sua extensão quer a entidades, quer a instituições, mas uma limitação antes ligada à sua natureza".

Dêsses fundamentos, a seguir, extraiu os seguintes postulados:

a) *não são normas gerais as que objetivam, especialmente, uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;*

b) *não são normas gerais as que visem, particularizadamente, a determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros da mesma condição ou espécie;*

c) *não são normas gerais as que se afastam dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.*

E entre as suas conclusões finais a seguinte figura:

"*a faculdade outorgada à União pelo art. 5.º, n.º XV,* b, *da Constituição Federal, para legislar sôbre "normas de direito financeiro" se estende até o ponto em que não fira princípios ou atributos, explícitos ou implícitos, inerentes à autonomia dos Estados e Municípios*" (*Carlos Alberto de Carvalho Pinto*: "Normas Gerais de Direito Financeiro", São Paulo, 1949).

Tais são, na realidade, perante a melhor doutrina e perante nosso sistema constitucional, as únicas conclusões admissíveis na matéria, conclusões que assim podem ser resumidas:

a) normas gerais de direito financeiro são, dentro dessa disciplina jurídica, as que contêm regras *universais e abstratas* e não qualquer disciplina *concreta e particularizada* de alguma relação financeira (tributária, ou não) e muito menos qualquer prescrição discriminatória que, de qualquer modo, possa atingir as pessoas de direito público a que se deva aplicar;

b) as normas de direito financeiro, ainda que *universais e abstratas*, não podem ferir a autonomia dos Estados, nem o princípio fundamental da igualdade de seu tratamento, nem podem invadir a esfera das atribuições privativas dessas Unidades da Federação, ou dos Municípios.

E essas conclusões, irrecusáveis, não abonam a tese sustentada pelo ilustre autor do Projeto n.º 3.152/57.

8. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, admitiu a constitucionalidade dos Decretos-leis ns. 915 e 1.061 (atos, êstes, expedidos durante o período ditatorial, isto é, quando a própria carta de 1937 era letra-morta e quando predominava, nos meios governamentais da União, acentuada tendência centralizado-

ra); mas essa Côrte Suprema dêsse modo decidiu por entender que os citados decretos-leis não contrariam a Constituição vigente porque dispõem sôbre *direito fiscal interlocal*, assim excluindo a constitucionalidade de quaisquer normas federais que, acaso, dispuzessem sôbre o *direito fiscal interno, dos Estados.*

9. É admissível a competência da União para legislar sôbre as situações de direito resultantes da circulação interestadual de bens e valores. Mas, essa competência:

a) não se confunde com a da expedição de normas *gerais* de direito financeiro, porque visa a disciplinar, tão-sòmente, as relações de direito tributário quanto aos seus efeitos interestaduais;

b) caracteriza-se sim, como exercício do poder, que ao Congresso pertence, de elaborar e decretar as normas orgânicas e complementares da Constituição, poder sôbre o qual *Rui*, sem ter sido até hoje excedido por nenhum dos nossos juristas, magistralmente dissertou ("Comentários à Constituição de 1891" coligidos por *Homero Pires*, 1932, vol. II, págs. 477 e segs.);

c) longe de ser arbitrária, ou discricionária, a mesma competência está, ao contrário, rìgidamente adstrita ao respeito do espírito e da letra da própria Constituição que, por manter o regime-federativo criado pelo Estatuto de 1891, ora explìcitamente, ora implìcitamente, impõe ao exercício de tôdas as atribuições da União os limites, intransponíveis, resultantes da autonomia e da competência privativa dos Estados e do direito fundamental da igualdade.

A Constituição Federal, já advertia *Amaro Cavalcanti* ("Regime Federativo", 1900, pág. 265), estabeleceu o sistema tributário em artigos distintos, *segundo as competências dos respectivos poderes* e *Rui* (loc. cit.), opondo-se à corrente política que reclamava maior outorga de tributos aos Estados, escrevia: "ao contrário do que se dá nos Estados Unidos onde, em matéria de impostos, os Estados não têm competência privativa, no Brasil lhes pertencem *exclusivamente* imensas fontes de receitas".

A invasão, pelos poderes federais, da competência interna e exclusiva dos Estados para a decretação de seus tributos, equivale ao desrespeito do princípio da autonomia, que é o fundamento da Federação.

10. É requisito essencial das leis a sua *universalidade*, isto é, a extensão de sua eficácia a tôdas as relações que formam o objeto de sua disciplina, sejam quais ou quantas forem, pois, mesmo que de direito singular se trate, as leis sempre devem revestir êsse caráter sob pena de ilegitimidade — velho preceito romano já rezava que *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.*

Do requisito essencial da *universalidade* decorre o da *igualdade* de todos perante as leis. Se as leis devem incidir genèricamente

sôbre tôdas as relações contempladas, todos os sujeitos ativos ou passivos destas relações têm o direito de exigir que elas lhes sejam aplicadas de *modo igual.*

Os dois requisitos neste conceito se fundem: — *a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei,* conceito que nas organizações democráticas é erigido em princípio constitucional (*princípio da isonomia*) e traduzido em direito essencial declarado e assegurado pelos Estatutos Políticos (Constituição Brasileira, art. 141 § 1.º; Constituição Norte-Americana, emenda XIV, secção I, etc.).

Semelhante garantia ou segurança constitucional não se aplica, apenas, às pessoas como tais consideradas, mas também as alcança (sejam pessoas físicas ou jurídicas, ou membros de grupos sociais, ou habitantes de determinadas regiões) como titulares de direitos, ou sujeitos passivos de obrigações, recaindo, estas e aquêles, sôbre bens corpóreos ou incorpóreos, ou prestações, ou encargos, sem discriminações pessoais, ou territoriais (*P. de Miranda*: "Comentário"; *Carlos Maximiliano*: "Comentário"; *Stier-Somlo in* "Grunderechte und Grundpflichten der Reichsuerfassung", vol. I, pág. 179 e segs. e a generalidade dos autores norte-americanos que comentam a cláusula relativa à "equal protection of the law").

Francisco Campos ("Direito Constitucional", 1956, vol. II, págs. 7 e segs.) estuda exaustivamente essa matéria e com inteira procedência sustenta:

> *"em relação à igualdade, a Constituição não admite em caso algum qualquer derrogação legal ao princípio por ela estabelecido. Êsse princípio ela o enuncia em têrmos absolutos ou plenários, com isto manifestando a intenção de que êle se torne efetivo em tôda a latitude do seu sentido e em qualquer circunstância, seja qual fôr a situação ou a condição da pessoa, a natureza da cousa, a espécie da relação, o estado de fato que a lei pretenda reger. Não haverá condições à igualdade perante a lei. A lei será igual para todos e a todos se aplicará com igualdade. É um direito incondicional ou absoluto. Não tolera limitações, não admite exceções, seja qual fôr o motivo indicado; lei alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou subreptício, mediante ação ou omissão, derrogar ao princípio de igualdade".*

As discriminações e o tratamento desigual entre as diversas regiões, ou circunscrições políticas do País, importam desrespeito do princípio da isonomia e às pessoas de seus habitantes atingem, afetando-lhes a respectiva esfera jurídica.

A aplicação dêsse princípio aos Estados e Municípios, quando não decorresse, como decorre, do art. 141, § 1.º, encontraria consagração expressa em preceitos constitucionais outros, de ordem geral e, particularmente, de ordem tributária.

De ordem geral é a disposição do art. 31 n.º 1 que veda a criação de *"distinções ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios"*.

De ordem tributária são as disposições dos arts. 17 e 32 que, respectivamente, declaram:

> *"é vedado à União decretar tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção ou preferência para êste ou aquêle pôrto, em detrimento de qualquer Estado";*
>
> *"os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão estabelecer diferença tributária, em razão da procedência, entre bens de qualquer natureza";*

Ora, se a União não pode decretar tributos desiguais segundo as diversas regiões ou circunscrições, se ela não pode criar preferências ou distinções em favor de uns Estados contra outros, se, consequentemente, igual vedação é imposta aos Estados entre si quanto à procedência dos bens (mercadorias, pois, inclusive), é óbvia, é irrecusável a conclusão de não poder a União violar êsses preceitos proibitivos através de atos de direito fiscal interestadual.

Nada importa, pois, que o art. 19 da Constituição vigente não haja mantido a referência às *"espécies de produtos"* contida nos preceitos constitucionais anteriores de 1934 e 1937. Mas, importa, e muito, que haja conservado a menção expressa à *uniformidade* do impôsto de vendas e consignações, *"sem distinção de procedência ou destino"* das mercadorias.

O conceito de *uniformidade* não diz respeito, tão-só, à *alíquota* do tributo, senão também ao tratamento igual das mercadorias, sem discriminações fundadas em razão de *procedência,* ou de *destino,* bem como das mercadorias de *igual natureza,* sem distinção de sua origem e sem distinções outras.

Se assim dispõem os preceitos constitucionais, se a própria Constituição, ao atribuir o aludido impôsto aos Estados nenhuma distinção ou restrição estabeleceu, não há como permitir-se possa o legislador ordinário exceder os limites do direito interlocal, ou restringir a competência interna dos Estados para legislar sôbre um impôsto que exclusivamente lhes pertence, ou estabelecer, de qualquer modo ou por qualquer via, distinções ou preferências fiscais entre êles, ou discriminações referentes à procedência ou destino das mercadorias,

ou desigualdade de tratamento fiscal entre mercadorias de igual natureza e sujeitas ao mesmo tipo de tributo. Nada disso se poderia permitir, sem violação flagrante do princípio da igualdade, ou isonomia.

11. O regime federativo se alicerça no princípio da não intervenção dos Poderes Centrais nos negócios peculiares e privativos dos Estados e no da não intervenção de um Estado nos negócios de outro.

Francisco Campos (loc. cit., págs. 19-20) admiràvelmente escreveu a êsse respeito. E disse:

> *"Das regras gerais do tráfego, implícitas em todos os regulamentos de polícia da circulação, a mais importante de tôdas é, porém, inquestionàvelmente, a que veda aos transeuntes obstem uns aos outros o legítimo exercício de sua atividade, ou que, sob a aparência de estarem exercendo o seu direito, procurem impedir, obstruir ou anular o equivalente direito do vizinho. É o que se dá no regime federativo. Implícita ou expressa, é consubstancial a êle a regra de que nenhum dos poderes ou dos governos, de cuja associação se compõe a sua unidade, deve interferir nas atividades legítimas do outro e nem diretamente, nem por vias indiretas, oblíquas ou furtivas, poderá criar óbices, embaraços, tropeços, ou impecilhos ao exercício das suas funções constitucionais, e, sobretudo, onerar, de qualquer maneira, diminuir ou destruir a eficácia dos meios ou instrumentos necessários ou adequados à ação dos seus órgãos na órbita constitucional da sua competência. Nenhum campo, porém, como o tributário, mais propício ao conflito de poderes, mais fértil em oportunidades para a concorrência prejudicial entre os governos, seja conscientemente orientada no mau sentido e, portanto, desleal e ilícita, seja por motivo da fluidez ou da indeterminação da matéria tributária que, sendo a mesma e uma só, por mais precisamente que se recortem no mapa constitucional os contornos da sua divisão, comportará sempre a espécie fugidia e esquiva dos casos marginais cuja ambiguidade dá lugar a que sôbre êles se concentrem os fogos cruzados dos fiscos concorrentes".*

E bem mais grave se revela essa concorrência quando procura obstruir, ou diminuir, por via de simples lei comum, e sob o pretexto de reger relações interlocais, as fontes de renda constitucionalmente privativas de uns Estados em proveito de outros, ou quando, pela mesma via, e sob o mesmo pretexto, faculta à União

intervir nos negócios tributários internos dos Estados, ou a êstes igual faculdade confere em suas recíprocas relações.

12. À luz dos princípios e preceitos político-estatutários acima expostos, procuraremos examinar os mencionados *Projetos, Substitutivos* e *Emendas*, não sob o aspecto de sua conveniência ou inconveniência, mas, tão-só, sob o aspecto de sua constitucionalidade, ou inconstitucionalidade.

13. O projeto n.º 813/55 estabelece uma discriminação entre Estados produtores e Estados consumidores, em prejuízo daqueles e sem novo proveito para êstes que continuariam, segundo a legislação vigente, a cobrar o mencionado impôsto sôbre as vendas e consignações posteriores à primeira. Prejudica os Estados produtores, pois só e ùnicamente num caso (o da venda direta *no local de origem*) considera como lugar da operação o do estabelecimento do produtor, ou do fabricante, e, ainda, por suprimir a cobrança antecipada pelos Estados produtores.

A inconstitucionalidade dêsse projeto é manifesta.

a) Porque desrespeita frontalmente os imperativos constitucionais, citados, que vedam ao legislador a criação de distinções ou preferências, inclusive as de natureza tributária, entre os Estados;

b) porque, consequentemente, afronta o princípio da igualdade, ou princípio da isonomia, que é direito fundamental assegurado pela Constituição;

c) porque suas disposições não contêm *normas gerais de direito financeiro*, nem normas de *direito fiscal interlocal*, nem *normas complementares* da Constituição, mas prescrições que usurpam atribuições privativas dos Estados (como, por exemplo, a que determina o momento da arrecadação), atentando contra a sua autonomia.

14. Irrecusável também é a inconstitucionalidade do Projeto n.º 3.152/57 quando, violando o princípio da igualdade (que, segundo dissemos, atinge as pessoas através de suas *relações jurídicas* obrigacionais, ou reais, ou circunscricionais), estabelece uma distinção, inexistente de norma constitucional atributiva do impôsto, entre mercadorias destinadas ao consumo interno e mercadorias destinadas à exportação; ou quando veda a tributação, pelo Estado exportador, das vendas ou consignações sucessivas dos produtos de indústrias extrativas, agrícolas, ou pecuárias (a serem exportados), assim armando uma discriminação inadmissível entre Estados produtores e Estados exportadores, *ainda que êstes industrializem os mesmos produtos.*

Como no projeto anterior, as disposições dêste projeto não equivalem a *normas gerais de direito financeiro*, nem a *normas de direito fiscal interlocal*, nem a *normas complementares da Constituição*,

porque a mesma Constituição ofendem através de dispositivos *particularizados e discriminatórios,* chegando a retirar de alguns Estados grande parte do tributo que a Constituição lhes atribuiu sem essas distinções ou restrições.

15. As mesmas causas de inconstitucionalidade viciam o Substitutivo n.º 1 (dos Sr. Deputados *Magalhães Pinto e Coelho de Souza*) porque êste Substitutivo:

a) dá vida a uma discriminação ilegítima entre o café e os demais produtos, ou mercadorias, sujeitando-o a uma só incidência e sòmente no Estado de origem (nova discriminação), embora venha a ser objeto de operações diversas em outros Estados;

b) porque, privando os outros Estados da percepção do tributo sôbre as operações sucessivas, com relação ao mesmo produto, altera o preceito constitucional atributivo que é de caráter genérico, e viola os demais preceitos constitucionais (citados) que tal distinção não permite;

c) porque invade a esfera de competência interna dos Estados permitindo a intervenção de um em outro Estado em assuntos fiscais, com evidente violação dos princípios e regras básicas do regime federativo;

d) porque seu dispositivo do art. 9.º retira, ilegìtimamente, dos Estados, no setor da indústria, até mesmo a primeira tributação das mercadorias que em outro Estado recebam acabamento (como comumente sucede, por exemplo, com a indústria automobilística);

e) porque cria um regime irrestrito e arbitrário de devassa dos livros, efeitos e documentos comerciais ou fiscais, excluindo, o que é absurdo, até mesmo as limitações admitidas por lei.

Reiteram-se, ainda desta vez, os vícios que corrompem os projetos anteriores, tais: o desrespeito do princípio da igualdade, a violação da autonomia dos Estados, a criação de normas que não são *normas gerais de direito financeiro,* nem *normas de direito fiscal interlocal,* nem *normas complementares da Constituição,* porque os dispositivos do mesmo projeto, na realidade, a Constituição afrontam e não tendem ao seu fiel cumprimento.

16. A emenda n.º 3 consagra as mesmas discriminações acima censuradas por inconstitucionais.

17. A emenda n.º 4 revela-se por demais rígida. Não se contesta a atribuição do Congresso para legislar sôbre *direito fiscal interlocal.* Mas, *e é êste o ponto mais sensível de todo o problema,* uma coisa é a legislação tributária interlocal e outra, bem diversa, a que usurpa atribuições privativas dos Estados.

18. Discriminatório e, por isso, inconstitucional também, é o Substitutivo da Comissão de Justiça da Câmara Federal porque,

contradizendo o preceito estatutário atributivo (que não faz qualquer distinção), cria situações desiguais entre, de um lado, os produtos agrícolas, pecuários, ou de indústria extrativa, e, de outro lado, os demais produtos ou as mercadorias, para determinar que, em relação aos primeiros, lugar de operação para o efeito de cobrança do impôsto é o lugar da produção, e, em relação aos segundos, é o lugar onde se encontrarem, por ocasião da venda ou consignação.

19. Sem razão se sustentaria a inalterabilidade dos Decretos-leis ns. 915/38 e 1.061/39.

Alteráveis êles são, certamente. E suscetíveis de serem aperfeiçoados. Mas, só e sempre, de acôrdo com a Constituição.

Há uma circunstância, no entanto, que merece especial destaque: se os citados decretos-lei foram considerados constitucionais e legítimos por serem atos legais complementares da Constituição, como poderiam ser havidos por legítimos e constitucionais, ao mesmo tempo, os questionados Projetos, Substitutivos e Emendas, cujas disposições são contrastantes, quando não opostas, às dos mesmos decretos-lei? Perante êsse contraste, ou essa oposição, caberia indagar: qual é o sentido real do art. 19 n.º IV da Constituição? O dos citados decretos-leis (cuja legitimidade o Supremo Tribunal admitiu), ou o sentido contrastante ou oposto das mencionadas tentativas de alteração?

E uma ponderação final ainda acode, que não é tão simples quanto possa parecer à primeira vista: foi tal o empenho do legislador constituinte em preservar a autonomia dos Estados, que, ao isentar do impôsto de vendas e consignações a primeira operação do pequeno produtor, aos Estados outorgou competência para definir o que por *pequeno produtor* se devesse entender, quando, se omissa fôsse a Constituição, a tarefa desta definição estaria incluída, normalmente, entre as atribuições da Legislatura Federal.

E bem é que se atente ao fato de haver a Constituição exigido expressamente que êsse impôsto fôsse *"uniforme, sem distinção de procedência ou destino"* — quando, em rigor, não precisava dizê-lo, porque a desigualdade do mesmo impôsto sempre seria vedada, sob qualquer de seus aspectos, por fôrça dos demais preceitos constitucionais acima invocados. A verdadeira regra do direito interlocal está contida, sem dúvida, nessa cautelosa disposição do art. 19 § 5.º, que não diz respeito apenas à alíquota do impôsto, senão à uniformidade da incidência de todos os produtos e de tôdas as mercadorias sem diferenciação nem discriminações.

O COMERCIANTE AMBULANTE E O FISCO MUNICIPAL

WALDEMAR FERREIRA

Professor Emérito da Faculdade de Dircito
da Universidade de São Paulo

1 — O comerciante ambulante é figura encontradiça em não poucos painéis do comércio mundial de todos os tempos. Não há quem o desconheça, mercê de sua universalidade, com as vestes mais variadas e a fisionomia com a marca das mais diversas raças.

Acha-se de resto envolto na coifa lendária do pioneiro astuto e destemeroso, meio boêmio, meio herói, que tomou sôbre si, em tempos que se perdem nas caligens da história, a incumbência, que se convolou no seu gênero profissional de vida, de transportar sobras de produtos que num lugar se colhiam para outros lugares em que faltavam, realizando trocas e efetuando negócios com que se estabeleceram os elos das correntes do tráfico mercantil.

Mercador, como então, quiçá com maior propriedade se chamava, consistia seu fadário em percorrer terras a fim de permutar gêneros da natureza ou produtos da manufatura artesanal, com intuito de lucro; e êsse papel adquiriu maior significado e prestância imensa, quando se transformou no agente de propulsão e desenvolvimento das feiras e dos mercados de antigos tempos.

Mercador ambulante se qualificava por não ter residência fixa, nem domicílio certo, perambulando de terra em terra, de feira em feira, de mercado em mercado, de vila em vila, ora aqui ora acolá, ao Deus dará, comprando, trocando, vendendo mercadorias de todo o naipe, introduzindo hábitos, criando necessidades, infiltrando pensamentos e idéias, partículas nucleares de civilizações que se esboroaram e se refizeram com os descobrimentos de novas coisas e de novos mundos.

2 — Se, não obstante, com o desenvolvimento extraordinário do comércio mundial e com o advento do mercantilismo, aquêle se transfigurou capitalizando moeda com que lograsse equilibrar as especiarias vindas de mares longínquos em quantidade tanta que

houve de armazenar a fim de distribuir e de redistribuir em consonância com as mais díspares necessidades, tornando-se, por isso mesmo, comércio sedentário, nem por isso desapareceu o comércio ambulante, que à sombra daquele passou a vicejar, proliferando como erva daninha.

Existiu em tempos idos o negociante ambulante; e ainda hoje existe, em todo o mundo.

3 — Quando se fala em negociante ambulante aborda-se o problema do comércio não sedentário, ou seja do que não tem sede e constitui, como já se disse, forma anterior ao comércio sedentário. Se aquele sistema de comércio não tem sido amplamente, ou mais de perto estudado pelos comercialistas brasileiros, é porque êle não apresenta no Brasil o mesmo aspecto que em outros países revela, principalmente os da Europa, em que êle pode sempre ser apreciado pelo ângulo continental.

Em alguns países europeus tem sido êle disciplinado por leis, como a francesa de 15 de julho de 1880, que admitiu três categorias de comerciantes não sedentários:

a) os *ambulantes*, que exercem seu negócio em uma só comuna;

b) *os forâneos*, que o praticam em várias comunas;

c) os *déballeurs*, de nomeação intraduzível em português, que transportam suas mercadorias de vila em vila, por via férrea ou em grandes caminhões, anunciando prèviamente sua chegada, instalando-se em tenda provisória, por algum tempo ou mesmo durante muitas semanas.

Lei administrativa de 16 de julho de 1912, no entanto, distinguiu os comerciantes não sedentários, em três categorias, a saber:

a) os *ambulantes*, indivíduos franceses ou estrangeiros, domiciliados em França e que nela possuam residência fixa, e exercitam profissão ambulante fora da comuna de seu domicílio;

b) os *forâneos*, franceses não domiciliados em França, sem residência ou domicílio fixos, que percorrem todo o território do país, ambulantemente, oferecendo à freguesia, de passagem, suas mercadorias ou suas atrações;

c) os *nômades*, estrangeiros sem residência, nem domicílio em França, qualquer que seja sua profissão, e os franceses por igual sem residência nem domicílio naquele país, que todavia nêle se dedicam a qualquer profissão ambulante.[1]

---

1. *Gaston Défossé*, "Le Commerce Intérieur", Paris, 1944, ed. Presses Universitaires de France, pág. 77.

4 — Não atingiu o comércio não sedentário ou ambulante no Brasil grau de desenvolvimento, que exigisse regulamento especial.

Existe êle, sem dúvida; e, como já se disse em palavras que ora se reiteram, "é, em regra, o pequeno comércio de quinquilharias e de feitio acentuadamente varejista. Transporta o comerciante consigo o seu estabelecimento, se assim se pode chamar, como o caramujo, sua concha às costas. Conduz em mala envidraçada os seus artigos, de uso pessoal na generalidade dos casos, ou de curiosidades, a fim de oferecê-los de porta em porta, quando não de cidade em cidade, até que sua prosperidade lhe permita adquirir o cargueiro ou o automóvel em que ostente o seu sortimento de mercadorias. Figura característica dessa espécie de comércio foi a do imigrante italiano ou sírio, que se embrenhou pela zona sertaneja, mascateando tudo. Criou-se o verbo, que se generalizou. Outra modalidade do comércio ambulante se originou, modernamente, com as vendas a prestações. Pode êle no entanto assumir grandes proporções, como acontece com as emprêsas de espetáculos públicos, circenses ou teatrais. Não têm sede, pròpriamente. Perambulam pelas capitais e mesmo pelo interior do país, quando não de países, exibindo os seus artistas. São emprêsas mercantís em tôda a plenitude do conceito".[2]

Decorrem dêsse enunciado diversas conclusões.

É a primeira que o comércio ambulante é exercido pelo próprio negociante, em seu nome, por sua conta e risco, jamais sob firma ou razão social.

É a segunda que êsse comércio é varejista, pela própria necessidade do negociante ambulante transportar consigo mesmo o seu estabelecimento, se assim se póde dizer, levando suas mercadorias de porta em porta, a fim de negociá-las com a freguesia.

Os vendedores, doutrinou *Barbosa de Magalhães*, "os vendedores, que estão nos mercados, os vendedores ambulantes, todos têm os seus estabelecimentos — embora reduzidos ao mínimo os elementos componentes".[3]

Tanto pode o estabelecimento ambulante ser uma canastra, como as bruacas do cargueiro, senão carrocinha empurrada a mão, ou veículo de tração animal, quando não o jipe para isso apropriado ou a caminhoneta transformada em bazar.

É a terceira que o mercador ambulante, embora possa ter domicílio ou residência nalgum lugar, se caracteriza por sua natureza

---

2. *Waldemar Ferreira*, "Tratado de Direito Mercantil Brasileiro", 2.º ed. Livraria Editora Freitas Bastos, vol. I, São Paulo, 1948, pág. 57, n.º 7.

3. *Barbosa de Magalhães*, "Do Estabelecimento Comercial. Estudo de Direito Privado". Edições Atica, Lisboa, 1951, pág. 30, n.º 6.

andeja, hoje aqui, amanhã ali, perambulando pelas vilas sertanejas e até mesmo nos bairros afastados das grandes cidades ou capitais.

Eis o que, em verdade, caracteriza o negociante ambulante, que o "Grande Dicionário Português" de *Frei Domingos Vieira* definiu: "mercador ambulante, o que anda de feira em feira, o que apregôa pelas ruas as suas mercadorias, bofarinheiro".

Essa é a razão pela qual o Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, no § 1.º do art. 7, preceitua que "a falência dos comerciantes ambulantes e empresários de espetáculos públicos pode ser declarada pelo juiz do lugar onde sejam encontrados".

Pode, advertiu *J. X. Carvalho de Mendonça* a propósito de idêntico dispositivo da lei falimentar de que foi autor, "pode, porém, o comerciante não ter estabelecimento nenhum: exemplo — os negociantes ambulantes, os empresários de espetáculos públicos. Nesses casos, as necessidades práticas aconselham declarar-se a falência onde se produzem os embaraços financeiros do devedor, onde existem os principais elementos do ativo, os principais credores. O juiz do comércio do lugar onde forem encontrados os comerciantes ambulantes e empresários de espetáculos públicos pode abrir-lhes a falência".[4]

Em face da lei, assim se há de caracterizar o comerciante ambulante, não sedentário, sem sede, sem domicílio, sem estabelecimento fixo.

5 — As posturas municipais, em via de regra, focalizam os comerciantes ambulantes, a fim de os submeter ao pagamento prévio do respectivo impôsto de licença, de acôrdo com tabelas adrede preparadas; e vão além, com estabelecer que todo aquele que fôr encontrado a exercer o comércio ambulante sem estar munido da respectiva licença incorrerá em multa pecuniária, além de se lhe apreender recolhendo-se ao depósito público municipal, os objetos de seu comércio e os veículos ou recipientes que conduzirem.

Que as posturas municipais tributem tais negociantes e lhes imponham a pena pecuniária pela sua infringência, é de compreender-se, e é intuitivo. Não, porém, que os Municípios apreendam, sem forma, nem figura de juízo, os objetos do comércio e os veículos ou recipientes que conduzirem. Essa é violência inominável, que vem de resto, de antigos tempos, mas que se incompadece com o estado atual do direito brasileiro.

---

4. *J. X. Carvalho de Mendonça*, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VII, Rio de Janeiro, 1916, n.º 206.

Se há infração, que se lavre o auto de infração, assegurando-se ao infrator o direito de defesa, tanto mais quanto o poder público municipal dispõe de meio judicial rápido e eficaz para agir, com tôda a segurança, contra o comerciante ambulante ou contra qualquer outro que se lhe torne devedor de tributos e de multas fiscais.

É a ação executiva, que lhe confere o Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, para a cobrança de sua divida ativa. Nesta se entende a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multa de qualquer natureza. E a ação executiva fiscal é para o pagamento incontinenti da dívida, sob pena de penhora.

Não obstante, e como reminiscência, que a lei atual não acalenta, da violência fiscal dos tempos coloniais, ainda se encontram posturas municipais a aviventá-la, pondo o carro adiante dos bois; e efetuando, desde logo, a apreensão de coisas, que não é penhora por antecedência, nem sequestro, nem arresto, sem forma, nem figura de juízo, e que medida outra, de ordem administrativa, não é, nem pode ser, senão o velho confisco colonial, de resto vedado pelo art. 141, § 31, da Constituição.

A ilegalidade dêsse confisco é chocante.

6 — Costuma-se dizer que o fisco não poucas vêzes têm razões que a razão desconhece; e desarrazoado seria realmente que se alargasse tanto o conceito do comerciante ambulante que, dentro dessa categoria, pudesse cada município conter quantos comerciantes, nêle não estabelecidos, a seus munícipes vendessem mercadorias, por intermédio de seus prepostos, e lhes fizessem a entrega em seus respectivos domicílios, quer por veículos próprios, quer por veículos alheios.

O comércio nacional brasileiro, ou seja o comércio interno do país, pelo prisma da divisão administrativa dêste, se pode haver como interestadual, estadual, intermunicipal e municipal.

Comerciantes, estabelecidos na capital da República, suprem o comércio dos Estados, como os das capitais dêstes suprem o dos seus municípios ou mesmo de municípios de outros Estados visinhos, transpondo livremente as respectivas fronteiras, como se estas, para êles, inexistissem, e os diversos territórios fossem um só.

Se, pois, cada Município pudesse haver como negociantes ambulantes quantos nêle não tivessem sede, nem estabelecimento, a fim de os submeter a especial tributação, isso importaria no estrangulamento do comércio do país.

Problema foi êsse que os elaboradores da Constituição tiveram em mente afastar, mercê de suas consequências catastróficas. Quiseram êles impedir a criação de impostos de trânsito pelo território de

um Estado ou na passagem de um para outro; sôbre produtos próprios, de outros Estados, ou estrangeiros, bem assim sôbre os veículos que os transportassem; ou o estabelecimento de barreiras alfandegárias ou outras limitações ao tráfego, por meio de impostos interestaduais, intermunicipais, de trânsito, de viação, de transporte, ou outros, capazes de perturbar a circulação das pessoas ou dos veículos que os transportem.

Êsse alto propósito, a final, veio a consolidar-se no art. 27 da Constituição, que vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "estabelecer limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais", ressalvada a cobrança de taxas, inclusive pedágio, destinadas exclusivamente à indenização das despesas de construção, conservação e melhoramentos de estradas.

Vê-se bem que, nesse dispositivo constitucional de límpida clareza, se vedou o cerceamento da liberdade do comércio intermunicipal ou interestadual, "por limitações ao tráfego de qualquer natureza por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais".

Ofende, clara e insofismávelmente, êsse vêdo de ordem constitucional, qualquer dispositivo de postura municipal que limite o tráfego do comércio, sob a capciosa alegação de ser comerciante ambulante todo aquêle que não seja estabelecido no município que assim malíciosamente, para seu uso próprio, conceitue tal comerciante.

7 — Não é incomum que, mercê da facilidade do tráfego rodoviário, estabelecimentos industriais ou mercantis, estabelecidos em São Paulo, que é o centro distribuidor do comércio estadual, vendendo suas mercadorias ou produtos a sua freguesia disseminada pelo território do Estado, tomem a si, por via de frota própria de caminhões, fazer a entrega do vendido a cada freguês, na própria cidade em que se acha estabelecido.

É evidente que tais emprêsas não se podem, de maneira nenhuma, haver como comerciantes ambulantes, pela mui simples razão de que são comerciantes sedentários com estabelecimentos situados na capital do Estado, ou mesmo em outra cidade dêste.

Tratando-se de sociedade mercantil, então, para logo se percebe que ela não pode deixar de ter sua estabilidade legal, mesmo porque de seu contrato ou estatutos há de constar o lugar de sua sede ou estabelecimento principal, o que é facil de verificar pelo registro de seu ato ou contrato institucional na Junta Comercial, cuja jurisdição administrativa se estende por todo o território do Estado.

A REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL

OTTO GIL

Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros

Volta-se a falar, com insistência, na reforma do *Código Comercial.* Desta feita, assume a liderança dêsse movimento a Confederação Nacional do Comércio, a mais categorizada representação da classe comercial do país.

Quando se propugna pela reforma do velho Código serve de motivação o fato de ser êle mais do que centenário e se achar, por isso, desajustado às necessidades do comércio moderno.

É preciso, porém, dêsde logo, ir pondo os pontos nos ii. A acusação de velhice, ao Código, só é verdadeira em pequena parte, eis que, os principais institutos jurídicos, que constaram do Código de 1850, têm sido reformados, por sucessivos diplomas legislativos. Assim ocorreu com a parte do Código, referente às falências; aos títulos de crédito; às sociedades de capitais (limitadas e anônimas); à propriedade industrial, etc..

Destarte, o que haveria, realmente, a refazer, do antigo Código, era a sua parte geral, introdutória, e a disciplina de vários contratos mercantis, como a comissão; a compra e venda; a troca; o penhor mercantil; o depósito, etc., isso sem falar, na parte de *direito marítimo,* hoje também grandemente alterada pelas Convenções e Tratados Internacionais, a que o Brasil aderiu.

Quando se cogita da reforma do Código Comercial, duas indagações preliminares se oferecem aos estudiosos: convém reformar o Código, ou fundí-lo com o Código Civil, formulando um Código de Direito Privado, como pensara *Teixeira de Freitas* e o deixou esboçado *Inglês de Souza* no seu Projeto?

É de se adotar um Código, abrangente de *tôda a matéria comercial,* ou convirá, a exemplo do que se tem feito, em outros países, e a nossa tradição autoriza, tratar em Códigos ou em leis, separadamente, a matéria de falências; a de sociedades mercantis e a da navegação?

Relativamente à unidade do direito privado, através de um Código único, parece-nos que a experiência feita na Itália, com o

seu Código de 1942, não mereceu o beneplácito dos maiores jurisconsultos italianos. Haja visto a crítica que se tem feito ao sistema do referido Código.

A idéia é sedutora, — porém, acadêmica. Existe, real diferença entre certos institutos jurídicos de direito civil e de direito comercial, a exigir disciplinação especial, para cada um dêles. Mas, a unificação do direito das obrigações parece-nos útil e viável. O Brasil já iniciou movimento legislativo nesse sentido, com a organização do "Código das Obrigações", confiado à competência de *Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães* e *Philadelpho Azevedo*, correndo, impresso, desde 1943, o Anteprojeto da Parte Geral do Código das Obrigações, organizado em 1941, pela aludida Comissão, por incumbência do eminente Professor *Francisco Campos*, então Ministro da Justiça.

A organização de Códigos especializados sôbre Falências; sôbre Sociedades Comerciais e sôbre a Navegação, parece-nos, também, idéia vencedora entre nós. Haja visto, que um dos nossos maiores comercialistas, o Professor *Waldemar Ferreira*, elaborou e ofereceu ao Congresso Nacional projetos de sua autoria sôbre Falências e Sociedades Comerciais.

A Navegação Marítima, fluvial e aérea têm feito objeto de vários anteprojetos, bastando considerar os mais recentes, de autoria de *João Vicente Campos;* o que foi feito, em colaboração, por *Sidney Haddock-Lôbo* e *Stoll Gonçalves*, e o do jovem jurista *José Luiz Bulhões Pedreira*, quando Consultor Jurídico do Ministério da Viação e Obras Públicas.

O Instituto dos Advogados Brasileiros, de longo data, vem estudando a reforma da nossa legislação comercial e tem oferecido ao Congresso Nacional valiosa colaboração, como se verificou na reforma da Lei de Falências; na da Lei de Sociedades por Ações e de tantos outros diplomas legislativos, pertinentes à matéria comercial.

Agora mesmo, como representante do Instituto junto ao Conselho Nacional de Economia faço parte de uma Comissão que está elaborando o novo Código da Propriedade Comercial.

Não resta dúvida, porém, que é oportuno cuidar, a sério, da reforma integral de nossa legislação comercial, seja através de um Código único, seja subdividindo-o em vários Códigos, conforme tem sido preconizado pelos nossos maiores e mais autorizados comercialistas.

Como base de estudos, nada mais seria necessário do que considerar o valioso Esbôço de Código Comercial, que o eminente Professor *Florêncio de Abreu* organizou e que se encontra no Congresso Nacional; os projetos de Código de Falências e de Sociedades Co-

merciais, de autoria do Prof. *Waldemar Ferreira;* e o Código da Navegação, de autoria de *João Vicente Campos,* todos já apresentados ao Congresso Nacional.

Dado que os Parlamentos são pouco indicados para a elaboração de leis de tão grande porte, a revisão dêsses Projetos poderia ser confiada a uma equipe de juristas conhecedores da matéria. E ninguém melhor indicado para essa patriótica tarefa, do que o Prof. *Waldemar Martins Ferreira,* de São Paulo, que mantém, na redação de sua preciosa "Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro", um valoroso núcleo de comercialistas jovens à qual poderia ser atribuído o encargo da revisão, a êles se distribuindo tôda a matéria, sob a orientação daquele antigo Mestre de tantas gerações de juristas.

Outros centros culturais do país, que possuem, hoje, comercialistas de grande valor, como o Rio Grande do Sul, Bahia e Ceará, onde pontificam, respectivamente, *Adroaldo Mesquita da Costa; Gilberto Valente* e *Fran Martins,* poderiam coadjuvar a revisão, a se processar sob os auspicios do Ministério da Justiça, fôrça de nomeação, por decreto, que emprestasse, à Comissão nomeada, caráter oficial e assegurasse continuidade aos seus trabalhos, evitando-se que, a substituição da pessôa do Ministro, extinguisse, *ipso facto,* a Comissão que por simples Portaria se houvesse nomeado.

Pensamos, ainda na nossa Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, reunir a sua Comissão Especial, que estuda a reforma do Código Comercial, de modo a poder dar, ao Congresso Nacional, na oportunidade, a contribuição dos juristas brasileiros, que se congregam naquele Sodalicio, sôbre essa importantissima Lei.

De qualquer modo, pensamos que o movimento iniciado pela Confederação Nacional do Comércio foi oportuno e de utilidade indiscutível. A sua repercussão nos meios jurídicos tem sido a mais favorável.

É de esperar que vingue, desta feita, a iniciativa de revisão da nossa legislação comercial da qual faz parte integrante, o Código de 1850, que se tem acoimado de vetusto mas que, não obstante, não impediu o notável surto econômico e industrial que o País desfruta.

As crises econômicas e financeiras por que temos passado não são resultantes do velho Código. Outras são as suas causas. Bastante conhecidas e bastante profligadas, aliás.

ALGUMAS NOVIDADES JURÍDICAS SÔBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS

PHILOMENO J. DA COSTA

(Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie S. P. Docente Livre de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

REMEMORAÇÃO NECESSÁRIA DA HISTÓRIA JURÍDICA DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS — ATUALIDADE PERMANENTE DO INSTITUTO COM AS SUAS CONSTANTES INOVAÇÕES — DESINTEGRAÇÃO DO VOTO DO CONJUNTO DOS DIREITOS ATRIBUIDOS ÀS AÇÕES — LIMITAÇÃO À CIRCULAÇÃO DAS AÇÕES NOMINATIVAS*

1 — O fenômeno do desenvolvimento do comércio marítimo com a descoberta do caminho das Indias e das novas terras. 2 — A técnica jurídica na sistematização da exploração dos novos domínios. 3 — As uniões de capitais para a realização dos grandes empreendimentos: A "Reederei" e a "Maona". 4 — As companhias coloniais. 5 — As sociedades anônimas modernas; Razões do seu êxito. 6 — Importância desse Instituto Jurídico; Atualidade do seu estudo. 7 — Constante aparecimento de novidades jurídicas nas anônimas. 8 — Criação do voto como direito independênte das ações. 9 — Do aparente desequilibrio entre a liberdade de direção social e proteção ao acionista com a supressão do seu direito de voto. 10 — A Intervenção do Estado nas atividades econômicas privadas como fator desintegrador do direito de voto das ações; o exemplo da França e prognóstico da sua generalização. 11 — Limitação à circulação das ações nominativas. 12 — O "intuitus personae" nas sociedades de capitais. 13 — Razões da limitação à circulação das ações nominativas; direito comparado. 14 — Padrões dessa limitação. 15 — Sistema legislativo brasileiro dessa

---

* Conferência proferida, no dia 29 de setembro de 1958, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, segunda de uma série sob o tema central de "Sociedades Anônimas", promovida pela Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados de São Paulo, com o caráter de extensão universitária e assim sob os auspícios da Magn. Reitoria da Universidade de São Paulo. Ao primitivo texto fizemos alguns acréscimos e várias adaptações.

limitação; requisito da sua regulamentação minuciosa pelos estatutos. 16 — Idem; requisito de não impedimento à negociabilidade das ações. 17 — Idem; requisito da inexistência de arbítrio de órgão social. 18 — Posição da nossa legislação perante os padrões teóricos da vinculação das ações nominativas; exame de caso prático. 19 — Conclusão.

1 — Desde que *Colombo* descobriu a América, em 1492, e depois, principalmente, que *Vasco da Gama* descobriu o caminho das Indias, em 1498, os mercados europeus sofreram um impulso, criaram um estímulo, tiveram um acentuado incremento; as matérias primas exóticas, as especiarias, provindas do Oriente, encontraram canais de transporte menos dispendiosos do que as sofredoras e pacientes caravanas terrestres; as novas terras revelaram a existência de novos gêneros; revelaram sobretudo a existência de metais preciosos, cujos depósitos e a distância os fez maiores e a lenda os tornou mais fáceis de apreensão.

Logo, enfim, os centros de consumo e produção do Velho Continente se incrementaram com as novas riquezas, trazidas das novas regiões que o lusitanismo áureo vinculara à civilização cristã. A princípio a criadora cobiça mercantil aí se exercitava através da aventura; depois, sob o acicate das exigências do consumo, as expedições se amiudaram com o aparecimento da sistematização da exploração; êste foi o processamento, na sua gestação, das atividades mercantís, transoceânicas do século XVI.

Enquanto alguns centenios aristocratizaram Veneza, enquanto ela ainda ostentava atuante seu poderio e riquezas propiciadas pelo maior e melhor comércio dos séculos mais recentes, a era dos grandes descobrimentos criava nova seiva e novos horizontes no tráfico mercantil.

Logo apareceram novos centros de negócios, molhados pelo Atlântico: na Andaluzia, Galicia e Asturias, na Espanha, Portugal viu o brilho efêmero de Lisboa. Na França desenvolveram-se a Bretanha e a Normândia. Na Bélgica e Holanda a Flandres enriqueceu-se. Na Alemanha, do mar do Norte, as cidades da Liga Hanseática tiveram novos meios de desenvolvimento. Na Inglaterra a sua capital entrava para o primado das atividades econômicas. Deslocou-se assim em menos de duzentos anos o epicentro geográfico-comercial da época.

Nesse período o Grande Canal de Veneza iniciava a metamorfose melancólica de simbolizar antes a Wall Street do século XVI e sómente significar depois o mais belo passeio marítimo, num ambiente de civilização, que hoje nos propicia o mais simpático dos

turismos. Ao mesmo tempo Londres fincava as suas estacas daquela que já foi bem mais poderosa, a sua City.

Mas, como asseverávamos, nos primeiros tempos, após os novos descobrimentos, o fenômeno da expansão comercial se realizava por meio das viagens marítimas esporádicas, cheias de enormes riscos; em seguida aumentaram, como é fácil de compreendermos, já que a técnica náutica melhorava e sobretudo os grandes lucros aumentavam o incentivo para a realização dessas viagens.

Nas altas esferas político-administrativas dos reinados de então surgiu o problema da efetivação e incremento da exploração das novas regiões que as coroas adquiriram por feitos pacíficos ou guerreiros dos respectivos marinheiros. Urgia a sistematização da extração das riquezas existentes nas plagas distantes.

2 — A sua organização importava òbviamente em lhe dar um esqueleto de direito; se era o govêrno que se propunha a esquematizar a exploração das riquezas em regiões longínquas, os planos só se concretizariam com o emprêgo de alguma técnica jurídica.

Quando se pretendeu intensificar e perpetuar a apropriação das riquezas nas novas terras, consideraram-se naturalmente os problemas que surgiriam disso.

Muitas pessoas teriam que se mudar. Muitos estabelecimentos teriam que se criar. Surgiriam as questões do suprimento dos novos habitantes. Surgiriam as questões da realização efetiva da exploração. Surgiriam as questões de transporte em ambos os sentidos. O funcionamento real do empreendimento tinha necessàriamente que obedecer a uns tantos princípios, princípios êstes impostos aos componentes conforme as respectivas posições.

Compreendemos, em resumo, que essas novas atividades das coroas reinantes precisavam de ter um arcabouço de regra que, sintèticamente, era a sua constituição jurídica.

Como se compuzeram esses empreendimentos que visavam a obtenção de riquezas de valia nas recentes regiões adquiridas além mar?

Temos o exemplo da primeira divisão do nosso Brasil em capitanias hereditárias; sabemos de sobra que a fatia oriental do meridiano traçado em Tordezilhas, cabendo a Portugal, foi pelo seu rei entregue a dignatários dêle para explorarem a terra do páu Brasil, simbolizando êste a primeira mercadoria que, sob um ponto de vista mercantil, justificasse a enorme tarefa.

3 — Mas para nós importa neste momento salientarmos um outro modo pelo qual os soberanos entenderam de efetivar a explo-

ração dos novos domínios distantes. Em lugar dêles os retalharem, como que criando diferentes províncias, distintas entre si, preferiram outros formar autênticos departamentos governamentais, dotados não só de uma grande soma de poderes como também beneficiados com o recebimento de valiosos elementos materiais inclusive de fôrça militar.

Se quisermos enxergar então o fenômeno da exploração das novas terras sob um ponto de vista da sua técnica, verificamos que uns soberanos preferiram efetivá-la pela via do retalhamento daquelas, como que dando os pedaços a nobres ou fidalgos seus; verificamos que outros reis se enveredaram pelo caminho da criação de organismos poderosos.

Eram êstes que tinham a incumbência real de efetivar a exploração das novas regiões da coroa.

Eram — para empregarmos expressões jurídicas modernas — autarquias administrativas. Êsses organismos constituiam autênticos prolongamentos do poder público beneficiados por uma acentuada autonomia.

E, para definirmos melhor a situação de tais organismos, devemos acrescentar que êles, representando o poder do rei, tinham bases igualmente nos mercadores que se inclinaram ou se inclinariam ao exercício do comércio marítimo. Eram uniões de capitais com o bafejo oficial.

Se nós resolvermos retroceder para o princípio do século XVII o nosso pensamento, procurando esmiuçar o estágio evolutivo das coisas na época, seremos tentados a formular a seguinte indagação: como é que os organizadores dessa forma de exploração dos longínquos territórios a plasmaram? Como juristas, ou melhor, como advogados, perguntaríamos qual o meio que os nossos antepassados usaram para criar êsses organismos? Qual o material jurídico que já existia e que foi aproveitado para a esquematização dessas atividades?

Sabemos, como coisa elementar que é, que as instituições não surgem sùbitamente no seio das coletividades como coisas inesperadas; com elas ocorre um processo lento de formação e desenvolvimento, cujas fases podem ser reveladas pela análise histórica. Ora, repetindo, quais os elementos que lastrearam a formação dêsses organismos destinados à comercialização das riquezas distantes sob a égide da coroa real?

Estudando-se o assunto à luz dos ensinamentos dos jushistoriadores, verificamos que as uniões de capitais na ocasião se faziam pelo processo do ajuntamento de proprietários de salinas e associações de mineração na Alemanha, sociedades no sul da França de moinhos e

notadamente na Holanda de sociedades de armadores, isto é, dos exploradores de navios.[1]

Caracterizam-se essas uniões de capitais pela existência de quotas, via de regra transmissíveis por sucessão e alienáveis, vigorando nessas uniões o princípio fundamental das decisões serem tomadas pela maioria; os participantes escapavam da limitação das respectivas responsabilidades, usando a faculdade de abandonarem as suas quotas aos participantes remanescentes. Essas uniões de capitais eram condomínios.

É certo, no entanto, que existiam igualmente na época associações dos portadores de obrigações das comunas ou dos estados italianos; em razão das necessidades de dinheiro êsses governos em que então se fracionava o que é o norte da Itália contemporânea,[2] lançaram grandes empréstimos públicos, ou seja com a participação de quasi todos os cidadãos; um fundo assim obtido era denominado, tal como outras reuniões de capitais, de "mons", a significar monte; em Gênova, não raro, se chamava de "maona", palavra de origem árabe, traduzindo "assistência extraordinária" ou também "sociedade comercial".

O monte era dividido em partes iguais, chamados "loca" ou "partes", livremente alienáveis e transmissiveis por sucessão. Um característico importante, para a história do direito nessas associações, repousa no fato de que os juros e a amortização dos empréstimos se obtinham com a cobrança de certos impostos que os governos davam de empreitada à massa dos subscritores das "loca" ou das "partes".

Essa massa é que, como vimos, se chamavam de "montes" ou também "societates comperarum". O govêrno procurava não só atrair prestadores de capital com a instituição de juros elevados como também lhes outorgava a administração de certos tributos; outorgava-lhes a administração de tributos, mas, como veremos logo a seguir, inventou ainda que ocasionalmente, outros meios de atração de dinheiro.

Não nos devemos esquecer de que estamos procurando elementos para fundamentar a indagação feita há pouco; estamos querendo saber quais foram os antecedentes jurídicos de que se valeram os organizadores dos empreendimentos com que os reis resolveram efetivar a exploração dos novos domínios das respectivas coroas. E

1. Cf. *Levin Goldschmidt*, "Storia Universale del Diritto Commerciale", trad. ital. de 1913 por Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja, pág. 227.
2. *Goldschmidt*, ob. citada, págs. 228 e 229.

nesta indagação existe algum outro propósito mais remoto a que ainda não fizemos a mínima alusão; não estariamos a analisar essa questão do estágio da técnica jurídica dos empreendimentos com que os soberanos resolveram arriscar a comercialização dos novos territórios, se não tivéssemos o intento de extrair disto elementos para outras considerações.

Vimos que existia a técnica jurídica das uniões de capitais resultantes da aglomeração de certas emprêsas; é de fácil compreensão reconhecermos que o tipo de união que devia mais interessar para êsses empreendimentos dos reis de-além-mar era o de união entre sociedades de armadores ou sociedades de navegação; era esta a "Reederei".

Vimos igualmente que existia a técnica jurídica das associações dos portadores do que chamaríamos hoje de apólices dos governos das comunas ou estados do norte da Itália; os "montes" ou as "societatis comperarum" regulavam a aglutinação de muitas pessoas num empreendimento comum.

Tanto o primeiro tipo das uniões de certas emprêsas, como o segundo da reunião dos mutuantes aos tesouros públicos se caracterizavam pela circunstância importantíssima de cada um poder transferir livremente as respectivas participações no fundo comum.

Dizem uns, então, que foram as "maonas", assim chamadas em Gênova os "montes", que constituiram a base para a disciplina jurídica dessas organizações dos soberanos para a exploração das novas regiões. É o citado *Goldschimidt* um dos jushistoriadores quem o afirma.

Faz alusão à maona genovêsa de *Chio* e de *Phocéa,* constituida em 1346 para explorar respectivamente essa ilha e êsse antigo estabelecimento grego no golfo de Smirna, na atual Turquia asiática; o meio de atração dos investidores de capitais foi o da exploração comercial de locais distantes; essa maona perdurou até a ocupação turca de 1566; esta maona também passou a ser conhecida como dos Justinianos, porque em 1349 foi adquirida pelos membros da rica família genovêsa dêsse sobrenome .

Dizem outros, entretanto, que foi o protótipo da sociedade dos armadores de navios, a "Reederei", que representou os alicerces da sistemática jurídica com que se concretizou o modo de se tentar a extração das riquezas das novas terras. *Rodolfo Fischer* afiança[3] que foi a fusão dessas sociedades de navegação, a denominada

3. "Las Sociedades Anonimas, Su Regime Juridico", trad. Espanhola, 1934, págs. 22-4.

"Reederei" que, enfim constituiu o tipo de emprêsas com que os reis se aventuravam na comercialização dos novos domínios.

Existe um ponto neste particular que deve ser mencionado. *Fischer* diz que foi necessária a combinação do "Reederei" com o instituto da "comenda" para que realmente surgisse êsse tipo de empreendimento explorador de regiões sem ligação com a civilização da época. *Fischer* nega que êsse tipo de emprêsa resultasse do aperfeiçoamento apenas da "commenda".[4]

Antes existiu um simples ajuntamento entre um não-comerciante e um comerciante; depois se criou uma idéia de ajuntamento permanente ou de sociedade. *Fischer* é dos que assim pensam. Portanto, quando êle afirmou que a sistemática jurídica das emprêsas reais exploradoras dos novos domínios foi o resultado da fusão da técnica da "Reederei" com a "commenda", quis significar que a fusão foi com o tipo societário da comandita simples; êle desejou ressaltar que a comandita contribuiu com a idéia da limitação de responsabilidade por sócio; as "maonas", isto é, as sociedades dos titulares de frações do débito público das cidades italianas, aperfeiçoaram a idéia da existência de sócios de responsabilidade limitada; *Fischer* alude a isto expressamente; êle, no entanto, enxerga como sendo a "commenda", um dos componentes jurídicos que ensejou, juntamente com a "Reederei", a criação de uma terceira sistemática, urdida para a formação dos empreendimentos exploradores dos novos territórios.

Os que afirmaram que êstes surgiram do binômio "Reederei" mais "commenda" quiseram ressaltar a seguinte peculiaridade: Na "Reederei" os participantes eram involutivamente condôminos apenas do fundo comum; na "commenda", transformada em comandita com

4. Sabemos que esta representou inicialmente a entrega que alguém fazia de mercadoria ou dinheiro a um mercador para que êste os utilizasse comercialmente numa determinada viagem, repartindo os lucros em caso de êxito. *Ageo Arcangeli*, na sua preciosa monografia "La Società in Accomandita Semplice", (n. 22 págs. 29-30), discordou da maioria dos jushistoriadores que afiançam que a comenda gerou a sociedade em comandita; êle — e parece que sem muitos seguidores — achou que a "commenda" não se vinculou històricamente a êsse tipo de sociedade mercantil; a comandita seria o produto de uma reação contra a responsabilidade sempre solidária e ilimitada entre os componentes das primeiras sociedades comerciais, isto é, das sociedades em nome coletivo; como estas se originaram das comunhões familiares, em que os herdeiros do mercador, fundador do negócio não repartiam os bens, prosseguindo em comunhão de interêsses, por esta circunstância as sociedades em nome coletivo eram igualmente chamadas por "compagnie". Parece, no entanto, que os jushistoriadores em grande número dizem que a "commenda" produziu um tipo de participação comercial em que alguém só arriscava o montante da sua contribuição; depois se evoluiu para a idéia de sociedade pròpriamente dita com êsse reconhecimento de limitação de responsabilidade.

o aperfeiçoamento da "maona", os participantes eram já evolutivamente titulares apenas de papel representativo de uma percentagem do capital; na "Recderei" não se teria ainda uma idéia completa de sociedade como a proprietária dos bens; com a "commenda" e a "maona" tal idéia se firmou.

4 — Pretendemos ter explicado as duas correntes que justificam a formação histórica dessas enormes emprêsas para a época e com as quais os soberanos tentavam explorar os seus novos domínios, invocando o concurso direto dos capitais particulares. Elas se destinavam a prolongar nas regiões distantes o poder da coroa, criando nelas os meios da respectiva exploração. Repetiam o fenômeno das antigas "coloniae maritimae" dos romanos, isto é, elas se propunham a fundar comunidades de cidadãos destacados da metrópole.

Propunham-se a estabelecer, portanto, colonias. Então, conclusivamente, dizemos que uns afiançam que essas emprêsas coloniais surgiram como prolongamento direto da técnica jurídica das "maonas" genovesas; outros afirmam que elas apareceram pelo casamento do condomínio "Reederei" com a "commenda" evoluida ao estágio da 'maona".

Como quer que seja há nesse acontecimento dos aprestos, da armação, da aparelhagem dessas emprêsas coloniais um fenômeno jurídico da mais alta importância e que se liga fundamentalmente, não só aos primórdios do nosso tema, como também de um modo geral se vincula ao assunto central em tôrno do qual giram tôdas as demais conferência do curso promovido pela Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados de São Paulo. É o que vamos ver logo em seguida, dando a nossa opinião crítica sôbre essas duas correntes a que nos referimos.

A primeira dessas emprêsas coloniais a se constituir foi a que resultou da fusão de oito sociedades de navegação na Holanda, em 1602;[5] passou a se chamar "companhia".[5-A] Nela os sócios das primitivas oito sociedades de navegação passaram a se chamar acionistas e os gerentes das mesmas passaram a se chamar diretores. "Compagnien", em holandês, no plural, eram as emprêsas de navegação existentes; a super-emprêsa de 1602 (como as demais que

5. É curioso repetir nesta altura o que anota ligeiramente um dos mais recentes autores inglêses sôbre o comércio transmarítimo da época em seu país. Diz *Gower*, em "The Principles of Modern Company Law", (pág. 23), que os mercadores eram chamados de aventureiros ("Adventures") e que adotaram para as suas respectivas organizações o nome de "Company", ou seja, literàriamente, companhia.

5-A *Fischer*, Ob. cit., pág. 24.

na Holanda se seguiram), para se distinguir das demais, pequenas, também passou a ser chamada de grande companhia.[6]

Na época, tôdas as novas terras se chamavam de Indias como reflexo da primitiva suposição de que a descoberta de Vasco da Gama tivesse sido de territórios que se alargassem também para a esquerda da Europa. Como o navegante português tivesse revelado o caminho para as Indias, as terras no mapa-mundo à direita, isto é, do oriente, recebiam a denominação genérica de Indias Orientais. Como o empreendimento holandês de 1602 objetivasse a exploração das terras do respectivo soberano do lado do oriente, a emprêsa recebeu o nome de "Companhia das Indias Orientais".

Essa emprêsa pioneira passou a ter outras seguidoras notadamente nas três grandes potências navais do tempo: Holanda, França e Inglaterra, veiculando a furiosa luta econômica travada em tôrno das colonias e do comércio mundial. Não podemos omitir a Companhia das Indias Ocidentais, fundada igualmente na Holanda em 1621 e que a ferro e fogo garantiu durante quasi trinta anos o domínio holandês no nordeste do Brasil, deixando rastros pela sabedoria reconhecida de *Mauricio de Nassau.*[7]

Amiudaram-se as companhias. Coloniais a princípio, passaram outras a explorar gêneros especiais de comércio, a explorar seguros, a explorar bancos. Recebiam privilégios do rei, e só se constituiam com autorização especial do soberano, por meio de uma carta real ou com um édito. Generalizaram-se cada vez mais e evoluiram para a dispensa governamental como regra geral.

5 — Ora, foram essas companhias que constituiram històricamente as primitivas sociedades anônimas[8] das muitas, das muitíssimas

---

6. *Fischer,* idem, pág. 23, nota 4.

7. Disse *Joannes de Laet,* na dedicatória da sua "História ou Anais dos Feitos da Companhia Privilegiada das Indias Ocidentais" (Trad. José Hygino e Pedro Souto Maior): "Desde que foi fundada e começou a funcionar a Companhia Privilegiada das Indias Ocidentais, começou-se a notar quanto tem diminuido os cabedais e as vendas daquele rei (o de Espanha considerando-se que, inicialmente, Portugal, desde 1580, estava sob a coroa dos Felipes e a restauração só ocorreu em 1640) e quanto tem decrescido o seu antigo poder" (*in* "Anais da Biblioteca Nacional", vol. XXX (1908) pág. 3).

8. "Da conjunção dêstes fatores surgem a necessidade e a idéia da sociedade anônima para a exploração do comércio colonial. Só ela permite ajuntar os capitais em excesso dos particulares, suprir a carência de poder monetário do estado., realizar o negócio, obter os grandes lucros. Os govêrnos apoiam a nova forma de sociedade, que permite praticar, em relação a outros países, atos de rapina, inimizade e conquista, engeitando responsabilidades. Acrescente-se que há na Europa todo um clima de curiosidade, espanto, novidade, cobiça e ilusão acêrca das terras longínquas descobertas: lendas do bom selva-

que hoje em dia existem por tôda a parte e que representam um dos mais importantes institutos jurídicos da atualidade, no qual não se sabe o que mais admirar, se a sua crescente complexidade ou se a sua maleabilidade cada vez maior. Antigamente se reservava o emprêgo da expressão — sociedade anônima — para as sociedades que correspondem às atuais sociedades em conta de participação[9]; eram anônimas porque eram escondidas.

Temos ainda na nossa legislação o texto do art. 325 do velho Código do Comércio, onde se declara que, "quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reunem, sem firma social, etc., trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea *ou anônima*, etc".

Como um dos característicos das companhias era a proibição de firma ou razão social, isto equivalia também a se afirmar que elas não tinham nome... comercial tal como isto se compreendia na época. Quem dizia que uma sociedade não podia ter firma ou razão, dizia igualmente que não tinha nome e que, portanto, era anônima

Daí a compreensão da sinonímia que há entre companhia e sociedade anônima ou, vendo-se o mesmo fenômeno por um prisma diferente, daí as antigas companhias serem atualmente conhecidas em direito como sociedades anônimas.

É então agora, depois das explicações introdutivas que acabamos de dar, que podemos compreender as seguintes expressões usadas por *Tulio Ascarelli*[10] ao cuidar da "Natura e Posizione del Diritto Commerciale": "Os precedentes do condomínio naval do tipo germânico e das associações dos portadores de obrigações das cidades italianas do renascimento, foram utilizados para a disciplina das companhias coloniais e depois das sociedades anônimas". E o êxito delas repousa na sua técnica acentuada de recolher os investimentos pequenos combinado com a faculdade da respectiva transferência imediata. O segredo do êxito das anônimas concentra-se em que constituem o melhor vínculo para a realização dos grandes empreendimentos, cuja existência supera a da vida humana; o seu

---

gem, dos paraisos terreais, das riquezas fabulosas, dos vales de ouro ou de pedras preciosas... Assim nascem as companhias coloniais". (*Gustavo de Freitas* "A Companhia Geral do Comércio do Brasil", (1649-1720), São Paulo, 1951, pág. 23).

9. A título de exemplo, consultem-se *Lyon Caen* e Renault, "Traité de Droit Commercial", tomo segundo, 5.ª edição, primeira parte, n.º 666 pág. 795 ou *Henri Lévy-Bruhl* "Hist. Juridique des Societés de Commerce en France aux XVII et XVIII siècles", 1938, págs. 40-2.

10. "Saggi Giuridici", págs. 133-4.

êxito se baseia em poupar o patrimônio particular de cada um dos participantes, limitando-lhes a responsabilidade ao total apenas dos respectivos investimentos; o seu êxito repousa na quasi instantânea transferência que se queira fazer a outrem das participações, ou ações, que se tenham nessas sociedades.[11]

6 — O mundo econômico desenvolveu-se extraordinàriamente com a industrialização dos grandes inventos a partir da segunda metade do século passado; acumulam-se grandes riquezas que voltam à circulação em novos empreendimentos; a ambição pioneira do homem-de-emprêsa não tem limites felizmente; ambiciona o ganho e, paralelamente poder financeiro, pelo menos; as emprêsas crescem vertical e horizontalmente; cada um estima ganhar o mais que puder e perder só aquilo que não puder evitar. O mecanismo jurídico que alimenta êsses empuxões e êsses empurrões econômicos é a sociedade anônima.

Compreendemos então e singelamente como êste instituto tenha e tem uma importância excepcional. É alavanca das grandes ambições. É guarida das enormes, médias, pequenas e até mesmo pequeninas responsabilidades. Cada grupo de interêsses pretende respectivamente vislumbrar, enxergar, exercer um paliativo, um amparo ou um aríete com a anônima.

É esta um transatlântico jurídico em que se esbate tôda a sorte de ondas e vagalhões. Diríamos figuradamente que nas anônimas a ciência da construção naval dêsse imaginado transatlântico se mantém atenciosamente em dia; não se cuida apenas do azeitamento das grandes peças das máquinas e sim necessàriamente também se vigia o comportamento até dos pequenos arrebites. Isto é literatura de pouca valia mas é outrossim um espelho da realidade jurídica. Daí ter dito o mesmo mestre *Tulio Ascarelli* há mais de dezessete anos em conferência sob o título "Usos e Abusos das Sociedades Anônimas",[12] precisamente nesta mesma Federação das Indústrias do Estado de São Paulo que, "se há instituição jurídica, na qual a praxe contratual e da jurisprudência revela a sua importância, é sem dúvida a sociedade anônima".

---

11. Ainda há pouco o prof. *Gottfried Weiss* lembrou isto em início de artigo publicado sob o título "Significato Economico Della Società per Azione", no volume com que encerrou o ciclo brilhante, embora breve, da "Nuova Rivista di Diritto Comerciale", já que desaparecera o seu animador, o infatigável *Lorenzo Mossa;* êsse trabalho do prof. *Weiss* está no volume correspondente a 1957, págs. 78 e segs.

12. "Revista Forense", vol. 88, pág. 23.

Isto quer significar que todo o dia, a tôda a hora, na elaboração ou modificação das anônimas se estão tentando pelo menos criar novas regras a ampararem situações novas; isto quer dizer que os pronunciamentos dos tribunais estão sempre filtrando os preceitos antigos e colaborando na estratificação de novos princípios.

Tratando-se de um instituto jurídico de importante e intensíssima utilização, tem necessàriamente que estar sendo trabalhado pelos interêsses em entrechoque. Imaginando-nos no campo da sociologia jurídica, seriamos tentados a considerar que a ação constante de alisamento e de fricção dos interêsses em torno do instituto da sociedade anônima ou por ações se processa pela exigência de conciliar o contraste entre a necessidade de liberdade de movimentos dos diretores e a tutela dos acionistas. Expliquemo-nos.

Há interêsses em tôrno do instituto das sociedades anônimas que se manifestam pelo apôio do mesmo; denominamos isto de ação de alisamento.

Um diretor-presidente tem, por exemplo, a tendência para menosprezar minoria; não quer novidades insurrecionais ao seu mando. Há interêsses em tôrno do instituto das sociedades anônimas que se manifestam pelo combate ao mesmo; denominamos isto de ação de fricção. Um membro do conselho fiscal, representante da minoria, procura indicar sózinho um contabilista com quem comprove irregularidades administrativas; se o tribunal lhe nega tal faculdade por uma interpretação ascética do texto legal, nada feito, mas se entende contràriamente, temos um passo avante no instituto. São os múltiplos casos em tôrno de um instituto jurídico que provoca o seu polimento e a sua atualização.

Nas anônimas de caráter tradicional o divisor comum vem a ser a necessidade de liberdade de movimentos da direção, contrastando pela necessidade de proteção os acionistas. A direção dos negócios têm natureza pouco sentimental; é objetiva, como eufemicamente se costuma enunciar. Se todos os sócios, se todos os acionistas opinassem, nada se faria em verdade. O descontentamento seria imanente.

Por outro lado não se deve perder de vista que as sociedades anônimas não são compostas só dos seus diretores; são compostas dos investidores de capitais com a ambição, ou melhor, o direito aos lucros. De um lado existe a necessidade de liberdade de movimento da direção.

De outro lado existe a necessidade de proteção dos acionistas. Ambas as necessidades juntas geram contrastes. São as anônimas uma arena em potencial, onde se procura resolver tudo do melhor modo quanto possível. É nesse trabalho, em que os interêsses

favoráveis de uns e os interêsses contrários de outros apuram ou inovam o instituto, que reside a sua constante atualização.

Vimos usando uma linguagem mais ou menos figurativa que não estaria ao primeiro alcance da compreensão de todos. Dizemos, então, sintèticamente, que, sendo o emprêgo das sociedades por ações muitíssimo vulgar, as constantes novas formas de interêsses novos geram novos problemas e novas soluções. O direito é obrigado a informar, é obrigado a trabalhar essas soluções novas.

7 — Ora, quando dizemos que surgem sempre novos problemas com o instituto das sociedades por ações, queremos justificar que existem a tôda a hora novidades jurídicas nas anônimas. A palavra — novidade — tem porém um sentido técnico, algo diverso do profano ou vulgar.

Constituem novidades jurídicas aquelas que possam representar situações antigas em outros países e não adotadas aqui. Representam novidades jurídicas preceitos de lei pátria que têm permanecido sem uma maior aplicação prática.

Até mesmo em situações velhas podem aparecer variantes novas. Damos alguns exemplos do que poderiamos denominar de novidades jurídicas sôbre as anônimas.

Há o completo descrédito do sistema de fiscalização dessas sociedades; no Brasil os conselheiros fiscais são decididamente "fósforos" ou "figuras de palha"; o instituto da fiscalização deve ser refeito em moldes eficientes. Existe o abuso do emprêgo das sociedades anônimas o que delineia um movimento contrário na jurisprudência e na doutrina de alguns países como a França e a Itália.[13]

As assembléias gerais devem continuar com o poder soberano de demitir diretor social indiscriminadamente? Qual a posição dos diretores técnicos perante êsse poder assembleário incontrastável? São lícitos os chamados sindicatos de acionistas, ou sejam agrupamentos dêles para combinarem, atitudes nas assembléias sociais? Podem duas ou mais sociedades anônimas subscreverem entre si os respectivos capitais?

---

13. Disse *Ascarelli*: "A tendência a superar o anteparo da personalidade jurídica é assás viva na jurisprudência ("Personalitá Giuridica e Problemi delle Società", na "Revista delle Società", ano 1957, pág. 998 n.º 5). Êste problema, diz o mestre logo em seguida, é considerado em cinco circunstâncias, nas quais a personalidade jurídica se enfraquece ou se anula: 1) — Nos casos de legislação de guerra e, em geral, nos de proibições impostas aos estrangeiros ou a certos dêles de exercitarem determinadas atividades ou submissão do exercício delas a medidas especiais; 2) — Nos casos de legislação tributária; 3) — Nos casos de preceituações antimonopolistas; 4) — Nos casos de agrupamento de sociedades; e 5) — Nos casos de sociedades com um único sócio.

O número de questões é pràticamente infinito. Resolvemos abordar nesta palestra duas delas. Uma é teórica, isto é, objetiva prever uma situação que ainda não se concretizou no Brasil e diz mais respeito com a intervenção do Estado em certas atividades econômicas. A outra questão é prática, existe na nossa legislação e não a temos visto adotada entre nós. A primeira questão é a dissociação impositiva do direito de voto das ações. A segunda é a da limitação da circulação imposta pelos estatutos às ações nominativas.

8 — E, passando, então, a analisar a primeira proposição, fazemos a seguinte indagação: o que vem a ser a dissociação impositiva do direito de voto das ações?

É, na sua singeleza, a emissão de ações nas sociedades anônimas em que êsse direito de voto é fixado num papel distinto do outro papel representativo da ação, descarnada esta do voto. Podemos invocar um exemplo, algo imperfeito, que faça compreender melhor esta novidade jurídica no campo das anônimas. É o jôgo dos títulos de crédito emitidos pelas emprêsas de armazens gerais.

Sabemos que quem nêles deposita mercadorias, pode negociar com estas imobilizadas no depósito. Sabemos que o depositante de mercadorias em armazens gerais pode aliená-las por meio da transferência ou com o endôsso dos respectivos documentos a quem as recebe. As mercadorias continuam imóveis e cambiam, no entanto, de dono. Êste pode, em lugar de aliená-las, dá-las em penhor. Continua proprietário, mas se cria um direito real de garantia sôbre as mercadorias.

Quando o dono resolve dá-las em penhor, sabemos, que êle só endossa um dos dois papéis que a emprêsa de armazens gerais lhe dá no ato do depósito. O proprietário continua de posse de um dos papeis, que é o conhecimento de depósito, e o credor pignoratício passa a ficar com o outro, que é o warrant. Nenhum dêles consegue retirar as mercadorias dos armazens. É indispensável a reunião de ambos para que a propriedade plena se configure.

Quem detem legìtimamente o conhecimento de depósito é considerado em princípio o proprietário. Quem detem legìtimamente o warrant é considerado o credor com direito real de penhor sôbre as mercadorias. Fraciona-se enfim a integridade de um direito em mais de um papel.

Os atributos plenos do domínio só se configuram pela reunião dos diferentes papéis que o representam. É o que ocorre com esta nova forma de ações nas sociedades anônimas. O que se passa é em linhas gerais o seguinte: faculta-se às sociedades por ações a emissão das mesmas, idênticas em tudo a quaisquer outras normais;

apenas estas ações, ou melhor, os papéis que as representam, ou os registos de acionistas que qualificam os seus titulares, estão orgânicamente privados do exercício do voto.

São emitidas ações, pela forma que se deseje combinar, em que elas nascem, vivem e se extinguem sem terem o direito de voto. Êste — o voto — está encarnado, está consubstanciado num outro papel.

Não temos, sabidamente, no Brasil ações de tal natureza. Ela é uma novidade jurídica. É, todavia, uma novidade jurídica em têrmos. Depende da posição em que nos coloquemos. No Brasil não existe. Surgiu ùltimamente na França por fôrça de uma sua lei de 26 de junho de 1957, publicada sòmente a 10 de setembro seguinte.

No entanto isto que chamaríamos de novidade absoluta entre nós e que denominaríamos de novidade recente na França, é matéria bem velha no direito anglo-americano .

Na Inglaterra se podem emitir ações sem direito de voto ("no voting shares") e se podem emitir títulos em favor de terceiros que não tenham a qualidade de acionistas e fiquem armados do direito de voto nas assembléias gerais; êsses títulos são os "voting certificates".

É de fácil intuição que essa sistemática de dissociação do voto da ação é uma forma especial de separação entre a direção dos negócios e a proteção do acionista.

Dissemos, e agora repetimos, que o instituto das sociedades anônimas é uma forma inteligente de se congregar capitais sob uma unidade diretiva: as sociedades por ações enfeixam de um lado a liberdade necessária, em princípio, de movimento da direção das atividades sociais com a necessidade de proteção os investidores de capitais, ou sejam os acionistas de outro lado.

As anônimas tradicionais, estamos encarando êsse tipo de sociedade que realmente apelam para a contribuição do público; não ignoramos que entre nós prevalecem ainda as chamadas anônimas "fechadas" ou também apelidadas de "familiares".

Um dos objetivos remotos desta nossa despretenciosa palestra é o de agitar os meios interessados para o conhecimento de certos assuntos jurídicos a propósito dêste tipo de sociedade; com o conhecimento que os nossos homens-de-emprêsa possam ter dêstes assuntos agitados, talvez êles se capacitem de que há meios jurídicos com os quais consigam manter-se na direção dos negócios; com isto êles se mostrarão mais animados a provocarem a contribuição dos pequenos investidores em grandes emprêsas em que todos tenham possibilidade de ganhar satisfatòriamente; com isto evoluiríamos para um estágio superior da nossa economia com incomensuráveis

vantagens para a coletividade) as anônimas puras enfim, como diziamos, ou sejam aquelas em que realmente há um número grande de participantes, essas sociedades por ações constituem a técnica jurídica com que se obtem a consagração de muitos-poucos numa unidade diretiva.

O problema principal da sociedade constitui em manter a amálgama de todos os detentores de parcelas do capital com a liberdade de direção dos negócios, garantindo-se simultâneamente, os direitos dêsses participantes sociais ou sejam os acionistas.

A filosofia do legislador centraliza-se, conseguintemente, em ter sempre presente ao seu espírito que, ao par da liberdade de movimento da direção social, êle deve considerar que existe igualmente a necessidade de proteger os subscritores de capital, isto é, os acionistas.

É muito bonito a gente enunciar princípios. Mas é muito mais sábio reconhecer que os princípios atuam em função do comportamento dos interessados. O academicismo a que se entregasse o legislador por amor entranhado a sistemáticas de louvável valor moral, ficaria vazio se a realidade da vida atuante se encaminhar em outras direções.

Ora, sempre se entendeu no direito continental europeu que o voto seria um dos direitos de que o acionista deveria estar armado. Seria uma forma de se prestigiar a proteção dos detentores de capital como um contrapêso à indispensabilidade de liberdade dos passos da direção social. Vendo-se êste assunto à luz de uma sistemática, encontrariamos a tendência legislativa para só admitir a retirada do direito de voto das ações quando estas se classifiquem como privilegiadas. Admitia-se a supressão de tal direito de voto como uma espécie de compensação pelos privilégios atribuidos à ação.[14]

9 — Então, se, como dissemos não faz muito, essa subtração do direito de voto das ações é um modo de se afastar a direção dos negócios sociais da obrigação de proteção dos acionistas, como podemos conciliar o princípio da necessidade de tal proteção com o seu próprio rompimento?

Insistamos no assunto com o emprêgo de outras palavras: as anônimas que são realmente anônimas, isto é, que têm um grande número de participantes, constituem o instrumento da técnica jurídica que consegue juntar muitos interessados sob uma direção negocial comum; as anônimas acolhem duas tendências opostas: uma é a da ci-

14. Poderíamos mencionar, como um exemplo os §§ 12 e 114 da "Aktiengesetz" de 1957, explicada pelos Drs. *Roger Duroudier* e *Robert Kühlewein* na sua "La Loi Allemande sur les Sociétés par Actions", págs. 16 e 124.

tada necessidade de liberdade de movimentos da diretoria; outra é a da necessidade de se manter a proteção de todos os interessados, dos acionistas enfim. Um dos modos, que se têm entendido, que consagra esta proteção dos acionistas, é dar voto às ações.

Logo se se passa a admitir ação orgânicamente sem voto, elimina-se uma proteção ao acionista.

Poderíamos concluir daí, à primeira vista, que o maravilhoso instrumento de reunião de capitais para as grandes emprêsas, seriamos tentados a dizer que o instituto das sociedades por ações penderia para um desequilíbrio: por amor a uma liberdade maior de movimentos da direção dos negócios, estar-se-iam desamparando os interêsses dos acionistas.

Trata-se de uma verdade apenas aparente.

O direito de voto, como uma das faculdades impostergáveis do acionista, começa a ter cunho mitológico; é coisa mais ou menos antiquada.[15]

Hoje em dia, dizemos nós, tornar-se alguém acionista é mais fazer uma inversão de capital do que pensar em ser sócio de algum grande negócio. Ninguém, normalmente, se interessa em tomar parte nas respectivas assembléias gerais.

O absenteísmo, é o fenômeno normal, comum ou geral no seio de tais sociedades.

É natural, depois disto, que compreendamos que a realidade econômica acabe por se assenhorear da realidade jurídica. E, por mais curioso que pareça à primeira vista, é exatamente êsse absenteismo ordinário da maioria dos acionistas que determina na Inglaterra o descaso pelo uso das ações ao portador.

Lá existe o hábito dos pequenos investidores entregarem as suas ações a organismos especializados que, forçando a tradução, diriamos que são as nossas incipientes sociedades de investimentos, isto é, são os "investment trusts"; então os titulares das ações as mantêm sob nome fiduciário da emprêsa especializada na administração das suas ações.[16]

---

15. Disse, numa síntese digna de reprodução, *Jean du Garreau de la Mèchenie* na sua monografia sôbre "Les Droits Propres de L'Actionnaire", (1937, n.º 273, pág. 261): "Nós não podemos crêr outrossim que o direito de voto possa ser apresentado como um dos direitos próprios essenciais do acionista. Êste direito é uma sobrevivência do tempo em que o acionista se interessava realmente pela direção da emprêsa, em que êle tinha seus interêsses, permitindo-lhe fazer sentir de um modo efetivo a sua influência pessoal".

16. *Fausto Artigó* "La Società per Azioni nel Diritto Inglese", 1939, n.º 34, nota 7, págs. 144-5.

Voltando ao fio da nossa narrativa, relembramos então que a retirada orgânica e fundamental do direito de voto das ações, independentemente da peculiaridade delas serem privilegiadas, não quer mais dizer que o legislador tenha acabado por adotar um desequilíbrio no seio da sistemática de contrapesos e balanços da sociedade anônima. Se há o descaso do pequeno acionista pela direção da emprêsa, a supressão do voto consagraria afinal de direito uma realidade de fato.

10 — Cabe então uma outra indagação nesta altura: admitiu-se na França que seja possivel a supressão pura e simples do direito de voto das ações pelo fato do absenteísmo acionário generalizado? Lá isto se admite porque se desejou reconhecer expressamente que o direito de voto não é mais um daqueles direitos substanciais ou fundamentais do acionista?

A resposta é negativa.

O fenômeno que quebrou o tabu da intocabilidade no direito de voto nas ações, segundo a sistemática do direito continental europeu, foi o da intervenção do Estado no domínio econômico.

A política francêsa de extração e distribuição de petróleo procura manter a direção nacionalista, casada ou geminada com a contribuição do capital particular.

A engenhosa solução consistiu nessa citada lei de 26 de junho de 1957 (art. 1.º § 3.º); ela outorgou ao govêrno o poder de fixar por decreto, tomado pelos ministros em conselho, após o parecer do Conselho do Estado, as condições, isto é de fixar nas condições nas quais o Estado, bem como as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, especialmente autorizadas por decreto, ficarão habilitadas a emitir ou a fazer emitir certificados negociáveis representativos dos direitos ligados à ações das sociedades de pesquizas, de exploração e de transformação de hidro carburantes que lhe pertençam, "com excepção do direito de voto nas assembléias gerais".

Isto quer dizer que, no campo petrolífero, se passou a admitir na França um primeiro certificado que conferirá ao legítimo titular o poder de exercer as prerrogativas pecuniárias das ações, tais como o recebimento de dividendos, o reembôlso de capital nas hipóteses normais de direito etc.; haverá um segundo certificado que conferirá ao legítimo portador as prerrogativas da direção da emprêsa, ou, mais especìficamente, o direito de voto nas assembléias gerais.

O Dr. *Jean Rault* dedicou um substancioso artigo ao assunto[17] sob o nome de "Les Certificats Pétroliers". Inspirâmo-nos nesse tra-

17. Na "Revue Trimestrielle de Droit Commercial", (1957-843 e segs.).

balho para ventilar a primeira das duas novidades jurídicas no campo das sociedades anônimas.

Como funciona o mecanismo idealizado na França?

O seu govêrno incentiva a independência econômica da nação no terreno importantíssimo do petróleo. Entre os extremos de uma política liberal, entregue à iniciativa particular, e o de uma política estatal exclusivista, ficou num curioso meio-têrmo.

A direção das emprêsas é substancialmente do Estado. A vida econômica das mesmas pode ser partilhada pelos particulares. Para tanto, os títulos representativos do direito de voto ficam sempre nas mãos governamentais.

As ações, esvaziadas do direito de direção, privadas do direito de voto, podem ser vendidas aos particulares, conseguindo-se destarte a colaboração do capital privado, caloboração esta provocada pela adoção de outras medidas de favor, tais como isenção tributárias e perspectivas de polpudos rendimentos, além das fortes contribuições orçamentárias do erário público.

Em resumo prevê-se que as emprêsas ligadas ao petróleo se constituam sob a forma de sociedades anônimas; a intervenção governamental far-se-á pela retenção pelo estado dos certificados de direito de voto. As ações serão oferecidas ao público em geral como simples veículos para investimentos tentadores de capitais, mais nada.[18]

No campo da técnica jurídica podemos encarar desde agora um meio de conúbio entre a direção governamental e o investimento de capitais particulares em determinados setores que se venham a entender de relevante importância para a nação. É a repetição curiosa do fenômeno histórico que gerou as companhias coloniais, transformadas com os tempos em sociedades anônimas.

Agora só as sociedades de economia mista terão a faculdade de dissociar das ações o seu direito de voto e assim mesmo algumas delas. Amanhã tais sociedades que sofrem a intervenção governamental, generalizar-se-ão.

E não necessitamos de ser cassandra para vaticinarmos que depois-de-amanhã "também" as anônimas inteiramente particulares poderão retirar das ações, em documento separado e independente, o direito de voto, admitindo-se nos países de tradição jurídica romana os referidos "voting certificates".

No século XVII só as companhias coloniais podiam estabelecer-se com autorização "ad hoc" ou especial do rei, depois surgiram

---

18. Tais ações foram batizadas com o nome de "certificats negotiables", como se pode ver no artigo de *André Toulemon* sôbre "L'Avenir des Sociétés Anonymes", na mesma "Revue Trim. de Droit Comín.", 1957-918.

outras companhias e finalmente generalizaram-se com a dispensa da prévia licença governamental. O fenômeno dos denominados certificados petrolíferos, adotados sob estreita medida na França, acabará por tornar a repetir a evolução das primitivas companhias coloniais[19]

Cabe uma indagação conclusiva: por que nós ventilamos essa novidade jurídica sôbre as anônimas ?

Ventilâmo-la com o ambicioso propósito de que alguém que nos ouve, ou que de futuro nos venha a ler, medite sôbre essa denominada novidade e procure pô-la em prática, consagrando essa forma engenhosa de dissociação da direção social dos interêsses dos acionistas.

Embora a razão da sua consagração tenha sido a descoberta de um modo curioso de intervenção governamental em certas anônimas, êsse modo curioso logo se generalizará. Ousamos concretizar desde já uma proposta: formemos sociedades por ações entre nós em que estas estejam representadas por dois documentos simultâneos na hora da emissão; quando se tratar de ações que não têm direito de voto por serem preferenciais, nada há que, em princípio, se regular.

Quando, porém, se cuidar de ações às quais não se deseje, num primeiro momento, retirar o direito de voto, criemos a sua emissão por meio de dois títulos serrilhados entre si; um dêles atribui tôdas as vantagens econômicas das frações alíquotas do capital social; o outro atribui apenas os poderes de direção na sociedade; a lei da oferta e da procura em cada caso saberá dividir os valores de cada um dos dois títulos alienados separadamente.

A sugestão é menos atrevida do que parece à primeira vista. Mantêmo-la com a desmesurada ambição de pelo menos vê-la combatida, se não tiver seguidores.

11 — Dissemos que nesta nossa magra tertúlia vamos cuidar tão sòmente de duas denominadas novidades jurídicas e as enunciamos desde logo. Já vimos a questão da criação independente do direito de voto nas ações. Vejamos, agora, a limitação da circulabilidade das

---

19. Pelo que escrevemos, verifica-se logo que achamos que os "Certificats Negotiables", são precursores da futura consagração nos países de legislação denominada de continental ou base romana, das ações comuns sem direito de voto. O Dr. *Berardino Libonati* ("Certificati Petroliferi na Banca e Tit. di Credito", 1958, I, 259) preferiu entender que se está dando vida a institutos novos (pág. 262), concluindo por não se saber quais as consequências dêsse novo. *Sileno Fabri*, por seu turno, achou ("I Certificati Petrolieri, na Riv. Soc.",1958-624) que êsses novos papéis são verdadeiros títulos de crédito, contrariando — e a nosso ver com razão — as conclusões opostas de *Rault* no seu citado trabalho. Já se vê pelos comentários havidos que a novidade jurídica está destinada a ter repercussão intensa na doutrina.

ações nominativas. Está expressamente prevista no nosso Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.

Dispõe, com efeito, o § 2.º do art. 27 dessa lei reguladora das sociedades por ações — "Os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regulem minuciosamente tais limitações e não impeçam a sua negociabilidade, nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas".

Como se deve entender esta materia?

Uma das peculiaridades históricas da "Reederei" dos armadores holandêses ou da "maona" dos genovêses em particular ou da "mons" dos mutuantes particulares aos governos das cidades ou comunas em geral do norte italiano, uma das suas características consistia exatamente na faculdade de transferência pronta das participações sociais; êste princípio gerou o direito de alienação das ações nas primeiras companhias e nas sociedades anônimas em geral, posteriormente. Êle teve a sua mais intensa consagração no momento em que as ações passaram a ser ao portador.

Costuma-se dizer, entre outras coisas, que nas sociedades anônimas se têm sòmente em conta o seu capital; tanto faria que o dinheiro provenha de *Caio* como de *Ticio* ou de *Sempronio*.. Resume-se a filosofia de semelhante pensamento dizendo-se que aquilo que importa nas anônimas é a quantidade de capital.

Êste é que responde pelas obrigações sociais. Não são os bens dos acionistas que se devem considerar, contràriamente ao que ocorre com as sociedades em nome coletivo, em que tomam em apreço as virtudes dos seus sócios ilimitadamente responsáveis pelos encargos sociais. Desta ordem de considerações nasce uma das várias divisões em que se podem alinhar as sociedades.

Aquelas, em que se considera a idoneidade econômica dos sócios — o protótipo é sabidamente em nome coletivo — e são classificadas como sociedades pessoais ou "intuitus personae".[20]

---

20. O "intuitus personae", visto abstratamente, quer dizer a consideração que se teve em conta para contratar com uma pessoa; é a causa que, em relação à mesma, determinou o concenso da vontade; "geralmente, pois, haverá laço a pessoa" (*Francis Valleur*, "L'Intuitus Personae dans les Contrats", 1938, n.º 2, pág. 13). O "intuitus personae", visto já no campo restrito das sociedades, "é a consideração pela pessoa do co-contratante, de sua identidade, de suas qualidades de modo muito geral, quando se associa para formar uma sociedade. É, pois, um fator de ordem psicológica, um elemento intencional capital, que determina o indivíduo a contratar" (*Guillaume Camerlynck* "Del'Intuitus Personae dans la Société Anonyme", (tese de doutorado), 1929, págs. 7-8).

Resultaria, então, que nós estaríamos encarando mal a explicação dos que sejam, na verdade, o "intuitus personae" e o "intuitus pecuniae" nas sociedades;

Aquelas, em que se considera tão sòmente o vulto dos bens vinculados ao empreendimento — e o protótipo é sabidamente a anônima — são classificadas como sociedades de capitais ou "intuitus pecuniae".

12 — Mas, essa afirmativa de que as sociedades de interêsses só valem pelo vulto dos respectivos capitais é procedente em parte, ou melhor, o princípio prevalece no campo restrito das responsabilidades sociais.

No terreno dos negócios, na superfície do fator importantíssimo da honestidade, é bem de vermos que o fator-homem, o elemento direção humana têm uma grande valia. Normalmente se prefere transacionar com uma anônima, que não tenha um capital muito elevado, dirigida por empresário capaz e probo, do que se prefere negociar com outra de um capital enorme, dirigida por empresário incapaz e inidêneo.

Podemos, destarte, repetir que nas sociedades "intuitus pecuniae" há fator "intuitus personae"[21]

As sociedades comerciais são criações elaboradas pela técnica jurídica a fim de que os homens explorem melhor as riquezas; essa técnica a faz capaz de direitos e obrigações, o que quer dizer, jurìdicamente, que elas são sujeitos de direito; são, enfim, pessoas que, para se distinguirem dos entes humanos, se classificam, sabidamente, como pessoas jurídicas.

Nelas existe um propósito econônimo. São de várias espécies. Estas podem agrupar-se em dois tipos. Num dêles as pessoas que compõem a sociedade se vinculam à mesma totalmente, isto é, são solidàriamente responsáveis com os seus próprios patrimônios pela

---

êste nosso êrro constituiria em colocar a questão em têrmos algo diverso dos reais. Se o "intuitus personae" é a consideração pessoal recíproca entre os interessados na hora de constituirem uma sociedade, isto é coisa um pouco diferente do grau de responsabilidade que êles tenham pelas obrigações sociais.

Na verdade, o que, porém, interessa aos terceiros em perspectiva de vinculações com as sociedades consiste no conhecimento dessa posição dos seus sócios. Daí o "intuitus personae" importar, sobretudo, na existência de responsabilidade ilimitada de sócio. Disse com propriedade o mesmo *Camerlynck*: "A verdadeira "summa divisio" das sociedades não é baseada na intenção das partes de se unirem ou não em consideração da pessoa por liames mais ou menos estreitos, noção fugaz e que comporta variações ao infinito; ela repousa no fato que os sócios oferecem aos terceiros como garantia, sua responsabilidade pessoal ou um simples capital social; em outros têrmos, que a ficção da personalidade jurídica mascara completamente ou não a pessoa dos sócios" ("Trab. Cit.", pág. 76).

21. Conf. *Waldemar Ferreira* "Tratado de Sociedades Mercantis", 1958, pág. 1.134, vol. IV, n.º 73).

solução das obrigações sociais; entende-se que pertencem também a êsse grupo de sociedades aquelas em que não todos, em que apenas poucos ou mesmo só um dos sócios seja ilimitadamente responsável. São as sociedades de pessoas, como se afirma em doutrina.

Há o outro tipo de sociedades.[22] As pessoas que as compõem não se vinculam às mesmas totalmente, isto é, não são solidàriamente responsáveis com os seus próprios patrimônios pela solução das obrigações sociais; respondem apenas pelas respectivas participações no capital social. São as sociedades de capitais.

Em consequência dessa graduação no teor da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade — peculiaridade esta que nasceu da existência precisamente de grandes cometimentos, pois que ninguém se abalançaria normalmente a levá-las a cabo sòzinho — surgiram os referidos dois tipos extremos denominados de sociedades de pessoas e de sociedades de capitais.

É destas últimas que queremos falar, já que significa falarmos em continuação, das sociedades anônimas. No entanto, quando dizemos que estas são concentrações "apenas" de capitais, não podemos ignorar que são igualmente criações de objetivo econômico, feitas pelo homem e que só marcham segundo os impulsos que alguns dos seus respectivos componentes, os diretores, lhes dão. Queremos nos referir ao fator pessoal mesmo no seio das que se convencionam chamar de sociedades de capitais.

Já dissemos que isto é o fator "intuitus personae" nas sociedades "intuitus pecuniae".

13 — Êste fator costuma ser referido como representativo dessa circunstância da limitação ou não da responsabilidade dos sócios. Mas, pode ser encarado como representativo da vontade dêstes últimos se manterem num grupo mais ou menos "fechado".

Dizer-se que uma anônima seja uma sociedade de capital ou de interêsse é dizer uma verdade que não implica, necessàriamente, no abandono de que os seus componentes aceitem ou recusem a co-

---

22. Fala-se igualmente num terceiro tipo de grupo de sociedades. Seriam aquelas em que a responsabilidade dos sócios pela solução das obrigações sociais não é ilimitada, mas também não é limitada ao montante das contribuições para o capital comum por cada um dos sócios. São as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que, como se sabe, pelo que dispõe o art. 2.º do Dec. n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, regulador das mesmas, tal responsabilidade se intermedia numa expressão que é o total do capital social. Enquanto êste não estiver completamente integralizado, qualquer dos sócios, ou todos êles, responsabilizam-se por essa integralização, independentemente da circunstância de já ter satisfeito as cotas que subscreveu.

laboração de outras pessoas, chamadas de estranhos para uma sua compreensão melhor.

Pelos princípios normais que prevalecem nas anônimas, as participações no respectivo capital são alienáveis por natureza; as ações mudam de proprietário pela própria vontade do respectivo dono. Esta circunstância constitui mesmo um elemento que ajuda a integrar a sistemática pela qual, nas anônimas, se considera o seu capital e não as pessoas que o possuem.

Todavia, paralelamente a isto, não podemos ignorar que os "donos da emprêsa" podem desejar a permanência dessa situação. Embora as ações sejam institucionalmente alienáveis e embora resulte disso que cada um possa passar as suas a estranhos, provocando a mudança dos que possam constituir êsses "donos de emprêsa", apesar de tudo isto, é compreensível que êstes desejem uma situação de direito que os garanta em tal propósito.

Numa coligação de objetivo econômico, como é a anônima, podem muito bem os seus componentes não querer a intromissão de estranhos. Esta peculiaridade não pode ser ignorada. Isto também pode representar uma outra faceta do "intuitus personae" em sociedades "intuitus pecuniae".

Quando estes dois traduzem a responsabilidade ilimitada, ou não, dos sócios nas sociedades, êles se alinham num grupo de considerações *externas* que se fazem das diferentes sociedades comerciais. Alinham-se, contràriamente, a considerações *internas* das sociedades quando representam medidas consagradoras da imutabilidade quanto possível dos componentes sociais.

Vamos cuidar precisamente de uma das formas do "intuitus personae", internamente, nas sociedades anônimas. É, enfim, a concretização de impecilhos à possibilidade normal de ações irem ter a mãos estranhas ao grupo controlador da emprêsa.

Poder-se-á objetar que os interessados devem, em circunstâncias semelhantes, não constituir uma anônima e sim, por exemplo, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada ou uma comandita por ações; de acôrdo com as respectivas técnicas jurídicas, consegue-se impedir aí que os donos das porções do respectivo capital as alienem a estranhos.

A objeção seria irrelevante. A primeira espécie de sociedade, ainda que possa ser maleável, não integra todos os requisitos dos grandes empreendimentos. A segunda importaria na responsabilidade ilimitada dos sócios gerentes. A realidade das coisas se passa diversamente.

Os incorporadores querem, não raro, atuar através de sociedade por ações. Não lhes interessa formar sociedade por cotas de res-

ponsabilidade limitada; não lhes interessa igualmente uma sociedade em comandita por ações. Procuram, então, formar uma anônima; cuidam nesta de criar impecilhos à livre transmissibilidade das suas ações. Êste fenômeno tem-se revelado tantas vêzes que o legislador passou igualmente a considerá-lo.

Disse inicialmente *Tulio Ascarelli*, num substancioso comentário a acórdão da Côrte de Cassação italiana, na vigência do antigo Código de Comércio do seu país, sob o título "Sui limiti statutari alla circolazione delle azioni e sui diritti individuali degli azionisti": A prática estatutária da Europa continental vai sempre multiplicando, relativamente às ações nominativas, as cláusulas que limitam a circulabilidade das ações.

A sociedade mira com estas cláusulas conservar o próprio cunho original, defendendo-se contra a participação possível de sócios não bem aceitos".[23]

É o egoísmo, que não se pode repelir "a priori", que fundamenta a criação de óbices à liberdade institucional de circulação das ações nominativas nas anônimas. Está consagrada generalizadamente nas legislações da maioria dos países;[24] no Japão passa-se,

---

23. Na "Riv. Dir Comm.", 1931, II, pág. 487.

24. Na Alemanha o n.º III do § 61 da sua lei sôbre as sociedades por ações de 30 de janeiro de 1937, já citada na nota n.º 14, dispõe: "Os estatutos podem ligar a cessão ao consentimento da sociedade. Salvo disposições contrárias dos estatutos, o consentimento é dado pela diretoria ("Vorstand"). Os estatutos podem, além disso, estipular que o consentimento não pode ser recusado senão por motivos importantes".

Na Espanha o art. 46 da sua lei reguladora das sociedades anônimas, de 17 de julho de 1951, estabelece: "As limitações à livre transmissibilidade da ação só serão válidas em face da sociedade quando estejam expressamente impostas pelos estatutos. Em todo o caso, a transmissão das ações nominativas deverá ser comunicada por escrito à sociedade e anotada por esta no livro correspondente".

Na Itália, a segunda e última alinea do art. 2.355 do seu Código Civil de 1942 declara: "O ato constitutivo pode submeter a condições particulares a alienação das ações nominativas".

No México, o art. 130 da sua lei sôbre sociedades de 1934 reza: "No contrato social poderá pactuar-se que as transmissões das ações nominativas só se façam com a autorização do Conselho de Administração. O Conselho poderá negar a autorização designando um comprador das ações ao preço corrente no mercado".

E na Suiça, tendo em vista a redação de 18 de Dezembro de 1936 do seu Código das Obrigações, determinam os arts. 627 n.º VIII; "Não são válidas senão sob a condição de figurar nos estatutos as disposições concernentes: À interdição de transferir as ações nominativas, ou às restrições impostas a essa transferência" e 684, primeira parte: "Salvo disposição contrária dos estatutos, as ações nominativas são transmissíveis".

Na França, não há dispositivo expresso na lei. O prof. *Alfred Jaufret*, comentando nada menos de três acórdãos da Côrte de Cassação proferidos no decorrer de 1937, nos dá notícia de que a matéria provocara antes da primeira Guerra Mundial uma jurisprudência muito antiga iniciada em 1882, como se pode ver no Recueil Sirey désse ano, I, 327; alude depois a trabalhos doutrinários a respeito e afirma que os três arestos por êle apreciados confirmaram a validade de restrições estatutárias à livre transmissão das ações nominativas ("Rev. Gén de Dr. Commercial", 1938-536 e segs.).

No ano seguinte o dr. *G. Pacilly* voltou a matéria, na mesma revista (1939--28 e segs.), inspirado pelo terceiro dos pronunciamentos há pouco referidos do mais alto tribunal francês, escrevendo sôbre: "Les Clauses de Préemption en Cas de Cession d'Actions Nominatives"; seria difícil extrair um princípio rígido a propósito, mas êsse estudo, que nos põe, em detalhes, ao corrente da multiplicidade de soluções possíveis, revela que os tribunais lá, até então, se socorriam bastante do art. 1855 do Código Civil (nulidade de cláusula leonina) para variar os seus pronunciamentos.

Não faz muito, a "Rivista delle Società", já no seu primeiro ano de existência, publicou uma ligeira nota de *Italo Uberti Bona* "Sulla Clausola di Gradimento al Transpasso di Azioni", (1956-362); é uma notícia do "Recueil Dalloz-Sirey" (1955-236) de pronunciamento pela Côrte de Apelação de Paris de 24 de novembro de 1954 e que mereceu comentário de *Georges Ripert;* continuou-se admitindo a cláusula restritiva de que cuidamos, desde que não afete direitos que se subentendem impostergáveis da minoria.

Na Inglaterra, podemos dizer que também a lei não é expressa a respeito, entendida a nossa afirmativa em têrmos. A secção 73 do seu "Companies Act" de 30 de junho de 1948, que não inovou o direito anterior, declarando que as ações são coisas móveis e não imóveis, dispõe que elas "ou outro interêsse de qualquer sócio ("member") na companhia serão... transferíveis pelo modo disposto pelos estatutos ("articles of the company")...".

Na Inglaterra, segundo o seu sistema jurídico que é o de não ter nenhum sistema, as coisas se processam por um certo modo, desde que os interessados não resolvam diversamente. *J. Charlesworth* ("Principles of Company Law", 3.º ed. de 1940, pág. 105) e os *Palmes* ("Company Law", posta em dia por *A. F. Topham,* 19.ª ed. de 1949, pág. 108) referem-se a um julgado de 1868 ("Weston Case") por onde se decidiu que, a não ser que os estatutos disponham diferentemente, o acionista tem o direito de transferir as suas ações a bem quem êle quiser. Êsses autores mostram, então, que se admitem generalizadamente restrições à transferência de ações que, lá, como tivemos ensejo de mencionar, são pràticamente nominativas. *L. C. B. Gower,* em seus citados "The principles of Modern Company Law" (2.ª ed. de 1957, pág. 72) tece as mesmas considerações.

Nos Estados Unidos é de certo modo similar. Entendendo-se ao pé da letra o último item do art. 1.º do denominado "Uniform Stock Transfer Act", parece que não se admitiriam restrições à circulação das ações depois de dispor no seu primeiro item que os certificados das ações só se podem transferir por seu endôsso ou pela entrega dos mesmos acompanhada de um documento comprobatório da transferência, reza: "Esta disposição é aplicável apesar de qualquer disposição estatutária ou outra contrária, exigindo por exemplo a transferência nos registros da sociedade". É certo, todavia, como nos ensina *Hubert Lepargneur* ("Les Sociétés Commercialles aux États-Unis d'Amérique", 1951, pág. 198), que o principal objetivo dessa lei que, excepcionalmente, foi adotada em suas linhas gerais por todos os Estados daquele país, que ela quis tornar livremente negociáveis os certificados das ações e não codificar as regras rela-

excepcionalmente, o contrário.[25] Como se desenvolve essa matéria? Como devemos entendê-la?

As primitivas companhias representaram empreendimentos de grande vulto; a extensão dos seus objetivos escapava da capacidade econômica e da duração de uma pessoa só. Para se resolver o problema do risco adotou-se o princípio da limitação da responsabilidade; para se solucionar a dúvida da sobrevivência do negócio à vida dos sócios aceitou-se o princípio da alienabilidade das porções de capital de cada um.

Compreendemos, então, num primeiro estágio histórico das sociedades anônimas que a sua técnica considerasse apenas a transmissibilidade livre das ações; estas passaram mesmo a ter valor uniforme, passaram a representar partes alíquotas do capital, para que se encontrassem mais fàcilmente condições idênticas objetivas de alienabilidade na lei soberana da oferta e da procura; sendo uma ação de valor exatamente igual ao das demais numa mesma

---

tivas ao registro das transferências. Se aplicarmos a técnica jurídica dos países da parte ocidental da Europa continental e da América Latina, diremos que nos Estados Unidos não se entendiam que as ações das anônimas constituissem títulos de crédito; não eram um "negotiable instrument". Êsse "Uniform Stock Transfer Act" objetivou modificar semelhante entendimento. Não interferiu na proibição de restrições à circulação das ações nominativas, pactuadas nos estatutos.

Tanto isto é verdade que o mesmo *Lepargneur* tem ensejo de dizer que nas sociedades "fechadas" podem os seus acionistas combinar que se submeta a alienação das suas ações ao prévio consentimento social, valendo até os preços prefixados a respeito. "O certificado das ações pode conter uma cláusula pela qual as ações não podem ser transferidas senão com o consentimento dos diretores; mas os interessados devem ser advertidos desta regra. Esta restrição não se aplica, de ordinário, às cessões de ações realizadas entre pessoas já acionistas" (pág. 208). *Walter Bigiavi* em seu trabalho sôbre "La Clausola di Gradimento al Transpasso di Azioni", nota n.º 30, inserto na "Revista Trimestr. di Diritto e Proced. Civile", 1953, pág. 15 ou nos "Scritti Giuridici alla Cedam", vol. I, pág. 486, no seu percurso pelo direito comparado, refere-se aos Estados Unidos pelo mesmo modo, calcado em outros autores a que faz alusão.

Na Argentina, segundo o ensinamento de *Francisco J. Garo*, a segunda parte do art. 327 do seu Cód. Comercial consagraria a limitação de circulação de ações nominativas. "Depois de realizado integralmente (o capital) os interessados podem exigir que se lhes expeçam títulos ao portador, se os estatutos não dispuserem o contrário' ("Sociedades Anônimas", tomo I, 1954, n.º 75, pág. 173). No Uruguai, sendo por sinal bem defectivo o seu velho Código de Comércio, *Segundo Perez Fontana*, no seu bem formulado Anteprojeto de Lei sôbre Sociedades Anônimas, prevê no art. 64 a admissibilidade de tais restrições circulatórias de ações ("Sociedades Anônimas", "Rev. Der. Comerc.", 1955-343).

25. Dispõe, com efeito, a primeira parte do art. 204 do Código do Comércio do Japão de 1951: "Não é permitido, mesmo pelos estatutos, impedir ou restringir a cessão da ação", *apud* "Code de Commerce du Japon", traduzido para o francês por *Sôzô Komachiya*.

companhia, o seu preço no mercado é igual ao de cada uma das outras e vice-versa.

Mas, como deixamos acentuado, só pelo fato dos juristas afirmarem com acêrto que as anônimas são sociedade "intuitus pecuniae", não resulta daí que o fator humano seja negligenciado. Quem, enfim, organiza um empreendimento ou, de um modo geral, dêle faz parte, bem pode desejar que estranhos nêle não intervenham. Há muitas razões para fundamentar isto que já chamamos de egoísmo.

14 — A manifestação dêsse fenômeno foi, portanto, que gerou a limitação de circulação das ações nominativas. Pode-se, exemplificativamente, subordinar a sua alienação ao prévio consentimento da sociedade através da assembléia geral de seus acionistas; pode-se submeter a sua transmissão à prévia oferta a êstes últimos. Quando se pactua nas sociedades por ações que é indispensável o prévio assentimento de algum dos seus órgãos, costuma-se dizer que existe então uma cláusula de consentimento. Quando se avença nas anônimas que é indispensável o desinterêsse de todos os seus acionistas para que a alienação das ações seja admissível, afirma-se que ocorre, então, uma cláusula de preferência.[26]

Podemos compreender com bastante facilidade que essas limitações podem variar quase que infinitamente; os estatutos podem muito bem criar peculiaridades tanto para o primeiro como para o segundo grupo de cláusulas. E na multiplicidade de hipóteses que elas podem suscitar há uma generalização superficial que engloba os casos nesses dois grupos apenas; repetindo-se, um reune as hipóteses que sujeitam as alienações das ações nominativas ao prévio consentimento social ou de algum seu órgão diretor: outro grupo reune as hipóteses em que a inalienabilidade é menos rígida,

---

26. A limitação à circulação das ações nominativas não se confunde com o direito de retirada pelo acionista da companhia por efeito de dissidência nos casos em que a lei é expressa a respeito, como apuramos do disposto pelo art. 107 do Decr.-lei n.º 2.627, de 1940. Então, segundo a letra "c" do seu art. 78, os estatutos não podem absolutamente coarctar ou limitar êsse direito insurrecional. *Wald. Ferreira* aludia expressamente a isto na primeira edição do seu citado "Trat. de Socs Mercantis" então "Compêndio Socs. Mercantis", vol. II, 1942, § 8.º, pág. 80.

Também representa assunto diferente a suspensão momentânea estatutária de transferência das ações nas proximidades de assembléia geral ou de pagamentos de dividendos etc.: o espírito de tais dispositivos consideram a alta conveniência de estática do acionarado, cuja manutenção não chega a configurar uma limitação clássica de transferência das ações nominativas precisamente por ser muito breve, duradoura tão sòmente pelo espaço de tempo indispensável para a efetivação imediata do ato justificador da suspensão das transferências. Veja-se *Mir. Valv.* ("Sociedade por Ações", vol. I, 2.ª ed., 1953, n.º 157, pág. 201).

ou seja, as alienações ficam subordinadas apenas à preferência de quem já seja acionista.

Podemos compreender, desde logo, que numa anônima se pudesse estabelecer que a venda das ações dependeria da sua aprovação pela assembléia geral dos acionistas ou por sua diretoria; seriam as chamadas cláusulas de consentimento. Podemos compreender do mesmo modo que numa companhia se pudesse estabelecer que a venda das ações (subentende-se a estranhos) dependeria do desinterêsse de acionistas em tomá-las para si (ainda que por preços-tetos regulamentados), os acionistas têm a preferência de aquisição das ações que algum queira alienar; seriam as chamadas cláusulas de preferência.

A bipartição foi adotada por *Albert Tamboise*, num dos melhores trabalhos em que se ventila a espécie "La Stabilité du Contrôle dans les Sociétés par Actions".[27]

---

27. Paris, 1929, págs. 105 e segs.. Êste modo de racionalização do assunto demanda uma ligeira explicação. Bem analisado, apuramos que a multiplicidade de hipóteses deve ser quatripartida.

Temos que encarar, em primeiro lugar, os casos de proibição absoluta de alienação das ações, estabelecida nos estatutos. A sua nulidade não é matéria pacífica em doutrina. No silêncio de lei expressa que a viesse permitir, entende-se generalizadamente (e bem) que isto não é admissível; veja-se *W. Bigiavi* na revista citada, pág. 4, ou nos "Scritti Cedam", mencionados, pág. 474. Podemos aludir ao ponto de vista de *Miranda Valverde* "ob. cit.", n.º 152, pág. 198); êle aplaude *Houpin* & *Bosvieux* que entendem ser admissível qualquer restrição desde que não impeça a transferência das ações, "tornando, por assim dizer, o acionista prisioneiro do seu título". *Ascarelli* ("Coment. cit.", n.º4, pág. 490 "in fine") julgou o contrário, entendendo válida a proibição absoluta de alienação de ações nominativas disposta estatutàriamente; apenas modificou a sua opinião relativamente à época em que isto seja admissível; antes achou que ela podia ser estabelecida até por modificação posterior dos estatutos; depois passou a entender que essa proibição absoluta de alienação só podia ser fixada nos estatutos originários ("Rev. For.", 123-48 nota I ou "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1953 I, n.º 21, pág. 316).

O princípio da transmissibilidade das ações é, como vimos, o reconhecimento da sobrevivência do empreendimento aos empreendedores; então, os detentores de parcelas do capital ficam com a faculdade de se desfazerem delas. Portanto, a aceitação de proibição absoluta ou irrestrita da transmissibilidade das ações constituiria um retrocesso na marcha histórica do direito societário. Normalmente, ninguém retorna aos seus primeiros passos. Se se admitissem ações nominativas integralmente inalienáveis no sentido que vimos emprestando a expressão, teríamos em verdade sociedades de... pessoas com a limitação das respectivas responsabilidades. Teríamos pràticamente sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Se não fôsse uma metempsicose, seria uma transfiguração. Como se entende que em matéria de sociedade por ações os dispositivos legais tenham muito de caráter público e contra os quais não prevalece a vontade dos contratantes, parece mais acertado que em doutrina a orientação seja no sentido da proscrição de regras que desnaturem o instituto das anônimas; não vislumbramos, pelo menos, uma situação especial que pu-

Procurando-se encontrar um fundamento para a atitude de quem biparte o cláusulamento das ações nominativas, quando, em verdade, êle se quadriparte, temos que aqueles, que assim classificam essa matéria, se atêm possìvelmente aos casos mais comuns; falando-se estatísticamente, são mais raras as hipóteses de proibição absoluta de alienação das ações (primeira espécie exposta há pouco na nota 27) e de subordinação dessa alienação a requisitos específicos preestabelecidos nos estatutos (quarta hipótese). É mais frequente a proibição de tal alienação com as cláusulas de consentimento ou de preferência. Daí, talvês, essa divisão apenas em duas partes da matéria.

15 — Temos preceito positivo de direito. O assunto fica limitado então, ao que a lei dispõe: "Os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regulem minuciosamente tais limitações e são impeçam a sua negociação,

---

desse demover essa conveniência de orientação. Assim opinariamos pela inadmissibilidade de proibição absoluta de alienação de ações nominativas onde a lei não a permita expressamente. Entendemos que ela não é permitida em doutrina no estágio atual do direito das sociedades anônimas. *Bigiavi* arrola um número razoável de autores favoráveis ou contrários à proibição integral de transferência dessas ações ("Trab. cit.", nota n.º 8).

Entre nós, a matéria tem cunho exclusivamente acadêmico, em face do teor do nosso direito positivo. Não admitimos a vinculação absoluta, mesmo que seja limitada no tempo ou efêmera. Aludimos a ela, passageiramente, em consequência da necessidade de darmos um desenvolvimento explicativo da quatripartição que, a nosso ver, ocorre com o clausuramento dessas ações.

Temos que encarar, depois, um outro gênero de cláusulas restritas da circulação das ações nominativas. São aquelas em que a alienação se subordina a certos requisitos objetivos, predeterminados nos estatutos; proibe-se, por exemplo, que as ações sejam transmitidas a cidadãos estrangeiros ou se estabelece tal proibição em relação a pessoas de alguma profissão, etc. *Tamboise*, na sua monografia citada, denomina essas cláusulas de consentimento condicionado (pág. 142). Esta espécie de hipótese não constitui uma proibição absoluta porque, se o adquirente das ações não incidir nas vedações estatutárias, poderá efetivar a operação em relação à companhia; a espécie também não representa um caso de consentimento para a alienação das ações nominativas subordinado à aprovação prévia de um órgão qualquer social; e, finalmente, a espécie não concretiza um modo pelo qual os acionistas manifestam antes o seu desinterêsse pela aquisição das ações alienadas.

Parece, então, evidente, pelo afirmado que o "consentimento condicionado", segundo a referida expressão de *Tamboise*, se caracteriza como uma espécie distinta das denominadas cláusulas de consentimento e de preferência . De resto, ela se deveria antes chamar de "recusa condicionada". Seria cláusula de consentimento condicionado se os estatutos dispusessem que as ações só poderiam ser alienadas a pessoas portadoras de requisitos prefixados nos estatutos (permissão de alienação sòmente a componentes de uma mesma profissão etc.). Se êles proibem alienações a quem tiver certas condições ou qualificativos, a hipótese é de recusa e não de consentimento

nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas" — É o que determina o § 2.º já transcrito do art. 27 da nossa lei reguladora das sociedades anônimas.

Desde logo se vê que podemos, òbviamente, vincular em princípio a transferibilidade das ações nominativas. Isto só pode ocorrer, porém, sob a conjugação de três requisitos, um de natureza positiva e dois, negativa — regulamentação minuciosa da matéria nos estatutos, inexistência de impedimento à negociabilidade das ações e inexistência de arbítrio da administração social ou da maioria dos acionistas sôbre o titular das ações alienadas.

O primeiro requisito não oferece maiores dificuldades para a sua compreensão. Os estatutos devem prover a matéria com detalhes suficientes que impeçam a hipótese de omissão; se êles forem omissos, o sistema de limitação à circulação das ações nominativas pode correr o risco de ser imprestabilizado pelos tribunais. No presente caso não devemos perder de vista que o próprio texto da lei soa "... contanto que (os estatutos) regulem "minuciosamente" tais limitações".

Como devemos entender que os estatutos não regularam minuciosamente essa limitação de transferência de ações nominativas?

Em teoria a resposta não é difícil. Podemos afirmar que não existe essa minúcia sempre que a aplicação prática do sistema desejado da regulamentação se revelar omissa.

É, porém, qualquer omissão que pode eventualmente acarretar o desmoronamento do sistema de vinculação das ações nominativas?

Entendemos que não. É indispensável que a omissão seja de tal grau que impeça o funcionamento cômodo ou normal da sistemática querida ou desejada pelos estatutos. Nestes, por exemplo, não se declarou expressamente que o acionista preferente tem o direito de adjudicação das ações alienandas ou não se declarou que,

---

Tanto no caso de proibição em certas circunstâncias, como no de permissão nas mesmas, existe a peculiaridade das operações com as ações só se poderem realizar em condições que não podemos equiparar a manifestações voluntárias sociais através dos órgãos da sociedade ou pelos próprios acionistas desejosos de impedir o padareiro de ações em mãos não simpatizadas. No "consentimento condicionado" ou na "recusa condicionada" os estatutos prevêem hipóteses em que o fator vontade social ou acionária não funciona ou não atua casuísticamente, elaboram-se objetivamente regras que funcionam sem o auxílio ou emprêgo da aquiescência social ou dos acionistas individualmente. São, enfim, casos padrões diferentes.

Trata-se, portanto, de uma quarta espécie daquilo que se convenciona chamar de limitação à circulação das ações nominativas. A primeira é da proibição absoluta de aliação dessas ações. A segunda é da cláusula de consentimento. A terceira é da cláusula de preferência. A última é do que chamaremos de cláusula de condicionamento objetivo de recusa (ou permissão).

sendo dois ou mais os acionistas que exerceram a sua preferência, as ações alienadas seriam adjudicadas proporcionalmente aos quinhões da mesma espécie de cada um dos preferentes. No primeiro exemplo, evidencia-se que a adjudicação é imanente ao exercício do direito e só porque os estatutos sejam omissos, não decorreria o desmoronamento do sistema edificado.

Em tal conjuntura seria o caso de compulsoriedade do combinado através da ação cominatória para prestação de fato a que alude o art. 302 n. XII do Código de Processo Civil com envolvimento da própria sociedade anônima para os efeitos desta ser obrigada a fazer os registros de direito nos seus livros e ficando a contra-prestação pecuniária do acionista recalcitrante à sua disposição para o seu levantamento facultativo.

No segundo exemplo não poderíamos compreender que se pretendesse construir, digamos, uma licitação privada entre os acionistas preferentes para que o lote das ações viesse a ser adjudicado àquele que mais desse, "ad instar" por exemplo, do fixado no § único do art. 503 do Cód. Proc. Civil; só porque também os estatutos fôssem omissos a respeito, não se compreenderia que se inutilizasse a sistemática levantada pelos estatutos. Se várias pessoas são titulares de um bem divisível ou de uma porção de várias unidades de coisas, afigura-se-nos mais razoável atribuir a cada uma daquelas a quantidade proporcional à percentagem ideal do respectivo direito; a comunhão só subsistiria para aquilo que não fôsse divisível.

Achamos, em suma, que os estatutos regulam minuciosamente a limitação das ações nominativas sempre que as omissões não impeçam a aplicação tranquila de princípio jurídico que supletivamente as elimine, sem, porém, representar alguma criação especiosa a respeito.

16 — O segundo requisito, na conformidade de nossa sistemática legislativa, para que valha a vinculação à circulabilidade das ações nominativas, é, como vimos, a não estipulação de impedimento à sua negociabilidade. Se os estatutos a impedirem, o dispositivo não terá valor.

Êste requisito não oferece a mesma facilidade de inteligência do anterior: "os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que... não impeçam a sua negociação..." diz o § 2.º do art. 27 da nossa lei sôbre sociedades anônimas.

Mas, ocorre que, em princípio, qualquer limitação à circulação das ações nominativas representa um comêço, pelo menos, de impedimento à sua negociabilidade. Uma cláusula estatutária, que disponha não ser permitida a alienação de ações a pessoa estrangeira, representa a exclusão de um certo número de adquirentes das mesmas em potencial; é um empecilho à negociabilidade plena dos títulos.

Pareceria, então, que seria difícil, senão impossível, a adoção de limitação à circulação das ações nominativas porque isto dependeria da inexistência de "qualquer" impedimento à respectiva negociabilidade.

Seria um absurdo. Se a lei cria uma faculdade, não pode recusá-la ao mesmo tempo. O texto deve ser compreendido de modo a se banir essa contradição, apenas aparente.

Surge a indagação: qual é o impedimento à negociabilidade das ações nominativas visado pelo legislador?

Se respondermos que será — qualquer impedimento —, iremos cair na contradição do texto facultar e recusar simultâneamente a vinculação em aprêço, como já vimos.

Por exclusão temos uma primeira conclusão: não é qualquer impedimento à circulação das ações nominativas que fulmina de nulidade a sua limitação.

Se é assim, resulta que o impedimento à negociabilidade encarada pela lei como inadmissível diz respeito àquela que vede "por completo" a transferibilidade. Sempre que existir limitação, não impedindo totalmente a negociabilidade, devemos entender que a cláusula estatutária tem valor.

Como compreendermos que existe uma vedação integral a essa negociabilidade?

Entendemos que isto ocorre sempre que, em última análise, não se enseja a aplicação de um preço; êste pode resultar da lei da oferta e da procura e que comumente é aferido em bolsa, ou pode resultar das regras prestabelecidas nos estatutos.[28]

Quando a lei empregou a expressão "não impeçam a sua negociação" quis evitar a proibição de transferência como circunstância principal; proibição só ocorre quando é total. Mas a lei, ao empregar a referida expressão "não impeçam a sua negociação" quis também considerar um preço pelos quais as ações mudem de dono.[29]

---

28. *Waldemar Ferreira* ("Compêndio cit.", págs. 83-4) era expresso em reconhecer que o nosso direito positivo admite que os estatutos prefixem preço para a alienação das ações. No desenvolvimento do nosso pensamento, no texto, logo a seguir, se encontram as razões do nosso apôio a isso.

29. *Miranda Valverde* ("ob. e vol. cits.", n.º 152) acentua que a fixação do preço é a questão essencial (pág. 138 "in fine") para o estabelecimento do limite da validade da cláusula de preferência. Isto importa — a nosso ver — que a inteligência que damos ao texto da lei pátria seria mais acertada. Traduzir o não impedimento de negociação como faculdade de insubordinação do acionista é anular a própria instituição. A lei quis que o princípio da negociabilidade não ficasse impedido, significando que o preço não se anulasse, porque, do contrário, seria um modo de proibir a alienação com o clausurar o acionista não pròpriamente no direito, mas na sua utilidade. Não impedir a

O legislador, ao usar o substantivo — negociação — partiu do pressuposto correntio da alienação onerosa em que a contraprestação se mede por um preço, via de regra concretizado em dinheiro.

Logo, entendemos que o impedimento à transação das ações ocorre quando as ações não obtenham o seu valor normalmente, como em bolsa por exemplo, ou quando já êsse valor não se encontre prefixado nos estatutos.

A estipulação nestes de regras para o estabelecimento de preço não é impedir a negociação das ações. Não se há de entender que o acionista possa rebelar-se contra isto porque queira negociar os seus títulos diferentemente.[30]

---

negociabilidade quer dizer que, embora não se proiba a alienação, se impossibilita a sua praticabilidade pelo fato do acionista sofrer um prejuízo enorme com um preço que se considere irrisório.

30. *Waldemar Ferreira* não era e parece que não é do mesmo parecer, como se vê do seu "Compêndio cit.", págs. 80-I e pág. 84. Dizia êle, no primeiro passo: "Tais limitações, no entanto, de modo algum podem impedir a transferência, deliberada pelo acionista. Têm que ser estatuídas de modo tal que, diz o texto legal, "não impeçam sua negociação". Nessas condições, restritíssima também é a faculdade delimitadora dos estatutos. Não lhes sendo lícito impedí-la, nem impossibilitar, portanto, a negociação entabolada pelo acionista, a fim de retirar-se da sociedade, mais, em verdade, lhe não é dado do que a prescrição do direito de preempção ou de preferência, minudenciando as condições de seu exercício". Por estas palavras entendemos que o acionista alienará as suas ações pelo preço entabolado, ficando aos demais a faculdade de exercitarem a ação de preempção ou preferência prevista pelos arts. 311 e segs. do Cód. de Proc. Civil. Agora, *Wald. Ferreira,* no "Trat. cit.", (pág. 1137), diz sintèticamente: "Negociação das ações, sôbre não poder ser impedida de nenhum modo..."

Ousamos dissentir da autorizada opinião do querido mestre. Se o acionista pode alienar as suas ações pelo preço e pelo modo que entender, a despeito de proibição estatutária, temos desde logo que a proibição... não é proibição. Ora, pelo que já dissemos até agora no texto, se a lei expressamente a admite (subordinada a três condições), não podemos compreender que uma destas se represente pela anulação da faculdade. Se bem interpretamos o pensamento do eminente professor, é possível o clausuramento das ações nominativas, mas os seus donos não podem ficar privados de negociá-las. Entendemos que isto quer dizer que não se pode transmitir uma coisa, se o respectivo proprietário não entender diferentemente; isto é vedar e permitir simultâneamente.

A nosso ver só uma hermenêutica afasta a insuperável contradição na letra da lei de proibir e não proibir ao mesmo tempo; é aquela em que não é "qualquer" impedimento à negociação que se proscreve e sim é o impedimento a "qualquer" negociação que se proibe. De resto, pelas considerações que tecemos, ao abordar o terceiro e último requisito legal para a validade de vinculação das ações nominativas, logo a seguir, entendemos que só a inteligência que damos à matéria impede não uma, mas duas contradições.

Talvez *Waldemar Ferreira,* tendo em vista a viva divergência existente na Itália a propósito da validade "inter partes" das alienações contrárias aos impedimentos estatutários, não os considere como uma "condicio juris", isto é, como óbice de lei para a invalidade da transação; êle filiar-se-ia (estamos su-

Pode-se limitar geográficamente o mercado (venda em certas zonas) ou se pode limitá-lo subjetivamente (venda a certas pessoas). O campo da negociabilidade não pode ser suprimido por inteiro. Importa, exemplificativamente, que nas zonas permitidas ou entre as pessoas toleradas o preço se alcance livremente ou segundo as regras estatutárias. O impedimento à negociação das ações existe quando ocorrer a sua completa supressão no jôgo normal da lei da oferta e da procura ou das regras estatutárias prefixadas para isso.

17 — O terceiro requisito objetiva não permitir que o capricho da diretoria social ou da maioria dos acionistas, isto é, a maioria do capital da sociedade, como expressão melhor do pensamento do legislador, impeça a circulação das ações: "Os Estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que... nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas", diz a parte útil aqui do § 2.º do art. 27 da lei reguladora das companhias.

Se já se dispôs antes que não se admite impedimento à circulabilidade das ações, poderia parecer à primeira vista que o arbítrio da maioria ou da administração já estaria considerado. Estaria con-

---

pondo) à corrente quantitativa mais numerosa dos juristas ali que entende não existir impedimento à "negoziazione indipendente".

Antonio de Majo, que é contrário a êsse entendimento da última parte do art. 2.355 do Código Civil do seu país, ao comentar acórdão (publicado também em "Diritto Fallimentare", 1957, II, 771), da Côrte de Cassação de 13 de julho de 1957, sob o título "Efetti delle limitazioni statutarie alla circolazione delle partecipazioni azionarie", ("Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1957, II, 544 e segs.), alista os autores seguidores dessa inteligência em maioria (nota 2, pág. 545), dentre os quais podemos destacar *Ascarelli* com o seu citado trabalho insêrto na mesma "Banca, Borsa e Tit. di Credito", 1953, I, 281 e incorporado nos seus "Sagyi di Dir. Commerciale", 1955, págs. 359 e segs. *Majo* dá na nota seguinte ("Ibidem") os juristas que interpretam o assunto opostamente em minoria, dentre os quais, além dêle mesmo, podemos mencionar *Aurelio Candian* que tem uma monografia a respeito: "Intorno alla Alienazione di Azioni con Clausola di Gradimento", 1954; na "Riv. Dir. Commerciale", 1955, I, 97, *Italo Uberti-Bona* fêz apreciação favorável dêsse estudo. Depois dêsse pronunciamento da Côrte de Cassação italiana e que provocou o comentário de *Majo,* já houve outro, em 10 de outubro de 1957, reproduzido em "Dir. Fallimentare", 1958, II, 46 e que traz o n.º 3.702; decidiu já então que "são oponíveis aos terceiros as condições particulares dispostas, para a alienação das ações, pelo ato constitutivo social submetido à publicidade da lei e relembrado nos certificados das ações, ainda que êstes não lhe façam menção específica".

A nosso ver, uma inalienabilidade não pode, ou não deve, ser considerada inexistente; parcial que seja, prevalece na superfície em que justamente o impedimento existir. A causa que fomenta o clausuramente das ações nominativas é a proteção aos próprios acionistas que procuram, destarte, evitar intromissões estranhas; a sociedade não é pròpriamente a titular dêsse direito; ela é o seu objeto.

siderado porque uma proibição caprichosa da maioria social ou da diretoria social já constituiria antes um impedimento absoluto à negociabilidade das ações. Logo o texto ora em aprêço se revelaria pleonástico ou inútil.

Como não se podem vislumbrar expressões desnecessárias na lei, essa proibição de arbítrio da diretoria ou da maioria social deve ser compreendida como significadora de que não poderá ocorrer nos estatutos hipótese que, embora não impeça de todo a negociabilidade das ações nominativas, autorize a diretoria ou a assembléia geral a impedir certa alienação que já se encontre dentro dos padrões abstratos ou genéricos pelos quais ela se poderia efetuar; se os estatutos proibem a alienação de ações a pessoas que se dediquem a uma determinada profissão — o que admitimos como legal — nenhum dêsses dois órgãos sociais poderá ficar armado da faculdade de vetar que não se realize uma operação sob a invocação de que seria inconveniente que tal candidato à aquisição venha a figurar entre os acionistas.

Se a lei não proscrevesse também o arbítrio de algum órgão social na transferibilidade das ações, a proibição apenas da inegociabilidade não impediria, exemplificativamente, que Caio ou Ticio não obtivessem a licença para se tornarem acionistas a despeito de possuírem os predicados estatutários exigidos em tese "a priori", já que as ações teriam a possibilidade de passarem para Sempronio ou outrem. Isto quer significar que o terceiro requisito determinado por nossa lei não está absorvido, na verdade, pelo requisito anterior que veda a inegociabilidade, visto como não é qualquer impedimento que a configura e sim que ela só ocorre, como vimos, quando existir uma vedação pràticamente integral de sua negociabilidade.

Podemos fazer uma indagação: é apenas "arbitrium merum" que a nossa lei não quer? Admite-se o "arbitrium boni viri"? É proscrito sòmente o capricho ou teimosia e é admissível a recusa justificada ou fundamentada?

O tom sêco da expressão legal "nem sujeitem o acionista ao arbítrio" faz-nos inclinar para a resposta negativa, a despeito da razoabilidade de uma resposta positiva.[31] Não podemos negar que,

---

31. *Miranda Valverde* ("Ob. e vol. cits.", n.º 155) entende que só o "arbitrium merum" não é tolerado em nosso direito (pág. 200). Contra: *Waldemar Ferreira*, "Trat. cit. pág. 1.137 "in fine"); isto quer significar que se admitiria em nosso direito a cláusula de consentimento justificável ou justificado; tanto assim que êle acena com a ação cominatória como a cabível para se forçar judicialmente a transferência. Por mais razoável que entendemos ser tal ponto de vista, tanto mais que provindo do indigitado autor na nossa lei reguladora das anônimas, não nos sentimos autorizados a endossá-la, pois que seria uma hermenêutica 'contra legem"; preferimos seguir *Waldemar Ferreira*.

na prática, podem ocorrer situações em que a diretoria, ou a assembléia social, teria razões perfeitamente plausíveis para não consentir em transferência de ações a determinada pessoa. Para que pudéssemos tranqüilamente admitir o "arbitrium boni viri" seria necessário que o texto dispusesse "nem sujeitem o acionista ao mero arbítrio". A especificação do arbítrio não tolerado acarretaria a admissibilidade do outro não incluído na proibição.

18 — Procuramos firmar que a matéria da vinculação das ações nominativas pode sofrer uma divisão quatripartida. Vimos a situação de nossa legislação positiva. Como compreendê-la no quadro dessa divisão teórica?

Deixando de repetir os conceitos já estabelecidos, temos:

I) — A primeira conclusão consiste em que figuramos no tipo das legislações que admitem expressamente a limitação de circulabilidade das ações nominativas.

II) — A segunda conclusão consiste em que não admitimos as cláusulas de consentimento, porque nenhum órgão social poderá ter qualquer faculdade de impedir a transferência das ações.

III) — A terceira conclusão consiste em que admitimos as cláusulas de preferência, mas as admitimos limitadamente ou em termos; é necessário que não se impeça a negociação das ações.

IV) — A quarta conclusão consiste em que admitimos as cláusulas que denominamos de condicionamento objetivo de recusa (ou permissão) porque só o impedimento integral ou absoluto à circulação das ações deve entender-se proibido.

Tivemos um caso em nossas atividades profissionais em que necessitamos de atender a peculiaridades individualistas dos seus participantes; seis profissionais levaram avante uma emprêsa superior aos capitais próprios; embora pessoas qualificadas, não desejavam, compreensivamente, perder a direção do negócio; foi natural que recorressem aos capitais alheios. Diante dêste quadro, ficou estabelecido que o capital atuante ou votante se representaria por ações nominativas; nenhum dos seis poderia, depois, alienar os seus títulos a estranhos a não ser que, antes, os demais componentes do grupo nuclear se desinteressassem dos mesmos. A dificuldade jurídica de maior monta consiste, em casos tais, no encontro de uma fórmula que equilibre a sobrevivência da negociabilidade das ações com a simulação de preços fictícios que tornem ilusória a preferência dos acionistas na aquisição em igualdade de condições, ou com a prefixação de preços pelos estatutos e que o Poder Judiciário venha declarar espoliativos.

Normalmente a avaliação de uma ação consiste na divisão do patrimônio líquido social (ou ativo líquido) pelo número das mesmas; soma-se o capital com os lucros e mais as reservas; tem-se êsse patrimônio líquido; o quociente dêste pelo total das ações que traduz o valor de cada uma delas; haja vista o que prefixa o § 1.º do art. 107 do Decreto-lei n.º 2.627. O excesso que exista aí, isto é, um valor superior a tal quociente, será mera expectativa de lucros ou interêsses maiores ou será efeito de especulação. São espectativas ou é jôgo mais ou menos ilícito. Não se encarnam no título em condições de normalidade. Logo, quando surgir proposta que supere o quociente mencionado, pode-se suspeitar tranquilamente que haja algo irregular; já então o acionista não deve e não pode ser amparado na sua liberdade de alienação das ações.

Imaginamos a fórmula do acionista alienante dar aviso aos demais para êstes exercerem a preferência; enquanto o preço ficar dentro do valor que normalmente se dá às ações, a preferência será a comum ou ordinária, isto é, os eventuais acionistas interessados terão que se limitar a aceitar ou recusar a oferta como lhes é feita; se, porém, o preço fôr maior do que o quociente: patrimônio líquido pelo número de ações, então os interessados ficam armados da faculdade de reclamarem todos os informes do alienante a fim de que daí se possam obter elementos que contribuam para a demonstração de simulação; a oferta de pagamento do quociente referido dará direito a procedimento judicial que, como última palavra, evitará a anulação do princípio da limitação à circulação das ações nominativas.[32]

---

32. Damos a seguir o texto integral das disposições estatutárias a que nos referimos a fim de que os doutos sôbre elas se possam autorizadamente pronunciar.

"Artigo 6.º" — As ações ordinárias nominativas não podem ser transferidas, mesmo em caso de sucessão "causa mortis", antes que ofertadas prèviamente a outros acionistas que sejam titulares de, pelo menos, 2.500 (duas mil e quinhentas) ações idênticas. Nesta limitação ao direito de transferência se entendem quaisquer atos que representem começo de alienação.

"Parágrafo primeiro" — O titular de ações ordinárias nominativas que as desejar alienar ou gravar deverá dar aviso do seu intento à diretoria social por meio idôneo escrito, marcando-lhe um prazo mínimo de 30 (trinta) dias e dando-lhe tôdas as indicações do seu propósito.

"Parágrafo segundo" — A diretoria social, assim que receber o aviso de que trata o parágrafo precedente, notificará, igualmente por escrito, todos os titulares que houver, de 2.500 (duas mil e quinhentas) ou mais ações ordinárias nominativas de tôdas as indicações do negócio em perspectiva a fim de que êles se pronunciem no prazo de quinze (15) dias. As respostas, alteráveis até o têrmo do prazo do parágrafo precedente, podem ser livremente consultadas desde logo por todos êsses acionistas.

"Parágrafo terceiro" — Essas ações em alienação ou gravames serão obrigatòriamente atribuídas àquele acionista cujas condições representarem a

19 — Concluimos. Como equilibrar as situações que, no fundo, pretendam desrespeitar as limitações à circulação das ações nominativas?

Não nos devemos esquecer de que a sua consagração entre nós terá a virtude de muitos homens-de-emprêsa se voltarem para grandes empreendimentos com um ânimo talvez maior, ao saberem das possibilidades de encerrar num círculo mais limitado a direção dos negócios. Foi por isto que resolvemos igualmente ventilar neste local êsse assunto. Os homens de emprêsa, ficando seguros de que os respectivos patrimônios privados estão a salvo da eventual má sorte da emprêsa pelo fato de serem acionistas com a responsabilidade limitada ao total das suas ações; sabendo êles que o grupo fundador pode, em condições de justiça, impedir o deslisamento da emprêsa para mãos estranhas, êsses nossos homens-de-emprêsa podem muito bem animar-se mais. Interessa enormemente ao jurista que se intensifiquem o processo da aceleração do desenvolvimento econômico do país, insinuando, destarte, as suas achêgas àqueles que possuem o seu potencial nas mãos.[33]

E, então, voltamos a indagar de um modo conclusivo: como devemos agir nessa matéria de limitação à circulação das ações ordinárias?

---

melhor proposta. Na ocorrência de igualdade de condições ,essas ações em negociação serão atribuídas aos acionistas aceitantes na proporção da quantidade das suas respectivas ações ordinárias nominativas.

"Parágrafo quarto" — Sempre que o preço ou valor unitário das ações ordinárias nominativas fôr superior ao quociente entre o ativo líquido social constante do último balanço aprovado pela assembléia geral e o número de tôdas as ações indistintamente em circulação, poderá qualquer acionista, com os requisitos estabelecidos neste artigo e que se disponha a oferecer êsse quociente pelas ações em negociação, exigir comprovação minuciosa da realização efetiva da transação. Para tanto notificará a tempo a diretoria do seu propósito a fim de que ela não permita a lavratura de ato de transferência ou oneração, nos livros sociais, até que se apure a realidade do negócio. Para que a diretoria possa permanecer na recusa da lavratura dos atos nos livros sociais, é necessário que o interessado ingresse em juízo com a ação que entender competir-lhe, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o têrmo do prazo estabelecido pelo parágrafo primeiro".

33. Na Itália, num total de 2041 estatutos analisados no "Bolletino Ufficiale delle Società per Azioni", (de maio de 1956 a junho de 1957), *U. Rusconi* encontrou 248 dêles consagrando cláusulas de consentimento e 295 contendo cláusulas de preferência, sendo que em 90 casos dentre êles se combinaram ambas as espécies de cláusulas ("Clausole di Gradimento e Clásole di Gradimento e Cláusole di Prelazione nella Recente Prassi Societaria" na "Riv. delle Società", 1958, pág. 145).

Respondemos: fixando regras pelas quais a preferência se pode exercer sôbre as ações que alguém quiser alienar, seja por preço de bolsa, seja pelo valor que, por lei, se encontra para o resgate das ações, sempre que, justificadamente, não haja outro menor.[34]

34. As nossas últimas palavras dessa conferência, realizada na sede associativa dos industriais dêste Estado, foram as seguintes: "Esta nossa palestra alongou-se mais do que devia. Resumimos as considerações que podiamos desenvolver principalmente sôbre a limitação de transferência das ações nominativas (já agora, analisada com alguns detalhes). Quem sabe se não iremos publicar estas despretensiosas palavras, quando então lhes aditaremos algo mais (como realmente ora o fazemos), e que nesta hora aumentaria o estoicismo dos nossos prezados ouvintes. O que dissemos visa aguçar a atenção dos entendidos. Se a aguçarmos ,teremos a nossa tarefa por cumprida.

CONVENÇÃO SÔBRE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR

Apresentou a Câmara de Comércio Teuto-Brasileira de São Paulo à III.º Conferência de Comércio Exterior a tese elaborada pela Associação para o Fomento da Proteção de Investimentos no Estrangeiro ("Gessellschaft zur Foerderung des Suchtzes von Auslands — Investitione"), com sede em Francforte sôbre o Rêno, na Alemanha.

Considerou aquela Câmara que, "na comunidade das nações livres, cabe à propriedade uma função dupla, a qual consiste: *a*) na limitação da esfera individual, em que decisão e responsabilidade cabem ao proprietário; *b*) na proteção dessa esfera contra ameaças dos poderes políticos tida como condição indispensável de liberdade (definições do Professor *Roepke*, Genebra, em seu livro — "Acima de Oferta e Procura" — Genf., 1958 "Jenseits von Angebot und Nachfrage").

"Reconhecida a grande importância da noção de "propriedade", a democracia importa em restrições voluntàriamente assumidas contra atividades econômicas ilimitadas — tratados no sentido da cooperação entre tôdas as nações, indispensáveis na interdependência atual dos povos do nosso globo, são necessários para fomentar essa colaboração.

"A tese já foi objeto de discussões na 1.ª Conferência Internacional de Investimentos em Belo Horizonte, em junho de 1958, sendo naquele tempo, pela respectiva Comissão Técnica, recomendado o estudo dessa tese, sugerindo-se medidas assecuratórias dos investimentos estrangeiros.

"Simplificada de acôrdo com as negociações havidas no período entre a Conferência de Belo Horizonte e esta data — a tese se baseia em tratados atualmente existentes, tanto entre nações credoras e em desenvolvimento, quanto entre credores e nações altamente industrializadas, e na colaboração de cientistas e homens de negócios de muitas nações, internacionalmente reconhecidas".

O trabalho é de real merecimento e envolve o exame de problemas verdadeiramente transcedentais não sòmente do ponto de vista nacional quanto do internacional.

Eis porque recolhemos nestas paginas essa tese, para a qual chamamos a especial atenção do comércio e dos juristas em geral)

PREÂMBULO

As Altas Partes Contratantes,

na suposição de que a paz e segurança e o progresso do mundo só poderão ser conseguidos e garantidos mediante uma fecunda cooperação entre todos os povos, com base no Direito Internacional e na confiança mútua; e, ainda,

na apreciação da importância do fortalecimento das relações comerciais e do fomento do intercâmbio monetário em favor das atividades e do desenvolvimento econômicos; bem como

na consideração de que possa ser feita, para tais finalidades, mediante uma nova estipulação dos princípios de conduta em relação a investimentos estrangeiros;

resolveram, para êste fim, celebrar a seguinte

CONVENÇÃO

Artigo I

Cada Parte garante em todos os tempos um justo e equitativo tratamento da propriedade aos cidadãos das outras Partes.

Tal propriedade gozará da mais constante proteção e segurança nos territórios das outras Partes e a sua administração, seu uso e gôzo não poderão, de forma alguma, ser prejudicados por medidas inconvenientes discriminatórias.

Artigo II

Cada Parte garante em todos os tempos a observância de quaisquer compromissos que tenha assumido em relação a investimentos feitos por cidadãos de qualquer outra Parte.

Artigo III

Nenhuma Parte poderá tomar medidas contra cidadãos de uma outra Parte que os despojem, direta ou indiretamente, de sua propriedade, exceto mediante processo legal e sob a condição de que tais medidas não sejam discriminatórias ou contrárias às obrigações assumidas por aquela Parte e que estejam acompanhadas de justa e efetiva compensação. Adequadas providências devem ter sido tomadas, por ocasião ou antes da privação, para pronta determina-

ção e pagamento de uma tal indenização, que represente o verdadeiro valor da propriedade atingida; a indenização deverá ser feita em forma transferível e o pagamento ser realizado sem injusto atraso.

Artigo IV

Cada violação da presente Convenção obrigará a plena reparação. As Partes não poderão, dentro de seus Territórios, reconhecer ou fazer cumprir quaisquer medidas incompatíveis com os princípios da presente Convenção, relativas à propriedade de cidadãos de qualquer das Partes antes de haver sido feita ou assegurada a indenização.

Artigo V

Nenhuma Parte poderá tomar medidas em desacôrdo com a presente Convenção, a não ser que esteja envolvida em guerra, hostilidades ou outra calamidade pública que ameacem sua vida; tais medidas deverão ser limitadas, em extensão e duração, ao absolutamente necessário em vista da situação. Nada, neste artigo, poderá ser interpretado como substituindo as leis de guerra geralmente aceitas.

Artigo VI

As disposições da presente Convenção não prejudicarão a aplicação de atuais ou futuros convênios ou leis, que facultem ou venham a facultar maiores vantagens aos cidadãos de qualquer das partes.

Artigo VII

1) Quaisquer divergências referentes a interposição ou aplicação da presente Convenção, poderão, com a concordância das Partes interessadas, ser submetidas a um Tribunal de Arbitragem, constituido em conformidade com os dispositivos do Suplemento da presente Convenção. Tal concordância poderá ter a forma de acordos específicos ou de declarações unilaterais.

Na ausência de tal consentimento ou acôrdo sôbre o ajuste por outras providências especiais, fica cada uma das Partes autorizada a submeter a divergência à Côrte Internacional de Justiça.

2) Um cidadão de uma das Partes, que afirmar ter sido prejudicado por medidas que representem uma violação da presente

Convenção, poderá instaurar uma ação contra a Parte, responsável por essas medidas, perante o Tribunal de Arbitragem, citada no parágrafo 1.º deste Artigo, contanto que a Parte acusada tenha declarado que aceita a competência do referido Tribunal de Arbitragem, com respeito a reivindicações de cidadãos de uma ou mais Partes, inclusive a Parte interessada.

Artigo VIII

Se a Parte, contra a qual foi pronunciada uma sentença ou decisão, deixar de obedecer a suas disposições, ficarão as demais Partes autorizadas a tomar, individual ou coletivamente, as medidas que se tornarem estritamente necessárias ao cumprimento de tal sentença ou decisão.

Artigo IX

Para os efeitos desta Convenção,

a) o têrmo "cidadãos" de uma Parte inclui (*i*) companhias, que que sob as leis locais dessa Parte são consideradas companhias nacionais dessa Parte, e (*ii*) companhias nas quais cidadãos dessa Parte têm, direta ou indiretamente, interêsses de contrôle. O têrmo "companhias" inclui tanto pessoas jurídicas reconhecidas como tais pelas leis de uma Parte, como associações, mesmo que estas não possuam caracter legal;

b) o têrmo "propriedade" inclui todos os bens, diretos e interesses, pertencentes direta ou indiretamente, ao proprietário. O sócio de uma companhia será considerado interessado na propriedade da companhia.

Artigo X

Cláusulas finais relativas a ratificação, entrada em vigor, adesão, depósito, etc..

SUPLEMENTO

referente ao

TRIBUNAL DE ARBITRAGEM

1) — O Tribunal de Arbitragem, mencionado no Artigo VII da Convenção, será constituido de três pessoas, nomeadas como segue: Um árbitro será nomeado por cada uma das partes interessadas na arbitragem, e o terceiro árbitro (aqui, em diante, às vêzes, denominado "O Desempatador") será nomeado pelas partes em comum, ou, se não houver acôrdo entre as mesmas, pelo Presidente da Côrte Internacional de Justiça, ou, se esta não o nomear, pelo Secretário Geral das Nações Unidas. Se uma das partes deixar de nomear um árbitro, será este nomeado pelo Desempatador. Se um árbitro nomeado em conformidade com o presente artigo vier a demitir-se, falecer ou tornar-se incapaz de executar seu cargo, deverá ser nomeado um árbitro sucessor da mesma maneira que aqui descrita para a nomeação do primeiro árbitro, e tal sucessor terá todos os poderes e obrigações do primeiro árbitro.

2) — Processos de arbitragem poderão ser intentados após notificação pela parte que intentar tal processo (conforme o caso: ou uma Parte da Convenção ou um cidadão de uma Parte da Convenção) a outra parte. De tal notificação deverão constar a exposição da natureza da reparação desejada e o nome do árbitro nomeado pela parte que intenta tal processo. Dentro de 30 dias após ter sido feita tal comunicação, a parte adversa deverá levar ao conhecimento da parte iniciadora do processo o nome do árbitro por ela designado.

3) Se, dentro de 60 dias após a comunicação com a qual foi iniciado o processo de arbitragem, as partes não tiveram chegado a um acôrdo sôbre um Desempatador, cada uma das partes poderá exigir a nomeação dele, como previsto no artigo 1.º do presente Suplemento.

4) — O Tribunal de Arbitragem reunir-se-á em tempo e lugar a serem indicados pelo Desempatador. Em seguida, o Tribunal de Arbitragem determinará onde e quando deliberará.

5) — Salvo as determinações deste Suplemento e caso as partes não resolverem de outra maneira, o Tribunal de Arbitragem decidirá todos os assuntos de sua competência, regulando seu procedimento e a questão de custas. Tôdas as decisões do Tribunal de Arbitragem serão tomadas por maioria de votos.

6) — O Tribunal de Arbitragem ouvirá devidamente tôdas as partes e lançará sua sentença por escrito. A sentença também poderá ser pronunciada a revelia.

Um sentença assinada pela maioria do Tribunal de Arbitragem constituirá a sua sentença. Uma contra-fé assinada da sentença será encaminhada a cada parte. Cada sentença pronunciada em conformidade com as disposições dêste Suplemento será definitiva e obrigatória para as partes; a sentença será publicada. Cada parte deverá cumprir e executar a sentença pronunciada pelo Tribunal de Arbitragem.

COMENTÁRIO

Introdução — Em uma comunidade internacional onde ao investidor particular cabe um vasto e expressivo papel, é de importância primordial o estabelecimento de confiança na segurança de investimentos. A finalidade da presente Convenção sôbre Investimentos no Exterior é, porisso, contribuir para a criação de uma atmosfera favorável a continuação e ampliação do fluxo internacional de capital privado.

Para alcançar êste objetivo, a Convenção restabelece, em primeiro lugar, o que se considera serem os princípios fundamentais da lei internacional sôbre a forma, como se deve tratar o patrimônio, direitos e interesses de estrangeiros. Tais princípios têm uma larga base na prática dos países civilizados, bem como nas decisões dos tribunais internacionais, não obstante haver surgido, durante os últimos decênios em diversos países, uma tendência de desprezá-los. Foram procurados e apresentados argumentos para justificar medidas incompatíveis com as obrigações que a participação em uma comunidade internacional impõe às nações. No entanto, o intercâmbio econômico internacional não pode medrar nem prosperar em uma atmosfera de dúvidas e incertezas. Porisso, tornou-se necessário estipular as regras de um tratamento mútuo das nações em uma Convenção que assegurará aos cidadãos dos Estados Membros a segurança e proteção de seu patrimônio de um modo que seja indispensável para animar o fluxo de investimentos estrangeiros. Para atingir êste fim, há muitos argumentos em favor de uma Convenção multilateral. Se um certo número de nações concorda, no mesmo sentido, com um convênio multilateral, tal acôrdo terá, para a reafirmação de gerais princípios de direito, uma autoridade mui maior que um simples ajuste bilateral. Além disso, haverá vantagem, de daí resultar uma certa uniformidade de orientação que a Convenção estabelece, por exemplo, para a solução de divergências.

Tratamento justo e equitativo, protecção e segurança

Artigo I

A redação dos princípios constantes do artigo I é tirada de disposições similares constantes de Tratados Comerciais e de Amizade que os Estados Unidos da América celebraram, nos últimos anos, com pelo menos dezessete países, inclusive Colúmbia, Etiópia, Alemanha, Irã, Itália, Japão, Países Baixos e Uruguai; êstes tratados serviram também de modêlo para outros acordos bilaterais, tal como para o tratado celebrado recentemente entre o Reino Unido e o Irã. O texto desses contratos foi ligeiramente modificado, afim de deixar manifesto que a Convenção não se preocupa com questões de domicílio ou sede. A exclusão de "conduta inconveniente" é apenas uma expressão de uma noção inerente a qualquer sistema legal, o qual, na esfera do direito internacional, foi confirmada em têrmos gerais pela Côrte Internacional de Justiça em, por exemplo, o "Parecer sôbre as Condições de Admissão às Nações Unidas".[1] A proibição de medidas discriminatórias é muito análoga ao princípio estabelecido pela Côrte Internacional Permanente de Justiça no "Caso de Certos Interêsses Alemães na Alta Silésia Polonèsa.[2]

O cumprimento da palavra empenhada

Artigo II

O artigo II confirma e atribui particular importância ao universalmente reconhecido princípio de "*pacta sunt servanda*". Êste conceito é tão fundamental para a estrutura do direito internacional que um grupo de pesquisadores, depois de haver estudado os precedentes, chegou à conclusão que "Caso algum é conhecido em que um tribunal tenha rejeitado esta regra ou posto em dúvida sua validade".[3] Também não há qualquer motivo para fazer uma diferença entre a regra aplicável a tratados entre Estados e uma outra aplicável a contratos entre Estados com cidadãos estrangeiros. Nunca, por exemplo, foi feita a tentativa de contestar a validade da afirmativa

1. Côrte Internacional de Justiça, "Coleção de Sentenças, Pareceres e despachos", 1948, pág. 57.
2. "Côrte Internacional Permanente", Série A, n.º 7.
3. Ver *Harvard Research* in International Law, "The Law of Treaties", 1935.

apresentada, pela Suíça, no Caso Losinger,[4] à Côrte Permanente Internacional de Justiça, de que

> "O princípio *pacta sunt servanda* aplica-se não sòmente a convênios diretamente celebrados entre países, mas também àqueles entre um país e estrangeiros...."

Deveras, qualquer outra opinião seria incompatível com as conclusões contidas em arbitragens internacionais, tão bem conhecidas, referentes ao tratamento de concessões, tais como: — O caso Shufeldt,[5] o Caso Delagoa Bay Railaway,[6] ou o Caso El Triunfo.[7] Da mesma forma, a base essencial das decisões da Côrte Permanente Internacional de Justiça nos casos dos empréstimos sérvios e brasileiros[8] é que Estados não têm o direito de modificar ou cancelar, unilateralmente, contratos em que estrangeiros são partes. O grau de aceitação destes princípios torna-se evidente pelos têrmos da Resolução adoptada pela Internacional Law Association em sua Conferência em Nova York, no ano de 1958, em que se declarou, entre outros, "que os princípios da lei internacional estabelecendo a inviolabilidade das promessas de um Estado e o respeito dos direitos adquiridos por estrangeiros exigem... que as partes de um contrato entre um Estado e um estrangeiro estejam obrigados a cumprir as suas promessas de acôrdo com os princípios da lealdade (in good faith)".

Direitos de propriedade

Artigo III

O artigo III foi elaborado na base de que enquanto, geralmente, todo país têm o direito soberano de nacionalizar ou expropriar bens situados em seu território, inclusive bens estrangeiros, se necessário fôr, tal direito não pode ser exercido, em relação a estrangeiros senão sob certas condições. A finalidade do artigo é restabelecer condições mínimas, das quais, a mais importante exige que as medidas tomadas não estejam em desacôrdo com as promessas e obrigações assumidas por um Estado. Tais providências, ainda, devem ser acompanhadas pelo pagamento de uma indenização justa e efetiva.

---

4. Série C, n.º 78, pág. 32, (1936).
5. "United Nations, Reports of International Arbitral Awards", vol. II pág. 1.083.
6. *La Fontaine,* "Pasicrisie Internationale", 1902, pág. 389.
7. *Foreing* "Relations of the United States", 1902, pág. 1859.
8. 1929, Série A, n.º 20-21.

A êste respeito, a Convenção repete uma disposição que consta, uniformemente, dos Tratados Comerciais e de Amizade celebrados, nos últimos anos, pelos Estados Unidos e aos quais já foi feita referência.

De uma esfera diferente, mas igualmente significativa para o princípio internacionalmente reconhecido, é o seguinte extrato da Resolução 390-A (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 2 de Dezembro de 1950, na qual se estipularam determinadas regras para o tratamento de estrangeiros e nacionais em Eritréia:

> "O Govêrno Federal... garantirá aos habitantes da Eritréia... o gôzo dos direitos do homem e as liberdades fundamentais, inclusive os seguintes:
>
> ..... (C) o direito de ter bens e de dispôr dos mesmos. Ninguém poderá ser despojado de seu patrimônio, inclusive de direitos contratuais, sem o devido processo legal e sem pagamento de uma indenização justa e efetiva".

A norma "indenização justa" foi, ainda, aceita e aplicada pela Côrte Permanente de Arbitragem no caso dos navios norueguêses (1922)[9] bem como pelo Professor Dr. *Huber* na qualidade de árbitro no caso das Reivindicações de Inglêses na zona espanhola dos Marrocos[10] entre o Reino Unido e a Espanha, em 1924. É equivalente à "justa compensação" ou "preço justo" a que se refere a Côrte Permanente Internacional de Justiça no *Caso Chorzow Factory* (*Indenização*),[11] como norma de pagamento a ser feito pelo Govêrno no caso de expropriação legal. Êste grau de compensação compreende o pagamento do valor da propriedade no momento da expropriação, sem influência de fatores artificiais, tais como: reduções de valor em virtude de expectativa do seqüestro; deve-se acrescentar juros a contar do dia da desapropriação até o dia do pagamento da indenização. Em determinadas circunstâncias, no valor da propriedade incluem-se ainda lucros cessantes, como se depreende da sentença acima referida.

A determinação de que a indenização deverá ser paga de "forma transferível" não representa um desvio notável das considerações que fêz a Côrte Permanente Internacional de Justiça, no *caso do vapor "Wimbledon"*[12] adjudicando a indenização na moeda estável do país

---

9. *Scott*, "Hague Court Reports", (Segunda Série), pág. 40.
10. "United Nations Reports of International Arbitral Awards", vol. II pág. 616, (1928).
11. "P. C. I. J.", Série A, n.º 17, págs. 46-47.
12. (1923) — Série A, n.º 1.

autor (francos francêses) e não na moeda em declínio do país réu (marcos). A côrte partiu da consideração de que o franco francês fôra a moeda em que as operações financeiras e as contas do autor haviam sido lançadas e que, em consequência disso, tal indenização representaria "a medida exata do prejuízo a ser reparado".

De forma semelhante, a disposição relativa ao pagamento de indenização, que deverá ser prestado "sem demora indevida" fica na esfera das expressões como "imediatamente" (como empregada no caso dos navios norueguêses,[13] "o mais ràpidamente possível" (como usada no caso *Goldenberg* contra Alemanha[14] e um "período razoável".[15]

Violações desta Convenção

Artigo IV

O artigo IV confirma novamente dois outros princípios fundamentais do direito internacional. O princípio sôbre o qual baseia-se a primeira frase do artigo é autoritativamente fixado na sentença da Côrte Permanente Internacional de Justiça no Caso Chorzow Factory.

> "O princípio essencial contido na verdadeira concepção de um ato ilegal.... é que a reparação deve, na medida do possível, apagar tôdas as consequências do ato ilegal e restabelecer a situação que, mui provàvelmente, teria existido se não fôsse praticado esse ato".[16]

Onde "*restitutio in integrum*" é impossível, deve o pagamento a ser feito, como explicou a Côrte, incluir, além do valor do patrimônio, todos os outros prejuizos sofridos pela pessoa ofendida em consequência do injusto seqüestro de sua propriedade.

Os têrmos da segunda frase baseiam-se em um princípio igualmente importante, a saber: — *ex injuria jus non oritur* — um princípio que se reflete na esfera dos direitos patrimoniais, por exemplo, em um número de decisões dos Tribunais de Arbitragem

---

13. *Scott*, "Hague Court Reports", Segunda Série.
14. (1928), "United Nations, Reports of International Arbitral Awards", vol. II, pág. 903.
15. Mencionada na arbitragem entre o Portugal e a Alemanha, em 1930, no mesmo, pág. 1.037.
16. 1928, série A, n.º 17, à pág. 47.

Mistos, após a primeira guerra mundial, bem como de várias côrtes nacionais.

Solução de divergências

Artigo VII

Como ponto essencial de cada instrumento destinado à criação de uma atmosfera de confiança é preciso que haja uma disposição sôbre a decisão eficaz de tôdas as eventuais divergências por parte de uma entidade imparcial. Convenções, sem o mecanismo para determinar seu conteúdo e sua aplicação, não podem atingir o fim almejado. Correspondentemente, o artigo VII da Convenção prevê, em primeiro lugar, a solução por arbitragem das divergências oriundas da aplicação da Convenção ou relacionadas com a mesma. Divergências desta natureza foram consideradas, há muito tempo, como sendo próprios para uma solução por arbitragem, como mostra, amplamente, a história da arbitragem internacional, a começar com o Tratado de Jay, de 1794, através das Comissões de Arbitragem e os tribunais especiais *ad hoc* constituidos. Ao mesmo tempo, previu-se a competência compulsória da Côrte Internacional de Justiça para aquêles casos nos quais as Partes não preferem fazer uso do mecanismo de arbitragem previsto na Convenção ou de outras modalidades especiais.

Além disso, sentiu-se que seria importante estipular algumas cláusulas que possibilitem ao investidor particular procurar uma proteção internacional. A idéia de que uma pessôa particular poderia ter o direito de dirigir-se diretamente a um tribunal internacional não é nova. A posição processual desta natureza possuia pessoas particulares perante a Côrte de Justiça da América Central e perante certas Côrtes de Arbitragem Mistas e ainda hoje a têm perante instituições tão diversas como a Côrte da Comunidade Européia, a Comissão Européia para os Direitos do Homem e os Tribunais Administradores de organizações internacionais. Não se afasta da tradição legal ao propôr-se que direitos semelhantes deveriam ser concedidos a pessoas particulares, quando se tratar de matéria patrimonial (investimentos). A concessão de tais direitos é prevista no segundo parágrafo do artigo. Suas disposições, so entanto, são inteiramente facultativas. Se uma Parte estiver disposta a permitir que um processo seja encetado contra si própria, por cidadãos de uma outra Parte, poderá ela fazer uma declaração neste sentido. Se, em tais casos, o processo fôr iniciado por um cidadão particular, será a jurisdição conferida exclusivamente ao Tribunal de Arbitragem.

Um Suplemento da Convenção contem dispositivos sôbre a organização do Tribunal de Arbitragem. A estrutura dêste Tribunal não difere, em qualquer detalhe importante, daquela do Tribunal de Arbitragem citado nos "Regulamentos para Empréstimos" 3 e 4 do "Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento". Êsses Regulamentos deixam aberto um número de questões para consideração futura, tais como a organização de uma lista de árbitros, o emprêgo das facilidades da Côrte Permanente de Arbitragem e a adoção dos "*Model Rules of Arbitral Procedure*" (Regulamentos Modêlo de Processo de Arbitragem), elaborados pela Comissão de Leis Internacionais, em 1958.

Dispositivos gerais e finais

Artigos V, VI, VIII, IX e X.

As outras disposições da Convenção não precisam de comentários. Os têrmos do Artigo V correspondem àqueles do artigo 15 da Convenção Européia sôbre os Direitos do Homem e do artigo 28 da Convenção Européia sôbre domicílios. O artigo VI segue de perto ao artigo 25 da Convenção Européia sôbre domicílios.

O artigo VIII autoriza — porém não obriga — os Estados, Partes da Convenção, que não são parte de uma contenda, a ajudar à Parte em cujo favor foi pronunciada uma sentença ou decisão arbitral, mediante as medidas, estritamente necessárias para que a sentença ou decisão arbitral seja cumprida. A disposição é a consequência natural do interêsse comum, que as Partes têm na observação dos princípios do direito internacional, estabelecidos nesta Convenção. Porisso, êste Artigo pode ser comparado, nêste sentido, com os artigos 41 e 94 (2) da Carta das Nações Unidas, o preâmbulo e os artigos 32 (4) e 54 da Convenção Européia sôbre os Direitos do Homem e artigo 31 (4) da Convenção Européia sôbre domicílio.

O artigo IX contém definições necessárias. O artigo X chama meramente a atenção sôbre as questões formais relativas ao funcionamento da Convenção, tais como: ratificação, entrada em vigor, aceitação e depósito, sem, porém, ser feita nesse artigo uma tentativa de regulamentação. No estado atual, não há motivo para elaborar tais regulamentos. Apenas é preciso dizer que, em princípio, seria indesejável se fossem admitidas na Convenção quaisquer reservas. Especialmente, um dos objetivos principais da Convenção iria falhar se, por exemplo, fosse permitido às Partes aplicar de modo diferente disposições "matérias" e aquelas que dizem respeito à solução de divergências.

Após a devida consideração dos problemas ligados a possíveis repetições por algumas partes da presente Convenção de outros convênios internacionais, formou-se a opinião de ser desnecessário incluir uma cláusula que diga respeito a tal situação. Pensava-se que a jurisdição da Côrte Internacional de Justiça e do Tribunal de Arbitragem não deveria ser excluida tão sòmente pela razão de ser possível resolver alguma parte de uma divergência oriunda da presente Convenção também por um modo diferente de solução, determinado por outro Convênio internacional.

JURISPRUDÊNCIA

Capítulo I

DIREITOS E OBRIGAÇÕES PROFISSIONAIS DO COMERCIANTE

I

A MULHER E O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE CORRETAGEM OFICIAL

(Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 40.229, de São Paulo. Fazenda do Estado de São Paulo vs. D. Elza Castelo. Relator, Ministro Antonio Vilas Boas).

Não tomou conhecimento do recurso a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 9 de janeiro de 1959, nos têrmos do voto do Relator, assim expresso:

"O Senhor Ministro *Antonio Villas Boas*: Alega a recorrente, Fazenda do Estado, que o acórdão da Quarta Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao assegurar a uma pessoa do sexo feminino a nomeação de preposto de corretor, para a Bolsa de Valores de Santos, assentou regra em antinômia com o artigo 141, parágrafo 1.º, da Constituição, malferiu disposições do Código Comercial, e do Decreto n.º 2.475, de 1897, e entrou em contradição com a solução dada pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos a espécie análoga. A recorrida, dona Elza Castello, se defendeu. Opinou a douta Procuradoria Geral da República pelo não conhecimento.

É o relatório.

A Constituição tornou os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros, observados os "requesitos" que a lei estabelecer (artigo 184). Outrossim, declarou livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer (artigo 141, parágrafo 14).

Aqui não se cogita de preenchimento de cargo público, e sim da nomeação de prepôsto de corretor de Fundos Públicos, que,

embora exerça ofício público (Regimento da Bolsa, artigo 198), não é funcionário público, mas agente auxiliar de comércio (Código Comercial, artigo 35).

O aresto recorrido não diverge, conceitualmente, do apresentado como padrão, que reputou válida a legislação, anterior e posterior à Constituição de 1946, que só permite aos homens a matrícula no Instituto Rio Branco, para ingresso na carreira diplomática.

A lei pode vedar ou só permitir as mulheres o desempenho de determinadas funções públicas. E assim o sexo será um requisito de investidura. Mas uma lei não pode hoje proibir à mulher plenamente capaz o exercício de qualquer profissão porque o sexo não está entre aquelas condições de capacidade ou incapacidade, a que se refere o inciso constitucional.

A decisão recorrida emitiu um princípio perfeito, a que a ordem jurídica brasileira está, também, vinculada, pela aprovação do Legislativo Nacional à convenção dos Estados americanos, que outorga à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem (Resolução n.º 31.643/52).

Não conheço do recurso.

COMENTÁRIO

Publicaram-se, no último fascículo desta Revista o acórdão da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, que originou o recurso extraordinário, no qual se proferiu o acórdão supra; e o excelente trabalho em que o Professor *Haroldo Valadão* desenvolveu, em face da doutrina e do texto constitucional, a tese vencedora.

Realmente, assentou-se na súmula do acórdão que, pelo art. 141, § 14, da Constituição, a mulher plenamente capaz pode ser nomeada preposta de corretor de fundos públicos, devendo reputar-se derrogado o preceito do art. 37, n.º 2, do Código Comercial.

Abre o julgado, com efeito, novo campo de atividade às mulheres, que ocupam hoje os mais altos cargos e exercem as profissões liberais, em todos os seus ramos. Se a magistratura, se o magistério superior ou universitário, a diplomacia, que antes eram reservados aos homens, se acham à livre preferência das mulheres, quer pela obtenção da láurea universitária, quer pelo êxito em concurso, como, ainda há pouco, se verificou na Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, na qual uma jovem jurista se sagrou, disputando a cátedra de Direito Civil a homens consagrados na magistratura e mesmo no magistério jurídico, seria incompreensível o prevalecimento do dispositivo da lei mercantil que reservava aos varões o simples ofício de corretor de fundos públicos, ou de seu preposto.

CAPÍTULO II

SOCIEDADES

I

A POSSE DO GERENTE DO ESTABELECIMENTO PERTENCENTE A SOCIEDADE ANÔNIMA E DOS DIREITOS DESTA

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Câmara Cível. Apelação cível n.º 47.586. Drogaria Gerteira, S. A. vs. Artur Gomes dos Santos. Relator Desembargador Guilherme Estelita).

"Acordam os Juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, custas como de lei.

Tendo o apelado, vindo a falir como negociante quando estabelecido com a Drogaria C., à Av. Nilo Peçanha n... seus credores concordaram em que fôsse o negócio do falido adquirido pela apelante, transação homologada pelo Juiz. Solução proveitosa para o falido, que em virtude dela recebe diversas e consideráveis vantagens, discriminadas na carta de (fls.). Entre elas, merecem destacadas, duas: primeira, garantir-lhe a apelante durante tôda a vida uma retirada mensal de Cr$..., sujeita a futuros aumentos, de acôrdo com a elevação do custo de vida, nas mesmas proporções dos demais diretores da sociedade adquirente; segunda, dar-lhe a apelante o título, "meramente formal", de gerente do estabelecimento no Castelo, "sem que tenha V. S. o direito de intervir na administração do negócio". Isto em 16 de maio de 1955.

Passados pouco mais de dois anos, em agôsto de 1957, já desentendidos os pactuantes, pediu o apelado fôsse reintegrado na posse do estabelecimento (eis que, segundo alegou, nela fôra mantido enquanto a ré não cumprisse as obrigações assumidas na aludida transação), e estava a ré sem cumprir determinadas obrigações, por êle apontadas.

Concedida a medida liminar em condições que impediam até a entrada do apelado no seu estabelecimento, provocando reclamação

atendida, prosseguiu a causa, sendo afinal julgada procedente, provocando o recurso ora julgado.

Ao ver do Tribunal, de todo em todo descabida é a concessão da medida possessória. Não é o apelado gerente do estabelecimento comercial da apelante, pois tal função não lhe foi dada no ajuste. Aí lhe concedeu a apelante apenas o título "meramente formal", de drogaria de sua propriedade, pois a adquirira da massa falida, com a concordância dos credores e homologação judicial. Não é possível transformar um título, por assim dizer honorífico, em direito efetivo ao cargo de gerente. Se as palavras têm sentido, a outra conclusão será difícil chegar.

Demais disso, convém esclarecer a concessão do título ao apelado tem um sentido puramente moral: como fôra êle, até então, o dono do estabelecimento e em razão da falência o perdia, talvez a compradora tenha lhe concedido o título para suavizar-lhe a derrota, ou talvez para facilitar a aceitação do arranjo proposto. Ou foi essa a intenção da concessão a êle feita, ou foi uma outra, a seguir exposta:

Teria visado justificar, com êsse título "meramente formal" de gerente, "sem direito a interferir na administração do negócio" (diante dêsses têrmos a que se reduziria a gerência?) a concessão da retirada, durante o resto da vida, de Cr$..., mensais, verdadeira aposentadoria, com direito a reajustamentos ao custo da vida. Concessão, portanto, visando, sem dúvida, ressalvar o aspecto moral a percepção da retirada.

Seja, porém, qual fôr a razão justificativa da concessão do título, "meramente formal, de gerente, sem direito a interferir na administração do negócio", o fato é que dêsse título, dado em tais condições, jamais poderia resultar para o apelado a qualidade de gerente efetivo do estabelecimento comercial, de propriedade da apelante. Não tendo dêste posse, dela não poderia ter sido esbulhado. E menos ainda, reintegrado.

Se a apelante, como assevera o apelado, não está cumprindo as obrigações assumidas ao adquirir o negócio da massa falida, cabe ao antigo falido, ora apelado, contra ela agir pelos meios judiciais devidos.

Não, porém, pelo que usou — a via possesória — com êxito imerecido.

Rio de Janeiro, 28 de agôsto de 1958. — *Guilherme Estelita,* Presidente e Relator, designado. — *Paulo Alonso.*

João Coelho Branco, vencido pelas razões a seguir expostas:

"A resolução dos credores homologada pelo Juízo da falência e a carta contrato, que a completa, constituem os instrumentos da

relação jurídica criada entre as partes e que definem os direitos e obrigações de cada uma. Devem, por isso, ser examinadas e interpretadas em conjunto. E, dêsse exame e dessa exegese, resulta evidente que a apelante, ao adquirir o patrimônio comercial do apelado, assumiu não só a obrigação de pagar o passivo da firma, inclusive os encargos e dívidas da massa, como também a de manter o devedor-cedente na gerência do estabelecimento, até, pelo menos, ao pagamento das dívidas fiscais exigíveis. Ao lado da sua posse de novo adquirente, admitiu permitisse o antigo proprietário com posse direta e temporária ao negócio, restrita aos limites estatuídos na convenção.

Nasceu, assim, situação ajustável ao art. 486 do Código Civil, *in verbis*:

"Quando, por fôrça de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporàriamente a posse direta, não anula esta às pessoas de quem êles a houverem a posse indireta".

Como já dizia *Orozimbo Nonato,* quando ainda membro conspícuo do Tribunal de Apelação de Minas, sempre que alguém se outorga o poder de utilizar de uma coisa por fôrça de contrato ou direito preexistente, verifica-se a "posse direta", que é temporária e tem a duração daquele contrato ou daquele direito".

Acrescentando que, em tal caso.

"constitui verdadeiro *ius receptum* caber ao possuidor direto o uso dos interditos contra o indireto e contra terceiros". ("Rev. For.", vol. 81, pág. 180).

Em verdade, o princípio, de que o possuidor direto pode lançar mão de interditos possessórios contra quem quer que seja o agressor à sua posse, ainda mesmo que seja o possuidor indireto, constitui doutrina predominante, já aceita por *João Luiz Alves* ("Cód. Civil Coment.", ao art. 486), *Tito Fulgêncio* ("Da Posse e das Ações Possessórias", 1.922, ns. 87-89, págs. 85-86) e *Carvalho Santos* ("Cód. Civ. Br. Interpretado", segunda edição, 1937, vol. VII, págs. 29 e 103). Na esteira dêsse pensar, assertiva o autorizado *Astolpho Rezende.*

"Se o possuidor direto é perturbado em sua posse, ou dela esbulhado, pelo possuidor "indireto", não se pode pôr em dúvida que êle poderá intentar contra êste a ação respectiva, da manutenção ou de esbulho.

Se, por outro lado, esgotado o prazo da posse temporária, o possuidor direto se recusar a restituir a coisa ao possuidor indireto, claro é que cometerá esbulho, e assim deve ser passível de ação de reintegração em favor do possuidor indireto, porque a sua posse, por temporária cessou". ("A Posse e a sua proteção", 1937, vol. 1.º, n.º 86, pág. 220).

Na síntese feliz de *Jorge Americano*.

"O contrato indica as linhas dentro das quais se movem as partes. Se não ultrapassadas, nasce ação possessória a favor da parte lesada".

Acrescentando:

"no conceito do seu autor (*Clóvis*), o Código visa manter a "co-existência" de ambas as partes, a qual só se verifica com a proteção concedida a qualquer delas contra a parte que a ameaçar. O interdito concedido a um dos possuidores tem por fim restringir aos têrmos de direito aquela das duas posses que ultrapassar o respectivo limite, mantendo-a, porém, na amplidão que lhe confere o título. ("Dos Direitos que se exteriorizam pela posse", 1926, n.º 22, págs. 44-46).

Na aplicação dêsses princípios, não havia como deixar de admitir a deferir ao autor-apelado o interdito possessório impetrado, em face da posse temporária de que é titular e em razão dos atos de turbação contra êle praticados, em concretização da ameaça constante da carta remetida pela apelante, que constitui, também, consequência da reconhecida resistência em cumprir adequadamente a assumida obrigação de liquidar os débitos fiscais preexistentes.

O apelado, a meu ver, devia ser mantido na posse que lhe foi deferida, até que a apelante provasse o cumprimento das obrigações assumidas na convenção".

II

AS SOCIEDADES MERCANTÍS E OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS SÓCIOS

(*Sumário jurisprudencial*)

§ 1.º

Das sociedades de fato ou irregulares

1. *A existência da sociedade independentemente do registro de seu contrato.* — Ao que decidiu acordão de 8 de agôsto de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959 e relatado pelo Desembargador *Gastão Macedo*, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no direito brasileiro a existência de sociedade comercial se caracteriza pelo simples exercício do comércio, independente do registro do respectivo contrato, nestes têrmos:

"A sentença é, porém, incensurável, pois aplicou à espécie, com exatidão, o direito brasileiro.

Por êle, caracteriza-se a sociedade comercial desde o momento em que duas ou mais pessoas conjugam esforços para lograr fins comuns, isto é, para praticar atos de comércio. É o disposto no art. 305 do Código Comercial, que indica, aliás, todos os indícios da existência de fato da sociedade. O registro só demonstra a existência de fato da pessoa jurídica, mas não é imprescindível para caracterizar a sociedade, que é uma questão de fato, do mesmo modo que, em direito civil, a família existe, independente do casamento, que só prova a existência da família legítima.

Assim, mesmo que a sociedade já não tivesse existência legal, como já tem, mesmo assim, o contrato de locação foi feito com uma sociedade comercial capaz de direitos e obrigações e até mesmo passível de ser considerada falida. Não há, consequentemente, qualquer nulidade a ser apontada, de modo a invalidar um contrato regularmente feito".

NOTA — Assim decidindo, e foi no julgamento da apelação cível n.º 48.564, o acórdão deu como certo que a existência da sociedade mercantil se tem pelo simples fato do exercício do comércio.

Ora, nem é assim, em face do dispositivo do art. 301 do Código Comercial, terceira alínea, mercê do qual "enquanto o instrumento do contrato não fôr registrado, não terá validade entre os sócios, nem contra terceiros; mas dará ação a êstes contra todos os sócios solidàriamente".

A súmula do julgado não condiz com êsse texto.

Se o contrato não foi arquivado, êle é inválido contra terceiros — é como se não existisse.

No caso, se tratava de ação para rescindir contrato de locação, sob o fundamento, da inexistência da sociedade; mas existia uma comunhão de interesses e teria sido com os comunheiros que a locação se fizera, o que o julgado não deixou bem claro.

JAIRO FRANCO

2. *A dissolução de sociedade de fato e os bens imóveis de um dos sócios.* — Por acórdão de 19 de junho de 1958, proferido na apelação cível n.º 46.422, relatado pelo Desembargador *Sebastião Perez Lima* e publicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim decidiu:

"O apelante pretende a reforma da decisão, que, decretando a dissolução da sociedade de fato existente entre êle e o apelado, excluiu do acervo social o imóvel a que se refere a escritura de (fls).

Entende êle que o imóvel em questão foi adquirido com dinheiro da sociedade e que, portanto, constitui parte integrante do seu patrimônio.

A verdade é, porém, que da escritura, que foi devidamente averbada, consta que a cessão dos direitos relativos à promessa de compra e venda do imóvel situado na rua A. O. P. n.º 145, foi feita ao apelado e, em tais condições, injurídico seria fazer valer sôbre o valor probante do instrumento, revestido das formalidades legais, a prova testemunhal feita pelo apelante com o fim de demonstrar que a aquisição de tais direitos se fêz em proveito da sociedade.

Acresce que o que pretende, em última análise, o apelante é cancelar, por via obliqua, a averbação da transação no Registro Geral de Imóveis, quando é de lei que o cancelamento do registro ou da averbação só poderá ser feito em virtude de sentença definitiva, proferida na ação própria (Decreto-lei n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 294).

Se houve o emprêgo fraudulento de fundos da sociedade na aquisição do imóvel, por parte do apelado, é evidente que caberá ao sócio prejudicado reclamar as perdas e danos a que se julgar com o direito e nunca, em processo de dissolução da sociedade de fato, reivindicar para o acervo social bens que foram adquiridos pelo outro sócio em nome próprio".

NOTA — Na sociedade de fato, sem contrato constitutivo, se estabelece o estado de comunhão quanto aos bens ou valor e postos em comum pelos sócios para o exercício do seu comércio; e apenas quanto a êsses bens, não quanto aos bens particulares de cada um dêles, estranhos ao negócio comum.

Foi, em suma, a tése que o acórdão adotou, confirmando a sentença que decretou a dissolução de sociedade de fato, excluindo dos haveres desta o imóvel que um dos dois sócios se obrigou a comprar e fêz averbar a escritura de compromisso em seu próprio nome.

Se, para essa aquisição, e bem decidiu a sentença, tal sócio se apoderou indevidamente de recursos sociais, matéria essa que deve ser apurada em forma e via regular.

3. *A falta de prova da existência e a impossibilidade de sua dissolução.* — Por acórdão de 29 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador *Sebastião Perez Lima* e publicado no Diário da Justiça de 23 de julho de 1959, o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal desprezou os embargos na apelação cível n.º 42.667, pelo seguinte:

"Trata-se de embargos de nulidade opostos ao v. acórdão 77, que, contra o voto do Des. *Oliveira e Silva*, confirmou a sentença que julgou improcedente a ação proposta por A. G. contra M. R. F., visando à dissolução da sociedade de fato, que, segundo alegava, mantinha com o réu, e condenou o autor no décuplo das custas e nos honorários de advogado de Cr$....

Com fundamento no voto vencido, o embargante pleiteia a reforma do julgado.

Entende o voto vencido que há nos autos prova documental e testemunhal demonstrando que os litigantes mantiveram uma sociedade de fato, inicialmente, para a compra e revenda de automóvel e, finalmente, para a exploração de uma emprêsa de auto-lotações.

A primeira estaria representada pelos documentos de (fls.), positivando a compra de 3 caminhonetes e a aquisição de peças para as mesmas, além do fornecimento de dinheiro ao embargado, bem como o pagamento de multas impostas por infrações das leis do trânsito; a segunda estaria representada pelos depoimentos de (fls.) 306 a 310, segundo os quais o autor e o réu eram tidos e havidos como sócios.

Mas, contra essa prova em que se esteia o voto vencido, há nos autos uma série de vales firmados pelo autor, como adiantamento de salários (fls. 38 a 45), o que, conforme salienta o v. acórdão, vem corroborar a afirmação do réu, segundo o qual a posição do autor era a de méro empregado, recebendo salários e comissões, e o incisivo e claro depoimento do representante legal da C. S. A. — vendedora das caminhonetes esclarecendo que os veículos foram adquiridos pelo réu, tendo sido, porém, as faturas extraídas em nome de terceiros, inclusive do autor, visto que "a exploração das caminhonetes, em nome individual, reclama que o motorista seja o seu proprietário".

Êsse depoimento é corroborado pelo intermediário do negócio; pelo laudo do perito do autor e pelas testemunhas, que emprestaram os seus nomes para o faturamento já referido.

O depoimento da testemunha de intermediária do negócio entre o réu e a C. é impressionante, por isso que dá bem uma idéia do procedimento incorreto do embargante com o cunhado, ora embargado.

Vê-se, portanto, que nunca existiu a sociedade de fato cuja dissolução é pretendida pelo embargante, que mantinha, apenas, uma relação de emprêgo com o embargado".

4. *A improcedência de ação dissolutória de sociedade inexistante.* — Por acórdão de 29 de dezembro de 1958, relatado pelo Desembargador *Pedro Chaves*, negou provimento a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo à apelação cível n.º 91.081, da Capital, pelos seguintes fundamentos:

"Pretenderam os autores a dissolução e liquidação da sociedade M. S. Ltda., mas como ficou bem demonstrado e consta até da inicial, tal sociedade nunca chegou a constituir-se de direito, seu contrato não foi registrado e nem ao menos chegou a ser assinado; se não teve a sociedade vida regular, não conseguiram também os autores-apelantes demonstrar a existência de uma sociedade irregular ou de

fato, como bem decidiu o juiz, porque o característico das sociedades irregulares é a negociação em comum, demonstrativa do intuito associativo, que não pode ser vislumbrado sequer em atos isolados, praticados na fase preparatória de um contrato que não chegou à conclusão.

"Fica assim confirmada a sentença apelada".

NOTA — Ao que do julgado se infere, cuidou-se efetivamente da constituição de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. Tal se infere da adoção da firma indicativa da sociedade dêsse tipo.

Não fizeram os autores a prova da existência da sociedade. Nem mesmo de que tivessem contribuído com recursos ou trabalho para isso. Pelo menos, nada alegaram a êsse respeito; e assim não provada a existência de fato da sociedade, a ação de sua dissolução e liquidação era improcedente.

5. *A nomeação do liquidante de sociedade irregular.* — Por acórdão de 5 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador *Rebelo Horta* e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de março de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, negando provimento ao agravo de instrumento n.º 10.296, decidiu:

"Trata-se de agravo de instrumento do despacho do dr. Juiz da 11.ª Vara Cível que, em processo de dissolução de sociedade comercial irregular, nomeou o liquidante. O recurso encontra o seu fundamento no inciso VII do art. 842 e, para justificá-lo, se alega que a nomeação se fêz sem a audiência da agravante, resultante de eleição para a qual não foi prèviamente notificada, e que é além do mais contra indicada porque o nomeado tem interêsses contrários à sociedade.

O acórdão proferido por esta Câmara, na apelação interposta da sentença que decretou a dissolução da sociedade, assentou que o liquidante deveria ser escolhido, na falta de qualquer ajuste entre os interessados, na forma estabelecida pelo parágrafo primeiro do art. 657 do Código Civil. E foi justamente o que fèz o despacho agravado.

Na verdade, não foi a agravante intimada, prèviamente, para a escolha do liquidante. Embora a intimação prévia se deva sempre fazer, já que, silenciando a lei a respeito, a boa cautela está a indicar que à eleição deve preceder despacho nos autos, a ser publicado no "Diário da Justiça", fixando o prazo dentro do qual os votos deverão ser recolhidos em cartório, o certo é que os demais sócios assim procederam, e só a agravante é que ficou de fora, com sócio divergente. Mas a simples divergência de um ou mais sócios, desde que a maioria dos interessados fèz a escolha do liquidante, depositando em cartório o seu voto, não dá o direito à nomeação de liquidante estranho, por parte do juiz. Pois que a lei de processo dispõe expressamente que o liquidante, no caso, será escolhido por maioria

de votos, e sòmente quando se der empate na escolha é que esta será feita pelo juiz entre pessoas estranhas à sociedade (parágrafo primeiro, 2.ª parte, e parágrafo segundo, ambos, do art. 657).

Ademais, tem-se que, ainda que provido o agravo para que se procedesse à nova eleição, com prévia notificação de todos os interessados, dada a circunstância de ser a recorrente a única divergente, a nova escolha deveria recair no mesmo sócio, razão porque não se pode enxergar aí qualquer prejuízo para a agravante. E como está expresso no art. 661, caso ocorra um dos motivos alí previstos, há o recurso da restituição do liquidante, o que poderá se dar até *ex-officio* pelo juiz. Cumpre então, à agravante ficar vigilante na defesa dos seus interêsses".

§ 2.º

Das sociedades em nome coletivo ou com firma

6 — *A responsabilidade do sócio gerente para com a sociedade e terceiros pelo excesso de mandato e violação do contrato e da lei.* — Por acórdão de 11 de setembro de 1958, relatado pelo Desembargador *Nelson Ribeiro Alves* e publicado no "Diário da Justiça" de 20 de agôsto de 1958, o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, recebeu os embargos à apelação cível n.º 38.386.

"A fim de considerar o embargante parte legítima *ad causam*, devendo o doutor Juiz *a quo* proferir sentença de mérito, vencidos os Desembargadores *Rebello Horta* e *Xenócrates Calmon*.

O embargante propôs uma ação executiva contra a embargada, mas foi julgado carecedor de ação, em virtude do contrato social vedar, expressamente, a prestação de fiança, confirmada a decisão, por maioria, pela Egrégia 5.ª Câmara Cível, vencido o Desembargador Oliveira Ramos, que reconhecia a responsabilidade da apelada, acentuando, a seguir, que se o sócio exorbitou dos poderes, a questão se resolvia, respondendo o sócio para com a sociedade.

Os embargos foram opostos com base nos têrmos do voto vencido, os quais, em parte, foram recebidos.

Com efeito, a embargada prestou fiança, o que se verificou por intermédio de seu sócio, mas argüiu, em defesa, a nulidade do dito ato, alegando infração de cláusula contratual, que vedava a prestação de fiança.

O sócio gerente, ou que der nome à firma, não responde pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade: eis o disposto no art. 10 do Decreto n.º 3.703, de 10 de janeiro de 1919. Responde, porém, para com ela e para com terceiros, e, quando dois ou mais forem os gerentes, solidária e ilimitadamente, pelo ex-

cesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Acresce que, dita responsabilidade, além da civil, envolve até a criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar, consoante a norma do art. 11 do citado diploma legal, não se devendo esquecer que a pessoa jurídica, no caso, teve culpa *in eligendo,* quando designou a gerência ao sócio sem os requisitos de prudência.

Ora, o embargante aceitou a fiança prestada, mas não estava obrigado a ponderar a respeito de tal responsabilidade, acrescendo que o sócio, a seu turno, não podia desconhecer a relevância do ato praticado, que devia ser, em princípio, cercado de boa fé, pois, do contrário, seria fonte inesgotável de prática de atos ilícitos.

A embargada, por via, própria, deverá apurar a responsabilidade do ato praticado por seu sócio gerente, querendo, devendo-se ponderar que, na hipótese, teve o testemunho de um outro sócio, constituindo, inclusive, a maioria do capital social".

NOTA — Divergiu do julgado o Desembargador *Moacyr Rebello Horta,* cujo voto, adotado pelo Desembargador *Xenocrates Calmon de Aguiar,* assim se lançou:

"Rejeitava os embargos. Desde que a fiança prestada por um dos sócios da firma está em contravenção ao contrato social devidamente registrado, conforme se vê do § 2.º da cláusula 5.ª; e desde que a finalidade da fiança prestada — locação de imóvel para fins residenciais — nada tem a ver com a atividade comercial da firma — comércio de louças, tintas, ferragens, etc. —, não se pode responsabilizar a embargada pela fiança prestada por um dos seus sócios, em face do que dispõe o art. 316 do Código Comercial.

Como mostra o douto *Carvalho de Mendonça,* o sócio gerente que emprega a firma comercial em transações estranhas ao objeto da sociedade, declarado no respectivo contrato, não obriga a sociedade nem aos outros sócios, salvo se êstes deram o seu consentimento".

§ 3.º

Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada

7 — *A responsabilidade do sócio gerente perante terceiros e a sociedade pelos atos contra o contrato social e a lei.* — Por acórdão de 7 de janeiro de 1958, relatado pelo Ministro *Lafayette de Andrada* e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de janeiro de 1959, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso extraordinário n.º 34.631, do Distrito Federal, nos têrmos do voto seguinte:

O Senhor Ministro *Lafayette de Andrada*: O acórdão recorrido é o seguinte:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 31.749 em que são apelantes — 1.º L. H. M.; 2.º — I. C. A. e, 3.º — A. F. de A.;

Acordam, os Juízes da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por votação unânime, em dar provimento ao recurso do autor, ora 3.º apelante prejudicados em conseqüência, os demais. Custas "ex-lege".

A sentença apelada demonstrou, irrespondìvelmente, a responsabilidade da 2.ª apelante. Entretanto, ficou a meio caminho, deixando de reconhecer a responsabilidade solidária do 1.º apelante, que é, também, irretorquível.

O preceito legal que a determina é o art. 10, do Decreto n.º 3.708, de 1919, assim redigido: "Os sócios gerentes ou que derem nome à firma... respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato, e pelos atos praticados com a violação do contrato ou da lei.

É precisamente, o caso dêstes autos, em que um sócio gerente, que também empresta seu nome à sociedade, vende coisa alheia como sua, recebendo sinal confirmatório, que o tornava obrigatório.

Não resta dúvida que o comércio explorado pela firma ré era o de corretagem de imóveis, mas também não padece contestação que o sócio gerente para servir a essa finalidade não tinha que praticar ato algum como o incriminado e assumir obrigação que excedia do mandato conferido ao sócio gerente, pois que se transviava pelo campo do ilícito penal, consubstanciando, na esfera do direito civil, uma alienação a "non domino". Seria ir muito longe, afirmar que um ato dessa natureza é dos que se incluem entre as operações que constituem objeto da sociedade-ré. Logo a obrigação contraída em nome da 2.ª apelante, com excesso de mandato, pelo sócio gerente é das que não só o tornam responsável perante a sociedade gerida por tal forma, como fazem com que êle respondia solidàriamente não só pelo referido excesso, como, ainda, e ilimitadamente, também, pela violação de lei e do contrato social segundo a "comunis opinio" (*Waldemar Ferreira* — "Sociedades por Quotas", pág. 68, n.º 63, e pág. 71 n.º 71).

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1955 — As. *H. Fialho*, presidente e revisor — *G. Neto*, relator — *N. de Queiroz*.

Inconformados recorrem extraordinàriamente, com apoio no permissivo constitucional letra *a*:

O recurso está arrazoado e o Procurador Geral opina pelo não conhecimento do extraordinário (fls. 103). É o relatório.

Os recorrentes não provaram a ofensa aos preceitos legais que indicaram. E o acórdão fêz afirmativas certas, atentas à lei e às provas dos autos.

INSTITUTO PRESBITERIANO
MACKENZIE
Biblioteca "George Alexander"
Direito

Está no acórdão, em sua ementa: "Os sócios gerentes ou que derem nome à firma respondem para com essa e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato, e pelos atos praticados com a violação do contrato ou da lei (Decreto n.º 3.708, art. 10)".

E os Juízes notaram muito bem que:

"Não resta dúvida que o comércio explorado pela firma ré era o de corretagem de imóveis, mas também não padece contestação que o sócio gerente para servir a essa finalidade não tinha que praticar ato algum como o incriminado a assumir obrigação que excedia do mandato conferido ao sócio gerente, pois, que se transviava pelo campo do ilícito penal, consubstanciado na esfera do direito civil uma alienação "a non domino". Seria ir muito longe, afirmar que um ato dessa natureza é dos que se incluem entre as operações que constituam objeto da sociedade.

Não conheço do recurso".

8 — *A imprestabilidade do aval do sócio gerente de sociedade por quotas em obrigação estranha a esta.* — Por acórdão de 9 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador *Francisco P. Baldassarini* e publicado no "Diário da Justiça" de 11 de junho de 1959, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 48.505, nestes têrmos:

"Endossatário de seis promissórias de Cr$ 100.000,00, omitidas por H. C. F. e avalizadas pela "C. B. C. F. & Cia. Ltda." que se transformou na apelada, intentou o apelante a cobrança executiva de tais títulos, recaindo a penhora em bens da avalista, ora apelada, situados em Ribeirão Preto para onde, com a nova denominação, transferiu a sede.

A longa e erudita sentença, a história, com minúcia, a matéria de fato, resumindo-se a divergência jurídica, fundamento e razão do presente recurso, na discussão sôbre a validade, em prol de terceiro, de boa fé, do aval prestado por gerente de sociedade por quotas em negócio de seu próprio interêsse e estranho aos da sociedade, contra expressa proibição do estatuto social.

O Dr. Juiz *a quo* confessa, na sentença a dúvida inicial em que se encontrou diante da defesa da apelada, a final vitoriosa em seu julgamento, após cuidadoso estudo. Realmente, afora um outro julgado esporádico, já não existe, hoje, lugar para vacilações, em face da doutrina e, principalmente frente à jurisprudência dos nossos tribunais.

A palavra de ordem é fornecida pelo contrato social, que é lei entre as partes e o registro torna público para conhecimento e efeito sôbre terceiros que transacionem com a sociedade, conhe-

cendo, assim, ou tendo obrigação de conhecer, os que podem obrigar, vàlidamente, a pessoa jurídica.

Dar ao terceiro de boa fé posição excepcional ou especial, imune à proibição do contrato, atribuindo, em compensação, direito regressivo à sociedade contra o sócio infrator do pacto social, seria, em muitos casos, estimular o abuso, arruinando a sociedade e dando-lhe um esperançoso consôlo de regresso contra, geralmente, um incapaz de ressarcir o dano cometido".

9 — *A descabida da exclusão de sócio sem grave motivo que a justifique.* — Por acórdão de 6 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador *Eurico Portela* e publicado no "Diário da Justiça" de 27 de agôsto de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 48.835, a saber:

"Trata-se de pedido e dissolução parcial da firma "J. G. & Cia. Ltda." requerida pelo apelante, seu fundador, gerente e maior quotista, a fim de dela serem excluídos, na forma da cláusula 9.ª do contrato social, os apelados, a quem responsabiliza pelo ambiente de discórdia e desarmonia que implantaram na sociedade, abalando-lhe o crédito e a prosperidade.

Alega o A. que ditos sócios aliciaram a maior parte dos demais a ato de rebeldia, visando afastá-lo da sociedade e da gerência, impondo modificações no contrato social e melhoria de situação, o que só não levaram a efeito em virtude da maioria dêles ter cassado os poderes para tal fim já conferidos a advogado. Daí a notificação, judicial que endereçou aos apelados para que se retirassem da sociedade, recebendo seus haveres, sendo em seguida intimado pelos mesmos e por outros sócios para, dentro do prazo de trinta dias, proceder à distribuição dos lucros do último balanço, aos quais contra-notificou para ciência de que ditos lucros se achavam devidamente creditados, aguardando apenas, para pagamento, as possibilidades de caixa, ratificando a dispensa dos apelados.

Contestando sustentam os RR. que a exoneração pretendida não encontra fundamento em lei ou no contrato, nem a autoriza a cláusula 9.ª do pacto social, como pretende o apelante, cuja malquerença para com êles, apelados, advém do fato de terem pugnado amigàvelmente pelo abrandamento de certas cláusulas do contrato e a benefício dos interêsses sociais, sem com isso terem pretendido diminuir a autoridade do A., como o comprova a crescente prosperidade da sociedade, à qual todos dedicam afeição e interêsse.

Houve réplica e ao despacho saneador irrecorrido seguiu-se o exame da escrituração social.

Na audiência prestaram depoimento apelante e apelados, sendo ouvidas sete testemunhas do primeiro e três dos segundos.

A sentença concluiu pela improcedência da ação e daí o apêlo interposto pelo A.

Improcede todavia, o recurso.

A dissolução parcial da sociedade, para exclusão dos apelados, é pleiteada com fundamento na cláusula 9.ª do contrato; e se alega, como razão do pedido "desobediência às ordens do apelante e à disciplina da casa".

O apelante é sócio gerente da firma e o seu fundador. Dois dos apelados são sobrinhos do apelante — M. da G. P. e J. de O. P. — possuidores de respectivamente 24 e 40 quotas da sociedade. O primeiro tem dezesseis anos de casa; o segundo, trinta. O tesceiro dos apelados, E. N. da S., está na casa há vinte quatro anos e possui 20 quotas da sociedade.

Há um tom senhorial na cláusula 9.ª do contrato, demonstrado ainda nos têrmos em que é posta a ação. Pela referida cláusula renunciam os sócios ao direito de pedirem a dissolução da sociedade e submetem os dissídios sociais à resolução do apelante. Daí ter êste entendido que a tentativa dos sócios tendente à revisão do contrato e melhoria das condições sociais, constituindo ato de insubordinação, os tornou passíveis da excomunhão pretendida.

Tratando-se de sociedade por quotas, onde visível é o *intuitus personae* que a domina — todos antigos auxiliares da firma — o que cumpre analisar, pôsto em Juízo o dissídio é a relevância dos fatos produzidos, dos motivos alegados como de molde a autorizar a dissolução pleiteada. Ora, em princípio não pode constituir motivo de exclusão o fato dos sócios pleitearem a defesa de seus direitos ou a reforma do estatuto social. Tão pouco, o de não se submeterem a ato que reputem discricionário da gerência.

O pedido encontraria arrimo em motivos que, pela sua natureza e gravidade, pusessem em risco a comunhão social, o seu desenvolvimento, o seu crédito e a sua reputação. Entretanto nada disso ocorre na hipótese, pois os negócios da sociedade prosperam em ordem crescente, consoante revela a perícia e o próprio apelante reconhece, malgrado o seu constante afastamento em férias fora do Brasil. E os fatos que pessoalmente incrimina aos apelados não têm o relêvo que pretende. Acusa o sócio Ernesto Narciso de ter efetuado o pagamento de um seguro à sua revelia, pagamento com o qual todavia concordou no dia seguinte. Trata-se do caixa geral da matriz, que "presta as suas contas perfeitamente, não tendo o declarante razão de queixas". Diz que o sócio M. da G. P., em desobediência à disciplina da gerência, sai quando quer e conversa com quem entende.

Não há negar que a exclusão de sócio, quando não prevista no contrato, como é o caso dêstes autos, pode ser efetuada por deliberação social, com fundamento em lei. Irrazoável, na lição do douto *José Tavares* ("Sociedades e Emprêsas Comerciais"), colocar-se a sociedade na impossibilidade de garantir a sua existência e salvar o seu organismo econômico da culpa pessoal de um sócio perigoso. Mas para que assim possa suceder, mister se faz prova do abuso, da prevaricação, da violação ou da falta de cumprimento das obrigações sociais.

Na hipótese, os fatos apontados pelo apelante, à evidência, não são de tal natureza; indicam apenas desinteligências de ordem comum no trato dos negócios sociais, dissídio que não é de molde a pôr em risco a confraternização que através dos anos souberam manter apelante e apelados. Inexiste, assim, motivo grave ou razão séria para autorizar o expurgo dos apelados. O que há, e não escapou à argucia do nobre prolator da sentença apelada, é o sentido ditatorial da gerência, desencontro de épocas, muito embora, malgrado o dissídio, não neguem os apelados ao apelante a reverência devida aos seus méritos de patrão e de amigo".

NOTA — Que seja possível a exclusão de sócios, principalmente na sociedade por quotas de responsabilidade, é matéria pacífica.

Para que todavia se efetue, é essencial que seja permitida pelo contrato ou pela lei.

Ao que se infere do acórdão, no contrato se depara cláusula pela qual os sócios se obrigaram a acatar as deliberações do sócio chefe e fundador da sociedade, renunciando ao seu direito de requerer a dissolução da sociedade por qualquer dos motivos previstos no art. 336 do Código Comercial ou em outras leis, especialmente a reguladora da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Ora, cláusula dêsse naipe é de manifesta ilegalidade e nula, de pleno direito.

O direito de requerer o sócio a liquidação da sociedade, nos casos e na forma prevista na lei, é irrenunciável, por ser de ordem pública.

De outro lado, as divergências surgidas entre os sócios não eram de natureza a permitir a exclusão pretendida; mas poderão quiçá, se se acrescerem desmesuradamente, servir de fundamento para a dissolução e liquidação da sociedade.

10 — *A omissão do contrato social e a incabida de um dos sócios para pleitear a exclusão de outro.* — Por acórdão de 8 de abril de 1958, relatado pelo Desembargador *Fernando Maximiliano* e publicado no "Diário da Justiça" de 16 de julho de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento ao agravo de petição n.º 9.703, por êstes fundamentos:

"No despacho saneador, o M. Juiz decretou a absolvição de instância julgando bem formulada a preliminar de ilegitimidade de parte da contestação. Assim decidiu o M. Juiz visto não ter o sócio que propôs a ação de exclusão do outro sócio, o ora agravado, se-

gundo o contrato social de fls., poderes para representar judicialmente a sociedade e nem mesmo poderes de gerência, êle é apenas um dos diretores do colégio explorado pela sociedade. Mantendo seu despacho a fls. acrescentou S. Exa.: "o argumento de que à falta de indicação do contrato qualquer sócio pode representar a sociedade em juízo, levaria ao absurdo de que o sócio réu usando de igual poder, também a representaria e, então, teríamos a sociedade contra a sociedade em juízo".

O contrato junto ao contrário do que comumente ocorre, esqueceu-se de indicar o gerente e quem representaria judicialmente a sociedade.

Dada essa omissão todos os sócios poderão usar da firma (art. 13) nos negócios sociais, mas daí não se conclui, como bem frisou o despacho recorrido, que qualquer um possa em nome da sociedade pedir a exclusão de outro sócio. Poderá fazê-lo individualmente, apenas.

NOTA — Teve voto vencido o julgado. Proferiu-o o Desembargador *Gastão Macedo*, em têrmos interessantes:

"Êste voto proferido em agravo de petição, é inútil.

Entretanto, julgo-me no dever de proferí-lo.

A decisão de primeira instância, e, já agora, a da douta maioria, decidiu que o diretor do educandario e detentor de quase dois terços do capital social, não é seu representante legal, porque o contrato social não lhe dá a qualidade de gerente, nem a êle nem aos outros.

A consequência dêsse raciocínio leva-nos à perplexidade — a sociedade não tem nem poderá ter mais de um representante legal.

E talvez o próprio vitorioso nesse pleito não tenha percebido que só obteve uma vitória de Pirro, pois sendo credor da sociedade, não poderá mais executá-la, por não ter ela quem a represente em juízo, conforme decisão transitada em julgado.

A verdade, porém, é que, a meu ver a ação foi bem proposta e que só a abstração jurídica nos levou a êsse bêco sem saída.

O gerente de uma sociedade mantenedora de um educandário só pode ser o seu diretor, que não é outra coisa senão o gerente do colégio.

Mas, ainda que assim não fôsse, é certo que a ação foi proposta, pràticamente, por três dos quatro sócios da sociedade, representando 1.050 cotas, num capital de 1.200.

E será que isso não representa a vontade social?

Mas, infelizmente, venceu a abstração. — *G. Macedo*".

11 — *A ineficácia relativamente aos herdeiros do balanço não assinado pelo autor da herança.* — Por acórdão de 20 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador *Osny Duarte Pereira* e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal rejeitou os embargos na apelação cível n.º 40.544, pelo seguinte:

"Como acentua o acórdão embargado, os balanços nas sociedades devem ser assinados pelos sócios, o que representa uma prestação de contas de uns aos outros.

O balanço que não contiver a aprovação de algum sócio, evidentemente não produz qualquer efeito jurídico em relação a êle e permite uma recomposição das contas, destinada a examinar a autenticidade dos números consignados. Êsse direito transmite-se aos herdeiros. Não há, pois, como impor como definitivos e valiosos os saldos de balanços, sem aprovação e, por êles, fixar os haveres do sócio falecido.

O acórdão embargado apenas sufragou êsse direito inegável dos herdeiros e nenhum dano haverá para os Embargantes em que se realize a devassa legitimamente pretendida, se os Embargantes portaram-se com lisura, ao elaborar os balanços sem assinatura e sôbre os quais pretendem pagar os mesmos herdeiros.

A conclusão do V. Acórdão embargado é, pois, incensurável".

12 — *A dissolução parcial da sociedade pela exclusão do quotista indesejável.* — Por acórdão de 11 de setembro de 1958, publiblicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959 e relatado pelo Desembargador *Homero Pinho*, a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 48.807, para, reformando, em parte, a decisão recorrida decretar a parcial dissolução da sociedade "V. C. Ltda.", para exclusão do ora Apelante como seu sócio, nomeado liquidante o sócio G. da S. que no processo prosseguirá como de direito, — pagas as custas na forma da lei.

Não é exato que o contrato proíbe a dissolução da sociedade, por iniciativa de um de seus sócios, e no caso em que impossível se torne com êle continuar a promover a finalidade social. O que declara sua cláusula 9.ª é que "nem um sócio poderá retirar-se da sociedade sob qualquer pretexto, nem ceder ou transferir suas quotas enquanto a sociedade não liquidar todos os compromissos existentes até a presente data".

Tal dispositivo não obsta a dissolução da sociedade, mas apenas a sujeita a uma condição suspensiva dilatória cuja inobservância, aliás, também não n'a impede uma vez que, é ocioso afirmar, decretada a dissolução respondem os sócios pela liquidação de todos os compromissos sociais na fôrça de suas responsabilidades.

Ora, no caso, o de que se trata é de uma sociedade a tempo indeterminado a cuja finalidade econômica um dos sócios, o ora apelante, se tornou elemento reconhecidamente prejudicial tanto assim que dela já se afastou, de fato, levando todo o material de trabalho de sua obrigatória prestação social indo até a ponto de ser surpreendido em atividade concorrente aos mesmos fins de sua destinação.

Em face de tal circunstância nem uma razão jurídica poderá ser oposta à exclusão dêsse sócio indesejável, cujos haveres e responsabilidades serão devidamente apurados, sem prejuízo da subsistência da sociedade que, dêste jeito alterada, continuará com os demais nos têrmos do respectivo contrato.

A questão relativa à reconvenção foi bem decidida pela sentença apelada, pois é evidente que tal pedido não cabe nos limites especiais do presente feito.

NOTA — É estranha ao direito a decisão consignada no acórdão.

Pelo expresso no art. 335, n.º 5, do Código Comercial, "por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado", a sociedade se dissolve.

Ao que se sabe, êsse dispositivo legal ainda se não derrogou; e está em plena vigência.

Cabia ao sócio, por isso mesmo, pedir a dissolução da sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, pela simples manifestação unilateral de sua vontade, desde que celebrada foi por tempo indeterminado.

Não cogitou o Código Comercial dessa anômala dissolução parcial "para exclusão de sócio indesejável". Não cuidou dela, nem podia mesmo fazê-lo, tratando-se, com se trata, de criação puramente cerebrina.

Se o que foi pedido foi a dissolução da sociedade, com sua consequente liquidação, o decidido não se justifica.

Dissolvida uma sociedade, preceitua o art. 344 do Código Comercial, "os sócios autorizados para gerir durante a sua existência devem operar a sua liquidação debaixo da mesma firma, aditada com a cláusula "em liquidação".

Nomeado o liquidante, os seus deveres estão precisamente enumerados no Código do Processo Civil, que traçou a forma da liquidação; e cessam as operações da sociedade, que se acha extinta pela dissolução.

Ora, como procederá esse liquidante, nomeado pelo acórdão?

Não é adúltera a investidura dêsse liquidante?

E os sócios gerentes da sociedade, estarão destituidos de seus poderes?

E o liquidante, qual, em verdade, o seu papel? Ou será que êle, na forma da lei, usará da firma social desta forma:

Vanity Cabeleireiros Limitada,
Gabriel da Silva, liquidante *in partibus?*

13 — *A irresponsabilidade do quotista por dívida da sociedade.* Por acórdão de 18 de junho de 1957, relatado pelo Ministro *João José de Queiroz* e publicado no "Diário da Justiça" de 10 de março de 1959, a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, negando provimento ao agravo de petição n.º 7.865, de São Paulo, decidiu que não pertencendo o bem penhorado à firma devedora — uma sociedade de responsabilidade limitada, mas a um dos só-

cios, não pode aquêle bem ser envolvido na execução por dívida da sociedade, nestes têrmos:

"O Exmo. Sr. Ministro *João José de Queiroz* — Em executivo fiscal intentado pelo IAPI contra J. C. P. & Cia. Ltda., foram opostos embargos de terceiro por J. C. P. e sua mulher, sob fundamento de não haver sido esta citada da penhora, que recaiu sôbre o imóvel e de ser o embargante pessoa diferente da firma de que faz parte.

O Juiz, após repelir preliminar irrelevante, assim se pronuncia "de meritis".

"Quanto ao mérito — é legítima a intervenção do embargante no feito, pois a sua posição deve ser encarada tendo em vista a natureza e constituição da firma da qual faz parte integrante.

É a sociedade da qual faz parte que está sendo executada e, como se trata de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a execução só poderá atingir o limite do capital integralizado, não podendo atingir os bens particulares, tendo em vista o que dispõe o Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

É exato que os embargos de terceiros só podem ser articulados por quem não fôr parte no feito. Mas estas palavras devem ser entendidas — próprio condenado ou obrigado pode deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo título ou pela qualidade em que os possuir não devem ser atingidos pela diligência ordenada (c. "Rev. dos Tribs.", vol. 156, pág. 153). Ora, se a executada é a firma J. C. P. & Cia. Ltda., e se ficou perfeitamente demonstrado que se trata de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada — a penhora não poderia recair sôbre os bens do casal J. C. P., pelo fato de tratar de bens estranhos à sociedade".

Por tais considerações, julgou o Juiz improcedente o executivo fiscal.

Inconformado, agravou o Instituto.

Contrimanutaram os agravados.

O Juiz manteve o decidido e, nesta superior instância, a Subprocuradoria Geral da República opina favoràvelmente à autarquia.

É o relatório.

Nego provimento ao agravo, senhor presidente. As razões do agravante não se sustentam. Evidente, afastada a preliminar de falta de citação da mulher, no mérito, procede a defesa. O bem penhorado não pertence à firma devedora, que é uma sociedade de responsabilidade limitada, e, sim, a um dos sócios, pessoalmente. Tal bem não pode ser envolvido na execução de dívida da firma, pessoa jurídica distinta.

Meu voto é negando provimento aos recursos".

14 — *O cômputo dos haveres do sócio retirante da sociedade.* — Por acórdão de 15 de setembro de 1958, relatado pelo Desembargador *Guilherme Estelita* e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de março de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deu provimento, em parte, à apelação cível n.º 46.980, "para reduzir à cifra de Cr$ 910.539,00, os haveres do apelado na sociedade dissolvida parcialmente, os quais lhe serão pagos desta forma: cinqüenta mil cruzeiros à vista e oitocentos e sessenta mil quinhentos e trinta e nove cruzeiros em seis prestações de cento e quarenta e três mil quatrocentos e vinte e três cruzeiros e trinta centavos, com intervalo de três meses uma da outra, de sorte que a última não exceda de dezoito meses a data da parcela à vista; custas *ex-lege*. Foi voto vencido o Desembargador *Paulo Alonso* que entendia dever proceder-se a nova perícia para a verificação dos haveres.

Assim decidem, em face dos motivos a seguir:

Foi a sociedade apelante dissolvida parcialmente para o fim exclusivo de apurar-se os haveres cabíveis ao apelado requerente da dissolução. Procedeu-se à apuração aludida, servindo-lhe de base o balanço oferecido pela própria sociedade em liquidação. Examinando a escrituração dos livros da sociedade, os peritos contabilistas chegaram a resultados díspares: o do apelado, reconheceu-lhe haveres no valor de Cr$ 15.064.041,70; o da apelante, concluiu nada lhe caber, pois há na sociedade é um prejuízo de Cr$ 3.139.314,90; por último, o desempatador achou-lhe haveres na cifra de Cr$ 14.774.817,40, resultado êste adotado pela sentença, pelos motivos dela constantes. Houve no curso da causa, três agravos no auto do processo de que o agravante desistiu. Improcedem as nulidades argüidas. Procedeu o Juiz à apuração de haveres por meio de perícia contábil, na forma requerida pela sociedade, ouvindo ambas as partes e lhes facultando a prova hábil à verificação dos haveres em questão. Não houve no processo vício algum a corrigir, nem se justificando, a qualquer título, a nova perícia pedida pela apelante que nada opôs ao laudo do desempatador, quando o Juiz lhe mandou sôbre êle falasse.

Razão, porém, assiste à apelante ao pretender se excluam dentre os haveres apurados certas verbas, concernentes, uma, a crédito do apelado contra ela; a outra, aos lucros do apelado em uma outra sociedade, também em liquidação.

Em princípio, não se pode negar caiba ao sócio que se retira de uma sociedade o direito de considerar também como haveres seus, a apurar e a receber na liquidação, os créditos que contra a sociedade tenha. Assim deve ser feito normalmente, não se res-

tringindo, portanto, ditos haveres ao valor de sua cota de capital e dos lucros correspondentes. Mas na hipótese em exame, êsses créditos não podem, em face de motivo relevante, ser computados como haver os apuráveis na liquidação da sociedade, para o efeito de aí serem pagos. É que ditos créditos, constituintes da verba que se impugna, estão representados por notas promissórias a cuja cobrança judicial, por ação executiva, o apelado já está procedendo, tendo visto reconhecido pela Justiça o seu direito. Créditos, como se vê dêstes autos (a fls.), oriundos de um contrato epistolar entre as partes. Ora, se tais créditos tem sua forma de cobrança especialmente regulada pelas partes, justo, não é se incluam entre os haveres em apuração para o fim de passarem a ser pagos na forma das cláusulas 12.ª e 13.ª do contrato social. Cumpre acentuar, além disso, achar-se garantido no pagamento dêles, pela penhora feita na ação executiva (12.ª Vara Cível) quanto ao montante das respectivas notas promissórias.

Ainda quando à pretensão de se excluir da liquidação os lucros do apelado em outra sociedade também em liquidação, procede o recurso. Realmente: É o apelado, como a apelante, sócio da sociedade "L. B. L.", igualmente em liquidação judicial (7.ª Vara Cível) sócio na proporção declarada no julgado, cuja cópia autêntica se vê (a fls.), isto é, "*três nonos*", cota que é a mesma indicada como "uma têrça parte" na certidão (de fls.), fato êsse reconhecido por todos os interessados. Ora, se os haveres do apelado na sociedade "L." estão sendo judicialmente apurados em processo próprio, incabível é se apurem na liquidação judicial da apelante. Sendo assim, descabida é a inclusão da verba relativa a tais haveres na liquidação parcial da sociedade apelante, feita no Juízo *a quo*, isto é, na 14.ª Vara Cível.

É certo que na aludida sociedade "L.", a própria sociedade ora apelante é sócia na proporção de *dois nonos* e o apelado, consequentemente, como sócio da ora apelante, terá nos haveres dela na liquidação da "L." a parte que por direito lhe couber. Mas, não há como confundir as coisas, fazendo entrar na apuração dos haveres do apelado na apelante, sejam os haveres do apelado na liquidação da sociedade "L.", haveres ainda em via de apuração no Juízo próprio (7.ª Vara Cível), sejam os haveres da própria apelante naquela liquidação, haveres ainda não apurados e sôbre os quais o apelado deverá reclamar no Juízo da mesma liquidação a parte que entenda lhe competir.

Assim sendo, deduzidas do cálculo da apuração de haveres adotado pela sentença apelada, as duas mencionadas verbas, ficam reduzidos a Cr$ 910.539,00, os haveres do apelado na liquidação parcial da apelante, soma que a devedora lhe pagará na forma

acima ordenada, de acôrdo com o estipulado no contrato (cláusulas 12.ª e 13.ª)".

NOTA — Manifestou-se o Desembargador *Paulo Alonso* em sentido oposto ao julgado, pelo voto vencido concebido nestes têrmos:

"Votei em perfeita consonância com a douta maioria quanto à exclusão das verbas concernentes ao crédito do apelado contra a apelante, representado por notas promissórias, cuja cobrança judicial promoveu o credor fazendo penhorar bens sociais; e aos haveres do apelado na qualidade de sócio do "Loteamento Balneário Lagomar", sociedade cuja dissolução já foi decretada em fase de liquidação no Juízo competente.

Todavia divergi na parte em que foi considerada líquida a verba de Cr$... , como representativa dos haveres do apelado na sociedade de que se retira — E. E. B. Ltda..

Bastaria atentar para a redução que o acórdão fêz no montante da condenação, de Cr$... para a importância supra indicada, e essa circunstância já aconselharia a conveniência de se mandar proceder a uma outra perícia, voltada diretamente para a única finalidade do processo: definir exatamente os haveres do apelado, de acôrdo com o seu capital de Cr$... representativo de 10% do capital da sociedade.

O balanço levantado pelo perito desempatador consignou um lucro de Cr$..., atribuindo Cr$... ao apelado, que, somado ao seu capital, atingiu à cifra de Cr$..., que o acórdão lhe mandou pagar.

No ativo figura a verba denominada B. L. no montante de Cr$..., cuja demonstração está a (fls.) do valor geral da área loteada Cr$... abateu o perito gastos discriminados, Cr$..., e, a seguir, acrescentou o valor da área não loteada, Cr$..., chegando-se assim ao resultado adotado.

Melhor fôra aguardar a real liquidação do B. L., que se processa na 7.ª Vara Cível (fls.), em que são partes os litigantes, pois não haveria mais arbitramento de valor, mas a exata transformação dos mesmos em moeda corrente.

A nova perícia se impõe, e o perito nomeado deverá tomar em atenção as informações úteis colhidas na liquidação.

A explanação dos motivos que levaram o perito desempatador a acolher os valores descritos não se mostra inteiramente convincente, pois os lotes vendidos e os restantes podem não estar em igual posição topográfica, haverá também despesas apreciáveis com a respectiva venda em prestações, etc. Então terá lugar uma verificação das demais parcelas.

Essas as razões pelas quais deixei de acompanhar integralmente os votos vencedores".

Paulo Alonso

15 — *A dissolução judicial da sociedade e a forma de sua liquidação..* — Por acórdão de 23 de setembro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, negando provimento à apelação n.º 3.531, e o acórdão foi relatado pelo Desembargador *João Coelho Branco,* decidiu assim:

"1. Invocando os arts. 335, n.º 5, e 336, ns. 1 e 3 do Código Comercial, os dois apelados propuseram a presente ação de dissolução da sociedade "C. G. C. e I. Ltda.", alegando incompatibilidade com os três sócios restantes, ora apelantes, a qual culminou com a destituição dêles dos cargos que ocupavam, na administração, isto é, de gerente comercial e técnico, e alegando ainda que os réus jamais apresentaram balanços e estão desbaratando o patrimônio social, permitindo a extinção do contrato de locação do imóvel, em que funciona o cinema da firma.

Os réus concordam com a frustação da sociedade, que, seria deficitária, mas contestam o direito à dissolução e liquidação judicial ante a cláusula XIII do contrato social.

Na sentença, foi julgado procedente o pedido.

Inconformados, manifestaram os réus, tempestivamente, a apelação que foi contra arrazoada.

2. Trata-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, em cujo contrato convencionaram as partes, na cláusula XIII, que, "embora contratada por prazo indeterminado a sociedade não se dissolve pela vontade de um dos sócios, que não mais querendo continuar, se retirará, sendo os seus haveres apurados e pagos na forma da cláusula X".

É a consagração contratual expressa da tese, já sancionada pela doutrina e pela jurisprudência e que, fazendo prevalecer os interêsses sociais sôbre os interêsses individuais, não admite que possa a minoria levar a sociedade à dissolução, se a maoria deseja continuá-la (*Vivante*, "Tratado", 1928, vol. I, n.º 773, pág. 486; *Carvalho Mendonça*, "Pareceres", 1934, vol. I, pág. 466; *A. Bevilaqua*, "Código Comercial Anotado", 9.ª ed., 1953).

O princípio é reafirmado em dois recentos por *Cunha Peixoto*, quando asserta: "Discutiu-se a validade da cláusula que, em uma sociedade por tempo indeterminado, proíbe ao sócio pedir sua dissolução. É hoje quase a unanimidade dos doutos sustentam sua impossibilidade, sob o fundamento de que tal convenção viria contrariar princípios de ordem pública. Realmente, a dissolução da sociedade por tempo indeterminado, por vontade exclusiva de um sócio, funda-se no princípio da liberdade humana. Não é possível ao homem alienar sua liberdade por tôda a vida, de sorte que se deva permitir ao sócio libertar-se da sujeição social. O princípio pode, entretanto, ser alterado em cláusula contratual, permitindo a retirada do sócio, independentemente da dissolução de sociedade. Assim se conciliam os dois interêsses: o do sócio, que não fica durante tôda sua vida ligado à sociedade, e o desta, que não desaparece por vontade da minoria. Se a maioria não deseja o desaparecimento

da sociedade, mais razoável é que ela não desapareça" ("A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada", 2.ª ed., 1958, vol. II, n.º 417, pág. 37).

Mas, na hipótese presente, não tem aplicação o princípio nem pode ser invocada a referida cláusula contratual, de vez que todos os sócios reconhecem que a sociedade deve terminar: a minoria, formada pelos dois sócios autores -apelados, sustentando a existência de discórdia e divergência irremovíveis e intransponíveis com os demais componentes da emprêsa, que estariam, além disso, agindo abusiva e fraudulentamente; a maioria, formada pelos três sócios réus-apelantes, afirmando que a sociedade vive em regime de déficit permanente, insustentável econômica e comercialmente, razão por que devia findar em 20 de maio de 1959, quando terminava o contrato de locação do cinema, que constitui o objeto do comércio da associação, e tendo, por assim pensar, deixado de propor, em tempo oportuno, a ação renovatória, a qual foi ajuizada pelo locador, usando da faculdade contida no art. 26 do Decreto n.º 24.150 de 20 de abril de 1934 e só foi contestada pelos sócios dissidentes.

A verdade, portanto, é que a dissolução judicial na espécie tem pleno fundamento legal no art. 336, n.º I do Código Comercial, dado que todos os sócios reconhecem que a sociedade não pode continuar pela impossibilidade de alcançar os fins sociais.

Assim, não há como admitir a forma da dissolução e liquidação extrajudicial, que os apelantes querem impôr aos apelados, com a destruição do ativo social pela caducidade do contrato de locação, esquecendo o princípio constitucional que veda excluir da apreciação do Poder Judiciário os direitos individuais que se fundem em leis ordinárias ("Constituição", art. 141 § 4.º)".

NOTA — É curiosa a decisão. Curiosa; mas evidentemente anômala, porque ao arripio da doutrina e principalmente da lei.

Estão num ponto de acôrdo, ao dizer do acórdão, todos os sócios: a sociedade por quotas, que formaram, sob os melhores auspícios, não pode continuar, pela manifesta impossibilidade da consecução de seus fins.

Como, a despeito disso, não chegaram a acôrdo quanto à única providência razoável — a de sua dissolução e liquidação, dois dêles entraram em juízo pedindo que tal se decidisse.

O juiz julgou procedente o pedido; e julgou bem: a qualquer dos sócios, preceitua o art. 336, n.º I, do Código Comercial, assiste direito para pedir a dissolução judicial da sociedade, "mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social".

O Tribunal decidiu mal. Se a sociedade está impossibilitada de prosseguir, como o próprio acordão reconheceu, o remédio era, inequivocamente, a dissolução dela e sua liquidação na forma da lei

Disso não havia fugir. Mas o Tribunal fugiu. Porque, numa cláusula contratual, se dispôs que, embora contratada por tempo indeterminado, a sociedade não se dissolve pela vontade de um dos sócios, que não mais querendo continuar, se retirará, sendo os seus haveres apurados e pagos na forma da cláusula X", o Tribunal admitiu o absurdo do pacto particular poder revogar a lei.

Pois o art. 355, n.º 5, do Código Comercial não preceitua que as sociedades se reputam dissolvidas "por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado"?

Diz; e di-lo com tôdas as letras.

Logo, a lei têm que prevalecer à vontade das partes, porque a lei só se revoga, ou derroga, por outra lei, e não pelos pactos dos particulares.

Bastava isso, só isso, para que, no caso, a sociedade se declarasse dissolvida e entrasse em liquidação; mas acresce que ademais a sociedade deveria ter sido dissolvida, pela manifesta e notória impossibilidade de atingir os seus fins.

Como se vê, a lei foi ofendida, flagrantemente, duas vêzes, pelo Tribunal; é, com efeito, de desalentar o solene desprêso que os Tribunais estão a votar às leis.

Mas também houve um presidente de República que, de uma feita, em discurso público, defendendo-se de pecha idêntica, exclamou em praça pública, nesta cidade de São Paulo, e com ênfase:

Ora, a Lei!...

§ 4.º

Das sociedades de capital e indústria

16 — *A nomeação de liquidante estranho na divergência entre o sócio capitalista e o sócio de indústria.* — Por acórdão de 22 de janeiro de 1954, publicado no "Diário da Justiça" de 2 de fevereiro de 1959, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário n.º 23.323, de Minas Gerais, nos têrmos do voto do relator, assim exarado:

'O Sr. Ministro *Edgard Costa,* Relator — Na comarca de Ituiutaba, Estado de Minas Gerais, dissolveu-se, entrando em liquidação, a sociedade de capital e indústria B. & Cia., que se compunha de dois sócios: o recorrido, como capitalista, e o recorrente, de indústria.

Não acordaram os dois na escolha do liquidante, pelo que o Juiz, com base no art. 657, § 2.º, do Código de Processo Civil, nomeou pessoa estranha à sociedade.

O sócio capitalista, inconformado, agravou-se dessa decisão, pleiteando sua nomeação para liquidante, por haver realizado integralmente o capital da firma. A 1.ª Turma da 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, provando o agravo, reformou a decisão recorrida e mandou servir o agravante como liquidante. As razões de decidir constantes do acórdão, são estas:

"O juiz *a quo* supõe que, sendo os sócios dois, e não havendo acôrdo em que um dêles seja o liquidante, êste deve ser estranho à sociedade; mas não é isto o que está na lei. Essa regra prevalece apenas quando, na forma do art. 657 § 1.º do Código de Processo Civil, a base de escolha deva ser o *número de sócios votantes;* não, porém, quando deva ser, como no caso dos autos, o vulto do capital dos sócios que votarem. Neste caso, ainda que os sócios sejam apenas dois, liquidante deve ser o que tiver capital maior, e portanto o sócio capitalista que realizou integralmente o capital da firma, e não o sócio de indústria que nenhum capital realizou, *nem muito menos pessoa estranha à sociedade*".

Não se conformando, o sócio de indústria, interpôs o presente recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, por violação do art. 657, § 2.º do Código do Processo Civil e divergência com julgados, que invoca, dêste Supremo Tribunal e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Ofereceu o recorrente as razões contrariadas pelo recorrido.

É o relatório.

Pelo Código do Processo Civil, art. 657, a regra a observar para a nomeação do liquidante é que ela deve necessàriamente recair na pessoa a quem, pelo contrato ou estatutos, ou pela lei, competir tal função. No silêncio da lei, do contrato ou dos estatutos, estabelece o § 1.º daquele artigo, a escolha será feita pelos interessados, por meio de votos, computando-se a maioria pelo capital dos sócios que votarem, ou pelo número dos sócios votantes se variável o capital de cada sócio, se forem sòmente dois os sócios e divergirem, — dispõe o § 2.º — a escôlha será feita pelo juiz, entre pessoas estranhas à sociedade.

Decidiu o acórdão recorrido que ainda nessa hipótese — o que deve prevalecer é o vulto do capital, isto é, sendo dois os sócios deve ser nomeado liquidante o que tiver capital maior.

Não é isso, porém, o que está escrito na lei; ao contrário, o que prescreve o § 2.º do art. 657 é uma exceção ao preceituado no parágrafo anterior relativamente ao valor do capital de cada sócio para o cômputo da maioria na escolha do liquidante. Se de capital se cogitasse nesse § 2.º, não havia como com procedência acentuou o juiz na sustentação do despacho — necessidade do preceito nele estabelecido, por já estar previsto no parágrafo anterior. Importaria essa regra, assim entendida, em que nas sociedades de capital e indústria — como ocorre na espécie, — o liquidante será sempre o sócio capitalista, contràriamente a qualquer preceito expresso de lei.

O acórdão recorrido para deixar de aplicar o § 2.º do art. 657 do Código do Processo Civil, acrescentou-lhe um elemento, adotou

uma distinção, que desvirtua por completo a finalidade da regra por êle estabelecida.

Conheço, pois, do recurso e lhe dou provimento para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a decisão agravada, por êle reformada.

É o meu voto".

NOTA — Parece, em primeiro lugar, que o recurso extraordinário era incabível, por ausência do fundamento, que se lhe atribuiu; e, em segundo lugar que, recebido o recurso, se devera ter-lhe negado provimento.

Preceitua, com efeito, o art. 656, § 1.º, do C. P. C., que, se a lei, o contrato, e os estatutos, nada dispuserem a respeito, o liquidante será escolhido pelos interessados, por meio de votos entregues em cartório.

Ora, o art. 344 do Código Comercial estabelece que, dissolvida uma sociedade mercantil, os sócios "autorizados para gerir durante a sua existência devem operar a sua liquidação".

Eis, pois, a lei a estatuir quem deve ser o liquidante — os mesmos socios autorizados a gerir a sociedade; e, na de capital e industria, constituída de dois, a gerência social pertence ao sócio capitalista, ao qual cabe promover a liquidação da sociedade.

Logo, o acórdão claudicou, em face de dispositivo legal preclaro.

§ 5.º

Da sociedade em conta de participação

17 — *A distinção entre o contrato de locação de serviços e a sociedade em conta de participação.* — Por acórdão de 19 de outubro de 1958, relatado pelo Desembargador *Eurico Portella* e publicado no "Diário da Justiça" de 3 de dezembro de 1959, a Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 46.940, pelo seguinte:

"Trata-se, na espécie, de saber qual a natureza dos contratos firmados entre apelante e apelada afinal consusbstanciados no de fls. dêstes autos. Se de sociedade, como apelada e como decidiu a sentença ao julgar procedente a ação e rescindido o contrato por inexecução culposa do apelante. E decidiu bem, eis que a outra conclusão se não poderá chegar da interpretação das cláusulas do pacto, com atenção à sua natureza, objeto e forma de pagamento.

O contrato de sociedade pressupõe uma "mise em comum" de bens ou de atividades com "affectio societatis" tendo em vista a partilha nos benefícios e nas perdas do empreendimento. Daí lecionar *Carvalho de Mendonça* como indispensável à existência de

sociedade: a cooperação ativa dos sócios para a consecução do fim comum a formação do capital social e a participação de cada sócio nos lucros e a contribuição nas perdas. É essencial para a formação de sociedade essa participação em lucros e perdas, pois como ensina *Planiol* o simples fato de uma pessoa compartilhar dos benefícios de uma emprêsa não permite que se a tenha por sócio, do momento que não participe das perdas ("Droit Civil Français", vol. XI). E esta é a hipótese dos autos.

A se ver dos contratos juntos, a Sociedade S. convencionou com o R. encarregar-se êste da urbanização e loteamento das áreas descritas, terrenos de propriedade da primeira, cabendo ao apelante o financiamento da obra, a razão de Cr$ 50,00 por metro de terreno trabalhado, quantia de que seria prèviamente reembolsado juntamente com as demais despesas, vindo afinal a participarem ambos dos lucros resultantes da venda dos lotes e na proporção fixada pelo contrato. É o que está dito na cláusula 20.ª do contrato: "pago integralmente o segundo contratante do valor das obras feitas e despesas fixadas nas cláusulas 10.ª, 11.ª, 12.ª e 13.ª outras despesas mais previstas neste contrato, passará a primeira contratante a receber 60% do saldo apurado, depois de deduzidas as despesas previstas neste contrato, sendo os restantes 40% divididos igualmente entre os contratantes por conta dos lucros".

Sem dúvida, e consoante já dito, nada se opõe a que sejam postos em comum bens e atividades para formação da sociedade, mas êsses "apports" essas entradas que constituem o fundo social, possível produtor de lucros traz como conseqüência responderem os sócios correlatamente pelas perdas do empreendimento.

Dêsse traço inconstitucional não escapam sequer as sociedades em conta de participação, associação de "ganhos e perdas" e definida pelo insigne *Ingles de Sousa* como verdadeira sociedade por isso que há um lucro comum e um risco comum". Daí se poder afirmar não ser de sociedade o contrato que liberta o "sócio" desta participação nas perdas, ônus a que não estava sujeito o R., a se ver dos têrmos do contrato.

O que se convencionou, portanto, foi a prestação de um serviço, tendo em vista a execução de determinada obra, mediante comissão nos lucros estabelecidos em função do resultado do trabalho e com o prévio reembôlso das despesas efetuadas. E não sòmente isso estaria a demonstrar a inexistência da pretendida sociedade, senão também o fato de que para constituir necessária seria a afetação do bem, no caso os terrenos, ao patrimônio social o que importaria afinal em alienação — "ce qui vaut vente" — em se tratando de imóveis, a menos que se admita "in casu" uma doação ou uma venda disfarçada. Todavia nada disso ocorre, pois os terrenos são

e continuam a ser, de propriedade exclusiva da apelada, a demonstrar assim a sua incomunicabilidade para a constituição de um fundo social. Claro, assim, que sociedade inexiste.

Acertada, pois, ante a natureza dos contratos, a denominação que lhe deram e sucessivamente repetiram os contratantes "de prestação de serviços e ajuste de interêsses recíprocos".

E porque não se partilhe o que não é comum, bem decidiu a sentença ao julgar a ação procedente, dando por rescindidos os contratos ajuizados, por culpa do R. apelante, e nos exatos têrmos em que dirimiu o litígio.

NOTA — Manifestou-se contra o decidido o Desembargador *Hugo Auler,* em exaustivo voto vencido, que é o seguinte:

Após vários contratos denominados de "prestação de serviços e ajustes de interêsses recíprocos" para loteamento de terrenos de propriedade da Apelada mediante financiamento do Apelante, foi finalmente celebrado um contrato sob a mesma denominação através da escritura pública lavrada a 6 de junho de 1949 no Cartório do Tabelião do Décimo Oitavo Ofício de Notas desta Cidade (cert. de fls. 12-20). Essa última convenção veio disciplinar entre os contratantes os respectivos direitos e obrigações vistos como pela cláusula III ficou estipulada — "que pelos presentes instrumentos e na melhor fórma de direito resolvem ainda os contratantes modificar não só as disposições do contrato primitivo, como as da escritura aditiva, de maneira a que o ajuste entre os contratantes passe de agora em diante a ser regulado ùnicamente pelas condições e cláusulas do presente instrumento". (cert. de fls.). Nessas condições logo se está a ver que essa cláusula contratual teve por efeito revogar tôdas as convenções pretéritas que dessarte não mais poderão ser trazidas à colação para o deslinde da controvérsia que, em síntese, se restringe sôbre a qualificação jurídica dessa mesma convenção: se um contrato de prestação de serviços ou se um contrato de sociedade em conta de participação.

A denominação dada pelos próprios contratantes de "contrato de prestação de serviço e ajuste de interêsses recíprocos" — tem um acentuado sabor de sociedade, tanto mais que essa última expressão faz lembrar o têrmo "ajuste de sociedade universal" a que se refere o legislador no art. 1.369 do Código Civil, e dá a impressão de reciprocidade de interêsses a indicar cominação de esforços e recursos destinados a fim comum que são elementos constitutivos da noção jurídica de sociedade, compreendida no art. 1.363 do citado diploma legal.

Mas afastada essa questão de denominação preambular de qualquer convenção, é de ver-se através da interpretação de suas cláusulas e, especìficamente, dos recíprocos direitos e obrigações, qual a natureza jurídica da relação bilateral que se formou *sub specie juris* entre uma pessoa jurídica comerciante e uma pessoa física não-comerciante, destinada a uma operação do loteamento para fim comercial.

E desde logo salta aos olhos a singularidade da atitude da apelada, descrevendo nas cláusulas IV, V e VI as datas de terras de sua

propriedade, e, ainda, mais, dando à área que deveria sofrer a sobras de loteamento uma estimação no valor de Cr$... como consta da cláusula IX da citada convenção. E que essa avaliação, inútil e despiciente em um contrato de prestação de serviços, todavia é necessária no contrato de sociedade para o efeito de determinar o limite da entrada de cada um dos sócios para o fundo social, antecipar o direito de reembôlso e, em consequência, servir de base à apuração dos lucros líquidos para efeito de sua distribuição proporcional. Êsse foi, portanto, o *apport* da Apelada para a constituição da sociedade em conta de participação.

Por sua vez, o Apelante não se obrigou a prestação de quaisquer serviços, que, na espécie, sòmente poderiam ser os das obras de loteamento ou de sua fiscalização, eis que restringiu a sua contribuição a promover por conta própria o respectivo financiamento. E assim é de concluir-se porque, em seguida, a cláusula X estipula que, recìprocamente, caberia ao Apelante a obrigação do financiamento ao afirmar que êsse último "concorrerá com o dispêndio correspondente à abertura das estradas, ruas e travessas constantes da planta do loteamento dos terrenos, etc.", sem jamais dizer que a êle competeria a execução. Pelo contrário, mais adiante, na cláusula XI ficou por sua vez convencionado que todos os serviços constantes da cláusula anterior, "referentes ao preparo e colocação dos meios-fios, feitura das sargetas em concreto ou granito, sempre de acôrdo com as exigências da Prefeitura do Distrito Federal, instalação dágua potável e a arborização das ruas e estradas de tôda a área, serão dados de empreitada à firma idônea de confiança de ambos os contratantes mediante orçamento será também por ambos os contratantes prèviamente aprovado com as condições de prazo adiante previstas". E tanto, o Apelante não estava obrigado à prestação de quaisquer serviços que até mesmo a fiscalização das obras ficou a cargo de terceiro, como se verifica dos têrmos da cláusula XII, segundo a qual, pelos contratantes será indicado um "engenheiro ou outra pessoa competente e especializada para fiscalizar as obras" a serem feitas, sendo a sua remuneração acordada por ambos os contratantes.

Por derradeiro, a demonstrar claramente qual a contribuição do apelante para o empreendimento está a cláusula XIII pela qual "tôdas as despesas" com os serviços referidos nas cláusulas décima, décima primeira, décima segunda, e décima oitava, (que se refere às despesas gerais do escritório) "serão financiadas pelo segundo Contratante" que delas será reembolsado pela maneira prevista neste contrato. Essa era a sua contribuição para a operação mercantil de loteamento, ao passo que a contribuição da apelada para o mesmo fim se restringiu única e exclusivamente, a entrar com a área de terreno de sua propriedade pelo valor de Cr$..., na conformidade da cláusula VI do mesmo contrato.

Ademais, roborar a conclusão de que se trata de uma sociedade em conta de participação está o fato de inexistir direito e correspondente obrigação de remuneração. Concluídas as obras de loteamento, postos à venda os terrenos, o respectivo produto seria destinado proporcionalmente ao reembôlso do financiamento feito pela apelante e ao valor da data de terras que a apelada tinha a propriedade. É o que reza a cláusula XIX concebida nos seguintes têrmos: "As quantias que forem sendo recebidas mensalmente pela 1.ª contratante pela

venda dos lotes e sinais e deduzidas as despesas a que se referem as cláusulas décima segunda e décima oitava, serão aplicadas, "sessenta por cento (60%) para reembôlso ao segundo contratante das despesas por êle efetuadas segundo estipulado neste contrato e quarenta por cento (40%) para a primeira contratante como amortização do valor dos terrenos fixados na cláusula nona. E assim repostas econômicamente as coisas no *statu quo ante*, o apelante pago do financiamento e a apelada paga do valor dos terrenos, objeto do loteamento, restabelecido o equilíbrio de fato e de direito existente à época da formação do contrato, tinha então início a divisão dos lucros comuns resultantes daquela operação. E nesse sentido a cláusula XX determinou a forma da participação dos contratantes nos lucros líquidos que fôssem apurados posteriormente com a venda dos lotes ao afirmar que então "passará a primeira contratante a receber sessenta por cento (60%) do saldo apurado e depois de deduzidas as despesas previstas neste contrato, sendo os restantes 40% (quarenta por cento) divididos igualmente entre os contratantes por conta dos lucros, o que revela ter o apelante uma participação por igual nos lucros líquidos apurados.

Todavia a revelar com mais nitidez a existência de uma sociedade em conta de participação está a circunstância de que o contrato não teve apenas a duração de três anos a partir de sua celebração por isso que criou a possibilidade de prorrogação, de tal modo que, frustrada essa prorrogação, o negócio se extinguiria e dissolvida ficaria essa mesma sociedade através de uma sumária liquidação pela qual todos os terrenos ainda não vendidos e as arrecadações a receber seriam partilhados entre os contratantes em partes iguais".

Respeitados os prazos estabelecidos nas cláusulas anteriores e concluídas as obras a que se obriga o segundo contratante, "o presente contrato terá a duração de três anos a partir de sua assinatura". Nessa ocasião "e se os contratantes não quiserem prorrogar o prazo de contrato, os terrenos ainda não vendidos e as arrecadações ainda a receber", desde que o segundo contratante tenha sido embolsado de seus créditos pelo financiamento das obras concluídas e o primeiro contratante do valor dos terrenos de conformidade com a cláusula nona, "serão partilhados pelos contratantes em partes iguais", di-lo a cláusula XXI do contrato.

A circunstância da cláusula citada falar em conclusão de obras a que se teria obrigado o apelante impõe que a sua interpretação seja feita à luz das cláusulas anteriores a que faz remissão e, portanto, como forma elítica de expressar a execução do financiamento para as obras do loteamento, ao qual mais adiante faz referência expressa quando alude ao reembôlso de tôdas as despesas por êle feitas ao financiar a empreitada do loteamento. Onde a prestação de serviços a que se referem o título e o preâmbulo da convenção?

Em tal contrato mal denominado de "prestação de serviços" e bem denominado de "ajuste de interêsses recíprocos" a revelar a formação de uma associação, não há uma só cláusula em que figure a obrigação do apelante de prestar serviços desde que por prestação de serviços não se há de compreender o financiamento de obras destinadas a uma operação de loteamento.

A obrigação do apelante se restringiu, única e exclusivamente, ao financiamento para a execução das obras de loteamento, como se verifica das cláusulas X e XIII do contrato que é objeto desta ação

tanto assim que tais obras deveriam ser dadas de empreitada a terceiro-firma idônea de confiança de ambos os contratantes, da mesma forma porque de comum acôrdo por êles deveria ser indicado um engenheiro ou pessoa especializada para o efeito de fiscalizar a respectiva execução, nos têrmos das cláusulas XI e XII da citada convenção.

Por sua vez a obrigação da apelada foi a de entrar para êsse empreendimento com uma área de terras de sua propriedade, à qual deu o valor de Cr$... e assumir ostensivamente a iniciativa de todos os trabalhos de oferta dos lotes ao público em geral e a responsabilidade por tôdas as obrigações decorrentes dessa operação comercial.

A inteligência simples e adequada das cláusulas do questionado contrato, mais conforme à boa fé e ao verdadeiro espírito e natureza da convenção, prevalente à rigorosa e restrita significação das palavras como requer o art. 131, I do Código Comercial, está a indicar que se trata, na espécie, de uma sociedade que existe tôda vez que as pessoas mùtuamente se obrigam a combinar os seus esforços ou recursos para lograr fins comuns, segundo a definição do art. 1.363 do Código Civil.

Como em o diz o egrégio *Clóvis* "o Código oferece neste artigo os elementos de uma definição satisfatória de sociedade: é o contrato consensual em que duas ou mais pessoas convencionam combinar os seus esforços ou recursos no intuito de conseguir um fim comum, ideal ou material, que constitui a essência do contrato de sociedade". "Código Civil", Rio Ed. Francisco Alves, 1939, 4.ª ed. Vol. V. pág. 114).

O que caracteriza, portanto, a sociedade distinguindo-a dos demais contratos é a *affectio societatis* que emerge da comunhão de esforços, de recursos, de bens, para atingir um fim comum de natureza econômica ou moral.

E daí haver *Carvalho de Mendonça* (J. X) afirmado que "a sociedade comercial surge do contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para um fundo: o capital social, destinado ao exercício do comércio com a intenção de partilhar os lucros entre si", e de cuja noção resulta esta singularidade: "os sócios cooperam para o escopo comum e, em lugar dos interêsses antagônicos e opostos, que se observam nos outros contratos, no de sociedade, todos os sócios se esforçam para o mesmo resultado no qual estão empenhados" ("Tratado de Direito Comercial", Rio Ed. Freitas Bastos, 3.ª ed. 1938, Vol. III, n.º 514, pág. 14).

Ora, na espécie *sub iudice*, a apelada, pessoa jurídica comerciante tinha apenas a propriedade das terras e não possuia recursos em dinheiro de contado para fazer o respectivo loteamento. E daí haver obtido a adesão do apelante, pessoa física não-comerciante, que se propôs a concorrer para aquele fim com o necessário financiamento. Daí resultou a associação de ambos, um entrando com *apport* consistente em bens imóveis; outro, entrando com *apport* constituído por dinheiro de contado e ambos com o direito de partilhar dos lucros líquidos apurados, depois de reembolsados do valor dos terrenos e das despesas decorrentes do financiamento, respectivamente e com a obrigação de responder, por todos os riscos da frustação do empreendimento, aliás, mais gravosa para o apelante que havia invertido o seu capital nas obras do loteamento das terras de propriedade alheia; ambos em idênticas situações impostas pela

própria natureza do contrato de sociedade apontada por *Thaller* e segundo o qual "chaque associé doit cou les chances sociales, bonnes et marivaises. Il faut une participation de tous aux benéfices et une contribution de tous aux partes". ("Traité Elèmentaire de Droit Commercial", Paris Ed. Rousseau, 1931, 8.ª ed. Tomo I, n.º 236, pág. 185).

Tudo, pois, está a indicar que se trata, na espécie, de uma sociedade em conta de participação que existe quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos comerciantes se reunem sem firma social, para lucro comum em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando uns, alguns ou todos em seu nome individual para o fim social, posto que acidental e momentâneamente, sem as formalidades prescritas para a formação de outras sociedades, mas podendo ser provada por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais, e em cuja associação o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiros, ficando os demais ùnicamente obrigados para com o mesmo sócio por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos têrmos precisos do contrato segundo o disposto nos arts. 325 e 326 do Código Comercial. Pouco importa que a apelada seja uma sociedade por ações, que a associação houvesse sido momentânea e acidental e não tivesse, por faltar-lhe personalidade moral, existência jurídica exterior, e não houvesse sido formalizada através de um contrato solene de sociedade desde que a convenção mal denominada de prestação de serviços e de ajuste de interêsses recíprocos constitui prova plena de sua formação. Tudo isso é o que caracteriza a sociedade em conta de participação. Paga a pena repetir aqui a lição de *Cunha Gonçalves*: "A conta em participação pode existir ou só entre dois indivíduos, ou entre um sócio ostensivo e dois ou mais sócios ocultos ou entre um indivíduo e uma sociedade ou entre duas sociedades, ou entre um indivíduo ou sociedade e uma pessoa moral. A frase "quando comerciante" não significa, de modo nenhum, que só os comerciantes em nome individual podem dar participação, pois as sociedades comerciais também são comerciantes. A palavra — comerciante — também não significa só os que exercem o comércio, mas abrange os indivíduos ou as sociedades que têm qualquer das emprêsas mencionadas no art. 230, do citado código. Um dos sócios tem de ser, em regra, comerciante ou industrial; e só êste pode celebrar as transações, ainda que o negócio haja sido lembrado ou provocado pelo sócio não comerciante que, aliás, não esta impedido de praticar atos de comércio, mas isoladamente. E posto que o objeto da associação seja a prática de um ou mais atos do comércio, por mais duradoura que ela seja, e ainda que abranja todo o comércio do sócio ostensivo não fica sendo comerciante o sócio oculto, como o seria o sócio não gerente de uma sociedade em nome coletivo, por isso mesmo que a sociedade é jurìdicamente ignorada pelo público. Quem celebra as transações adquire direitos e assume obrigações para com terceiros é sòmente o "sócio ostensivo" ou "associante": o outro sócio fica oculto ou desconhecido, nenhuma relação pode travar com terceiros e, por isso, é designado como "sócio secreto" ou "associado". E mais adiante: "As sociedades não tem existência jurídica exterior; não tem, nem pode ter jamais firma ou nome, por que se faça conhecer do público, sob pena de ficar deturpada a sua natureza jurídico-econômica". ("Da Conta em Participação", Coimbra, Editôra Franca

& Armenio, 1923, Sec. II, págs. 23-24). Conf.: Pardessus (Cours de Droit Comercial, Paris, Librairio de 1.ª Cour de Cassation, 1841, Tomo IV, ns. 1.044 — 1.046; págs. 284-288).

E outra não é a opinião de *Vivante*: "I contraenti possono ossere persone fisiche o collective; quindi una società puó associar-si nell' esercizio del suo commercio un individuo o un'altra società di qualsiasi specie: un sócio puó associarsi nella sua quota sociale tanto un'individuo come un'altra societá. Non ocorroe che siano commercianti ne l'uno ne l'altro; basta che entrambi abbiano la capacita di compiere quell'atto li commercio che forma l'oggetto dell'associazione. ("Trattato di Diritto Commerciale", Milano Ed. Vallardi, 1935, 5.ª ed. Vol. II, n.º 823, pág. 532).

Por tôdas essas razões é que o meu voto é no sentido de dar provimento à apelação para o efeito de reconhecer a existência da sociedade em conta de participação e, cassada a sentença, julgar a apelada carente do direito de ação.

Hugo Auler

§ 6.º

Das sociedades anônimas

18 — *O fôro do domicílio das sociedades anônimas e o das filiais.* — Por acórdão de 9 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador *João Coelho Branco* e publicado no "Diário da Justiça" de 8 de janeiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento ao agravo de instrumento n.º 10.342, pelos fundamentos seguintes:

"A regra geral é que o réu deve ser mandado no fôro de seu domicílio (Código de Processo Civil, arts. 133, I e 134, e o domicílio de emprêsa comercial é o lugar de sua sede, salvo domicílio especial eleito no ato constitutivo (Código Civil, art. 35, IV). Assim, na espécie, devia o réu ser acionado no fôro de Varginha, Minas Gerais, onde tem sua sede devidamente registrada.

Sustentam, porém, as autoras-agravantes a competência do fôro desta Capital, invocando o princípio do § 8.º do art. 35, do Código Civil, segundo o qual, "tendo a pessoa jurídica de Direito privado diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados". Significa êsse dispositivo legal que o juízo do domicílio das sucursais, agências ou estabelecimentos filiais de qualquer banco, sociedade, companhia ou emprêsa é competente para conhecer das causas contra êles intentadas, quando disserem respeito a contratos celebrados ou obrigações contraídas pelas mesmas sucursais, agências ou estabelecimentos filiais.

Mas, na espécie, não se provou ter o réu estabelecimento filial nesta Capital, isto é, uma unidade autônoma, com poderes de administração e representação, demonstrando, ao contrário, documentação junto aos autos, que aqui existe apenas depósito pertencente a terceiro com a incumbência, mediante comissão, de receber e entregar as mercadorias transportadas.

Do mesmo modo, falece qualquer prova no instrumento do recurso de qualquer contrato celebrado nesta Capital pelo réu.

Tôdas essas circunstâncias evidenciam, sem dúvida o acêrto e a juridicidade da decisão recorrida".

NOTA — Não podia ser outra a decisão.

O fôro das filiais, agências ou sucursais, é de exceção ao princípio do fôro domiciliar; e, por isso, deve ser examinado com cuidado.

Os estatutos das sociedades anônimas costumam atribuir à diretoria a faculdade de criar estabelecimentos filiais onde e quando se torne conveniente; mas a criação delas depende da manifestação da vontade indispensável para a criação de um novo domicílio.

Essa manifestação de vontade têm que constar de deliberação da diretoria e comprovar-se pela ata correspondente, que deverá arquivar-se no Registro do Comércio, para que surta os efeitos de lei.

Eis porque o Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, no § 4.º do art. 53, preceituou que, "quando a sociedade anônima criar sucursais, filiais ou agências, será arquivado, no Registro do Comércio, certidão do arquivamento e da publicação dos respectivos atos de constituição, passada pelo Registro do Comércio da sede".

Quer dizer que não se presume a existência de sucursal, de filial ou de agência; mas se provará documentalmente pela forma indicada na lei e pela deliberação da própria sociedade, por seu órgão competente.

No caso, nada disso se verificou.

19 — *A partilha proporcional das ações novas do aumento de capital entre os antigos acionistas.* — Deu o Supremo Tribunal Federal provimento ao recurso extraordinário n.º 38.000, da Bahia, por acórdão de 4 de dezembro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 7 de dezembro de 1959, na conformidade dos votos seguintes:

"O Sr. Ministro *Barros Barreto* (Relator): Não vingou, quer na inferior, quer na superior instância, da douta justiça da Bahia, a ação de nulidade de certa deliberação da Assembléia Geral da S. A. M. C. e I., movida contra esta, por H. T. de S., acionista da ré, sob alegação de contrária aos seus interêsses e lesiva do princípio de proporcionalidade, estatuído no art. 113 da Lei n.º 2.627, de 8 de setembro de 1940.

É do seguinte teor o acórdão:

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 2.961, da Comarca da Capital, em que figuram, como apelante, o Espólio de H. T. de S. e apelada, a S. A. M. C. e I..

Acordam os Juízes da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado por votação unânime, incorporando a esta decisão o relatório de fôlhas, negar provimento ao recurso para manter a douta sentença apelada.

O autor, ora apelante, julgando-se prejudicado com a divisão das ações resultante da proposta da Diretoria da ré, ora apelada, aprovada pela Assembléia Geral, por considerá-la ofensiva ao princípio a proporcionalidade estabelecido pelo art. 113 da Lei número 2.627, de 8 de setembro de 1940, promoveu a anulação do ato assemblear na parte contrária aos seus interêsses de acionista.

É do teor seguinte a proposta da Diretoria da apelada e que mereceu a aprovação da Assembléia Geral Extraordinária de 25 de novembro de 1952.

"Tendo a nossa Sociedale de receber ações novas em número proporcional às que possuí das Emprêsas que abaixo discriminamos, e que aumentaram os respectivos capitais, aproveitando os favores da Lei n.º 1.474 de 26 de novembro de 1954, com recursos de reservas livres e reavaliações do ativo imobilizado, propomos aplicar a importância de Cr$ 40.000.000,00 no aumento do nosso capital social, aproveitando também os benefícios da Lei n.º 1.474, acima citada. São as seguinte as Emprêsas de quem vamos receber ações novas: Banco da Bahia S. A. 151.234 ações do valor nominal de Cr$ 100,00 — Cr$ 15.123.400,00; S. A. Lavoura e Indústria Reunidas 20.545 ações do valor nominal de Cr$ 1.000,00 — Cr$ 20.545.000,00; Companhia Salinas da Margarida 29.782 ações do valor nominal de Cr$ 100,00 — Cr$ 2.978.200,00; S. A. Refinaria Magalhães 3.851 ações do valor nominal de Cr$ 1.000,00 — Cr$ 3.851.000,00, num total de Cr$ 40.497.60. Levando-se o excesso à conta de "Lucros e Perdas". Propomos que a divisão se faça do seguinte modo: Cr$ 20.000.000,00 em ações pelos acionistas proporcionalmente às ações que cada um possuir; Cr$ 10.000.000,00 em ações pelos Diretores, interessados e empregados proporcionalmente às ações que cada um possuir e Cr$ 10.000.000,00 em ações pelos Diretores, Sub-Diretores, interessados e empregados proporcionalmente às percentagens de balanço aos mesmos atribuídas. No caso de resolverdes aprovar esta proposta os nossos Estatutos deverão sofrer modificação no seu artigo 4.º, que passará a ter a seguinte redação: "Art. 4.º — O Capital social é de Cr$ 120.000.000,00 em ações ordinárias de Cr$ 1.000,00 cada uma, nominativas ou ao portador, a opção dos acionistas, que poderão converter em ações ao portador tôdas ou parte

das ações nominativas que possuem ou venham possuir e de novo converterem na forma que entenderem, pagando as despesas fiscais que, para isso, forem devidas".

Contestando, argumenta a apelada que as ações novas a que se refere a proposta acima transcrita constituem lucros e, como tais, poderiam ser distribuídos exclusivamente entre os Diretores nos têrmos do art. 28. § 3.º, dos Estatutos uma vez que já havia sido distribuído o dividendo entre os acionistas, mas, ao revés disse, a Diretoria num gesto elevado de desprendimento, resolveu abrir mão da parte dêsse lucro fazendo conferir a metade dessas ações com que aumentou seu capital entre todos os seus acionistas, de cuja divisão também participou o autor, na qualidade de acionistas inativo.

Resume-se, pois, a controvérsia em saber se a importância referente às novas ações recebidas pela apelada é proveniente de reservas facultativas, fundos disponíveis ou reavaliação do seu ativo, como aduz o apelante, ou, ao contrário, se constitui lucro, como pretende a apelada.

Para esclarecimento de tal indagação, procedeu-se ao exame pericial na escrita da apelada, estando a questão cabalmente elucidada no laudo do perito da apelada, confirmado pelo perito desempatador.

Respondendo ao quesito formulado no sentido de se apurar se constituiam lucros os Cr$ 42.497.600,00 que a apelada recebera em novas ações das emprêsas já referidas, o perito do autor fugiu ao âmago da indagação dizendo apenas que o valor dos Cr$ 42.497.600,00 representado em ações provenientes da divisão proporcional das ações novas recebidas de diversas Emprêsas que aumentaram seus capitais, das quais a apelada é acionista, foi subdividido em duas parcelas: Uma de Cr$ 10.000.000,00 que foi levada à conta de "Capital" e outra de Cr$ 2.497.600,00 que foi creditada à conta de "Lucros e Perdas".

Clara e convincente, entretanto, foi a resposta do perito da ré, ordem contábil a Emprêsa é titular da conta de Capital e da conta de Resultados e Fundos de Reservas, pertencendo indubitàvelmente os Cr$ 42.497.600,00 como indicados no quesito à conta do Resultado (lucros da ré) tanto é assim que além do que demonstraremos mais adiante só foram aplicados do total dêsses lucros, Cr$ 40.000.000,00, levando-se o excesso à conta de "Lucros e Perdas", isto é, retirada aquela parte de Cr$ 40.000.000,00, o restante — Cr$ 2.497.600,00 — permaneceu na própria conta "Lucros e Perdas", aproveitando-se os favores da Lei n.º 1.474, quanto às vantagens fiscais e modalidade do pagamento do impôsto de renda de conformidade com o demonstrativo de fls.

Diante da imprecisão do perito do apelante e da afirmativa do perito da apelada, mandou o Dr. Juiz *a quo* que o perito desempatador se pronunciasse sôbre os pontos divergentes dêsse quesito bem como dos demais.

Eis a palavra do desempatador: "O perito do autor não respondeu o quesito, isto é, se constituem ou não lucros, limitou-se a dizer como foi subdividido o valor de Cr$ 42.497.600,00, representado em ações, provenientes da divisão proporcional de ações novas de diversas emprêsas que aumentaram seus capitais das quais a ré é acionista. O perito da ré respondeu afirmativamente. Estou com e perito da ré (fls.).

Insatisfeito com o pronunciamento do desempatador, o ilustre advogado do autor formulou os seguintes quesitos suplementares na audiência de 10 de setembro de 1954. Se os srs. peritos consideram aumento de capital ou lucros o valor de 42.497.600,00 representado em ações que a ré distribuiu entre seus sócios; *b*) quais os fundamentos dos seus pareceres de referência ao quarto quesito da ré.

A respeito dêste quesito assim se manifestou o perito do autor apelante:

"O fato administrativo em tela, isto é, o aumento de capital em conseqüência de reavaliação do ativo é um mero fato administrativo permutativo. Referindo-se aos fatos permutativos ensina consagrado mestre: a riqueza patrimonial permanece aritmèticamente intacta, desde que as permutações tenham valor efetivo equivalente. Foi o que ocorreu no caso presente, ao meu ver de uma clareza meridiana". Na audiência seguinte, dito perito sob a alegação de não haver concluído sua resposta, complementou-a com a seguinte conclusão:

"Não houve lucro. A própria S. A. M. C. e I. (a apelada) creditou sòmente Cr$ 2.497.600,00 na conta de "Lucros e Perdas". A parcela de Cr$ 40.000.000,00 figurou provisòriamente na Conta "Bônus em Ações" enquanto se cumpria a formalidade legal da autorização do aumento do capital, dada pela Assembléia Geral".

Comentando esta resposta, o advogado da ré, com muita precisão argumenta não haver o perito do autor dado pelo equívoco da pergunta explicativa em exame referindo-se a um fato qual seja o de que a ré teria "redistribuído entre seus sócios as ações que recebera das Emprêsas multi-citadas, pois se houvesse a alegada redistribuição, os acionistas da ré passariam a acionistas das referidas Emprêsas e não da ré".

Às confusas assertivas do perito do autor contrapõem-se as respostas concludentes dos peritos da ré e do desempatador.

Passo a transcrevê-las:

Resposta do perito da ré ao quesito explicativo do autor: "Consideramos lucros para a ré os indicados Cr$ 42.497.600,00 recebidos em ações novas das Emprêsas de que é acionista, tendo a ré com isto aumentado seu capital e distribuído novas ações correspondentes ao valor do referido aumento que foi de Cr$ 40.000.000,00, creditando os Cr$ 2.497.600,00 restantes à conta de "Lucros e Perdas". Convém acentuar que a ré não redistribuiu as ações que recebera como faz crer o quesito explicativo".

Resposta do desempatador: "De referência ao primeiro mantenho a minha resposta dada ao IV quesito da ré de acôrdo com a afirmativa do seu perito de constituírem lucros os Cr$ 42.497.600,00 representados em ações. Não houve fato administrativo permutativo como faz crer a resposta do distinto perito do autor: a riqueza patrimional da ré não permaneceu intacta, foi elevada com o recebimento real dos Cr$ 42.497.600,00 representados em ações do Banco da Bahia S. A., S. A. Lavoura e Indústrias Reunidas, Cia. Salinas da Margarida e S. A. Refinaria Magalhães. Tanto que a conta geral sob o título "ações" ou seja Ações de terceiros possuídos pela ré, como acionista, no balanço de 1951 era no montante de Cr$ 93.960.998,70, apresentando-se no balanço de 1953 elevada a Cr$ 139.613.598,70, sendo, também, em 1952, maior o total do ativo. A ré nenhuma reavalialiação fêz no ativo, recebeu, gratuitamente, sem permutação, as ações distribuídas, como bonificação, das Emprêsas das quais é acionista, o que para ela, indiscutivelmente, constitui lucro. Dêste modo é evidente que não houve permutação numérica no capital da ré, muito menos valorização artificial do seu ativo; tendo ao contrário havido aumento do ativo (realizável a curto prazo) ensejando, então, o aumento do capital".

Pelo visto, provado como está que os Cr$ 42.497.600,00 recebidos pela apelada em ações novas de outras Emprêsas, de que é acionista, constituem lucros e, observada como foi a exigência legal de haver sido distribuído aos acionistas um dividendo não inferior a 6% na conformidade do art. 134, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 2.627, de 8 de setembro de 1940) e do art. 28, § 3.º do Estatuto, nada obstava tivesse o lucro em apreço o destino que lhe foi dado na proposta da Diretoria aprovada pela Assembléia Geral.

Ao invés do censurável, o procedimento da Diretoria da apelada importou por sem dúvida num ato de autêntica liberalidade, pois, o que resulta apurado dos autos é que dita Diretoria mediante elevado propósito de desprendimento abriu mão de certa parte do lucro que por direito lhe pertencia para beneficiar todos os acionistas e, bem assim, os Subdiretores, interessados e empregados da ré.

Por conseguinte, a majoração do capital da apelada em mais Cr$ 40.000.000,00 não decorreu de incorporação de valores novos em dinheiro ou de valores já existentes devidamente reavaliados, como argüi o apelante, hipótese em que poderia militar em seu favor o princípio da proporcionalidade consagrado pelo artigo 113 da Lei das Sociedades Anônimas invocado na inicial.

A divisão das ações na forma consubstanciada na proposta da Diretoria inicialmente transcrita e aprovada pela Assembléia Geral Extraordinária de 25 de novembro de 1952, foi levada a efeito sem ofensa ao princípio legal mencionado.

Ocorre, ainda, no caso *sub-judice*, uma circunstância que merece especial relêvo. É realmente estranhável que sòmente o autor fôsse o único acionista inativo que tivesse se manifestado contrário à deliberação da Diretoria em exame, quando é certo que inúmeros acionistas da apelada possuidores de ações, em número muito mais considerável, jamais puseram em dúvida o ato impugnado pelo apelante, conforme se verifica da relação de fls.

Nestas condições, é de confirmar-se a douta sentença apelada que bem decidiu a controvérsia constante dos presentes autos.

Custas na forma da lei.

Salvador, 20 de março de 1957. — *Alvaro Clemente*, Presidente. — *Evandro Pereira de Andrade*, Relator. — *Antonio de Oliveira Martins*. — *Oscar Dantas*".

Tempestivamente, o espólio do postulante surgiu, mediante petição, com recurso extraordinário, à sombra da Carta Constitucional de 1946 (art. 101, n.º III, alíneas *a* e *d*).

As partes juntaram razões e contra-razões, pronunciando-se, o Exmo. Sr. Procurador Geral da República:

"A decisão recorrida foi proferida em ação ordinária visando à nulidade de deliberação de Assembléia Geral de sociedade por ações, julgada improcedente.

O presente recurso extraordinário não merece ser conhecido nem provido, porque não comprovados os seus pressupostos.

Distrito Federal, 15 de janeiro de 1958. — *Carlos Medeiros Silva*, Procurador Geral da República".

Está feito o relatório.

Apurou-se, devidamente, consoante perícia realizada, que constituía lucro a vultosa importância impugnada, recebida pela companhia, ora recorrida, em ações novas de outras emprêsas, como acionista destas. E, havendo sido observadas as exigências previstas no art. 134 da Lei das Sociedades Anônimas, n.º 2.627, de 6 de setembro de 1940, assim, também, no art. 28, § 3.º, dos Estatutos da ré, regular fôra o destino dado ao lucro em aprêço, mediante proposta da Diretoria, aprovada pela Assembléia Geral.

Ocorrera, na hipótese em tela, majoração do capital social, mas, ditas ações não estariam sujeitas à divisão proporcional pleiteada na lide carecendo da consistência a alegação de ofensa dos arts. 78, letra *a*, e 113 do citado diploma legal.

No tocante ao suposto conflito jurisprudencial, falta aos arestos de referência analogia com o que está *sub-censura*.

À vista do expôsto, deixou, preliminarmente de conhecer do recurso, a que, no mérito, negaria provimento, a fim de manter, por seus fundamentos, o venerando acórdão.

O Sr. Ministro *Henrique D'Avila*: — Senhor Presidente, o Espólio de H. T. de S. interpôs o presente recurso extraordinário, com apôio nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, dando como violados os arts. 111 e 113, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, que assegura aos acionistas a proporcionalidade na aquisição de novas ações, qualquer que seja a causa do aumento de capital. E, além disso, aponta acórdãos que considera divergentes, proferidos pelo próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

A S. A. M. C. e I. deliberou, em assembléia geral, aproveitar lucros auferidos em outras sociedades, de que era acionista, para o aumento de seu capital de 80 para 120 milhões de cruzeiros. Mas, houve por bem, distribuir as novas ações apenas entre seus diretores, excluindo, da partilha, a universalidade de seus acionistas.

Contra êsse fato é que se rebela o Espólio recorrente, invocando o art. 113, da Lei das Sociedades Anônimas, que assegura a proporcionalidade na distribuição de novas ações entre os antigos acionistas.

Procede, a meu ver, o recurso interposto.

A recorrida, sem dúvida alguma, poderia dar outra destinação ao lucro auferido, sem ofensa à lei. Mas, se resolveu convertê-lo, pelo menos em parte, em novas ações, é evidente que estas deveriam ser, partilhadas, "ex vi legis", proporcionalmente entre os seus antigos acionistas, sob pena de infringência aos dispositivos legais invocados.

Assim sendo, Senhor Presidente, e com a devida vênia de V. Excia., conheço do recurso e dou-lhe provimento.

O Sr. Ministro *Luiz Gallotti*: — Após detido exame dos autos, convenci-me de que, além do dissídio jurisprudencial, existe flagrante violação do art. 113 da lei das sociedades por ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940).

Dispõe êsse artigo:

"O aumento de capital pela incorporação de reservas facultativas ou de fundos disponíveis da sociedade, ou pela valorização ou

por outra avaliação do seu ativo móvel ou imóvel, *determinará* a distribuição das ações novas, correspondentes ao aumento, entre os acionistas, *em proporção* do número de ações que possuírem".

Como bem notou em seu voto o eminente Ministro *Henrique d'Avila*, a sociedade poderia ter dado outra destinação aos lucros em questão. E esta circunstância está a mostrar a boa fé com que procedeu, no caso.

Mas, se decidiu, com êles, aumentar o seu capital, não poderia fugir à expressa *determinação* da lei no sentido de que a distribuição das ações novas, correspondentes ao aumento, se faça entre os acionistas, com proporção do número de ações que possuírem (cit. art. 113).

Conheço, assim, do recurso e lhe dou provimento, para reconhecer ao autor o direito de, em relação à totalidade do aumento de capital, receber ações novas proporcionalmente às que lhe pertenciam.

O Sr. Ministro *Candido Motta*: — Sr. Presidente, diante dos esclarecimentos do eminente Sr. Ministro *Luiz Gallotti*, retifico meu voto, conhecendo e dando provimento ao recurso".

NOTA — Não podia ser outra a solução, senão a que pronunciou o acórdão.

Era a companhia, de que se trata, acionistas de outras companhias; e estas, em dado momento, aumentando seus respectivos capitais, lhe deram ações novas na proporcionalidade do número de ações, de que era titular.

De posse dessas ações, que ao seu patrimônio se incorporaram e lhe entumesceram o volume — deliberou a companhia beneficiada com as novas ações aumentar seu capital do tanto quanto tinha sido o seu patrimônio acrescido com o montante dos valores das novas ações.

Evidentemente, êsse aumento de capital, não tendo resultado de entrada de novos capitais, mas sim de reavaliação do ativo social, importava na distribuição das novas ações aos antigos acionistas, na proporcionalidade das ações, que já possuiam.

Não foi isso todavia o que realizou a diretoria. Ela dividiu os acionistas em grupos e aquinhoou acada grupo como melhor lhe pareceu, beneficiando-se os diretores, de resto, muitissimo mais do que seria lícito, pois que as ações teriam que ser distribuídas em função das funções que alguns deles exerciam na companhia.

Essa situação era, evidentemente, incompatível com o dispositivo legal que rege a matéria.

Um dos acionistas não concordou. Voz isolada, dissidiu; dissidindo veio a juízo disputar por seu direito, agindo isoladamente, embora houvesse outros e inúmeros acionistas, que se não haviam apercebido de que tinham sido prejudicados.

Pois isso serviu de argumento para que o Tribunal de Justiça da Bahia lhe lançasse o latego de sua condenação:

"Ocorre", lê-se no acórdão reformado pelo Supremo Tribunal Federal, "ocorre, ainda, no caso *sub judice*, uma circunstância que merece especial relêvo. É realmente estranhável que sómente o autor fôsse o único acionista inativo que tivesse se manifestado contrário à deliberação da Diretoria, quando é certo que inúmeros acionistas da apelada, possuidores de ações em número muito mais considerável, jamais puseram em dúvida o ato impugnado pelo apelante".

Nem se diga, depois disso, que uma só andorinha não faz verão...

Claro é que os outros acionistas, agora, vão disputar as ações, a que têm direito, sem, ao menos, manifestar sua gratidão ao que arrostou com os encargos e aborrecimentos da demanda e lhes deu um punhado de ações até mesmo sem mão beijada...

20 — *A imprescritibilidade quatrienal da ação de venda de comerciante a entidade paraestatal não comerciante, representativa de govêrno estrangeiro.* — Não tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 37.325, de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, por acórdão de 11 de setembro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 7 de dezembro de 1959, de acôrdo com os seguintes votos:

"O Sr. Ministro *Barros Barreto* (Relator). — No julgamento da apelação da M. E. G. B., sendo apelada a I. e E. S. J. Ltda., irresignada aquela com a decretação, pela sentença, de carência de ação em que reclamava dos réus a importância em dólares, preferiu o seguinte acórdão o Tribunal de Alçada de São Paulo:

"Vistos, etc.

"O apelante ajuizou contra a apelada a presente ação para obter desta a restituição da quantidade de US$..., alegando que, por contrato celebrado em abril de 1946, adquiriu a ré 3.000 toneladas de milho brasileiro, ao preço de US$... por tonelada.

Ficou estabelecido que a mercadoria seria entregue nos meses de julho a setembro daquele ano e que o seu pagamento seria efetuado pelo Banco Italo-Belga, nesta Capital, mediante prova do embarque, do certificado de pêso e de qualidade.

Dando execução parcial ao contrato, a ré enviou para Antuérpia, pelo vapor John H. Murphy uma partida de 900 toneladas de milho, na primeira viagem, e de 813,900 quilos na segunda, ambas no mês de agôsto de 1946, de acôrdo com os documentos por ela expedidos.

As duas faturas deveriam perfazer, assim, o pêso de 1.713.900 quilos de milho; mas, em observância a uma das condições do contrato, a mercadoria deveria ser examinada e pesada no porto de embarque pela Sociedade Brasileira de Superintendência de Embarques e Descargas Ltda., verificando-se então uma falta de 22.710 quilos.

Em virtude de outra remessa efetuada pela ré, no mês de setembro de 1946, pelo vapor National Eagle, verificou-se, nas mesmas condições, uma falta de 1.453.53 quilos.

Deixou a firma vendedora de remeter, segundo o apurado, 24.163 quilos de milho, tendo recebido, não obstante, do Banco Italo-Belga, mediante apresentação apenas dos conhecimentos de embarque, o pagamento da importância total das faturas.

Verificada a falta de pêso pela autora, ao receber a mercadoria em Antuérpia, reclamou da suplicada, sem obter desta o cumprimento integral do contrato, isto é, remessa do restante das mercadorias pelo que a interpelou judicialmente.

Em vista disso, não podendo prevalecer o pagamento efetuado por êrro, pelo Banco Italo-Belga, entende a autora que lhe assiste o direito de receber o indevidamento pago, porque pagou o que não devia; e, com base no art. 946 do Código Civil, quer compelir a suplicada a lhe restituir a importância inicialmente referida, com juros da mora, perdas e danos, custas e honorários advocatícios.

Defenderam-se os réus, componentes da firma, alegando ser esta parte ilegítima para ser demandada, por se tratar de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, extinta há muitos anos. Alegaram também a ilegitimidade de autora para ingressar em Juízo e aduziram outros motivos como fundamento do pedido de absolvição da instância, que formularam. E, por último, invocaram a preliminar de prescrição da ação, com base nos arts. 210 e 445 do Código Comercial.

Pelo despacho saneador foi repelido a preliminar de ilegitimidade de parte em relação à ré, embora se trate de uma figura extinta, por não ser êsse fato impeditivo de seu chamamento a Juízo, nas pessoas de seus sócios, para responder por atos praticados no exercício de seu comércio.

Foi repelida, igualmente, a preliminar de ilegitimidade de parte, em relação à autora, por falta de personalidade jurídica, observando a decisão que os contestantes não podiam argui-lo, uma vez que contrataram com ela e lhe faturaram a mercadoria vendida.

Decidiu com acêrto o despacho saneador, com relação à primeira arguição, porque, nos têrmos do art. 329 do Código Comercial, — "As obrigações dos sócios começam da data do contrato ou da época nele designada; e acabam depois que, dissolvida a sociedade, se acham satisfeitas e extintas tôdas as responsabilidades sociais".

Segundo *Carvalho de Mendonça*, dissolvida a sociedade, cessam as suas operações futuras. Ela continua a viver para se concluirem as negociações pendentes e se proceder à liquidação das ultimadas ("Trat. de Dir. Com.", v. III n.º 807 x 595).

No que concerne à falta de personalidade jurídica da autora, não menos acertada a decisão. Contratando com ela a ré demonstrou reconhecer a personalidade jurídica que ora lhe contesta, sendo des-

picienda a alegação de que não se mostrou autorizada a funcionar no país. Adotados os fundamentos do despacho saneador, desmerecem provimento os agravos no auto do processo.

A sentença proferida, afinal, reconheceu a preliminar de prescrição, sob o fundamento de ter sido a venda efetuada sob a cláusula "FOB" — *Free on Board,* ou "Posta a bordo no pôrto de embarque" pelo fato de ter sido a última partida de milho remetida em setembro de 1946, e haver a autora, sòmente em 1946 dirigido a ré interpelação judicial para constituí-la em mora.

Em que se pese a autoridade do ilustre magistrado, a sentença não pode subsistir por não se aplicarem à espécie os dispositivos dos arts. 219 e 445 do Código Comercial, invocados pelos réus.

Nas vendas efetuadas por comerciante a entidade parestatal, não comerciante representativa de govêrno estrangeiro, não se aplicam tais dispositivos, pôsto que regulam o prazo da prescrição, relativa às vendas de comerciante a comerciante.

Ainda que prescrição houvesse a ser reconhecida no caso, o prazo haveria de ser contado do dia do fim da sociedade (ré), se o distrato houver sido lançado no Registro do Comércio, conforme dispõe o art. 444 do Cód. Comercial.

Ora, a firma ré arquivou o contrato de constituição da sociedade em 1954, e não promoveu até a sessão de 22 de janeiro de 1954, da Junta Comercial, qualquer anotação relativa à sua dissolução, sendo que a presente ação foi ajuizada a 1.º de dezembro de 1952.

Acresce que a autora não é firma comercial, nem a transação focalizada nestes autos, objetiva fim lucrativo. Demonstrado ficou que a compradora é um Departamento do Govêrno Belga, encarregado dos serviços de abastecimento e agricultura (fls.), e não uma firma comercial para que se lhe possa aplicar o disposto no citado art. 445 do Cód. Comercial.

Ademais disso, a mercadoria, ao ser embarcada, passou pela repesagem, verificando-se a falta atestada pelo Serviço de Superintendência de Embarques e Descargas Ltda., falta da qual o Banco Italo-Belga não teve conhecimento ao efetuar o pagamento das faturas, uma vez que o realizou mediante a apresentação delas, sem proceder a outras verificações.

Nessas condições o embarque da mercadoria com diferença de pêso, verificada no ato de acôrdo com o contrato deixou em aberto o cumprimento da avença não se podendo contar o prazo de prescrição da data da remessa da última partida.

Em vista do exposto, impõe-se o julgamento da causa pelo seu merecimento, de acôrdo com a prova produzida.

São Paulo, 26 de setembro de 1956. — *Ulysses Dória*, Presidente e Relator designado. — *Lafayette Sales*, Juiz vencido. — *Pinheiro Franco*, 3.º Juiz, com declaração de voto.

Acolhida, portanto, a apelação, em parte, a fim de ser julgado o mérito da lide, opuseram embargos os apelados, os quais foram rejeitados, por maioria de votos, consoantes aresto de (fls.).

Cada um dos embargantes, separadamente, surgiu com recurso extraordinário, baseado no art. 101, III, letra *a*, da Lei Maior.

As partes arrazoaram e contra-arrazoaram, vindo com o parecer da douta Procuradoria Geral da República:

"A decisão recorrida manteve outra anterior e versa sôbre compra e venda de mercadoria (3 mil toneladas de milho) efetuada pela "Mission Economique du Governement Belge" com a Importadora e Exportadora S. J. Ltda.. Alegou a compradora (departamento do Govêrno Belga) que pagou integralmente a mercadoria mas só recebeu parte dela. Conclui a decisão ora recorrida, pelo julgamento do mérito da causa, de acôrdo com a prova produzida.

Discutiu-se sôbre a prescrição da ação; e o aresto, ora impugnado, afirmou que nas vendas efetuadas por comerciante a entidade parestatal, não comerciante, representativa de govêrno estrangeiro não se aplica o prazo a que se refere o art. 455 do Código Comercial.

O presente recurso deve ser conhecido, conforme as razões de sua interposição; mas desprovido porque a conclusão do acôrdo impugnado não é contrária a dispositivo de lei federal.

Distrito Federal, 3 de dezembro de 1957. — *Carlos Medeiros* Silva, Procurador Geral da República".

Está feito o relatório.

Extreme de dúvida, pelo que acentuou, com fortes razões, o ilustre Tribunal de Justiça local, não se aplicar — no caso em tela, de vendas efetuadas por negociante a entidade paraestatal, não comerciante e representativa de govêrno — o prazo prescricional de que cogita o art. 445 do Código Comercial. Inaplicável também, à hipótese, o disposto no art. 219 do mesmo diploma.

Sem conseguir ilidir a fundamentação da decisão *sub censura* os recorrentes, aduziram considerações de ordem geral, descoloridas de convencimentos.

Nessa conformidade, insubsistentes os apêlos à via extraordinária, dêste não tomo conhecimento. E, *de meritis*, negar-lhe-ia provimento.

O "Sr. Ministro" *Henrique d'Ávila* — Sr. Presidente, a questão é eminente de direito, como salientou da tribuna o nobre advogado.

Trata-se de aplicação ou não do disposto no art. 211, do Código Comercial. Cogita-se de transação comercial em que figura como comprador entidade parestatal, representante de govêrno estrangeiro; e o aresto *sub censura* entende que seria inaplicável a prescrição prevista em lei para as operações desta natureza.

Tenho a impressão, Sr. Presidente, de que o acórdão recorrido vulnerou o dispositivo do Código Comercial. Não havia no caso como distinguir.

Se se tratasse de Govêrno estrangeiro, a competência dêste Tribunal seria a originária e o acórdão recorrido não subsistiria por falta de competência do Tribunal de Alçada. Mas, trata-se apenas de entidade havida como paraestatal.

O Egrégio Tribunal de Alçada não podia deixar de aplicar o art. 211, do Código Comercial.

Conheço do recurso pela letra *a*, e dou-lhe provimento.

O Sr. *Ministro Ari Franco* — Senhor Presidente, peço a V. Exa. para ficar com o eminente Ministro *Henrique D'Ávila.*

O Código Comercial faz certas distinções, inclusive neste capítulo, que é de compra e venda mercantil.

V. Exa. aludiu ao art. 219 e fêz referência também ao art. 445, que trata da prescrição. O art. 219 fala em vendas em grosso por atacado entre comerciantes. Mas, o art. 211, êste não fala em comerciante e sim em comprador. Eu posso ser comprador sem ser comerciante.

O Tribunal devia ter aplicado como fêz o juiz o art. 211 do Código Comercial, de modo que eu, *si ed quantum,* fico com o eminente Ministro *Henrique D'Ávila,* para dar provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de primeira instância.

O Sr. Ministro Luís Galloti — Senhor Presidente, o acórdão recorrido interpretou o art. 211 do Código Com. sem contrariar a letra da lei, dêsse artigo ou de qualquer outro. O problema, a meu ver, relevante, seria a questão de saber se o Tribunal de Alçada tinha competência, porque a Constituição estabelece a competência, em recurso ordinário, do Supremo Tribunal, para as causas em que sejam partes um Estado estrangeiro e uma pessoa domiciliada no Brasil.

O recorrente argumenta que a incompetência pode ser alegada em qualquer tempo, mas isto é regra atinente à incompetência *ratione materiae.* E aquela competência do Supremo Tribunal não é estabelecida em razão da matéria, e, sim, em razão das pessoas que participam do litígio, é, competência *ratione personae.*

Assim, estou de acôrdo com V. Exa. em não conhecer do recurso.

O Sr. Ministro *Cândido Mota Filho* — Decidiu o Colendo Tribunal de Alçada, de São Paulo, que nas vendas efetuadas por

comerciante à entidade paraestatal não comerciante, representativa de govêrno estrangeiro, não se aplica o prazo a que se refere o artigo 415 do Código Comercial. Dar os recursos extraordinários pela letra *a* de ambas as partes no processo, comparecer da douta Procuradoria Geral da República pelo conhecimento e não provimento, porque o acórdão impugnado não contraria dispositivo de lei federal.

O eminente Ministro *Barros Barreto* achou em seu ilustre voto, não se tomar conhecimento do recurso, por não se aplicar ao caso o prazo prescricional que cogita o art. 445 do Código Comercial e ser inaplicável também à hipótese o disposto no art. 219 do mesmo diploma.

Divergiu contudo o eminente Ministro *Henrique D'Ávila*. Para S. Exa. trata-se de uma transação realizada em que figurou como comprador, tido como entidade paraestatal, representante de govêrno estrangeiro; e o acôrdão *sub censura* entendeu que seria inaplicável a prescrição de dez dias, vulnerando assim o art. 212 do Código Comercial.

A prescrição foi reconhecida em primeiro grau e a decisão do Colendo Tribunal de Alçada, reformando o decidido teve, em embargos, o reconhecimento da prescrição por dois eminentes Desembargadores.

Alegam os recorrentes contudo que realmente, no caso, não se trata de questão de fato ou da questão de prova, senão de questão de direito, porque teria havido inaplicabilidade de lei federal. Diz que se trata de uma entidade paraestatal representativa de govêrno estrangeiro e, portanto, não comerciante, não tendo competência o Tribunal paulista para tomar conhecimento do recurso, como tomou. E, mesmo que assim fôsse, o ato por êle praticado jamais deixaria de ser de comércio, de compra e venda de mercadoria e sua prescrição não poderia deixar de ser regulada senão pelo Código Comercial.

Trata-se do seguinte: A "Mission Economique du Gouverne, em Belge", propôs uma ação para obter a restituição de uma determinada importância da Importadora e Exportadora S. J. Ltda., com base num contrato pelo qual adquiriu três toneladas de milho, com prazo certo de entrega, com pagamento efetuado pelo Banco Italo-Belga, mediante prova do embarque e certidão de pêso e qualidade, pesada a mercadoria no pôrto de embarque, o que foi feito, com a verificação de uma falta. Em, outra remessa, outra falta. Verificada a falta de pêso pela autora, reclamou esta e por via judicial, porque entendia que pagou indevidamente. A

sentença proferida reconheceu a preliminar da prescrição, sob o fundamento de ter sido a venda efetuada sob a cláusula, *Fob — Free on Board* ou pôsto a bordo no pôrto de embarque, pelo fato de ter sido a última partida de milho remetida em setembro de 1946 e haver a autora, sòmente em 1949 dirigido à ré interpelação judicial para constituí-la em mora.

Achou o Tribunal paulista que a sentença não tinha razão. Nas vendas efetuadas por comerciantes a entidade paraestatal não comerciante, representativa de govêrno estrangeiro, não só aplicam tais dispositivos, pôsto que regulam o prazo da prescrição, relativa as vendas de comerciante a comerciante. Ainda que a prescrição houvesse a ser reconhecida no caso o prazo haveria de ser contado no dia do fim da sociedade (ré), se o distrato houver sido lançado no Registro do Comércio, conforme dispõe o art. 444 do Código Comercial.

Estou com o eminente Relator, *data venia* do voto divergente do eminente Ministro *Henrique D'Ávila*. Realmente, o art. 221 do Código Comercial se refere a comprador. Mas, assim o faz, para distinguir do vendedor. Pressupõe-se tratar-se aí de comerciante. O art. 211 faz parte do título VIII, que se refere tão só a compra e venda mercantil.

Basta ter-se em conta o art. 191 dêsse título que inicia o capítulo e se refere ao comprador e vendedor na compra e venda mercantil.

No caso, trata-se de venda por comerciante a não comerciante e assim sendo, não é realmente de aplicar-se o prazo do art. 455 do Código Comercial, nem há obrigatoriedade de aplicação do citado art. 211 do mesmo código, que não foi de modo algum contrariado.

Quando à incompetência alegada não tem razão de ser, porque a competência do Supremo Tribunal é para as causas em que sejam partes Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no Brasil.

Trata-se de competência *ratione personae* e não *ratione materiae*, que não é o caso.

Também não conheço do recurso".

NOTA — Suscitaram-se na causa, que o acórdão resolveu, algumas questões interessantes.

I. Estava, ao tempo da propositura da ação, dissolvida a sociedade (e era por quotas, de responsabilidade limitada) contra a qual se intentara.

Por isso, foram citados, com ela, os seus sócios componentes.

Eras êstes, ou a sociedade extinta, ilegítimas como partes?

Não! Não havia ilegitimidade de parte passiva, foi decidido; e a ação foi realmente bem posta contra os sócios: as obrigações dêstes,

preceitua o art. 329 do Código Comercial, começam da data do contrato, ou da época nêle designada; e acabam depois que, dissolvida a sociedade, se acham satisfeitas e extintas tôdas as responsabilidades sociais.

II. Arguiu-se a ilegitimidade da autora, por carecer de personalidade jurídica, matéria que sòmente em face do direito belga poderia, em rigor, ser examinada. Entendeu-se que se tratava duma autarquia; e, como tal, se lhe reconheceu a legitimidade, tanto que fôra ela que contratara a compra e venda, de que a ação resultou.

III. Invocou-se também a incompetência do Tribunal de Alçada de São Paulo a fim de, em recurso ordinário, tomar conhecimento do litígio e se invocou o dispositivo do art. 101, n.º II, da Constituição, mercê do qual ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, em recurso ordinário, as causas decididas por juizes locais, "em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país".

Que a autarquia era estrangeira, não padece dúvida; que a autarquia, de outro lado, carecia de personalidade jurídica de direito privado, também era indiscutível; mas não poderia haver dúvida quanto a tratar-se de um órgão paraestatal belga, em representação de sua corôa ou do Estado.

O próprio Tribunal de Alçada de São Paulo, que conheceu da ação, em recurso ordinário, teve já ensejo de declinar de sua competência, e assim decidiu *ex officio* e de remeter o processo ao Tribunal Federal de Recursos, por fôrça do disposto no art. 104, *a*), da Constituição, e consoante jurisprudência dominante ("Revista dos Tribunais", 180/229, 187/388) por competir ao Tribunal Federal de Recursos o julgamento de recurso interpôsto em ação em que é parte a Caixa de Aposentadorias e Pensões dos Serviços Públicos de Santos ("Revista dos Tribunais", 203/464), por ser "uma autarquia federal".

Tratava-se então de competência *ratione materiae* ou *ratione personae?*

O argumento não cabia no caso, evidentemente, por se tratar de competência privativa e absoluta do Supremo Tribunal Federal para conhecer, em recurso ordinário, de ação em que fôr parte um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país.

Como ponderou *Pontes de Miranda,* comentando o texto, a Constituição "quer que se assegure ao Estado estrangeiro o mesmo tratamento que a União"; e haverá questão entre a União e pessoas domiciliadas no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal possa deixar de conhecer?

Se a Constituição deu a êsse Tribunal cognição recursual da ação em que o Estado estrangeiro seja litigante com pessoas domiciliadas no Brasil, compreende-se que possa êle excusar-se da sua privativa competência, por dispositivo constitucional?

IV. No caso, consta do acórdão, mercê de cláusula contratual, a mercadoria vendida pela sociedade brasileira deveria ser examinada e pesada, no pôrto do embarque, pela Sociedade Brasileira de Superintendência de Embarques e Descargas Ltda.

Feito, por esta, exame e pesagem, se verificou que o pêso não correspondia ao que a vendedora havia anunciado. Tornou-se, pois, patente que existia engano da parte da vendedora; ou manobra fraudulenta, o que era mais provável e ela fizer consignar nas faturas e documentos para o embarque.

Desnecessário se fazia, pois, a providência indicada pelo art. 211 do Código Comercial, porque pelo contrato, qual se lê no acórdão, o pagamento das partidas embarcadas deveria ser feita pelo Banco Italo-Belga mediante prova:

a) do embarque;

b) do certificado do pêso e de qualidade.

Ora, a vendedora, no entanto, sem oferecer a prova do certificado do pêso, e naturalmente em confiança, conseguiu que o Banco lhe efetuasse o pagamento de acôrdo com as faturas e não com o pêso.

Estava, portanto, caracterizada, desde logo, a falta de quantidade.

Nessas condições, cabia à vendedora restituir o que recebeu indevidamente.

Era realmente inaplicável ao caso a prescrição de quatro anos, estabelecida no art. 445 do Código Comercial para:

a) as dívidas provadas por contas correntes dadas ou aceitas, ou

b) por contas de vendas de comerciante a comerciante presumidas líquidas.

Prescrição haveria se a vendedora viesse a exigir da compradora o saldo da conta corrente dada e aceita ou o preço das mercadorias vendidas.

Mas isso não aconteceu.

O que a autora pleiteou foi a parte do preço da mercadoria, que o vendedor recebeu, sem ter enviado..

Bem examinou o problema o Desembargador *Djalma Pinheiro Franco* no seu voto vencido, assim expresso:

"1. Acompanhei o Juiz *Ulysses Dória*, repelindo a preliminar da prescrição e, assim, mandando que a causa fôsse julgada por seu merecimento.

2. De conformidade com o avençado a entrega da mercadoria vendida havia de efetuar-se a bordo do navio no pôrto de embarque (cláusula "Fob").

3. Antes porém do embarque (vale dizer antes de entrar em função a cláusula *free on board*, por via da qual se operava o recebimento), a Sociedade Brasileira de Superintendência de Embarques e Descargas Ltda., ainda de conformidade com o avençado, procedeu a repesagem da mercadoria daí resultando que a quantia encontrada (1.776.195 quilos) era inferior de 24.163 quilos da referida nas faturas (1.800.358 quilos).

4. Nestas condições, a bordo só foram postos 1.776.195 quilos e, consequentemente, esta a quantidade entregue pelos vendedores, esta a quantidade recebida pela compradora. Aqueles portanto só podiam receber desta a importância correspondente a 1.776.195 e não, como o fizeram, a 1.800.358 quilos.

5. Recebendo-o, locupletaram-se injustamente com o alheio: a ação proposta — de repetição, não está, por isso, sujeita às apertadas prescrições (a invocada pelo M. Juiz, então, é totalmente descabida, como bem acentuou a apelante e o reconheceu o eminente Juiz relator, que outra acolheu) relativas à falta de mercadoria verificada após a entrega desta, mas à prescrição comum.

Daí porque provi o recurso" ("Rev. dos Tribs.", S. Paulo, 1957, vol. 260, pág. 423).

COMENTÁRIO

1 — Reveste-se de originalidade a contenda judicial decidida pela Justiça do Distrito Federal. Negociante de artigos farmacêuticos foi à falência, tendo sido o seu estabelecimento adquirido por uma sociedade anônima, com a anuência de todos os credores. Fôsse pela idade do falido, fôsse pelos seus nobres antecedentes comerciais que lhe grangearam simpatia generalizada, ou por outro motivo particular a adquirente do estabelecimento obrigou-se a conceder-lhe retirada mensal, reajustável segundo a elevação do custo de vida, e deu-lhe o título de gerente do mesmo negócio, mas declarou-lhe, em documento, "sem que tenha V. S. o direito de intervir na administração do negócio".

Desavieram-se a sociedade proprietária do estabelecimento e o seu "gerente", resultando da discórdia o ajuizamento por êste de ação reintegratória de posse, tendo-lhe sido concedido mandado liminar, a fim de manter-se na original "gerência", e ganho de causa em sentença de primeira instância. Em grau de apêlo, foi essa decisão reformada, sendo julgada improcedente a demanda.

2 — Há, sem dúvida, certa dose de originalidade no procedimento do referido "gerente" e na sentença inferior que lhe acolheu o pedido possessório. Gerente sem intervenção na administração do negócio é novidade esquisita, excentrica. Quer na linguagem vulgar, quer no vocabulário jurídico, gerente é aquele que dirige, "administra negócios, bens ou serviços" (*Laudelino Freire*, "Grande e Novissimo Dicionário"). Segundo a lição de *Carvalho de Mendonça*, "os prepostos que *administram* o negócio ou a casa comercial, representando o proprietário, do qual se tornam *alter ego*", denominam-se "feitores ou *gerentes*" ("Tratado", 2.ª ed., vol. II, pág. 441).

Gerente, sem poderes de administração, será figura honorífica, título aparente, apelido generoso ou grotesco, nunca, porém, verdadeiro gerente, no sentido real e jurídico.

3 — Andou bem a justiça do Distrito Federal pondo têrmo à ação possessória intentada por êsse original gerente comercial: Nem quanto à substância do litígio, nem quanto à relação processual, havia o mais leve elemento favorável ao autor da demanda. Esta foi bem repelida. Restou apenas o sabor de excentricidade de que se revestiu o procedimento do autor, o ajuste concertado entre êste e a adquirente de seu negócio farmacêutico.

JAYRO FRANCO

CAPÍTULO III

CONTRATOS E OBRIGAÇÕES

A CESSÃO DE CRÉDITO OU DE CONTRATO E A EXISTÊNCIA REAL DO CRÉDITO OU DO CONTRATO

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível n.º 48.282. Gealasio Godard vs. Pedro Paulo Tornaghi. Relator, Desembargador João Coelho Branco).

Vistos, etc..

1) — A sentença apelada fez minucioso e fiel relato dos fatos que deram origem ao feito, razão por que a êle nos reportamos.

Em síntese, a hipótese é a seguinte: Apelante e apelado celebraram uma convenção, pela qual aquêle entregou a êste um automóvel e êste cedeu àquele seus direitos a um compromisso de compra-venda sôbre um apartamento, em que figurava como compromitente vendedora — a Imobiliária *Lif* Ltda. Como sobreviesse a falência dessa companhia devedora e como o cessionário, ora autor-apelante, tivesse verificado que o apartamento estava transcrito no registro imobiliário em nome de terceiro, propôs, contra o cedente, a presente ação ordinária para rescindir o contrato por *êrro* e *dolo* e obter a devolução do automóvel, ou o reembolso do seu valor.

Contestando a ação, o réu, ora apelado, nega que o negócio celebrado esteja eivado dos vícios apontados, dado que cedeu ao autor crédito, cuja existência êle mesmo reconheceu, não sendo responsável pela solvência do devedor, *ex-vi* do princípio do art. 1.074 do Código Civil.

A sentença final, da lavra do Dr. *Olavo Tostes Filho,* julgou a ação improcedente, com base na defesa oferecida, tendo, por isso, o autor interposto esta apelação, contra-arrazoando a qual suscitou o réu a preliminar de sua intempestividade.

2) — A preliminar de intempestividade da apelação não procede, porque, no art. 812 do estatuto processual, segundo o qual o prazo para interposição de recurso se conta da data da leitura da sentença, não há disposição expressa revogando a regra geral *dies a quo non*

computatur in termino, contida no art. 125 do Código Civil e reproduzida no art. 27 do Código do Processo.

Tendo a sentença sido prolatada na audiência designada, em 20 de dezembro de 1957, a apelação, apresentada em 6 de janeiro de 1958, foi interposta *in tempore opportuno*, no último dia do prazo desde que se não olvide, também, a regra do art. 3.º, da Lei n.º 1.408, de 9 de agôsto de 1951, segundo a qual os prazos judiciais que se iniciarem ou vencerem aos sábados, no Fôro onde o expediente se encerre ao meio dia, serão prorrogados de um dia útil".

3) — Como se frisou no relatório, a ação de rescisão é fundada em *dolo* e *êrro*, que seriam os vícios maculadores do contrato celebrado *inter partes*.

É de afastar, desde logo, o fundamento do dolo, se o próprio autor, na inicial, já admitia que a má fé, a existir, seria da Imobiliária L.. A prova colhida no processo desmente qualquer eiva de fraude ou burla no procedimento do réu-apelado, o que parece ter sido reconhecido pelo autor-apelante, por isso que não mais insistiu nessa base, em que se alicerçava o libelo.

Quanto ao fundamento do êrro, não podia êle também basear a presente ação. Não há aqui falar em êrro *in personam*, se a aproximação das partes por anúncio em jornal e a realização do negócio se deu sem atenção principal à identidade e qualificação delas e se, como é sabido, o êrro sôbre as qualidades da pessoa só é substancial quando da natureza do negócio se infere que a consideração da pessoa constitui o motivo principal da determinação da vontade (C. C., art. 88). Não há, do mesmo modo, falar em êrro sôbre a natureza do ato (*error in ipso negotio*), êrro sôbre o objeto principal de declaração (*error in ipso corpore rei*) e êrro sôbre as qualidades essenciais do mesmo objeto, se nenhum engano se verificou sôbre a natureza da relação jurídica, os direitos e as coisas que a integravam e os atributos e limites de uns e outras.

O problema era evidentemente outro e consistia em fixar as garantias a que estava obrigado o réu em relação ao autor.

Na espécie, o autor-apelante pagou com o automóvel a transferência que lhe fêz o réu apelado do seu direito a obter da Imobiliária L. a assinatura de promessa de venda de um apartamento. É o que se verifica do recibo de fls. 61, que substitui o recibo originário. Menos do que a cessão de contrato de promessa de compra-venda de imóvel houve cessão do compromisso de assinar a promessa. Cessão de obrigação contratual de contrato futuro, ou, na definição de *Aubry* e *Rau*, cessão de direito de crédito — *jus ad rem obtinendam* ("Cours de Droit Civil Français", 5.ª ed., 1957, T. V. §§ 349 e 359, págs. 7 e 185).

Ora, consoante adverte *De Page,* na cessão de crédito, como forma de venda, interferem regras especiais derrogatórias do direito comum e que se justificam precisamente pelo caráter particular do objeto do contrato. ("Traité", 2.ª ed. T. IV, ns. 379 e 426, págs. 375 e 409). É o que se verifica quanto à obrigação de garantia em que domina o princípio clássico, inscrito nos arts. 1.073 e 1.074 do Código Civil, de que o cedente a título oneroso responde pela existência e legitimidade do crédito, mas não responde pela solvibilidade do devedor. E a velha regra romana — *praestat veritatem, non bonitatem nominis* — que, ainda, em dias próximos, era reafirmada em conceitos merecedores de transcrição, porque salienta precisamente a distinção entre garantia devida em caso de cessão e em caso de revenda:

"Par contre la garantie du cédant, sauf clause contraire expresse, ne s'étend pas à la solvabilité du cede, ni à l'execution du contrat par ce dernier. Ceci explique porquoi le cédant a droit au parement du prix de cession, même si le contrat n'est pas executé par le cédé. L'existence de cette obligation de garantie restreinte à la seule validité du contrat, fait qu'il y a un intrét considerable à distinguer entre la revente et la cession a un contrat de vente, en cas de revente, le revendeur est tenu de livrer les marchandises et de garantir les vices cachés de celleci, tandis que en de cession le cedant est tenu de garantir uniquement l'existence et la valideté du contrat cédé; en somme, alors que dans les premier cas entre les parties les risques d'inexecution du contrat initial et la garantie des vices cachês sont a la charge du revendeur, en cas de cession, les risques d'mexecution passent totalement ou partiellement au cessionaire qui ne pourra s'en predre quau céde (*Charles Lapp,* "Essai sur la Cession de Contrat synal lagmatique à titre Particulier", 1951, pág. 117)".

Assim, dado não é ao autor apelante como cessionário, querer responsabilizar o réu apelado, como cedente, pela insolvência superveniente do devedor cedido, nesse sentido nada foi estipulado. Nesse tema, *Mourlon* já expunha com clareza os limites da responsabilidade do cedente:

"Le cédant est, indépendamment de toute convention, garant de *l'existence de la créance.* La s'arrête son obligation. Il ne repond point de *l'insolvabilité actuelle ou future* du débiteu céde. Ainsi, le cedant vend sa créance *telle qu'elle est,* et le cessionaire l'achète à ses risques et périls. On ne lu vend pas une *bonne* creance, una creance *utile,* qui, amenera paiement; on lui vend et il achète une créance existe, l'obligation du cedant est complétement executée: car il a tenu toute sa promesse, il a procure ce qu'il avait promis. Tant pir pour le cessionaire si la créance cedée est mauvaise, et s'il n'en

retire pas le profit qu'il en attendait: c'este un spéculateur dont la spéculation na pas reussi". ("Répétition Ecrites du Code Napoleón", 1874, T. III, n.º 678, pág. 299)".

Êsses princípios, reafirmava-os entre nós F. S., assertando:

"Os escritores em matéria de cessão distinguem duas espécies de garantia: a garantia de direito e a garantia de fato. O cedente é obrigado à garantia de direito, isto é, a garantir a existência e a legitimidade da dívida. Não é obrigado à garantia de fato, isto é, a garantir a solvabilidade do devedor. A garantia de direito não há necessidade de ser estipulada, nasce da natureza do contrato oneroso... O cedente não se responsabiliza pela solvabilidade do devedor, senão havendo estipulação em contrário" (Projeto, 1886, T. IV, art. 1.934, pág. 87-89). Vide no mesmo sentido, *Cunha Gonçalves,* "Tratado de Direito Civil", 1932, vol. V, n.º 634, pág. 81; *Di Blasi,* "Commento al Nuovo Codice Civile Italiano", "Il Libro delle Obrigazioni", Parte Geral, 1950, art. 1.410 volume I, pág. 590; *D'Amélio* e *Finzi,* "Colce Civile, Obbligazioni", 1948, vol. I, pág. 590).

É certo que o cedente responde, excepcionalmente, pela incapacidade econômica do devedor no caso do dolo de sua parte.

"Se da parte cedente — diz *Alves Moreira* — houver má fé ou *dolo,* dissimulando o estado de insolvência do devedor, ou induzindo o cessionário em êrro a êsse respeito, poderá êste rescindir o contrato, e o cedente ficará, nos têrmos gerais de direito, responsável por perdas e danos". ("Instituições de Direito Civil", 1907, vol. II, n.º 56, págs. 211-212. Vide também *Lacerda de Almeida,* "Obrigações", 2.ª ed. 1916 § 13, pág. 60, nota 17; *Giorgi,* "Teoria delle Obbligazioni", 7.ª ed., 1927, vol. VI, n.º 133, pág. 157).

Mas, como já se salientou, a prova dos autos desmente qualquer mácula de dolo ou fraude no proceder do cedente, ora apelado, nada havendo que denuncie ser êle sabedor, no momento da cessão, do estado de insolvência do devedor cedido, tanto mais quanto a falência só foi decretada cêrca de três meses depois.

O réu cedente satisfez a garantia legal ou de direito que lhe cumpria prestar, provando a existência de seu crédito e a validade dêle. O que não se pode impor-lhe é a responsabilidade pela existência e legitimidade do crédito da companhia imobiliária contra o *dominus* do apartamento, relação jurídica que não ficou definida, porque o autor cessionário não executou o seu contrato, como devia fazer. Não havia esquecer que o cedente não assumiu a obrigação da garantia de fato, isto é, a garantia de solvibilidade do cedido; mas mesmo que o tivesse feito, teria, na lição da mesma doutrina, assumido apenas a posição do devedor subsidiário, não sendo licito ao cessionário voltar-se contra êle, sem antes ter executado o devedor cedido. (*Baudry Lacantinerie* e *Saiynat* "Traite Droit Civil", 3.ª ed.

1908, T. XIX, n.º 839, pág. 875; *Aubry* e *Rau*, "Ob. Cit.", § 359 bis, pág. 232; *Giorgi*, "Ob. cit.", n.º 139, pág. 162; *Clóvis*, "Observ. ao art. 1.073)".

Assim, concluindo, como conclui, que *in casu*, em face da lei e do contrato, não se podia responsabilizar o cedente pela insolvência do cedido, a sentença recorrida é de juridicidade inacatável.

4) — *Ex-positis*: Acordam os Juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em votação unânime, conhecer da apelação e negar-lhe provimento.

Custas *ex-lege*.

Rio de Janeiro, 25 de agôsto de 1958,. — *Guilherme Estelita*, Presidente. — *João Coelho Branco*, Relator. — *Paulo Alonso*.

COMENTÁRIO

1 — As normas insertas nos artigos 1.073, 1.074 e 1.075 do Código Civil Brasileiro, acêrca da responsabilidade do cedente, na cessão de crédito, têm suas fontes próximas em preceitos da codificação civil francesa, cujos méritos, científicos e literários, nunca será demais realçar. Da conjugação daqueles três dispositivos legais, aplicáveis amplamente no campo do direito privado, depreendem-se estas regras, no tocante à garantia exigível do cedente, nas cessões de créditos:

a) independentemente de convenção, o cedente é obrigado a assegurar a existência do crédito e o seu direito de propriedade sôbre êste, no momento da cessão (art. 1.073, Cód. Bras. e art. 1.693, Cod. Civil Francês);

b) não responde o cedente pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrário (art. 1.074, Cód. Bras. e art. 1.694, Cód. Francês);

c) tornando-se responsável pela solvência do devedor, não responderá o cedente por quantia maior que a que recebeu do cessionário, com os respectivos juros, as despesas da cessão e os gastos por êste efetuado com a cobrança (art. 1.075, Cód. Bras. e art. 1.694, Cód. Francês).

2 — No primeiro caso, em que o cedente, pelo silêncio ou pelos têrmos convencionais, fica obrigado a assegurar a existência do crédito, diz-se que há uma "garantia de direito", pois resulta ela necessàriamente da lei. No outro caso, quando o cedente, com maior ou menor extensão, se obriga pela solvência do devedor, a garantia será "de fato", uma vez que ela nascerá de cláusula convencional, variável segundo a vontade dos contratantes. A solvabilidade garantida é a atual, existente no momento da cessão. A futura sòmente estará compreendida na garantia de fato, se cláusula expressa assim o determinar. Trata-se da cláusula chamada de *fournir et faire valoir* no direito francês, segundo a qual a solvência do devedor, no momento de tornar-se exigível o crédito, fica assegurada pelo cedente.

3 — Na espécie, resolvida por votação unânime no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, as normas legais referentes à cessão de crédito foram aplicadas com acêrto e precisão. Não havia garantia de fato por parte do cedente do compromisso de venda e compra de apartamento, imperando, portanto, em sua plenitude a regra genérica do art. 1.073 do Código Civil. O cedente responderia pela existência do crédito e êste era realmente verdadeiro. O devedor se apresentava solvente, no momento da cessão. Não se vislumbrou má fé no procedimento do cedente, que, se houvesse agido maliciosamente, conhecendo a insolvência ou o mau estado econômico do devedor, responderia certamente por perdas e danos ou se sujeitaria ao desfazimento do negócio. É que o princípio informativo da boa fé está implìcitamente incluído em todos os atos jurídicos, de modo a tornar ilícito aqueles em que intervenha o dolo, ou a culpa.

JAYRO FRANCO

OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES EMERGENTES DOS DIVERSOS TIPOS CONTRATUAIS

(*Sumário jurisprudencial*)

Secção I

Da compra e venda

A venda de máquina lavadeira de uso doméstico e o têrmo de garantia. — Por acórdão de 19 de maio de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 22 de outubro de 1959 e relatado pelo Desembargador *José Murta Ribeiro,* a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 1.092, em parte, quanto à autora para elevar os honorários de advogado, da responsabilidade da ré, para 20% sôbre o valor da causa, mantida no mais a sentença apelada, prejudicada a apelação da ré, segunda apelante.

O laudo do perito desempatador demonstrou, claramente, que o defeito encontrado no "Borno", localizado na parte fechada do motor, é de fabricação e não, como quis sustentar a ré, consequente de ação de terceira pessoa chamada para ver o "relay" do refrigerador. É o que se vê do laudo na parte transcrita sentença recorrida.

Assim, consoante o têrmo de garantia, a firma ré, vendedora do refrigerador, está obrigada a "substituir o motor defeituoso por outro de idêntica ou semelhante construção, sem qualquer ônus para a compradora", como determinou a sentença recorrida. A restituição do preço pago ou substituição da geladeira por outra nova, não tem cabimento face mesmo ao dispositivo no têrmo de garantia

Além do mais, é de se levar em conta que a geladeira, à data da propositura da ação, já tinha dois anos de adquirida e a sen-

tença recorrida determinou a substituição do motor defeituoso por outro idêntico ou de semelhante fabricação, sem qualquer ônus para a autora, de modo que a geladeira fique em perfeitas condições de funcionamento. A alegação da autora de que poderá ser colocado um motor já usado, o que tornaria precário o têrmo de garantia, não procede porque o motor que substituir o defeituoso deverá ser novo, para que a geladeira fique em perfeitas condições de funcionamento.

Razão assiste, entretanto, à autora, primeira apelante, na parte em que pleiteia a majoração dos honorários de advogado para 20% sôbre o valor da causa. A importância de três mil cruzeiros fixada na decisão recorrida não corresponde, de nehum modo aos serviços prestados pelo advogado à causa, que demandou nada menos de 3 perícias.

Reconhecida a procedência da ação nos têrmos da sentença recorrida, ora mantida pela Câmara, prejudicada está a segunda apelação da ré, que visava precisamente a improcedência da mesma ação".

A cláusula "Fob" nos contratos de compra e venda. — Por acórdão de 15 de janeiro de 1954, sómente em 13 de julho de 1959 publicado no "Diário da Justiça", o Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 24.035, de Pernambuco, de conformidade com o voto do relator, a saber:

O Sr. Ministro *Orozimbo Nonato* — O caso é de recurso extraordinário suscitado contra o v. acórdão, *verbis*:

"Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da comarca desta Capital, sendo apelante D. R. S. A. e apelados J. P. M. & Cia., estabelecidos com a "Charqueada Tapirai", no Estado de Minas Gerais: Os apelados venderam à apelante uma partida de duzentos e setenta e quatro (274) fardos de miúdos sortidos, no valor de Cr$..., sendo emitidas as duplicatas correspondentes que, entretanto, não foram aceitas nem pagas no vencimento.

Procurando justificar sua conduta a apelante no dia imediato ao vencimento do título fêz ciente aos vendedores por intermédio de seu representante nesta praça, que as mercadorias haviam chegado ao seu destino deterioradas pelo que propunham um abatimento no preço ou, no caso de recusada a sua proposta, deixá-los à disposição dos mesmos vendedores como realmente aconteceu e foi comunicado aos apelados em *memorandum* datado de 28 de junho de 1947.

Sem depositar, porém, as mercadorias ou, siquer, constatar a alegada deterioração por meio da necessária vistoria judicial, os com-

pradores, independentemente de qualquer autorização dos vendedores deliberaram, de conta própria, vendê-las por preço inferior ao ajustado obtendo um saldo de Cr$... que foi posto à disposição dos vendedores no Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais, S. A., mas que não foi levantado.

Daí a presença dos vendedores em juízo reclamando o pagamento do preço com os juros da mora e custas, inclusive honorários de advogado.

Vê-se, efetivamente, dos autos que as mercadorias a que se alude foram entregues ao representante da compradora na praça do Rio de Janeiro em 30 de abril de 1947, sem nenhuma reclamação, e remetidos por via marítima à compradora, que as despachou e recolheu ao seu estabelecimento sem formular, por sua vez, qualquer protesto ou reclamação, o que só fizeram tàrdiamente ou seja 46 dias após. Não tiveram, além disso, os compradores o cuidado prévio de constatar o mau estado de conservação dos efeitos vendidos, considerados por êles imprestáveis para o consumo, tendo agido discricionàriamente e devendo, assim, responder pelo pagamento reclamado com juros e custas, inclusive honorários do advogado, no que acordam os juízes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, negando provimento à apelação, após desprezadas as preliminares arguidas, contra o voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente que não concedeu os honorários pedidos.

Custas na forma da lei".

O apêlo se manifestou nestes têrmos:

"D. R. S. A., não se conformando, *data venia,* com o respeitável acórdão proferido na Apelação n.º 40.135, desta Capital, a fôlhas 103-104, na qual contende com a firma J. P. M. & Companhia no prazo legal, recorre extraordinàriamente para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, com fundamentos nos arts. 808, VI e 853 e seguintes do Código de Processo Civil e 101, n.º III, letras *a* e *d,* da Constituição Federal vigente.

E o faz à vista das razões, que passa a expender:

1.ª) A espécie dos autos é esta: Intentou a recorrida firma comercial de Bambuí, Minas Gerais, contra a recorrente, perante o Juízo de Direito do Civil da Comarca do Recife, a presente ação ordinária em que exige o pagamento do preço da venda de 274 fardos de miúdos diversos, na importância de Cr$..., custas e honorários de advogado.

2.ª) A recorrente contestando a ação, alegou preliminarmente, não haver comprado à recorrida a mercadoria referida na inicial, pois a compra foi feita ao Sr. F. A., de Campo Belo, Minas Gerais, por

intermédio do Sr. S. P. seu representante nesta cidade, ante o que consta do pedido que se lê a (fls.).

3.ª) Admitindo-se, entretanto, para argumentar, que a recorrida aceitou o contrato e o executou, alegou a recorrente que fizera explícita reclamação, ou denúncia, contra os vícios e defeitos ocultos da mercadoria, em tempo oportuno, e que, assim, não estava obrigada a pagar a quantia pedida.

4.ª) A mercadoria foi transportada pelo vapor Itahité entrado no pôrto desta cidade no dia 7 de junho de 1947, sendo recebida pela recorrente no dia 14 seguinte (doc. à fls.); e verificando logo a recorrente, que vieram em más condições de revenda e de consumo os 246 fardos de corações, fraldas e cavacos, que apresentavam sinais de deterioração, comunicou imediatamente, isto é, no dia 16 de junho de 1947, ao referido intermediário no negócio, o seu propósito de obter redução de preço, equivalente à depreciação da mercadoria aduzindo mais que, caso não fôsse atendida, a mesma ficava à sua disposição conforme se lê a (fls.).

5.ª) Convém notar que a recorrida pleiteando direitos decorrentes do contrato celebrado com a recorrente, por intermédio do Sr. S. P., não pode vir negar a representação, com os princípios que a dominam, isto é, que o contrato foi celebrado pelo mesmo Senhor S. P., e que êste não estivesse agindo por parte do vendedor, pois do contrário, a recorrida é parte ilegítima para demandar a ré.

6.ª) Formulou a recorrente ainda por escrito, e verbalmente, outras reclamações, dirigidas, tempestivamente, ao aludido intermediário no negócio, alegando que a mercadoria, à exceção dos 28 fardos de figados, chegara ao seu destino com vícios ou defeitos, e aos próprios remetentes, J. P. M. & Companhia, segundo se lê nos documentos (às fls.), com datas de 28 de junho de 1947 e 30 de junho de 1947.

7.ª) Convém notar, em seguida, que a reclamação, feita em tempo, pela recorrente ao intermediário no negócio de que se trata, Sr. S. P., foi por êste comunicado ao vendedor Sr. F. A. conforme se lê nos telegramas de (fls.), e carta de (fls.), com datas de 26 e 30 de junho, 8, 19 e 29 de julho, daquele ano de 1947, sendo que o primeiro dos telegramas citados faz referência a outro telegrama expedido em 17 de junho de 1947 e cuja recepção foi acusada pelo destinatário, Sr. F. A., conforme se lê na carta dirigida por êste senhor ao Sr. S. P., seu representante nesta cidade, com data de 21 de julho de 1947, onde se transcreve o teor dêste último telegrama.

8.ª) A mercadoria continuou depositada no armazem da recorrente, tendo o referido Sr. S. P., intermediário no negócio, em 3 de

novembro de 1947, autorizado a recorrente a vender a mesma mercadoria, que esta havia posto à disposição do vendedor, tendo prestado a devida conta, conforme se lê no documento à (fls.) segundo instrução recebida do citado agente do vendedor e intermediário no negócio.

9.ª) Arguiu, ainda, a recorrente para se eximir da obrigação de pagar a quantia pedida:

a) que, pela regra do art. 210 do Código Comercial, "o vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da cousa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador se os conhecera, ou não comprara, ou teria dado por ela muito menos preço".

"*b*) que a denúncia a que se refere o art. 211 do Código do Comércio pode ser feita por qualquer meio, aviso verbal, telegrama ou carta, pouco importando que o vendedor receba a comunicação depois do prazo legal, e que esta é a doutrina, conforme se lê a (fls.) dos autos e a jurisprudência em decisões constantes de nossos tribunais (acórdão do Tribunal de Pôrto Alegre de 26 de setembro de 1922, na "Revista de Direito" vols. 75-137; acórdão do 2.º grupo das Câmaras Cíveis do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 23 de agôsto de 1945, na "Revista dos Tribunais" vols. 161-626; acórdão da 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo de 2 de outubro de 1946, na "Revista dos Tribunais", vols. 161-711);

c) que a reclamação ou denúncia do comprador pode ser dirigida ao intermédio no negócio (C. de Mendonça, "Tratado de Direito Comercial, v. 6.º, parte II, n.º 682);

d) que o depósito da mercadoria como pretende a recorrida, não era indispensável. Ensina *Carvalho de Mendonça*: "O depósito judicial da mercadoria não é necessário, conquanto seja útil se o comprador não a pode guardar por si mesmo ou se não se acha em armazéns da Alfândega, das docas, das estradas de ferro, das companhias de navegação ou em armazéns gerais (opus etc., v. cit. n.º 648);

e) que não havia imprescindível necessidade do exame pericial para a verificação dos vícios e defeitos da mercadoria vendida, nos têrmos do art. 217 do citado Código do Comércio;

"10.ª) A veneranda decisão recorrida deixou de aplicar os arts. 210 e 211 do Código do Com., sôbre os quais se questionou na causa, assumindo pelo primeiro artigo o vendedor a responsabilidade dos

vícios ou defeitos ocultos da cousa vendida, e tendo o comprador, pelo segundo artigo, o direito de reclamar por vícios ou defeitos ocultos, dentro de dez dias imediatamente seguintes ao do recebimento da mercadoria, ocorrendo, ainda, divergência na interpretação do art. 211, entre a veneranda decisão recorrida e os acórdãos acima referidos, publicados na "Rev. Dir.", v. 75-137 e na "Rev. dos Tribs.", vols. 161-626 e 165-711.

"11.ª) E reputando a decisão recorrida essencial o exame pericial, no caso ajuizado, adotou inteligência do art. 217 do Código do Comércio, em divergência da constante do acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido a 9-8-1935, e publicado na "Rev. dos Tribs.", vol. 99, págs. 253-261.

"A decisão no caso sujeito deu ainda, ao art. 217 do Cód. do Com. interpretação e aplicação divergentes das constantes do acórdão do Tribunal de Justiça de Pôrto Alegre, proferida em 26-9-1922, *in* "Rev. de Dir.", v. 75-137 e acórdão da sexta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2-4-48, na "Rev. dos Tribs.", vol. 174-192.

"12.ª) Pronunciando-se sôbre o alcance da preceituação do art. 217 do Código Comercial, isto é, tendo como dispensável a diligência da vistoria judicial, aduziu o venerando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o argumento seguinte:

"O caso sujeito não é regido, como entende o autor, pela disposição do art. 206 do Código do Comércio. Não se trata de dano subseqüente à perfeição do contrato, mas de vícios ocultos da mercadoria que, segundo tôdas as presunções, deviam preexistir à compra".

"As deteriorações derivadas dêsses vícios não as deve suportar o comprador, tanto mais quanto êle não examinara o bacalhau ao ser encaixotado. Ao autor é que competia destruir essas presunções, mostrando que ao tempo da tradição o gênero vendido estava perfeito, sem vício algum".

"13.ª) A espécie, pois, se enquadra na letra *a* do art. 101, n.º III, da Constituição, pois a decisão recorrida deixou de aplicar os arts. 210 e 211 do Código Comercial, tendo decidido que o prazo de 10 dias de que trata o artigo 211, começou a correr de 30-4-47, quando a mercadoria foi despachada em Campo Belo, ou da data em que chegou a mercadoria no Rio de Janeiro, consignada à firma L. F. S. A., encarregada da sua expedição para a recorrente, e não da data do recebimento da mercadoria, nesta cidade, efetuada em 14-6-1947, em desacôrdo com a lei e a jurisprudência como vimos (ns. 9, letra *b* e 10.ª).

"14.ª) Tem cabimento, ainda, o recurso extraordinário, com fundamento na letra *c*), art. 101, n.º III, da Const., cabendo ao Supremo Tribunal Federal decidir qual das decisões divergentes deu ao artigo 217 do Código Comercial, exata interpretação e aplicação, se as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da Sexta Câmara do Tribunal de Justiça de S. Paulo e do Supremo Tribunal Federal, acima citadas, que não reputam especial o exame pericial ou a decisão recorrido que considerou imprescindível o exame pericial.

"15.ª) Nestas condições, é a presente para requerer a V. Excia. se digne de, admitindo o presente recurso, sejam oportunamente, observadas as prescrições legais".

A julgamento.

Decidiu o v. aresto que, não havendo o comprador de mercadorias que declarou deterioradas, reclamado *in tempore* nem levado a efeito qualquer exame ou vistoria, injurídico foi seu procedimento vendendo-as por preço muito inferior ao do negócio e pondo o produto à disposição dos vendedores no Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais.

O v. aresto condenou-os ao pagamento do preço ajustado e honorários de advogado.

Na versão dos recorrentes, o v. aresto com êsse teor de decidir, vendeu ensejo ao apêlo extremo, pelas letras *a* e *d* do art. 101, n.º III, da Constituição Federal, pois deixou de aplicar os arts. 210 e 211 do Código Comercial e divergiu de outros tribunais na inteligência dos aludidos preceitos e na do art. 217 do mesmo Código, realçando a dissonância, ainda, do acórdão com outros julgados que não consideram imprescindível, no caso, o exame pericial.

A venda se fêz, no caso, com a cláusula *Fob*.

A significação dessa cláusula é conhecida e nem a êsse propósito lavram divergências nos autos.

Nenhuma dúvida em que por fôrça da aludida cláusula (*free on board*), tôdas e quaisquer avarias ocorridas "depois da entrega da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque correm por conta e risco do comprador". (*Carvalho de Mendonça*, "Tratado do Dir. Com. Brasileiro, vol. VI, L IV. P. II, pág. 176 n.º 770).

Entretanto a cláusula aludida não influi no desate do pleito em que se discute a ocorrência de vícios na coisa vendida, prevalecendo o disposto no art. 210 do Código Comercial, *verbis*:

"O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos da coisa vendida, que o comprador não podia des-

cobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada ou que de tal sorte diminua o seu valor, que o comprador, se os conhecera, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço".

Na versão da corrente, o preceito citado posto que evidentemente aplicável à espécie, deixou de ser aplicado, ocorrendo assim, hipótese que cabe na previsão da letra *a* do art. 101, n.º III, da Constituição.

Mas, o v. aresto não decidiu pela impossibilidade do exercício das ações ediliciais — *quanti minoris* ou redibitória — na ocorrência de vícios e defeitos ocultos na coisa vendida, com o que, realmente, teria inflingido tratos rudes ao art. 210 citado.

O que o acórdão decidiu foi não ser possível ao comprador, exaurido o prazo legal, e sem depósito ou vistoria, dar o contrato por nenhum e colocar a disposição do vendedor o preço encontrado pela mercadoria defeituosa.

Não podia, pois, o v. aresto vulnerar o art. 210, senão, apenas, os arts. 211 e 217.

Estabelece o primeiro prazo de dez dias imediatamente seguintes ao da entrega para a reclamação.

E o v. aresto consignou o decurso dêsse prazo, pelo que não ofendeu o preceito e, antes, lhe catou fiel observância.

Quanto ao art. 27 manda se determinem por arbitradores os vícios e diferenças de qualidades das mercadorias.

E o v. aresto julgou não poder o comprador, inautorizável pelo vendedor, deliberar vender a mercadoria por preço muito inferior ao ajustado, sem depósito e sem a *necessária vistoria judicial.* A decisão, pois, orna com o art. 217.

O recurso, assim, não depara moldura na letra *a citada.*

Quanto à interpretação do artigo 211, invocada para a justificação do apêlo no letra *d,* alega o recorrente, forte nas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, que cita: *a*) a denúncia a que alude o art. 211, pode ser feita judicial ou extrajudicialmente, por escrito em aviso verbal, importando, quanto ao prazo, a data em que é despedido e não a em que é recebida; *b*) pode ser dirigida ao intermediário do negócio. Mas, o v. aresto não negou a possibilidade da denuncia ao intermediário do negócio e deu como exausto o prazo respectivo tendo em atenção fatos e circunstâncias, que assinala, não ocorrendo, pois, a êsse propósito, dissidio de jurisprudência.

O mesmo passa quanto à verificação por arbitradores.

O aresto que exemplificaria a divergência dispensa aquela verificação, "havendo prova de outra natureza", o que, segundo o aresto recorrido, não é o caso dos autos.

As demais citas de acórdãos mostram-se incompletos e não constituem aquela "documentação cientifica" da alusão de *Carlos Maximiliano,* necessária a que se dispense prova por certidão da divergência a que se refere a letra *d* do art. 101, n. III, da Constituição Federal.

Não conheço, preliminarmente, do recurso".

Da compra e venda

O conflito de interesses entre o comprador e o vendedor da coisa com reserva de domínio. — Por acórdão de 28 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador *Paulo Afonso* e publicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 46.266, pelos fundamentos seguintes:

"O apelante firmou com o segundo apelado, que é revel na causa, um contrato de venda com reserva de domínio de um automóvel, em 8 de outubro de 1956, e, como não conseguisse receber as prestações ajustadas, correspondentes a notas promissórias, requereu a apreensão prévia do veículo, na forma do artigo 344 do Código de Processo Civil.

Sucede que o mesmo apelante também deu notícia em sua petição inicial de que o segundo apelado havia transferido o carro para o primeiro apelado, em 12 de outubro de 1956, conforme certidão que obtivera na Prefeitura Municipal, falsificando ou a assinatura do apelante no recibo ou os têrmos do documento, pois não tinha a propriedade para alienar.

Passou assim o terceiro a figurar como co-réu.

A improcedência da ação decorreu da consideração do ilustre Dr. Juiz *a quo* no sentido de que ao se fazer a transferência para o primeiro apelado atestada pelo documento de (fls.), ainda não fôra registrado o documento de (fls.), ou seja a compra e venda com reserva de domínio.

Mas passou despercebido à sentença o fato do primeiro apelado não apresentar documento algum comprobatório de sua propriedade sôbre o automóvel.

A certidão da Prefeitura, de (fls.), revela que do nome do apelante passou o automóvel para o do primeiro apelado, sem consignação do nome do segundo apelado. Como se processou a transferência? O segundo apelado só possuia um documento com a cláusula de reserva de domínio. O apelante, que firmara com êste o contrato, também nenhum ajuste fez com o primeiro apelado. Cum-

pria, pois, ao primeiro apelado oferecer nos autos a prova da aquisição, que justificasse aparecer nos assentamentos da Prefeitura o automóvel em seu nome.

Em tais condições, a posição do apelante é inquestionàvelmente superior à do primeiro apelado. Como proprietário do automóvel firmou o contrato de venda com reserva de domínio, devidamente registrado, figurando como dono na Prefeitura. O primeiro apelado não exibe título algum, apenas se baseando na transferência para o seu nome operada na Prefeitura, em condições que ficaram inexplicadas.

O parecer do ilustre Delegado da Procuradoria Geral, Dr. *Theodoro Arthou,* minuciosamente mostrou a necessidade de reforma da sentença apelada.

Ocorre ainda ressaltar que o primeiro apelado, na contestação de (fls.), declarou que o automóvel fôra adquirido de comerciante estabelecido, A. S. M., sem cuidar de oferecer a comprovação dessa alegação, sôbre que também não mais insistiu, e a que não fêz referência nas razões de apelado, a (fls.). Mas na certidão de (fls.), em que se apoiou, não vem mencionado tal comerciante como transmitente, mas, como se viu, consta a passagem do automóvel diretamente do apelante para êle primeiro apelado. A omissão dêste em esclarecer os fatos não permite que se lhe reconheça a propriedade do veículo, sumàriamente, como o fêz a sentença".

A rescisão do contrato pela venda como novo de aparelho elétrico recondicionado. — Por acórdão de 9 de dezembro de 1957, relatado pelo Desembargador *Paulo Alonso* e publicado no "Diário da Justiça" de 25 de fevereiro de 1959, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 45.086, pelo seguinte:

"Os elementos coligidos no processo convencem que o refrigerador não era novo na ocasião da compra e venda, além de apresentar defeitos que impossibilitaram o respectivo funcionamento.

Adquirindo um aparelho com pagamento do preço integralmente à vista, tinha o apelado o direito de exigir a rescisão do contrato, desde que fôra ludibriado na sua boa fé.

A garantia oferecida pela apelante, pelo prazo de cinco anos, revela a suposta confiança que alardeava ter relativamente às condições do motor e demais peças do refrigerador. O preço de Cr$... cobrado o apelado diz que pagou mais, mas o recibo em conjunto com outras mercadorias não permite saber ao certo) e que resulta do laudo parcial, por ser o valor à época do contrato, atesta que não se tratava de coisa já usada anteriormente.

Ora, a perícia positivou que o refrigerador está produzindo choque, capaz de ocasionar a sua queima, dada a deficiência da ins-

talação elétrica; o relógio automático de descongelamento não funciona; existe uma adaptação para carga no tubo de sucção que é nacional e não de fábrica; também o "relé" não é original americano e sim nacional, estando mal adaptado.

Na contestação a apelante procurou diminuir a importância dos fatos, asseverando que uma regulagem na máquina e a substituição do "relé" poriam a mesma em funcionamento. Na audiência de instrução e julgamento, entretanto, adiantou que vendera um refrigerador recondicionado, alterando a defesa.

Na apelação, vem ainda a apelante confessar que não teve ocasião de testar o aparelho na oficina, por desídia dos seus empregados, pretendendo ficar isenta de responsabilidade. É incrível. Por outro lado, admite que estivesse obrigada a colocar um novo "relé" de fabricação americana, tanto que os nacionais deixam muito a desejar e queimam constantemente, e que não há possibilidade de conseguir a importação necessária. E como tudo isso pleiteia a reforma da sentença que a condenou.

Sendo o aparelho estrangeiro, tôdas as suas peças deveriam ser apresentar intatas, colocadas na fábrica, pois é sabido o valor superior dos mecanismos ainda não submetidos à consêrto. Se a peça substituida antes da venda não merece confiança, dando causa à paralização do funcionamento do motor, como exigir que o comprador mantenha a compra e venda?

O dolo da apelante empregado na formação do contrato é evidente, e se soubesse da verdade o apelado não teria celebrado o ajuste.

Além da restituição do preço cabem as perdas e danos, bem calculadas pelo perito e aceitas pela sentença, e que se resumem na diferença do preço da data do contrato e o atual de um refrigerador igual em estado de novo.

Igualmente, a culpa contratual da apelante leva a condenação em honorários advocatícios.

Não há parcela alguma favorável à apelante, em correspondência ao uso e gôzo do refrigerador pelo apelado, desde que lhe foi entregue até a data da restituição, que se vier a fazer, pois o mesmo tem estado fora de funcionamento, como atestaram os peritos, e a sua guarda constitui ao contrário, estôrvo e não vantagem".

O prazo prescricional da ação redibitória e a ausência de prazo para experiência, ou garantia da coisa vendida. — Por acórdão de 9 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador *João Coelho Branco* e publicado no "Diário da Justiça" de 22 de janeiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou prescrita a ação na apelação cível n.º 47.678, pelo seguinte:

"O processo concretiza uma ação redibitória que, como é de notório saber, assiste "a quem receber alguma coisa em virtude de contrato comutativo, contra aquêle de quem a recebeu, para enjeitá-la, quando tornada imprópria ao uso a que é destinada por vícios ou defeitos ocultos, e pedir danos" (*Câmara Leal*, "Teoria e Prática das Ações", 1933, vol. II, § 106, n.º 1.396, pág. 88).

No antigo direito, a ação redibitória prescreve em um mês contínuo contado do dia da entrega, sendo prorrogável por outro mês, morando o vendedor em diverso lugar (*Corrêa Teles* e *Teixeira de Freitas*), "Doutrina das Ações", 1.880, § 122, nota 685, pág. 291).

No direito moderno, tornaram-se ainda mais estreitos os limites da ação do comprador, de vez que o prazo para reclamação e rescisão da compra é de dez dias pelo Código Comercial, art. 211, e de quinze dias pelo Código Civil, — art. 178, § 2.º

Já *Carvalho de Mendonça* achava assaz rigoroso o prazo de caducidade prescrito, entendendo que "casos há em que ao comprador é impossível reclamar contra os vícios ocultos da coisa vendida dentro do prazo de dez dias. Êstes vícios manifestam-se muitas vêzes, depois de maior tempo principalmente nas máquinas ou aparelhos. Sòmente depois de muitos dias de funcionamento podem ser verificados. Tem-se dito que, no rigor de direito, a garantia devida pelo vendedor desapareceu, o que não nos parece inteiramente procedente. Para evitar dúvidas, ao comprador cumpre acautelar-se, exigindo prazo razoável para a garantia, contado não do dia do recebimento, mas do funcionamento. São comuns estas garantias convencionais, estabelecendo as partes prazo mais ou menos longo para as experiências das máquinas e instalações". ("Tratado de Direito Comercial", 1927, vol. VI, pág. II n.º 682, pág. 120).

O *remedium iuris* será a convenção de prazo para experimentação, "nada obsta a que o vendedor, por cláusula expressa, se obrigue a responder pelos defeitos ou vícios ocultos por um prazo superior: três meses, seis meses, um ano, renunciando assim a opôr a prescrição do prazo legal, renúncia que o art. 161 do mesmo Código Civil permite". ("Da compra e venda no Direito Comercial Brasileiro" — 2.ª ed., 1950, n.º 132, pág. 462).

Com mais rigor técnico, melhor será divisar, na venda assim convencionada, uma venda condicional, ou a contento, sem falar em renúncia previa à prescrição, que o art. 161 citado repele. Era a solução do saudoso *Philadelfo Azevedo*, que entendia irreconciliável com as necessidades da vida atual os prazos angustos estabelecidos nos Códigos vestutos. (*Um Triênio de Judicatura*, vol. III, n.º 331, pág. 58).

Mas, na espécie dos autos, não foi pactuado qualquer período de garantia ou experimentação, de sorte que o prazo prescricional começou a fluir de 1953, quando se efetivou o contrato e se verificou a tradição dos ônibus vendidos, estando, portanto, prescrita a ação iniciada em 1956".

NOTA — Manifestou-se contràriamente ao decidido o Desembargador *Paulo Alonso*, neste voto vencido:

"A douta maioria recusou apoio à distinção estabelecida na sentença apelada entre os vícios ocultos, que têm prazos curtos para a respectiva arguição pelo comprador prejudicado, pena de decadência, e que se relacionam com a quantidade e a qualidade da coisa, e os chamados "defeitos de fabricação", que podem levar à rescisão do contrato, quando venham a ser verificados.

Filadelfo Azevedo entende que as vendas de maquinismos não são puras, e sim condicionais, respondendo o vendedor pelas imperfeições dos mesmos: "Vendas condicionais e vícios redibitórios — prescrição —. A rescisão da venda de maquinismos, depende de experiência ou sob garantia, não está sujeita aos prazos curtos de prescrição ou decadência, estabelecidos no Código Civil e Comercial para as ações edilícias, por ocorrência de vícios redibitórios". ("Um Triênio de Judicatura", vol. III, pág. 58, voto n.º 331).

A doutrina e a jurisprudência já firmaram a separação entre a ação redibitória baseada sôbre um vício oculto, e a ação rescisória decorrente de êrro a respeito de uma qualidade substancial da coisa. No primeiro caso fixou o legislador prazos curtos de decadência, pois existe a possibilidade de que o vício sòmente tenha aperecido depois da tradição, e, assim, fica acautelado o interêsse do vendedor contra arguições descabidas e serôdias; no segundo, quando o vício ou defeito é intrínseco à coisa, ou se relaciona com qualidade substancial dela, é imutável, por ser inerente à sua natureza.

Embora pouco clara a petição inicial, logrou a sentença extrair da mesma o seu verdadeiro sentido, que é um pedido de rescisão de compra e venda, celebrada com reserva de domínio, sob a alegação de defeitos substanciais dos veículos objeto de contrato.

Face às considerações supra ousei discordar dos acatados votos vencedores.

Paulo Alonso

Secção II

Da fiança

A ineficácia da fiança prestada pelo sócio sem os necessários poderes especiais para o ato. — Por acórdão de 30 de janeiro de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 22 de outubro de 1959 e relatado pelo Desembargador *Eduardo Espínola Filho*, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 1.163, pois "os elementos dos autos demonstram que a fiança não pode substituir, responsabilizando a Farmácia S. M. Ltda., de que o Dr. V. M., não é siquer sócio, conforme o contrato de (fls.), e, portanto, não poderia obrigá-lo como

fiadora; nem se alegue que a procuração de (fls.), apesar da sua amplitude, possa compreender-se como autorizando a prestação de fiança; pelo fato de poder o procurador gerir e administrar a firma, comprando e vendendo mercadorias, com emissão e assinatura de faturas, e duplicatas, poder, mesmo, transigir e, até, vender a farmácia, não se segue que, podendo obrigar a farmácia, assumindo obrigações, em benefício dela, também fôsse autorizado a fazê-lo, em benefício, apenas, de terceiros, como é a fiança. Muito sugestivo é o fato de junto pelo próprio autor, ter vindo para os autos um cartão, em que se apresenta, como fiador, não a Farmácia, mas o Dr. V. M. apresentado falsamente como proprietário da Farmácia, qual se vê a fls.). Exorbitando, no contrato de locação, em vez de figurar êle como fiador, é mencionada a Farmácia, representada pelo Dr. V., sem poderes, para tal como já exposto".

Secção III

Da representação e distribuição de mercadorias

A prova do contrato de representação comercial. — Por acórdão de 16 de abril de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 22 de outubro de 1959 e relatado pelo Desembargador *Gastão Macedo*, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, negou provimento à apelação cível n.º 1.306, pelos seguintes fundamentos:

"A. M. propôs contra a Emprêsa de A. S. L. S/A ação ordinária, para haver perdas e danos, alegando que, por contrato verbal, a ré o encarregou de, como seu representante legal, ficar encarregado da distribuição de seus produtos, na zona sul desta cidade desde 1951. Tôdas as despêsas para depósito transportes e as demais necessárias ao negócio correriam por conta do autor, o que o obrigou a vultuosos gastos. Organizou, então, a firma Distribuidora de A. M. C. Ltda., que logo começou a operar regularmente, uma vez que eram os únicos encarregados durante dois anos, até que recentemente, foi o autor avisado de que não mais lhe seriam distribuídos produtos da emprêsa, uma vez que a ré passará a operar com O. Distribuidora de Bebidas Ltda. Impedidos de distribuir os pro dutos da ré,, foi o autor obrigado a se desfazer, em favor da O., de todos os móveis e veículos, sob evidente coação, pois de nada mais lhe serviam ditos bens. Foi o autor vítima de evidente má fé da emprêsa ré.

Contestando o feito, disse a ré, depois de alegar a falta de qualidade do autor, que as transações entre autor e ré não passavam de mera compra e venda de mercadoria sem qualquer exclusividade,

no bairro de Copacabana. Nunca houve contrato nesse sentido, e, se os negócios ao autor não andaram bem, nada tem a ré que ver com isso.

A qualidade do autor ficou devidamente esclarecida, sendo a ação, finalmente, julgada improcedente.

Apelou o autor.

"Conforme se disse na contestação e o Dr. Juiz acentuou na sentença, um contrato de exclusividade que constitui exceção no comércio não pode resultar de um simples acôrdo verbal, uma vez que cria obrigações de tal ordem e tamanho visto que as partes têm de cercá-lo de tôdas as cautelas. Não há nos autos, a mais longinqua prova da alegada exclusividade. Ao contrário, tôda a prova é no sentido de transações normais de compra e venda entre as partes, cessando o fornecimento ao autor, em virtude de estar êle em débito com a ré. E a prova mais eloqüente de que nunca houve exclusividade é que o autor, na inicial calcula em pouco mais de Cr$... o movimento de distribuição, que deveria ser, no mínimo dez vêzes maior, no caso de exclusividade. Também não foi feita qualquer prova de coação. A ré autuou legitimamente, deixando de transacionar com um freguês relapso.

Como acentuou a bem lançada sentença, "resulta prova nestes autos que a emprêsa ré, sociedade com grande movimento de vendas não apenas no D. F., mas em todo o Brasil fôrmula exigências ou estabelece condições para o fornecimento, por atacado, de águas minerais de sua produção. "Exige, dos revendedores o aparelhamento necessário, para que sejam considerados seus distribuidores. Não se vincula, porém a êsses distribuidores e não está impedida de interromper o fornecimento, se êles não saldam suas contas.

Não é crivel, também, que a má situação financeira do autor tenha resultado da cessação de fornecimento por parte da ré, pois certo que as emprêsas do tipo da do autor trabalham para vários produtores. Só quando há contrato de exclusividade é que são feitas restrições de parte a parte".

Secção IV

Do seguro

A interpretação de cláusulas da apólice do seguro de fidelidade. — Por acórdão de 27 de novembro de 1957, relatado pelo Desembargador *Martinho Garcez Neto* e publicado no "Diário da Justiça" de janeiro de 1959, o Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal recebeu os embargos na apelação cível n.º 28.467, nestes têrmos:

"E assim decidem porque, nos contratos de seguro, que são contratos de direito estrito ou de boa fé, as cláusulas obscuras ou ambíguas são interpretadas contra o segurador, contratante responsável por sua redação.

Com efeito, se as cláusulas da apólice se ressentem dêsses defeitos, cabe aos juízes, soberanamente, investigar a intenção das partes, sem se aterem ao sentido literal das palavras, mormente nos casos em que os têrmos técnicos são suscetiveis de diversas acepções ("Código Civil", art. 85).

É, sob êste prisma que se qualifica o seguro de contrato de direito estrito ou de boa fé, conforme se pretenda limitar as obrigações do segurador ou amparar de modo especial o segurado.

Então, segundo a *opinio doctorum*, os juízes e tribunais, ao realizarem essa tarefa delicada e complexa, intercalada de sutilezas, se sentem a braços com princípios contraditórios, perdendo-se por isso no labirinto de soluções artificiais e insatisfatórias.

Mas se se trata de obrigação do segurado, a solução é simples: a cláusula duvidos será interpretada a favor dêsse contratante.

Quanto aos demais casos, a solução triunfante na doutrina e na jurisprudência, pátrias e alienigenas, é esta: tôda cláusula obscura ou ambígua é interpretada contra aquêle que fez o contrato. Por outras palavras: é natural resolver as dúvidas suscitadas por um texto obscuro ou de sentido dúbio contra a parte que o redigiu.'

É o pensamento advogado por mestres da envergadura de *Picard & Besson*, "Traité", I, pág. 269; *Esmein*, "Traité" de *Planiol, Ripert*, vol. VI, pág. 519-520. *Lefort*, "Traité d'u contrat d'assurance sur la vie", I, pág. 331; *Silva Costa*, "Seguro Marítimo", vol. 2, pág. 335; *Carvalho de Mendonça*, "Contratos", vol. 2, pág. 301; *Olavo de Andrade*, "Seguro de vida".

Acabe finalizar com as palavras de *Dereux*: "quando a companhia seguradora não sofreu nenhum prejuízo real, nem por um fato, nem uma negligência do segurado, estando, êste, de boa fé, não lhe assiste o direito de se lamentar, porque, num caso dêstes, privar o segurado da indenização é desnaturar o contrato de seguro ("Des interprétation des actes jurídiques privés", 1905, pág. 202-3)".

NOTA — Votou em sentido contrário o Desembargador *Antonio Vieira Braga*.

Eis o seu voto vencido:

"Apelante e Apelada são ambas companhias de seguros, sendo que, já de longo tempo, vinha a apelante mantendo com a apelada um seguro de fidelidade de seus empregados. Um empregado da apelante, que trabalhava aqui, foi depois encarregado de serviços no interior do país.

A 17 de outubro de 1952, êsse empregado, por meio de um vale, solicitou o adiantamento de Cr$...

A ausência do empregado continuou, sem que dêle aparecessem notícias, e isto, naturalmente, acabou por despertar suspeitas. A apelante então resolveu examinar a situação das contas dêsse empregado, uma vez que êle fazia o recebimento de prêmios, com recibos por ela fornecidos. Para êsse fim, a apelante providenciou para que fôsse aberta a gaveta da mesa de trabalho do empregado. Segundo a apelante, a documentação encontrada deixava claro que o empregado estava em falta no recolhimento de importâncias por êle recebidas.

A apelante, então, fêz comunicação do sinistro, por meio da carta de (fls.), de 4 de novembro de 1952. Nessa carta, a apelante dizia que ainda não apresentara queixa-crime, aguardando para isso as instruções da apelada.

A apelada, em resposta, comunicou que, a 10 de novembro, fôra procurada pelo acusado e seu advogado, os quais diziam que estavam impossibilitados de chegarem até a mesa de trabalho do primeiro, onde estavam guardados dinheiro e documentos, porque o chefe de serviço da apelante não lhes permitia o ingresso na sala da sede da apelante. Sugeria, por isso, que a mesa fôsse aberta, na presença do advogado e perito da apelada. Nessa carta a apelada informou que o empregado acusado dizia que não pretendia ausentar-se desta capital e que sua demora fora, decorrera de questões de família e que êle não se apoderara de haveres a êle confiados, sendo responsável apenas pelo pequeno adiantamento de Cr$....

Ficou combinado entre apelante e apelada um exame da contabilidade da apelante. O perito, da confiança da apelada, entregou o relatório do exame a que procedera, em 9 de julho de 1953. O serviço da apelante era mal feito. Os recibos eram confiados ao empregado sem carga.

Mas, ainda assim, apurou-se documentalmente o alcance de Cr$..., havendo ainda um desfalque de mais Cr$..., que, pelos indícios, é também da responsabilidade do acusado. São essas as conclusões do relatório do perito.

A apelada, então, a 6-8-1953, propôs um arbitramento, para dirimir as profundas dúvidas suscitadas quanto à responsabilidade de seguradora, à vista dos têrmos do contrato de seguro.

A apelante recusou e pediu o pagamento. A apelada reclamou o resultado do inquérito policial que deveria ter sido instaurado sôbre o caso, pois, por cláusula especial do contrato, os contratantes acatariam o resultado do inquérito policial.

A apelante, à vista disso intentou a presente ação.

A defesa firmou-se, principalmente, na cláusula de investigação policial, mas disse também que o empregado apontado como infiel acusara os funcionários da apelante de se terem apoderado de importância superior a cem mil cruzeiros, que estava depositada na gaveta de sua mesa, razão pela qual fizera sentir à apelante a situação delicada resultantes da diligência realizada pela apelante, na mesa de trabalho do empregado, quando êle estava ausente. As atitudes do empregado não eram compatíveis com as de um culpado. Combinou-se, então, entre as interessadas (apelante e apelada) que um contador de confiança examinasse a contabilidade e desse um relatório, antes de se tomarem quaisquer medidas (fls.). O exame deu o resultado conhecido, mas o funcionamento do contrato dependia do inquérito policial, uma vez que a apelada não aceitara o arbitramento. Quanto à falta de instruções da apelada, para que

a apelante solicitasse a abertura de inquérito, isso não tinha importância: primeiro, porque a apelante poderia promover o inquérito, independentemente de instruções da apelada: segundo, porque ainda era tempo de promovê-lo.

A defesa da apelada em resumo é a que acaba de ser dita.

Como a sentença apelada e os votos da maioria, nesta Câmara se basearam na falta de inquérito policial exigido por cláusula especial da apólice de seguro, fiz um resumo das principais peças do processo, para explicação e justificação da conclusão, a que cheguei da procedência da ação.

Como se viu acima, a defesa do acusado, que à apelada pareceu tão impressionante e significativa, consistia na alegação de que havia deixado guardada na gaveta de sua mesa importância superior a cem mil cruzeiros e a documentação respectiva. Por outro lado, a apelante se queixava de desfalque de responsabilidade do empregado, restando apenas apurar-se a soma correspondente.

Dúvidas não podia haver quanto ao desfalque, portanto. Se o dinheiro que devia ter entrado nos cofres da apelante, estava, de acôrdo com o que dizia o empregado, na gaveta de sua mesa, e se a apelante, por outro lado, informara que êsse dinheiro ali não fôra encontrado, uma coisa era certa: o desaparecimento do dinheiro que deveria ter sido recolhido aos cofres da apelante.

A apelada poderia sempre, em qualquer caso, reclamar o resultado das investigações policiais. E podia admitir como não provado que o empregado fôsse o responsável pelo desaparecimento do dinheiro, uma vez que a gaveta de sua mesa de trabalho fôra aberta sem que lhe tivesse presente à diligência. Mas, que aconteceu após a troca das primeiras cartas? Combinaram a apelante e a apelada que fôsse a contabilidade da primeira, objeto de exame e estudo por um perito de confiança da apelada. Enquanto a apelada diz que o exame serviria apenas para orientar medidas futuras, a apelante sustenta que a perícia se destinou a apurar definitivamente se ocorrera ao alegado desfalque e a importância do prejuízo por ela sofrido.

As circunstâncias do caso levam à conclusão de que verdadeira é a versão da apelante. Em primeiro lugar, na carta em que era denunciado à apelada o desfalque, expressamente se dizia que eram aguardadas as instruções da apelada para o fim de se promover o inquérito policial enquanto na resposta dada pela apelada se guardou inteiro silêncio a respeito dêsse tópico. Em segundo lugar, reconhecido que o dinheiro desaparecera, ou porque dêle se apoderara o indigitado empregado, ou porque fôra tirado por outrem, da gaveta onde estava guardado, se a apelada admitia como plausível a hipótese, claro é que o resultado do exame da contabilidade da apelante não poderia resolver êsse ponto. O inquérito ter-se-ia que fazer, assim, ainda mesmo que fôsse positivo como aconteceu, e não é crível que a apelante, nesse caso, se conformasse com o adiamento da instauração do inquérito e apresentação do laudo do perito da apelada, pois, o mais bisonho e inexperimentado dos homens que lidam com o assunto sabe bem que, quanto mais retardado o início das investigações, mais difícil será a obtenção de resultados satisfatórios.

Tudo leva a crer, portanto, que a providência do exame da escrita da apelante era de natureza decisiva para a solução do caso. Positivado pelo exame o desfalque, pagaria a apelada o seguro.

No caso contrário, não havendo sinistro a indenizar.

A bôa fé não é apenas apanágio do contrato de seguros. Deverá subsistir e o segurado e na execução do contrato, com mais rigor do que o geralmente exigido em qualquer negócio.

A apelante não poderia cuidar que, após tôdas aquelas exigências e combinações, teria de promover o inquérito policial providência que, inicialmente, ela quis tomar, como manifestou logo expressamente à apelada.

Antônio Vieira Braga

A agravação dos riscos da seguradora e a perda do direito ao seguro. — Por acórdão de 9 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador *Aloysio Maria Teixeira* e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de fevereiro de 1959, o Segundo Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal recebeu os embargos na apelação cível n.º 42.014, por êstes fundamentos:

"1. O acórdão foi unânime na parte relativa à procedência da ação proposta pela Sul América Terrestre, Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros contra a Companhia Comercial e Industrial Brasileira de Borracha D. Sociedade Anônima a fim de cobrar o prêmio de seguro na importância de Cr$... acrescida de juros de mora a partir de 17 de setembro de 1945. Todavia a divergência surgiu porque o acórdão referido também confirmou a sentença, na parte que julgou procedente a reconvenção apresentada pela Ré no sentido de compensar o valor do prêmio com o pagamento do sinistro, por parte, da seguradora, ocorrido quando já havia sido expedida a apólice de seguro, embora não pago o prêmio, ao passo que o voto vencido julgou improcedente a referida reconvenção, porque a prova a seu ver, não auxiliou a primeira apelante (Companhia Comercial de Borracha Duval Sociedade Anônima) não só quanto ao articulado no laudo do Instituto de Criminologia que reputou ocorrido o evento em virtude de combustão de blocos de borracha ou, como quer o perito da Ré, de blocos de borracha úmida, para a secagem dos mesmos, aproveitando a temperatura relativamente elevada no interior do galpão o que aumentava o fisco da seguradora. Como apoio no voto vencido foram apresentados os embargos, não impugnados.

2. Não procede a preliminar no sentido de descabimento de reconvenção na espécie, uma vez que tal providência é licita, e não vulnera a lei quando tem em mira modificar a cobrança inicial, por via de compensação com crédito que se julga real.

Também é indiscutível que segundo o princípio do artigo 1.450 do Código Civil, o atrazo no pagamento dos prêmios não resolve o contrato de seguro, ficando a Seguradora, após a expedição da apólice, responsável pelo dano, reservado, apenas, o direito de

descontos da vil, o atraso no pagamento dos prêmios em atraso. Contudo os elementos do processo demonstram o acêrto de voto vencido porque, sem dúvida, o comportamento da seguradora colocando os blocos de borracha de fácil combustão no galpão para aproveitar a alta temperatura da caldeira para secagem dos mesmos, aumentou o risco da seguradora.

Por outro lado também não foi inequivocamente desmentido o fato de não estarem em condições os tubos de refrigeração da referida caldeira, declaração feita no laudo de (fls.).

Assim, se não foi prevista essa forma perigosa de secagem dos blocos houve aumento de risco, onde a segura aplicação do disposto no artigo 1.454 do Código Civil pelo voto vencido, pois o segurado tem de se abster de tudo quanto possa aumentar os riscos, sob pena de perder o direito ao seguro".

A prescrição ânua e a ação da seguradora contra o causador do dano. — Por acórdão de 18 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador *Osny Pereira Duarte,* a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 47.625, para julgar improcedente a ação, nestes têrmos:

"Não há prescrição ânua, quando o Segurador promove contra o causador do dano, ou seu representante, ação destinada a cobrar o prejuízo sofrido por seu segurado. A ação do segurador contra o terceiro nada tem a ver com o contrato de seguro em que aquêle não foi parte. Apenas as relações diretas entre segurador e segurado e vice-versa regulam-se pelo prazo instituido no art. 178, § 6.º, inciso II do Código Civil. Rejeita-se, pois, o agravo no auto do processo.

Tem todavia razão a apelante em insurgir-se contra o encargo que lhe pretende impor a sentença de pagar duas vêzes o sinistro — uma ao prejudicado e outra ao segurador do mesmo prejudicado.

Causando o dano, o ofensor é obrigado a reparar ao atingido, sem se preocupar com os contratos particulares dêsse atingido com terceiros. No caso, a Companhia Ultragaz é responsável pelo incêndio na residencia de um cliente. Sua Seguradora, a ora apelante pagou todos os prejuízos ao mesmo cliente. Se o cliente tinha seguros contra incêndio em seu apartamento com alguma companhia, isto, sem dúvida, não interessava a Ultragaz, nem à sua representante. Não tinha sequer o direito de retardar a indenização, para investigar o ocorrido nesta matéria.

Pagou e pagou bem. O assunto encerrou-se para ela. O seguro entre o cliente e a autora constituira *res inter alios acta.*

Se a autora demorou-se em liquidar os danos do incêndio no apartamento de seu segurado e demorou-se ainda mais em apresentar-se ao causador do dano para reembolsar-se daquilo que pagou ao cliente, queixar-se de sua demora. O contrato de seguro obriga a indenizar o objeto do seguro e o segurador se subroga no direito do segurado, assumindo o risco de ser ou não ser de reembolsado. Êsse risco é pago pelo valor das apólices, em cálculo atuarial. Se o segurador atingir o alvo de recuperar o despendido — felicitações. Se não chegar lá nada a lastimar. Tudo que está previsto é coberto. Neste simples critério repousa tôda a essência do contrato de seguro.

A sentença assim não comprendeu e, *data vênia*, olvidou êstes princípios do instituto do seguro. Merece reforma".

Secção V

A hospedagem hoteleira

A inconfusão do contrato de hospedagem em hotel com o contrato de locação predial. — Por acórdão de 15 de dezembro de 1958, relatado pelo Desembargador *João Coelho Branco* e publicado no "Diário da Justiça" de 15 de dezembro de 1955, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 287, "para julgar improcedente a consignatória e procedente o despejo, com o prazo de trinta (30) dias para a desocupação, vencido o Desembargador *Guilherme Estelita*, que lhe negava provimento, devendo as custas serem pagas como de direito.

A prova dos autos traz a convicção de que a relação jurídica estabelecida entre as partes consubstancia um contrato de hospedagem e não um contrato de locação predial. No hotel apelante, que está instalado no imóvel desde 1951, pelo menos ocupa o apelado um quarto, a partir, quando menos, de janeiro de 1956, onde usufrui, não só de alojamento, como também de outras vantagens, como reconheceu ao queixar-se à Polícia, alegando que o estabelemento desejava "privá-lo de serviços a que tem direito, inclusive, sonegação de roupa de cama". O recorrido paga as diárias mensalmente, o que não desnatura o contrato, de vez que o pagamento das diárias em bases semanais ou mensais não modifica a essência da relação jurídica estabelecida entre hóspede e hospedeiro, nem converte comércio de hospedagem em sublocação de cômodos.

Ora, a exploração do comércio ou indústria hoteleira, sendo instituto *sui generis* diverso da locação, não está subordinada à legislação emergencial do inquilinato. A Lei n.º 1.300, no § 2.º, do art. 6.º, esta-

beleceu apenas saber à autoridade municipal arbitrar o aluguel de apartamento ou quarto". Mas, como bem observam, *Luis A. de Andrade* e *Marques Filho*, "o § fala em "aluguel" e não em "diária", e que é expresso em se referir a "apartamento ou quarto". Não teve o legislador em vista, de modo algum, transferir para a autoridade municipal a competência para arbitrar as diárias a serem cobradas pelos hotéis e pensões. E nem seria razoável que o fizesse em uma lei que cogita, exclusivamente, de locação de prédios. Limitou-se, como acima ficou dito, e pelas razões já aduzidas, a "destacar" do complexo que o negócio de hotel envolve, o elemento-moradia (quarto ou apartamento), para, só com relação a êle, determinar que a autoridade municipal arbitre o aluguel. As demais utilidades que o negócio abrange — serviço, alimentação etc.. Não foram objeto de qualquer cogitação. E isso, sòmente quando se trata de hotel instalado em prédio alheio, pois o parágrafo em exame está subordinado ao artigo, que só cuida de aluguel das sublocações". ("Locação Predial Urbana", 1956, 2.ª ed., tomo I, n.º 112, págs. 151-153).

Assim, *in casu, lícito* não era ao apelado, na qualidade de hóspede, obstar, por via de ação de depósito em pagamento, a majoração das diárias, invocando o princípio do congelamento de aluguéis, estatuído na lei do inquilinato.

Admitindo *ad argumentandum tantum* que se trata de aluguel e não de diária, certo é ainda que o hóspede, ora apelado, não provou nem siquer alegou que o pretendido aumento tivesse transgredido qualquer tabelamento ou arbitramento da autoridade municipal.

Essas as razões, em virtude das quais concluiu a maioria da Câmara que devia julgar improcedente à ação de consignação em pagamento, por não ter sido o depósito integral, decidindo, em consequência, pela procedência da ação de despejo, fundada na falta de pagamento das prestações resultantes do contrato de hospedagem".

CAPÍTULO IV

TÍTULOS DE CRÉDITO

A ILICITUDE DO PREENCHIMENTO ABUSIVO DA LETRA DE CÂMBIO OU NOTA PROMISSÓRIA EM BRANCO

a)

(Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Comarca de Corumbá. Apelação Cível n.º 3.028. Pedro Paulino de Barros vs. Cesar Augusto Fernandes Moreira. Relator, Desembargador Flávio Moreira Varejão Congro).

"Vistos, etc. — Acordam os Juízes da Turma Civil em não conhecer do agravo no auto do processo, interposto pelo apelado contra o ato do Desembargador Relator mandando juntar aos autos o inquérito policial de (fls.) e o fazem por incabível; e, "de meritis", em dar provimento ao apelo, unânimemente, para julgar improcedente a ação.

I. Não merece conhecido o agravo no auto do processo formulado pelo apelado C. F. M. nesta superior instância, por incabível, eis que, do despacho do Desembargador Relator, apenas é admissível agravo para o Tribunal Pleno, consoante o Regimento Interno. O agravo no auto do processo é recurso específico e adstrito à primeira instância, julgado como preliminar da apelação, devendo ser tomado por têrmo nos autos. Ademais, na espécie, o despacho que ordenou a juntada do inquérito policial a êstes autos, aliás documento já conhecido do interessado, e que foi desentranhado a seu pedido no Juízo "a quo", tem a data de 20 de setembro próximo passado, e o agravo em tela foi interposto a 20 de novembro, portanto dois meses depois.

Deve ficar constando a bem de verdade que o patrono do agravante não disse a verdade quando afirmou "ter tido ciência neste momento, por ter visto os respectivos autos na Secretaria do Egrégio Tribunal", como a legalizar a interposição do agravo, porque o pro-

cesso aí não se encontrava e sim com o Relator, que o recebera desde o dia 8 do corrente e ao ser adiado o julgamento pela Turma.

II. E, "de meritis", julgam improcedente a ação, por votação unânime, pelos motivos que se seguem.

Trata-se de uma ação executiva cambiária proposta pelo apelado contra o apelante, P. P. B., visando a receber deste, como avalista, a quantia de Cr$..., relativa a duas notas promissórias emitidas em branco por A. M. C., com vencimentos para 4 de outubro de 1955 e 8 de março de 1956.

Em sua defesa, alega o apelante:

a) que ambos os títulos não têm causa, uma vez que foram de mero favor;

b) que a assinatura do apelante fôra resultante de êrro substancial a que foi levado o mesmo, nos têrmos dos artigos 86, 87 e 89 do Código Civil;

c) que para a prática de tal êrro foi iludido pelos irmãos C., nos expressos têrmos dos arts. 94 e 95 do mesmo diploma, sendo certo que a jurisprudência é farta e uniforme no sentido de que obrigações assumidas nessas condições são nulas e de nenhum efeito.

A sentença repeliu a defesa do executando, julgando procedente a ação nos têrmos do pedido inicial, apesar da prova pericial-documental constante dos autos, que concluiu por afirmar:

a) que o nome do beneficiário nos títulos ajuizados não procede do punho de quem preencheu os demais claros dos mesmos títulos;

b) que o nome do tomador, nos dois títulos, foi escrito pelo Dr. Orestes Campos Gonçalves, advogado do exequente;

c) que o nome do tomador, em ambos os títulos, foi nestes enxertado em época posterior às datas da emissão e, portanto, recentemente.

Daí, a apelação do executado, na qual são reafirmadas longamente as alegações da contestação, acompanhada de uma exposição e consulta formulada ao emérito Prof. WALDEMAR MARTINS FERREIRA sôbre a hipoteca ocorrente, vindo o parecer do mestre a (fls.) admitindo, com defesa pessoal do avalista, a "exceptio doli", oposta na contestação, para a libertação do apelante das responsabilidades cambiárias assumidas quando já proposta a ação competente.

No Juízo "a quo", com a apelação, foi apresentada a certidão do inquérito policial instaurado em Corumbá, mediante representação do executado para apuração dos fatos delituosos e que a pedido do exequente foi desentranhado do processo. Nesta superior ins-

tância, porém, foi deferida a sua juntada, para melhor apreciação da controvérsia e se tratar de documento importante para o julgamento da causa, originando o agravo no auto do processo, já decidido no item I, acima.

III. Desde logo se constata que os títulos ajuizados foram avalizados por P. P. B. por mero favor, visto que êste jamais teve qualquer transação de negócio com o beneficiário, bem como se vê que ambas as promissórias de (fls.), foram avalizadas "em branco", ou melhor, sem nome do beneficiário e sem data de emissão, girando na praça de Corumbá até a sua apresentação em Juízo, em condições ilegais. É o que resulta da prova do inquérito policial, sem a menor dúvida, e da perícia de (fls.). E mais: o apelante foi induzido a avalizar os dois títulos apresentados pelo apelado, graças ao engano de que foi vítima por parte de A. M. C. e seu irmão A. A. C., mancomunados com o apelado e outros agiotas, ávidos de juros extorsivos que variavam de 5% a 14% ao mês.

Ambas as "promissórias" giraram "em branco", ou melhor, sem os devidos requisitos da lei cambial n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, desnaturados como títulos cambiários.

A prova pericial grafotécnica afirma que "o nome do beneficiário dos títulos não procede do punho das pessoas que preencheram os demais claros dêsses títulos", vendo-se que, "além do nome do tomador, mais de uma pessoa colaborou no preenchimento em questão, concluindo que "o nome do tomador, nesses títulos, foi escrito pelo Dr. ORESTES GONÇALVES, advogado do autor", "enxertado em época posterior às datas de emissão e, por conseguinte, recentemente". Aliás, esta última parte é afirmada e confessada pelo referido profissional a (fls.) dos autos.

Verifica-se, portanto, sem nenhuma dúvida, que, no ato da formação dos títulos, não foi aposto o nome do beneficiário: por conseguinte, ambos circularam na praça sem êsse requisito essencial, incompletos, o que descaracteriza a sua qualidade de nota promissória e, assim, a sua natureza cambiária.

É certo que a Lei n.º 2.044, de 1908, em seu art. 54, § 1.º c/c, art. 4.º, outorgou mandato presuntivo ao portador para inserir na letra de câmbio ou na nota promissória a data e o lugar do saque e da emissão à que não os contiver, mesmo porque êsses requisitos não são julgados essenciais "ao tempo da criação da cambial". Mas os demais o são, não podendo ser preenchidos pelo portador.

Pela perícia está positivado que os requisitos essenciais dos títulos ajuizados foram escritos em datas posteriores à da respectiva emissão e por diferentes pessoas, facilitando, dessa forma, a transferência dos mesmos, independentemente de endôsso e da oposição

da data do vencimento, o que demonstra, de modo claro e cabal, a má fé, apontada no art. 54, § 4.º, "in fine", da lei cambiária.

"In casu", o que se vê é que ambas as promissórias foram emitidas por A. M. C. e avalizadas por P. P. B. "em branco", não estando preenchidas em todos os seus claros, mesmo porque foram elas completadas no curso de sua negociação. Dessa forma, isso mesmo provado, o "título adquire o "statu quo ante" e readquire sua condição de título incompleto, perdendo a sua natureza cambiária. Os complementos fitos de má fé se invalidam; e têm que haver-se como inexistentes".

Se isso não bastasse, a má-fé mais se evidencia, quando a perícia proclama que "na promissória de (fls.), do valor de Cr$..., a data da emissão foi escrita posteriormente à firma do emitente e às declarações do valor e da data do vencimento"; e na "promissória de Cr$... está bem patenteado o enxerto do nome do portador, isto é, o seu lançamento em época posterior à da firma de emissão e do preenchimento dos demais claros".

Já a jurisprudência tem entendido e recentemente o Colendo Tribunal de Alçada de São Paulo, na apelação n.º 4.326, em aresto unânime de 24 de março de 1953, decidiu:

"Estatui o art. 2.º da Lei n.º 2.044, de 1908, que não será letra de câmbio o escrito a que faltar qualquer dos requisitos enumerados no art. 1.º, dentre os quais figura, sob n.º 4, o nome da pessoa a quem deve ser paga a letra. Tal requisito não contém o título ajuizado, que não é, por isso, letra de câmbio, mas simples contrato civil, a ser provado e cobrado por outro meio que não a ação executiva ("Código de Processo Civil", art. 298, n.º XIII). Não podia o juiz, como fêz, permitir que se imprimisse ao processo o rito executivo...".

Do excelente e erudito parecer do insigne mestre WALDEMAR FERREIRA, junto aos autos, lemos:

"Basta, pois, no direito brasileiro como no direito uniforme, a má fé do portador da cambial tardiamente completada, para que se decrete a anulação da assim emitida e negociada, principalmente em contrário do acôrdo que a originou".

E prossegue o ilustre comercialista pátrio:

"O preenchimento abusivo da letra de câmbio ou da nota promissória em branco constitui inequìvocamente ato ilícito, mercê da inobservância da lei e da vontade presumida ou expressa do emitente, do sacador, do aceitante ou do avalista, em proveito do portador e em prejuízo daquele ou daqueles contra os quais se volte, exigindo o pagamento, com má fé. Depara-se o ilícito civil tanto que seja o obrigado levado a êrro, por dolo, coação, simulação ou fraude, que lhe hajam viciado a vontade; e êsse vício se corrige

pela anulação do ato jurídico, com a reparação das perdas e danos verificados".

Também JOÃO EUNÁPIO BORGES, preclaro professor catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em lúcido parecer de abril de 1952, inserto in "Revista Forense", vol. 152, págs. 82 e 88 v., referindo-se à boa fé do portador dos títulos, ministra esta lição de como terá que ser entendida:

"Para o caso em exame é, pois, questão fundamental a determinação de quem seja ou possa ser considerado "portador de boa fé".

"Fique, assim, bem claro que, ao se referir ao portador de boa ou má fé, a lei tem em vista ùnicamente o portador de uma letra completa, aquêle que já a recebeu completa.

"Antes de tudo, e evidentemente, portador de boa fé é aquêle que recebeu a letra completa e nenhum motivo teve para suspeitar da sua aparente regularidade.

"Para êste, o título é o que lhe parece ser, nada podendo contrariar a confiança que nêle porventura depositou" (WHITAKER, "Letra de Câmbio", n.º 51).

Mas continua WHITAKER:

"Se o portador teve conhecimento de que a letra foi completada posteriormente à emissão, a questão torna-se mais difícil de resolver, porque é então necessário indagar se a letra foi preenchida de acôrdo com a vontade ou contra a vontade do subscritor".

Continua o professor EUNÁPIO BORGES, em seu parecer:

"A má fé pode consistir, pois, no simples conhecimento de que o título foi subscrito em branco, aliado à falta de diligência no informar-se acêrca da extensão e dos limites da verdadeira vontade do subscritor" (pág. 83, "Revista Forense", cit.).

E, de modo incisivo, afirma:

"Fique, pois, sòlidamente assentado que não é portador de boa fé, para os fins que nos interessam, aquêle que, sabendo, ou tendo obrigação de saber que o título, a êle oferecido, fôra subscrito em branco por qualquer dos co-obrigados, não empregou a diligência habitual e necessária para saber se o preenchimento do título foi feito de acôrdo com a vontade daquele subscritor (pág. 84, "Rev. For.", cit.).

Assim, face à lição dos mestres e a jurisprudência, a presente ação executiva sofre de mal insanável, não podendo subsistir, por não ser meio hábil para cobrança de uma simples obrigação civil comum, a que se referem ambas as "notas promissórias" de (fls.) dêstes autos.

Está evidenciado que o apelante foi vítima e induzido a êrro substancial, iludido pelo dolo em que agiram os irmãos C. A fraude entre os interessados é patente. A prova é no sentido de que os títulos de (fls.) não têm causa e foram, de mero favor, emitidos "em branco".

O apelado F. C. A. F. M. é um portador de má fé, adquirente do título "em branco", incompleto, não gozando assim de nenhum direito de natureza cambial.

Face ao exposto, a "exceptio doli", formulada de início pelo executado, como direito pessoal oponível ao portador do título, é aceita, porque provada no inquérito policial instaurado para a apuração dos fatos delituosos imputados aos irmãos C. e terceiros agiotas, apontado entre êstes pelas testemunhas ouvidas.

Assim, reportando-se aos fundamentos de direito constantes dos claros e brilhantes pareceres dos eminentes professores WALDEMAR FERREIRA e JOÃO EUNÁPIO BORGES, já referidos, e ainda, na prova colhida sôbre os fatos:

Acorda a Turma Julgadora decidir pela improcedência da presente ação executiva, o que é feito por unanimidade de votos, pagas as custas pelo apelado.

Cuiabá, 22 de novembro de 1957. MÁRIO CORRÊA DA COSTA, presidente. — FLÁVIO VAREJÃO CONGRO, relator. — JOÃO LACERDA AZEVEDO. — CESARINO DELFINO CÉSAR".

b)

(Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 39.322, de Mato Grosso. Cesar Augusto Fernandes Moreira vs. Pedro Paulino de Barros. Relator, Ministro Ribeiro da Costa).

Negou o Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, por acórdão de 25 de novembro de 1950, provimento ao recurso, contra o voto do relator, na preliminar, de acôrdo com os seguintes votos:

"O Sr. Ministro RIBEIRO DA COSTA (Relator) — A matéria do presente recurso ,"ut" parecer da Procuradoria Geral da República, é o seguinte:

"C. A. F. M., inconformado com o respeitável aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso (fls.), interpôs o presente extraordinário, com fundamento nas alíneas "a" e "d" do permissivo constitucional (fls.).

"Julgado incabível agravo no auto do processo de despacho ordenatório da juntada aos autos, pelo Exmo. Des. Relator, de in-

quérito policial, o venerando acórdão recorrido, preliminarmente, dêle não conheceu; e, "de meritis", julgou improcedente a ação executiva cambiária, pelo fundamento, em resumo, de que, curando-se de títulos em branco, foi avalizado pelo recorrido, por via de engano em que incorreu, a poder de maquinação, também, do recorrente, aliado a outros dois interessados.

"Enquanto ao não conhecimento do agravo no auto do processo, de incabível, não houve, ao parecer malferimento de letra de lei federal, nem demonstrado ficou o pretenso dissídio jurisprudencial.

"No que diz ao mérito, se o aval, conforme o venerando acórdão recorrido, foi obtido por ato doloso, inclusive do recorrente, é evidente que o recorrido, avalista, não quis, vàlidamente, se obrigar ao pagamento do título de crédito.

"Descabe, com efeito, a discussão, em tema de recurso extraordinário, de "questio facti". Se a respeitável decisão recorrida afirmou a existência, no caso, de dolo, do artifício malicioso, de parte do recorrente, para a obtenção do aval, não cabe ao Pretório Excelso, no julgamento do apêlo extremo, reexaminar a matéria do fato.

"Diante do exposto, havemos que, preliminarmente, se não conheça do extraordinário; e, se conhecido, que o Excelso Supremo Tribunal Federal lhe negue provimento.

"Distrito Federal, 30 de setembro de 1958. As. FIRMINO FERREIRA PAZ, Procurador da República. — Aprovado. — As. CARLOS MEDEIROS SILVA, Procurador Geral da República.

É o relatório.

Não conheço do recurso, na forma do parecer da ilustrada Procuradoria Geral.

A prova, de cujo exame particularmente decorre a feição de mérito da demanda, deixou evidente tratar-se de aval artificiosamente obtido do recorrido, faltando destarte ao título cambiário os requisitos da Lei n.º 2.044, de 1908, art. 1.º e 2.º, sem a concorrência dos quais se torna inoperante a obrigação que nêle se traduz.

Daí concluir o acórdão:

"Assim, em face da lição dos mestres e da jurisprudência, a presente ação executiva sofre do mal insanável, não podendo subsistir, por não ser meio hábil para a cobrança de uma simples obrigação civil, comum, a que se referem ambas as "notas promissórias" de (fls.) dêstes autos.

Da prova colhida, maxime do inquérito policial junto, vê-se que o apelado era um dos agiotas que na praça de Corumbá, negociava e emprestava dinheiro a juros de 7% ao mês, sendo certo que as transações aí apontadas iam de 5% a 14% ao mês.

"Está evidenciado que o apelante foi vítima e induzido a êrro substancial, iludido pelo dolo com que agiram os irmãos C. A fraude entre os interessados é patente. A prova é no sentido de que os títulos de (fls.) e (fls.) não têm causa e foram de mero favor, emitidos "em branco".

"O apelado C. A. F. M. é um portador de má fé, adquirente do título "em branco", incompleto, não gozando, assim de nenhum direito de natureza cambial.

"Face ao exposto, a "exceptio doli" formulada, de início, pelo executado, como direito pessoal oponível ao portador do título, é aceita, porque provada no inquérito policial instaurado para a apuração dos fatos delituosos imputados aos irmãos C. e terceiros agiotas, entre os quais se encontra o apelado, apontado entre êstes pelas testemunhas ouvidas.

"Assim, reportando-se aos fundamentos de direito constantes dos claros e brilhantes "Pareceres" dos eminentes Professores WALDEMAR FERREIRA e JOÃO EUNÁPIO BORGES, já referidos, e ainda, na prova colhida sôbre os fatos, acorda a turma julgadora decidir pela improcedência da presente ação executiva, o que é feito por unanimidade de votos, pagas as custas pelo apelado".

Senhor Presidente, apresentei o caso, em face da impetração do recurso extraordinário e, a meu ver, bastava a conclusão do acórdão recorrido, para afastar a possibilidade do conhecimento do recurso. Em face da sustentação do eminente advogado, que ocupou a tribuna e dos votos dos eminentes colegas, conhecendo do recurso, devo acrescentar que o Tribunal recorrido examinou a questão do direito cambiário, exaustivamente no acórdão.

Assim, vencido na preliminar, nego provimento ao recurso quando ao mérito, confirmando o acórdão recorrido por seus fundamentos.

O Sr. Ministro AFRANIO ANTÔNIO DA COSTA: Sr. Presidente, não tenho a menor dúvida em manter o acórdão recorrido, no mérito. Na preliminar, porém, data venia do Sr. Ministro Relator, divirjo de S. Excia. O acórdão citado é de minha autoria, quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Se não é êste a que me refiro, tive mais de um, em que a tese era exatamente a da investigação da causa da cambial. MAGARINOS TORRES chega a ser extremado, nesse ponto, por entender que a autonomia do título cambial impede a investigação da causa. Mas o que sustentei — e está nêsse acórdão citado pelo advogado do recorrente, dr. S. F., é que ao avalista não é permitido pretender investigar a causa cambial, a que êle foi inteiramente extranho. O momento da intervenção do avalista é presumidamente posterior à

feitura do título. Comprometer-se a pagar a obrigação assumida.

Neste sentido manifestei-me sempre no Tribunal de Justiça. De sorte que, data vênia do Sr. Ministro Relator, conheço do recurso.

No mérito, porém, estou de acôrdo com o Sr. Ministro Relator, confirmando o acórdão recorrido, negando provimento ao recurso, porque, realmente, diante do que se apurou no inquérito policial, a que o Sr. Ministro Relator fêz alusão e minuciou em seu voto, êsse avalista foi vítima de uma fraude que o envolveu.

O Sr. Ministro A. VILLAS BÔAS — Sr. Presidente, o eminente Sr. Ministro AFRANIO COSTA cita acórdão de sua lavra, que impõe o conhecimento do recurso pela letra "d".

No mérito, também estou de acôrdo com o eminente Sr. Ministro Relator em negar provimento ao recurso, porque provada a fraude.

O Sr. Ministro HANNEMANN GUIMARÃES — Sr. Presidente, pela Lei n.º 2.044, de 1908, art. 43, as obrigações cambiárias são autônomas, de modo que, faltando causa, para a obrigação garantida, nem por isso deixa de subsistir a obrigação autônoma, independente, do avalista. Por isso, tem razão a jurisprudência dizendo que não se indagará, a respeito do aval, se houve falta de causa ou causa ilícita para a obrigação principal.

No caso, como acentuou o eminente Sr. Ministro Relator, o avalista foi induzido a assumir a sua obrigação por êrro substancial; ignorava inteiramente a responsabilidade que estava assumindo. E êste êrro substancial invalida qualquer ato jurídico, mesmo o assumido pelo avalista no título cambiário.

Assim, por êstes fundamentos, conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.

COMENTÁRIO

Reveste-se de relevância o acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que o Supremo Tribunal, em recurso extraordinário, confirmou.

Têm sido inúmeros, como revelam as revistas de jurisprudência, os casos de abusos no preenchimento de cambiais em branco, tendo sido não poucos, de resto, examinados em seu aspecto penal.

Dá a lei cambial brasileira mandato ao portador apenas "para inserir a data e o lugar do saque na letra que não os contiver".

Carece o portador de mandato presumido para mais; e a prática, que se estabeleceu, tem sido para o preenchimento até da soma cambiária, o que enseja a fraude.

Baseou-se o acórdão, como dêle próprio consta, em doutrina exposta pelo diretor desta revista, (e tomamo-lo, com a devida vênia, da excelente revista luso-brasileira — "Scientia Iuridica", de Braga, Portugal, tomo VIII, n.º 42/43, de julho-outubro de 1959), no seguinte

Parecer

1. **A obrigação decorrente da assinatura do título cambiário.** — Quem voluntàriamente lança sua assinatura em letra de câmbio ou nota promissória, inequìvocamente assume a obrigação decorrente de sua posição no título. Eis o grão princípio dominante do instituto cambiário. Adotou-o o decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Adotando-o, proclamou a autonomia e a independência das obrigações cambiais umas das outras, de tal sorte que o signatário da obrigação cambial fica, por ela, vinculado e solidàriamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da cambial, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra obrigação.

Não houvesse ela nascido sob o signo dessas normas salutares e ao seu tempo revolucionárias e não teria adquirido o considerável prestígio, que lhe é peculiar, no sistema dos títulos de crédito.

Título formal, revestido de sacramentais requisitos, êle se evade, mercê de sua literalidade, do negócio que o origina, a fim de salientar-se por sua natureza abstrata de sua causa. Vale êle por si só desde que formalizado em consonância com a lei, provido de fôrça circulatória, que o endosso lhe imprime, e que o emparelha com a moeda corrente, de que, de certo modo, se torna subsidiário, no mundo dos negócios.

2. **A natureza da defesa permitida na ação cambiária.** — Por ter a letra de câmbio, como a nota promissória, êsse feitio, na ação cambial destinada a seu pagamento a lei só admite defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor ou na falta a êste de requisito necessário ao exercício da ação, sem prejuízo, como é de ver, das exceções de natureza processual ou fundadas em defeito de forma do próprio título.

Posto a alguns se haja antolhado assaz restrita a matéria de defesa, assim confinada, na ação cambial, ela sobremodo se alarga quando examinada sob o ângulo doutrinário, à luz dos pressupostos éticos da lealdade contratual, que inspiram o direito cambiário.

3. **O exame da boa fé dos autores da ação executiva cambial.** — Se a eficácia da obrigação cambiária deflui essencialmente da literalidade do título, cujo rigorismo assegura o valimento das obrigações de quantos nêle apuseram suas assinaturas, insta, por outro lado, como reverso do problema, examinar de perto, com a legitimidade da aquisição, a boa fé dos que se prevaleçam do título para a exigência do pagamento da soma cambiária.

Concede a lei a ação cambial ao que comprove a posse legítima ou a propriedade do título; e ela reputa legítimo proprietário o possuidor da letra de câmbio ao portador e da letra endossada em branco e o último endossatário da endossada em preto, se o primeiro endosso estiver assinado pelo tomador e cada um dos outros pelo endossatário do endosso imediatamente anterior.

Não obstante a regularidade de cadeia dos endossos, casos existem em que ela requer mais detido exame: se, doutrinaram P. LESCOT e R. ROBLOT, entretanto uma cambial, incompleta em sua origem, ulteriormente se regularizou, a jurisprudência e a doutrina unânimes admitem que todos os seus sinatários devem reputar-se obrigados "à l'égard des porteurs de bonne foi entre les mains desquels le titre serait parvenu aprés avoir été completé".[1]

Como se vê, e o ensinamento invocado é preclaro, é indispensável requisito para o exercício da ação cambial o da boa fé do portador do título e autor dela; e eis porque, no doutrinamento de LORENZO MOSSA, o direito cambiário uniforme proclama o direito do possuidor de boa fé e lhe assegura a disposição do crédito cambiário como forma de propriedade da coisa. A posse de boa fé resguarda, para a aquisição do direito do tomador, e de todos os outros possuidores, sob as formas da circulação cambiária, absoluto direito sôbre a cambial. O direito uniforme determina dessarte, como a lei brasileira, é de advertir, o princípio a favor do possuidor que se legitime, em virtude do endosso; mas é sempre "sul possesso di buona fede e sull'indicazione al nome che se basa, nella maniera più ampia, il diritto di disposizione".[2]

É de indagar portanto, na ação cambial, se o autor é possuidor de boa fé e se não figura no título mercê de conluio fraudulento e visante de pô-lo em condições de frustrar a defesa do réu, com impedir-lhe a arguição do seu direito pessoal contra o efetivo e real detentor do crédito e legítimo proprietário do título em ação.

4. **As particularidades de certo caso concreto.** — No caso concreto, pessoa de anciania, abastada e de alto conceito no meio em que vive, mercê de relações de amizade e de compadrio, não apenas emitiu, como avalizou notas promissórias em branco, a favor de duas pessoas, que delas se serviram em seu benefício particular. Eram essas, sabida e notòriamente, obrigações cambiárias de favor. Lan-

---

1. *P. Lescot* e *R. Roblot*, "Les Effets de Comerce", Paris 1953, Rosseau & Cia., editores, tomo I, pág. 93, n.º 75.

2. *Lorenzo Mossa*, *"Trattado della Cambiale"*, Pádua 1956, da Casa Editre Dott. Antonio Milani, pág. 354, n.º 394.

çados os primeiros títulos, destinaram-se os subsequentes ao resgate dos primeiros, o que todavia não aconteceu dando-se a todos existência paralela, de tal sorte que se agravaram sobremodo as responsabilidades ou do emitente ou do avalista dos títulos, ao cabo surpreendido com obrigações de montante que assaz se elevaram, vindo então a verificar que os títulos confuíram em mãos de agiotas, que os descontavam a juros que variavam de 5% a 14% ao mês, todos mancomunados em verdadeiro assalto ao emitente ou avalista dos títulos em apreço.

5. **A prestância da cambial aos abusos de confiança.** — Presta-se a cambial, realmente, seja a letra de câmbio, seja a nota promissória, quando sacada, aceita ou avalizada incompletamente, com os claros de seu contexto em branco, ou sem as assinaturas dos figurantes originários, aos mais atrevidos abusos de confiança, que nem sempre a justiça tem podido neutralizar assim pela impossibilidade algumas vêzes, como outras por que se atenha ao rigorismo da obrigação cambiária, mercê do princípio da literalidade do título, quando não da autonomia e da independência das obrigações cambiais.

Há que enfrentar então o problema do preenchimento da cambial incompleta, tão rica de variedades, quão abundante, por isso mesmo, de controvérsias; e é o de que se cuidará a propósito de uma das questões propostas.

I

6. **Os vícios de consentimento na obrigação cambiária.** — Poderá, e assim se pergunta, no caso, o emitente das notas promissórias, ou avalista delas, pleitear a anulação das obrigações cambiais, que assumiu, demonstrado, como se acha, em inquérito policial, ter sido induzido em êrro, por dolo e fraude na captação de sua vontade, por parte dos beneficiários de sua benevolência?

O ato de declaração cambiária é, antes de tudo, ato jurídico, compreendido como tal, na definição do art. 81 do Código Civil, todo o ato lícito, que tenha por fim imediato a aquisição, o resguardo, a transferência ou a extinção de direitos, para cuja validade o art. 82 requer a capacidade do agente, a licitude de seu objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Submete-se, por isso mesmo, ao sistema do ato jurídico configurado pelo Código Civil, cujo art. 147 declara anulável o ato jurídico, ademais de por incapacidade relativa do agente, por vício resultante de êrro, dolo, coação, simulação ou fraude.

Tratando-se, porém, de cambial, cumpre não deslembrar que a lei, ademais de ter assentado o princípio da autonomia e da independência das obrigações dela oriundas e nela consignadas, não desestimou a boa fé do legítimo proprietário do título, sempre ressalvada, sem embargo da indagação da causa dos co-obrigados solidarizados pelo pagamento.

Não resta dúvida a possibilidade da anulação, no caso, da obrigação assumida pelo que a isso foi induzido por êrro, mercê de dolo ou fraude dos que beneficiou com seu crédito, prodigalizando-lhes sua confiança e desta abusaram ilìcitamente.

No direito cambial, o sinatário de favor pode arguir a falta de causa obrigacional contra o tomador, quando êste lhe exija o pagamento da soma consignada no título; não porém contra o portador ou o último endossatário, que em boa fé o adquiriu.

Diferente é contra o que se tornou proprietário do título em estado de má fé.

Cresce de vulto essa situação quando propiciada pela emissão daquele incompletamente, ensejando ao portador suprir-lhe as sinalefas em consonância com seus propósitos malsãos.

"Suprida", doutrinou JOSÉ A. SARAIVA, "suprida a falta e integrada a cambial, é esta perfeitamente válida para o portador de boa fé, que a adquirir já regularizada e que poderá exercitar o direito de crédito contra todos os sinatários do título. Esta solução é ditada pela necessidade imperiosa de garantir a circulação fiduciária, elemento básico da estabilidade do crédito cambial. A doutrina contrária dificulta, se não impossibilita, a expansão do crédito, porque constrange o adquirente ao exame prévio da realidade e da contemporaneidade dos requisitos essenciais do título, econômica e jurìdicamente, destinado à circulação".

Posto isso, acentuou o tratadista, "em benefício do crédito cambial, pela tradição do título incompleto, o nosso legislador presume a autorização ao tomador para integrá-lo no momento oportuno, e faz passar sôbre o emitente o ônus da prova em contrário, apenas admissível no caso de má-fé do portador".[3]

Êsse é o ponto crucial do problema — o da má fé do portador. Comprovada esta, combalido o título, de que se cuide, não sòmente é possível a anulação da cambial, por via de ação direta, como na ação cambial por via indireta, com a arguição da "exceptio doli".

---

3. *José A. Saraiva*, "A Cambial", Rio de Janeiro, 1912, Tip. do "Jornal do Comércio", de Rodrigues & Cia. § 39, pág. 150.

II

7. **Os abusos no preenchimento das cambiais em branco.** — A matéria do preenchimento da cambial incompleta, assim entrada em circulação fiduciária, por outrem que não o próprio emitente, é das mais árduas, por envolver a questão de fato atinente à boa fé do portador.

Debulhando os requisitos da letra de câmbio (e por igual os da nota promissória); enunciando o preceito da nulidade do escrito a que faltar qualquer dêles, o Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro, nos arts. 3.º e 54, § 4.º, os considerou lançados ao tempo da emissão. Essa presunção consolida o título, de molde a haver-se como emitido tal qual apresentado na hora do pagamento ou de seu ingresso em juízo, lastreando a ação cambial de sua cobrança. Mas essa presunção — dizem aquêles textos — cede diante da prova em contrário, "no caso de má fé do portador".

Sendo assim, feita a prova da má fé do portador, o título completado no curso de sua negociação, adquire o "statu quo ante" e readquire sua condição de título incompleto, perdendo, portanto, a sua natureza cambiária. Os complementos feitos de má fé se invalidam; e têm que haver-se como inexistentes. Não teria sentido a lei se de outro modo entendida.

Não se distanciou disso J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, ao doutrinar que "os portadores de boa fé nada têm com os ajustes ou acôrdos entre quem assinou e quem recebeu o título. Se o tomador do título abusar da confiança (a entrega da letra em branco é sinal indiscutível de ilimitada confiança) o dador suportará o prejuízo. O possuidor de boa fé tem a atender sòmente à letra de câmbio completa, que não registra os traços de sua origem". Mas não ficou nisso o grande comercialista. "Se", acrescentou, "se porém, o possuidor está de má fé, pode o obrigado provar que êle a adquiriu antes de integrada ou que a adquiriu conhecendo o abuso de quem lha transferiu".[4]

Palmilhou JOSÉ MARIA WHITAKER as mesmas pègadas, ao dizer que "o subscritor cuja firma foi abusivamente utilizada tem incontestável direito à reparação do seu prejuízo e pode fazer valer êsse direito, ou ativamente, por meio de uma ação, ou passivamente, por meio de uma espécie de compensação. "A exceptio doli" é, em tal caso, oponível, não só contra o autor direto do abuso e contra

---

4. *J. X. Carvalho de Mendonça*, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Rio de Janeiro, 1922, vol. V, parte II, pág. 268, n. 636.

os que dêle participaram, como ainda contra os que dêle tiveram oportuno conhecimento".[5]

8. **O mandato legal para o preenchimento da data e do lugar do saque ou da emissão.** — Outorgou a lei (foi no art. 4.º e no § 1.º do art. 54) mandato presuntivo ao portador para inserir na letra de câmbio ou na nota promissória a data e o lugar do saque ou da emissão à que não os contiver; mas assim dispôs, ao sentir de JOSÉ A. SARAIVA, por não ter julgado essenciais êsses requisitos "ao tempo da criação da cambial", o que significa, como já se expôs, que, feita a prova da má fé no preenchimento da cambial posteriormente àquele tempo, os requisitos posteriormente intercalados nela se hão-de haver como nenhuns.

Decorre dos textos, aqui agora examinados, a admissibilidade da cambial em branco quanto à data e ao lugar do saque ou da emissão, tanto que deferiu mandato presuntivo para o devido preenchimento pelo portador. Não assim quanto aos demais requisitos. Daí o ter JOÃO ARRUDA asseverado que, "como só pode completar a letra escrevendo o portador a época e o lugar do saque, fora de dúvida está que não admite nossa lei a letra em branco".[6] Salientou o comentador que o preenchimento da cambial era admissível no direito italiano de então pela inexistência de dispositivo análogo ao do art. 3.º da lei brasileira.

Dêste mesmo dispositivo todavia se tem tirado argumento para a doutrina em contrário. Desde que êle reputa todos os requisitos essenciais da cambial como lançados ao tempo da emissão, salvo quando feita a prova em contrário, "no caso de má fé do portador", tem-se admitido (e a prática é nesse sentido) que, não arguida, nem provada a má fé do portador, o preenchimento póstumo do título é tolerável.

Tolerado é, por isso mesmo, o curso da cambial em branco e assim tardiamente preenchida, como se completa tivesse sido posta em giro pelo saque da letra de câmbio ou pela emissão da nota promissória.

9. **A circulação da cambial em branco e a má fé do portador.** — Desvanece-se essa tolerância, ponto é de esclarecê-lo, diante da arguição e prova da má fé do portador. Nessa hipótese, assiste ao

---

5. *José Maria Whitaker*, "Letra de Câmbio", São Paulo, 1942, 3.ª ed., Livraria Acadêmica, pág. 110, n. 52.

6. *João Arruda*, "Decreto n. 2.044 de 31 de Dezembro de 1908 Anotado", São Paulo, 1914, Escolas Profissionais Salesianas, 1.º vol., pág. 24, n. 1.

obrigado o direito de enjeitar a situação fraudulenta, que se lhe ofereceu, de molde a libertar-se dela.

Lícito lhe é, nessa situação, arguir a fraude, de que foi vítima, mesmo contra os terceiros que se hajam empossado da notas promissórias por êle emitidas ou avalizadas, dado o conluio fraudulento em que convieram, em seu detrimento.

Tem êste asserto em seu prol até o direito cambiário uniforme. Ao que dispunha o art. 16 do regulamento uniforme aprovado na conferência internacional de Haia, de 27 de julho de 1912, de que o Brasil foi sinatário e também aprovou por Decreto n.º 3.756, de 27 de agôsto de 1919, "les personnes actionées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que la transmission n'ait eu lieu à la suite d'une entente frauduleuse".

Convolando-se no art. 17 da lei uniforme de Genebra, de 7 de junho de 1930, seu contexto se reproduziu com a só modificação da cláusula final, substituída pela que ora ali se depara: "à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur".

Esta cláusula, observaram J. PERCEROU e J. BOUTERON, tinha sido havida, pela comissão de peritos que sôbre ela se manifestou, com assaz restrita; mas a Conferência entendeu diversamente. Reputou a cláusula como de muita amplitude. Ao cabo de longo debate, veio a aceitá-la, no propósito de estabelecer que, por via dela, não basta a ciência das exceções cabíveis, pelo portador do título. De mister é ainda que, adquirindo-o, tenha ciência de agir em detrimento do devedor.[7]

Ora, no caso em apreço, como consta da exposição introdutória da consulta, isso aconteceu: adquiriram as notas promissórias, de que se trata, seus atuais portadores, com o intuito de locupletarem-se à custa do devedor.

10. **O problema do preenchimento da cambial em branco na lei uniforme de Genebra.** — Não se perca de conta todavia que a lei uniforme genebrina assim dispôs, depois de ter enfrentado o problema da cambial extemporâneamente preenchida.

Se, reza seu art. 10, "si une lettre de change, incomplète à l'émission, a été completée contrairement aux accords intervensus,

---

7. *J. Percerou* e *J. Bouteron*, "La Nouvelle Législation française et internationale de la Lettre de Change, du Billet a ordre et du Chèque", Paris, 1937, Librairie du Recueil Sirey, vol. I, pág. 340, n. 45.

l'inobservation de ces accords ne peut être opposée au porteur, à moins qu'il n'ait acquis la lettre de change de mauvaise foi ou que, en l'acquérant, il n'ait commis une lourde faute".

São distintos os dois dispositivos precisamente porque se aplicam a duas hipóteses diversas. Na da emissão da cambial incompleta, pressupõe a lei uniforme acordo, mercê do qual ela o tenha sido, adotando a doutrina dos que divisam nesse ato o contrato de preenchimento, de modo que êste se subordina àquela, na decorrência de mandato restrito ao fim objectivado.

Ainda, observou PAULO DE LACERDA, "que, embora seja tolerada a emissão e circulação da cambial incompleta, ninguém é obrigado a fiar-se numa cambial assim emitida. O tomador, o aceitante, o endossatário, o avalista, todos podem recusar de apôr nela as suas firmas, ou de recebê-la nas negociações, exigindo que se lhes apresente o título na devida forma. É questão que depende da pura vontade dos negociadores".[8]

Cumpre a êstes, ao celebrar o negócio, agir com a prudência de todos os homens probos, não se deslembrando de que se a lei reputa o preenchimento póstumo da cambial em branco como realizado na data de emissão, bem claro deixou que "a prova em contrário será admitida no caso de má fé do portador".

Basta pois, no direito brasileiro, como no direito uniforme, a má fé do portador da cambial tardiamente completada, para que se decrete a anulação da assim emitida e negociada, principalmente em contrário do acôrdo que a originou.

Diferentemente não decidiu o Supremo Tribunal Federal em acórdão de 25 de janeiro de 1943, relatado pelo Ministro OROZIMBO NONATO e proferido no recurso extraordinário no Distrito Federal. Confirmou-se decisão em que se deu pela improcedência de ação de cobrança de cambial preenchida por Cr$..., quando devera ser de Cr$..., intentada, de resto contra o avalista. Baldio e vão se julgou o esforço do portador alegando sua condição de terceiro em face do avalista, sem embargo da autonomia da obrigação dêste.[9]

11. A ilicitude do preenchimento abusivo da cambial em branco. — O preenchimento abusivo da letra de câmbio ou da nota promissória em branco constitui inequìvocamente ato ilícito, mercê

---

8. *Paulo de Lacerda*, "A Cambial no Direito Brasileiro", Rio de Janeiro, 1921, Livraria Editora Leite Ribeiro & Maurillo, 3.ª ed., pág. 38, n. 28.

9. "Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro", S. Paulo, 1951, vol. I, pág. 73.

da inobservância da lei e da vontade presumida ou expressa do emitente, do sacador, do aceitante ou do avalista, em proveito do portador e em prejuízo daquele ou daqueles contra os quais se volte exigindo o pagamento, com má fé.

Depara-se o ilícito civil tanto que seja o obrigado levado a êrro, por dolo, coação, simulação ou fraude, que lhe hajam viciado a vontade; e êsse vício se corrige pela anulação do ato jurídico, com a reparação das perdas e danos verificados.

Tem-se o ilícito penal, quer quando, para aquêle efeito, se haja falsificado, no todo ou em parte, o título cambiário, quer quando a falsidade seja ideológica.

Ao que expôs JOSÉ MARIA WHITAKER, o abuso no preenchimento da cambial em branco constitui violação da lei penal, mas não se confunde com a falsidade.

"O objeto", explicou, "o objeto da falsidade é a forma, o objeto, a própria essência de obrigação. Se alguém recebe uma letra de três contos de réis e eleva esta importância a vinte e três contos de réis, terá cometido uma falsificação; se, porém, a letra fôr em branco e o tomador a preencher para vinte e três contos de réis, apesar de estar autorizado a fazê-lo sòmente para três contos de réis, o caso será de abuso".[10]

Na primeira hipótese, o crime é o de falsidade documental; e na segunda é de falsidade ideológica.

12. **A natureza graciosa da assinatura da cambial em branco.** — A cambial em branco é, na generalidade dos casos, título de favor. Emite-se a nota promissória, saca-se ou aceita-se a letra de câmbio na fórmula comum, semi-imprensa, que se vende nas papelarias ou fornecem os estabelecimentos, com os claros a preencherem-se oportuna e manuscritamente, quando não a máquina que mais fàcilmente oculta os autores dos manuscritos. Nem sempre os beneficiários do favor se nomeiam desde logo, aguardando o momento propício de seu aparecimento em cena, quando não se façam, e já então maliciosamente, substituir por terceiros no desempenho dos papéis que lhes pertenciam.

O subterfúgio mais comumente adotado, como observaram P. LESCOT e P. ROBLOT, como constitutivo do fato exterior da escroqueria ou estelionato requerido pelo art. 405 do Código Penal francês, é representado pela intervenção de terceiro, que se manifesta sob as mais variadas formas; e até o terceiro pode não fornecer à fraude senão colaboração inconsciente, a despeito de que

---

10. *José Maria Whitaker*, "Letra de Câmbio", São Paulo, 1942, Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., 3.ª ed., pág. 113, n.55.

ao contrário (o que é o mais geral), preste seus serviços com conhecimento de causa ao beneficiário na circulação do título de favor. Ora é um agente de negócios que não se contenta de pôr em contacto o sacador com o sacado, mas que desempenha certo papel junto ao descontante, induzindo êste a aceitar como válido o título, que lhe é oferecido; ora é um sinatário do título que o negocia e, quanto a isso, a tendência da mais recente jurisprudência é de admitir que o aceite dos títulos por sacado insolvável é por si só manobra constitutiva do estelionato. De resto, não é necessário que o terceiro intervenha pessoalmente junto ao descontante ou banqueiro, fazendo-lhe declarações escritas ou verbais: a entrega do título assinado por êle, valendo como confirmação de sua participação nas alegações mentirosas do intermediário, basta para caracterizar a infração. A solução contrária, adotada pela Câmara Criminal da Côrte de Cassação, em 1909, parece ter sido definitivamente abandonada por arestos posteriores.[11]

13. **A substituição indevida dos nomes das pessoas.** — Essa substituição de pessoas tem sido profligada pelos tribunais, assim no cível, como no penal.

Decidiu acórdão de 4 de novembro de 1953, do Supremo Tribunal de Justiça de Lisboa, que, provado que o portador de uma letra não realizou qualquer transação com o endossante e tomador dela, e que, ao aceitar o endôsso conhecia bem a inexistência da obrigação fundamental, procedendo apenas para evitar que o aceitante excepcionasse com a inexistência daquela obrigação, é manifesto o acôrdo fraudulento entre endossante e endossado, o que permite ao aceitante defender-se com tal exceção.

"Quer dizer: a obrigação cambiária não existe, não se deu a transação que a letra exprime, e, assim são nulos tanto o aceite do réu como o endosso. Tendo a letra sido abusivamente preenchida, o subscritor, no caso o réu, tem direito de se defender desacompanhado alegando e provando a não existência da relação fundamental. O autor não é portador de boa fé, portador legítimo da letra, donde resulta que o réu pode defender-se por se dar a hipótese prevista na última parte do art. 17 da Lei Uniforme. Neste processo não é condenado o endossante. O réu é que é absolvido por o autor não ter provado que êle lhe deve a quantia por que o acionou com base na letra junta ao processo, do montante de Cr$...".[12]

---

11. *P. Lescot* e *R. Roblot*, "Les Effets de Commerce", Paris, 1953, Rousseau & Cie. editores, vol. II pág. 502, n. 1.008.

12. "Boletim do Ministério da Justiça", Lisboa, 1954, n. 40, pág. 484.

Houve o acórdão o endosso como simulado e, como tal, nulo.

Pouco antes, por acórdão de 15 de outubro de 1952, a Relação do Porto havia decidido que os princípios de literalidade, abstração e autonomia, que caracterizam as obrigações cambiárias, deixam de funcionar — mesmo no domínio das relações mediatas — se o portador e endossado tinha conhecimento de que não existia qualquer obrigação causal e se, demais, o endosso a seu favor foi simulado e com vista apenas a impedir a invocação daquela obrigação causal.[13]

14. **O crime de inserção de declaração falsa em documento.** — É crime, definido no art. 299 do Código Penal como de falsidade ideológica, não sòmente omitir, em documento público ou particular, declaração que dêle devia constar, como "nêle inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sôbre fato jurìdicamente relevante".

Quando dessarte alguém, por mero favor, como quase sempre acontece, recebe de outrem letra de câmbio ou nota promissória em branco, a fim de preenchê-la em certas e determinadas condições de tempo, de quantia e de pessoas, e nelas insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com fim de alterar a verdade sôbre fato jurìdicamente relevante, de molde a criar direito em benefício de terceiro, em prejuízo do obrigado cambiário, que nêle confiou, evidentemente se tem configurado o crime de falsidade ideológica da cambial extemporâneamente preenchida.

Além desse crime, no caso praticado, outro existe — o de terem-se os beneficiários das letras de favor emitidas em branco em seu prol induzido e mantido em êrro, mediante ardis ou qualquer outro meio fraudulento, ao que os subscrevia como emissor ou como avalista, de que os títulos posteriores se destinavam a resgate ou reforma dos anteriormente obtidos, quando todos entravam na circulação fiduciária, alcançando êles, para si ou para outrem, vantagens ilícitas, em prejuízo do obrigado ou avalista. Êsse é o crime de estelionato, do art. 171 do Código Penal.

Tratando-se, como se trata, de homem já octogenário, bem pode dar-se que se tenha cometido igualmente o crime do art. 173 do mesmo Código — o de abuso, em proveito próprio ou alheio, de debilidade mental (no caso por anciania) de outrem, induzindo-o

---

13. "Boletim do Ministério da Justiça", Lisboa, 1952, n.º 38, pág. 303.

à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em proveito próprio.

III

15. **A oponência da falta de causa obrigacional aos portadores do título.** — A responsabilidade do obrigado não é suscetível de cancelamento, mas sim de anulação, nos têrmos aqui longamente desenvolvidos. Sendo os títulos por êle emitidos, de puro favor, o que se afirma do conhecimento dos credores a falta de causa obrigacional é perfeitamente oponível a êstes, fazendo-se a prova, já apurada em inquérito policial, de terem agido de má fé, mancomunados para evidente assalto ao patrimônio daquele. Como se viu, em caso idêntico, um dos tribunais lusitanos deu pela nulidade até do aval.

IV

16. **A oposição da "exceptio doli" como defesa na ação cambial.** — Indaga-se, por último, como se deve agir a fim de libertar-se o obrigado das responsabilidades cambiárias que assumiu, se por ação declaratória da inexistência do negócio subjacente, por se tratar de títulos de favor; se por anulação da obrigação cambiária; ou se em contestação, em cada executivo.

Depende a escolha da atitude tomada pelos portadores dos títulos: se ingressados já em juízo, propondo as suas ações cambiais, a "exceptio doli" deve opor-se, se já não o foi, em contestações.

Se as ações cambiais ainda se não propuseram, tem cabida a ação anulatória das obrigações cambiárias, cumuladas com a de perdas e danos, contra cada um dos portadores, senão mesmo contra todos, em litisconsórcio passivo, dada a mancomunação dêles para a prática dos atos criminosos que serviram de fundamento para a abertura do inquérito policial. A mancomunação exprime a comunhão de interêsses, senão a conexidade das causas, que justifica o litisconsórcio passivo.

A hipótese do concurso de credores já se antolha mais longínqua, por isso que se dará na execução da sentença e sòmente entre os credores que houverem protestado por preferência; e, ao que parece, não será conveniente aguardar-lhe a instauração, mas agir desde logo, de acôrdo com as circunstâncias.

São Paulo, 10 de setembro de 1956.

WALDEMAR FERREIRA

§ 1.º

Do endôsso

1 — A inoponibilidade de compensação ao endossatário pelo devedor cambial. — Por acórdão de 29 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador EURICO PORTELA e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, negando provimento à apelação cível n.º 47.964, decidiu:

"A sentença concluiu pela procedência da ação, donde o apêlo interposto pelos executados, para que quando "não acolhidas as preliminares de ordem, seja reformada a sentença em tôda a sua extensão", recurso respondido pelo Banco A.

Não merece provido o agravo no auto do processo.

O portador do título, Vidraria C. Ltda., transferiu ao Banco do Brasil, por endôsso, o crédito dêle constante, no valor de Cr$... É o devedor cambial, na lição de SARAIVA, "não pode opôr ao endossatário a compensação com o débito do endossador, e nem as excessões a êste pessoais" ("A Cambial", pág. 250).

Não há, assim, negar ao Banco exequente a qualidade de titular do direito cambiário que investe o endôsso traslatício e "não se pode pensar em relação direta entre o criador da nota promissória e o endossatário" (PONTES DE MIRANDA, "Direito Cambiário", vol. II, pág. 168), que, por isso, não pode opôr ao Banco, como querem os RR., as pretendidas exceções, quer com fundamento na natureza do negócio entre êles e o endossador, quer entre êste e o endossatário.

A natureza abstrata do endôsso está a injustificar, no caso, o exame de livros pretendido e, como demonstrou a sentença, nenhuma a vinculação do título à liquidação da conta de caução da Vidraria, a impedir a sua cobrança.

Demonstrada, a existência da dívida que o título confessa e revestido êste das formalidades hábeis à sua cobrança a ação é própria e procede, tal como decretado pela sentença, cuja confirmação se impõe".

2 — A prova da simulação do endôsso e a integridade do título cambiário. — Por acórdão de 14 de outubro de 1958, relatado pelo Desembargador GASTÃO MACEDO e publicado no "Diário da Justiça", de 12 de março de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação pelos seguintes fundamentos:

"Não há dúvida que o presente feito resulta dos famigerados empréstimos de dinheiro a juros, que, no Rio, assumem verdadeira calamidade, sem que o Estado tome a mínima providência. Ao contrário; é à sombra do poder que medram as celebérrimas operações triangulares.

Entretanto, não há motivo de qualquer espécie, para, cambialmente, julgar o autor carecedor de ação.

É regra legal e doutrinária que, na ação cambial, só se admita a defesa fundada em direito pessoal do réu contra o autor, em defeitos formais do título ou falta de requisitos para o exercício da ação. E certo que a jurisprudência vem admitindo maior amplitude de defesa, tendo em vista os abusos que se praticaram, no Brasil, em matéria cambial.

No caso dos autos essa dificuldade ainda sobe de ponto tendo em vista que o autor é endossatário, presumindo-se sua inteira boa fé. O Dr. Juiz concluiu pela simulação do endôsso, o que importa ter admitido a validade do título sob o ponto de vista cambiário. Apenas o credor não seria legítimo. Fundada a sentença tão só na simulação do endôsso, o título continua de pé, pois nada se alegou contra êle.

Não vemos, portanto, como o ilustre Dr. Juiz tenha decidido como decidiu tanto mais que, a par de ser quase impossível a prova da simulação do endôsso cambial, a que foi colhida nos autos é pràticamente nula, pois que funda em indícios inconcludentes".

NOTA — Divergiu do julgado o Desembargador *Nelson Ribeiro Alves*, que negou provimento ao recurso, nestes têrmos:

"Com efeito, o legislador brasileiro de 1850 desconhecia a estrutura moderna da cambial e ignorava completamente o conceito da autonomia da assinatura e da independência da obrigação de cada um dos subscritores.

A nossa lei atual, no entanto, decretou a autonomia e a recíproca independência das obrigações cambiais, como se verifica do princípio consubstanciado no art. 43 do Decreto n.º 2.044, de 1908, assinalando o douto *Carvalho de Mendonça* que, entre os efeitos do endossatário adquire direito autônomo, ficando imune das exceções pessoais que o devedor poderia opôr ao tomador ou aos precedentes endossadores.

A inadmissibilidade dessas exceções é o mais natural predicado dos títulos à ordem visto como a sua transferência representa nova emissão, purificando-o e liberando-os dos ônus pessoais que porventura anteriormente os agravassem ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. V, 2.ª parte, pág. 1.101).

Acontece, porém, que o douto doutrinador, em nota ao texto supra, citando *Vivante*, teve ensejo de acentuar: "Note-se, porém, que se o credor de um título à ordem simula o endosso para tirar ao devedor as exceções que êste lhe poderia opôr, provado êsse fato o devedor tem o direito de opô-las ao detentor".

Ora, o doutor Juiz *a quo*, usando da faculdade contida no art. 252 da lei adjetiva civil e cotejando a prova aditada, inclusive os depoimentos do endossador e endossatário, onde encontrou profundas divergências decretou a carência de ação por parte do ora apelante, em fase da simulação ocorrida do endosso, acrescendo que o endossatário não tirou o protesto, sequer, contra o endossador".

§ 2.º

Do aval

3 — **A nulidade do aval dado por sócio contra expressa proibição do contrato social.** — Por acórdão de 20 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça", de 19 de fevereiro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 47.897, nestes têrmos:

"Pretende o apelante que se declare nulo o aval aposto por seu sócio na nota promissória em cobrança, porque o contrato social não admite assumir obrigações de favor, como é a dos autos.

Nem se demonstrou que fôsse de favor, nem cabe alegação dessa natureza. Se o aval foi outorgado por sócio que tem poderes de administração da sociedade comercial e em favor de terceiro, e embora o tenha feito em desacôrdo com o contrato social, não é nulo o ato, mas autoriza apenas aos demais sócios, por ventura prejudicados, a exigir do companheiro, composição de perdas e danos, se o terceiro estiver de boa fé, que, em tal caso, se presume.

A pessoa jurídica que assume obrigações tem os mesmos deveres de cumprí-las que as pessoas físicas. A questão do gerente envolver a firma social em bons ou maus negócios, segundo critério interno dos componentes da emprêsa, é matéria a ser ventilada entre os sócios e com a qual nada tem a ver terceiros que tenham tratado de boa fé com a sociedade. Se, outorgando o aval, o sócio gerente infringiu o contrato e causou danos à firma, apenas deixaria de responder o patrimônio social pelo encargo, se provado o conluio, com o fim de lesar os demais participantes da sociedade. Fora disto, o aval produz todos os efeitos, pois é ato de comércio compreendido na atividade ordinária dos comerciantes, sejam em nome individual, sejam pessoas jurídicas.

Seria torturante e incompatível com a vida moderna exigir que a cada ato o público houvesse de correr ao Registro de Comércio, para examinar se no contrato social não existiria alguma armadilha, com que emprêsas desonestas pudessem locupletar-se à custa da boa fé da clientela".

NOTA — O acórdão, servindo-se do argumento *ad terrerom* de que "seria torturante e incompatível com a vida moderna exigir que a cada ato o público tivesse que recorrer ao Registro Público para examinar se no contrato social existe alguma armadilha com que empresas desonestas pudessem locupletar-se à custa da boa fé da clientela", devera ter concluido pela inutilidade do Registro Público e outras coisas mais com a vida moderna.

Melhor andara se assim houvesse argumentado, principalmente exagerado em invocar "o público", quando se trata de uma ou outra pessoa que contrata com tal ou qual sociedade e que ao gerente desta, ou ao sócio, com que contratasse, provasse a existência de poderes para contratar em nome dela e obrigá-la por aval.

O desprêzo das valvulas de segurança é que é lamentável. Quem contrata está na obrigação de assegurar-se de que contrata bem; e se assim não procede, só de si, de sua imprudência, deve queixar-se.

Ainda bem que, no caso, houve o voto divergente do Desembargador *Frederico Sussekind*, que "dava provimento ao recurso para julgar a ação improcedente, por considerar nulo o aval dado pelo sócio, em nome da sociedade, contra a expressa proibição do seu contrato, registrado para o conhecimento de terceiros. Assim o fiz com base na jurisprudência, que sempre adotei".

O acórdão, com efeito, se produziu contra direito expresso.

"Aquele", diz o art. 46 da lei cambiária, "que assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente, obrigado".

Não estando o sócio, na hipótese, "devidamente autorizado", na forma da lei, o acórdão, para estar legitimamente fundado, devia ter julgado a ação improcedente, ressalvado ao portador do título ação contra o sócio, no qual confiou.

4 — A ilegitimidade do aval com infringência de proibição do contrato social. — Por acórdão de 5 de maio de 1959, publicado no "Diário da Justiça", de 1 de junho de 1959 e relatado pelo Desembargador SEBASTIÃO PEREZ LIMA, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 11.227, decidindo assim:

"Trata-se de agravo de petição de decisão que julgou improcedente o pedido de habilitação de crédito da agravante na falência da firma A. — G. & Cia., crédito êsse proveniente de aval apôsto em duplicata do aceite da firma Refinaria O. G. C. Ltda.

É evidente, porém, o acêrto da decisão agravada, pois que, proibindo o contrato social a prestação de fiança, a que se equipara o aval, para efeito da proibição, lícito não era a qualquer dos sócios prestar a garantia questionada.

A agravada, que nenhum benefício auferiu da liberalidade, não pode por isso mesmo responder pela obrigação".

§ 3.º

Do protesto

5 — A anulação do protesto de título cambial. — Por acórdão de 19 de dezembro de 1958, relatado pelo Desembargador AUGUSTO MOURA e publicado no "Diário da Justiça", de 29 de outubro de 1959, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 49.395, pelo seguinte:

"Trata-se de ação ordinária proposta pelo apelado a fim de anular protesto de título, cobrar a pena estatuída pelo art. n.º 1.531, do Código Civil, mais perdas e danos e isto porque sendo devedor do apelante e estando ausente do país foi o seu título protestado sem que se procedesse à intimação do devedor. A invocação do art. n.º 1.531 decorre de ter o Banco cobrado quantia superior à devida. A ação originàriamente distribuída à vara cível foi redistribuída para a vara de Registros Públicos. O despacho saneador limitou o pedido do autor à anulação do protesto do título. O Dr. Juiz "a quo" julgou procedente a ação.

A atitude moral do devedor é evidentemente indefensável, mas sob o ponto de vista jurídico assiste-lhe o direito à anulação pleiteada pois estando provado, que quando do protesto do título, se encontrava na Europa e, sendo deputado federal em exercício, não poderia estar em lugar incerto e não sabido e nem sendo desconhecido o seu paradeiro é evidente que foi violado o disposto no art. n.º 730 e seu § do Código do Processo Civil, pois, a intimação do devedor se fêz por carta, para endereço aqui no Rio e foi recebida por terceiro. Assim não se cumpriu o disposto no parágrafo único do art. 730, do Código referido, o qual ordena que quando não encontrado o devedor a intimação do protesto de títulos far-se-á pela imprensa".

NOTA — Está o protesto de letra de câmbio regulado no Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Do protesto devem ser intimados o sacado, o aceitante ou os outros sacados nomeados no título para aceitar ou pagar; e a intimação é para o aceite ou o pagamento.

Essa intimação, como tôda intimação, se deve fazer, pessoalmente, o que raramente acontece. Pode ela ser dispensada no caso do sacado ou aceitante firmar na letra a declaração da recusa do aceite ou do pagamento.

Não sendo encontrados, preceitua o n.º IV do art. 29, "o oficial afixará a intimação nos lugares de estilo e, se possível, a publicação pela imprensa".

Êsse dispositivo todavia foi derrogado pelo do art. 730 do Código do Processo Civil, em razão do qual "a intimação do protesto de títulos, ou contas assinadas ou judicialmente verificadas, far-se-á por carta do oficial competente, registrada ou entregue em mão própria".

Quando, acentuou o parágrafo único, "não fôr encontrado o devedor ou se tratar de pessoa desconhecida ou incerta, a intimação se fará pela imprensa".

Como quer que seja, ausente o sacado na Europa, sua intimação deveria ter sido feita pela imprensa.

Não o tendo sido, nulo foi o instrumento de protesto; e o acórdão, por isso, confirmou a sentença declaratória da nulidade.

6 — A fluência dos juros moratórios de cambiais a contar do protesto. — Deu provimento ao recurso extraordinário n.º 24.490, de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, por acórdão de 3 de junho de 1954, publicado no "Diário da Justiça", de 30 de novembro de 1959, de acôrdo com o voto do relator:

"O Sr. Ministro MÁRIO GUIMARÃES — O Banco C. I. de Minas Gerais, propôs contra Dona R. G. uma ação executiva cambial para haver a importância de Cr$..., com os juros da mora e multa, saldo de uma cambial de Cr$... de que era emitente C. G., sendo a ré avalista. Julgou o juiz procedente a ação em parte, para condenar ao pagamento da quantia de Cr$... juros da mora na base de 10% e multa.

Apelou, em parte, a ré e o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, contra o voto do Desembargador NEWTON LUZ, negou provimento ao recurso. O voto vencido mandava contar juros sòmente desde a propositura da ação e na base de 6% ao ano. Houve embargos afinal rejeitados. Em recurso extraordinário, que tem por esteio o art. 101 n.º III, letras "a" e "d" da Const. pleiteia o recorrente se reconheça:

a) que nas cambiais, começam os juros da mora a fluir da data do protesto ou da citação inicial, e não do vencimento do título;

b) que os juros são apenas os legais de 6% ao ano. Aponta jurisprudência nesse sentido e os artigos de lei que reputa violados. Foi admitido e processado o recurso. É o relatório.

Agita-se, em primeiro lugar, nestes autos, a questão de saber desde quando, nas obrigações cambiárias se hão de contar juros moratórios. Matéria foi essa que provocou, entre nós viva controvérsia. SARAIVA e CARVALHO DE MENDONÇA fixaram como ponto inicial a data do vencimento. PAULO DE LACERDA,

MARGARINOS TÔRRES e outros propendiam para a data do protesto, ou, na falta da citação inicial. Firmavam-se êstes no preceito do art. 20, da lei cambiária, que exige a apresentação do título ao aceitante. A prova da apresentação é o protesto, ou a citação judicial para pagamento. Hoje, porém, não mais é lícito discutir a respeito, em face dos têrmos peremptórios do art. 1.º § 3.º, do Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933: "A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial".

Êsse mesmo artigo resolve, também, a segunda tese, da cobrança de juros de 10%, por exigência do banco, essa condescendência não obrigaria ao avalista, cuja responsabilidade não vai além do que se declara no título.

Nem prevalece a praxe dos Bancos de fazerem descontos a 12%. Essa é uma taxa para os seus negócios, a que anuem as partes, expressa ou tàcitamente, mas que se não pode aplicar à cobrança de promissórias, que não mencionam cláusula de juros. Os únicos permitidos são, então, os juros legais, de 6% ao ano. Não vem ao caso ainda saber se a promissória era representativa de um contrato de mútuo. Emitida a cambial, responde a avalista pelas obrigações do título e não pelas do contrato, aliás, não constante de qualquer escrito. Por estas razões conheço do recurso e lhe dou provimento, nos têrmos pedidos".

§ 4.º

Da ação cambiária

7 — O direito do credor de agir indistintamente contra todos os quaisquer dos devedores cambiários. — Por acórdão de 7 de outubro de 1958, relatado pelo Desembargador SEBASTIÃO PEREZ LIMA e publicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dando provimento à apelação cível n.º 47.547, decidiu que, por fôrça do princípio da autonomia e independência das obrigações cambiais, o credor pode exercer o seu direito indistintamente contra qualquer dos devedores co-obrigados, nestes têrmos:

"A sentença negou ao exequente, ora 2.º apelante, o direito de cobrar, simultâneamente do emitente e do avalista o valor de promissórias que não foram pagas no vencimento.

É evidente, porém, o desacêrto da decisão por isso que, conforme é corrente nos domínios da doutrina e da jurisprudência, não repugna ao direito cambial tal procedimento do credor, tendo em vista o princípio da autonomia e independência das obrigações cambiais, consagrado pelo art. 43 da Lei n.º 2.044.

Assim, como admite a própria lei no seu art. 50, a ação pode ser proposta contra um, alguns ou todos os co-obrigados, sem estar o credor adstrito à observância da ordem dos endôssos.

Acresce que, na hipótese dos autos, o autor limitou-se a habilitar o seu crédito na falência do emitente, pelo que nada impedia que agisse contra o avalista, de modo a cobrar-se do que lhe é devido, observado o art. 27, § 1.º do Decreto-lei n.º 7.661.

Eis porque se impõe o movimento do recurso do 2.º apelante para o efeito de ser julgada procedente "in totum" a ação, ficando prejudicado o recurso do 1.º apelante, de vez que para o aval não se exige a outorga uxória, que não se equipara a fiança".

NOTA — Por preceito explicito do art. 50 do Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, a ação cambial pode ser proposta contra um, alguns ou todos os co-obrigados, sem estar o credor adstrito à observância da ordem dos endôssos.

São certamente autônomas as obrigações cambiais e independentes umas das outras: e, por isso justificou o acórdão o preceituado no art. 50. Mas não é tanto por aquêle princípio que assim é, senão e principalmente pela regra de direito comum de o credor — como está expresso no art. 904, do Código Civil — tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente a divida.

E isso é peculiaridade da solidariedade passiva, que engaja os devedores cambiários ao cumprimento da obrigação cambiária.

§ 5.º

Da prescrição da ação cambial

8 — A interrupção da prescrição e o caso julgado em relação ao avalista da parte. — Por acórdão de 10 de abril de 1959, relatado pelo Conselheiro A. GONÇALVES PEREIRA e publicado no "Boletim do Ministério da Justiça", de Lisboa, n.º 86, de maio de 1959, pág. 420, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, decidiu que:

1.º, a sentença que reconhece o crédito cambiário do portador de uma letra, reclamado em concurso de credores em execução movida contra o aceitante, impede a prescrição desse crédito, que, assim, pode ser exigido em outra execução, se não tiver sido pago;

2.º, os efeitos desse julgado produzem-se também em relação a outro credor que reclamou nas duas execuções e ao executado da última, que, embora não tenha intervido na primeira, esteja na posição de avalista, do aceitante, nela executado.

Eis como foi julgado:

"Como se disse no relatório, na comarca da Alcobaça houve uma execução contra todos os aceitantes e avalistas de letras de que é dono e portador o aqui recorrido M. A. C., não tendo porém chamado a essa execução um avalista de todas as referidas letras, J. C. C.

Em tal execução, o recorrido reclamou o seu crédito e o Banco N. U. reclamou também o seu, sendo êstes dois créditos reconhecidos e graduados como comuns, não tendo contra êles havido qualquer impugnação.

Foi agora instaurada uma nova execução contra êste avalista, que faltava executar — J. C. C.; e nesta execução igualmente vieram o Banco e o recorrido reclamar os mesmos créditos que reclamaram na primeira execução, em virtude dêsses seus créditos não terem sido pagos nela por não chegar para o seu pagamento o produto da arrematação dos bens ali penhorados.

Tanto na primeira, como na segunda execução a constante dêste processo, os créditos do Banco e do recorrido foram baseados nas mesmas letras.

Na execução atual, porém, o Banco impugnou o crédito do recorrido, alegando a prescrição das letras, por terem decorrido mais de três anos após o seu vencimento e ainda que, sendo o recorrido também avalista de Cr$..., não podia êle exigir ao executado o pagamento dessa letra.

Pela sentença proferida na primeira execução, verifica-se que tanto o crédito do recorrente, como o do recorrido, aí reclamados, foram reconhecidos e, portanto, foi já o recorrido considerado dono e portador das letras e credor dos firmantes das mesmas, seus aceitantes e seus avalistas.

Diz porém o recorrente que essa sentença não o vinculou nem ao executado, visto naquela execução e nesta não haver identidade de litigantes referentemente à sua qualidade jurídica.

Não é assim, salvo o devido respeito.

Em ambos os processos o Banco e o recorrido foram ao concurso de credores, como credores pelos mesmos créditos representados pelos mesmos títulos. Se no primeiro foram demandados todos os aceitantes e todos os avalistas, menos um, que agora foi demandado no segundo, isso não mostra que o litigio, reclamação de créditos, não tenha o mesmo objetivo, pois em um e em outro,

o que se pretende averiguar é se os reclamantes são ou não são credores pelos mesmos títulos de crédito.

Sendo sempre os mesmos créditos e os mesmos credores, verifica-se a identidade do julgamento; e se o direito ou causa de pedir são as letras, tanto na primeira execução, como na segunda, êsse direito ou causa de pedir é sempre o mesmo.

Não há executados diferentes, em uma e outra execução, porque o agora executado era avalista de todos os aceitantes das letras em poder do recorrido; e, nos têrmos do art. 32 da Lei Uniforme, "o dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por êle afiançada" e por isso, desde que haja qualquer razão para interromper a prescrição a favor ou contra o avalizado, isso reflete-se "ipso facto" no seu avalista ou fiador, visto a responsabilidade do avalista seguir sempre as contingências da responsabilidade do afiançado.

Tal sentença, portanto, vinculou o recorrente e o executado.

Acresce que, estando em vigor o art. 339 do Código Comercial, êste dispõe que "a prescrição se deixa de aplicar, se a respeito das letras, houver sentença condenatória".

Ora, a sentença, em cujo processo interveio o recorrente, na mesma posição do presente, obriga êste a respeitá-la, bem como o agora executado, sendo êste por ser avalista de todos os ali condenados e, portanto, seu representante legal e igualmente responsável.

Aquela sentença interrompeu a prescrição das letras, como bem se decidiu, não podendo, assim, tal exceção ser alegada neste processo pelo recorrente.

Improcede, dessa forma, a primeira conclusão da minuta do recorrente, não se tendo, por isso, violado qualquer das disposições legais ali indicadas".

NOTA — Pelo art. 338 do Código Comercial português, o portador de uma letra protestada por falta de pagamento pode pedir o seu reembôlso a todos os sinatários, coletiva ou separadamente.

O mesmo direito tem qualquer dos endossantes que haja pago a letra, exceto contra os endossados posteriores e seus respectivos doadores de aval.

Em face dêsse preceito, podia o dono e portador das letras referidas no acórdão agir, como o fêz, contra todos os avalistas, menos um.

Dúvida não surgiu quanto a isso, de resto; e, na fase executória, houve concurso de credores, instaurado pelo Banco Nacional Ultrarino, sendo os dois credores em conflitos julgados credores comuns, em absoluta igualdade.

Os bens, porém, não deram resultado apreciável, quando arrematados; e, nessa emergência, o credor se voltou para o avalista, que tinha deixado de fora, movendo-lhe outra ação cambiária, tendo sido, é de salientar, a primeira ação proposta contra o aceitante e seus avalistas.

Estaria, quando teve ingresso em juízo, já prescrita?

Desde que se invocou, na hipótese, para a admitir, o argumento de ter sido interrompida a prescrição, é porque se a interrupção não se houvesse verificado, a prescrição se teria dado: de outra forma não haveria necessidade de invocar a interrupção prescricional.

Se, pelo disposto no art. 339, referido no acórdão, as ações, relativas a letras, prescrevem em cinco anos, a contar o seu vencimento ou do último ato judicial, "se a respeito dela não houve sentença condenatória" — sem dúvida que, quanto ao aceitante e aos avalistas contra os quais foi proposta a primeira ação executiva, a prescrição se interrompeu pela sentença que os condenou ao pagamento.

Terá sido assim, entretanto, quanto ao avalista, que, pelos que se infere, sòmente foi chamado a responder pelo pagamento depois de cinco anos? Não teria, quanto a êle, se operado a prescrição?

Também em Portugal vige o princípio da autonomia das obrigações cambiárias, a tal ponto que, como no caso do acórdão, a primeira ação executiva se intentou contra o aceitante e seus avalistas, conjuntamente, em consórcio passivo, menos um deles.

Êste, que ficou de fora, pois não foi acionado viu se escoar o prazo prescricional de sua obrigação, da qual se libertou, ao têrmo daquele prazo. Não podia êle ficar sujeito ao dispositivo do art. 339, porque não era parte na ação, cuja sentença, evidentemente, quanto a êle, era *res inter alios*.

De resto, pelo dito no art. 71 da lei uniforme de Genebra, "a interrupção da prescrição não produz efeito senão contra aquêle contra o qual se praticou o ato interruptor".

Não dispõe diversamente a lei portuguêsa.

§ 6.º

Da ação de enriquecimento ilícito

9 — Os pressupostos especiais da ação e o exame da matéria com os elementos da convicção. — Por acórdão de 23 de junho de 1958, em pleno Supremo Tribunal Federal, e aquêle foi publicado no "Diário da Justiça" de 23 de novembro de 1959, rejeito os embargos no recurso extraordinário n.º 26.613, do Distrito Federal, de acôrdo com os votos que se seguem:

"O Sr. Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO — Trata-se de ação de lucupletação prevista na Lei Cambial n.º 2.044, de 1908, art. 48, proposta pelo Desembargador ANTÔNIO QUIRINO DE ARAÚJO contra os sucessores de M. A. C. J., emitente de nota promissória de que o autor se tornou portador, em virtude de endosso.

O acórdão do 2.º Grupo das Câmaras Cíveis do ilustre Tribunal de Justiça dêste Distrito, reformando decisão do Dr. Juiz "a quo",

teve como precedente aquêle pedido, para condenar os réus a pagarem o principal declarado no título, juros legais a partir da data em que o mesmo teve vencimento, além de honorários. O acórdão, diz que assim é decidido porque, cobrando cessionário do credor a dívida autenticada por promissória, o decurso do prazo de cinco anos, acarreta, simplesmente, a prescrição da ação cambial, mas o crédito vale até impedir o seu recebimento à vista da prescrição ordinária estabelecida pela lei civil, e não pela comercial, pois se trata, desenganadamente, de vida civil. Bem concluiu a sentença nesse sentido.

A parte vencida interpôs extraordinário na forma da lei. O recurso foi conhecido, mas lhe negado foi o provimento.

Eis o que diz em seu voto, o eminente relator, Ministro MACEDO LUDOLF: "O acórdão, ao encarar a norma específica daquele art. 48, bem se ateve à conceituação consagrada de que no locupletamento em tela, há que se ter sempre a indagação de pressupostos especiais, ou seja, a existência real de um prejuízo a que corresponda um lucro indébito. Configurou-se aí, questão meramente de fato à respeito da qual considerou mais o aresto, no domínio exclusivo de provas, a circunstância primordial da exibição do título feita pelo portador, enquanto os réus nenhuma demonstração concretizaram de que o adversário, na posição de autor do pedido, tenha compensado, ou de que o devedor, haja realmente, cumprido com a obrigação, de forma a se evidenciar o seu dano, em virtude da cobrança ajuizada. Era, enfim, o meio de defesa prêso à natureza particularíssima da demanda, mas cujo emprêgo, pelo dito, nem sequer se esboçou em ordem a poder informar o pedido inicial. Em síntese, dissídio encerrado à luz de situação materialmente plasmada nos autos e, por isso, obedecido a rigor, exegese imperante no tema vertente. Além de primordial, sem dúvida a condenação deveria incluir, como incluiu, juros da mora e honorários de advogado, dois aspectos, êsse último, sôbre os quais nada se positivou no prisma da discórdia jurisprudencial. A divergência de julgados, porém, é evidente, que já se manifestou em tempo, por parte dos que afirmam em contrário ao que decidido, que o decurso do prazo de cinco anos faz desaparecer qualquer eficácia ao título cambial, sem poder o titular cobrá-lo por qualquer meio. Tal modo diferente de entender, embora desinfluente na doutrina hoje correntia, há de ser considerada no escopo de cabimento "in limine" de extraordinário, em que se fixa ponto capital da controvérsia".

A. C. e outros, ofereceram embargos, que foram admitidos, alegando, violação do art. 48 da Lei n.º 2.044, que o Tribunal já se manifestou diversamente no recurso extraordinário 7.151 e que, em

se tratando de uma questão de direito em tese, o v. acórdão embargado cuidou de questão de fato. A impugnação sustenta o acêrto da decisão recorrida. É o relatório.

Na conformidade com o voto do eminente Relator, no recurso extraordinário, afirmou-se questão de prova. E que se trata de questão de enriquecimento ilícito, decorrente um título cambiário, matéria que deve ser apreciada em seus elementos de convicção. Realmente, a ação de locupletamento tem seus pressupostos e êstes foram apreciados.

Rejeito os embargos.

O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Senhor Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, recebo os embargos. Não resta dúvida que a ação cambiária prescreve em cinco anos.

Dentro dêsse prazo, o título, por si só está revestido de uma presunção de certeza e liquidez da dívida, que só cede ante prova em contrário. Todavia, decorrido o referido lapso de tempo, resta apenas o direito do prejudicado a perdas e danos por via de ação ordinária de locupletamento. O aparelhamento da aludida ação, apenas com o título prescrito e resgatado, constitui, tão sòmente, um indício ou um princípio de prova do locupletamento, que não vale por si só, por carecer de complementação.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — Não havendo prova em contrário é válida a presunção.

O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Trata-se de mera presunção ou indício, que não prova por si só o enriquecimento indevido.

O Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES — Quem não paga uma dívida se enriquece com o não pagamento dela. O emitente do título cambiário não provou o pagamento dêle; é de se presumir que êle se enriquece com o não pagamento. Ao devedor incumbe provar que não se enriqueceu com o não pagamento. No caso, ficou provado que êle não pagou.

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA presume o não enriquecimento. Há presunção da dívida, mas não do enriquecimento.

O Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES — É uma presunção "facti" ou "hominis". É um indício veementíssimo.

O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Se a mera presunção provasse o enriquecimento do réu ou o empobrecimento do autor, inverter-se-ia o ônus da prova. Na ação ordinária ao autor é que toca provar cumpridamente o enriquecimento do réu.

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — O autor tem de provar o enriquecimento.

O Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES — O caso reduz-se ao mútuo, em que o mutuário não cumpriu sua obrigação.

O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Data vênia, a espécie não se equipara ao mútuo. Trata-se, como bem acentuou o nobre patrono do embargante, apenas de bem interpretar a lei. A tese de que o título prescrito por si só constitue prova inequívoca de enriquecimento, tem em seu prol entre muitos especialistas, apenas a valiosa opinião de WHITAKER.

O dissídio jurisprudencial ficou perfeitamente caracterizado. O acórdão recorrido, aceitando dita opinião, repeliu a conclusão da sentença de primeira instância, que julgara a ação inviável, por não ter sido feita a prova do locupletamento.

O que deve subsistir, Senhor Presidente, é a sentença de primeira instância, que exigiu prova cumprida da ocorrência, na espécie de enriquecimento e empobrecimento consequente. Não bastando, para tanto, a mera exibição do título.

Por êste fundamento, data vênia do Sr. Ministro Relator, recebo os embargos.

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — Senhor Presidente, sempre sustentei e estou com a convicção formada que o que prescreve em 5 anos é a ação cambial. Passados os cinco anos, não é possível cobrar a dívida por meio de ação ordinária, porque isto seria, "data vênia", burlar a lei cambial.

Não é possível ir para a ação ordinária, porque passou o prazo prescricional de 5 anos. O devedor, durante 5 anos não podia pagar por qualquer motivo; depois disso adquiriu bens: vem o credor, por via de ação ordinária e executa o título. Essa compreensão do eminente, e a todos os títulos respeitável Dr. JOSÉ MARIA WHITAKER parece-me insustentável. Não é possível transformar a ação cambiária, em ação ordinária por essa forma, porque é nisto que importa o entendimento que se quer dar à ação do locupletamento.

Senhor Presidente, na ação cambial, como acentuou o Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA, a nota promissória ou a cambial entra como prova preconstituída. Aquêle é o elemento visceral, vital da ação. Mas na ação de locupletamento, é, o documento, ato secundário. O que se usa e deve provar preliminarmente é o locupletamento.

Para chegar a êsse fim é que preliminarmente deve o autor provar que emprestou certo dinheiro, mas, êste é apenas o ponto de partida, para o fim precípuo que é o locupletamento: quer dizer, que o devedor aproveitou-se daquele dinheiro para, enriquecer o seu patrimônio.

Suponhamos que ao cabo de 8 ou 10 anos, após passar as maiores dificuldades, consegue, à fôrça de economia, de trabalho, etc., refazer-se e formar novamente um patrimônio; para sua constituição foi inteiramente estranho o empréstimo anterior; é evidente que não se locupletou com o dinheiro. Mas, a vingar outro entendimento para o locupletamento, êle não terá defesa alguma.

Não é êste, a meu vêr, o intuito do legislador. Se êle adquiriu um acêrvo patrimonial depois dos 5 anos, não há uma relação lógica de causa e efeito entre o locupletamento e o dinheiro emprestado; não está o credor amparado para a cobrança.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — V. Exa. acha que se êle gastou o dinheiro o autor não tem ação?

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — Passa dos 5 anos está acabado; não importa que êle tenha ou não gasto o dinheiro. Está prescrita a ação cambial. O que o credor devia ter feito era interromper a prescrição.

O Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES — Isso é a apoteose dos maus pagadores.

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — "Data vênia" dos que pensam de modo contrário, continuo na minha convicção e acompanho o voto do Senhor Ministro HENRIQUE D'AVILA.

O Sr. Ministro A. VILAS BÔAS — "Data vênia", a ação de locupletamento tem seus caracteres próprios, típicos. O autor tem de alegar na inicial, para ser julgada procedente a ação, a matéria que integra o locupletamento. A êle incumbe isso, uma vez que o réu nega. Além disso, haveria mais.

A cambial, por fôrça de lei, é um título comercial. Se baseamos a ação apenas no título cambial, essa dívida é comercial; sendo comercial, está prescrita. E êsse título é cambial, por fôrça de lei. Se VV. Excias. apenas exigem a exibição do título cambial, estão, evidentemente, reconhecendo que a dívida é comercial.

Sendo assim, recebo, "data vênia", os embargos, coerente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e com várias decisões dêste Egrégio Supremo Tribunal Federal, jurisprudência essa que faz depender a ação de locupletamento da prova de seus caracteres típicos. E essa prova não foi feita; nem sequer alegada na inicial.

O Sr. Ministro ARY FRANCO — Sr. Presidente, também recebo os embargos, pelas razões do voto do Sr. Ministro VILAS BÔAS.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — Sr. Presidente, os apartes que dei já indicam o meu voto. Acompanho o Sr. Ministro Relator, rejeitando os embargos.

O Sr. Ministro OROZIMBO NONATO (Presidente) — Mantenho o acórdão, rejeitando os embargos.

A ver, o erudito debate desenvolvido neste pleito não ficou sobranceiro a equívocos, derivados, talvez, de tomada de perspectivas menos exatas, "data vênia". Antes que tudo, afirmou o eminente Sr. Ministro VILLAS BÔAS que tomou como orientação o meu voto proferido com simples vogal no julgamento do recurso extraordinário. S. Exa. terá verificado basear-se a decisão em fato não provado; que a petição é inepta; que alfim, a ação tem caracteres típicos e intransferíveis, e, no caso, indemonstrados.

A meu ver, há alguns argumentos que não podem nesta oportunidade ser examinados. Assim, a inépcia da petição. Depois do recebimento da inicial, do despacho saneador, da sentença, dos acórdãos de fls. e fls., torna-se agora uma questão absorvida, subsumida e desaparecida, como parece evidente.

Em segundo lugar, afirmou o eminente Sr. Ministro VILLAS BÔAS em seu erudito e veemente voto equivaler o v. aresto embargado a uma revolução jurisprudencial: seria êle contrário a todos os acórdãos de todos os tribunais do país, despendidos sôbre o tema.

O Sr. Ministro VILLAS BÔAS — V. Exa. tem opinião firmada. Eu disse que em vista do que o acórdão havia decidido êle fugia inteiramente daqueles pressupostos estabelecidos por V. Exa.

O Sr. Ministro OROZIMBO NONATO (Presidente) — A declaração do Sr. Ministro VILLAS BÔAS envolve um asserto de difícil comprovação exata, que exigiria o balanço de tôda a jurisprudência nacional nessa matéria, e isso, a meu ver, ao arrepio da decisão mesma que conheceu do recurso pela letra "d". Foi em face do conhecimento do recurso, por "dissídio jurisprudencial", que se interpuseram êsses embargos. Logo o aresto não podia constituir, como pretende S. Exa., "solus peregrinus" na jurisprudência pátria.

E, a meu ver, a Egrégia Turma com o conhecer do recurso tornou a questão preliminar superada.

Passando, agora, ao exame do caso em si, em seu merecimento, a opinião do eminente WHITAKER, em livro que se tornou clássico e mereceu os gabos de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, realmente se mostra radical em demasia.

Por essa respeitável opinião, bastará à prova do locupletamento, em tese, a produção da promissória paga. A meu ver, o asserto não pode ser recebido sem temperamento, sem um grão de sal. Não se tratará de prova terminativa, maior de contraprovas.

O eminente Sr. Ministro VILLAS BÔAS argumentou que se nos reportamos à promissória, só e sempre, a ação será cambial,

apesar da prescrição. "Data vênia", incide S. Exa. num equívoco. A ação não é cambiária, mas tem origem cambiária, como ensina VIVANTE. Esgotada a capacidade cambial do título, exaurida sua fôrça e sua vitalidade, o título se torna simplesmente civil, e suscita uma "presunção hominis" do enriquecimento. A ação de locupletamento é puramente civil, embora de origem cambiária.

A exibição do título prova, posto não irrefragàvelmente, que houve o débito e a entrega do dinheiro, ainda na incoerência de versão útil, envolve locupletamento. E o se tratar de título cedido não modifica os têrmos da questão.

Na cessão onerosa do título o que se pressupõe é que houve entrega do dinheiro. O eminente Sr. Ministro VILLAS BÔAS diz que pode não ter havido a entrega do dinheiro. É uma possibilidade, não uma probabilidade, pois não se presume a ocorrência de ato liberal.

A lição de WHITAKER merece ser recebida em têrmos. O só título desconstitui prova soberana e comporta prova contrária. Constitui, porém, — a êsse respeito o eminente Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES tocou numa nota verdadeira — uma presunção "facti" ou "hominis".

Em princípio, a prova deve ser reforçada e para isso se instaura o prazo respectivo. A presunção "facti" ou "hominis" é, como diz CAPITANT, a mais fraca das provas, prevalece, entretanto, se outra não se lhe opõe. Qual a prova oferecida, no caso contra essa presunção? Seria necessário se provasse a gratuidade da cessão e a inocorrência de passagem do dinheiro. Tal prova não foi feita, permanecendo a presunção aludida. Rejeito os embargos.

O Sr. Ministro VILLAS BÔAS — Sr. Presidente, V. Exa., agora, completou sua lição. Seu voto havia sido muito sucinto, mas, "data vênia", peço permissão a V. Exa. para manter meu critério, porque tenho como acertada aquela jurisprudência, segundo a qual a ação de locupletamento tem seus caracteres específicos. Mas V. Exa. completou magistralmente a lição que deixo de seguir, com muito pesar. Reitero o meu voto, recebendo os embargos".

Secção II

Da nota promissória

1 — O preenchimento da nota promissória incompleta. — Por acórdão de 17 de outubro de 1958, relatado pelo Desembargador EURICO PORTELA e publicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 48.968, mas confirmou a sentença pelo seguinte:

"Trata-se da cobrança da quantia de Cr$... representada pelas promissórias, avalizadas umas por R. P., num total de Cr$..., outras por F. G. R., num total de Cr$... e as demais sem aval, em que a defesa dos réus negou inicialmente a autenticidade das assinaturas nelas constantes, afirmando que reconheciam apenas a validade da promissória de Cr$..., emitida em 29-7-53 e vencida desde 30 de setembro de 1953, que, todavia, não enseja cobrança executiva, por ser ao portador. Em abono dessa assertiva, alegaram que o emitente não as poderia ter assinado em 30 de dezembro de 1954, por isso que desde o dia 23 dêsse mês se encontrava gravemente enfêrmo, em tenda de oxigênio, vindo a falecer na madrugada de 1 de janeiro de 1955.

Ora, o argumento da falsidade das assinaturas do emitente foi desenganadoramente desmentido pelo primeiro exame grafo-técnico, em que ambos os peritos categòricamente afirmaram que "examinada cuidadosamente a assinatura "E. C.", constante da promissória (de fls.) e, cotejada com as assinaturas similares constantes das demais promissórias já referidas, pôde o perito constatar, sem maiores dificuldades de ordem técnica que foram tôdas elas produzidas, normal e espontâneamente, por um mesmo e único punho, por sinal, punho culto e afeito ao manuseio de instrumento escriturador, punho altamente dinamizado. E os avalistas, co-réus, ao prestarem depoimento pessoal afinal reconheceram verdadeiras as suas respectivas assinaturas, apostas nos títulos.

Dúvida também não há de que as indicações, em algarismos e por extenso, das quantias a pagar, foram lançadas pelo próprio E. C., como unânimemente concluiram os três peritos na segunda perícia realizada por determinação do Juízo.

O perito do autor concluiu, ainda, que eram da própria autoria do emitente as indicações da data de emissão dos títulos, conclusão da qual divergiram os peritos dos réus, e o desempatador, embora reconhecendo a grande semelhança da grafia, que lançou essas indicações com a de C. Todavia, êsse fato não tem, no caso, relevância maior, face ao esclarecimento do perito desempatador de que "as assinaturas foram apostas depois que as promissórias haviam sido datadas".

Assim, como bem salienta a sentença recorrida, não há a menor dúvida da intenção de C. em obrigar-se cambialmente porque, em se tratando de homem de negócio como o era, não iria êle assinar promissórias sem saber o que fazia, ou sem que houvesse causa para sua emissão.

Ruiu, também, o segundo argumento da defesa, isto é, que E. C. estava impossibilitado de se locomover desde 25 de dezembro, acometido que fôra de grave moléstia cardíaca, e isso porque, não obstante o atestado médico, corroborado pelo depoimento pessoal de seu signatário, está provado, inclusive pelo depoimento da viúva, que C. compareceu aos 27 de dezembro ao entêrro de J. C. M. E a testemunha afirma tê-lo visto no Cartório do 17.º Ofício de Notas, cêrca das 5 horas do dia anterior ao do seu falecimento.

De igual, não lograram os réus demonstrar que a emissão das promissórias visasse garantir recebimentos que C. faria para o autor, de que se destinassem a permitir levantamento de dinheiro em Bancos.

Resultou também inane a afirmativa de que o autor não teria capacidade financeira para o empréstimo de tão vultosa quantia.

Daí o acêrto da sentença ao proclamar que os argumentos da defesa não oferecem uma base firme, isenta de dúvidas, como seria mister para afastar os pressupostos de liquidez e certeza que emanam dos títulos cambiais.

E estando apurada a autenticidade dos requisitos essenciais da promissória isto é, a assinatura do emitente e a indicação das quantias em algarismo e por extenso, a emissão incompleta quando aos demais requisitos não constitui irregularidade e a lei a autoriza, dando ao possuidor a faculdade de completá-los, direito que êle não perde "se morre ou quebra o obrigado", consoante lição de MAGARINOS TÔRRES ("Nota Promissória", vol. 14, pág. 149), e por outro lado, tôdas as indicações que nela se lancem presumem-se escritas por ordem do devedor, e são consideradas lançadas ao término da emissão da nota promissória (art. 54, § 4.º, ob. cit., pág. 150), a menos que se prove má fé do portador, o que, "in casu", não foi feito.

Não cabem, todavia, os honorários de advogado concedidos pelo julgado, e isso porque, nos têrmos do artigo 1.061 do Código Civil, nas obrigações de pagamento em dinheiro, a menos que se convencione uma pena, a mora do devedor obriga apenas aos juros. Essas as razões pelas quais dá-se provimento, em parte, aos recursos dos réus-apelantes, tão só para excluir da condenação os honorários de advogado concedidos pela sentença recorrida, que fica, no mais integralmente confirmada".

2 — A ineficácia de notas promissórias dolosamente criadas por administrador de banco e em proveito dêste. — Por acórdão de 9 de abril de 1956, relatado pelo Desembargador ROMÃO CÔRTES DE LACERDA, mas só publicado no "Diário da Justiça" de 22 de janeiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim decidiu a apelação cível n.º 34.111:

"No mérito. A firma J. M., estabelecida em 12 de outubro de 1950, compunha-se dos sócios F. R. M. e seu filho J. M. F. era sôgro do diretor do Banco A. C.; J. é, pois, cunhado dêsse diretor. J. era devedor ao citado, Banco, principalmente pela subscrição de ações dêsse estabelecimento. As promissórias, cuja nulidade se pleiteia, foram emitidas, em fevereiro, março e abril de 1951; eram, quase tôdas (menos uma, de Cr$...), reforma de outras, como se vê da sentença, (fls.), emitidas, uma em dezembro de 1949 e as demais em março e abril de 1950. O laudo pericial, na parte transcrita na sentença, mostra, conclusivamente, que o valor das promissórias emitidas por J. em nome da firma J. M., Ltda., reverteu, não em benefício desta, mas, pelo menos até à importância de Cr$..., em favor:

a) de J., que, com êsse valor, pagou suas dívidas ao Banco, principalmente a derivada de subscrição de ações do mesmo Banco (Cr$...);

b) do Banco, que, por fôrça da operação logrou substituir o devedor J. pela firma, isto é, um devedor insolvente por outro solvente, sendo de notar que as ações foram, depois, transferidas por J.J. a sua irmã, espôsa do diretor do Banco.

Em suma: o Banco, pelas operações concertadas com J. pagou-se dos débitos dêste (principalmente do resultante da subscrição de ações) à custa da sociedade J. M. Ltda., que se tornou, "ex vi" das mesmas operações devedora das promissórias; isso pelo menos até ao valor de Cr$...

O laudo que isso mesmo demonstra não é só do perito nomeado pela parte; pois êle se acha, fundamentalmente, ratificado pelo perito desempatador.

Alega-se que o sócio F. ratificou as operações por ter assinado o balanço posterior; mas êsse fato não o impede, ou a seu sucessor, ou à sociedade, de alegar e provar o dolo na criação dos títulos.

É claro que, tècnicamente, as promissórias tinham que constar do inventário básico do balanço; hão de ser mencionados, para a contabilidade, todos os débitos da entidade, desde que formalmente e enquanto que formalmente existentes.

Mas se algum dos títulos de dívida é falso, ou simulado, ou tem por causa o dolo, claro que o interessado pode, em ação ou em defesa, alegar o vício, para forrar-se ao prejuízo.

Se os títulos foram emitidos e reformados (todos menos um) nas datas "supra" indicadas, o sócio F., autuado em nome da sociedade, tinha ação para lhes pleitear a inoperância ou ineficácia em relação à mesma firma; e a ação desta não caduca pelo fato de

ter F. cedido suas cotas de capital a A. F. Z., em 6 de setembro de 1950, alterando-se no registro de comércio a firma em 19 de outubro de 1951; também pouco importa o fato do falecimento de F. cinco dias após a cessão, isto é, em 11 de setembro de 1950; a firma conserva, sempre, apesar dessas mutações, a ação por dolo, assim como a conservam os seus tenentes — causa, ou sucessora.

O que se vê, em suma, e os laudos evidenciam, é que J. pagou suas dívidas ao Banco e êste os recebeu, à custa da sociedade J. M. Ltda., depois sucedida pela firma 2.ª apelante, que, jurìdicamente, passou a ser devedora dos títulos questionados. Ora, a firma autora, 2.ª apelante, pleiteia a declaração da ineficácia dos títulos, pelo menos até a concorrente quantia de Cr$... em relação a ela firma; a Câmara dá provimento para êsse fim, tão só, porque, quanto às demais promissórias ou a valor maior que êste, não ficou demonstrado o dolo, nem os laudos o evidenciam.

Não se contesta, em tese, a consideração da sentença, por ela adotada como razão de decidir, — de que o banqueiro não está adstrito a fiscalizar o emprêgo que o gerente de uma firma faz no produto do desconto de títulos emitidos em nome dela. No caso, porém, o banqueiro, cunhado do gerente da firma, procedeu, assim como êste, com dolo civil, concertando a criação dos títulos para, com o produto do desconto, solver dívida pessoal do mesmo gerente em prejuízo da firma, e em proveito do banqueiro, como já se viu acima e o evidenciou o laudo.

O sócio F., podia, em nome da firma, proceder contra o filho e genro para forrar a firma ao pagamento dos títulos criados com conhecimento de ambos, em prejuízo desta e proveito do banqueiro; preferiu, porém, ceder suas quotas ao autor A., em 6 de setembro de 1950, às vésperas de falecer (11 de setembro de 1950); é claro que a nova firma pode atuar pela mesma forma porque o poderia a sua antecessora.

O dolo civil se estabelece por todos os meios de prova admissíveis em direito, inclusive por presunções; e, no caso, o que se verifica, acima de dúvida razoável, é que banqueiro e gerente da firma concertaram-se para obter a solução de débito do 2.º para com o 1.º à custa da firma gerida esta conclusão se impõe, reforçada, ainda, por presunções postas em relêvo nas razões da firma apelante e do sócio A., embora não proceda a alegação de que a firma ficara dissolvida pela morte, em 11-9-1950, do sócio F., pois que êste cedera, antes, suas quotas a A. Os honorários de advogado são devidos, pois que o pedido se funda em dolo. Quanto à apelação, do Banco A. C., está prejudicada, quer quanto ao pedido de aumento a honorários, quer quanto ao de procedência

da reconvenção, contra o Banco A. e G. C. Não importa tenha o Banco A. interêsse na firma autora, ou em que esta se forre a débitos; reconhecida razão a esta, prejudicada fica a reconvenção.

À apelação do Banco A., que pretende honorários e custas em décuplo, nega-se provimento, pois não há dolo ou temeridade processual por parte do Banco A. C. no proceder contra o Banco A., mas, apenas, sustentação de ponto de vista jurídico. Finalmente, prejudicada ficou a apelação (de fls.), de J. M., pleiteando a procedência da reconvenção contra os autores e o Banco; alegando consêrto doloso entre êste e J., J. tinha que ser chamado à lide".

Secção III

Da duplicata

1 — O apontamento do título por falta de aceite e pagamento antes da entrega da mercadoria e as perdas e danos do protesto. — Por acórdão de 4 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador GASTÃO MACEDO e publicado no "Diário da Justiça" de 15 de janeiro de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 47.931, para condenar o réu ao pagamento dos juros da mora e honorários de advogados, decidindo assim:

"A. V. & Cia. propôs contra o Banco B. S. A. esta ação, para haver indenização dos prejuízos sofridos, em consequência de haver sido "apontada" uma duplicata de Cr$..., com vencimento para 30-7-55, prorrogado para 30-8-55. Disse que o réu lhe remetera a duplicata, para aceite, a qual foi devolvida, com a informação de que a mercadoria ainda não chegara. Novamente, em 27-7, voltou a duplicata, com a informação de que o vencimento fôra prorrogado para 30-8. A autora informou, novamente, que ainda não recebera a mercadoria e que, logo que isso acontecesse, assinaria a duplicata. Inexplicàvelmente, porém, em 1-8-55, isto é, antes de vencido o título, foi êste levado a protesto. Para evitar sua efetivação a autora depositou, na Vara de Registros Públicos, o montante do título. Só oito dias depois disso chegou a mercadoria ao Rio de Janeiro, e a autora, para não prejudicar a emitente, concordou em receber a mercadoria e pagá-la "incontinenti", independente do depósito já feito.

Contestando, disse o réu que atuara como simples mandatário, e por endôsso em cobrança, pois o título fôra descontado no Banco do Povo S. A., de Salvador, Bahia. Tinha o direito de protestar

o título por falta de aceite, pois êsse é o único meio do sacador ou de terceiro provar que o sacado não o aceitou. Não praticara, assim, qualquer ilícito, sendo certo que o título não fôra protestado por falta de pagamento. A autora não sofrera qualquer abalo de crédito, devendo a ação ser julgada improcedente.

Saneador transitado em julgado e sentença dando pela procedência parcial da ação.

Apelaram ambas as partes: a autora, pedindo os juros do depósito e os da mora, além do aumento dos honorários do advogado para 20% sôbre o valor da ação; o réu, insistindo na improcedência da ação.

1) A apelação do réu não merece provimento. É evidente que atuou ilìcitamente, mandando a protesto por falta de devolução, e, ainda, por falta de pagamento, um título que já havia sido devolvido e cujo vencimento ainda não se operara, em virtude de uma prorrogação por 30 dias.

É, aliás, velha e viciosa prática bancária o desconto de duplicatas sem aceite, mesmo quando o comprador não recebeu a mercadoria, ou nem sequer a adquiriu, tal como já aconteceu com uma emprêsa de madeiras e um grande banco desta capital.

Descontam os títulos ainda não integrados pelo aceite, mas não querem assumir os riscos de sua leviana atitude, pois a verdade é que, quando o sacado se recusa a assinar a duplicata, por não haver recebido a mercadoria (o que é um direito dêle), ou por não a ter sequer adquirido, protestam-na, cancelando, por autoridade própria, os direitos que o art. 13 da lei 187 dá ao comprador.

Confundem, de maneira lamentável, nota promissória e letra de câmbio, títulos autônomos e abstratos, com a duplicata, título eminentemente causal, pois deve se referir, obrigatòriamente, a uma venda efetiva de mercadorias.

A duplicata só adquire autonomia cambial, para efeitos de circulação, depois de integrada pelo aceite.

Seria bom que os senhores banqueiros, que não querem correr o mínimo risco, se lembrassem de que não podem, arbitràriamente, tirar a outrem direitos outorgados por lei, nem sujeitar terceiros a verdadeiras chantagens por parte de vendedores, ou pretensos vendedores inescrupulosos. Se assim processe o réu, não teria tentado obrigar a autora a aceitar uma duplicata, antes de receber a mercadoria, tal como lhe era facultado pela letra "a" do art. 13 da Lei n.º 187.

O argumento do réu de que não recebimento da mercadoria pelo comprador não tira ao portador o direito de protestar o título, por falta de aceite, é mero sofisma, e da pior espécie, pois acoberta o estelionato e a chantagem.

Jurìdicamente, o argumento é, "data vênia", inepto, pois admite que, numa mesma lei, haja dois dispositivos antagônicos.

Mas a verdade é outra. Não são antagônicos o art. 13 e o art. 20 da Lei n.º 187. Quando o art. 20 declara que a duplicata é protestável, por falta de aceite ou de devolução, pressupõe-se evidentemente, o recebimento regular da mercadoria, por parte do comprador. Se êste não houver recebido a mercadoria, não pode ser obrigado a assinar a duplicata, e o vendedor não poderá protestá-la, por êsse motivo.

Se os bancos querem as vantagens do desconto do título sem aceite, que assumam os riscos do negócio. Transferir êsses riscos para o comprador é que não é possível.

2) Merece, porém, provimento a apelação da autora. Efetivamente, o Dr. Juiz condenou o réu em perdas e danos, pois outra coisa não é a condenação nas despesas feitas para evitar o protesto do título.

A condenação, porém, foi modesta demais. Se é certo que não houve, pròpriamente, lucros cessantes, também o é, que, para impedir o protesto, a autora depositou vultosa quantia, que ficou bloqueada, sem render juros. Deve, portanto, o réu responder pelos juros dessa importância, na taxa legal, bem como pelos juros da mora relativos ao total da condenação, que estariam implícitos, mas aqui ficam explícitos.

3) Quanto às custas, não tem razão a primeira apelante, uma vez que decaiu de parte do pedido, dado que, além do principal, pedia honorários na base de 20% sôbre o valor da ação, que é de Cr$... Ficam êstes fixados em Cr$...

NOTA — Pelo preceituado pelo primeiro artigo da Lei n.º 187, de 15 de janeiro de 1936, nas vendas mercantís a prazo entre vendedor e comprador domiciliado no território brasileiro, aquele é obrigado a emitir e entregar ou remeter a êste a fatura ou conta de venda e respectiva duplicata, que êste lhe devolverá depois de assiná-la.

Não se pode entretanto extrair duplicata que não corresponda:

a) a uma venda efetiva "de mercadorias entregues";

b) acompanhada esta da respectiva fatura.

Como está dito, para que se expeça a duplicata é essencial que a mercadoria seja entregue, real ou simbòlicamente. A entrega das mercadorias vendidas é da substância do ato, porque a duplicata tem feição e características de expressão do contrato de compra e venda e de promessa de pagamento do preço.

Fora disso, a duplicata não é senão duplicata simulada, a que, de resto, não se aplicam os dispositivos da lei cambiária.

Quer isso dizer que se arriscam sôbre modo os estabelecimentos bancários que descontam duplicatas antes da entrega das mercadorias.

Essa tolerância é que dá margem a ações da natureza do julgado acórdão acima transcrito.

CAPÍTULO V

BANCOS E OPERAÇÕES BANCÁRIAS

I

OS ATOS E CONTRATOS BANCÁRIOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS E DIRETORES

(Sumário jurisprudencial)

§ 1.º

Da responsabilidade civil dos diretores

1 — **O sequestro dos bens dos diretores.** — Por acórdão de 15 de janeiro de 1957, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 32.542, do Distrito Federal, de acôrdo com os votos publicados no "Diário da Justiça" de 29 de dezembro de 1958, a saber:

"O Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA — O Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu: "O sequestro de bens de diretores de um Banco, a requerimento do Ministério Público, decretado como medida preliminar em face da Lei n.º 1.888, de 7 de janeiro de 1953, deve ser mantido para decidir-se a controversia da responsabilidade na ação própria a ser intentada".

O acórdão se reporta a outro anterior que é o seguinte:

"O Dr. Juiz "a quo", a requerimento do Ministério Público, decretou o sequestro dos bens dos diretores do Banco C. B., na forma prescrita pelo § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 1.803, de 7 de janeiro de 1953. O pedido do Ministério Público assentou num relatório por certidão nos autos, de uma comissão nomeada pela Sumoc (Superintendência da Moeda e Crédito) para apurar a situação econômica financeira do aludido Banco.

O agravante insurgindo-se contra a medida decretada, não negando haver sido diretor do aludido Banco.

Apenas entende que não se pode aplicar a lei citada quanto aos que exerceram a diretoria antes da sua vigência. Esta, a pedra de toque do presente agravo.

Mas é bem de ver-se que a lei invocada, e isto é reconhecido pelo agravante, não invocou na matéria da responsabilidade dos diretores das sociedades anônimas.

Apenas estabeleceu normas processuais mais adequadas à apuração dessa responsabilidade e à efetiva garantia dos terceiros interessados.

O Dr. Delegado da Procuradoria Geral no seu parecer, examinou, cuidadosamente, matéria controvertida e o seu parecer passa a integrar a presente decisão com a qual deverá ser publicada.

A Superintendência da Moeda e do Crédito, no exercício de legais atribuições teve de mandar examinar a situação econômico financeira do Banco C. B. inclusive a situação contábil.

Apurou o que consta do Relatório que o Ministério Público trouxe aos autos e realmente é impressionante.

Requerida, assim, a medida preliminar do sequestro, como garantia contra possíveis fraudes, o Dr. Juiz fêz bem em decretá-la, até mesmo para que os atingidos pelo sequestro possam na ação principal, destruir as acusações feitas, examinadas no seu mérito.

O provimento do recurso, equivaleria ao trancamento do feito principal, o que o agravado, por certo, não desejaria.

Não se pode censurar a disposição legal que torne mais rígida a responsabilidade dos diretores de Bancos que aceitam depósitos públicos. Louvores até merecem êsses dispositivos, em razão da proteção que o Poder Público deve aos terceiros, depositantes e correntistas, que confiam nos estabelecimentos bancários autorizados a operarem no país.

V. V. V. recorre extraordinàriamente com apoio no permissivo constitucional, letras "a" e "c", alegando:

"Do feito se evidencia, sem a menor sombra de dúvida, que em 16 de janeiro de 1951, o agravante renunciou à diretoria do Banco C. B. S. A.

A ilustrada Curadoria das Massas requereu o sequestro dos bens do agravante com fundamento no art. 2.º da Lei n.º 1.808 de 7 de janeiro de 1953.

O v. acórdão proferido no caso do Sr. F. J. T. L., parte integrante da respeitável decisão recorrida, entendeu que poderia haver aplicação retroativa do referido art. 2.º da Lei n.º 1.803, de 7 de janeiro de 1953, porque essa lei era de natureza processual.

Data vênia a argumentação do venerando acórdão recorrido fere frontalmente, o art. 6.º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Cód. Civil Brasileiro).

O agravante, havendo abandonado a diretoria do Banco C. B. em 16 de janeiro de 1951, não podia ficar sujeito à sanção do art. 2.º da Lei n.º 1.808 de 7 de janeiro de 1953, lei essa que não é sòmente de processo mas, também de Direito substantivo, porque criou uma nova forma de responsabilidade sem culpa, responsabilidade pela simples direção de um estabelecimento bancário.

Quando o agravante renunciou à diretoria do Banco C. B., (16 de janeiro de 1951), o que vigorava era a regra do art. 157 da Lei de Sociedade por Ações que fazia que a responsabilidade dos diretores prescrevesse em 3 anos".

Opinou o Dr. Procurador Geral da República: "o venerando acórdão recorrido proferido de acôrdo com o parecer, (fls.) ilustre 4.º Subprocurador da Procuradoria Geral do Distrito Federal, Dr. Theodoro Arthou, e nas conformidades do aresto da mesma Egrégia 7.ª Câmara constante do agravo de instrumento n.º 5.854, entre partes, agravante F. J. T. L. e agravado o Ministério Público, merece ser confirmado pelos seus jurídicos fundamentos, como bem demonstra o ilustre Procurador Geral, Dr. VICTOR NUNES LEAL, na sua impugnação.

Opinamos, assim, pelo não conhecimento do recurso, ou, caso venha a ser conhecido, por que se lhe negue provimento.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 1956. — PLÍNIO DE FREITAS TRAVASSOS, Procurador Geral da República.

É o relatório.

Tenho o recurso por incabível. Nêle não se demonstrou ofensa a lei federal e nem a letra "c" ficou esclarecida.

A decisão impugnada, apenas decidiu caso concreto, com exame da situação das partes, sem incorrer na censura alegada.

O preceito constitucional dá guarida ao presente recurso, e por isso meu voto é no sentido de não tomar conhecimento do mesmo.

O Sr. Ministro ROCHA LAGOA — Funda-se o presente recurso nas letras "a" e "c" do texto constitucional permissivo.

A invocação da letra "c" não tem cabimento na espécie dos autos, por se não ter contestado a validade de lei ou ato de govêrno local em face da Constituição ou de lei federal.

Alega o recorrente que o acórdão recorrido fere o art. 6.º do Decreto-lei n.º 4.657, de 1942 (Lei de Introdução ao Cód. Civil) porque, tendo o agravante deixado a diretoria do Banco em janeiro de 1951, não podia ficar sujeito à sanção do art. 2.º da Lei n.º 1.808, de 7 de janeiro de 1953, e assim promulgada dois anos após.

Teria havido dest'arte aplicação retroativa de preceito legal.

Improcede, porém, a arguição pois já estava expresso no Decreto-lei n.º 2.627, de 1940 (Lei das Sociedades por Ações), em seu art. 122 que os diretores são solidàriamente responsáveis pelos prejuízos causados pelo não cumprimento das obrigações e deveres impostos pela lei, a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que pelos estatutos tais deveres ou obrigações não caibam a todos os diretores.

Por sua vez, dispunha o art. 121, § 1.º dêsse mesmo diploma que os diretores respondem civilmente pelos prejuízos que causarem, quando procederem, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou dos estatutos.

Alega-se, porém, que a legislação anterior não possibilitava o sequestro dos bens dos diretores de estabelecimentos bancários para efetiva garantia de sua responsabilidade, o que sòmente veio a ser permitido pelo art. 2.º da Lei n.º 1.808 de 1953. Mas é inegável que se trata de matéria de ordem processual sendo pacífico que as leis de processo têm aplicação anterior, não possibilitava o sequestro, medida violentissima não constitui punição mas mera providência acauteladora de caráter transitório.

Consequentemente não teve marca de retroatividade a aplicação no caso dos autos dos preceitos reguladores do sequestro dos bens de diretores ou gerentes de estabelecimentos bancários.

É arguída outrossim ofensa do art. 141, § 4.º, da Constituição, porque o Decreto-lei n.º 9.228, de 3 de maio de 1946, criara uma modalidade de liquidação compulsória, extrajudicial, de natureza administrativa, mas produzindo efeitos judiciários. Mas, o que aquela norma constitucional veda é a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão do direito individual, o que se não verifica na espécie dos autos, pois o processo administrativo em aprêço, uma vez findo, é remetido ao Poder Judiciário, para o competente procedimento.

É ainda apontado como transgredido o art. 3.º do § 4.º, da Lei n.º 1.808, de 1953, que assegura aos diretores indiciados a faculdade de acompanhar o inquérito, oferecer documentos e indicar diligências. Sustenta o recorrente que no caso dos autos nada disso se fêz, pois sòmente foi-lhe dada a oportunidade de apresentar alegações após a conclusão do inquérito.

Não tenho por procedente a arguição.

Mostra-se da certidão verso da Superintendência da Moeda e do Crédito que, constituída a comissão de inquérito, apresentou seu parecer no prazo estabelecido, tendo os diretores indicados apresentado suas alegações e explicações no prazo legal. Não se fez aí qualquer menção ao cumprimento do texto legal que pos-

sibilita aos indiciados acompanhar o inquérito, oferecer documentos e indicar diligências.

Cabia ao ora recorrente, entretanto, demonstrar que quis oportunamente valer-se dessa faculdade legal, que lhe teria sido recusada. Não se trata aí de fórmula substancial do procedimento, mas de mera faculdade cujo exercício fica "ad libitum" do indiciado.

Constituiria nulidade substancial a ausência de convite aos indicados para apresentação de defesa, pois preceituou a lei ser obrigatório tal convite.

Isto, porém, não ocorreu no caso dos autos.

Por derradeiro, alega o recorrente que, tendo deixado o cargo de diretor em 15 de janeiro de 1951, e tendo sido requerido o presente sequestro em 9 de agôsto de 1954, violado foi pelo acórdão recorrido o art. 157 da Lei de Sociedades por Ações, que estabelece o prazo de três anos para a prescrição da ação de responsabilidade civil contra os fundadores, diretores, fiscais e liquidantes por atos culposos ou dolosos ou violadores da lei ou dos estatutos. Não procede a alegação, pois o parágrafo único dêsse invocado art. 157 prescreve que, quando o ato ou fato constituir crime, o prazo da prescrição da ação civil será o da ação penal. Assim, antes de declarada pelo Ministério Público a inexistência de crime a punir, nos têrmos do art. 28 do Código de Processo Penal, não se pode falar em prescrição da responsabilidade civil do ora recorrente.

Frente ao exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

O Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES — Sr. Presidente, V. Exa., já em seu voto havia demonstrado que o recurso não tinha cabimento. Essa demonstração acaba de ser corroborada, agora, pelo voto do eminente Ministro ROCHA LAGÔA.

O recorrente afirma que o recurso se funda no art. 101, III, letras "a" e "c" da Constituição.

Com fundamento na letra "c", demonstrou o eminente Ministro ROCHA LAGÔA, desde logo, que êle é inadmissível.

Quanto à letra "a", não houve infração da letra da lei, nem afirmou-se que teria ocorrido prescrição nos têrmos do art. 157 do Decreto-lei n.º 2.627, de 1940 (Lei das Sociedades por Ações).

Sustentou-se, depois, que teria havido aplicação retroativa do art. 2.º da Lei n.º 1.808, de 7 de janeiro de 1953, quanto ao sequestro de bens.

Ainda aí V. Exa. e o eminente Ministro ROCHA LAGÔA demonstraram que não houve aplicação retroativa da lei, porque se trata de providência de ordem judicial, de um arresto, em garantia dos interessados no Banco.

Por fim o art. 3.º da citada Lei n.º 1.808, de 1953, não sofreu nenhuma violação.

Sendo assim, não há cabimento para o recurso, de que não conheço, acompanhando inteiramente V. Exa. e aceitando as razões do eminente Ministro ROCHA LAGÔA".

2 — A responsabilidade civil do diretor-secretário do estabelecimento bancário falido pelas quantias irregularmente recebidas dos subscritores do aumento do capital social. — Deu provimento parcial a apelação cível n.º 87.991, da comarca de São Paulo, a Segunda Câmara Civil do seu Tribunal de Justiça, por acórdão de 29 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador ANDRADE JUNQUEIRA, nestes têrmos:

"A sentença recorrida, com apoio na prova dos autos, evidenciou que houve fraude autêntica na administração da falida; autorizado um aumento de capital no montante de Cr$..., a diretoria do estabelecimento bancário autorizou corretores a vender ações no montante de Cr$...; e o que é pior: na verdade foram vendidos 47.408 cautelas de ações, representando Cr$..., da qual realizada apenas a importância de Cr$...; e da quantia arrecadada, sòmente foi ter aos cofres do estabelecimento bancário a quantia de Cr$..., pois o restante, depois de descontada a porcentagem dos corretores, foi desviado.

O apelante, que exerceu o cargo de diretor-secretário, cuja função era dirigir e organizar todos os negócios da sociedade, não poderia ter ficado estranho a êsses fatos; nessa qualidade assinou recibos referentes às prestações de vendas de ações do aludido aumento de capital; uma parte dêsse numerário não deu entrada na caixa.

O apelante, como diretor-secretário, tinha por obrigação procurar saber da situação do aumento do capital, isto é, quanto já havia sido integralizado e quanto ainda faltava; se sabia da fraude e não tomou providências, agiu com dolo; assinando recibos de compra de ações e deixando de fazer a entrega do numerário na caixa, agiu também com dolo; e se sòmente exerceu-o displicentemente, sem cuidar de investigar qual a situação da sociedade e principalmente em que pé se encontrava o aumento de capital, agiu com culpa. Dessa alternativa, bem focalizada pela sentença, não há que fugir.

Contudo, a Turma Julgadora dá provimento parcial ao recurso para determinar que a responsabilidade do apelante ficará restrita ao quantum das importâncias recebidas dos subscritores de ações, em razão do aumento de capital aludido, durante o período de tempo em que o réu exerceu as funções de diretor-secretário, isto

é, de 28 de março de 1953 até 10 de março de 1954; o aumento fraudulento do capital se processou a partir de 25 de outubro de 1951, de modo que é provável que uma parte dos recebimentos tenha ocorrido ao tempo em que o apelante ainda não exercia as funções de diretor-secretário do estabelecimento falido; e se a responsabilidade dos diretores de estabelecimentos bancários alcança tão sòmente as obrigações assumidas "durante a sua gestão e até que elas se cumpram" (art. 2.º da Lei n.º 1.808, de 1953), segue-se que o apelante não poderá ser responsabilizado por recebimentos feitos anteriormente e posteriormente ao exercício do citado cargo.

Tão sòmente para êsse fim é dado provimento parcial ao recurso, mantida quanto ao mais a sentença recorrida, por seus próprios fundamentos".

§ 2.º

A responsabilidade do Banco para com o emitente de cheque

3 — A responsabilidade do sacado perante o emitente pela recusa sem causa justificada de cumprimento da ordem de pagamento. — Por acórdão de 4 de novembro de 1958, relatado pelo Desembargador EURICO DA ROCHA PORTELA e publicado no "Diário da Justiça" de 14 de maio de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 48.288, "para condenar o Banco apelado a indenizar o apelante das despesas com o protesto e as publicações, conforme se apurar em liquidação, e no pagamento de honorários de advogado na importância de Cr$..., vencido o Desembargador Relator que negava provimento no todo; designado para o acórdão o Desembargador Revisor.

Trata-se de ação de indenização, cujos prejuízos são estimados pelo apelante em Cr$..., por isso que, na qualidade de correntista do Banco apelado, depositou na agência da rua A. a quantia de Cr$... para ser levada à conta que possuia na agência de S. Cristovão, contra a qual veio a emitir um cheque de Cr$..., e não obstante a existência de provisão o pagamento foi recusado e o cheque levado a protesto.

Sustenta que da publicidade de tais atos resultou abalado o seu crédito, a se ver dos documentos, muito embora tenha o Banco afinal pago o cheque, retirando assim o título do protesto.

Em defesa, alega o Banco a má fé do A. que efetuando o depósito numa sexta-feira já na segunda-feira emitia o cheque cobrado em outra agência antes, portanto, de ter tido tempo de fazer a transferência do depósito.

A sentença julgou a ação improcedente pela inexistência de culpa do Banco e pela imprudência do A., emitindo um cheque nas condições citadas.

Daí o apêlo interposto pelo A., a fim de que o R. seja condenado ao pagamento da importância pedida de Cr$..., além das custas e de honorários de advogado.

O sacado é responsável perante o emitente quando, sem motivo legal, deixa de cumprir a ordem de pagamento. E, no caso, nenhuma justificativa séria apresenta o Banco, como exonerativa da sua responsabilidade, alegando apenas que entre a data do depósito e a da apresentação do cheque não medeou tempo bastante para o aviso à agência sacada.

Ora, êsse aviso constitui apenas matéria interna de ordem de serviço. E se disposição alguma há nem a invoca o Banco condicionando o pagamento ao prévio aviso à agência sacada, sendo o cheque título de pagamento à vista, certo é que o não pagamento, em existindo provisão, resultou de êrro de conduta, que gera responsabilidade e obriga à indenização dos prejuízos dêle resultantes. "In casu", sequer se pode dizer angustioso o prazo entre o depósito e o saque, dadas as facilidades de comunicação entre a Matriz bancária e suas agências, situadas na mesma praça, a tudo acrescendo se cuidar de antigo correntista do Banco.

E se a indenização não se comporta dentro dos têrmos pleiteados pelo A. nem a autorizam os prejuízos que invoca com base nas cartas, outro tanto não se poderá dizer dos que lhe resultaram da atitude negligente do Banco e que obrigaram o apelante às publicações exonerativas da sua culpa e do seu crédito, injustamente atacado pelo título levado a protesto. Evidente, portanto, que o Banco deve responder pelo dano que causou.

Pelo exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso, para condenar o Banco apelado a satisfazer o pagamento das despesas a que deu causa consoante fôr apurado em execução, fazendo ainda, perante os jornais noticiadores do título distribuído para protesto a retificação devida, respondendo também por honorários de advogado, ante a culpa com que agiu arbitrados êstes em Cr$...".

NOTA — Manifestou-se contràriamente ao decidido o Desembargador *Mário Pinheiro Guimarães Fernandes* nêste voto vencido:

"Neguei provimento, no todo, à apelação, porque a culpa não foi do apelado, mas do próprio apelante, que, cautelosamente, deveria ter verificado, antes da emissão do cheque, o transporte do depósito da Agência da rua A., em que o efetuou, para a de S. C., em que tinha a conta, onde a ordem de pagamento seria cumprível.

Houve, é certo, atraso nesse transporte.

Dêle, porém, não decorre a responsabilidade do apelado, porque, apresentado o cheque antes da chegada à A. S. C., não poderia esta pagá-lo inexistindo cobertura.

Fôra o depósito efetuado na Agência da rua A., para crédito na A. S. C., em 22 de fevereiro de 1957.

Informa o apelado que êsse dia era sexta-feira e que o depósito se efetuara "ao morrer do expediente", donde ter sido contabilizado no dia 23, sábado, como se verifica do carimbo na ficha interna, e que o expediente da remessa porque limitado o expediente dos sábados a certas operações urgentes, tivera início no dia 25, segunda-feira.

Acontece, entretanto, que ainda no dia 25, o apelante sem ter procurado certificar-se, previamente, da efetuação da remessa, emitiu o cheque, que foi apresentado antes da chegada do expediente da agência da rua A., onde se fizera o depósito, estando endossado pela firma J. S. O., ferragens.

Não influiu na recusa do pagamento, portanto, a circunstância do lançamento na conta da agência de S. C. sòmente ter vindo a ser feito em 1 de março.

O histórico da emissão desse cheque revela a pretensão do apelante de criar uma fonte de lucro em busca de um enriquecimento ilícito.

Embora pleiteie a vulto a indenização de Cr$..., o apelante, tendo pedido emprestado Cr$... à sua terceira testemunha, veio a pagar essa insignificante importância mais de dois meses após ao empréstimo, quando a mesma testemunha, num encontro casual, lhe fêz a cobrança, pagamento que efetuou, não em dinheiro, como de uso, mas mediante a emissão do discutido cheque.

O depósito de Cr$..., que teria dado cobertura para o pagamento dêsse cheque, revela o diminuto movimento da conta do apelante, a quem a segunda testemunha, não obstante atribui uma renda mensal aproximada de Cr$....

Antes da transferência dêsse depósito da Agência da rua A. e para a de S. C., o saldo nesta existente era inferior ao valor do cheque emitido, e que deu margem a recusa do respectivo pagamento pelo apelado.

A primeira testemunha, representante da endossadora do cheque e da missiva de (fls.), confessa o recebimento do título das mãos da terceira, a que, pelo reembôlso feito, a devolveu. Depois de haver declarado que o apelado lhe devolvera o cheque apresentado a desconto "por falta de fundos", contradiz-se aquela testemunha, declarando "que, dada a recusa do pagamento do cheque aludido, o depoente não procurou indagar o motivo da recusa, nem procurou o Banco réu para qualquer explicação". Muito estranha essa falta de curiosidade. Tivesse o depoente ido indagar do motivo da recusa, pedir explicação do fato, e teria obtido o pagamento desejado, pois, no mesmo dia da apresentação, 25 de fevereiro de 1957, segunda-feira, teve início, na Agência da rua A., o expediente da remessa.

Não houvesse chegado ainda êsse expediente à A. S. C., que fêz o alargamento do depósito na conta do apelante em 1.º de março, o portador poderia ter provocado um entendimento entre o apelado e o correntista e tudo se esclareceria.

O que é incrível, dadas as relações confessadas entre as primeira e terceira testemunha e o apelante, é o comportamento das mesmas testemunhas, considerada a insignificância do crédito, em

face de quem abonam moral e financeiramente. Limitou-se a primeira a escrever-lhe uma carta e a segunda a deixar-lhe um recado.

Tendo-lhe sido restituído o cheque, mediante reembôlso, pela primeira testemunha, levou-o a terceira a protesto, "porque reputou um desafôro do autor, que, tendo ficado tanto tempo sem lhe pagar, lhe fôsse agora pagar com um cheque sem fundos".

Não chegou a ser tirado o protesto, por isso que, ciente do apontamento e percebendo a manobra, pagou o apelado, já existindo a provisão, o cheque, honrando a firma do sacador e fazendo gorar o ilícito propósito.

O que se deu resulta da culpa exclusiva do apelante, que emitiu o cheque, imprudentemente, sem a elementar cautela da prévia apuração de saldo bastante na conta da Agência sôbre a qual sacara na errada suposição de que para essa conta já houvesse sido transferido o recente depósito efetuado em outra Agência, a da rua A.

Visou-se com o protesto, tudo o indica, ensejar ao apelante a presente ação.

Proprietário, e não comerciante, o exagêro da indenização pedida faz transparecer a ajuda das testemunhas.

Anteriormente, já havia o apelante emitido um cheque sem fundo contra o B. P. do R. J. S. A., como informam as cartas de (fls.); a primeira da endossadora do cheque ora em questão; a segunda, de quem, pelo nome, deve ser sócio da mesma, o irmão referido pela primeira testemunha.

Limitou o acórdão a pretensão do apelante ao único ponto discutível.

Neste, porém, cheguei a diversa conclusão, reconhecendo que o apelado teve motivo para, no ato da apresentação, não pagar o cheque, o que, mudada a situação, veio afinal fazer.

Pinheiro Guimarães".

CAPÍTULO VI

PROPRIEDADE COMERCIAL

A LOCAÇÃO DE PRÉDIO PRÓPRIO PARA ESTABELECIMENTO COMERCIAL

(Sumário jurisprudencial)

I

Das particularidade do contrato de locação mercantil

1 — A denegação injustificada da autorização para transferência do contrato de locação do prédio. — Por acórdão de 19 de maio de 1958, relatado pelo Desembargador JOÃO COELHO BRANCO, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 46.567, por êstes fundamentos:

1) Com fundamento nos arts. 302, n.º XII, e 303 do Cód. de Processo Civil, o apelante, na qualidade de locatário do imóvel da Estrada Vicente de Carvalho, propôs a presente ação cominatória, a fim de que o respectivo proprietário, ora apelado, seja condenado a dar seu consentimento à cessão, sob pena de pagar a multa de Cr$ 2.000,00.

Na contestação, sustentou o réu não estar obrigado a autorizar a cessão, enquanto o autor, de acôrdo com o contrato, não fizesse prova da idoneidade do cessionário e do fiador, prova que deveria ser feita liminarmente e cuja falta deveria importar em absolvição de instância.

O despacho saneador, transitou sem recurso.

Na sentença final, o Dr. Juiz "a quo" julgou a ação improcedente por deficiência de provas.

Daí a apelação do réu, contra-arrazoada.

2) Em dias não muito arredados, já advertia ilustre jurista pátrio que "uma das hipóteses mais frequentes do abuso de direito na execução dos contratos e a relativa à cláusula pela qual o locador de um prédio condiciona ao seu consentimento a sublocação ou

cessão da locação. A faculdade de recusá-lo não deve ser exercida sem motivo sério e legítimo" (DARCY BESSONE, "Aspecto da Evolução da Teoria dos Contratos", 1949, n.º 64, pág. 129).

Nesse sentido, atesta JOSSERAND que, na exegese das cláusulas restritivas ou limitativas do consentimento para transferir da locação predomina a tendência que subordina a eficácia da recusa do proprietário a razões sérias, plausíveis e legítimas, apreciáveis pela Justiça cuja autorização supre o consentimento do "dominus" recalcitrante. É, como diz o emérito Prof. de Lyon, a doutrina "qu'ou pourrait appeler la thèse de la relativité, qui subordonne l'efficacité du refus du stipulant à des raisons sérieuses, plausibles, à des motifs légitimes dont l'apréciations est laissée au tribunal, si bien que la résistence injuste, abusive du bailleur sera vaincue et que le sous-locataire ou le cessionaire pourront entrer em jousissance avec l'autorisation de justice, laquelle tiendra lieu de l'agrement du proprietáire récalcitrant" ("De l'esprit des Droits et leur relativité, 1927, n.º 129, pág. 167).

Confirma GAUDEMENT que os tribunais distinguem em seus efeitos entre a cláusula que veda a sublocação e a cessão e a que as permite com autorização do proprietário, na qual êste não adquire o arbítrio de negar o consentimento, dado que deve comprovar ter para tanto justos motivos: "Les tribunaux jugent que la clause selon laquelle le locataire ne pourra céder le bail ou sous-louer qu'avec le consentement du bailleur diffère de la clause d'interdiction, et ne permettent au bailleur de s'opposer à la cession ou à la souslocation que s' il a de justes motifs" ("Théorie Generale des Obligations", 1937, pág. 484).

Êsse contrôle jurisdicional, obstando ao arbítrio imotivado do locador, justifica-o MORIM como sanção de equlíbrio entre o direito de propriedade e o direito do trabalho do locatário ("La Révolte du Droit Contre le Códe", 1945, pág. 106).

Nessa orientação do direito, bem se compreende por que, na legislação portuguêsa vigente, é ferida de nulidade a cláusula que, em arrendamento de estabelecimento comercial ou industrial, proíbisse o transpasse, tanto que, verificado êste, nêle se compreenda a sublocação do prédio, sem necessidade de autorização do senhorio (PINTO LOUREIRO, "Tratado de Locação", vol. I, pág. 132 e vol. III, pág. 141).

Na espécie, a cláusula sexta do contrato estabelece: "O outorgado poderá sublocar o imóvel no todo ou em parte, sob sua exclusiva responsabilidade ou ainda transferir o presente, caso em que será prèviamente ouvido o locador que não se oporá, "desde que o cessionário seja idôneo e apresente fiador a contento".

A transferência não é, portanto, vedada mas está apenas subordinada a assentimento do proprietário, que não poderá negá-lo, sendo idôneos o cessionário e o fiador.

Não haja assim, cláusula proibitiva, mas tão só limitativa, restritiva.

Basta a prova da idoneidade do cessionário, ou adquirente do estabelecimento, prova que, de certo, decorre da própria capacidade aquisitiva do negócio, com a responsabilidade por ativo e passivo, o que é precípua garantia do senhorio; e, também, a prova da idoneidade do fiador, sôbre a qual diz PONTES DE MIRANDA: "Quanto às pessoas jurídicas, a prova mais prestante é a do capital e último balanço da pessoa jurídica; depois a certidão do impôsto de renda pago, a informação de bancos e firmas de conceito, as certidões negativas do registro de protestos de letras e do distribuidor de ações. Quanto às físicas, prova de propriedade de imóveis, ou de outros direitos reais de apólices e ações, nominativas, certidão de impôsto de renda, informações de bancos e firmas de conceito" ("Tratado de Direito Predial", 1953, pág. 125).

Qualquer dessas provas deve ser admitida e basta a transferir o ônus da prova da não idoneidade.

Certo é, todavia, que "in casu", o locatário, não obstante advertido, resistiu sempre a produzir qualquer prova sôbre a idoneidade do cessionário e do fiador.

Não há, portanto, como deixar de concluir com a sentença que, julgou a ação improcedente, sem, porém, obstar a que o direito do apelante possa exercitar-se adequadamente.

2 — A aplicação da "lei de luvas" a locação de terreno para fim comercial. — Por acórdão de 8 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES e publicado no "Diário da Justiça" de 22 de janeiro de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 47.606, nestes têrmos:

"Arguiu a apelante, em princípio que o apelado era parte ilegítima, desde que a locação era de terreno e não de prédio, ficando afastada, assim, da proteção da denominada "lei de luvas".

A alegada ilegítimidade "ad causam" não podia prosperar, pois a lei se referiu, inquestionàvelmente, a bem imóvel, nêle incluído terreno, acrescendo que a locação, na espécie, foi tìpicamente comercial, consoante os têrmos da cláusula segunda do contrato.

Em referência ao mérito, o pedido de retomada para uso próprio não podia ser acolhido, pois a apelante não fèz prova de ser comerciante, parecendo que dita atividade era exercida por seu marido, mas não se prova, inclusive do regime dos bens.

Acresce que o terreno não se mostrou próprio ao material do comércio explorado pelo marido da apelante, que era de móveis, o que não aconteceu com o ramo do apelado que sempre foi o de construção, além de não ter logrado deferimento para a pretendida construção, tudo a evidenciar a invalidade do pedido de retomada para uso próprio.

Relativamente ao aluguel o perito desempatador fêz o arbitramento de três mil cruzeiros comparando com o valor do aluguel da loja, onde se encontra instalado o apelado, mas o preço da locação na espécie só podia ser o de Cr$... proposto, aliás, em defesa, levando-se em consideração, inclusive, a variação econômica do momento".

NOTA — Discordou do julgado o Desembargador *Oscar Tenório*, cujo voto vencido assim declarou:

"O apelado é carecedor de ação. A leitura do contrato de locação mostra que êle não merece a proteção da chamada "lei de luvas". Trata-se de um terreno a ser utilizado como anexo ao comércio de materiais de construção do locatário.

Ora o Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, embora em sua ementa fale em imóveis, no texto se refere várias vêzes a prédio (art. 8.º parágrafo único, art. 25...), evidentemente no sentido estrito.

Tem sido esta, com muita frequência, a orientação do nosso legislador, como se vê, por exemplo, no Decreto n.º 19.573, de 7 de janeiro de 1931, que dispõe sôbre a locação de prédios por militares e civis, nos casos que menciona, onde a expressão prédio tem sido limitada.

Dir-se-á no caso ora em exame que as partes estipularam o prazo de cinco anos para a locação, tendo em vista enquadrar o contrato na lei de luvas. Sem relevância o argumento, pois em outra cláusula se indica a possibilidade de ser renovado o contrato.

Oscar Tenório".

3 — A constituição de sociedade pelos locatários em face do contrato de locação. — Por acórdão de 15 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça" de 15 de julho de 1958, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 47.934, pelo seguinte:

"O apelante alugou um galpão a G. e I. B. para que nêle instalassem uma fábrica de móveis. Isto ocorreu em agôsto de 1955. Em janeiro de 1956, os locatários constituiram entre si a sociedade Comércio e Indústria de Móveis R. Ltda. Isto significa a transformação de uma sociedade de fato, em sociedade de direito e, perante terceiros, uma simples mudança de nome de uma pessoa jurídica. Sòmente um ano e meio depois dessa mudança, intentou o locador a presente ação e porque o sócio B. se substituiu pelo novo integrante R. G. V.

A jurisprudência é vastíssima e pacífica, no sentido de não considerar cessão, o fato de constituirem os sócios na locação, uma sociedade para explorar o negócio que instalaram no prédio e introduzirem novos componentes na firma.

O locador reconheceu a legitimidade da substituição de nome da pessoa jurídica, mantendo-se inativo e recebendo os aluguéis, sem ressalva ou protesto algum, por cêrca de ano e meio, desde o registro da sociedade comercial — R. Ltda.

É óbvio que diante de tais características, não existe sublocação.

Cumpre acrescentar que R. Ltda., se apresentou para purgar a mora e, não obstante, a rejeição do aluguel no ato, o saneador declarou as partes legítimas e não houve interposição de recurso.

Impossível, pois, modificar a jurídica sentença recorrida".

4 — A cessão da locação do prédio do estabelecimento comercial ao adquirente dêste. — Por acórdão de 11 de novembro de 1958, relatado pelo Desembargador HUGO AULER e publicado no "Diário da Justiça" de 21 de maio de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 49.334, decidindo:

"Com efeito, o fato de haver o apelado pretendido vender o seu estabelecimento comercial a terceiro, a quem necessàriamente outorgou um contrato de sublocação, mal denominado de arrendamento, negócios que posteriormente foram desfeitos por ato bilateral, não poderá constituir infração do respectivo contrato de locação principal que está sob a égide do Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934.

E assim é de decidir-se porque a cláusula contratual pela qual o locatário comerciante se obriga a não ceder ou transferir o contrato sem o consentimento do locador que não poderá negá-lo desde que o cessionário seja idôneo ou apresente fiador a seu contento, deve ser entendida à luz do princípio contido no art. 3.º do Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934.

Com efeito, se o legislador estabeleceu a norma de que o direito assegurado aos locatários de obter a renovação judicial do contrato de arrendamento do prédio em que mantém a respectiva propriedade comercial ou industrial poderá ser exercida por seus cessionários ou sucessores do fundo de comércio ou de indústria, segundo o disposto na invocada disposição legal, é óbvio que se não poderá negar aos titulares originários da locação o direito de ceder o contrato ou de promover a sublocação total do prédio aos adquirentes dessa mesma propriedade comercial ou industrial.

A entender-se de outro modo, estaria ilidida a própria razão de ser e a própria função social da denominada "lei de luvas" que visa à proteção do fundo de comércio e de indústria, no qual está integrado o contrato de locação, e dar-se-ia ao locador a faculdade de impedir que o locatário alienasse o seu patrimônio comercial ou industrial.

Aliás, na espécie, há a ponderar ter sido o apelado impedido tão sòmente de ceder o contrato a terceiro no caso de fazê-lo a quem não apresentasse fiador a contento do apelante "ou" a que não tivesse idoneidade.

Dêsse modo, não havendo êsse último feito a prova da inidoneidade do cessionário é bem de ver que inexiste a prova da infração contratual.

Por sua vez, também não poderá, nem poderia constituir infração contratual a construção de barracões no terreno em questão por isso que tanto não poderá ser equiparado a obras que, por sua natureza, modifiquem a solidez, a estrutura e a estética do prédio, conforme estipula a cláusula 6.ª (sexta) do contrato de arrendamento, tanto mais quanto se trata de um imóvel situado em um dos mais longínquos subúrbios desta Cidade.

Por tôdas essas razões é que se impõe o desprovimento da presente apelação".

§ 1.º

Da ação renovatória do contrato de arrendamento

5 — A inaplicabilidade da lei de luvas a invernadas ou campos de engorda de gado. — Por acórdão de 17 de junho de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 16 de fevereiro de 1959 e relatado pelo Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA, não se tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 9.010, de Santa Catarina, pelo seguinte voto:

"O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA: — Consta do acórdão recorrido:

"I) Consta dêstes autos que a firma G. & Irmãos arrendou duas invernadas de campos, matos e cultura, situadas no distrito de Campo Belo e pertencentes às apelantes E. e A. P., mediante as cláusulas estipuladas no contrato, e, como estivesse a terminar o prazo do arrendamento, pretendeu renová-lo, com fundamento no Decreto n.º 24.150 de 20-4-1934, propondo a presente ação.

As proprietárias das invernadas, entretanto, na contestação, impugnando o pedido de renovação do contrato, reclamam a restituição dos imóveis, de acôrdo com os artigos 1.192 e 1.194 do Có-

digo Civil, por não ser aplicável ao arrendamento em questão o citado Decreto n.º 24.150, tanto mais que o contrato a renovar foi feito por 4 anos, quando a lei exige o prazo de 5 anos.

O Dr. Juiz de Direito, pela sentença, julgou procedente o pedido dos autores e decretou a renovação da locação, na forma convencionada no contrato.

III) A questão prejudicial arguida pelas rés, ora apelantes, isto é, a inaplicabilidade do Decreto n.º 24.150 ao pedido de renovação do arrancamento das invernadas, tem procedência jurídica, tendo-se em vista a finalidade do referido Decreto, que visou amparar, tão sòmente, o fundo de comércio ou de indústria, como se evidência dos seus próprios" considerandos".

Concluiu julgando os autores ora recorrentes carecedores de ação. Veio o recurso extraordinário dando por vulnerado o Decreto n.º 24.150.

Não conheço do recurso. Não há como sustentar em face da lei, da doutrina, e da jurisprudência, a renovação do arrendamento de uma invernada com o prazo de 4 anos, possa ser deferido com apoio na lei protetora do fundo de comércio. Invernada é campo de engorda de gado. Sequer foi demonstrado como anota o acordam a existência de fundo industrial. Decorrente puramente de fatores naturais, nada lhe acrescentaram os recorrentes. Aliás, o prazo do contrato, que é o primeiro, é de 4 anos. Nem o recorrente se arriscou a precisar o artigo de lei contrariado, dando-a por violada em globo".

6 — A ausência de contestação e a legitimidade do locador para a propositura da ação renovatória. — Por acórdão de 23 de abril de 1959, relatado pelo Desembargador GASTÃO MACEDO e publicado no "Diário da Justiça" de 17 de setembro de 1959, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 1.434, para anular o processo a partir da sentença recorrida e mandar que o juiz julgue o feito, pelo seguinte:

"1) A autora foi totalmente injustiçada, neste feito, sofrendo um tratamento que não merecia, "data vènia" dos ilustres julgadores, amparados nas culminâncias de PONTES DE MIRANDA, mas, nem por isso, mais justos.

Não é possível que se exija do locador que propôs ação renovatória do art. 26 do Decreto n.º 24.150 a prova do exercício do comércio, por parte do locatário, por mais de 3 anos. A exigência do art. 2.º, letra "c" do aludido decreto só se aplica, evidentemente, ao locatário, pois só êle tem interêsse nessa prova, que é uma das defesas do locador. Mas se foi êste quem propôs a ação, aceitou, implicitamente, essa circunstância.

Transferir a exigência para o locador seria colocá-lo à mercê do locatário, arrebatando-lhe um direito que a lei lhe outorga. Bastaria, para tanto, que o locatário suspendesse o exercício do comércio antes de 3 anos, para se perpetuar no imóvel, pagando aluguer congelado, por fôrça da lei do inquilinato, que prorroga o contrato, por tempo indeterminado, pelo mesmo aluguer.

Isso é claríssimo, e nenhum autor, por mais categorizado que seja, poderá contrariar a evidência.

2) Por outro lado, julgar o autor carecedor de ação, a pretexto de que o locador não tem o direito de obrigar o locatário a continuar como inquilino e que, não tendo êste contestado o feito, a função jurisdicional não pode ser exercida, também não é exato.

O que PONTES DE MIRANDA diz é o seguinte:

"O locador pede a renovação porque lhe parece existir o direito, a pretensão e a ação do locatário. "A sua petição é de cumprimento do dever e obrigação de renovar, judicialmente, o contrato". No expor, lealmente, o que se passa, pode êle pedir a alteração; ou que o juiz renove o contrato, "se o locatário aceitar a renovação, porque o direito formativo gerador pertence ao locatário e não ao locador", ou que o juiz, se falta algum pressuposto, isto é, se os arts. 1.º, 2.º ou 1.º, 2.º e 3.º do Decreto n.º 24.150 não incidiram por falta de suporte fáctico, ou se o locatário não quer renovar, declare que não se pode constituir o novo contrato". Para o mestre, o locador é apenas um pedinte, que não tem o direito de pedir a renovação, mas só propõe a ação por um dever, pela obrigação de renovar o contrato, como um vassalo que pede, humildemente, ao seu soberano que aceite a renovação. (Veja-se o trecho acima citado em "Trat. de Direito Predial", 5, 275, § 70 n.º 1).

O saber e autoridade do mestre são enormes, mas não seria ousadia dizer que não é bem isso que está no artigo 26 do Decreto n.º 24.150, que é sutil. Sim, o locador tem o dever de renovar a locação, se o locatário a quiser, "mas não nas condições que êste quiser". É por isso que dito dispositivo lhe dá o direito de propor a mesma ação do locatário, para "regular o seu dever de prorrogar, ou não, a locação", como diz expressamente. A lei não estabeleceu a ditadura do locatário sôbre o locador. Obrigou êste a renovar o contrato, em determinadas condições e não ao completo arbítrio do locatário.

3) É certo, certíssimo, que o inquilino não está obrigado a continuar com a locação, mas não o é menos lhe assiste o direito de continuar na locação, a preço baixo, ou de se perpetuar no prédio.

Assim, de qualquer maneira, a ação tem que continuar, decidindo o Juiz como entender. O que não se pode fazer é trancá-la, truncando um direito de locador, expressamente declarado em lei.

Quem exerce um direito estabelecido em lei não pode ser julgado carecedor de ação, em função dos truques do locatário, e de doutrinas teòricamente muito bonitas, mas que, na prática, podem nos conduzir ao absurdo e a injustiça".

7 — A inadmissibilidade da renovação da locação por prazo inferior a cinco anos. — Por acórdão de 21 de janeiro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 22 de outubro de 1959 e relatado pelo Desembargador A. SABOIA LIMA, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu assim:

"A sentença apelada bem apreciou no seu mérito a prova dos autos e concluiu julgando o autor carecedor do direito à renovação, declarando que o contrato primitivo, que o apelante pretende ser renovado, fixou o prazo da locação em quatro anos e seis meses, logo fora da espécie do Decreto n.º 24.150, de 1934.

De fato, o locatário não tem direito a renovar o contrato de locação comercial por prazo inferior a cinco anos improcedente a arguição de fraude à lei quando se trata de "primeira locação".

Mas, se "posterior e sucessivamente" novos contratos são outorgados e passam êles a fazer um só todo, pois é uma locação só, e se somados seus prazos perfazem um total igual ou superior a cinco anos, tem o locatário direito à renovação e o senhorio não pode escusar-se do império da lei especial sob a alegação de que a locação deve ser apreciada através de cada um contrato isoladamente.

Como salienta ETIENNE BRASIL, na sua erudita monografia, em que demonstra o alto valor do seu espírito jurista:

"O assunto é dúbio quando o contrato é de 54 meses, ou 4 anos e meio, etc. Por um lado, com efeito, a fraude e a coação não se presumem nas transações diárias.

Por outro lado, quem, por iniciativa própria, celebra contrato precário, sem malícia, nem imposição de outrem, só pode se queixar de si mesmo" ("Inquilinato Comercial", pág. 173).

Como diz ainda o douto ETIENNE BRASIL, "em cada caso devem ser pesquisadas a intenção das partes, e a espontâneidade da parte fraca.

Pode haver até malícia do locatário calculadamente descuidado" (Ob. cit., pág. 173).

Mas, se o Dr. Juiz bem aplicou a lei e apreciou a prova dos autos, não teve razão em condenar o autor nos honorários do advo-

gado, incabível nas ações de renovação do contrato, por não se aplicar ao casos o disposto no art. 64 do Código de Processo Civil".

8 — **A renovação da locação e a revisão do aluguel.** — Por acórdão de 31 de agôsto de 1956, relatado pelo Desembargador EURICO PORTELA e publicado no "Diário da Justiça" de 21 de maio de 1959, Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 37.765, decidindo:

"A se vêr dos autos, os locatários ocupam o prédio desde abril de 1920, nêle sempre instalados com negócio de sêcos e molhados, ora sob a firma F. O. & Cia. Ltda. E o fazem através de sucessivos contratos, sendo que pelo de fevereiro de 1932 foi a locação prorrogada pelo prazo de 15 anos, a terminar em dezembro de 1946, mediante o aluguel mensal de Cr$...

Em princípios de 1939 e porque necessitasse o imóvel de obras urgentes, delas se encarregaram os locatários, convencionando-se, em virtude disso, a dilatação do prazo do contrato por mais sete anos, a findar assim em dezembro de 1953, mediante o aumento de mais Cr$... no preço da locação, que passou a Cr$... por mês. Êste o contrato atacado pela ação de revisão proposta pelo Espólio locador, enquanto que os locatários pleiteiam a sua renovação, movendo também ao Espólio ação de consignação em pagamento dos aluguéis e encargos do contrato, com fundamento na recusa do inventariante em recebê-los.

Com referência à ação de revisão de preço do aluguel, indenegável é a ocorrência das condições que a autorizam, como pleiteada com fundamento no art. 31 do Decreto-lei n.º 24.150, de 1934. A realidade dos fatos está a mostrar, sem necessidade de grandes provas, que as oscilações do meio econômico, no curso do contrato ultrapassaram de muito o limite estabelecido em lei, para que se não perceba que o aluguel de Cr$..., fixado em 1946, não correspondia à data da revisão — 1952 — a uma remuneração justa do valor da coisa alugada.

Sem razão, assim, a oposição primeira dos locatários do direito de revisão, sob fundamento de que a zona em que se localiza o imóvel H., estaria imune aos efeitos da inflação. E sem razão, ainda, ao reputarem exagerado o preço do aluguel, de Cr$..., como fixado pela sentença, com fundamento no bem elaborado laudo do perito desempatador. Para comprovar o acêrto do julgado nêste ponto, basta atender-se ao fato de que tal aluguel corresponde a uma taxa aquém de 7% sôbre o valor da coisa alugada isso em se tomando por base o preço de Cr$... do imóvel, tal como encon-

trado um ano antes, pela avaliação procedida nos autos de inventário.

Alegam ainda os apelantes que, vencidos em parte os locadores, a êles de se carregar em proporção as custas do processo. Mas não houve "quantum" pedido na inicial; disseram apenas, para efeitos justificadores da revisão, considerarem o valor do aluguel como superior a Cr$..., sem que nessa importância pedissem a condenação dos locatários, como prova a concordância expressa do espólio ao laudo desempatador em que se firmou a sentença. Não foi assim o espólio vencido, em parte, no seu pedido. E quanto aos herdeiros desistentes do pedido de revisão, ainda com acêrto decidiu o julgado que a parte que lhes coubesse se incorporasse à dos demais herdeiros, pois que, no caso a desistência aproveitara aos herdeiros e não aos locatários, estranhos a solução da renda entre os co-herdeiros.

Improcede, assim, o apêlo dos locatários no tocante à ação de revisão do preço do aluguel.

No que concerne à ação de consignação, sem dúvida está ela bem posta e bem decidida a sua procedência pela sentença apelada. Acentuou o julgado a injustificada recusa dos locadores ao recebimento do aluguel devido, que na oportunidade outro não poderia ser que o em vigor.

Por fim no que toca à ação renovatória da locação, não acolheu a sentença a oposição dos herdeiros à renovação pleiteada, quer pelo alegado descumprimento por parte dos locatários das obrigações do contrato em curso, quer quanto ao pedido de retomada pleiteado por alguns dêles, com assentimento dos demais.

De fato, não colhe a primeira arguição, pois a se vêr, dos autos, como demonstrou a sentença, provaram os locatários o preenchimento dos requisitos que a lei assina para a renovação intentada.

No que tange a retomada, pareceu ao ilustre julgador não se revestir de sinceridade o pedido feito. Isso porque não demonstraram os retomantes um propósito definido de utilizar o prédio para determinada atividade e em determinadas condições, como seria necessário para se acolher o pedido, ressaltando, ainda, tratar-se de diversos herdeiros que exercem diferentes gêneros de comércio, de pouco vulto, com pretensão de estabelecerem no imóvel filiais de seus pequenos negócios. Todavia, não se deve denegar ao proprietário, no caso, aos herdeiros, o direito primeiro de vir a usar do que é seu, a menos que resulte demonstrado não se revestir o pedido de sinceridade.

"In casu", cinco herdeiros pediram o prédio para uso próprio, sem oposição dos demais, conforme dos autos da renovação. Por

que se lhes recusar êste direito, pelo simples fato de não terem apontado ao Juízo quais as partes em que se virão a localizar no imóvel, ou o preço com que atenderão ao respectivo aluguel, se a esta indiscriminação não se opõem os demais interessados que sequer condicionam a retomada pedida à questão de preço? Bem de ver que isso constitui matéria estranha à intervenção dos locatários, a quem pouco importa o destino que os proprietários prefiram dar ao imóvel que lhes pertence, do momento que o venham usar. E a restrição única que, no caso, a lei lhes impõe é de não se ocuparem de comércio igual ao do locatário despedido.

Sem relêvo para impedir a retomada, o fato de pequeno ser o capital da sociedade de três dos herdeiros, donos de uma sapataria à rua D. Ana Nery, e de que grande não seja o negócio do outro, estabelecido com casa de consêrto de máquinas, em prédio próprio à rua Senhor dos Passos.

Não padece dúvida de que todos os retomantes são comerciantes, estabelecidos nesta cidade. Não se lhes pode, assim, increpar de insinceros tão só por fato da modestia de seus negócios, e que porisso mesmo queiram se prevalecer do ensejo que se lhes abre, com a concordância de todos os demais herdeiros, de virem a se estabelecer em prédio próprio, desenvolvendo as suas atividades e expandindo o seu comércio.

E desde que assim pleitearam e insistem, em apelação, cinco dos co-herdeiros, a se ver expresso , razão não há para que se lhes denegue a retomada, quer face a direito, porque se há acôrdo com condôminos a retomada é legítima para uso de qualquer um dêles, quer em face da prova, que não demonstra a pretendida insinceridade dos retomantes.

Essas as razões que levam a maioria desta Câmara a dar provimento às segunda e terceira apelações, para conceder a retomada; prejudicada, via de consequência, a ação de renovação e negar provimento à primeira apelação, com que visam os locatários a redução do aluguel na ação de revisão".

NOTA — Confirmando a sentença, o Desembargador *Carlos de Oliveira Ramos* negava provimento a todos os recursos, nestes têrmos:

"Trata-se no caso de três ações:

a) ação de revisão de aluguel movida pelo Espólio locador;

b) ação renovatória de locação intentada pelos locatários;

c) e ação consignatória, também por êstes intentada. Tôdas as três ações foram julgadas procedentes pela sentença recorrida de (fls.), que fixou o aluguel revisto em Cr$... mensais decretou a renovação da locação, mediante o aluguel mensal de Cr$.... E julgou subsistentes os depósitos.

O prédio objeto de ação é o da rua H., 150 antigo, de esquina, com 2 pavimentos e a área de 358 m2. (fls.), havendo, nos fundos do mesmo, uma construção que consistia em cinco quartos independentes e que foram transformados em um grande salão (fls.). Trata-se de predio situado em zona comercial de Botafogo, bastante movimentada sendo bom o seu estado de conservação, e total o aproveitamento que dêle fazem os locatários (fls. dos autos de ação de revisão).

O Dr. perito desempatador da ação renovatória arbitrou o aluguel mensal de Cr$... que foi acolhido pela sentença, adotando a taxa de 8% sôbre o valor do imóvel por êle arbitrado em Cr$... A 1.ª apelação que é dos locatários, objetiva: *a*) a improcedência da ação de revisão ou pelo menos, a revisão em base menor, (custas em proporção e que o aumento concedido na ação de revisão de aluguel destinado aos herdeiros do Espólio que dessa ação desistiram, lhes caiba a êles apelantes) e *b*) quanto à renovatória, que seja fixado o aluguel arbitrado pelo seu perito (fls.). A apelação do Espólio locador a 2.ª pleiteia algo confusamente, a improcedência da ação a retomada do imóvel, aluguel maior e, até o que não conseguiu compreender a revisão do contrato de locação. Finalmente, a 2.ª apelação é de herdeiros do Espólio que intentam a retomada para o seu uso.

O exame dos autos no entanto evidencia que razão não assiste a nenhum dos apelantes e que, consequentemente a sentença merece ser mantida, dado o seu manifesto acêrto. Realmente, a renovação de locação com indeferimento de retomada, se lhe afigurou justa, porquanto o pedido de retomada formulado por herdeiros do Espólio locador é algo impreciso e indeterminado, não convencendo de maneira alguma. Realmente não se indica com clareza e precisão como seria de mister qual a parte do imóvel que ocuparia cada herdeiro, com o seu comércio e por outro lado, dificilmente se poderia conciliar uma vez deferida a retomada os interêsses em choque de herdeiros cada qual desejando utilizar o imóvel do modo mais conveniente aos seus propósitos. Por isso não me convenci da sinceridade de retomada, que me pareceu mais um recurso a fim de obter aluguel, mais compensador, e não convencido a neguei, divergindo, assim, da douta maioria. Quanto à apelação dos locatários também não a provia, porquanto tenho como justos e razoáveis ou aluguéis fixados em ação de revisão na renovatória e considerado descabida a pretenção dos primeiros apelantes quanto à sua condenação nas custas em proporção da ação de revisão ainda com referência a lhes caber a parte do aumento concedido nesta mesma ação que caberia aos herdeiros que da mesma desistiram.

Carlos de Oliveira Ramos".

§ 2.º

Do direito e ação de retomada do prédio destinado a fim comercial

9 — O prazo para desocupação de prédio ocupado por firma comercial há mais de dez anos. — Por acórdão de 16 de julho de

1958, relatado pelo Desembargador MOACYR REBELLO HORTA e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento parcial à apelação cível n.º 46.490, "para o fim, de tão sòmente, de conceder à firma apelante, L., R. & B. o prazo de noventa dias (90) para a desocupação do imóvel.

Cogita-se de retomada com fundamento no inciso IV do art. 15 da Lei n.º 1.300, em que o Dr. Juiz "a quo", ao acolher a ação, fixou o prazo de trinta dias para a desocupação das salas. Entretando, como está provado nos autos, trata-se de firma comercial que ocupa o imóvel há mais de três anos, o dispositivo legal a ser aplicado no pertinente, é o do § 3.º do art. 15 da referida Lei n.º 1.300.

No mais, a sentença apelada se houve com inteiro acêrto, uma vez que se trata de retomada parcial para uso próprio em que, embora não seja de se exigir, "a priori", a prova da necessidade, ressaltado ficou nos autos, que a apelada necessita, realmente, das salas pedidas para depósito das mercadorias que se acham amontoadas nos corredores.

Sem qualquer valimento é, igualmente, a alegação de que o dispositivo aplicado só permite a retomada para uso residencial. Desde que expresso que o locador pode pedir parte do prédio em que ocupe ou em que resida, deixou a lei claro que, em se tratando de utilização, tanto pode ser para fins residenciais quanto para qualquer outro — comercial, industrial, escritório, etc.:

Entendeu, pois, a Câmara, ante as razões expostas, acolher o recurso tão sòmente quanto ao prazo da desocupação, realmente procedente nessa parte".

10 — A natureza do prazo de propositura da ação renovatória e a renúncia das partes a sua decadência. — Por acórdão de 29 de julho de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 22 de outubro de 1959 e relatado pelo Desembargador EURICO PORTELLA, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 45.770, pelo seguinte:

"Trata-se de ação renovatória do contrato de locação do imóvel, à Rua Ipiranga, proposta pelo proprietário do prédio, que pleiteia a prorrogação nas condições da proposta.

Contestando, diz à ré, preliminarmente, que o A. decaiu do direito à ação proposta, em face ao art. 4.º do Decreto-lei n.º 24.150; no mérito que findo o prazo contratual passará a locação a se reger pela Lei do Inquilinato, sujeita assim aos possíveis aumentos que ela autoriza (Lei n.º 3.085, de 1956), opondo-se à pretendida

cisão da área locada e ao pagamento dos impostos. Protesta, finalmente, pelo direito de retenção pelas benfeitorias realizadas na loja.

Em réplica sustenta o A. que é um direito que lhe assiste de renunciar ao prazo de decadência, devendo assim a ação prosseguir, para fixação do preço e demais condições da renovação, ao que não se opôs a ré, desistindo expressamente da preliminar levantada na contestação.

A decisão julgou o "A. carecedor do direito de demandar, porque a ação foi distribuída fora dos seis meses referidos na Lei de Luvas. Em ação própria será decidido se o locatário deverá ou não ser obrigado a desocupar o imóvel, findo o prazo contratual".

Apelam ambas as partes. O A. sustentando que ao Juízo não competia julgar a ação prejudicada de ofício, vez que acordes as partes em fixar as condições da locação através da ação proposta. Assim também entende a ré, que pleiteia, caso seja mantida a decisão recorrida, a condenação do A. nas custas e em honorários de advogado na taxa de 20%.

É de preclusão o prazo consignado no art. 4.º do Decreto-lei n.º 24.150, de 1934, que se consuma pelo inexercício, dentro dêle, quer por parte do locatário, quer do locador, dos direitos que a referida lei lhes assina.

No caso, embora intempestivo o pedido renovatório por parte do locador, com êle está de acôrdo o locatário, pleiteando ambos que se solucione, através da ação proposta, a renovação pretendida.

Impõe-se, assim, averiguar se, na hipótese, pode-se renunciar ao prazo preclusivo.

A lição da doutrina inadmite essa renúncia quando o prazo tenha sido estabelecido em razão de ordem pública, quando tenha êste caráter.

O Decreto n.º 24.150, de 1934, contém princípios de ordem pública, que não podem ser transgredidos, tais as suas condições imperativas, entre as quais, todavia, não se podem incluir as referentes aos prazos do pedido de renovação, vez que o inquilino pode dêle não se valer, o que importa em tácita renúncia aos direitos que a lei lhe confere. Se essa abdicação parte do locador, razão maior não há para que se lhe feche a instância renovatória.

Como preleciona ETIENNE BRASIL ("Inquilinato Comercial", n.º 210) "a decadência do locatário, que não pede renovamento a tempo oportuno não é de ordem pública. Por isso o proprietário pode a ela renunciar, expressa ou tàcitamente", salientando, ainda, que o juiz não pode decretar "ex officio" essa exclusão.

Essas as razões pelas quais a maioria desta Câmara dá provimento a ambos os recursos, a fim de que o ilustre Dr. Juiz prossiga na ação, julgando afinal como entender de direitos".

NOTA — Não foi unânime o julgado: teve voto vencido — o do Desembargador *Mário Fernandes Pinheiro Guimarães*, nestes têrmos:

"Trata-se de ação renovatória de contrato de locação para fim comercial proposta pelo locador, com apôio no art. 26 do Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, contra a locatária, visando a parte dos imóveis locados pela escritura particular de (fls.), constituída pela loja do prédio n.º 88 da Rua Ipiranga.

Divide, êle, assim, o objeto da locação, excluindo do pedido a parte restante, constituída pelo terreno dos fundos do prédio n.º 90, da qual alega necessitar para uso próprio.

Ex vi do citado art. 26, comum é ao locador o prazo, para o locatário, no art. 4.º, como se sustenta na contestação.

Depois de ter alegado, preliminarmente, que o locador exercera o direito à renovação do contrato de locação fora do interregno do citado art. 4.º, cinco meses antes da terminação de prazo contratual, e de pleitear, por êsse motivo, a carência de ação, dada a decadência do mencionado direito, a locatária, ante a réplica de (fls.), veio a desistir de tal alegação e a solicitar o prosseguimento da ação.

Proferiu o Dr. Juiz, não obstante o acôrdo das partes em contrário, a decisão apelada de (fls.), julgando o autor, locador, carecedor de ação renovatória, com a ressalva de que será decidido, em ação própria, se o locatário deverá ou não ser obrigado a devolver o imóvel, findo o prazo do contrato.

Nas apelações, locador e locatário, são acordes na reforma do decidido, entendendo aquêle que não estava adstrito ao prazo do art. 4.º e êste que, havendo renunciado à sua alegação de decadência, não poderia o Dr. Juiz, de ofício, pronunciá-la.

Decorrido o prazo do art. 4.º do Decreto n.º 24.150, prazo comum ao locatário e, *ex vi* do art. 26, ao locador, nada impede as partes, extrajudicialmente, renovem a locação, mediante as cláusulas que ajustarem.

O que não se justifica, porém, é que, fora de tal prazo, pretendam a intervenção judiciária no negócio.

Em sua obra clássica — "Renovação de Contrato" (vol. 1.º págs. 359-360, 377 e 378), *Goulart de Oliveira* bem colocou a questão com apôio na jurisprudência nacional *in verbis*:

"377 — Os tribunais brasileiros têm firmado jurisprudência remançosa no sentido de negar validade à antecipação do procedimento das partes. Tem-se entendido, e bem, que o legislador não fixaria um máximo e um mínimo, em determinado prazo para brinco dos interessados, que assim ficariam livres de os afastar para um e outro sentido.

"Como ponderam *Robert-Martins* e *René Maus*, citados, "um prazo, se é de rigor, deve ser estritamente respeitado".

Ao demais, se os limites não têm valor jurídico na sua fixidez precisa, tanto podem ser antecipados como adiados. E o absurdo é palpável.

"E nada autorizaria, como direito do locador, poder perturbar o sossegô do locador, formulando propostas de renovação, desde o comêço do arrendamento até o seu fim.

378 — No direito brasileiro, como já fizemos notar, o prazo para o exercício de ação de renovação não constitui prescrição, mas verdadeira perempção de direito com todos os seus consetários".

11 — A retomada do prédio para sociedade de que o proprietário é parte. — Por acórdão de 3 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador GUILHERME ESTELITA e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de fevereiro, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, desprovendo a apelação cível n.º 47.073, decidiu:

"Não contestou o apelante seja o apelado sócio da sociedade comercial que utiliza a loja do prédio de cujo sobrado é aquêle, locatário. Nega é que, com base no n.º IV do art. 15 da Lei n.º 1.300, de 1950, lhe caiba o direito de retomar o sobrado para uso dessa sociedade. Mas, como se verifica dos três laudos periciais encontrados nos autos, o sobrado em aprêço é parte do prédio de que o apelado é locador. Se assim é, cumpre encarar o outro ponto de que depende a decisão do pedido de retomada, ou seja, caber ou não, ao locador, o direito de pedir parte do prédio locado para uso de sociedade comercial de que seja sócio. A sentença adotou a solução afirmativa e o fêz baseando-se na jurisprudência dos tribunais, inclusive o mais alto dêles, como se pode verificar das copiosas indicações encontradas nas obras de LUIZ ANDRADE e MARQUES FILHO, "Locação Predial Urbana", págs. 220 e segs. e ESPÍNOLA FILHO, "Locação Residencial e Comercial", pág. 584.

De notar, além disso, que a locação do apelante é por prazo indeterminado e que a sentença, atendendo à época de seu estabelecimento, fixou o prazo de desocupação em cinco meses (Lei n.º 1.300, art. 15, § 3.º). Tudo, pois, a mostrar o acêrto da decisão recorrida".

§ 3.º

Da ação revisional do aluguel

12 — Os efeitos da falta de contestação da ação. — Por acórdão de 19 de dezembro de 1958, relatado pelo Desembargador SADY CARDOSO DE GUSMÃO e publicado no "Diário da Justiça" de 11 de junho de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 49.900, para o seguinte:

"Trata-se de ação de revisão de aluguer, nos têrmos do art. 31, do Decreto-lei n.º 24.150, de 1934.

Os A. A. pleitearam o aluguer de Cr$... sendo o do contrato de Cr$...; a ré ofereceu Cr$... e os peritos encontraram alugueres dispares: o dos A. A. importância superior a Cr$...; o da ré: Cr$... (aceito na audiência pela mesma ré) e o desempatador o de Cr$...

A sentença admitiu o aluguer aceito por último pela ré e esta, não obstante, recorre, com as razões pretendendo seja mantida sua primeira oferta.

Os A. A., que agravaram no auto do processo, do saneador, também apelam pretendendo elevação da renda para Cr$...

A Câmara, por votação unânime, rejeita o agravo no auto do processo.

Sustentam os agravantes que a firma A. A. e M. fôra citada, deixando a causa sem contestação, donde a aceitação tácita da oferta.

Mas, a locatária atual é a segunda apelante sucessora, não podendo valer citação feita a pessoa que não é seu representante legal.

Demais: o fato da lei determinar que se aplica às ações de revisão de aluguer o processo fixado para a renovação da locação (art. 31, § 1.º), não importa a incidência de tôdas as normas processuais em causa, mas as que forem aplicáveis e por isso mesmo se excluem os arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 8.º etc.

Há de ser excluída, também, no caso, o art. 7.º, correspondente ao art. 354 do Código de Processo Civil, visto como, na espécie, se trata de majoração de aluguer, fundada na valorização e mais pressupostos a que alude o art. 31 do decreto-lei em causa.

Êsses pressupostos hão de ser provados pelo autor e a simples omissão de contestação, ou revelia do réu, de nada valem, porque ao autor compete fazer prova do seu direito, não podendo esta ser substituída por confissão, que é referida à matéria de fato.

Terá, assim, que haver exame pericial e arbitramento, não sendo possível homologar proposta contra a verdade real, com manifesta iniquidade, mesmo porque incide, na hipótese, a norma do art. 16 do Decreto-lei n.º 24.150, de 1934, o qual está inteiramente de pé e que ordena ao Juiz a observância da equidade, "tendo, sobretudo, em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto".

Na fixação do aluguer, entretanto, o Dr. Juiz "a quo" acolheu o laudo pràticamente negativo do perito da ré, o que se afigura injusto à maioria dos Juízes da Câmara, em se tratando de imóvel, com duas frentes (para a rua Washington Luís e Av. Mem de Sá), com sobrado residencial, circunstâncias que justificariam aluguer superior a Cr$... mensais.

Todavia, dados os fatores de rebate: as pequenas proporções do prédio, os pesados encargos que pesam sôbre a locatária e a "equidade, a excluir fixação no máximo, razoáveis os critérios do desempatador, cujo laudo é acolhido".

NOTA — Vencido, o Desembargador *Nelson Ribeiro Alves* negava provimento dos dois recursos, nestes têrmos:

"Cuidou-se de ação de revisão, fundada no artigo 31 da denominada "lei de luvas", ùnicamente autorizada quando ocorrer variação econômica superior a vinte por cento, motivo pelo qual não podiam ser apreciados os elementos previstos no artigo 7.º do mencionado diploma legal, pertinentes ao processo de renovação, como bem ponderou a decisão recorrida.

Claro que a revisão só poderá ter base no valor do aluguel vigente, pouco importando que tenha sido fixado em quantia ínfima, pois não foi invalidada por qualquer meio de direito, tudo a positivar que os arbitramentos dos peritos fugiram aos preceitos legais, acrescendo que tais perícias só podiam ser ùltimamente efetivadas por economistas, a fim de evitar verdadeiros disparates.

Acontece, porém, que o perito dos locadores, ora primeiros apelantes, e o desempatador afirmaram que a variação econômica era da órbita de 77%, o que ressaltou plausível, mas o próprio segundo apelante, em audiência, aceitou a base do laudo de seu perito admitido pela sentença.

Nelson Ribeiro Alves".

13 — O pagamento das custas para interposição do recurso e a apreciação judicial da exceção de retomada do prédio. — Por acórdão de 2 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador JOÃO COELHO BRANCO e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgando a apelação cível n.º 47.086, decidiu:

"2 — Suscita a apelada a preliminar de não conhecimento do recurso, invocando o art. 56, § 2.º, do Cód. do Processo Civil, segundo o qual "as custas devidas até a audiência, ou relativas a atos nela praticados, serão pagas pelo interessado antes da interposição do recurso ou da execução da sentença".

Interpretando êsse dispositivo, firmaram os colégios julgadores, o Egrégio Supremo Tribunal à frente, jurisprudência no sentido de que a falta de pagamento das custas da ação vencidas em primeira instância não obsta à interposição do recurso (Vide ALEXANDRE DE PAULA, ns. 170, 171, 2.452, 2.453, 2.454, 2.455, 2.456, 2.457, 2.458, 5.259, 5.260, 5.261, 8.183-A, 8.188-A, 8.188-B...).

Dizia o Ministro CASTRO NUNES que encontraria o sistema do Código do Processo Civil prejudicar o litigante por falta de pagamento das custas, devidas a serventuários particulares ou ao próprio Estado, que gozam de meios processuais para a sua cobrança" (n.º 2.155). E o Ministro PHILADELPHO DE AZEVEDO reafirmava essa orientação da nossa Suprema Côrte de que a falta de pagamento de custas de primeira instância não tem como sanção a perda de recurso, que, assim, será de ser conhecido pelo

Tribunal Superior, dizendo: "E em falta da sanção expressa nesse sentido, a implícita não poderá prevalecer, dês que o Código do Processo não alterou a regra tradicional de que a condenação em custas só se torna definitiva e precisa com o trânsito em julgado da sentença. Pendendo recurso, a condenação em custas é condicional e provisória, nada justificando se liquidem parcelas sujeitas a modificação nas várias etapas subsequentes do processo. A sentença apelada não se outorgou maior segurança quanto à parcela acessória de custas, de modo que o rigoroso pagamento destas se há de limitar ao que concernir com a interposição e subida do recurso" (n.º 2.456). Assim, na interpretação dos arts. 56, § 2.º e 827, § 2.º do Código do Processo, a exegese predominante era que pode a parte apelar mesmo sem pagar as custas a que foi condenada, sendo lícito apenas ao escrivão deixar de remeter os autos sem o pagamento das despesas do preparo e de remessa.

Não obstante a existência de novos arestos em sentido contrário da Suprema Côrte, por terem mudado de votos os eminentes Ministro OROZIMBO NONATO e LUIZ GALLOTTI (Alexandre de Paula, ob. cit., ns. 18.591, 24.109, 24.110 e 24.111), é, "data vênia", de prevalecer a antiga exegese, tanto mais quanto, constituindo a sanção de não conhecimento do recurso verdadeira nulidade dêle, não há esquecer que, em bom princípio geral, a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreve só produzem nulidade, quando a lei expressamente o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame, ou na decisão da causa (ALBERTO DOS REIS, "Comentário ao Cód. do Proc. Civil", vol. 2.º, págs. 982 e segs.). E o Código do Processo Civil mais além foi quando estatui, no art. 274, "ainda que determinada forma tenha sido prescrita com a cominação de nulidade, esta sòmente será pronunciada pelo juiz, se não fôr possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato".

O Dr. Juiz "a quo", ao invés de mandar suprir a falta, determinou, ao contrário, seguisse o recurso, subindo à Superior Instância.

Essas as razões por que conhece o Tribunal de Apelação.

3 — Na ação de renovação do contrato de locação comercial, ou industrial, a exceção de retomada para uso próprio arguída pelo "dominus" não constitui direito absoluto, estando, ao contrário, sujeito a contrôle jurisprudencial.

A própria natureza da chamada lei de luvas, Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, sancionando a coexistência da propriedade comercial, ou industrial, ao lado da propriedade imobiliária, e determinando, no art. 16, que o julgador, na solução dos conflitos entre os titulares delas, aprecie, "além das regras de di-

reito, os princípios da equidade, tendo, sobretudo, em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto", repele soluções apriorísticas, absolutistas, ou potestativas.

Suscitada a prejudicial da retomada para uso próprio, deve o juiz apreciar a alegação do proprietário em face das circunstâncias e das provas oferecidas pelo locatário para elidir a presunção "iuris tantum" que àquele assiste, decidindo afinal da necessidade e da seriedade do pedido.

Nesse sentido, sem dúvida, tem-se orientado a doutrina e a jurisprudência (LUIZ MACHADO GUIMARÃES e LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, "Coment. ao Cód. do Proc. Civil", vol. IV, págs. 555 e segs.; "Rev. For.", vols. 89, pág. 463; 91, pág. 40).

ETIENNE BRASIL, em sua conhecida monografia, depois de observar que "nos primeiros tempos todos encaravam as lides em tôrno da retomada sòmente pelo prisma inseguro e falho da "sinceridade". Prescrutando, porém, as fontes históricas e filosóficas do privilégio dominical, chega, como agora chegamos, à conclusão de que a única justificativa plausível da regalia em questão é a necessidade", justifica plenamente a sua conclusão com as palavras seguintes: "O Decreto n.º 24.150 serve-se da fórmula incôngrua vai usar. Vimos acima, que a resolução do "dominus" não pode ser despótica; que seu "ius utendi" não suprime o fundo integrado. Mas o único motivo, capaz de justificar plenamente a retomada edil, é a necessidade "superveniente. 1.º) Motivo de ordem histórica. A "réprise" é um instituto, que nos vem, não da França, mas da lei romana "aede". Não havemos de ser mais romanos que os Romanos. Ora, tal medida, em verdade odiosa, tradicionalmente vem sendo subordinada à necessidade: "nisi propius usibus dominus esse necessariam eam probaverit" ("Cód. de locato et conducto, 4, 65, 3).

"Nisi" é uma condição sine "qua non". A Ordenação Filipina repetiu em linguagem lapidar a mesma coisa: "...quando o senhor da casa por algum caso que lhe sobreveio, "a ha mister..."

(1. IV, tít. 24, princ.) — 2.º) Motivo de ordem lógica. Locação supõe fundamentalmente a não precisão. Só um louco empresta coisa de que esteja necessitando. Até prova em contrário, ninguém é presumido insano. Retomada só se justifica com a superveniência de necessidade. 3.º) Jurisprudência requerida. É fato, que a corrente forense do país está se orientando já pelo critério da necessidade que se procura definir ("Inquilinato Comercial", 1951 págs. 192, 208 e 209).

Diversas não são as afirmações mais recentes de PONTES DE MIRANDA: "Melhor foi o caminho da exigência da alegação e

prova da necessidade, entendendo-se por "necessário" o que tem de ocorrer, ou, para deixar de ocorrer, exigiria gastos desproporcionados. Portanto, excluído o prescrindível, o supérfluo, o que só seria necessário admitindo-se no locador propósitos contrários aos princípios de justiça social, liberdade de iniciativa (Crf. Constituição de 1946, art. 145), ou atividade reprovada como abuso do poder econômico, ou por ser como fito o domínio dos mercados nacionais, a eliminação da concorrência, ou o aumento arbitrário dos lucros (Crf. Constituição de 1946, art. 148). Tais excessos podem ser provados por indícios e circunstâncias (Código do Processo Civil, art. 252), e, na apreciação dos indícios, o juiz há de considerar a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verosimilhança, dos fatos alegados (art. 253) ("Trat. de Direito Predial", vol. V, 1953, págs. 170 e 171).

Na espécie, como acentuou a sentença recorrida, para desacolher a retomada, "a matéria ficou confinada a um vago pretexto, nêle não se declinando, sequer, o ramo de comércio a ser explorado, no local, pelo retomante".

Em verdade, não se pode deixar de considerar, pelo menos como prova circunstancial e indiciária da desnecessidade e da superfluidade do pedido, a não indicação inicial do ramo de comércio projetado, o que constitui, também, cerceamento de defesa para o locatário, porque lhe veda provar a impossibilidade ou inexequibilidade da instalação do negócio, que está subordinada a leis federais e locais, cujas normas, muitas vêzes, vedam a sua localização no imóvel questionado.

Ao locador-apelante, que tão fraca e vagamente bocejara, na contestação, a exceção, fortaleceu-se-lhe o pulso nesta superior instância, em defesa da prejudicial, traduzindo, porém, o novo ardor menos o advento de necessidade superveniente de "reprise", do que reação explícita contra as condições em que foi fixada a renovação do contrato.

É, portanto, de confirmar a sentença, na parte em que denegou a retomada.

4 — A chamada "lei de luvas", Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, oferece dados e indica roteiros a serem observados e seguidos no dirimir da "questio facti" do arbitramento do aluguel. Assim, no art. 8, letra "b", e seu parágrafo único, dá ao locador o direito de mostrar que a proposta do locatário, excluindo a valorização por êste trazida ao ponto, não atende ao valor locativo real o atual do imóvel, em face das condições gerais de valorização do lugar, na época da renovação. No art. 13, § 7.º, determina observar os peritos "tôdas as circunstâncias úteis para o arbitra-

mento do valor real da locação, examinando, outrossim, as condições econômicas e financeiras do momento e de concorrência em matéria do locador". E no art. 16, estatui que "o juiz apreciará, para proferir, a sentença, além das regras do direito, os princípios de equidade, tendo, sobretudo, em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto..."

Na espécie, o aluguel convencionado em maio de 1952, para o contrato renovado era de Cr$...; a locatária autora ofereceu Cr$...; e proprietário pediu Cr$...; o próprio perito da autora não foi além de Cr$...; o perito do réu locador chegou a Cr$...; o perito desempatador não foi além de Cr$...; e a sentença aceitou êsse arbitramento, que seria baseado em razoável taxa de rentabilidade (12%) do capital investido. Não há, todavia, como aceitar a conclusão do laudo desempatador, acolhido pela sentença, porque não é aceitável o valor de Cr$... dado para a loja, tratando-se de prédio novo de quatro pavimentos, como mostram as fotografias e situado na rua mais central e comercial do bairro. Êsse não pode ser o valor atual da loja, e o próprio laudo fornece elementos para evidenciá-lo. Afirma-se, com efeito, no laudo, que "o aumento do custo de vida, de acôrdo com elementos fornecidos pela "Conjuntura Econômica", desde 1 de julho de 1956, foi de cêrca de 50%. Como, pois, admitir que um aluguel fixado em 1952 em Cr$..., possa, em 1957, ser arbitrado em apenas Cr$..., isto é, com um aumento de sòmente cêrca de 30%.

A própria Lei n.º 3.085 de 29 de dezembro de 1956, que prorrogou a legislação do inquilinato, nos arts. 2.º e 5.º, admitiu, em locações para fins não residenciais excluídos do regime de "lei de luvas", um reajustamento de 200% sôbre os alugueres iniciais.

Assim, decidiu o Tribunal arbitrar o novo aluguel em Cr$... e o valor do seguro em Cr$...".

NOTA — Manifestou-se em dissidência o Desembargador *Guilherme Estelita*, provendo a apelação em parte, para acolher o pedido de retomada, julgando a ação renovatória improcedente, pelos motivos a seguir:

"Sem dúvida alguma, não há mais hoje direitos absolutos. A ninguém ocorreria contestar o asserto. Mas coisa diversa é assegurar o direito de retomada, quando se apresentar com os requisitos legais. Não exige a lei do locador retomante, para opor-se à renovatória, senão que declare "que o prédio vai ser usado por êle próprio locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente" (Dec. n.º 24.150, de 1934, art. 8.º, e). Nada mais.

Certo, pode o locatário demonstrar ser insincero o pedido, quando as circunstâncias do caso, assim o tornem. Nada, porém, foi dado pelo Dr. Juiz *a quo* como fundamento à sua convicção de ser o pedido insincero, que "a matéria (da retomada) ficou confinada a um vago

pretexto, nêle não se declinando, sequer, o ramo do comércio, a ser explorado no local, pelo retomante".

Ora a exigência de tal indicação, não a autoriza a lei, que se limita a dispor: "o prédio não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo de comércio ou indústria do inquino do contrato em trânsito") § único do citado artigo, letra *e*).

Trata-se, destarte, de uma exigência feita contra a letra clara da lei, e em prejuízo do direito do locador. Tanto mais inadmíssivel quanto poderia ter o locador razões sérias para não poder desde logo indicar o ramo aludido porque ainda não fixado no gênero do comércio a explorar.

Nem se pretenda devêra essa indicação ser feita — apesar de não exigida em lei, para habilitar o inquilino a provar a impossibilidade ou inexequibilidade de negócio futuro.

Em nada adiantaria ao locatário essa indicação prévia pois o locador, se insincero no seu pedido, saberia fazê-la em favor de comércio possível e exequível e, depois, estabelecer-se com um outro. Não estaria com isso violando a lei, que só lhe prescreve uma redação — não explorar o mesmo ramo de comércio e indústria do inquilino.

Devem as leis, segundo a norma superior, ser interpretadas e aplicadas com atenção aos fins sociais a que se dirigem e às exigências do bem comum. A êsses princípios se atem o juiz as aplicar sem lhe criar exigências que elas não contêm.

Guilherme Estelita".

CAPÍTULO VII

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

I

A SEMELHANÇA NOMINAL DE MARCAS E SUA DIFERENÇA POR VIA DE RETRATO HUMANO

(Câmara Federal de La Capital de Buenos Aires. Sala Civil e Comercial. Sarcella, Grimau Y Cia. vs. Suarez, Balbino. Relator, Francisco J. Vocos).

1.ª Instância. — Buenos Aires, Julio 4 de 1956. — Resultando: a) Expresan los actores que a su solicitud de registro de la marca "Juven's", para distinguir artículos de la clase 16, se opuso el demandado con su marca registrada "Rubens" registrada en la misma clase, alegando confundibilidad.

Sostiene que semejante oposición es improcedente porque la denominación "Juven's" es de fantasía, en tanto que la marca "Rubens" está constituída por dicha palabra escrita en letras góticas, acompañada por la representación de una cabeza de hombre con peinado en el estilo de la época del conocido pintor flamenco de ese nombre, con su cuello grande, con puntillas, característico del atuendo masculino de fines del siglo XVI y comienzos del XVII, por todo lo cual gráficamente no podrá haber posibilidad de confusión. Tampoco — agrega — la habrá fonéticamente, pues consonantes fuertes como la "r" y la "j", iniciales de ambas marcas, constituyen elementos suficientemente diferenciados como para evitarla.

Por último, desde el punto de vista ideológico, son netamente inconfundibles: "Juven's" se asocia a Juvencia, a cosas vinculadas o atinentes a la juventud y "Rubens" traerá inmediatamente el recuerdo del pintor flamenco Pedro Pablo Rubens.

Destacan los actores, luego, que las marcas evocativas o con significado propio se prestan menos a confusión que las otras que son simplemente de fantasía. Desde otro punto de vista, hacen notar que con el registro de la marca "Juven's" defienden un interés patrimonial asentado en largos años de uso y abonado por ingentes

gastos en la difusión y conocimiento del vocablo para caracterizar los productos y mercadorías de su comercio. En definitiva, solicitan se declare infundada la oposición, con costas.

b) Contesta "Perfumerías Suárez" (S. R. L.) a quien trasfirió la marca "Rubens" B. S.

Destaca, en primer término, que los actores reconocieron hace tiempo la confundibilidad entre las marcas en pugna, pues en 1944 pidieron la marca "Juven's" en la clase 16 y al oponerse B. S. con la marca "Rubens", abandonaron su solicitud. Pretende luego que dichas marcas son confundibles desde el punto de vista fonético y que, en mérito a ello, carecen de trascendencia los elementos gráficos o conceptuales. Niega luego que el hecho de que los actores usan como enseña o nombre comercial la palabra: "Juven's" puede ser antecedente que mejore su derecho. Deduce luego reconvención para que los actores cesen en el uso de la marca "Juven's", confundible con "Rubens", para distinguir artículos de la clase 16. Fundando su derecho en el art. 6, ley 3.975, (J. A., t. 47, sec. leg., p. 6), pide en definitiva se rechace la demanda y se haga lugar a la reconvención, con costas.

c) Contestan los actores la reconvención solicitando su rechazo, con costas. Niegan usar como marca la palabra "Juven's" y pretenden que la que usan es la enseña "Juven's" aplicada a sus productos, a sus envases, a sus envoltorios. Expresan ser sensible que la demandada, después de 14 años de coexistencia de su marca "Rubens" con la enseña "Juven's" venga a descubrir la posibilidad de confusión entre una y otra.

Considerando: Que el problema marcario planteado en autos tiene particularidades que no permiten reducirlo a un mero cotejo de las marcas en pugna a efectos de determinar su confundibilidad.

En efecto: no persigue la actora el registro de una marca de reciente creación, sino que lleva el propósito de obtener protección marcaria para una enseña comercial que viene usando desde hace muchos años y en forma tal que, a juicio del suscrito, el público consumidor no ha podido apreciar si estaba frente a una enseña o a una marca. Del mismo modo, la demandada no usa su marca "Rubens" tal como la tiene registrada y basta observar las etiquetas agregadas para comprobar que tampoco el público consumidor puede haber valorado si "Rubens" era una marca o una denominación comercial. En tales condiciones, reviste entonces una especial trascendencia el hecho de que hayan venido coexistiendo "Juven's" y "Rubens" sin que se haya traído a estos autos prueba alguna de haberse producido confusión.

Que si a ello se agrega que del cotejo de ambas marcas resulta no sólo una manifiesta inconfundibilidad gráfica, pues a tal efecto

la marca "Rubens" debe considerarse tal cual fue registrada, vale decir integrada por un conjunto, sino también una marcada disimilitud ideológica, suscitada principalmente, por coincidir el elemento nominativo de la marca de la demandada con el nombre de un pintor tan famoso que dificilmente pueda resultarle desconocido a algún consumidor; es evidente que el parecido fonético existente entre "Juven's" y "Rubens" no tiene mérito suficiente para impedir una coexistencia pacífica de ambas marcas conclusión que se encuentra reforzada por la ausencia de confusión a que se ha aludido en el consid. 1.º mediando una situación de hecho prácticamente similar a la que resultará registrándose la marca "Juven's". Sobre el particular es interesante anotar que la propia demandada al reconvenir ha sostenido que la actora ha usado la palabra "Juven's" en función de marca, de modo que el no haber podido demonstrar caso concreto alguno de confusión reviste la mayor importancia a los fines de este juicio.

Que al declararse inconfundibles las marcas en conflicto, se impone el rechazo de la reconvención.

Que así como el suscrito estima justo asignar a las particularidades del caso una trascendência especial sobre la cuestión de confundibilidad planteada por la demandada, también cree acertado tener en cuenta esas particularidades para eximir a la vencida del pago de las costas, ya que pudo razonablemente creerse con derecho a litigar, al no asignar a aquéllas el mérito que se les reconoce.

Por las consideraciones que anteceden y lo dispuesto en la ley 3.975, fallo declarando infundada la oposición deducida por B. S. (hoy "P. S.", S. R. L.) al registro de la marca "Juven's", para distinguir artículos de la clase 16, y rechazando la reconvención deducida por "P. S." (S. R. L.). Costas en el orden causado. — César R. Verrier (Sec. Julio A. Dacharry).

2.ª Instância. — Buenos Aires, setiembre 2 de 1959. — Es justa la sentencia apelada?

El Dr. VOCOS dijo:

1.º La firma actora tiene como enseña comercial la expresión "Juven's", que ha registrado como marca en las clases 9 y 19 y que ahora solicita para la clase 16. La demandada es titular de la marca "Rubens", en la misma clase 16, menos calzados. Esta marca — cuya descripción y gráfico obran — está formada por la palabra "Rubens" escrita en caracteres góticos al pie de un retrato del célebre pintor del mismo nombre. En virtud de está propiedad se ha opuesto al registro de la marca pedida por la actora, reconviniendo por uso que la actora hace de su enseña como marca.

La sentencia ha declarado inconfundible ambas marcas y ha rechazado la reconvención.

2.º En mi opinión, la sentencia deber ser confirmada. Siempre he sostenido que para discernir la posibilidad de confusión entre dos marcas debe atenderse en primer lugar a su contenido conceptual. Porque la posibilidad de provocar una inmediata evocación de algo diferente tiene la suficiente fuerza para evitar confusión; salvo, naturalmente, aquellos casos particulares en que alguna circunstância especial obligue a tener en cuenta otros factores.

El caso de autos se encuentra en tal situación. "Rubens" es el nombre del pintor y va debajo de su retrato, como para que no quede lugar a dudas. Dicho retrato tiene lugar prominente dentro del conjunto y es doblemente illamativo por el atuendo de la época con que aparece dibujado. Aunque alguien ignorara particularmente, quien fue "Rubens" el retrato estará indicando que dicho nombre corresponde a esa efigie y todo ello le permitirá distinguir perfectamente la mencionada marca, aun cuando se considerase a la marca "Juven's" como expresión simple de fantasía. Pero, a mi juicio, tiene razón la parte actora cuando atribuye a dicha expresión un sentido evocativo de juventud, de cosas vinculadas a ella.

3.º Es de valor para la conclusión a que llega la sentencía, la circunstancia especial de que la firma actora ha usado práctimamente la enseña como marca y no ha dado lugar a confusión ninguna. Quiere decir que la concesión del registro no modificaría en realidad el status actual.

4.º No hay duda que desde el punto de vista fonético — que tiene mucha importancia por la propaganda radial — hay semejanza; pero ellas no llegan a desvirtuar la fuerza evocativa de las denominaciones. En cambio, estimo, con el juez, que pueda haber dado a la demandada la creencia razonable de que podía oponerse al otorgamiento del registro pedido. Por ello, opino que debe ser confirmada la forma de la imposición de costas, vale decir, que ellas corren por su orden en ambas instancias.

El Dr. BIDAU se adhirió al voto que antecede.

El Dr. ORTIZ BASUALDO dijo:

La cuestión a resolver consiste en determinar si hay confusión entre la marca que pretende registrar la actora en la clase 16 y la que ya tiene registrada en la misma clase la demandada.

Esta última tiene registrada desde el año 1937 una marca compuesta de la palabra "Rubens" y un dibujo que reproduce el retrato del inmortal pintor flamengo del mismo nombre, visto de frente

y de medio cuerpo. La que pretende registrar la actora está constituída tan sólo por la denominación de fantasía "Juven's con prescindencia de tamaño, estilo o color, todo lo cual así se expresa en la respectiva solicitud.

Frente al derecho adquirido por la demandada, que tiene el uso de su marca desde hace tantos años, es necesario evitar que pueda ocasionarsele perjuicio con la autorización a otro comerciante para que registre en la misma clase otra marca que, por suas características, pueda prestarse a confusión con aquélla. Basta para no admitir ese nuevo registro que exista la posibilidad de confusión, sin que sea necesario probar la existência real de esos perjuicios, porque la sola posesión del título de una marca da a su titular el derecho de impedir que nadie use otra marca que se preste a confusión con la suya. Ese es el espíritu de la ley 3.975, que aí lo consagra en su art. 6, y esa su interpretación constante y reiterada por los tribunales nacionales.

En este caso la semejanza entre "Rubens" y "Juven's" es indudable, puesto que sólo se diferencian realmente en su primera letra, ya que el uso común no hace distingo en la pronunciación de la "b" y la "v". Colocadas las demás letras en el mismo orden y teniendo ambas palabras igual terminación, existe una gran posibilidad de confusión en la propaganda oral, que de ellas se haga por radiotelefonia, método tan difundido actualmente.

Basta, entonces, que exista esa posibilidad para considerar razonable la oposición de la demandada al registro de la nueva marca que pretende la actora, aún cuando en el aspecto gráfico exista la diferenciación proveniente de la existencia del dibujo que integra la marca de aquélla.

La circunstancia de que la actora use desde hace años como enseña de sus casas de comercio la palabra "Juven's" no mejora su situación, porque la demandada tiene marca registrada desde la misma época, sin que se opusiera entonces aquélla, en el caso de que el uso de su enseña fuera anterior a la concesión de la marca. Hoy frente a la existencia de ésta, nadie puede invocar un mejor derecho para el uso como marca de una palabra que se presta a confusión con aquélla, que es lo que ocurre en este caso, en que se trata de marcas para una clase que comprende artículos de uso común, de adquisición por toda clase de consumidores, muchos de los cuales han de ignorar la existencia y nombradia del pintor R.

La demanda, no puede, entonces, prosperar y sí la reconvención, que tiende a que la actora cese en el uso de la palabra "Juven's como marca. Como en el escrito de demanda se dice en forma expresa que "con esa palabra se identifica la mercadería; ella figura en las etiquetas, en los papeles de envolver..." y en los elementos

de prueba presentados por la propia actora, hay algunos, como los en los que aparece la palabra mencionada en forma tal que se la puede considerar como marca, la acción que tiende a impedir ese uso es procedente.

Voto, pues, por la revocación de la sentencia recurrida; porque se desestime la demanda y se haga lugar a la reconvención, condenándose a la actora a cesar en el uso de la palabra "Juven's" como marca en artículos comprendidos en la clase 16, menos calzados. Las costas de todo el juicio a cargo de la actora.

Conforme al resultado de los votos que anteceden, se confirma la sentencia apelada en loi principal que decide. Las costas de ambas instancias en el orden causado. — FRANCISCO J. VOCOS. — JOSÉ F. BIDAU. — EDUARDO A. ORTIZ BASUALDO.

(De "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 8 de dezembro de 1959, Ano XXI, n.º 342, pág. 4).

COMENTÁRIO

Decidiu, em suma, a Câmara Federal de Buenos Aires que a marca, constituida pela palavra "Rubens" é um desenho, que reproduz o retrato do pintor flamengo, visto de frente e de meio corpo, não é confundível com a denominação de fantasia "Juven's", utilizável com prescindimento de tamanho, estilo ou côr, tôda vez que provoca uma imediata evocação de algo diferente, já que a primeira é nome de um pinto, e a segunda o nome de um pintor que tem sentido evocativo da juventude, pois ainda que alguém ignore particularmente quem foi Rubens, o retrato o estará indicando que êsse nome corresponde à efígie.

Caso é que, estando registrada a marca complexa "Rubens", nominal, tendo como fundo de quadro retrato do grande pintor flamengo, desde 1937, para artigos da classe 16, recentemente se pediu o registro da marca "Juven's", simplesmente nominal, por ser imitação daquela outra marca, em seu ponto fundamental ou seja o nome "Rubens".

É canône de Direito Industrial que a imitação se tem mais pela semelhança das marcas do que por suas dissemelhanças.

Realmente, a marca "Juven's" é distinta da marca "Rubens", porque aquela tem, a prestigiar o nome, que é do pintor flamengo, o retrato dêste; mas não pode haver, na República Argentina, que adquira a mercadoria identificada por aquela marca tendo na mente aquêle retrato, senão apenas, e a explodir da boca, o nome "Rubens", que constitui o *punctum saliens* da marca.

Dessarte, é evidente que a marca "Juven's" é imitação da marca "Rubens".

Merece, nesse ponto, que se assinale o voto vencido do Juiz *Ortiz Basualdo*, de evidente juridicidade.

Que existe a semelhança das duas marcas, êle o demonstrou.

Basta, argumentou o magistrado argentino, "basta para não admitir o novo registro que exista a possibilidade de confusão, sem que seja necessário provar a existência real de prejuízos, porque a

só posse do título da marca dá a seu titular o direito de impedir que alguém use outra marca que se preste a confusão com a sua. Êsse é o espírito da Lei n.º 3.975, que assim consagra em seu art. 6.º; e essa sua interpretação constante é reiterada pelos tribunais nacionais.

"Neste caso, a semelhança entre "Rubens" e "Juven's" é indubitável, pôsto que sòmente se diferenciam pela primeira letra, já que o uso comum não faz distinção na pronuncia de "b" e "v". Colocadas as demais letras na mesma ordem e tendo ambas as palavras igual terminação, existe grande possibilidade de confusão na propaganda oral, que delas se faça pela radiofonia, método tão difundido atualmente.

"Basta, pois, que exista essa posibilidade para considerar razoável a oposição da demanda ao registro da nova marca, que pretende a autora, não obstante no aspecto gráfico existir a diferença do desenho que integra a marca daquela".

Não se podia dizer mais; nem melhor.

II

OS DIREITOS E AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO REGISTRO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

(Sumário jurisprudencial)

Secção I

Do nome comercial

1 — O conflito entre o título de estabelecimento e a marca de comércio. — Negou a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, por acórdão de 16 de março de 1959, relatado pelo Desembargador LAFAYETTE SALLES JUNIOR, provimento à apelação cível n.º 27.944, da Capital, decidindo:

"A apelante registrou, em 1951, no Departamento Nacional da Propriedade Industrial, a marca "Movelândia" e quer impedir que o réu utilize-se dessa expressão no estabelecimento por êle possuído.

Êste, ao defender-se, provou haver, em 1955, obtido o registro, no mencionado Departamento, da denominação "Movelândia" como título de estabelecimento.

Julgada improcedente a cominatória, a autora apelou.

A apelante carece da ação.

Para que ela pudesse impedir o uso, pelo réu, do vocábulo "Movelândia" em sua casa comercial, tornava-se mister que fizesse

ela a prova de haver registrado tal expressão no Departamento Nacional da Propriedade Industrial como título de estabelecimento.

Sucede que a autora só provou o registro de tal palavra como marca de comércio. O referido registro só lhe outorga o privilégio de uso em produtos ou mercadorias que ponha a venda em sua atividade comercial. Para que pudesse ter direito ao uso exclusivo da expressão para designar o seu estabelecimento comercial, ela deveria registrá-la como nome comercial, ou título de estabelecimento.

Ora, a postulante não fêz a prova da obtenção de tais registros.

Logo, não pode impedir o seu uso pelo réu, como denominação de estabelecimento comercial".

NOTA — Merece o acórdão algumas considerações, que sua leitura provoca.

1. Negando provimento ao recurso, o acórdão todavia retificou a sentença "ratificada a conclusão para carência, ao invés da improcedência" da ação, qual ela havia julgado, no que andou bem.

Realmente, a proposta foi ação cominatória a fim de vedar ao réu o uso de seu titulo de estabelecimento; mas, como êsse título se acha devidamente registrado no Departamento Nacional da Propriedade Nacional, se tem ato jurídico perfeito e acabado.

Usando de seu título, em seu estabelecimento, o réu exercia, e exercita, direito de uso exclusivo daquele título, por efeito de seu registro.

Ora, não há direito contra direito.

Nessas condições, a ação cominatória intentada pelo autor era imprópria, e não podia ser julgada improcedente, como o foi, por carecer dela o mesmo autor: a ação, que, por ventura, lhe caberia seria a de anulação do registro do título do estabelecimento feito pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial.

Anulado êsse registro, poderia ter cabimento a ação cominatória.

Nisso está certo o acórdão: carecia o autor da ação cominatória que propôs.

2. Qual consta do acórdão, a marca "Movelândia" se registrou em 1951; e o título de estabelecimento "Movelândia" em 1955.

Diante daquele registro de marca, claudicou o Departamento Nacional da Propriedade Industrial no fazer o registro dêste título de estabelecimento.

Pelo que, com efeito, preceitua o art. 111, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial, não são registráveis como nome comercial "as denominações que contiverem elemento de fantasia suscetível de confundi-la com marca anteriormente registrada para produto do mesmo gênero de negócio, ou para a mesma atividade".

Teve o dispositivo legal o propósito, que é intuitivo, de evitar que, com o registro da denominação ou título de estabelecimento já registrado como marca, se pudesse, e se possa, como na hipótese do acórdão, fazer concorrência desleal.

A marca de comércio se aplica, com efeito, a produtos ou mercadorias; e a denominação ou título, ao estabelecimento. Ninguém o contesta. Mas em verdade, o dono dêste poderá, por exemplo, fazer

a sua propaganda de modo a estabelecer a confusão entre as suas mercadorias assinaladas pela marca do seu concorrente, nestes têrmos:

"Os móveis da "Movelândia" se distinguem por sua qualidade e bom gosto".

"Se quer móveis finos e baratos procure os da "Movelandia" à rua das Casas, n.º 25".

Eis aí como é possível levar o consumidor à confusão quanto à procedência dos móveis designados pela marca "Movelândia".

3. Se não podia o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, nos têrmos expostos, proceder ao registro do título de estabelecimento pela precedência do registro da marca, evidentemente cochilou.

Mas o titular da marca, deixando de impugnar o registro do título de estabelecimento, dormiu.

Ora, *dormientibus non succurrit jus.*

2 — **A inadmissibilidade da ação cominatória a fim de obstar o uso indevido de nome comercial e marca de comércio.** — Deu a Primeira Turma da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais provimento à apelação cível n.º 14.784, de Governador Valadares, "por contrários ao direito e à prova dos autos os fundamentos da sentença de primeira instância", por acórdão de 13 de maio de 1958, relatado pelo Desembargador NEWTON LUIZ, nestes têrmos:

"O autor propôs esta ação cominatória, com fundamento no art. 302, n.º XII, do Código de Processo Civil, contra o réu, para obrigá-lo a abster-se de usar na sua propaganda, por impresso ou por escrito, e nos bilhetes de loteria que expõe à venda, a chave que constitui a marca de comércio do autor, sob pena de pagar a quantia de Cr$... para cada extração de loteria que se verificar tenha êle usado a referida marca de comércio.

Antes do pedido, na inicial, o autor esclarece que a ação não visa anular o registro de uma marca de comércio, mas impedir o uso indevido de uma marca por quem não têm o direito de usá-la.

O réu contestou a ação e o Dr. Juiz de Direito, na sua fundamentada e longa sentença, acentua que "o caso não é de marca de fábrica, mas, por analogia, deve ser aplicada aos casos de nome comercial, insignia comercial ou nome de estabelecimentos comerciais".

E conclui a sentença:

"Pelo exposto, considero que o uso do nome "Chave de Ouro", com uma chave disposta do mesmo modo que a usada pela "Chave do Tesouro", é de molde a gerar confusão, a prejudicar o autor, julgo procedente a ação e condeno o réu a suprimir dos bilhetes expostos na sua agência desta cidade, ou a venda dos bilhetes com

o carimbo "Chave de Ouro" e, em seguida, com uma chave, imitando o uso registrado pelo autor de "Chave do Tesouro", com idêntica chave por sob a referida inscrição, nos bilhetes de loteria que distribuir nesta cidade, sob pena de multa de Cr$..., tôdas as vêzes que a infração ficar apurada". (Condena o réu a suprimir o que? não dizia a decisão, mas está implícito: suprimir o carimbo "Chave de Ouro" e a chave).

O art. 302 do Código de Processo Civil enumera os casos em que compete a ação cominatória, estabelecendo o n.º XII, em que se funda a ação proposta:

"Em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou fato dentro de certo prazo".

Terá o autor por lei ou convenção o direito de exigir do réu, ora apelante, que se abstenha de usar em seus bilhetes a "chave" que usa e o carimbo "Chave de Ouro"?

Não parece tenha o apelado essa faculdade ou que lhe assista êsse direito. A própria sentença acentua que o caso não é de marca de fábrica, mas que se deve assim decidir por analogia. Não é possível, "data vênia", o julgamento da hipótese por analogia que é: "operação pela qual se aplica à espécie, não prevista pela lei, a norma jurídica semelhante" (PEDRO NUNES, Tecnologia Jurídica).

Não tem a hipótese que se decide semelhança com a norma jurídica que se lhe quis aplicar. Além disso o pedido foi articulado com fundamento em dispositivo do Código Unitário e que também não têm aplicação à espécie, como atrás já se demonstrou".

NOTA — O estranho acórdão, que até alude a um mais que estranho "Código Unitário", inteiramente desconhecido, a menos que se viesse referir ao próprio Código de Processo Civil, teve voto vencido.

Deu-o o Desembargador *Aprígio Ribeiro;* e êsse voto merece destaque:

"Nego provimento.

O autor, pôsto não lograsse colocar a questão em rigor técnico, desvio de que o mesmo julgador se não libertou, forneceu entretanto, os elementos "de fato" que permitem a aplicação da lei, em coincidência às conclusões da sentença.

Entendia êle bater-se em defesa da "marca comercial" e, do êrro, o acêso dissídio.

Se assim fôsse, coberto estaria o apelante de razão, porque o que o autor registrara não foi outro senão o "título da casa"; e é na defesa dêsse que êle se empenha, a despeito de haver usado expressões inadequadas.

Não era possível a êle registrar "marca de fábrica" sôbre mercadoria alheia — os bilhetes lotéricos do Estado, impressos sob modêlo oficial. Gravando nos que revende o título do seu estabelecimento, o que faz é anunciar que foram negociados em sua loja — "A Chave de Ouro"; e aliás êle diz na inicial.

Que fez o réu para se aproveitar da fama conquistada pelo autor, como distribuidor de sortes? Maquinou um desenho, também de chave; e dentro do corpo do instrumento, gravou as palavras — "A Chave de Ouro", passando a sustentar, com angélica inocência, nada haver uma coisa com a outra.

Mas tem, e muito.

As testemunhas, em côro, sustentam que as parecidas insignias têm dado lugar a que numerosos freguêses, supondo negociar com o autor, comprem ao réu, causando àquele considerável prejuízo.

As marcas, para serem violadas, não se quer sejam decalcadas; basta que a contrafação iluda a uma descurada vista, como sucede na espécie em que o réu trata com clientela pouco cultivada, mais afeita às representações sensíveis das imagens, do que a conteúdos gráficos. E tenho que, para lograr cessação das atividades do réu, empregou a ação adequada, porque ela é proibida pela mais severa das leis — o diploma penal. Nesse passo se conjugam e aliam interesses públicos e privados. A ninguém é lícito obter proveitos, contrafazendo marcas, insígnias ou títulos alheios.

E se há uma proibição legal, há de caber ao lesado meios de torná-la concreta e eficaz.

Aprígio Ribeiro".

3 — O reconhecimento judicial do direito de uso exclusivo de título de estabelecimento no município. — Dando provimento, em parte, a apelação cível n.º 88.245, da comarca de Jaú, a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por acórdão de 28 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador AFONSO ANDRÉ, decidiu:

"Apenas quanto ao uso do nome "Padaria B. G." é que os autores têm razão. E a êsse respeito a demanda assume feição distinta dos pedidos fundados em infração contratual.

Em 1945, Irmãos B. registrara a sua firma na Junta Comercial do Estado, inscrevendo ali inclusive a denominação de seu estabelecimento como "Padaria B. G.". Em 1950, interromperam a exploração da "Padaria B. G.", ao locarem aos réus os imóveis e instalações destinados a êsse estabelecimento comercial. Durante a locação, puderam os réus lìcitamente usar da mesma denominação para seu próprio estabelecimento comercial. Cessada a locação, não poderiam, porém, levar consigo, para estabelecimento que constituissem em Jaú, a mesma denominação "Padaria B. G.".

Com efeito, o art. 114 do Código da Propriedade Industrial (Decreto n.º 7.903, de 27 de agôsto de 1945) esclarece que o título de estabelecimento vem a ser a denominação que se lhe dê e capaz de distinguí-lo de outros. O art. 117 mostra que a denominação poderá ser qualquer uma de fantasia ou específica para o título de estabelecimento, com suficiente cunho distintivo. Por exemplo: "Padaria B. G.".

O art. 115 assegura que o registro do título prevalece para o Município em que estiver situado o estabelecimento. O art. 126 revela que o pedido de registro, inclusive de títulos de estabelecimento deverá ser feito perante o Departamento da Propriedade Industrial. Mas o art. 116, que é específico a respeito de títulos e insignias de estabelecimentos comerciais, diz que "serão respeitados os direitos adquiridos na forma da legislação em vigor, decorrentes de registros feitos nas repartições ou órgãos competentes do país".

Ora, o decreto estadual n.º 10.424, de 11 de agôsto de 1939, regulador da Junta Comercial do Estado, atribuiu a êsse órgão proceder ao registro "de quaisquer documentos que, em virtude de lei, devam constar do registro público do comércio ou que possam interessar aos negociantes de firmas registradas ou às sociedades comerciais" (art. 4, n.º 5, "d").

O título ou nome do estabelecimento é elemento importante, que se agrega ao nome comercial; e à Junta, portanto, como decorre do preceito ora transcrito, podia ser atribuído, por fôrça de compreensão, registrar também títulos de estabelecimentos. E foi o que ela fez a pedido dos autores, em 6 de fevereiro de 1945; portanto quase dez meses antes de ser necessário registro diretamente no Departamento da Propriedade Industrial, pois o Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agôsto de 1945 e pelo seu art. 221 entrou em vigor noventa dias depois da sua publicação.

O uso exclusivo da denominação ou título "Padaria B. G.", em Jaú, pelo exposto, cabe à firma Irmão B. Quando êstes transferirem a terceiros o seu estabelecimento é que será necessário o registro do título "Padaria B. G." em nome dos novos donos no Departamento da Propriedade Industrial, como prevê a segunda parte do art. 116 do já citado Código da Propriedade Industrial.

Havendo os réus levado o título "Padaria B. G." para estabelecimento próprio, constituído após deixarem a locação, em outro ponto de Jaú, violaram o direito de uso exclusivo que aos autores, Irmãos B., compete, no referido Município.

Fica pois vedado aos réus o uso do título questionado".

NOTA — Merece o acórdão crítica, que não pode ser dispensada.

1. Aprovando o regulamento do Departamento da Propriedade Industrial, e isso já se disse alhures (*Waldemar Ferreira*, "Instituições de Direito Comercial", São Paulo, 1944, vol. II, § 98, pág. 54, n.º 462), conferiu-lhe o Decreto n.º 22.989, de 26 de julho de 1933, entre outros serviços, o do "registro de marcas de indústria e de comércio, nomes de estabelecimentos, insignias e emblemas". Não se referiu, pròpriamente, ao nome comercial, do que se incumbiu o Decreto n.º 24.507, de 29 de junho de 1934, que dêste cuidou, havendo todavia como nome comercial o título de estabelecimento.

Tem-se desde então o registro de título de estabelecimento a cargo do Departamento da Propriedade Industrial.

O acórdão, como se vê, ignorou esse dispositivo legal, que o Código da Propriedade Industrial não fez mais do que conservar e melhorar; e só essa ignorância é que o podia ter levado a admitir como válido o registro do título de estabelecimento, de que cuidou, "por fôrça de compreensão".

Não tendo a Junta Comercial de São Paulo competência para tal registro no intersticio entre a promulgação do Código da Propriedade Industrial e a data de sua vigência, por ser, já então, do Departamento da Propriedade Industrial, acontece que também não lha conferiu — nem poderia conferir — o Decreto estadual de 11 de agôsto de 1939, no qual o acórdão, com infelicidade, se apoiou.

A atribuição de competência para registro públicos tem que ser conferida expressamente por lei federal e não por interpretação, "por fôrça de compreensão", de lei estadual.

Quer dizer que o registro, que o acórdão afirma ter sido levado a efeito, pela Junta Comercial de São Paulo, do título de estabelecimento "Padaria Bom Gosto", é nulo, de pleno direito.

2. Não importava isso todavia para a solução do caso, pois ao que resulta do próprio acórdão, Irmãos B., que exploravam a "Padaria Bom Gosto", em dado momento, encerraram sua atividade panificadora; e alugaram a terceiro o prédio, em que seu estabelecimento até então funcionara, permitindo que os locatários no mesmo prédio se estabelecessem com o mesmo ramo de negócio, transferindo-lhes as instalações e o mesmo, inclusive o título — "Padaria Bom Gosto", de que continuaram na posse, uso e gôzo.

Cessando o contrato de locação, os locatários se viram na necessidade de mudar seu estabelecimento para outro ponto da cidade, onde continuaram sua atividade, tendo o seu estabelecimento, como dantes, o título de "Padaria Bom Gosto".

Nessas condições, tudo indica que a final foram os reus espoliados, por via judicial, de seu direito de uso do nome ou título de seu estabelecimento comercial.

Secção II

Das marcas de comércio e indústria

4 — O uso privativo da marca de comércio pelo detentor de seu registro dentro de sua vigência. — Por acórdão de 30 de setembro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959 e relatado pelo Desembargador PAULO AFONSO, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgando a apelação n.º 49.242, decidiu assim:

"A apelada propôs contra a apelante ação cominatória, alegando que, sendo detentora da marca "Zimer" de representante exclusive, no Brasil, da "S. M. Company", de Indiana U. S. A. fabricante de aparelhagem médica, viera a saber que a apelante, na concorrência n.º 686, do Ministério da Saúde, ao apresentar proposta, para venda

de uma serra para osso, à prova de explosão, afirmara que êsses aparelho fora fabricado pela Z. de Indiana para a OEC — O. E. Co. Indiana. U. S. A. Não sendo essa alegação verdadeira, propunha a ação, para que a ré, no prazo de 10 dias, retifique a declaração feita na concorrência n.º 686, sob pena de não o fazendo, pagar a multa de Cr$... diários, e se abstenha de usar a marca "Z.", sob pena da multa de Cr$...

Defendendo-se, alegou a ré que havia remetido à firma S. & Co. de New York, uma carta e acompanhada de um pedido, de acôrdo com o catalogo da Z., da qual comprara e vendera várias serras. A Z. fabrica inúmeros artigos para outros estabelecimentos industriais, não mencionando o nome de seus produtos. Não agira, portanto, de má fé, devendo acrescentar que as serras oferecidas são idênticas às outras.

O Dr. Juiz julgou procedente a ação, apelando a ré.

1) Mas a sentença é irrepreensível. A autora, além de titular exclusiva da marca "Z.", para todo o Brasil, é, além disso, a única representante da "Z." M. Company, de Indiana, que nunca fabricou serras para o O. E. Co. a quem foram encomendadas as serras apresentadas pelo ré.

Afirmam, ainda, os peritos que ditas serras são inferiores à de fabricação da Z.

As cominações de Cr$... diárias e Cr$..., para o caso de nova violação estão perfeitamente razoáveis e denotam a tolerância do Dr. Juiz, que reduziu de metade as penas pedidas.

2) Em vista do exposto. Acórdam os Juízes da 3.ª Câmara Cível, unânimemente, negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida, pagas as custas pela apelante".

5 — O uso de marca indicativa de falsa procedência e o característico do crime de ação pública. — Por acórdão de 19 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador JOSÉ MARIS MURTA RIBEIRO e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de novembro de 1959, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação criminal n.º 29.323, decidindo:

"O laudo pericial evidência que os apelantes, como responsáveis pela firma "Indústria e Comércio de Artefatos de Borracha Pará, Ltda", sito à rua Castelo Banco, 220, fabricavam borrachinhas para freios hidráulicos de automóveis, nêles gravando a marca estrangeira "L., Made U. S. A.", indicando, assim, falsa procedência. O auto de prisão em flagrante, que serviu de base à denúncia, ratificado na instrução criminal bem completa a perícia.

Dúvida não há, assim, que os apelantes incorreram na sanção do art. 180, do Decreto Lei n.º 7.903, de 27 de agôsto de 1945 (Código de Propriedade Industrial), que define crime de ação pública, (art. 181 do mesmo Decreto-lei).

Os apelantes não ofereceram qualquer prova em abono da negativa da autoria do crime. Não ofereceram, sequer, razões de apelação para serem apreciadas nesta superior instância, limitando-se a uma simples petição de recurso".

6 — A especialidade da marca de produtos químicos e farmacêuticos. — Por acórdão de 17 de março de 1959, relatado pelo Conselheiro CAMPOS DE CARVALHO e publicado no "Boletim do Ministério da Justiça", de Lisboa, n.º 85, de abril de 1959, pág. 669, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no processo n.º 57.751, decidiu:

"O Laboratório Farmocológico J. J. F. Ltda., desta cidade, requereu o registro da marca industrial e comercial "Poliovacina", destinada a proteger produtos químicos e farmacêuticos.

Opôs-se a associação norte-americana A. P. M. A., sendo a pretensão indeferida por despacho da Direção Geral do Comércio, por a marca não ter eficácia distintiva.

O despacho foi confirmado por sentença e esta pelo acórdão de que o requerente interpôs a presente revista, concluindo na sua douta alegação:

a) a marca "Poliovacina" tem originalidade e eficácia distintiva;

b) individualiza o produto e sugere a ação terapêutica do medicamento;

c) as palavras "Pólio" e "Vacina" indicam, respectivamente, a doença e o medicamento;

d) outras designações podem indicar vacinas contra o poliomielite;

e) a originalidade da palavra "Poliovacina" é semelhante às de "Poliobiótico", "Polister" e "Finameia", já reconhecidas pelos Tribunais.

No seu douto, parecer sustenta o Sr. Procurador Geral da República que a marca não tem eficácia distintiva, como se exige no art. 79 do Código da Propriedade Industrial.

Compete decidir.

Dois são os processos fundamentais da formação de palavras: a derivação, feita por meio de sufixos; e a composição, realizada por meio de prefixos, ou ligando as palavras umas às outras, em ordem a formarem uma só palavra.

O vocábulo "Poliovacina" é uma palavra com posta de duas simples: "Polio", abreviatura de poliomielite — a paralisia infantil epidêmica, e "Vacina", que nos nossos dias corresponde a um grande número de substâncias capazes de produzir a imunidade específica a muitas doenças.

A idéia da palavra poliomielite corresponde às idéias dos seus componentes, o que, aliás, muitas vêzes não sucede.

Simplesmente a palavra "Vacina" foi restringida pelo têrmo "Polio", significando "Poliovacina": vacina contra a poliomielite.

Esclarecida a origem e o significado daquele têrmo, pergunta-se agora: poderá registrar-se, como pretende a recorrente, a marca "Poliovacina"?

Vejamos.

Um dos requisitos essenciais da marca é, como se sabe, o da especialidade, isto é, a marca deve ser distinta de qualquer outra já existente.

O princípio da especialidade não se acha explicitamente enunciado na nossa lei, como sucede, de resto, na generalidade das legislações estrangeiras. Mas resulta de diversas disposições da lei, como por exemplo, dos arts. 74, § 1.º, 79, 93, parágrafo único, 95 e 122, n.º 4.º, do Código da Propriedade Industrial.

Ninguém contesta, em face dêstes preceitos legais, que a marca deve ter eficácia distintiva.

Ora, a primeira consequência dêste princípio fundamental é a de que, quanto às marcas nominativas, não pode admitir-se a simples denominação ou designação necessária ou usual do produto, nem tão pouco a simples indicação das suas qualidades dominantes ou da sua composição.

Como bem frisa o Sr. Professor Pinto Coelho: reconhecer a alguém o direito exclusivo, no campo da marca nominativa, de designar um produto pelo seu nome usual ou vulgar, seria, além de tudo, conferir-lhe um privilégio inadmissível ("Lições de Direito Comercial", vol. I, pág. 363).

Das considerações feitas parece decorrer que a palavra "Poliovacina" é uma expressão correspondente e abreviada da vacina contra a poliomelite.

E sendo assim, aquela palavra é desprovida da eficácia distintiva exigida à marca, não passa da designação usual de um produto, não satisfaz o requisito da especialidade exigido por lei.

É certo ter havido hesitações na jurisprudência, o que bem se compreende em assunto não isento de dificuldades, mas a orien-

tação adotada é, sem dúvida, a que mais se harmoniza com os textos legais citados.

Pelo exposto, nega-se a revista, confirma-se o acórdão recorrido e condena-se o recorrente nas custas".

NOTA — Exigiu o acórdão o requisito da "especialidade" para a admissão da marca a registro, isto é — o de ser distinta de qualquer outra já existente.

Tem-se realmente entendido ser requisito de tôda marca, de um lado, sua novidade; e, de outro, ser suficientemente original, a ponto de se distinguir de qualquer outra já usada e registrada para produto da mesma natureza.

Ora, não se justifica bem que se haja como tal o que, no caso, se houve como especialidade, pois tôda a marca deve não ser reprodução, no todo ou em parte, de marca alheia para distinguir os mesmos produtos ou artigos semelhantes ou pertencentes a gênero de comércio e indústria idêntico ou afim; ou a imitação dessas marcas, de modo que possa ser induzido o comprador em êrro ou confusão; e se considera existente a possibilidade de êrro ou confusão sempre que as diferenças entre as marcas não se evidenciem sem exame ou confrontação.

É assim na lei brasileira.

Exigindo o caráter distintivo da marca, a lei bateu no ponto central do problema, pois a marca se destina a distinguir certo e determinado produto ou artigo de outros da mesma espécie ou genêro, ou mesmo, de certa e determinada classe, onde a lei estabeleceu a classificação dos produtos, para o efeito da especialização das marcas.

Essa especialização, portanto, é relativa: compreende-se na classe do produto a que a marca se haja de aplicar. Tão especial é a marca "Tatú" para a individuação duma ferramenta agrícola, como a marca "Tatu" para a designação dum ferro de engomar ou de um adubo para determinada planta agrícola.

Não era êsse o caso; mas sim o da marca "Poliovacina" para a indicação de medicamento injetável no organismo humano para a cura da poliomelite.

Na inexistência de outra marca já registrada para medicamento idêntico, aquela marca não podia ser vedada ao registro, a menos que se tratasse de marca contendo expressão genérica.

Mas, no caso, o problema não foi examinado por êsse ângulo.

7 — **A imitação de marca por semelhança e a liberação de perdas e danos por ausência de má fé.** — Recebendo, em parte, os embargos à apelação cível n.º 12.872, de PEDRO LEOPOLDO, para suprimir a condenação em perdas e danos e honorários advocatícios, a Terceira Câmara Civil de Embargos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por acórdão de 18 de setembro de 1958, relatado pelo Desembargador MÁRCIO RIBEIRO, decidiu:

"O embargado obteve, em 1946, o registro da marca "A Fazendeira", para a sua aguardente, na classe 42.

O réu, segundo a informação, não chegou a completar o registro, que, por sua vêz, requerera para o produto que fabrica, com nome quase idêntico, a aguardente composta "Azendeira", também incluída na classe 42.

A situação, portanto, entre as partes, é a de um simples usuário de marca registrada por outrem.

Dos rótulos juntos aos autos verifica-se, além daquela quase identidade de nomes, outras semelhanças das duas marcas, sem embargo de sua grande diferença de côr. No rótulo apresentado pelo autor embargado ao Departamento, a vinheta é o rosto de uma roceira, estampado em preto, tendo à sua direita três caules de cana de açúcar; no do embargante encontram-se, em côres vivas, as figuras de três roceiras, uma com um copo, outra com uma garrafa e a terceira empunhando uma palma de cana de açúcar.

Ambas as marcas procuram, enfim, trazer ao espírito do consumidor, por processo quase idêntico, uma sugestão sôbre a origem pura e sã do produto. A semelhança existente entre as duas pode levar à confusão, pois, segundo a própria letra da lei, são consideradas semelhantes as marcas cuja distinção dependa de confronto, isto é, do exame simultâneo de ambas ("Código da Propriedade Industrial", art. 97, n.º 17).

Alegou-se a diversidade da mercadoria. Mas o argumento não colhe. O produto é o mesmo: aguardente, classe 42 da tabela anexa ao aludido Código. Aliás, chega a ser ridícula a argumentação do embargante sôbre divergência de graduação alcoolica: "até 54º G. L.", no outro "21graus centigrados". Também a venda da cachaça, rotulada com a contrafação da marca registrada, ficou comprovada.

A infração portanto se positivou e aliás poderia ser repetida, não obstante a entrega de rótulos e clichés. Todavia — ao que tudo indica — a semelhança das marcas não foi procurada, antes parece inteiramente ocasional.

Ora, isto não altera a substância do pedido do embargado de impedir permanentemente a contrafação. Influiu porém na apuração da responsabilidade do embargante. A má fé dêste só estaria caracterizada se êle continuasse vendendo a aguardente depois de avisado judicial ou extrajudicialmente.

Mas a venda posterior à sua citação não houve e as alegações do embargado de que tentara inutilmente persuadir o embargante a não fazer uso da marca não estão comprovadas. Da carta AR, a que se refere o recibo (de fls.), não se provou sequer o teôr.

A prova de que o embargante persistiu, concientemente, no uso indevido da marca, inexiste; e assim não pode êle ficar sujeito às perdas e danos, inclusive honorários advocatícios.

Não só essas perdas e danos eram decorrência de sua má fé, senão da procedência da queixa crime oferecida contra êle.

Ora, isto não altera a substância do pedido (Código Penal, art. 192), como, de qualquer forma, a existência do dano, real e efetivo, deveria ter sido demonstrada na primeira fase da ação, e não foi".

Secção III

Das patentes de invenção

8 — As diferenças acidentais de forma não excluem a contrafação. — Por acórdão de 10 de junho de 1958, relatado pelo Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário n.º 19.621, de São Paulo, tendo sido o acórdão publicado no "Diário da Justiça" de 16 de agôsto de 1959, pelo seguinte:

"O Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA: — L. V. interpôs recurso extraordinário, com apoio na letra "a" do permissivo constitucional, de acôrdo no seguinte:

"Negaram provimento. Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 83.607, da comarca de São Paulo, em que são apelante L. V. e apelada M. & B. Ltda.: Acórdam em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença apelada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas pelo apelante.

Trata-se de ação cominatória intentada pelo autos contra a ré, para que essa se abstenha de fabricar, expor à venda ou manter em depósito certa mercadoria, cujo modêlo de utilidade constitui patente dêle autor que pede cumulativamente perdas e danos, juros da mora, custas e honorários de advogado, pelos prejuízos já sofridos com o procedimento que entende ilícito da ré.

Foi a ação julgada improcedente e o autor apelou.

Na crítica que faz à sentença, sustenta o autor apelante ter o magistrado julgado a ação improcedente por não ser o produto industrial da ré inteiramente semelhante ou cópia servil do modêlo patenteado dêle autor, e, sustenta com a abalisada opinião do Professor GAMA CERQUEIRA, segundo a qual diferenças acidentais de forma, não devem ser levadas em consideração para

se considerar novo o modêlo, nem excluem a contrafação. Ninguém contèsta essa opinião, nem a sentença teve êsse único argumento a lhe servir de base.

Não baseou o Juiz sua decisão apenas na forma geométrica do modêlo que apenas entrou como um têrmo em suas razões de decidir, mas principalmente na circunstância de haverem as repartições técnicas do Ministério do Trabalho, Departamento da Propriedade Industrial concedido o registro pedido pela ré, reconhecendo as novidades do aperfeiçoamento e utilidade do modêlo da ré, não obstante a impugnação do autor. Além disso, e sôbre tudo, a patente do autor consigna um invento de utilidade já bastante conhecido e vulgarizado. Fica pois pelos próprios fundamentos, confirmada a sentença apelada. São Paulo, 21 de novembro de 1957. MOURA BITTENCOURT, Presidente. — PEDRO CHAVES, Relator. — MURILO FARIA. — O. A. BANDEIRA DE MELO.

O recurso foi indeferido nestes têrmos:

"O que o recorrente pretende, no presente recurso extraordinário, é reativar a discussão sôbre matéria de fato. O acórdão recorrido não negou, antes aceitou a doutrina segundo a qual, em se tratando de privilégios de invenção, as diferenças acidentais de forma não devem ser levadas em consideração para se considerar novo o modêlo, nem excluem a contrafação. "Ninguém contesta essa opinião, diz o acórdão nem a sentença teve êsse único argumento a lhe servir de base. Não baseou o Juiz sua decisão apenas na forma geométrica do modêlo que apenas entrou como um têrmo em suas razões de decidir, mas principalmente na circunstância de haverem as repartições técnicas do Ministério do Trabalho, Departamento da Propriedade Industrial, concedido o registro pedido pela ré, reconhecendo as novidades do aperfeiçoamento e utilidade do modêlo da ré, não obstante a impugnação do autor. Além disso e sôbre-tudo, a patente do autor consigna um invento de utilidade já bastante conhecido e vulgarizado.

Nego seguimento ao recurso extraordinário.

São Paulo, 25 de fevereiro de 1958. — M. GONZAGA.

O agravo está contraminutado e o despacho foi mantido.

É o relatório.

Realmente a espécie não autoriza o extraordinário com apoio na letra "a". O acordam não ofendeu lei alguma, e como acentuou o despacho agravado "não negou, antes aceitou a doutrina segundo a qual, em se tratando de privilégios de invenção, as diferenças acidentais de forma não devem ser levadas em consideração para se considerar novo o modêlo, nem excluem a contrafação".

Nego provimento".

9 — **A indenização por contrafação de patente de invenção.** — Por acórdão de 7 de agôsto de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, e relatado pelo Desembargador VICENTE DE FARIA COELHO, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 42.808, "para, reformando a decisão recorrida, julgar procedente a ação contra os apelados, condenando-os a indenizar os apelantes, conforme fôr apurado em liquidação de sentença, com honorários de advogados, que são fixados em 20% sôbre o "quantum" da condenação pagas as custas pelos apelados, na forma da lei. Trata-se de ação de perdas e danos, com rito ordinário, em virtude de ter ocorrido contrafação de patente de invenção, de n.º 43.810 de 21 de agôsto de 1953, relativa a "fichário de cartões soltos", sob a alegação de que os primeiros réus E. J. D. & Cia. Ltda., fabricaram e os demais réus distribuiram e expuseram à venda aparelhos idênticos aos protegidos pela aludida patente, deferida aos autores, ora apelantes.

Antecedeu à propositura da ação, a busca e apreensão dos produtos contrafeitos.

A ação foi contestada sob a alegação de falta de originalidade no objeto garantido pelo privilégio deferido aos autores, por ter há muito, caído em domínio público. Os primeiros réus informaram que só começaram a fabricação, após haverem obtido o registro de modêlo de utilidade concedido pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial.

Arguiram os segundos réus, os únicos que apresentaram alegações no recurso, que não poderiam conhecer a contrafação, desde que os fabricantes estavam amparados por registro de modêlo de utilidade. Os terceiros réus alegam não terem chegado a distribuir o produto, não havendo, assim prejuízo a reparar. O Dr. Juízo "a quo" julgou a ação improcedente, por considerar não ter ficado provada a aludida contrafação, desde que não foram submetidos a exame pericial os produtos apreendidos e dados como contrafeitos, notando, ainda, que os primeiros réus haviam obtido do Departamento Nacional de Propriedade Industrial patente de modêlo de utilidade para os objetos, que foram apreendidos. Pela decisão, determinou esta Câmara se realizasse, em diligência, a indispensável perícia técnica, deferindo ao Dr. Juiz da Primeira Instância a presidência da prova, vendo-se o laudo do perito indicado pelos autores, ora apelantes, único que funcionou na diligência, por não terem os demais litigantes feito qualquer indicação. Foram trazidos aos autos, vários documentos capeados pela petição (de fls.), sôbre os quais foi ouvida a parte adversa, como determinado no

despacho (de fls). Isto pôsto: Vê-se que, diante das provas colhidas no processo, principalmente em atenção ao resultado do exame pericial determinado por esta Câmara, a sentença, ora em recurso, não poderá prevalecer. Assim é que o laudo do perito, que funcionou na vistoria, está positivo, no sentido de ter havido a arguida contrafação, bastando, para isso certificar, que se leia o seu contesto, principalmente a resposta, que foi dada ao quinto quesito: "Face a êsses dispositivos legais, portanto, a resposta é afirmativa, isto é, a fabricação dos aparelhos "Telematic" constitui violação aos direitos protegidos pela invenção 43.810".

Ficou positivada a contrafação. Esta, aliás, tinha sido reconhecida, sem dúvida, pelos réus, ora apelados, desde que nunca nestes autos negaram a sua existência; apenas arguiram que a patente de invenção dos autores seria nula, por estar o objeto em domínio comum e por ter o fabricante registro de modêlo de utilidade.

Com relação a esta última parte da defesa, que foi adotada pelo Dr. Juiz "a quo" ruiu por terra, ante a informação trazida pelo documento, mostrando que o registro de modêlo de utilidade, requerido pelo primeiro réu E. J. D. & Cia. Ltda., foi finalmente, negado pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial, por decisão que ficou irrecorrída. Ante tal situação e os elementos de prova constantes dos autos, é de ver-se que outra situação não há senão a de julgar procedente a ação contra os apelados, uma vez que a desistência requerida, quanto aos primeiros réus, não foi homologada, dada a resistência oposta pelos demais co-réus.

Além do mais a ação é procedente contra os apelados, porque, como é de conhecimento geral, a contrafação de patente de invenção se caracteriza, não só com o fabricar o produto objeto do privilégio; mas, também, entre outras hipóteses aventadas pela lei, com o expor à venda os produtos contrafeitos, o que se verifica reconhecendo-se ao Decreto-lei n.º 7.903 de 27 de agôsto de 1945, em seu art. 169".

10 — A interpretação restritiva dos privilégios de invenção. — Por acórdão de 29 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 43.499, pelos fundamentos que se seguem:

"Nega-se provimento ao agravo que indeferiu a conferência de fotocópias, uma vez que o título a que ela se refere está comprovado por publicação no "Diário Oficial" e não houve qual-

quer controvérsia sôbre a autenticidade. Nega-se, igualmente, provimento ao agravo no auto do processo. Indeferida prova testemunhal no despacho saneador, sem interposição de recurso, não pode a parte insistir na mesma, por ocasião da audiência.

No mérito, verifica-se que autor e réu fabricam velas numeradas para bôlos de aniversários. A perícia salientou que há várias fábricas dêsse artigo e em atividade desde longa data. O autor patenteou um determinado desenho. Pretende que seu privilégio compreende qualquer vela numerada. Os privilégios, entretanto, interpretam-se restritamente.

Se existem outras fábricas dêsse produto e o autor não contesta, segue-se que sua patente se refere ao desenho. Não pode, pois, impedir que outros desfrutem de clientela, desde que não utilizem a forma artística que a caracteriza.

À perícia considerou diferentes e inconfundíveis os desenhos, bem como a apresentação e a marca de cada um. Aliás, o fato de adotar marca é suficiente para mostrar que o autor não podia impedir o fabrico de velas numeradas pelo réu.

Por outro lado, a patente não foi concedida com a clareza necessária. Lidas as palavras, sem espírito prevenido pode levar pessoa desfamiliarizada com preceitos de hermenêutica, a crer que há um privilégio maior do que o existente.

Assim sendo, não se pode, "data vênia" do ilustre Juiz, prolator da decisão recorrida, reconhecer culpa, mesmo levíssima no comportamento do apelante. Ora, não pode haver reposição de danos, onde não existir culpa, ainda que levíssima, porém, nítida. Dá-se, pois, provimento em parte ao recurso de apelação para excluir a condenação em pagar perdas e danos e honorários. Custas pelo apelante, exceto as do recurso que se contarão por metade".

11 — A anotação de transferência de patente de invenção a estrangeiro não residente no país. — Por acórdão de 30 de maio de 1955, retardatàriamente publicado no "Diário da Justiça" de 17 de novembro de 1959, o Tribunal Federal de Recursos negou provimento ao recurso de petição de mandado de segurança n.º 4.305, do Distrito Federal, de acôrdo com os seguintes votos:

O Exmo. Sr. Ministro MOURÃO RUSSELL — Pretende a União Federal, pelo presente agravo, a reforma da sentença que concedeu a segurança requerida por T. B. L. Company Ltd. contra ato do Sr. Diretor da Divisão Jurídica do Departamento Nacional da Propriedade Industrial do Ministério do Trabalho.

Contraminutando, diz a agravada, quanto à preliminar, de não poder a impetrante valer-se do mandado de segurança, por ser es-

trangeira, não domiciliada no Brasil; que a resposta a êsse argumento acha-se no item I da petição da impetrante, que mereceu do ilustre Juiz sentenciante inteira acolhida. Quanto ao mérito, que a agravante nenhum argumento apresenta no sentido de provar que a recusa da autoridade coatora tenha alguma base jurídica; e, desenvolvendo mais alguns argumentos, ratifica suas petições anteriores, propugnando pela manutenção da sentença.

A douta Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer.

É o relatório.

Sr. Presidente, há uma preliminar de não cabimento do mandado de segurança, por se tratar de uma sociedade estrangeira, da firma T. B. S. Company Limited. A preliminar se baseia no art. 141, da Constituição Federal e sua improcedência foi bem sustentada pela impetrante.

Estou com a impetrante, no caso, porquanto, realmente, pela letra expressa da Constituição não caberia o mandado de segurança por se tratar de uma sociedade estrangeira, eis que só nacionais poderiam requerer tal medida. Mas a impetrante demonstrou, na petição referida, e agora oralmente, que, pelo art. 1.º da Convenção de Paris, revista sucessivamente em Bruxelas, Madrid e, finalmente, em Haia em 1925, ficaram autorizados os cidadãos estrangeiros de cada país contratante, a gozarem, nos demais países da União, no que concerne à proteção da propriedade industrial, das vantagens e meios de defesa, que as leis concedem. E a impetrante, Sr. Presidente, demonstrou que, por essa Convenção, foram estendidos os benefícios a estrangeiros não residentes no país, para usar de quaisquer meios de defesa. E o mandado de segurança é um dos meios de defesa do direito. Rejeito, assim, a preliminar.

O Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DE AGUIAR DIAS — Também rejeito a preliminar, mas fui nominalmente citado pelo advogado, da tribuna; e tenho que explicar por que assumi opinião diferente.

No despacho por êle referido, tratava-se de direito que só poderia mesmo ser exercido por brasileiros, ou estrangeiros residentes no Brasil. Não dou valor absoluto a êsse preceito de exercício só a brasileiros, ou estrangeiros residentes no Brasil porque o estrangeiro, em águas brasileiras, ainda não é residente: e, se precisar do mandado de segurança, o terá. Também o estrangeiro que pretende vir para o Brasil e precisar do mandado de segurança o terá.

No caso referido pelo advogado, não havia nenhuma dessas circunstâncias; e indeferi a medida por essa razão.

Na hipótese, há uma circunstância de fato e de direito. É que a Convenção de Paris estabeleceu que os súditos dos países signatários têm reciprocidade de tratamento, no tocante aos meios pro-

cessuais a invocar para proteção de direito. A preliminar cai em face dêsse acôrdo internacional que, pelo nosso sistema, uma vez ratificado, constitui verdadeira lei brasileira.

Rejeito a preliminar.

O Exmo. Sr. Ministro CUNHA VASCONCELLOS — Acolho a preliminar.

O Exmo. Sr. Ministro ALFREDO BERNARDES: — Acompanho o voto do Ministro CUNHA VASCONCELLOS.

O Exmo. Sr. Ministro CUNHA VASCONCELLOS — Pela ordem, Sr. Presidente. Diante da lição magnifica que acabamos de ouvir, confesso meu êrro e me retifico.

O Exmo. Sr. Ministro ALFREDO BERNARDES — Havia acompanhado o eminente Ministro CUNHA VASCONCELLOS sem maior exame da matéria. A questão foi submetida quase de improviso ao Tribunal e pareceu-me que as considerações daquele eminente Ministro procediam. Ouvindo, agora, o voto que acaba de proferir o Ministro ARTUR MARINHO, ficaria mal com a minha consciência se quisesse persistir em êrro em que me encontrava. Retifico o meu voto.

O Exmo. Sr. Ministro JOÃO FREDERICO MOURÃO RUSSEL — No mérito, nego provimento para confirmar a sentença que concedeu a segurança determinando a autoridade coatora a proceder ao exame da transferência da patente requerida pelo impetrante. O nobre advogado, da tribuna, informou que a autoridade coatora, frente ao estabelecido na sentença — que tem efeito imediato — terá procedido como o ordenado.

Mas de qualquer forma, se o Tribunal, decidindo a questão, concordar com o meu ponto de vista, ficará, então, confirmada a sentença; e o resultado será o já executado pela autoridade impetrada.

Confirmo a sentença porque, realmente, o ilustre Dr. Juiz "a quo", depois de demonstrar, a meu ver de modo seguro, que à data em que foi proferido o despacho pela autoridade impetrada já estava extinto o prazo de validade da patente de invenção, concluiu da maneira por que o fêz em razão de terem sido requeridas as anotações antes de findo aquêle prazo. Não tenho dúvida alguma, como não teve o Dr. Juiz "a quo", de que a patente teve seu prazo de validade extinto antes do despacho proferido pela autoridade impetrada.

Como tem grande importância, para qualquer discussão futura, a confirmação da decisão neste ponto, lerei os fundamentos da sentença.

Posteriormente a essa data — 27-10-43 — foi que veio o despacho negando a anotação pretendida pelo impetrante; e, àquela

data, já estava, de fato, extinto o prazo da patente. Isso não impedia, no entanto, que, requerida a anotação antes de findo o prazo, fôsse esta feita. Naturalmente que a autoridade impetrada teria o direito de examinar o cabimento da anotação, mas não poderia impedí-la pela simples extinção do prazo.

Devo acrescentar, ainda, que a parte justificou o motivo por que pretende a anotação da patente, mesmo extinto o prazo de sua validade. Diz que durante certo lapso de tempo ficou impedida de propôr as ações que entende cabíveis em defesa de seu direito. Realmente, feita a anotação, a ela caberiam as ações necessárias à defesa do seu direito.

Nego provimento ao recurso da União Federal e ao apêlo de ofício para confirmar a sentença recorrida.

NOTA — É sugestivo o debate travado no julgamento do recurso, de que se originou o acórdão, cujos argumentos são os dos julgadores.

Por êle se tem o espelho de como se julgam as questões no Tribunal Federal de Recursos: os Ministros proferem seus votos, decidindo o direito das partes, sem pleno conhecimento de matéria.

Os votos se sucedem, ministrando as revisões os seus, confiados no relator; e assim é na maior parte dos casos.

Nem sempre um dos Ministros, mais conhecedor do assunto, ou mais atento ao voto do relator, interrompe os votos de acôrdo com o relator, para divergir e provocar quiça subsequentes votos idênticos.

Nem todos, como o fez o Ministro *Cunha Vasconcelos*, têm coragem de confessar o seu êrro em público e razo; e voltar atraz.

Pena é que o debate não fornece elementos para apreciação do caso; e é bem possivel que a razão estivesse com o Diretor do Departamento Nacional da Propriedade Industrial denegando averbação de transferência de patente, cujo prazo se extinguira, caindo, portanto, no domínio público.

§ 1.º

Da concorrência desleal

12 — O crime de falsa afirmação tendente a gerar confusão sôbre as qualidades do produto. — Por acórdão de 29 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador ALBERTO MOURÃO RUSSEL e publicado no "Diário da Justiça" de 2 de julho de 1959, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação criminal n.º 29.584, confirmando a sentença que condenou o apelante nas penas do art. 196 do Código Penal à multa de Cr$..., eis que, quanto às preliminares arguídas, são elas manifestamente improcedentes.

Em relação à preliminar do vício da citação por editais, é de se salientar que foi o apelante procurado em seu escritório nesta

Capital, onde não foi encontrado e onde sua própria secretária e sobrinha informou que êle se encontrava na Bahia, sem esclarecer o local preciso. Ademais, em seu interrogatório diz o réu que, na citada ocasião, se achava fora desta Capital, sem precisar o local com clareza de modo a ser expedida precatória.

Quanto ao cerceamento de defesa é de se salientar que o apelante foi revel, só comparecendo a Juízo, findo os prazos legais, após o de diligências, donde só lhe ser dado oferecer alegações finais, o que fêz.

No mérito, a simples leitura das publicações feitas pelo réu, demonstraram, à saciedade, que, feitas com sentido dúbio, sòmente podiam prejudicar um produto e uma sociedade nacional, do mesmo nome da estrangeira.

Assim é que o produto "Apisserum, geléia real estabilizada, era imitada por Apicure e que a Sodipa fôra condenada pelos Tribunais franceses a perdas e danos e o fabricante do produto a três meses de prisão pelo Tribunal Correcional, fazendo confusão no espírito público, citando um fato verídico passado no estrangeiro, mas sem qualquer relação com a sociedade nacional e seu produto "Apicure", fabricado no Brasil.

Pena bem dosada face a ser o réu primário".

§ 2.º

Dos direitos autorais

13 — **As criações de linha original de vestuário feminino, o plágio e seu aproveitamento por terceiros.** — Por acórdão de 5 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador HUGO AULER e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 45.213, pelos seguintes fundamentos:

"Preliminarmente: O agravo no auto do processo interposto reduzido, não está a merecer provimento por isso que é perfeita a legitimidade passiva "ad causam" da segunda apelante na presente ação.

A invocação do art. 184 do Código Penal, feita na petição inicial, revelou com nítidos contornos a legitimação passiva da segunda apelante visto como também constitui crime contra a propriedade intelectual vender, ou expôr à venda, adquirir, ocultar ou ter em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação do direito autoral.

Na espécie, a segunda apelante estaria expondo à venda modelos da Linha Y adquiridos de C. D., segundo confessou em sua contestação o qual, por sua vez, ao criá-los, teria usurpado obra original do primeiro apelante que alega ser de sua autoria idêntica criação.

Tratar-se-ia, pois, pôsto que "in abstracto", do crime de contribuição ao êxito de contrafação a que se refere o parágrafo único da invocada disposição legal. E nessa hipótese, como bem diz o Ministro NELSON HUNGRIA, "deve entender-se que o agente não participou da impressão, composição ou fatura da obra fraudulenta (seja no país, seja no estrangeiro), mas vem, "ciente da fraude" a prestar auxílio à sua difusão, vendendo-a ou expondo-a à venda, adquirindo-a, ocultando-a ou recebendo-as em depósito para o fim de venda.

Não se trata de uma hipótese de "receptação" especialmente incriminada, mas de concurso à execução do crime (que não é apenas a fraude na impressão, composição ou fatura da obra, senão, também, necessàriamente, a sua subsequente divulgação), entendendo a lei de configurar na espécie um crime autônomo (como modalidade de contrafação).

Não importa que o agente (vendedor, expositor à venda, adquirente, ocultador ou depositário) proceda "lucri faciendi causa" ou para prestar um favor ao anterior contrafator". (Comentários ao Código Penal", Rio, Ed. "Revista Forense", 1955, vol. VII, n.º 114, pág. 335).

Como, porém, o perito da segunda apelante afirmou que não se trataria de exposição e venda de modêlos de C. D., mas de reprodução de modêlos dêsse figurinista francês que nesse sentido lhe dera a competente autorização, então a hipótese seria de reprodução abusiva de creações que não seriam daquele costureiro parisiense, mas originais do primeiro apelante e, dêsse modo, o que se teria em vista seria um caso de usurpação de obra alheia, previsto no art. 184 do Código Penal. Mas de qualquer forma, o procedimento imputado à segunda apelante na petição inicial seria um daqueles ilícitos penais a envolver o ilícito civil, dando lugar à aplicação do § 1.º do art. 667 e do art. 669 do Código Civil.

"De Meritis": O desate da questão ora submetida ao presente recurso de apelação está na noção que se deva ter no campo da arte figurativa da denominada Linha Y sob o prisma do direito autoral.

Ora, em matéria de estética do vestuário da mulher a Linha Y nada mais é do que uma linha, um símbolo, uma constante geométrica, pois todos os modêlos de vestido desenhados à luz dos con-

tornos dessa letra do alfabeto guardam a silhueta do Y com as suas três hastes a formar uma figura angular. Nessa linha de vestuário, as roupas têm os ombros largos com as cavas das mangas descendo em ângulos abertos de modo a permitir o movimento dos braços e o relêvo do torax, estreitando-se triangularmente e envolvendo o busto de onde descem os traços em diagonal até cruzarem em vértice na cintura onde, confundindo-se na mesma linha da sáia justa, vão novamente afinando até os membros inferiores onde terminam quase em vértice, configurando-se a letra Y do alfabeto. Essa linha se caracteriza, pois, por um triângulo compreendido pela horizontal dos ombros e pelas laterais afinando em direção à cintura de onde tomba a sáia em linhas retas aderentes ao corpo, o que proporciona ao conjunto uma impressão da figura geométrica correspondente a dois cones sobrepostos na mesma posição. E dentro dessa linha, dêsse símbolo, dessa diretriz, dessa constante, é que então surgem os modêlos dos vestidos e, portanto, as creações. Em consequência, logo se está a ver que a denominada Linha Y não é um modêlo de vestido, como não o foi a Linha H, como não o são modernamente o "saco" e o "trapézio", mas uma idéia, uma concepção.

E como se não ignora, porque seja de sabença por demais trivial, não há plágio de concepção ou de idéia em matéria de artes figurativas no campo do artezanato. Em verdade, nas artes figurativas, o equivalente à idéia na gênese da criação é um conjunto de dados visuais que o artista extrai de sua imaginação, de obras preexistentes e do mundo exterior.

Dêsse modo, o artista não pode reivindicar para a sua concepção ainda em matéria bruta, pôsto que animada por seus dados visuais o direito autoral. Mas creada a obra com base naquela soma de impressões, dado à concepção o toque da originalidade e da individualidade de seu autor, então surge a "res" digna de proteção legal.

Na hipótese, o primeiro apelante não afirma, nem poderia afirmar, haver a segunda apelante exposto à venda vestidos que constituiriam reproduções abusivas dos modêlos de sua creação, apresentando-os como se fôssem de C. D., nem que fôssem por êsse último confeccionados sob sua etiqueta.

Pelo contrário, afirma que a segunda apelante teria confeccionado vestidos inspirados na Linha Y de sua creação, dando todavia como sendo daquele figurinista francês aquela concepção de moda feminina inspirada geomètricamente naquela letra do alfabeto. Seria, portanto, um plágio de concepção. Mas aí não há ilícito civil e não ocorre ilícito penal por isso que domina a

matéria a norma jurídica, segundo a qual não se considera ofensa aos direitos do autor a utilização de um trabalho de arte figurativa para obter obra nova — dí-lo o inciso VIII do art. 666 do Código Civil.

Como bem o diz o saudoso CARVALHO SANTOS, "um artista pode se inspirar em uma obra já existente sem que" "incida na censura da lei. A obra de arte já existente serve apenas para lhe despertar, ao artista, certas aspirações e certos sentimentos, que o conduzem a fazer uma obra, embora semelhante, tôda sua, com a marca de sua individualidade. Muitas vêzes isso redundará, em plágio, mas tal como acontece no plágio literário, embora censurável e imoral, não é punido pela lei. Outras tantas vêzes não haverá, em rigor um plágio, pois as inspirações brotadas da mesma fonte, as concepções oriundas de iguais motivos, forçosamente farão surgir obras de artes com algumas semelhanças" ("Código Civil Brasileiro Interpretado", Rio, Ed. Freitas Bastos, 1937, 2.ª ed., vol. VIII, n.º 9, pág. 474).

De qualquer forma, a verdade, porém, é que, em matéria de alta costura, não se poderá pròpriamente falar de contrafação. E a França de FATH, DIOR, BALMAIN, dêsses, que vêm ditando a moda, há de também dizer do direito em matéria de estética do vestuário feminino em face da lei. E dí-lo através de RENÉ RODIÈRE, segundo o qual é preciso não perder de vista a circunstância de que a proteção dos artigos de moda será sempre elidida pelo fato de que a "moda", no sentido exato dessa expressão, tem de certa forma um caráter coletivo e que durante um certo período de tempo correspondente à determinada moda tem sempre uma semelhança geral, por exemplo, se a moda se caracteriza pelo emprêgo por tal tecido ou por tal forma (imitação das modas de um povo antigo, egípcio, indu, etc...).

Então se chega à conclusão de que o gênero ou o tipo da fabricação não poderão ser protegidos, mas sòmente certos detalhes, porque não se poderá incriminar um contrafator simplesmente pelo fato de ter êle procurado seguir a moda; é necessário uma reprodução servil para que se possa falar em contrafação, não sendo suficiente que o costureiro e a modista se tenham inspirado na moda em curso ("La Propriété Industrielle", Paris, Recueil Sirey, 1954, Tomo II, n.º 225, págs. 427 e 428).

Isto porque o costureiro ou a modista é constrangido a inspirar-se na moda, ou melhor, no gôsto do momento, pela necessidade de obedecer a uma concepção passageira de linhas (eis as linhas A, H, e Y), de formas (a linha "saco" e a linha "trapézio") e de eleição de côres, por conseguinte, os vestidos, os chapéus, os casacos

e outros objetos da "toilette" feminina apresentam em cada estação, quanto ao seu aspecto geral, um número relativamente pequeno de tipos e, dessarte, a simples imitação do caráter geral de tais tipos não poderá constituir uma contrafação — disse em um célebre aresto de 18 de julho de 1934 a Côrte de Apelação de Paris. E pelos mesmos fundamentos foi que um acórdão de 6 de fevereiro de 1953 do Tribunal de Comércio de Lille, afirmou que as creações de estação tombam ràpidamente no domínio público e perdem, em consequência, o benefício da proteção do direito autoral ("Obr. cit.", tomo II, n.º 225, pág. 428 e nota 3).

E finalmente, HENRI DESBOIS, Professor da Faculdade de Direito de Grenoble, abordando a mesma questão, explicou com muita propriedade aquela solução, afirmando que se os costureiros não pudessem impunemente apropriar-se dos elementos originais de uma creação em a qual não tiveram a menor intervenção, mas cujo sucesso é manifesto, estariam na impossibilidade de satisfazer a clientela e, dessarte, as novidades da estação estariam reservadas ao seu autor e, portanto, aos únicos clientes que pudessem suportar o tributo exigido por seu creador ("Le Droit d'Auteur", Paris, ed. Delloz, 1950, n.º 88, pág. 10).

Por todos êsses fundamentos é que se impõe o desprovimento da primeira apelação para o efeito de confirmar a sentença recorrida, julgando improcedente a ação.

E melhor sorte não poderá ter a segunda apelação, eis que o reconhecimento da legitimidade passiva "ad causam" dá segunda apelante e a complexidade do problema de direito autoral aflorado na pretensão jurídica unilateral estão a autorizar a partida da mesma prestação jurisdicional, que, por sua vez, julgou improcedente a suplica reconvencional.

14 — A ilegitimidade da reprodução de obra não caída no domínio público a pretexto de melhorá-la ou comentá-la, sem permissão do autor. — Por acórdão de 22 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte à apelação cível n.º 46.199, pelo seguinte:

"Em referência ao mérito, ajuizou o apelante a presente ação cominatória, invocando o estatuído no art. 302, n.º XII, da lei adjetiva civil, a fim de compelir o ora apelado a não reproduzir, sem a devida licença, o seu "Novo Método de Taquigrafia e Apêndice", cominando a multa diária de mil cruzeiros, a partir da citação, perdas e danos que se apurarem, custas e honorários de advogado.

O Dr. Juiz "a quo" julgou improcedente a ação, condenando o ora apelante ao pagamento das custas, reconhecendo em última análise, que não havia originalidade no trabalho do apelante, a fim de ensejar a proteção legal, acrescentando, a seu turno, que o ora apelado não seguiu cègamente o sistema, tendo adotado método didático que lhe pareceu mais próprio e introduziu algumas inovações, bem como assinalou que o próprio apelante reconheceu que o apelado não usufruia vantagens econômicas, pois era deficitário o seu curso, mantido por absoluto idealismo, acentuando, finalmente, que os arts 649 e 663 do Código Civil não se aplicam ao caso vertente.

A prova pericial veiu positivar, sem sombra de dúvida, que as inovações aduzidas pelo apelado não justificam a conclusão de se tratar de obra independente do sistema desenvolvido, como bem apreciou o perito desempatador não se devendo esquecer, por outro lado, que o próprio apelado, em seu trabalho, reconheceu o detalhe, tanto que acrescentou, sem rebuços, que o trabalho não dispensava o livro do autor, claro que representou, apenas, algumas inovações, vulnerando o princípio consignado no art. 663 da lei substantiva civil, dês que não se muniu da prévia autorização do apelante.

Justifica-se o dispositivo legal — acrescentou o preclaro CARVALHO SANTOS — primeiramente porque qualquer acréscimo, mesmo anotação, ou comentários, alterariam a obra, sôbre a qual o autor tem direitos de publicá-la tal como entende, podendo mesmo julgar que os comentários ou anotações são inoportunos ou incabíveis, ou se os julga procedentes, poderia querer reservar para si êsse direito de fazê-los. E êsse seu direito é incontestável, porque os comentários e anotações formando com a obra um todo, desde que publicados com ela, viriam a prejudicá-lo nos seus direitos pessoais de autor, traduzidos na faculdade que lhe confere a lei de não permitir que se faça, sem sua autorização, qualquer alteração na sua obra, qualquer modificação ainda que seja para melhorá-la. Em segundo lugar, se os comentários e anotações são publicados com a obra, formando com ela um só corpo, verificar-se-á um trabalho comum, aos dois autores e, como muito bem se expressa CLÓVIS BEVILÁQUA, não é concebível uma obra de colaboração sem acôrdo dos colaboradores (obr. cit., com. ao art. 663) (Cód. Civil Brasileiro Interpretado", vol. VIII, págs. 457 e 458).

Afirmou-se, a seguir, que o sistema não era o original, pois provinha do idealismo por AIMÉ PARIS, porém a prova pericial também positivou, sem sombra de dúvida, que o método do ora apelante, na terceira edição, se aproximava muito do de AIMÉ PARIS,

"pois quase todos os sinais por êste adotado foram admitidos pelo Prof. LEITE ALVES", acrescentando que tal circunstância não era de se estranhar, mas o próprio apelado, em defesa, acrescentou que, "da quarta edição em diante, graças ao trabalho do réu e dos Professores CAMILO BADIN e CARLOS WUTK, o livro do autor se foi gradativamente diferençando do paradígma gaulês", tanto que, na oitava edição, conseguiu o apelante o registro de seu trabalho.

Afirmou a decisão recorrida, que o apelado não usufruia vantagem econômica, mas em relação, apenas, ao curso por correspondência, consoante os têrmos da fotocópia sabido que o apelado sempre manteve o curso de taquigrafia, sendo sugestiva a fotografia, apesar de se cuidar de um torneio taquigráfico.

Nem se argumente com a autorização, pois alí ficou reconhecido o direito, apenas, de adaptação do método ao inglês comercial, além de uma coleção de abreviaturas comerciais e parlamentares".

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS E INSTITUTOS DA NAVEGAÇÃO E TRANSPORTES MARÍTIMOS E AÉREOS

AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO TRANSPORTE MARÍTIMO E AÉREO

§ 1.º

Do abandono

1 — O conceito do abandono liberatório. — Por acórdão de 12 de dezembro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 21 de dezembro de 1959, o Supremo Tribunal Federal, considerando-se competente para o conhecimento do pedido, julgou improcedente a ação rescisória n.º 463, de conformidade com os votos que se seguem:

"O Sr. Ministro A. VILLAS BÔAS — Trata-se de ação rescisória, sendo autores S. A. Casa D. J. S. e D. M. Ltda. e ré Madeireira R. S. S. A.

O caso, em rápidos traços, é o seguinte:

O acórdão, que pôs têrmo, na Justiça local, a contenda entre as partes, salvo uma emenda feita em embargos, tem esta ementa: "A responsabilidade do dono do navio abalroador pelos danos causados ao navio abalroado, subsiste mesmo após a venda daquele navio. Indenização do dano calculado com base em critério da perícia".

Os litigantes manifestaram recurso extraordinário, não logrando conhecimento da Egrégia 2.ª Turma.

O voto do eminente Relator, Senhor Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, foi êste quanto ao recurso dos autores desta rescisória: "Visa ofensa aos arts. 494 e 470 do Código Comercial, porque não foi reconhecido o abandono liberatório...

O recurso não tem cabimento. Foi interposto do acórdão proferido nos embargos, que não pode apreciar a matéria referente ao abandono liberatório, quando o deveria ter manifestado do acórdão anterior, daquele que decidiu em definitivo a questão. Êsse acórdão foi a decisão última, de última instância, porque unânime quanto à matéria resolvida: não renovável nos embargos, face ao art. 833 do estatuto processual.

A coisa julgada, na hipótese em aprêço, não pode ser atacada pelo recurso extraordinário".

Foi pedida a anulação da sentença e do acórdão que a confirmou por haverem desprezado o disposto no art. 494 do Código Comercial.

Mas, o Segundo Grupo de Câmaras Cíveis declinou da competência para êste Egrégio Tribunal, que, a seu ver, teria encampado a decisão rescindenda.

Oficiou o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral que opinou pela improcedência da ação.

À revisão.

Senhor Presidente, à Egrégia 2.ª Turma foi submetido o litígio, mediante recursos dos litigantes.

Sôbre o das autoras, houve o pronunciamento constante do relatório; não se tomou conhecimento do seu apêlo, porque fôra manifestado intempestivamente.

Sôbre o da ré, assim se decidiu, com a adoção do voto do eminente Relator: "Quanto ao segundo — da Madeireira R. S. S. A., procura-se incluir na condenação os lucros cessantes. Argumenta com ofensa aos arts. 470 e 749 do Código Comercial e art. 20 do Decreto n.º 15.788, de 1922. Ainda alude a ofensa à Convenção Internacional promulgada pelo Decreto n.º 351, de 1935. Não encontro ofensa a êsses preceitos. O acórdão os interpretou com a maior clareza, sem que possa autorizar recurso com apoio na letra "a".

Compete a êste Egrégio Tribunal processar e julgar originàriamente as ações rescisórias dos seus acórdãos (Constituição, art. 101, n.º I, K).

Foi, nesta causa, pedida a anulação da sentença e do acórdão da 4.ª Câmara Cível, porque violaram o art. 494 do Código Comercial. Não se tocou no acórdão dêsse Egrégio Tribunal. Observe-se, porém, que, como houvesse unanimidade no que toca ao

abono liberatório, deviam as vencidas manifestar, na oportunidade, recurso extraordinário; e, porque não o fizeram, a Egrégia 2.ª Turma se eximiu do conhecimento do assunto, por intempestividade do apêlo; entretanto, rejeitando também o recurso da outra parte, emitiu conceitos acêrca da aplicação de outros dispositivos legais.

De algum modo, a rescisão da sentença, com a aceitação do alegado pelas autoras, produziria efeito anulatório do julgado dêste Egrégio Tribunal, cuja competência, para conhecer do pedido, assim, se me afigura estabelecida.

Eis como ficou resolvida a questão do chamado abandono liberatório:

1 — Da sentença: "Com o intuito de atenuar a responsabilidade dos proprietários de navios o direito instituiu o abandono liberatório, modificando o princípio da responsabilidade ilimitada. No caso em exame, a ré, quando vendeu o navio sabia da existência da responsabilidade, de modo que decaiu do direito de abandonar, renunciando-o de modo que deve ser aplicado à hipótese o princípio geral da responsabilidade ilimitada. — ...Ora se o proprietário, por ato próprio, alienou a sua fortuna do mar, não mais poderia abandoná-la por não ter qualidade essencial para tanto. — ...Note-se que, no caso, a "D. N. Ltda." que adquiriu o navio e da qual é a ré uma das maiores acionistas, pretendeu fazer o abandono liberatório do mesmo, faculdade só concedida excepcionalmente ao responsável, proprietário da embarcação no momento do acidente, nem havendo discussão sôbre êsse ponto na doutrina".

2 — No acórdão: "No caso dos autos, não ocorreu a hipótese do abandono liberatório, como bem fêz sentir a sentença apelada".

A leitura atenta da sentença, que é da lavra do Dr. ALOYSIO MARIA TEIXEIRA, revela um estudo perfeito de faculdade outorgada no art. 494 do Código Comercial: "Essa responsabilidade cessa, fazendo aquêles (proprietários e compartes) abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem".

Tratando-se de um benefício excepcional, argumentou o Magistrado que não podia ter ela a latitude pretendida pelos interessados.

E da alienação do navio deduziu, mui judiciosamente, a extinção do direito ao abandono liberatório.

Não houve ofensa à literal disposição da lei.

Ao contrário, foi esta aplicada com ponderação e acêrto.

Julgo improcedente a ação.

O Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA — Dou pela improcedência. Meu voto no recurso extraordinário não incorreu em decisão contra a lei".

§ 2.º

Do transporte

2 — **O reembôlso da seguradora do pago pela indenização de avarias ao dono da carga.** — Por acórdão de 16 de maio de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY PEREIRA DUARTE e publicado no "Diário da Justiça" de 26 de fevereiro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível n.º 44.351, nestes têrmos:

"Agravou-se no auto do processo pela inadmissibilidade de reunião de cobranças de transportes diversos e por faltar a exibição da apólice do seguro. Nenhuma das impugnações oferece importância. Em se tratando de ações entre as mesmas partes e unidas por um ponto de direito, a economia processual até recomenda a unidade da causa. Relativamente ao instrumento do seguro, carece de significação a ausência, uma vez que as apólices têm modêlo contratual uniforme e aprovado pelo Poder Público e não é discutida a condição de segurado, limitando-se a controvérsia ao montante do dano na carga.

Tem razão a transportadora, em parte, no que concerne ao seguro contrato de transporte. Não foi intimada para a vistoria em obrigação que lhe diz respeito fundamentalmente. Não se trouxe outra prova da avaria, como inquirição de testemunhas, etc. Assim, é temerário reconhecer a responsabilidade dessa avaria.

Também a parcela de honorários não pode ser incluída na natureza especialíssima dêste tipo de obrigações. Aqui o prêmio da apólice exigido do segurado prevê o custo da carta e todos os serviços, inclusive honorários de auxiliares da seguradora. A verba encontra-se paga pelos clientes e reconhecer um novo direito seria proporcionar duplo pagamento da mesma parcela. Assim também já decidiu a Egrégia 4.ª Câmara dêste Tribunal na apelação cível n.º 18.279. Deve, pois, ser provido em parte, o recurso, para reduzir o pagamento a Cr$..., juros da mora e custas proporcionais".

3 — **A inoperância da cláusula de não indenizar no conhecimento marítimo.** — Por acórdão de 16 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador SERPA LOPES e publicado no "Diário da

Justiça" de 13 de agôsto de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 40.080, nestes têrmos:

"E, assim, decidem porque, no tocante à prescrição da ação, a arguição é destituida de qualquer fundamento.

Verifica-se, com efeito, que o prazo prescricional começou a fluir no dia 1.º de fevereiro de 1955 — data do término da viagem — e certo é que no dia 27 de janeiro de 1956 foi ordenada a citação da ré, interrompendo-se, em tais condições, a prescrição.

No que respeita à falta de prova dos contratos de seguro, a alegação, por outro lado, não procede, pois que os documentos dão conta da exigência de tais contratos.

Certo é, igualmente, que a subrogação, contra a qual se insurge a apelante, decorre do disposto no art. 728 do Código Comercial, sendo de frisar ainda, que, no caso, não se fazia mistér a vistoria pretendida, desde que, além de ter sido total o extravio das mercadorias, a falta está certificada.

No tocante à alegação segundo a qual o apelante está a salvo de qualquer responsabilidade pelos danos verificados, tendo em vista a cláusula de não indenizar constante do conhecimento de transporte, não tem ela a menor consistência, uma vez que a lei considera destituida de qualquer validade a cláusula em questão.

Eis porque se impõe a confirmação da sentença apelada, mesmo no que respeita ao pagamento dos honorários de advogado, que são devidos na espécie por fôrça do disposto no art. 64 da Lei Processual Civil".

4 — A expedição de certificado de falta das mercadorias e a prescrição da ação de indenização do extravio. — Por acórdão de 16 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador SEBASTIÃO PEREZ LIMA e publicado no "Diário da Justiça" de 13 de agôsto de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 46.317, a saber:

"A 1.ª apelante pede sejam excluídos da prescrição ânua, reconhecida pela sentença, os sinistros por ela referidos, sob o fundamento de que o prazo prescricional foi interrompido e de que, quando o não tivesse sido, sôbre êle pendia condição suspensiva.

Em relação à primeira alegação, evidencia-se, na verdade, que a ré expediu certificados da falta dos volumes embarcados.

É evidente, porém, que tais atos não bastam para interromper a prescrição, de vez que não implicam no reconhecimento inequívoco do direito dos prejudicados à indenização pelo extravio.

Através dêles não se reconhece a obrigação de indenizar, mas simplesmente é feita a comunicação dos extravios, o que é coisa bem distinta.

No tocante à segunda alegação, não há a condição suspensiva questionada, pois é certo que o fato de constar do conhecimento de transporte, que, no caso de extravio, o armador se reserva o direito de proceder à pesquisa nos portos de embarque e escalas durante o prazo de seis meses, não suspenda o prazo prescricional, que começa a fluir do dia em que findou a viagem, conforme está na lei.

Assim, é de ser negado provimento à 1.ª apelação, como é de ser negado provimento à 2.ª, visto que tem a jurisprudência admitido como válida a vistoria administrativa levada a efeito para a apuração do extravio e certo é que os honorários de advogado são devidos, desde que a ré se houve com culpa ao não pagar o valor da indenização reclamada".

5 — A exigência legal da assinatura do conhecimento da carga pelo capitão do navio. — Por acórdão de 16 de outubro de 1953, publicado no "Diário da Justiça" de 31 de agôsto de 1959, seis anos depois, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 29.592, de São Paulo, de acôrdo com os votos seguintes:

O Sr. Ministro BARROS BARRETO (Relator) — "Mediante sentença a cuja leitura vou proceder, o Dr. Juiz de Direito de Santos acolheu a ação ordinária rescisória de contrato cambial, intentada pelo Banco B. D. S. A. contra M. M. C. S. A.:

"Vistos, etc.

O B B. D., S. A. juntando os documentos de fls. 16 "usque" 155, move contra a M. M. C. S. A. a presente ação ordinária de rescisão de contrato, à qual dá o valor de Cr$..., alegando, em substância, o seguinte:

Por instrumentos de 7 e 14 de fevereiro e 25 de março de 1949, o 1.º e 3.º no valor de duzentos mil dólares e o 2.º no de trezentos mil dólares realizou pela sua agência desta cidade, com a S. A. C. E. A. três contratos cambiais, referentes à exportação de café, contra saques documentados, sob ns. respectivamente 10.039, 10.060 e 10.147, cuja liquidação se fêz nos têrmos dos mesmos, mediante entrega ao requerente de cambiais e todos os respectivos documentos referentes ao embarque do café vendido, jogos dos conhecimentos marítimos, faturas comerciais, faturas consulares etc.

Um dêsses conhecimentos garante também uma cambial, no valor de US$..., sacada pela "A." a favor do Banco B. S. A.

Enquanto que a maioria das cambiais relativas às liquidações parciais foram aceitas, nenhuma dúvida surgindo, três delas não foram aceitas, nem foram pagas nos Estados Unidos, alegando os sacados um que não comprara mercadoria, e os outros, que não abriram carta de crédito.

Entrementes, a M. Mc C. (Navegação), S. A. notificava o autor da nenhuma validade dos conhecimentos aludidos pois os mesmos haviam sido recebidos irregularmente e sem autorização da mesma Mc C. tendo o autor contra-notificado, salientando falecer à notificante poder e autoridade para declarar sem efeito conhecimentos de transporte, ainda que por ela mesma emitidos, não podendo afetar ao autor irregularidades acaso verificadas nos serviços internos da Mc C. e ressalvando inteiramente os seus direitos decorrentes dos aludidos conhecimentos. Feitos, como foram, com tôdas as formalidades, contra o requerente, terceiro de boa fé, não pode a Mc C. alegar a simulação dos referidos conhecimentos, que ela emitiu e entregou à "Americana" justamente para que esta os negociasse. Nem outra era a finalidade dos mesmos.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, R. F. 117-135, já havia proclamado que "A falsidade da própria declaração inserta no documento sôbre o recebimento da mercadoria não pode ser alegada pelo subscritor contra o portador de boa fé".

Não cumprindo o contrato a que se obrigara e declarando não possuir as mercadorias a que se referem os conhecimentos, emitindo conhecimentos, como confessou, é irrecusável que a ré ocasionou ao requerente perdas e danos, inclusive o prejuízo correspondente ao valor das mercadorias que ela, em documentos solenes, declarou que estavam em seu poder.

É, pois, responsável nos têrmos do art. 159 do Código Civil, e das normas especiais que disciplinam o contrato de transporte marítimo. Devia a ré, após a rescisão do contrato, ser condenada a entregar ao autor as mercadorias a que se referem os mencionados conhecimentos, ou seu equivalente em dinheiro, e demais perdas e danos, juros, custas, e honorários, a serem arbitrados.

Na contestação, se alega ser o autor carecedor da ação proposta porque:

a) os conhecimentos marítimos juntos à inicial, não são conhecimentos, pròpriamente ditos, pois contém a cláusula "received for shipment", foram entregues em confiança e não representam as mercadorias, admitindo prova de que estas não foram entregues ao armador ou seu representante, não sendo pois negociáveis;

b) o autor não é legítimo portador, remetente, consignatário nem terceiro em relação aos conhecimentos, não os tendo recebido

como coisa própria, de que pudesse dispor e tivesse o direito de negociar;

c) a "Americana" havia entregue ao autor, com ciência dêste, para crédito duma conta, saques que SILVA COSTA denomina "falsos", pois não existia operação de compra e venda, e autorização para sacar que os pudesse legitimar: não podia, pois, êste acioná-la, pois nada tem com os contratos de câmbio, nem com a sua liquidação, e com a sua execução, por via dos mesmos contratos;

d) quanto ao mérito, a ação devia ser julgada improcedente por que o contrato de transporte, pela não entrega da mercadoria não chegou a aperfeiçoar-se, pois a assinautra do capitão é requisito essencial, não só à validade, como à existência do conhecimento.

A manifestação do autor sôbre a preliminar acompanhada de parecer dos documentos, sôbre os quais se manifestou a ré, tendo sido o processo saneado.

Apresentados, por entre incidentes que não interessam o mérito, os quesitos pelas partes, o laudo dos peritos, um dos quais, tendo-o subscrito com restrições, oferece suas divergências referentes a várias respostas, constando o laudo do terceiro perito.

A ajuntada de carta rogatória para os Estados Unidos da América do Norte, para produção de provas.

Na audiência de instrução e julgamento, dispensados os esclarecimentos dos peritos, foram ouvidas duas testemunhas de cada uma das partes, com dispensa das restantes. Encerrada a instrução apresentaram as partes seus memoriais defendendo os respectivos pontos de vista.

É o relatório, bastante para indicar os motivos pelos quais, foi excedido o prazo para prolação desta sentença.

A primeira questão a resolver-se é a da procedência ou não da alegação da ré de acôrdo com a qual, não contendo a declaração "shipped on board", mas apenas a declaração "received", equivalente a "received for shipment" não se trataria de verdadeiros conhecimentos, mas de meros recibos provisórios, não negociáveis, admitindo prova de que a mercadoria não foi entregue.

Desde logo se percebe porém a insubsistência da alegação.

É certo que a Côrte da 1.ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal em acórdão citado pela ré ("Rev. For.", vol. 119, pág. 65) e que foi publicado no "Diário da Justiça" da União de 2-9-49, págs. 2.572 e 2.574, sem negar que o conhecimento para embarque possa gerar ação de perdas e danos, contesta a negociabilidade dêsses títulos com a mesma eficácia dos conhecimentos previstos no Código Comercial, que atestam o embarque da mercadoria.

Mas, como salienta o Des. ANTÃO DE MORAIS, em seu lúcido parecer constante dos autos, cingiu-se à matéria de divergência, que versava sôbre a equiparação dos dois conhecimentos.

Não havendo nulidade sem texto que a declare ou do qual se possa inferí-la sem sombra de dúvida, e não constando qualquer restrição dos dispositivos que regulamentam a matéria, principalmente do Decreto n.º 19.473, de 10-12-30, ou dos arts. 575 e 587 do Código Comercial, não haja como se aceitar a distinção que se intenta estabelecer entre conhecimento que diga respeito a mercadoria embarcada ou mercadoria recebida para embarque.

Com base em abundantissimos subsídios de doutrina, depois de salientar que o comércio bancário, dado o caráter de título representativo do conhecimento recebido para embarque admite perfeita equipolência entre êsse conhecimento e o de embarque, salienta que os conhecimentos em tela contêm todos os requisitos do art. 575 do Código Comercial, com exceção da assinatura do capitão suprida pelo agente autorizado da companhia de transporte, o que é bastante, não sendo necessária a assinatura do carregador (INGLEZ DE SOUZA, "Títulos ao Portador", pág. 425, RIPERT, "Droit Marítime", vol. 2, n.º 1.443, DANJON, "Droit Marítime", vol. 2, n.º 782, PIPIA, vol. 2, n.º 139, SAUVAGE, "Manuel Pratique du Transport des Marchandises par mer", n.º 16, JOÃO MONTEIRO, "Aplicações do Direito", pág. 145).

O que fez o banco autor foi, pois, um desconto de saque documentado, equivalendo a uma verdadeira compra e venda, não sendo possível negar-se ao destinatário das cartas do sacador, tomador dos saques e portador dos documentos, com êle enviados e cedidos, a qualidade de parte legítima para haver em juízo ou fora dêle os direitos decorrentes dêsses títulos, de que se tornou proprietário.

Nem outra é a conclusão que se deduz do extenso, jurídico e bem fundamentado laudo (de fls.) e seguintes dos autos, salientando que os contratos cambiais a que se refere a petição inicial foram feitos em virtude da legislação especial que regula as operações de câmbio trajectício ou sacado, em que a moeda em espécie é substituída por papéis de crédito, tendo, a liquidação dos mesmos sido feita nos respectivos têrmos, mediante entregas, ao autor, de cambiais e todos os respectivos documentos referentes ao embarque do café vendido.

Em resposta a vários quesitos, salienta o laudo que o Banco autor, legalmente autorizado como estava a operar em câmbio, efetuou com a S. A. C. E. A. o negócio usual de aquisição de saques em moeda estrangeira, ao câmbio oficial do dia e mediante os contratos para êsse fim exigidos, com base na exportação de café, e

mediante entrega de cambiais, conhecimentos marítimos e demais documentos, embora fizesse os pagamentos por antecipação, por meio de financiamento dos correspondentes contra os de câmbio, transação usual e corrente nos meios comerciais e bancários.

Finalmente, duas testemunhas, com vários lustros de prática do comércio de café, chegou também à conclusão de que os conhecimentos em tela são normais, perfeitamente válidos, não lhes tirando a eficácia a expressão "received" nêles contidas.

O exposto é suficiente para que se prescinda do exame dos demais argumentos alvitrados pela contestação e pelas razões finais,

que, se forem analizados, servirão apenas para reforçar a convicção da procedência da cobrança.

Como admitir favoreça até a circunstância de terem sido os saques "preenchidos pela filial da Superintendência nesta cidade", mas "recebidos irregularmente sem autorização da suplicante", como se pretende na notificação?

Seria possível a revogação unilateral de uma transação já efetuada? e ainda admitindo-se a hipótese, como poderiam por essa revogação responder terceiros, alheios às deficiências administrativas da ré?

Esta, no dia 22-6-49, entregou "conhecimentos em confiança", e já no dia 24-6 propalavam-se na praça "notícias alarmantes sôbre a situação econômica da "Americana".

Outra manifestação da imprudência com que agiu, e pela qual não podem responder o Banco autor, tanto mais quanto não se pode tachar de menos lícita a transação mantida entre êle e a "Americana": não foi um negócio realizado ao apagar-se das luzes, no lusco-fusco de uma quebra iminente, no período suspeito de quarentena, mas bem anterior a declaração da falência, acrescendo a circunstância, reconhecida pela própria contestação, de que eram muito antigas as relações comerciais entre ambos.

Nem pode passar sem observação que a ré a si própria condena ao reconhecer ter emitido conhecimento simulado.

A conclusão é a de que as provas dos autos autorizam deduzir-se a responsabilidade da ré na emissão dos conhecimentos, que foram negociados da mesma forma que o foram inúmeros outros emitidos nas mesmas circunstâncias.

Tendo-se havido com culpa, cabe-lhe suportar as consequências de seu ato.

Já teve oportunidade de decidir a Côrte da Terceira Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ("Rev. dos Tribs.", vol. 145, pág. 144), em decisão que se aplica à espécie dos autos, que

"a emissão de conhecimento sem entrega da mercadoria sujeita a transportadora a indenizar terceiro prejudicado até o valor pago pela coisa negociada".

As considerações com que o Dr. CLÓVIS DE MORAIS BARROS lavrou sua sentença, confirmada pelo acórdão, também se ajustam ao caso em tela.

Neste, como naquele caso, verifica-se da prova colhida que a transportadora agiu, quando não de má fé, com fito de lucro com culpa, transgredindo as normas usuais, fornecendo conhecimentos de despachos, sem a efetiva entrega das mercadorias.

Os conhecimentos são legítimos, não foram falsificados por terceiros, e sim expedidos por uma agência da transportadora, e segundo dispõe o art. 1.º do Decreto n.º 19.473, de 10-12-30, prova o recebimento de mercadorias e a obrigação de entregá-las no lugar do destino. A agência da transportadora causou danos ao autor, que, recebendo tais conhecimentos em garantia, viu-se privado de vender o café para pagar-se do saque que aceitara e respectivos juros.

Podia a ré, como fêz, revogar pura e simplesmente, por ato unilateral, a validade dos conhecimentos?

É evidente que uma contra-ordem, sem motivo ponderável que a justifique, não poderá ser aceita. E a alegada pela ré, evidentemente não é de motivo ponderável.

Trata-se de um ato perfeito e acabado, e, portanto, irretratável. Admitir sua revogabilidade, arbitràriamente, seria, sem dúvida, violar o espírito da lei.

Já salientou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, que qualquer manifestação unilateral de vontade a êste respeito não tem fôrça de romper o vínculo contratual, não passa de ato sem eficácia jurídica, de eco perdido.

Como no caso de cheque, o emitente de um conhecimento não tem ação para anulá-lo, com fundamento em alegação de falta de causa para a obrigação que êle procurou extinguir. É, em princípio, irretratável, e sua revogação só se autoriza em caso de extravio, falência, incapacidade do portador para obter o pagamento, causa ilícita e vício resultante de fraude, êrro ou coação. Não é possível arguir o impedimento a terceiros de boa fé, contra quem apenas se podem suscitar defeitos formais do título ("Rev. For.", vols. 32, pág. 432; 108, pág. 302; 107, pág. 511; "Rev. dos Tribs.", vol. 54, pág. 56).

Ainda que se fizesse tabula rasa de tôda a argumentação expendida, ainda que quizesse admitir a possibilidade de uma das

partes revogar, "ex proprio marte", uma transação completa e acabada, bem de ver que semelhante atitude não poderia vir alcançar terceiro, que, corretamente, lìcitamente, com fundamento decorrente de haver sido bem sucedido em numerosas outras operações análogas por intermédio da mesma transportadora, esperava, ainda essa vez o cumprimento da palavra empenhada

Na melhor das hipóteses, a revogação devia ter ocorrido antes da transferência dos conhecimentos, não depois.

Os argumentos que a M. Mc C. (Navegação) S. A. — quer opor ao Banco autor só são oponíveis à "Americana", e pelos meios próprios é que devia ter prevenido a situação a que chegou.

Finalmente, não pode ser acolhida a alegação relativa à falta da assinatura do capitão.

Em conferência proferida no "Comité Nacional de Direito Comparado", o Dr. JOÃO VICENTE CAMPOS, principal autor do "Código de Navegação Comercial", salienta que o capitão de hoje como o nauclerus das eras romanas e medieval, que tinha seus poderes limitados pelo magister navis ou pelo "senyor de la nau", não é mais o dono absoluto do navio (maitre après Dieu), contratando tripulação e fretamentos, responsável como depositário pela carga, mas apenas o primeiro proletário do mar.

Cairam assim em desuso inúmeras disposições que lhe diziam respeito e as legislações modernas retiraram do capitão tôdas as suas funções e responsabilidades comerciais, deixando-lhe ùnicamente as de direção do navio e tripulação, e de representante do poder público a bordo.

Nesse sentido o projeto n.º 1-A, de 1951, que institui o Código de Navegação Comercial, com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, publicado no "Diário do Congresso Nacional", Seção I, de 24-4-1954, páginas 1955 e segs., inspirado nessa parte, na lei chinesa e no Código de Navegação italiano.

E, de fato, a testemunha PAULO PIRES DA COSTA informa que as firmas comerciais desta praça nem sequer cogitam de indagar se dos conhecimentos consta ou não a assinatura do capitão do navio.

Mais não será necessário expender para chegar a solução favorável ao Banco autor.

Diante do exposto e do mais que dos autos consta, julgo procedente e provada a ação para declarar rescindido o contrato, ficando a requerida condenada a entregar ao autor as mercadorias a que se referem os conhecimentos, ou seu equivalente em dinheiro, acrescido de juros, honorários de advogado na base de 10% sôbre a condenação, e custas do processo.

Para ser publicada na audiência para hoje designada, I.

Santos, 18 de outubro de 1956. — ANTÔNIO CHAVES, Juiz de Direito da 3.ª Vara Cível.

Acrescento que, interposta apelação, deu-lhe provimento, à unanimidade de votos, o ilustre Tribunal de Justiça de São Paulo, com a seguinte fundamentação:

Deram provimento.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 82.383, da comarca de Santos, em que é apelante M. Mc C. (Navegação) S. A. e é apelado o Banco Brasileiro de Descontos S. A.

Acordam em 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação unânime, adotado o relatório de fls., dar provimento à apelação para julgar improcedente, a ação. Custas pelo apelado.

Segundo decorre dos autos o Banco apelado celebrou com a S. A. Comissária e Exportadora A., de Santos, três contratos cambiais, concernentes à exportação de café para os Estados Unidos. Essas cambiais não foram aceitas, nem pagas, naquele país, pelos sacados. Mas a A. transferira êsses títulos, com todos os demais documentos que se prendiam ao embarque do café vendido, ao Banco D. Entre os documentos constavam conhecimentos expedidos pela Agência da Cia. apelante e relativos a 9.650 sacas de café, que seriam embarcadas em navio da frota da mesma Companhia. Os signatários dos conhecimentos eram banqueiros americanos, que teriam aberto crédito para os compradores de café, mas as cambiais não foram aceitas, nem pagas sob a alegação de que não haviam aberto carta de crédito.

Nessa ocasião surgiram rumores a respeito da situação econômica da Comissária Exportadora A., que foi procurada pelo representante da Companhia de Navegação que lhe exigiu o pronto embarque do café, ou a devolução dos conhecimentos expedidos. Nada conseguiu. Daí surgiu uma notificação feita pela Cia de Navegação ao Banco, negando valor aos conhecimentos de transporte expedidos, tendo o Banco contra-notificado. Entende o Banco D. que é terceiro portador de bôa fé dos conhecimentos de transporte e como a Companhia transportadora declara não possuir a mercadoria a que êles se referem deve responder pelos prejuízos que causou ao portador dos conhecimentos e correspondente ao valor da mercadoria que ditos documentos representam, além das demais perdas e danos. O ponto capital da defesa da ré consiste na alegação de que os conhecimentos expedidos não são os de que cogita o Código do Comércio pois não contêm a declaração "shipped on board", que se refere à mercadoria embarcada, mas sim tem a declaração "received", equivalente a "received for shipment", que

se refere à mercadoria recebida para embarque. São, assim, meros recibos provisórios, expedidos sem o embarque da mercadoria e que, porisso, não são negociáveis e admitem a prova de que a mercadoria não foi entregue ao armador ou seu representante.

E a prova de que se tratava de recibos provisórios estava na circunstância de que êsses conhecimentos das 9.650 sacas de café foram entregues à Sociedade Exportadora A. em 22 de junho, com a menção de nome do navio "Mor M.", o qual só entrou no porto de Santos no dia 24.

A controvérsia maior que se verificou nos autos girou ao redor da verdadeira natureza dos conhecimentos de transporte expedidos pela Companhia ré, ora apelante, classificando-os o Banco autor como perfeitos conhecimentos representativos dos embarques da mercadoria declarada e portanto operando todos os efeitos que lhes são atribuídos por lei, enquanto a ré nega-lhe tais efeitos, pois não passam de recibos provisórios, emitidos para embarque e não valendo como conhecimentos de carga efetivamente recebida a bordo.

A matéria foi longa e brilhantemente debatida nos autos pelos ilustrados patronos das partes, que colocaram a questão em um plano superior, de grande elegância, no terreno intelectual, fazendo o exame da espécie, em todos os seus aspectos.

A sentença, enfrentou desde logo o ponto capital da demanda e decidiu pela insubsistência da defesa ré, cuja responsabilidade definiu pela emissão dos conhecimentos, perfeitamente válidos e de inteira eficácia, nada obstante a cláusula "received" dêles constantes. Não havendo cumprido o contrato deve reparar os prejuízos sofridos pelo Banco autor, entregando-lhe a mercadoria a que se referem os conhecimentos, ou seu equivalente em dinheiro.

Entende, porém, a turma julgadora, ao contrário do que decidiu a sentença que a ação não pode vingar.

Um ponto não sofre contestação nestes autos. Os conhecimentos emitidos pela ré contêm a cláusula "received", equivalente àquela outra: "received for shipment", comprovando que se trata de mercadoria recebida para embarque. E no caso, haviam sido expedidos antes da entrega da mercadoria.

Mas o conhecimento contêm a prova de que a mercadoria que vai ser transportada pelo navio foi recebida pelo capitão. O Código Comercial, art. 575 dispõe que o conhecimento deve declarar, entre outros requisitos, a qualidade e a quantidade dos objetos da carga, suas marcas e números, anotados à margem. E no art. 578 estatui que os conhecimentos serão assinados e entregues dentro de 24 horas, depois de ultimada a descarga, em resgate dos recibos provisórios. O decreto n.º 19.773, de 10-12-1940, que regula os conhecimentos de transporte de mercadorias, estabelece que o co-

nhecimento de frete marítimo conterá os requisitos determinados pelo art. 575 do Código Comercial (art. 2.º § 1.º). Daí a definição que lhe dá SILVA COSTA "documentos pelo qual se reconhece haverem sido recebidas a bordo de um navio, por seu capitão, mercadorias, a fim de serem transportadas. A expedição do conhecimento pressupõe a carga embarcada e por isso mesmo é que êle é o instrumento do contrato e se diz representativo, a dizer, representa a mercadoria. Vale como escritura pública (art. 587 Código Comercial). No caso subjudice não ocorreu o embarque da mercadoria. Ao contrário. Os conhecimentos, contém a declaração "received", o que quer dizer que se tratava de documento expedido sem a efetiva entrega da mercadoria. São conhecidas as diferenças que extremam os conhecimentos "received for shipment" dos expedidos com a cláusula "shipped on board", os primeiros correspondentes à carga para embarque, ou antes de embarcar e os segundos relativos à carga recebida a bordo.

As relações comerciais sempre em desenvolvimento crescente deram origem àqueles conhecimentos, que permitiam o recebimento antecipado do preço da mercadoria entregue para embarque, como se fossem um título de crédito equiparado aos conhecimentos emitidos em razão da mercadoria já embarcada.

O convênio internacional de Bruxelas, celebrado para verificar certas regras em matéria de conhecimento, em 25-8-24, procurou assegurar o valor do conhecimento como título probatório da recepção da mercadoria transformando em normas obrigatórias as adotadas em Haia, em 1921. O Brasil não aderiu àquela convenção e o conhecimento de transporte ainda é regulado pela legislação comercial e pelo Decreto n.º 19.473, que exigem a entrega da mercadoria a bordo. Se o conhecimento contém cláusula em virtude da qual se exclue o fato do embarque, tornando-o conhecimento para embarque (received for shipment) já aí a responsabilidade da companhia transportadora decorre da prova da entrega efetiva da mercadoria a bordo.

Dentro dêste critério conclue-se que os conhecimentos existentes nos autos não são senão documentos provisórios, insucetíveis de representar a mercadoria a que aludiam e por isso não podiam ser negociados, valendo a prova que se fêz de que o café não foi entregue ao representante da transportadora.

A respeito da tese já houve pronunciamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 10.149, do Distrito Federal, confirmado pela mesma Egrégia Côrte em grau de embargos, decidindo-se que só o conhecimento representativo da mercadoria embarcada goza do privilégio de título transferível e negociável por endosso.

Em voto proferido, no julgamento dos embargos, como relator disse o consagrado Juiz OROZIMBO NONATO: "Hodiernamente, insiste-se, com a prática generalizada da cláusula "received for shipment", os conhecimentos com essa só declaração se tornaram perfeitos, jurídica e comercialmente, sem se exigir a declaração "shipped on board". Se a cláusula recebida para embarque é de feito, praticada, nem por isso deve ser equiparada à cláusula "shipped on board". Nem ao costume é dado recorrer, adverte o mesmo insigne magistrado, porque — "uso mercantil resulta de hábito voluntàriamente adotado como norma consagrada, com a feição de regra jurídica, para disciplinar em caráter subsidiário certa matéria comercial, no caso de omissão da lei. Mas a respeito existem os preceitos da lei do comércio e assim não se pode recorrer aos usos e costumes.

Ambos os julgados unânimes, do C. Supremo Tribunal Federal encontram-se na "Revista Forense", vols. 119, págs. 65 e 130, pág. 95 e na "Revista do Dir. Mercantil", vol. III do ano 1953, pág. 648 ut 670, onde também se acham pareceres dos juristas CARVALHO MOURÃO, ANDRÉ FARIA PEREIRA e EDGARD DE CASTRO REBELO.

A conclusão a que chegou o prolator da decisão apelada não é admissível, tendo-se em vista o que ficou dito. Os conhecimentos em questão preocupam apenas o depósito do café em poder da companhia ré, prova que se desfez, pois, na verdade, a Comissária Exportadora A. não realizou a entrega daquela mercadoria. Esta defesa da ré pode ser acolhida, dada a natureza dos conhecimentos exibidos.

A ré apelante aborda ainda outros aspectos da demanda relativos à transferência dos conhecimentos e à ausência de prejuízos. São relevantes as alegações feitas. Ainda que admitidos como conhecimentos perfeitos, não foram regularmente transferidos ao Banco autor, mediante endosso. E para que se legitimasse como portador, mister se fazia que o autor comprovasse a sua qualidade pelo instrumento de cessão que também inexiste. As alegações da apelante tem inteiro apoio na prova dos autos, inclusive no laudo pericial que se ofereceu. A ação não podia vingar.

Em face do exposto, dão provimento à apelação, acolhendo as razões do recurso, plenamente enquadradas no direito, na prova produzida, julgando improcedente a ação e condenando o autor nas custas.

São Paulo, 11 de outubro de 1957. — SAMUEL MOURÃO, Presidente com voto. — JUSTINO PINHEIRO, Relator. — M. JÚNIOR".

Sob arguição de infringência do art. 575 do Código Comercial, valeu-se dito Banco, tempestivamente, do recurso extraordinário, à sombra da letra "a" do art. 101, n.º III, da Constituição Federal.

Acham-se, as razões dos litigantes, falando por último a Procuradoria Geral da República, que juntou êste parecer:

"Não é de se conhecer do recurso, por não ter havido a alegada violação da letra da lei.

A exigência de ser a mercadoria posta a bordo, para caracterizar o conhecimento, vem apenas justificar a própria existência do conhecimento que pressupõe o transporte e, portanto, o embarque da mercadoria.

Não há nesse entendimento a alegada infração da letra da lei.

Rio de Janeiro, 24 de junho de 1958. — THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, Procurador Geral da República".

É o relatório.

O Sr. Ministro BARROS BARRETO (Relator) — Não tenho dúvida acêrca da procedência da ação ajuizada, com as suas consequências legais, contra a qual se alegou a nenhuma validade dos respectivos conhecimentos de transporte, que não seriam negociáveis, visto como expedidas irregularmente sem a efetiva entrega ou embarque da mercadoria. Importaria essa defesa, no caso vertente, em dar fôrça à revogação unilateral de transação, comercialmente perfeita e de inteira eficácia, uma vez indemonstrada a sua ilicitude. E, de conseguinte, há-de responder a parte por perdas e danos.

Os conhecimentos marítimos em apreço gozam do privilégio de títulos transferíveis ou negociáveis por endôsso, "ex vi" do art. 575, c/c art. 586, ambos do Código Comercial, apesar da controvérsia, no tocante a considerar-se, ou não, provisórios, tais documentos, dada a falta de provas da entrega da mercadoria a bordo ao representante da transportadora.

Não estou de acôrdo com o pronunciamento do colendo Tribunal "a quo", embora se reportando a julgados desta Côrte Suprema, em 1.ª Turma e em grau de embargos, no recurso extraordinário n.º 10.149, aos quais eu teria emprestado o meu voto (vide "Revista Forense", vols. 119, pág. 65 e 139, pág. 95). Agora, como Relator do feito e após cuidadoso exame da hipótese em tela afigura-se-me incensurável e convincente a douta decisão de 1.ª instância, reformada pelo venerando arresto recorrido.

Isto pôsto, conheço do recurso, amparado na letra "a" do permissivo constitucional, e "de meritis" dou-lhe provimento, a fim de restaurar a mencionada sentença.

Voto preliminar. O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Sr. Presidente, como V. Exa. acabou de salientar em seu voto, o apêlo

extremo busca amparo no art. 575 do Código Comercial. Êste é o dispositivo que o recorrente dá como literalmente violado pelo acórdão recorrido.

Ei-lo:

O conhecimento deve ser datado e declarar: 1. O nome do capitão e do carregador e consignatário (podendo omitir-se o nome dêste, se fôr à ordem) e o nome e porte do navio; 5. A assinatura do capitão e a do carregador (esta última dispensada).

A assinatura do capitão, "in casu", não consta do conhecimento. Não é lícito afirmar que o acórdão tenha ferido dispositivo de lei ou haja decidido contra a sua literal disposição, porque é a própria lei que exige, com tôdas as letras, a assinatura do capitão do navio.

É certo que, hoje em dia, tal requisito pode ser dispensado, porque as companhias de navegação são comumente representadas por agentes responsáveis. Mas, dizer que o julgado que exige dita assinatura é contrário à letra da lei, parece-nos uma demasia.

Se o apêlo estivesse abordado a letra "d", não teria dúvida em provê-lo.

Data vênia do Sr. Ministro Relator, deixo de conhecer do recurso.

Voto preliminar. O Sr. Ministro ARY FRANCO — Sr. Presidente, data vênia de V. Exa. acompanho o voto do Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA. Não se pode, como disse S. Exa. sustentar que a decisão teria sido contrária à letra da lei que exige a assinatura do capitão, quando não consta do conhecimento tal assinatura. O entendimento dêste Tribunal não tem sido outro e a jurisprudência é tôda ela em sentido contrário ao recorrente, tanto que não teve êle nenhum julgado a justificar a sua pretensão; todos os julgados são contrários ao ponto de vista do recorrente. Para a letra a, apenas, não posso encontrar fundamento para o recurso.

Assim, não conheço do recurso.

Voto. O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — O exame dos autos convenceu-me de que, data vênia, não é possível conhecer do presente recurso extraordinário só interposto sob invocação da alínea "a".

Mesmo quanto ao primeiro dos fundamentos do acórdão recorrido, não se pode ter êste como contrário à letra da lei, pois inclusive argumentou com interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 10.149 e nos respectivos embargos.

Acresce que, independentemente disso, e mesmo admitindo que os conhecimentos expedidos fôssem perfeitos, o acórdão, para ter a ação como improcedente, acolheu dois outros fundamentos invocados pela ora recorrida e que julgou bem apoiados na prova dos autos, inclusive no laudo pericial.

Razão a mais, para que o recurso não possa ser conhecido, pois, conforme nossa jurisprudência, o recurso extraordinário não tem feição acadêmica, para nêle se resolver sôbre tese de direito, quando, independentemente dela, subsiste, por outro fundamento a solução dada ao litigio.

Pedindo vênia aos eminentes Ministros Relatos e CÂNDIDO MOTTA, acompanho os votos dos eminentes Ministros HENRIQUE D'AVILA e ARY FRANCO".

6 — A irresponsabilidade do transportador pelo dano da carga pelo desvio da rota em consequência da exagerada violência da tempestade. — Por acórdão de 29 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de fevereiro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento à apelação cível para julgar improcedente a ação, nestes têrmos:

"Não têm razão os agravantes em suas preliminares, pois a subrogação está em ordem. Se a mercadoria foi embarcada por conhecimento à ordem, apenas demonstrado o endôsso poderia arguir-se ilegitimidade de parte. Ora, parte da carga foi retirada, naturalmente à vista do conhecimento. Se o transportador entregou-a a M. M. sem estar endossado é porque reconheceu neste a condição de preposto. E não havia endôsso, pois, se existisse, as agravantes teriam exibido o conhecimento que, sem dúvida, retiveram no momento de entregar a mercadoria ao destinatário.

Relativamente ao impôsto para formalizar a cessão, é matéria fiscal que não entra como componente do ato jurídico, acarretando apenas sanções pecuniárias diante da Fazenda.

Finalmente, no que diz respeito ao valor da causa, a omissão de cobrança, de taxa judiciária, deverá ser suprida por exigência do contador afinal.

No mérito, esta Câmara já apreciou o episódio dessa viagem marítima em outra questão referente a embarcador diverso.

É certo que no transporte marítimo há culpa presumida do transportador, mas é certo também que os depoimentos prestados pelo pessoal de bordo encerram uma presunção de verdade que deve ser ilidida por aquêle que considerar fantasioso ou exagerado o seu conteúdo, no protesto marítimo.

O mar grosso é fato normal de oceano e, por si mesmo, não pode ser considerado causa exonerativa de responsabilidade. Entretanto, exonera-se o transportador ao devedor de indenizar, quando a irresistível violência da tempestade obriga a desviar o navio de sua rota e a carga sofreu dano por motivo dessa anormalidade.

Precisamente isto ocorreu na hipótese dos autos, tanto que o iate foi obrigado a arribar na Armação dos Búzios, onde aguardou que o temporal amainasse, para então poder prosseguir viagem. A fúria do temporal rompeu o calafeto e permitiu a entrada da água que danificou cargas de diferentes proprietários.

Em tais circunstâncias, comprovadas pelos elementos informativos dos autos, inclusive por vistoria que reconheceu a anormalidade da travessia, fica iniludìvelmente clara a improcedência da ação".

7 — **A cláusula de eleição de fôro estrangeiro do conhecimento marítimo.** — Por acórdão de 30 de junho de 1953, publicado no "Diário da Justiça" de 26 de janeiro de 1959, o Supremo Tribunal Federal rejeitou os embargos ao acórdão do recurso extraordinário n.º 18.615, do Distrito Federal, de acôrdo com o voto do relator:

"O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — Afora a crítica que faz à redação da ementa do acórdão e que evidentemente não constitui matéria para embargos infringentes, a embargante sustenta que, apoiando-se no art. 1.º do Decreto n.º 19.473, de 10 de dezembro de 1930, o acórdão embargado teria contrariado o art. 9.º da Lei de Introdução (Decreto-lei n.º 4.657, de 4-9-1942), segundo o qual, "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".

Ocorre entretanto, que o acórdão embargado aplicou lei "especial" anterior, e a mesma Lei de Introdução que a embargante invoca, dispõe no § 2.º do art. 2.º:

"A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a anterior".

Acresce que a embargante não fèz a demonstração reclamada pelo acórdão embargado, de que em Amsterdão, fôro eleito, a autora teria a vantagem que lhe assegura a lei brasileira.

Por outro lado, como bem acentua a embargada na sua impugnação, a embargante é contraditória ao pleitear agora a aplicação da lei alemã, porque em Hamburgo se emitiu o conhecimento de frete quanto antes invocava a eleição de fôro para Amsterdão (Holanda).

Rejeito os embargos.

Aditamento. Depois de escrito êste voto proferi outro que corrobora, no recurso extraordinário n.º 34.606, neste têrmos:

"Conheço do recurso, em face do dissídio jurisprudencial.

E lhe dou provimento.

O fôro legal pode ceder ao que foi livremente escolhido pelas partes.

Mas essa escôlha supõe um verdadeiro e inequívoco acôrdo de vontades, que não existe na espécie.

Trata-se de contrato de "adesão", consoante a denominação proposta por SALEILLES e que ficou consagrada.

Ora, acentua muito bem o eminente COLMO ("De Las Obligaciones em General", 2.ª ed., n.º 44, pág. 36):

"Quien aceita una oferta que está precisada en todas sus condiciones y detalles, particularmente en los supuestos más típicos de la pólizas de seguros o de los conocimientos de cargas en los buques (unas y otros sobrecargados de cláusulas numerosas, de letra tan pequeña que casi resulta ilegible, compleias y bárbaramente técnicas, que nadie se decide a leer), no realiza "propriamente una aceptación". Esta supone examen, discusión, etc. que tal oferta excluy. Más en la aceptación ordinaria hay relativa igualdad entre los contratantes, mientras que en la de esas ofertas hay una desigualdade evidente, pues una de las partes es toda una empresa poderosa, entendida, que no tiene mayor interés en contratar con esta o aquela persona, al paso que la outra es un pobre obrero, o un anónimo pasajero etc. que necessita contratar, que acaso no pude hacer-lo sino com esa empresa o compañia, etc. De outro modo, habria que extender enormemente el concepto del contrato y ver una aceptacion consciente, libre y plena en lo que no es más que una simple adhesión un tanto forzosa y bastante indeliberada".

EUGENE GAUDEMET, o insigne Professor da Faculdade Strasbourg, no seu excelente livro — "Théorie Générale des Obligations", bem examina o problema (págs. 52 e segs.).

Mostra que, se eu trato por exemplo com uma emprêsa de transportes, comprando um bilhete, não há igualdade entre as partes de um lado, um indivíduo, que pode ser mal informado, conduzido por uma necessidade; de outro, uma companhia, gozando, por vêzes, de um monopólio de direito ou de fato. Não há debate, em que as cláusulas do contrato sejam estudadas e pesadas, de uma parte e de outra. As cláusulas são prèviamente estabelecidas por uma só das partes: condições e tarifas de transporte, cláusulas impressas etc. A outra parte não discute: toma o ato como lhe é oferecido, muitas vêzes mesmo sem ter conhecimento das cláusulas, e sempre sem poder suprimir qualquer delas. Em lugar de uma aceitação minuciosamente estudada, o que há é uma adesão, feita em bloco e quase sem exames a um ato prévio, que se não pode discutir que talvez nem se possa conhecer em todos os seus detalhes.

Acrescenta que, contudo, nascem obrigações a cargo do ofertante e do aderente. Mas não se poderá sempre pretender que,

como no contrato do tipo clássico, "elas tenham por fonte o acôrdo das vontades. Não há acôrdo senão sôbre o ponto principal": há, antes, justaposição de duas declarações de vontades unilaterais.

Observa que é impossível aplicar a teoria ordinária, pois o contrato contém, muitas vêzes cláusulas que teriam sido rejeitadas numa discussão livre, por exemplo a cláusula impressa de renúncia a tôda ação de responsabilidade contra a companhia, etc. Dir-se-á que o aderente está vinculado, sem exceção, por tôdas as cláusulas, como num contrato ordinário em seguida à aceitação? "Não, pois não há acôrdo completo de vontades".

Depois examinando a jurisprudência, mostra que se fala geralmente, nos arestos, de vontade presumida. Nota que isso é uma ficção "pois não há concurso real de vontades". E diz que parece necessário reconhecer ao juiz um poder mais largo que nos contratos ordinários de anular ou reduzir cláusulas leoninas "contrárias à equidade".

Alude, por último, à nova doutrina de HAURIOU, segundo a qual, no contrato de adesão, devem distinguir-se dois elementos: o contratual regulado pela teoria dos contratos; o outro, não contratual, que se apresenta como o regulamento de uma instituição, ao qual se submete quem a ela adere. Se a cláusula "não é útil ao fim da instituição", constitui um excesso de poder do chefe da instituição e não será obrigatória, mesmo se tinha sido conhecida. No caso contrário, é obrigatória, mesmo se ficou desconhecida do aderente.

Ora, nem se pode negar quanto tem de contrário à equidade fazer-se alguém, que viajou de Buenos Aires para o Rio e teve sua mala extraviada, demandar em Lisboa a emprêsa responsável; nem se pode vislumbrar em que isso seria útil aos fins sociais visados pela instituição do transporte marítimo.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar competente o fôro desta Capital".

Do mesmo modo, decidiu o Tribunal, há dias, nos embargos do recurso extraordinário n.º 27.937.

Rejeito os embargos.

§ 3.º

Das avarias

8 — A distinção da avaria da falta ou extravio das mercadorias no ato do desembarque. — Por acórdão de 20 de agôsto de 1958, relatado pelo Ministro MÁRIO GUIMARÃES FERNANDES

PINHEIRO, o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal recebeu os embargos ao da apelação cível n.º 37.154, acórdão que foi publicado no "Diário da Justiça", de 26 de fevereiro de 1959, para restaurar a sentença "que julgou procedente a ação e condenou a ré, ora embargada, a pagar a autora, ora embargante, a quantia de Cr$...

A autora, ora embargante, foi julgada carecedora de ação pelo acórdão embargado, porque, pretendendo ser indenizadas de faltas verificadas no transporte de partidas de arroz embarcadas no navio S. M., de propriedade da ré, ora embargada, deixou de instruir o pedido com o protesto do art. 756 do Código de Processo Civil, § 4.º.

Assim decidiu o acórdão, tendo considerado que o furto ou a parte de mercadorias e, portanto, a sua falta, constituem avarias.

Dessa conceituação diverge, fixando o sentido vulgar e técnico-legal da expressão "avaria", o voto vencido.

Não é o dano patrimonial, em si mesmo, o que configura a avaria. Em caso de furto, extravio, perda ou falta de mercadorias, verifica-se, certamente êsse dano. O dano constitutivo da avaria, porém, é o que sofrem as próprias mercadorias, comumente denominado "estrago", bem como o que se consubstancia nas despêsas extraordinárias feitas, conjunta ou separadamente, a bem do navio ou da carga, consoante dispõe o art. 761 do Código Comercial.

Dispensável o protesto do art. 756 do Código de Processo Civil, porque, como bem salienta o voto vencido, tem êle por finalidade apurar a extensão dos danos, mediante vistoria, e não o extravio, que, verificado pela Administração do Pôrto, ao conferir, por ocasião da descarga, os manifestos e conhecimentos com a mercadoria desembarcada, revela ser o dano total.

Argumenta o parecer fundando-se nas cartas da embargante, com o derrame ou espargimento das mercadorias ocorrido pela rutura da sacaria e a inenção da responsabilidade da seguradora, nessa parte, pela cláusula 13.ª dos conhecimentos de embarque.

Na carta do embargante, depois de ressaltar que a falta de mercadorias nos sacos retos era de tal monta que só se poderia atribuir a roubo a bordo, declara haver deixado de debitar à embargada a mesma falta, propondo a liquidação da responsabilidade desta pelo preço de Cr$...; mantida essa proposta, que equivale a um abatimento de 27%, até o dia 15 de março de 1954; e na (de fls.), não aceita a proposta, comunica a embargante a emissão da letra de câmbio, em 16, no valor de Cr$..., correspondente à cobertura das faltas e diferenças apuradas na descarga do arroz.

Acha-se a falta comprovada pelas certidões.

Não sendo atendíveis, quando ilícitas, as cláusulas exonerativas da responsabilidade e o capitão, considerado verdadeiro depo-

sitário da carga que receber, fica obrigado à sua guarda, bom acondicionamento e conservação e a pronta entrega à vista dos conhecimentos, nos têrmos do art. 519 do Código Comercial".

§ 4.º

Do seguro

9 — **A cláusula "cais a cais" na apólice do seguro.** — Por acórdão de 3 de dezembro de 1953, publicado no "Diário da Justiça" de 18 de maio de 1959, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não tomou conhecimento do recurso extraordinário n.º 21.943, do Distrito Federal, nos têrmos do voto do relator:

"O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — O caso é de seguro marítimo em apólice aberta.

Reclamado o pagamento de diversas mercadorias sinistradas, recusou-se a ré recorrente a satisfazê-lo. Ajuizada a ação, a seguradora não impugnou os fatos, alegando, porém, não lhe caber responsabilidade na indenização porque o seguro fôra feito de "cais a cais", que as mercadorias foram desembarcadas em bom estado, porque não houve nota de avaria quer do transportador, quer do armazém de descarga; que a vistoria foi realizada muito depois das 48 horas marcadas no art. 618 do Código Comercial.

Deu a sentença pela procedência de ação, porque:

"As mercadorias não foram recebidas pela autora sem que a mesma formulasse o seu protesto, consubstanciado no pedido de vistoria, que foi feito em tempo oportuno, eis que as mesmas ainda permaneciam no armazém de descarga, e não tinham sido levadas pelo segurado, ou destinatário.

A responsabilidade do transportador ou do segurador só cessa quando o destinatário retira a coisa transportada ou segurada, sem reserva ou protesto. E êsse protesto pode se dar enquanto aquela não vai as mãos do destinatário, segundo o art. 756, § 1.º do Código do Processo Civil.

Assim o Decreto n.º 2.687 de 7 de dezembro de 1912, o Código Civil, art. 1.448, § 2.º, e o Código de Processo Civil, art. 756, § 1.º, estão em perfeita harmonia, na afirmação do direito da autora que vistoriando as mercadorias, constatou nelas avarias, que estavam cobertas pelo seguro feito com a ré; vistoria procedida em tempo oportuno, como se infere dos artigos de lei trazidos a baila".

Em apelação foi confirmada a decisão pelo acórdão.

Veio o recurso extraordinário pelas letras "a" e "d" dando por violados o art. 2.º da lei de introdução ao Código Civil e arts. 705,

710 e 618 do Código Comercial e arestos do Supremo Tribunal e de Tribunais locais.

O Doutor Procurador Geral opina pelo não conhecimento.

Não conheço do recurso. A "intercáes", nas apólices de seguro, para prestação exata da cláusula "cáes a efeito da aplicação do art. 618 do Código Comercial, que prescreve prazos para verificação dos defeitos ou avarias nas fazendas seguradas, vem sendo acomodada às transformações do transporte marítimo.

Ao tempo do Código Comercial inexistentes eram os armazéns nos cais, nem os navios a êles acostavam. As mercadorias eram desembarcadas e logo entregues aos destinatários. O volume dos transportes marítimos e a rapidez necessária ao seu desenvolvimento fêz surgir armazéns, onde as mercadorias são depositadas, para verificações fiscais etc. e após a satisfação de tais exigências é que são desembarcadas.

Antes disso, nem é permitido alguém nelas tocar, além das autoridades aduaneiras ou funcionários de armazém. Assim para os efeitos comerciais, em geral, o transporte cais a cais, inclui o depósito e estadia das mercadorias nos armazéns existentes no cais, obrigatòriamente impostos pelo Govêrno. Aliás, a apólice não repele a compreensão. No caso, o seguro é estabelecido para cobrir prejuízos desde o momento em que as fazendas, em razão do embarque sairam da esfera de vigilância do segurado até que entregues ao destinatário, no cais de desembarque. A sutileza da argumentação não tem mais razão de ser ante a jurisprudência, que atende exatamente à evolução do comércio marítimo.

Não houve qualquer violação de preceito legal, tão pouco divergência com a jurisprudência.

Não conheço".

10 — A cláusula "todos os riscos" da apólice e sua compreensão. — Por acórdão de 3 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça" de 8 de janeiro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 46.433, nestes têrmos:

"O I. R. B. responde solidàriamente, uma vez que intervém na apólice, como co-segurador e autor das cláusulas, o que já tem sido proclamado nesta Câmara. Nega-se, pois, provimento ao agravo no auto do processo.

A apelada fèz transportar de Buenos Aires para esta Capital uma partida de alho, munida de certificado de sanidade vegetal. Segurou-a na apelante ultramar, com a cláusula adicional "todos os

riscos", em consequência de quaisquer causas externas, "excluindo-se os diretamente causados por demora, vício intrinseco ou natureza dos objetos segurados".

Apodreceu tôda a partida, não obstante o período normal de viagem do barco. A perícia verificou que foi encerrada num porão, sob uma chapa de metal que recebia o sol, permanente em tôda a travessia devido ao bom tempo reinante. Observou ainda que a umidade excessiva do ar marítimo deveria ter contribuído para a perda da mercadoria.

Se a mercadoria foi embarcada com certificado de sanidade vegetal, sem qualquer ressalva, protesto ou exame prévio da seguradora; se o navio demorou o tempo normal; se as condições ambientes ampliavam a umidade e o aquecimento propícios à deterioração da carga; se a cláusula "todos os riscos" compreende quaisquer "causas externas; se o navio não era dotado de desumificadores indispensáveis para o transporte dessa carga, sensível à higrometria agravada e ao aquecimento produzido pela cobertura de metal exposta ao sol, indiscutìvelmente a responsabilidade assumida pela seguradora abrangeu os danos verificados.

Vícios intrísecos não se presumem, quando há um exame das mercadorias realizado pela autoridade sanitária marítima e aceito por tôdas as partes, como satisfatório, ao receberem para transporte e para seguro.

Nada, pois a modificar na sentença".

NOTA — Declarou-se vencido o Desembargador *Xenocrates Calmon de Aguiar,* de acôrdo com o voto seguinte:

"A decisão recorrida, do ilustrado Juiz *D. Rizzio Barandier,* no meu entender, devia ser reformada.

Votei neste sentido.

Impressionam-me as brilhantes razões da Apelação.

No transporte de Buenos Aires-Rio, via marítima apodreceu uma partida de alho. A sentença deu a responsabilidade à transportadora, e, consequentemente, à seguradora, abrangendo o litisconsorte.

Mas, em verdade, *data venia,* o laudo desempatador não tem a significação que lhe deu a sentença, que, ao meu ver, ainda excedeu-se no *quantum.*

As razões citadas, ao meu ver, demonstraram a improcedência dos fundamentos da sentença".

11 — O dolo do segurado na provocação do sinistro marítimo, sua absolvição criminal e a ação de responsabilidade civil. — Por acórdão de 9 de janeiro de 1959, relatado pelo Desembargador SERPA LOPES e publicado no "Diário da Justiça" de 4 de junho de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito

Federal, negando provimento à apelação cível n.º 221, assim decidiu:

"I. Como se conclui dos têrmos da sentença recorrida, esta concluiu pela improcedência da ação, dada a positivação do dolo da firma apelante, provocando o naufrágio da alvarenga em que eram transportadas as mercadorias.

O primeiro fundamento sobrelevado pela sentença consistiu em que a decisão proferida no Juízo criminal, por fôrça da qual os sócios componentes da firma apelante foram absolvidos da denúncia, não constituia obstáculo a sua reapreciação no Juízo cível, quanto à responsabilidade decorrente dos fatos reputados fora do alcance do processo crime.

A sempre discutida tese em tôrno da influência da coisa julgada no crime sôbre a ação civil foi objeto de um brilhante voto do Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, no recurso extraordinário n.º 20.087, de Minas Gerais, no "Diário da Justiça" de 27 de setembro de 1958, págs. 3.258 e 3.259, que se firmou na opinião de AGUIAR DIAS.

Efetivamente, êste último jurista, após análise minudente do problema à luz dos comentaristas, precìpuamente do nosso Direito, chega às seguintes conclusões:

a) a decisão condenatória criminal tem efeito absoluto sôbre outra qualquer jurisdição, em razão do que nenhuma discussão é mais possível a respeito da responsabilidade civil, se a demanda de reparação vem instruída com a condenação do responsável no Juízo criminal;

b) a sentença criminal negatória da existência do fato, desde que o não dê como incerto ou provado, sendo assente, precisamente, na prova de sua inexistência ou da autoria, atribuindo-a a outrem, tem absoluta eficácia de isenção na instância civil;

c) a sentença penal fundada em dirimente ou justificativa, não influi no Juízo cível, senão quando estabeleça culpa do ofendido (AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", 3.ª ed. "Rev. For.", 1954, II, n.º 257, pág. 842).

O eminente Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, sobrelevando as dúvidas criadas por efeito das disposições contidas nos arts. 65 e 66 do Código do Processo Penal, refere que tais dúvidas se projetam especialmente quanto ao problema da legítima defesa, do estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, problemas êsses que não se agitam no caso subjudice, ao qual, com maior propriedade, deve ser aplicado o princípio do art. 66 do Código do Processo Penal, determinando: "não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil

poderá ser proposta quando tiver sido, categòricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

II. Impõe, assim, uma análise em tôrno a sentença absolutória dos sócios componentes da firma apelante, para se poder concluir pela aplicação ou não do art. 1.525 do Código Civil, invocado pelo autor apelante.

Encontra-se na certidão da sentença criminal, um dos pontos de apoio do autor apelante.

Na supracitada sentença, o Dr. Juiz começa afirmando não se ter vislumbrado sequer, um dos elementos constitutivos dos crimes nos quais foram dados como incursos os denunciados. E prossegue a sentença: "a 1.ª e 2.ª testemunha não ouviram ao menos uma pequena referência sôbre o crime imputado aos acusados, uma vez que não se encontravam no local".

Quanto ao naufrágio da alvarenga, precisou a sentença: "refere-se a denúncia que a alvarenga naufragada encontrava-se carregada de tijolos e que a mercadoria nela embarcada fôra tôda transferida para o vapor Iracema", porém sòmente com a retirada da embarcação do fundo do mar, a verdade surgiria real e positiva".

Salienta então que o apelado, Instituto de Resseguros, com meios suficientes para mandar proceder à emersão da alvarenga contudo não providenciou tal elemento de prova.

Em seguida, a sentença salienta as seguintes circunstâncias:

a) os depoimentos tomados no inquérito careciam de qualquer valor;

b) os protestos marítimos tinham sido formulados regularmente;

c) as causas do naufrágio decorreram de defeitos na hélice e o comandante do navio tomou as providências necessárias e de cunho náutico que cabiam, mas não fôra possível evitá-lo "ante a violência com que a água penetrava no seu interior", não transparecendo "negligência ou imperícia";

d) a venda das geladeiras fôra negociada por H. P. L., escrivão e conferente da carga do navio "Iracema", o que afastava qualquer prova de culpabilidade dos sócios da apelante;

e) em síntese, concluiu a sentença proferida no processo criminal, "os crimes atribuídos aos acusados não estão provados, nem "materialmente" nem quanto "a autoria", em razão do que, prossegue a sentença, "sòmente é possível considerar a favor dos réus a prova dos autos".

A sentença, por conseguinte, manifestou-se no sentido da improcedência da denúncia, e por não haver sido interposto qualquer recurso, a mesma transitou em julgado.

III. Resta, então, apurar, qual o efeito dêste julgado na presente ação civil, relativa à indenização devida pelos apelados, em relação ao seguro.

Vimos, que no item "b" das proposições feitas a AGUIAR DIAS, a sentença criminal tem plena eficácia na ação civil, quando, negatória da existência do fato, não o dê como incerto ou não provado, senão assente precisamente na sua inexistência ou na da autoria, atribuindo-a a outrem.

Ora, no caso, a sentença, em virtude da carência de certos elementos probatórios, concluiu com o ser inserto ou não provado os fatos imputados aos sócios da apelante.

Assim, resta livre o campo para a jurisdição civil repronunciar-se sôbre a matéria já objeto do julgamento criminal, mesmo porque nada tem impedido a jurisprudência de, em múltiplas ocasiões decidir que a absolvição dos segurados acusados do incêndio voluntário de um imóvel coberto pelo contrato de seguro não obsta à companhia de seguros sustentar perante a jurisdição civil a voluntariedade do incêndio sobrevindo (N. VALTICOS, "L'Autorité de la Chose Jugée au Criminal sur le Civil", Paris, 1953, n.º 384, pág. 349; MAZEAUD e MAZEAUD, "Traité de la Responsabilité Civile", Paris, 4.ª ed., II, n.º 1956; SAVATIER, "Traité", 2.ª ed., II, n.º 752, pág. 345).

No caso, como bem ressaltou a sentença apelada, a decisão oriunda do Tribunal Marítimo e constante, constitui um libelo poderoso contra as pretensões da apelante e por onde se demonstra que, a despeito da fraqueza de provas indicada na sentença criminal, tal circunstância não se reproduziu no processo julgado por aquêle Tribunal, que colheu os mais seguros elementos de convicção de se tratar de um sinistro provocado criminosamente para que dêle se aproveitasse a firma apelante.

Diz o referido julgado: "da análise minuciosa de tudo o que consta os autos em dois volumes, a fraude ressalta impressionantemente do conjunto de fatos e circunstâncias que os depoimentos e documentações esclarecem, numa concordância fora de dúvida".

Demais, na questão da prova da fraude, o juiz pode orientar-se por meio de deduções, de elementos oblíquos, sendo de ressaltar ainda que o referido Tribunal Marítimo, na decisão já citada, pôs de manifesto que "a simulação do acidente surge das medidas preliminares para realizá-lo (retirada ou afrouxamento da amarração, simulação da existência da carga, presença de Assayag em tôdas as suas fases e subôrno de tripulantes) e da posterior descarga da alvarenga, a venda de fazendas depois do acidente, redação do protesto — tudo apenas contestado pela defesa o que constitui prova irredutível da ação criminosa que a lei penal conceitua".

Não é possível, por conseguinte, após uma tal conclusão a que chegou um Tribunal especializado que examinou com cuidado e minudência as provas produzidas, estabelecer-se um resultado oposto.

Não mais se cogita de uma deficiência de provas, senão de provas circunstânciais fidedígnas, contra as quais não é possível opôr-se uma simples posição negativa, pois que provas em contrário não foram ministradas. Em tais têrmos, impõe-se a confirmação da sentença apelada".

§ 5.º

Da assistência em alto mar

12 — A distinção entre assistência e reboque e seus efeitos. — Por acórdão de 8 de novembro de 1957, relatado pelo Desembargador OSNY DUARTE PEREIRA e publicado no "Diário da Justiça" de 1 de outubro de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento em parte a apelação cível n.º 42.852, convertendo o julgamento em diligência, nestes têrmos:

"A solução da demanda depende da qualidade do auxílio: assistência ou simples reboque. É de aceitar-se o laudo dos perítos, mas reconhecendo, como o fizeram os da autora e do juízo, ambos oficiais de marinha, tratar-se realmente de um ato de "assistência", levando, para isto, também em conta os depoimentos dos tripulantes da embarcação em perigo. Segundo os próprios tripulantes do iate "Barão dos Aimorés", o navio estava com o eixo propulsor partido. Tinha a ferragem do leme avariada; estava com água aberta, a ponto de precisar manter o motor principal e o de reserva em contínuo movimento, no serviço de esgôto dos porões. Já perdera um dos seus ferros (âncora), restando apenas um.

Vê-se, pois, que o auxílio prestado permite concluir que, sem êle, o navio poderia naufragar.

Quando à indenização, porém, converte-se o julgamento em diligência, para que se faça novo arbitramento do valor do barco, em face da disparidade de dados entre os laudos que o próprio desempatador ofereceu. O Desembargador Presidente nomeará um perito".

NOTA — Manifestou-se divergente o Desembargador *Xenocrates Calmon de Aguiar*, no seguinte voto vencido:

"Data vênia da maioria, o caso é tipicamente de reboque e não de assistência, como se decidiu. Procedente, assim, a contestação.

Num caso idêntico, e entre as mesmas partes ora em litígio decidira o Tribunal de Justiça do E. Santo que se tratava de reboque e não de assistência, casos distintos, na doutrina do direito marítimo.

E o Excelso Pretório manteve o acórdão do Tribunal do E. Santo.

A distinção não é exatamente a que fêz o perito desempatador a (fls.), *in fine, data vênia,* saindo fora do que lhe cabia. É o julgador quem, com a prova, verifica se ocorreu reboque ou assistência, nesta configurando-se o perigo da embarcação auxiliada, perigo grave, iminente.

A própria sentença recorrida disse:

"Em suma, não é possivel afirmar que o "Barão" (navio dos apelantes) necessàriamente sossobrasse se o "Olaz" (navio dos apelados) não o socorresse, mas também não é possivel concluir pela inexistência de perigo de sinistro".

Conheço muito bem, dos meus tempos de antes de 930, a zona na qual ocorreu o fato. E os autos informam que o "Barão", com o acidente no eixo propulsor fundeara em frente à barra de Itaúnas, mandando à terra numa embarcação amiúda" a fim de pedir auxílio (descrição do perito desempatador a (fls.).

O perigo, para o desempatador, estaria em que se partira uma das âncoras, mas bem é de ver que, é o perito quem informa, reinava "calmaria" ("muito embora houvesse calmaria").

Os apelantes escudam-se na convenção de Bruxelas, de 1910, citada pelos apelados quando da anterior demanda e pela qual a remuneração só cabe por serviços excepcionais, em casos de assistência ou salvamento, (fls., verso). No caso da alegada ação, o auxílio ocorreu por acidente na altura da Barra do Rio Doce, local considerado perigosíssimo, e aí, no passado, naufragara o Imperial Marinheiro. Conheço, e bem, a zona Norte — E. santense e Sul-Baiana, no litoral do Rio Doce a Caravelas.

As razões dos apelantes convenceram-me de que razão, no caso lhes assiste.

Se a presente decisão passar em julgado, considerando-se que entendendo-se que houve assistência, com perigo grave, iminente, com naufrágio à vista, só impossibilitado pelo auxílio do navio dos apelados — impõe-se, como decidiu a maioria, uma nova vistoria, com novo arbitramento, pela manifesta imprestabilidade do laudo desempatador, o que se acentuou no Acórdão. Impõe-se, assim, a diligência ordenada, para o caso de transito em julgado, o acórdão, considerar-se e entender-se que houve assistência e não simples reboque.

Xenocrates Calmon de Aguiar".

CAPÍTULO IX

FALÊNCIAS E CONCORDATAS

I

A INARRECADABILIDADE DOS BENS DO SÓCIO PRÉ-MORTO NA FALÊNCIA DA SOCIEDADE EM NOME COLETIVO CONTINUADA COM OS SOBREVIVENTES

(Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 38.200, do Distrito Federal. Banco do Brasil S. A., síndico da falência de F. R. Moreira & Cia. vs. Espólio de Luiz Maia de Bittencourt Menezes. Relator, Ministro Sampaio Costa).

Não tomou conhecimento o Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, do recurso, por acórdão de 13 de maio de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 31 de agôsto de 1959, nos têrmos do voto do relator, assim expresso:

O Sr. Ministro SAMPAIO COSTA — O Dr. L. M. B. M. era sócio solidário da sociedade comercial em nome coletivo, F. R. M., cujo contrato social estabelecia, em cláusula expressa, que a sociedade não seria dissolvida pela morte de qualquer dos sócios e que os haveres dêstes seriam pagos aos seus herdeiros, na forma das condições estipuladas.

Em 16 de fevereiro de 1954 ocorre o seu falecimento e em 23 de agôsto daquele ano é decretada a falência da sociedade, sendo, em consequência, arrecadados como pertencentes à Massa Falida, bens particulares do sócio falecido.

Opôs, então, o espólio, embargos de terceiro, rejeitados por despacho do Juiz de Direito da 7.ª Vara Cível desta Capital, mas, por provimento de agravo, foram julgados procedentes pela 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em acórdão com a seguinte ementa:

"Arrecadação de bens, por parte de síndico de Massa Falida de Sociedade Comercial em nome coletivo, do sócio pré-morto à declaração da falência da sociedade, que continuou com os sócios remanescentes na conformidade do contrato social. É incabível a arrecadação, pelo síndico da massa falida, dos bens do sócio pré-morto à declaração da falência da sociedade, — em cujo contrato existe cláusula de não dissolução da sociedade comercial em nome coletivo em consequência de falecimento de qualquer dos sócios, apurando-se os haveres do espólio para serem pagos em promissória, — com fundamento nos arts. 71 e 5.º, parágrafo único, da Lei de Falências e art. 339 do Código Comercial. Os herdeiros do sócio pré-morto, meros credores da sociedade, que continuou, não podem ser equiparados ao "sócio que se despede" ou é despedido da sociedade até dois anos antes da decretação da falência. Não é de se confundir arrecadabilidade — que a lei apenas permite com relação aos bens particulares do sócio solidário que se despede ou é despedido até dois anos antes da decretação da falência (arts. 71 e 5.º parágrafo único da Lei de Falências) — com responsabilidade dos herdeiros pela dívidas do espólio (art. 1.796, do Código Civil)".

Contra essa decisão que mandou excluir da arrecadação os bens do espólio agravante, interpôs o Banco do Brasil S. A., síndico da falência de F. R. M., o presente recurso extraordinário fundado nas letras "a" e "d" do inciso III do art. 101 da Constituição Federal, dando-se como violados os arts. 71 e 5.º, parágrafo único da Lei de Falências e os arts. 262, 1.572, 1.587 e 1.796 do Código Civil.

Alega o recorrente que, não obstante os sócios solidário e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não serem atingidos pela falência da sociedade, ficam entretanto, sujeitos aos efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida e, entre êsses efeitos, está a arrecadação dos bens particulares do sócio solidário ao mesmo tempo que dos da sociedade.

Argumenta que aquêles efeitos alcançam os sócios que há menos de 2 anos se tenham despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes no tempo da retirada.

Alega, ainda, que o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. E acrescenta que aberta a sucessão, o domínio e posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros e essa herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido.

Nas contra-razões o espólio recorrido impugna os fundamentos do recurso no sentido de demonstrar que a decisão apenas interpretou a lei sem divergir de outra de qualquer tribunal local.

Argumenta que o acórdão recorrido deu interpretação à palavra "sócio" do preceito da lei de falências e excluindo os herdeiros da palavra "sócios", nenhuma ofensa fêz à lei, maxime quando o próprio contrato social não admitia que os herdeiros substituissem os sócios falecidos, pois a sociedade continuaria com os sobreviventes e os herdeiros do falecido seriam pagos pelos haveres apurados.

Alega, ainda, que a qualidade de sócio não se transmite com a herança e cita os arts. 334, n.º 4 e 308 do Código Comercial, como argumento de que as sociedades se reputam dissolvidas pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário dos que sobreviverem ou quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do sócio falecido.

Reporta-se o recorrido aos têrmos do contrato social para mostrar que a situação dos herdeiros do sócio pré-morto à decretação da falência da sociedade, que continuou em virtude de disposição contratual, não se equipara a do sócio ao tempo da decretação da falência ou do sócio que se tenha despedido da sociedade há menos de dois anos para o efeito da arrecadabilidade dos bens, ou casos previstos em lei.

O Sr. Dr. Procurador Geral da República disse em seu parecer:

"A decisão recorrida versa sôbre a arrecadação de bens, por parte do síndico da massa falida de sociedade comercial em nome coletivo, do sócio pré-morto à declaração de falência da sociedade que continuou com os sócios remanescentes, na conformidade do contrato social.

O Banco do B. S. A. apresentou as razões de seu apêlo extraordinário que deve ser conhecido e provido, por seus jurídicos fundamentos.

Distrito Federal, 9 de janeiro de 1958. — CARLOS MEDEIROS SILVA, Procurador Geral da República".

Não se discute se os bens particulares dos sócios solidários devem ser arrecadados concomitantemente com os bens da sociedade declarada falida porque os arts. 71 e 5.º, parágrafo único da Lei de Falências não comportam dúvidas.

Impugna-se a decisão recorrida porque esta considerou que os herdeiros do sócio pré-morto à declaração da falência da sociedade comercial em cujo contrato havia cláusula de que a mesma não seria dissolvida em consequência de falecimento de qualquer dos

sócios, não podem ou não devem ser equiparados ao sócio vivo ao tempo da declaração da falência, ou ao sócio que se despede ou é despedido da sociedade até dois anos antes da falência ser declarada.

Entendeu o Tribunal local, por aplicação do art. 1.572 do Código Civil que aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros. Considerou que os herdeiros do sócio falecido, de conformidade com as cláusulas do contrato, não eram sócios da sociedade mas, apenas credores desta.

Realmente, a cláusula 5.ª do contrato estabelece que a sociedade não se dissolverá com o falecimento do sócio e que os seus haveres serão apurados em balanço a ser levantado dentro de sessenta dias.

A posição dos herdeiros do sócio falecido, de apenas serem credores da sociedade e não sócios, está definitiva através de condição resolutiva do próprio contrato social ao estipular que a morte do sócio não implica na dissolução da sociedade e que a apuração dos haveres do sócio falecido será feita mediante balanço dentro de sessenta dias a partir do óbito, de quando deverá começar o pagamento daquêles haveres, na forma pactuada.

Ora, a falência foi declarada em 23 de agôsto de 1954, seis meses após a morte do sócio verificada em 16 de janeiro daquele ano, consequentemente já depois de expirado o prazo de sessenta dias fixado no contrato para a apuração dos haveres e quando já o espólio estava investido dos poderes de representação, no domínio e posse da herança constituída não só daqueles haveres sociais, mas dos demais bens do "de cujus".

Se, por efeito de falência, resulta responsabilidade do sócio falecido, os seus bens, embora já no domínio e posse dos herdeiros, responderão pela obrigação, já aí na proporção da solidariedade social e que teve por têrmo a data do falecimento, tratando-se, como no caso, de sociedade comercial que não se dissolveu com a morte do sócio.

Isso mesmo reconheceu o acórdão recorrido e, nessa parte, também, o voto vencido ao considerar que "a morte não extingue os ônus reais sôbre imóveis, nem as garantias legais a que a lei tenha vinculado os pertences a sócios solidários de uma sociedade em nome coletivo".

A lei de falência, art. 71 e parágrafo único, assegura a arrecadabilidade dos bens particulares dos sócios, nas hipóteses de sócio solidário que se despede ou é despedido até dois anos antes da decretação da falência. Não é o caso dos autos.

Os bens do sócio pré-morto à declaração de falência da sociedade, em cujo contrato havia cláusula expressa de não dissolução em consequência de falecimento de qualquer dos sócios, estão no domínio e posse dos herdeiros de acôrdo com o disposto no art. 1.572 do Código Civil. Êsses herdeiros, por disposição de cláusula do contrato social não são sócios. São apenas herdeiros e a responsabilidade da herança pelas obrigações do "de cujus", compreendidas que decorrem da solidariedade social, está resguardado pelo disposto no art. 1.796 daquele Código.

Assim decidindo, o acórdão recorrido não vulnerou qualquer texto de lei e as decisões dadas como divergentes não atenderem à mesma relação.

Não conheço, assim, do recurso.

COMENTÁRIO

Está o acórdão recorrido, cuja ementa se reproduziu no voto do Ministro *Sampaio Costa*, publicado no fasciculo anterior desta Revista, de julho-dezembro do ano findo, de págs. 358 a 366, com o parecer ministrado pelo Professor *Waldemar Ferreira*, que o mesmo acórdão adotou.

Não era o caso, evidentemente, de recurso extraordinário, por ter havido a justa e oportuna aplicação da lei federal.

Sem embargo, a hipótese foi examinada no voto do relator, sobrenadando a tese de que, com a morte do sócio continuando a sociedade com os sobreviventes, seus herdeiros se convertem em credores dessa mesma sociedade pelos haveres do pré-morto.

Se, prosseguindo ela, convertidos os herdeiros em credores dela, por não terem entrado para ela, se decreta, tempos depois, a falência da sociedade, os bens particulares dos herdeiros, e entre êsses os recebidos da legitima paterna, são insucetiveis de arrecadação pelo sindico da massa falida.

Quando muito — por não serem os herdeiros falidos, muito menos sócios da sociedade falida se poderá admitir que, não tendo sido a posição do sócio pré-morto a de credor, mas a de devedor da sociedade falida — caberá ao síndico desta agir contra os herdeiros, propondo-lhes a ação, por ventura cabivel, a fim de, dentro das fôrças da herança, comporem o devido pelo autor da herança.

É inadmissível, em caso como o que foi julgado, proceder o síndico à arrecadação dos bens dos herdeiros do sócio defunto, sem sentença que tal autorize, por simples manifestação unilateral de sua vontade.

A demonstração da tese, que tornou vitoriosa, feita no parecer, em que o acórdão recorrido se apoiou, se desenvolveu completa e cabalmente, trazendo à luz problema assaz interessante, por ventura em primeira mão.

O acórdão acima transcrito, consagrando-a, resolveu, ainda que incidentemente, questão jurídica relevante.

E ela efetivamente o é.

II

O PROCESSO DA FALÊNCIA E SEUS INCIDENTES E RECURSOS

(Sumário jurisprudencial)

§ 1.º

Os requisitos do pedido falimentar

1 — A nulidade da petição inicial desacompanhada da prova do registro do contrato da sociedade requerente da falência. — Por acórdão de 3 de fevereiro de 1959, relatado pelo Desembargador COELHO DE PAULA, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo de petição n.º 91.266, da Capital, em têrmos seguintes:

"Êstes (os recorrentes) haviam pedido a falência do agravado, nos próprios autos da que antes fôra requerida por L. P. S., que desistira. E o fizeram com base em cheques de emissão dêle, não pagos pelos Bancos sacados, os quais lhes haviam sido dados em pagamento do que lhes ficara a dever, por negócios seus e dos estabelecimento C., de que eram donos, bem assim do decorrente da venda dum apartamento de terceiros, do qual haviam sido intermediários, e por ser o agravado comerciante, embora sem firma registrada.

Acontece porém que, nos seus depoimentos, deixaram os agravantes claramente entrever que os títulos acima aludidos provinham, não de negócios particulares, e sim dos mantidos com a firma de que êles eram dirigentes.

É o que se infere especialmente das palavras do agravado-varão, justificando a presença de sua esposa no pedido de falência, quando afirmou que isso se dera porque todos os títulos da firma tinham sido por êle assinados como procurador dela.

Ora, se os títulos eram da firma, o pedido de falência tinha que ser feito em nome dessa, e havia que ser inicialmente instruído com a prova do arquivamento do seu contrato no Registro do Comércio, mercê do disposto nos arts. 9.º, n.º III, "a" e 11 da lei de falências, como bem demonstrou o Dr. Curador das Massas Falidas, nos pareceres e ensinam WALDEMAR FERREIRA, "Instituições de Direito Comercial", 3.ª ed., vol. V, n.º 1.501, pág. 101; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", 4.ª ed., vol. VII, Livro V, n.º 234, págs. 292 e 293, e T. MIRANDA VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", vol. I, n.º 97, pág. 113.

E a falta de tal prova não podia ser suprida no curso do processo e importava na nulidade do mesmo ("Rev. dos Tribs.", vols. 199, pág. 406; 238, pág. 296 e 269, pág. 424).

Inda, porém, que os títulos, em parte, pertencessem aos agravantes individualmente, a solução assim mesmo não lhes podia ser favorável. É que não provaram êles satisfatòriamente que o agravado fôsse comerciante.

Realmente, a prova produzida, tanto nestes autos, como nos apensados, ressaltou que êle se dedicava à profissão de intermediários de negócios, em sua maior parte imobiliários.

Nessas condições, não estava sujeito à falência, como bem ressaltara o aludido parecer do Dr. Curador.

Bem decidira, assim, a decisão agravada, repelindo o pedido de falência.

Por isso, foi negado provimento ao recurso.

NOTA — Diz a ementa do acórdão que a prova de que o requerente de falência tem seu contrato arquivado na Junta Comercial não pode ser suprida no curso do processo e importa em nulidade do mesmo.

Se o pedido de falência foi formulado individualmente pelo agravante, não haveria, no curso do processo, ensejo para a mudança do requerente, vindo a tomar-lhe a iniciativa sociedade dêle com a mulher. De outro lado, os cheques sem fundos, em que o pedido assentara, não foram protestados; ou o acórdão a isso se não referiu.

Por último, se verificou que o agravado não era comerciante.

A falência não podia mesmo ser decretada.

Repetiu-se o caso do capitão que se excusara perante o coronel de lhe não ter dado a salva de estilo, depois de, por inúmeros motivos, pela falta de polvora.

Tal e qual.

2 — A falta de qualidade do debenturista para, isoladamente, requerer a falência da companhia emissora. — Por acórdão de 16 de abril de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 5 de novembro de 1959, sem a publicação do voto do relator, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confirmou, negando provimento ao agravo de petição n.º 11.440, sentença em que se decidiu assim:

"O requerente, na sua inicial, declarou enfàticamente que é credor da requerida "como portador que é de "debentures" emitidas pela referida emprêsa, legitimando-se por êsse "único motivo", sua presença em Juízo, para tratar da falência da mencionada emprêsa".

Advertido, no correr nos debates, que estando os debenturistas, nos têrmos de seu próprio título e de acôrdo com o Decreto-lei n.º 781, de 12 de outubro de 1938, organizados em "comunhão de

interêsses, o exercício dos direitos fundados nos títulos, cujos efeitos se estendam à coletividade de seus portadores estava sujeito à deliberação das assembléias gerais dêsses portadores (art. 2.º do Decreto-lei n.º 781, citado), argumenta, primeiro, que o pedido da falência é uma ação individual e as ações individuais estão excluídas, expressamente, pela lei da deliberação da comunhão, especialmente quando a ação não se fundamenta em falta de pagamento.

Observou, porém, o Dr. Curador de Massas que não há ação cujos efeitos se "estendam" mais à coletividade de debenturistas do que a falência da devedora comum.

Veio por fim, o requerente arguir a nulidade do seu próprio título de "debenture", porque a assembléia geral extraordinária dos acionistas da requerida que autorizou o lançamento não teria se realizado com a presença de acionistas que formassem 3/4 de seu número, como exige expressamente a lei, sob pena de nulidade (§§ 5.º e 7.º, do art. 1.º do Decreto n.º 177-A, de 1893) a que, assim, se deixa de lado a comunhão de interêsses e o seu título será um simples crédito comum contra a requerida, sem natureza de "debenture", podendo agir isoladamente.

Vejamos êsse argumento. A assembléia geral extraordinária dos acionistas da requerida, que aprovou unânimemente o lançamento de obrigações ao portador ("debentures"), deliberou com a presença de dez (10) acionistas que representavam mais de 98% do capital, como se vê da ata publicada no "Diário Oficial" de 29 de outubro de 1954.

Diz o requerente que a lei exigindo a presença de 3/4 dos acionistas (§ 5.º do art. 1.º do Decreto n.º 177-A, de 1893) e sendo o número de acionistas da requerida de 81 titulares de ações nominativas, dez acionistas, apenas, não satisfazem os 3/4 exigidos pela lei, resultando daí, nos têrmos expressos da lei (§ 7.º do citado art. 1.º), nulidade absoluta da deliberação, que pode ser pronunciada pelo Juiz quando tiver de conhecer do ato ou dos seus feitos, nos têrmos da lição do Professor WALDEMAR FERREIRA.

Sucede, porém, que a atual Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-1940) não repete a exigência do Decreto de 1893 da presença de 3/4 dos acionistas, mencionando, apenas, ser necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, do capital, com direito de voto, para deliberação sôbre criação de obrigações ao portador" (art. 105, letra "c", do Decreto-lei n.º 2.627, de 1940). Se o "necessário" é, apenas, o que menciona, os 3/4 do número de acionistas, desde que não altere o "quorum" de aprovação da "metade, no mínimo, do capital, com direito de voto", são desnecessários.

Na hipótese, êsse "quorum" especial e necessário foi atingido e até superado com a presença de acionistas com mais de 98% do capital social.

O que faltava, menos de 2% para completar todo o capital social, qualquer que fôsse o número de acionistas que representasse essa pequena fração, não teria influência na deliberação que, pelo próprio Decreto n.º 177-A, deveria ser aprovada por acionistas que representassem pelo menos metade do capital social (§ 5.º do art. 1.º do citado Decreto n.º 177-A, de 1893), o que foi conseguido e ultrapassado, como se viu.

Assim, não há nulidade evidente, de pleno direito, a ser pronunciada pelo Juiz, ao conhecer do ato ou dos seus efeitos (parágrafo único do art. 146, do Código Civil). Mas, se nulidade houvesse, tal não aproveitaria o requerente, porque sendo nulas as obrigações ao portador ("debentures"), então, seriam as partes restituidas à condição anterior (art. 158, do Cód. Civil), desligadas de relações jurídicas, cabendo, apenas, reclamar a restituição de sua contribuição ineficaz. No caso, a requerida depositou a importância integral das duas "debentures" e dos respectivos juros vencidos (doc. de depósito de fls.).

Assim, nada mais teria o requerente que reclamar, não sendo credor da requerida, pela nulidade absoluta do seu título, já estando, pelo depósito, restituído e tornado a sua anterior condição, sem qualquer relação de crédito. Assim, na base de título visceralmente nulo (art. 1.511, do Cód. Civil), não poderia pedir falência.

Por outro lado, se o título do requerente, malgrado o seu próprio argumento final, é válido, sendo êle credor debenturista, então o pedido de falência só poderia ser formulado por deliberação da assembléia geral dos portadores dêsses títulos. Realmente, constando da ata da deliberação dos acionistas que aprovou o lançamento de obrigações ao portador do manifesto do lançamento do empréstimo, de inscrição no Registro de Imóveis e do próprio título de que é portador o requerente, a comunhão de interêsses entre os portadores dos títulos (art. 1.º do Decreto-lei n.º 781, de 1938), todos os atos relativos a direitos fundados nos títulos emitidos "cujos efeitos se estendem à coletividade de seus portadores, ficam reservados às deliberações das assembléias gerais dos portadores" (art. 2.º do Decreto-lei n.º 781, citado).

Ora, como disse lapidarmente o ilustrado Doutor Curador de Massas, no seu parecer, "nada existe que se "estenda" mais à coletividade de debenturistas do que a falência da devedora comum". Todos os atos de efeitos generalizados à coletividade dos debenturistas dependem de deliberação coletiva, até mesmo os extrajudiciais, como nota TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE,

"são, pois, proibidos, os atos, mesmo extrajudiciais, como o protesto do título, do cupão de juros, cujos efeitos tenham aquela extensão" ("Sociedade por Ações", vol. I, n.º 526, ed. da "Rev. Forense").

Ainda, para requerer a falência, o debenturista teria de renunciar expressamente a sua garantia real (art. 9.º, III, "b", da Lei de Falência) ou de provar que os bens do devedor não chegavam para a solução de seu crédito, o que, no caso, não se verifica.

O crédito é de pequeno valor, Cr$..., e está até mesmo garantido por depósito integral.

Assim, era indispensável a renúncia do privilégio, o que não houve, nem poderia haver, sem o consentimento da comunhão dos debenturistas. "Os credores debenturistas, quando organizada, na forma da lei, a comunhão de interêsses, não podem renunciar individualmente às suas garantias para requerer a falência da sociedade" (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", vol. I, n.º 87, págs. 104 e 105 da ed. de 1948).

Assim, é evidente a ilegitimidade do requerente para pedir a falência requerida. Essa ilegitimidade, resolvendo a questão, sem necessidade do exame do mérito, dispensa, consequentemente, a realização das diligências protestadas por ambas as partes.

Não tendo sido examinado o mérito a que está ligada a arguição de emulação e capricho feita pela requerida contra o requerente, sem condenar nas penas processuais do "improbus litigator", ressalvando-se à requerida, pelas vias próprias, se fôr caso, o direito reconhecido no parágrafo único do art. 20 da Lei de Falências.

Em face do exposto e mais que consta dos autos, dando pela ilegitimidade do requerente, denego a falência. Autorizo o requerente a levantar o depósito, no tocante aos juros de seu título; e a requerida o saldo restante".

NOTA — Em primeiro lugar é de ter em conta, para a apreciação do problema jurídico pela sentença, que o acórdão adotou, que o empréstimo debenturístico estava vencido, por falta de pagamento dos juros pactuados.

Não pode pairar dúvida a respeito pelo fato da própria sentença, em face do depósito elisivo da falência, ter determinado que, da respectiva quantia, levantasse o credor os juros, que lhe eram devidos.

Não era o requerente da falência, portanto, *improbus litigator*: a companhia emissóra estava em mora no pagamento de dívida líquida e certa; e, portanto, com o estado de falência caracterizado.

Com efeito, pelo disposto no art. 298, n.º VII, do Código de Processo Civil, serão processadas pela ação executiva as ações: "dos credores" por obrigações ao portador (*debentures*), por letras hipotecárias e *coupons de juros de ambos êsses títulos*".

Ora, como a falência se caracteriza quando o comerciante sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, "obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva" — no

caso era legítimo o pedido de falência: a debenturista não pago dos juros era lícito pedir a falência, de tal modo caracterizada.

Podia êle requerê-la individualmente?

Decidiu a sentença, que o acórdão homologou, pela negativa.

Para que assim decidisse, cabia ao juiz, como ao Tribunal de Justiça verificar se, efetivamente, no caso se constituiu o estado de comunhão dos debenturistas, por escritura pública, de conformidade com o disposto no Decreto-lei n.º 781, de 12 de outubro de 1938, isto é, "quando tal condição constar do manifesto da sociedade e do contrato devidamente inscrito".

Se tal se pactuou, as medidas conservatórias, de defesa e salvaguarda dos interêsses comuns dos debenturistas, ficaram na dependência da assembléia dos mesmos debenturistas e a falência deveria ser deliberada por ela e requerida pelo representantes da comunhão, nela eleitos (*Waldemar Ferreira*, "Instituições de Direito Comercial", São Paulo, 1958, Max Limonad, vol. III, tomo I, pág. 353, n.º 888).

Se, todavia, aquilo não foi pactuado, se não se constituiu o estado de comunhão de interêsses dos debenturistas, cada um, isoladamente, ficou senhor de seu direito e habilitado para o defender e exequir, por ser impossível direito, sem ação que o assegure, sem necessidade de renunciar ao seu privilégio, o que a própria sentença reconheceu ser impossível, e sem a prova dela.

"Dispensa-se", doutrinou *Waldemar Ferreira*, nas "Instituições de Direito Comercial", São Paulo, 1955, Max Limonad, Editor de Livros de Direito, vol. V, pág. 100, n.º 1.502, "dispensa-se tal no caso de o debenturista agir isoladamente, em seu nome e por deliberação própria, quando o empréstimo debenturístico não instituiu, nos têrmos do Decreto-lei n.º 781, de 12 de outubro de 1938, o estado de comunhão entre os portadores das debêntures da mesma categoria. Preceitua êle, com efeito, no art. 18, segunda alínea, que, sendo a falta de pagamento de ordem individual, desinteressante à coletividade dos obrigacionistas, a ação individual é admitida, sem restrições. Com maioria de razão assim é, inexistindo o estado de comunhão entre êles, como instituto ou organismo jurídico, que sòmente se origina da deliberação da assembléia geral dos acionistas, ao resolver o empréstimo e desde que inclua entre as condições dêste, exaradas em escritura pública, devidamente inscrito e no manifesto de lançamento das debêntures à subscrição pública".

Se, pois, não se criou, no caso, a estado de comunhão de interêsses entre os debenturistas, nos têrmos, que acabam de ser expostos, tinha o debenturista direito para, isoladamente, requerer a falência da sociedade emissora.

Esta, porém, objetar-se-á, se legítimo o direito de requerente, não poderia ter sido decretada, por ter sido feito o depósito da importância do crédito daquele.

Bastaria, porém, êsse simples depósito? Ou era essencial o depósito de tôda a soma do empréstimo debenturístico, vencido pela falta de pagamento dos juros?

Estas colunas estão ao dispor de quem queira responder à interrogação.

3 — O depósito elisivo da falência e seu efeito. — Por acórdão de 22 de agôsto de 1958, relatado pelo Desembargador FERNANDO

MAXIMILIANO e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento ao agravo de petição n.º 9.585, por êstes fundamentos:

"O agravante requereu a falência do agravado, alegando que o mesmo deixara de pagar no vencimento a promissória de Cr$... vencida em 30-8-1957, emitida em favor de A. O. e que lhe fôra endossada.

Citado, o devedor, nos têrmos do art. 11, § 2.º, da Lei de Falências, entrou com sua defesa, declarando que fizera o depósito da quantia correspondente ao crédito reclamado e que como já notificara o requerente, antes do requerimento de falência, tratava-se de título vinculado a um contrato de venda de uma tinturaria, em que estipulado ficara que as dívidas que surgissem seriam descontadas dos títulos emitidos no seu vencimento.

Em face do alegado e da prova do depósito opinou o Dr. Curador pelo indeferimento do pedido. O M. Juiz indeferiu o pedido.

Inconformado, agravou o requerente alegando que o depósito fôra feito antes de citado o requerido e em outro Juízo, não sendo portanto oportuno.

Como bem frisou o ilustre Dr. Delegado da Procuradoria Geral improcede o alegado pelo requerente. Ameaçado com o pedido, requereu o agravado, depois da notificação de que a dívida estava vinculada a um contrato, não sendo líquida e certa, o depósito para discussão. A fim de evitar a execução e assim, evidentemente elidiu o pedido, demonstrando que não é um impontual (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, vol. 1.º, pág. 133; CARVALHO DE MENDONÇA, n.º 293, vol. 7.º, pág. 336).

NOTA — Não deixa de ser estranha a decisão.

Que o devedor pode requerer a consignação em pagamento, quando seja caso desta, não resta dúvida.

Não se sabe, pela imprecisão do julgado, qual foi a forma de depósito realizada pelo devedor; mas o que tem por efeito elidir o pedido de falência, deve ser feito, na forma do art. 11, § 2.º da Lei Falimentar, mercê do qual, "citado, poderá o devedor, dentro do prazo para a defesa, depositar a quantia correspondente ao crédito reclamado, para discussão da sua legitimidade ou importância, elidindo a falência".

Ora, ao que parece, o depósito nem foi feito nos autos, nem se realizou a discussão determinada pela lei.

Êsse é o motivo da estranheza.

§ 2.º

Da declaração judicial da falência

4 — **O critério para a fixação do têrmo legal da falência.** — Dando provimento ao agravo de instrumento n.º 91.024, da comarca da Capital, a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por acórdão de 30 de outubro de 1958, relatado pelo Desembargador DIMAS DE ALMEIDA, decidiu:

"Indiscutível é que, nos têrmos do art. 22 da lei falimentar, pode o Juiz, por motivos comprovados e jurídicos, retificar o têrmo legal da falência.

Contudo, na hipótese dos autos, nada justifica a modificação feita pela respeitável decisão agravada. A certidão de fls. dá notícia de que o primeiro protesto por falta de pagamento de obrigação líquida e certa da falida se verificou a 2 de fevereiro de 1954, e que, logo após, pelos mesmos motivos, a 22 de abril dêsse ano, outro protesto foi tirado contra a falida. Ainda, que no interregno entre êsses dois protestos outros também foram tirados, porque a falida não aceitara, nem devolvera duplicatas regularmente emitidas contra ela.

Evidenciado, assim, e nos têrmos do art. 1.º da Lei de Falências, ficou o estado de insolvência da devedora. À impontualidade, diz MIRANDA VALVERDE, "Comentários à Lei de Falências", vol. I, pág. 27, "a lei empresta tão forte presunção do estado de falência do devedor, que ainda mesmo outro credor, por título não vencido, pode, provando-a, requerer a falência do devedor comum".

Ora, se uma única impontualidade basta para caracterizar o estado de falência, é óbvio que representa ela estado de insolvência comercial comprovada. Prescinde de reiteração de outros atos de impontualidade. Não se pode, pois, pretender distinguir, contra o texto da lei, entre impontualidade pura e simples e impontualidade que demonstre a insolvência. Por isso mesmo é que o art. 14, n.º III, da lei falimentar, determina que o têrmo legal da falência seja tomado a partir do primeiro protesto verificado. Na sistemática falencial, o primeiro protesto, a demonstrar a impontualidade do pagamento de obrigação líquida que legitima ação executiva, é insolvência.

Demais disso, no caso dos autos, ainda que admissível fôsse exigir a lei mais do que o primeiro protesto, ou aquela insolvência pugnada pelo agravado e a colhida pela respeitável sentença, mesmo assim a situação da falida não justificaria a modificação do têrmo legal fixado na sentença declaratória da falência para mais

de dois anos após, ou seja a 10 de setembro de 1956. Logo após o primeiro protesto de 2 de fevereiro de 1954, outro, a 22 de abril do mesmo ano se verificou. Ambos por falta de pagamento de obrigação líquida a legitimar a ação executiva.

A final, é de se observar também, no caso dos autos, a suspeitíssima posição do Banco agravado, ao pretender a dilação do têrmo legal da quebra. Ao que se vê da escritura certificada, justamente dentro do período legal fixado pela sentença declaratória, o Banco agravado se tornou credor hipotecário dos sócios da falida; e por importância superior a Cr$... Embora seja credor dos sócios, tal transação não pode deixar de interessar aos credores da massa falida. E deve ser examinada com alguma severidade, em defesa dos credores legalmente habilitados. O banco agravado não é credor da massa falida; tem, claramente, interêsses contrários a esta. E ainda assim logrou, de início, ser nomeado síndico, cargo do qual foi destituído precisamente por êsses motivos.

Dessa forma, a respeitável decisão agravada não pode subsistir, quer por lhe faltar suporte jurídico, ante os têrmos da lei falimentar; quer porque as condições especiais do Banco agravado, interessado na dilação do têrmo legal, de forma a colocar os seus interêsses, contrários aos da massa, fora da possibilidade de exame, exige a manutenção do têrmo legal fixado na sentença declaratória".

NOTA — Pelo dispôsto no art. 14, parágrafo único, n.º III, da Lei de Falência, a sentença que esta decrete, "fixará se possível o têrmo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado êsse estado, sem poder retrotraí-lo por mais de sessenta dias, contados:

a) do primeiro protesto por falta de pagamento; ou

b) do despacho ao requerimento inicial da falência (arts. 8.º e 12); ou

c) da distribuição do pedido de concordata preventiva".

Ora, no caso do acórdão, a sentença de abertura da falência fixou o têrmo legal desta de acôrdo com o primeiro critério — o do primeiro protesto por falta de pagamento.

Pode dar-se todavia a hipótese, prevista no art. 22, em razão do qual, "não sendo possível fixar na sentença declaratória o têrmo legal da falência, ou devendo êle ser retificado em face de elementos obtidos posteriormente, o Juiz deve fixá-lo ou fazer a retificação, até o oferecimento da exposição do síndico (art. 103)".

Por êsse art. 103, o síndico, no prazo por êle marcado, deve apresentar em cartório exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituam crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.

No exame das causas da falência, o síndico poderá precisar quais e as datas em que se verificaram, de molde a caracterizar,

com segurança, o momento em que o estado de insolvência se tornou patente, de molde a retrotrair-se o têrmo legal da falência.

Não se teve essa hipótese. Não se invocou a exposição circunstanciada do síndico. Nem se aludiu às causas da falência. Certo credor de sócios, a bem de seu interêsse particular, tendo a retificação, sob fundamento de se ter o estado de insolvência caracterizado em data outra que não a do primeiro protesto.

Pena é que o acórdão não tivesse resumido as considerações aduzidas a tal propósito, para melhor apreciação da hipótese; mas de qualquer modo a decisão adotada foi a condizente com o texto expresso da lei.

5 — **A inadmissibilidade da falência do espólio após um ano da morte do devedor.** — Dando provimento ao recurso extraordinário n.º 23.645, do Distrito Federal, por acórdão de 6 de maio de 1954, só publicado no "Diário da Justiça" de 30 de novembro de 1959, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, assim decidiu, de acôrdo com o voto do relator:

"O Sr. Ministro NELSON HUNGRIA — O presente recurso extraordinário versa sôbre a questão de saber se, em face do art. 4.º, § 2.º, da Lei de Falências, pode ser decretada a falência do espólio de comerciante ainda que transcorrido mais de um ano da data do falecimento dêste e embora já tivesse êle, em vida, impetrado concordata preventiva. No sentido afirmativo decidiu o acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mantendo sentença que, em 18 de janeiro de 1952, deixou de homologar a concordata preventiva que havia sido requerida por A. S. P. e, como tivesse sobrevindo o falecimento dêste em 18 de novembro de 1950, decretou a falência do espólio, representado pela viúva inventariante, C. L. S. P. Invoca o recorrente a letra "a" da casuística constitucional, pois o acórdão recorrido teria violado o citado art. 4.º, § 2.º, da lei falimentar, em face do qual, segundo B. F., "após o decurso do ano, a falência do espólio não mais será possível, em caso algum"; de modo que, segundo doutrina MIRANDA VALVERDE, "depois de decorrido o prazo de um ano, só é possível a falência do herdeiro, ou dos herdeiros que, aberto ou não o inventário dos bens do "de cujus", continuaram a explorar negócio ou emprêsa". No caso vertente, o espólio não prosseguiu na atividade comercial, tendo sido mesmo vendidas, por ordem judicial, as mercadorias do estabelecimento comercial do "de cujus", restando apenas o produto depositado no Banco do Brasil e terrenos e prédios, que não estão sendo comerciados.

Nas suas contra-razões, os recorridos, credores embargantes da concordata, objetam que o art. 4.º, § 2.º, da Lei de Falências sòmente diz com a falência de devedor falecido "in bonis", não se aplicando, portanto, ao caso vertente, em que o devedor comer-

ciante já havia, antes de seu falecimento confessado o seu estado de insolvabilidade, requerendo concordata preventiva.

Oficiou o Dr. Procurador Geral da República, que assim opina:

"O venerando acórdão recorrido, confirmou a sentença de primeira instância, que decretou a falência do concordatário, espólio de A. S. P., por estar demonstrada a evidente impossibilidade de ser a concordata cumprida nas bases propostas.

Não conformado com êsse venerando acórdão a ora recorrente, representante legal do espólio de A. S. P. interpôs o presente recurso extraordinário com fundamento na letra "a" do preceito constitucional, mas que é evidentemente incabível na espécie e improcedente como demonstram os recorridos em suas contra-razões.

O venerando acórdão recorrido, apreciando soberanamente a matéria de fato e de prova constante do processo, decidiu conforme se verifica da sua ementa que:

"A cassação do comércio do impetrante da concordata preventiva, já falecido, e a modificação de qualquer das condições essenciais para o seu deferimento é motivo para a denegação da sua homologação e consequente decretação da falência".

A alegação da recorrente de que o venerando acórdão recorrido teria contrariado a letra do art. 4.º, § 2.º, da Lei de Falências, não procede, de vez que não se trata no caso, de decretação de falência do espólio "depois de um ano da morte do devedor".

O que ocorreu foi o falecimento do concordatário enquanto se processava o seu pedido de concordata, o qual, no entanto, pelos motivos soberanamente apreciados pela Justiça local, não poderia ser deferido.

Somos, em consequência pelo não conhecimento do recurso extraordinário, ou pelo seu não provimento, como a Egrégia Turma entenda dêle conhecer".

É o relatório.

Tenho para mim que o art. 4.º, § 2.º da Lei de Falências não distingue entre devedor falecido "in bonis" ou já em estado de insolvência, tivesse ou não já ajuizado pedido de concordata preventiva. Seu dispositivo é categórico, irrestrito e iniludível: "Não será declarada a falência do espólio, depois de um ano da morte do devedor". Ainda que a falência do espólio fôsse decretável por fatos posteriores à morte do devedor o decurso de prazo superior a um ano, que é de decadência, suprime a possibilidade de sua decretação. É o que justamente ensina MIRANDA VALVERDE, ("Comentários à Lei de Falências", vol. I, pág. 64). O art. 157 do diploma falimentar, quando admite que a concordata continue com o espólio, representado pelo inventariante, devidamente autorizado pelos herdeiros, de modo algum exclui a regra geral do art. 4.º,

§ 2.º; ao contrário, com êste se harmoniza, no sentido de que a concordata deve ser homologada, ou não, dentro de um ano após a morte do devedor, e se dentro de tal prazo não fôr homologada, a falência do espólio já não mais poderá ser decretada.

Assim, conheço do recurso e lhe dou provimento".

6 — O decreto de falência de sociedade por quotas e a responsabilidade do sócio retirante por não arquivamento do contrato de retirada. — Por acórdão de 7 de novembro de 1958, relatado pelo Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES e publicado no "Diário da Justiça" de 9 de março de 1959, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento ao agravo de instrumento n.º 11.020, pelo seguinte:

"O agravante intentou o presente recurso, fundado no art. 17 da lei falimentar, assinalando que foi incluído, indevidamente, como sócio da firma falida, quando já havia firmado o distrato desde o dia 13 de janeiro de 1955 sendo levada a registro no Departamento Nacional da Indústria e Comércio no dia 19 de fevereiro de 1955, o qual não se efetivou, em virtude de exigências ocorridas, que não foram satisfeitas pela falida, tanto que teve necessidade de ajuizar uma ação cominatória perante o Juízo da 6.ª Vara Cível.

O Dr. Juiz "a quo", em princípio, atendeu ao solicitado, mas o despacho foi revogado a fim de ser reintegrada a decisão anterior, isto é, a que, ao decretar a falência, incluiu o nome do ora agravante.

Daí o presente recurso, opinando o Dr. Procurador Geral pelo não provimento.

Com efeito, dispõe o art. 51 da lei falimentar, que o sócio de responsabilidade limitada que delas se despedir, retirando os fundos que conferira para o capital, fica responsável, até o valor dêsses fundos, pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida, que será o do arquivamento do respectivo instrumento no registro do comércio.

O agravante, apesar de dar ingresso na alteração social desde o dia 19 de fevereiro de 1955, fèz retirar a petição, para cumprimento de exigências, em 28 de maio de 1955, deixando, assim, de efetivar o arquivamento, continuando responsável pelas obrigações sociais.

Arguiu o agravante em defesa, que chegou a intentar uma ação cominatória, a fim de obviar os efeitos da exigência, porém não conseguiu, de qualquer modo, ilidir o preceito legal, apesar da concordata ter sido impetrada em 8 de novembro de 1955 e a falência decretada no dia 19 de novembro de 1957".

NOTA — O que preceitua o art. 14, parágrafo único, n.º I, da Lei de Falências, é que a sentença falimentar contenha:

a) o nome do devedor, o lugar de seu principal estabelecimento e o gênero de comércio;

b) os nomes dos sócios solidários e os seus domicílios;

c) os nomes dos que fôrem, a êsse tempo, diretores, gerentes ou liquidantes das sociedades por ações ou por quotas de responsabilidade limitada.

Tratando-se de falência de sociedade desta última natureza, cuja falência se não processa com a da sociedade, não podia a sentença mencionar os nomes dos quotistas, mas tão sòmente dos sócios gerentes da sociedade falida.

É o que está dito na lei. O agravo, quiçá por não convenientemente minutado, não foi provido; e devera ter sido para mandar que o nome do sócio (se não era sócio gerente), fôsse excluído da sentença.

O fato do contrato de sua retirada não ter sido arquivado ao tempo da sentença poderia talvez torná-lo responsável nos têrmos do art. 57, combinado com o art. 6.º da lei falimentar, mas por via ordinária, na qual se proferiria a sentença que decidiria se os embaraços de ordem administrativa opostos ao arquivamento do contrato de retirada seriam de molde a cortar o efeito retroativo do ato do registro, se requerido dentro do prazo legal.

Por êste prisma é que a matéria deveria ter sido proposta e decidida.

§ 3.º

Da verificação dos créditos

7 — A insubsistência da hipoteca dada no têrmo legal para obtenção de recursos para pagamento de alguns credores em detrimento dos demais. — Por acórdão de 30 de maio de 1958, recebeu o Supremo Tribunal Federal os embargos ao recurso extraordinário n.º 22.266, de São Paulo, publicado no "Diário da Justiça" de 26 de janeiro de 1959, de acôrdo com os seguintes votos:

"O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator) — "Data vênia", recebo os embargos, para restabelecer a decisão da justiça local.

O acórdão embargado fundou-se em que a questionada hipoteca seria gêmea da dívida.

Ora, o próprio embargado, ao requerer sua habilitação de crédito, confessou que, do total de Cr$..., Cr$... "haviam sido anteriormente fornecidos ao falido" e só Cr$... teriam sido pagos a credores do falido no ato mesmo da outorga da garantia.

E, na própria escritura da hipoteca, não se fala em qualquer quantia entregue no ato, e sim em Cr$..., que os outorgantes "confessam haver recebido".

Já na sua primeira decisão, que foi em parte favorável ao embargado, o Juiz, depois de citar o art. 52, n.º III da Lei de Falências, proclama o mesmo princípio que o acórdão embargado consagrou mostrando ser pacífico na doutrina, ou seja, o de que

são válidas as hipotecas gêmeas da dívida, mas acrescenta que o embargado visou garantir, embora à custa de novas concessões, a situação de um grupo de credores estreitamente ligados entre si.

E esclarece que o embargado era sócio de S. F. e tio de M. S., sendo que êle embargado era credor, individualmente, de Cr$..., S. P., também individualmente, de Cr$..., P. & S. eram credores de Cr$... e M. S. era credor de Cr$... Natural, observa ainda, que, assim ligados por laços de interêsses, e de parentesco, houvesse os dois S. (um dêles é o embargado) e S. P. acordado, entre si, maneira de, em face da derrocada iminente do devedor comum, salvar o que tinham a receber, mediante o desembôlso de importância quase equivalente, com garantia hipotecária do total da dívida. Não é preciso, acrescenta, cogitar-se aqui de bôa ou má fé dêsses credores, pois, em se tratando de hipótese abrangida pelo art. 52, III, essas circunstâncias são despiciendas, já que o prejuízo para os demais credores é presumido: o fato, incontestável, é que a hipoteca em exame constitui benefício para o habilitando (ora embargado) e para meu sobrinho, seu sócio e a sociedade de que faz parte, em detrimento dos demais credores, e isto é o quanto basta para que a hipótese caia sob o império do citado dispositivo.

E conclui considerando o crédito do embargado, em parte privilegiado e em parte quirografário.

Acolhendo depois o agravo do síndico e de dois credores (um dêles ora embargante), o Juiz classificou o crédito como totalmente quirografário, por isso que errara ao ter parte da dívida como gêmea da hipoteca. É que tôdas as dívidas, cujo total foi coberto pela importância da hipoteca, eram anteriores a esta. Assim, pondera, pretender que é gêmea da garantia a dívida contraída pelo falido com um credor para o pagamento a outros credores, importaria admitir a obtenção, por via oblíqua, do que diretamente é recusado pela lei.

No acórdão do ilustre Desembargador THEDOMIRO DIAS, confirmatório dessa última decisão, foi acentuado que a hipoteca constituída pelo falido, para obtenção de recursos com que solver parte do seu passivo, incide na sanção do art. 52, III do Decreto-lei n.º 7.601 de 21-8-45 e art. 823 do Código Civil, pois tal procedimento, quanto aos seus efeitos, é perfeitamente equiparável à outorga da garantia real em favor ùnicamente dos credores beneficiados pela bôa vontade do falido, em detrimento dos demais, com quebra portanto, da igualdade de tratamento que deve ser assegurada a todos os credores.

Na sua petição de recurso extraordinário, disse J. S. não discutir os fatos e aceitá-los integralmente como o acórdão e o despacho de sustentação os pusera.

Do expôsto resulta que, embora absolutamente certa a doutrina do brilhante acórdão embargado, apoiada, como êle bem mostrou, na "comunis opinio doctorum", não se ajusta ela, a meu vêr, à espécie dos autos tal como a fixaram, apreciando os fatos, as duas decisões da justiça paulista, sendo de notar-se que essa fixação foi aceita expressamente pelo ora embargado, ao interpôr o recurso extraordinário.

Dir-se-á que, "em parte", a hipoteca não serviu para garantir crédito anterior do próprio outorgado, e, assim como acentuou o acórdão embargado em seu trecho final responderão ao aresto paulista, o caso não é paragonável ao fulminado na lei, que se refere à hipoteca para garantia de dívidas anteriores, supondo, portanto que o sujeito ativo desde já seja a mesma pessoa a quem se outorgou a hipoteca.

Mas, ainda aí, "data vènia", entre esta interpretação literal e a contida nas decisões da justiça local, e com o respeito e as homenagens sempre ao Mestre de insuperável autoridade que é o eminente OROZIMBO NONATO, prefiro a segunda, que melhor atende à "ratio legis".

Na verdade, o próprio acórdão embargado mostra que o alvo a que procura atingir, com o preceito legal questionado, é a conservação da "igualdade" dos credores.

E nesse sentido é uniforme a lição dos doutores (v., p. ex. SEGOVIA, editado por **Bento de Faria**, "Direito Comercial", vol. IV, pág. 288).

Ora, aquela "igualdade" tanto estará comprometida, se fôr violada diretamente, como se o fôr de maneira oblíqua, conforme bem salientaram a decisão da 1.ª instância e acórdão que a confirmou.

Diante do exposto, recebo os embargos, para restabelecer a decisão da justiça local.

O Sr. Ministro AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA — Senhor Presidente, a tese é muito interessante, conforme demonstrou o Sr. Ministro Relator. Não há divergência entre o que está sustentado no acórdão embargado e o que se diz em oposição.

O Sr. Ministro VILLAS BÔAS — Senhor Presidente, "data vènia", desprezo os embargos".

8 — **A necessidade da junção do título de crédito à primeira via da declaração dêste.** — Por acórdão de 20 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador XENOCRATES CALMON DE AGUIAR e publicado pelo "Diário da Justiça" de 5 de março de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu provimento ao agravo de petição n.º 9.995, para excluir o crédito, pelo seguinte:

"Na falência da Rádio C. B. S. A., habilitou-se o agravado como credor de Cr$..., e o Doutor Juiz reduziu dito crédito a Cr$..., como da decisão da qual agravou o síndico.

Nos têrmos do parecer da Procuradoria Geral, o agravo merece provimento, por isso que o agravado não juntou à primeira via da declaração de crédito o título dêste, ou documento comprobatório, desatendendo, assim expressa disposição legal.

O próprio exame pericial feito na escrita da falida não chegou a um resultado decisivo a respeito da situação do agravado frente à falida.

Assim sendo, o provimento do presente recurso decorre da própria omissão do agravado, que nem sequer contraminutou o recurso, como se vê da certidão de fls.

9 — A exclusão da multa pecuniária na habilitação do credor. — Por acórdão de 21 de outubro de 1955, relatado pelo Desembargador AGUIAR DIAS e publicado no "Diário da Justiça" de 30 de junho de 1959, o Tribunal Federal de Recursos, em Segunda Turma, negou provimento ao agravo de petição n.º 5.658, da Bahia, na conformidade dêstes votos:

"O Exmo. Sr. Ministro CÂNDIDO LÔBO — Sr. Presidente. O agravo foi interpôsto com base no art. 97 do Decreto-lei n.º 7.661 (Lei de Falências), cujo processo está jungido ao art. 207 do Código do Processo Civil.

Trata-se de agravo extraído da decisão do Dr. Juiz "a quo" que no processo de falência da firma N. A. & Cia., julgando a habilitação retardatária dêsses créditos do Instituto dos Marítimos, o agravante, entendeu de excluir da soma total dos referidos créditos, as multas respectivas aplicadas à emprêsa devedora, por falta de recolhimento das contribuições discriminadas nas certidões de inscrição da dívida.

É só disso que se trata. A douta Sub-Procuradoria Geral opinou pela reforma da decisão agravada pelo Instituto que pretende a inclusão da multa.

É o relatório.

O Exmo. Sr. Ministro AGUIAR DIAS — Tenho dúvidas sôbre a competência.

O Exmo. Sr. Ministro CÂNDIDO LÔBO — O fundamento do agravo e êste:

O I. A. P. M., inconformado, d. v., com a respeitável decisão proferida no processo de habilitação retardatária dos seus créditos privilegiados, na importância total de Cr$... (autos n.º 10.771), declarados na falência da firma N. A. & Cia., na parte em que tal decisão excluiu daquele "quantum total, as multas aplicadas à em-

prêsa devedora (ex-sócio solidário da firma falida — Sr. E. S. S.), por falta de recolhimento das contribuições discriminadas nas certidões de inscrição de dívida, que comprovam o dito crédito, quer dessa referida decisão recorrer, caso não a reconsidere V. Exa., em face dos motivos abaixo deduzidos, para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo que interpõe, com base no art. 97 da vigorante legislação falimentar (Decreto-lei Federal n.º 7.661, de 21-6-45), o cabível recurso de "agravo de petição", cujo processamento deverá obedecer às disposições do Código de Processo Civil, aplicáveis à espécie (cit. Decreto-lei n.º 7.661 — art. 207).

E, na contraminuta, não há nenhuma elevação quanto à preliminar de incompetência.

Seguindo a norma jurisprudencial, aceito a competência.

O Exmo. Sr. Ministro CÂNDIDO LÔBO — Sr. Presidente. Como ficou acentuado no relatório trata-se no presente agravo de saber se a multa pode ou não pode ser incluída no principal crédito habilitado pelo Instituto dos Comerciários na falência de N. A. & Cia.

A decisão agravada habilitou o crédito excluindo a multa e daí o recurso do Instituto.

A matéria está superada neste próprio Tribunal que no agravo n.º 4.232 firmou seu conceito, antes dubitativo, quanto à razão de ser da exclusão das multas nas habilitações de créditos autárquicos, como é o presente caso.

No agravo n.º 3.212, o Ministro ALFREDO BERNARDES insistiu na mesma tese dizendo: No juízo da falência, não podem ser reclamadas penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas. A multa compreende-se entre as referidas penas pecuniárias".

Aliás o Supremo Tribunal Federal, também assim entende o problema como comprova o acórdão no recurso extraordinário n.º 18.746 de São Paulo na "Revista Forense" de março-abril de 1952, pág. 156, vol. 140, relatado pelo Ministro AFRÂNIO COSTA, fixando o princípio da impossibilidade da cobrança de multas, impostas ao devedor que infringiu lei administrativa no processo de falência, por que a isso a massa não está obrigada.

Assim, Sr. Presidente, de acôrdo com o nosso modo de entender e a norma jurisprudencial citada, que é uniforme, mantenho a decisão recorrida que está certa e jurídica e por isso nego provimento ao agravo".

§ 4.º

Dos embargos de terceiros

10 — A revogação do ato pedida em defesa no processo de embargos à arrecadação de imóvel de venda comprometida. — Por

acórdão de 24 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de fevereiro de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento ao agravo de petição n.º 9.745, pelo seguinte:

"O agravante ofereceu embargos de terceiro, que foram julgados improcedentes, em virtude de arrecadação feita pela agravada do imóvel sito à rua Montevidéu, n.º 532, afirmando que era promitente comprador do dito imóvel, estando o preço pago e consignando o respectivo instrumento a cláusula de irrevogabilidade, apesar de não se achar inscrito no registro imobiliário.

Acontece, porém, que a promessa foi firmada a 3 de fevereiro de 1956, quando o pedido de falência foi despachado a 2 de março e decretada a mesma em 20 de dito mês e ano dentro, portanto, do período suspeito, acrescendo que o agravante informou que dita compra era para garantir, em última análise a dívida quirografária da U. F. E. S. A. e no importe de Cr$..., chegando mesmo a emitir, segundo alegou, duas promissórias a favor da mencionada firma e assumir a responsabilidade da dívida hipotecária, também na importância de Cr$..., desmentida dita assertiva pela certidão do recibo de pagamento anterior, tudo a evidenciar o "eventus damni", isto é, a diminuição das garantias do patrimônio do falido oferecida aos credores, caracterizada de modo absoluto, só pelo fato da decretação da falência e o "consilium fraudis", ou melhor, a intenção de prejudicar aos demais credores.

Acresce que a ineficácia do ato, consoante o princípio estatuído no art. 57 da lei falimentar, pode também ser oposta como defesa em ação ou execução, perdendo a massa o direito de propor a ação revocatória, competindo ao agravante, ùnicamente, o direito de reassumir o seu anterior estado e participar dos rateios se quirografário.

A sentença recorrida, em sua conclusão, deverá prevalecer".

§ 5.º

Da revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência

11 — A ação revocatória de cessão de quotas sociais pelo falido. — Por acórdão de 6 de maio de 1952, relatado pelo Desembargador OMAR DUTRA e publicado no "Diário da Justiça" de 20 de agôsto de 1959, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação cível n.º 40.098, assim:

"Cogita-se de ação revocatória proposta pelo síndico do falido para declarar a ineficácia da transação que fizera transferindo, gra-

ciosamente, suas quotas de capital, na sociedade Navegação e Comércio N. Ltda., ao segundo e terceiro apelados, que por sua vez cederam aos primeiros apelados, sendo a ação proposta contra êstes que chamaram a litisconsórcio o segundo e terceiro apelados.

A decisão recorrida, depois de exame ponderado da prova e das alegações, conclue, — "na verdade, contra as alegações dos réus e litisconsortes, corroborados pelos têrmos da alteração social mencionada, a autora, síndico, nenhuma prova fêz de que o falido, efetivamente, contribuiu com dinheiro ou bens para o capital social e que, em consequência, houve alguma liberalidade na cessão por êle feita aos litisconsortes.

A ação assenta-se no art. 52, IV, do Decreto-lei n.º 7.661, de 21-6-1945, (Lei de Falência) ineficácia por prática de atos a título gratuito, desde de dois anos antes da declaração de falência.

Basta o caráter patrimonial do direito, de que o falido tenha, graciosamente, aberto mão, para que o ato incida na censura da lei. É preciso que seja gracioso, importando em desfalque das garantias de seus credores e enriquecimento de terceiro. Nessa hipótese não há que investigar a ocorrência de fraude porque é presumida "juris et de jure".

No caso dos autos, o autor síndico, se baseou apenas em declarações do falido, e de que falido? Fraudulento e como tal foi condenado.

Não houve outra prova qualquer; entretanto, os contestantes provaram que a transação não fôra graciosa, e que o falido adquiriu as ações, suas cotas, sem despender um só centavo; apenas emitiu títulos garantindo credores da sociedade, para assim ingressar como quotista.

Nessa qualidade, apenas permaneceu durante 18 dias, quando cedeu aos outros nas mesmas condições, recebendo seus títulos e anais voltando dessa maneira ao "statu quo ante".

Prejuízo algum deu a seu patrimônio, pois dêle nada saiu, portanto em nada prejudicou ou desfalcou aos credores, quando 8 dias depois ingressou com o seu pedido de concordata.

A decisão recorrida julgando a ação improcedente por falta de prova, julgou com acêrto e jurìdicamente exato".

§ 6.º

Da realização do ativo

12 — A inadmissibilidade da venda dos bens da massa antes de iniciado o período da liquidação. — Por acórdão de 20 de abril

de 1959, relatado pelo Desembargador BULHÕES DE CARVALHO, publicado no "Diário da Justiça de 10 de setembro de 1959, o Conselho da Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dando provimento à reclamação n.º 3.501, decidiu:

"Insurge-se a reclamante contra a venda em leilão do seu acervo, constante de lotações e acessórios, sem que se esteja na fase de liquidação prescrita pelo art. 114 da Lei de Falências.

A venda fôra sustada, mas restabelecida pelo despacho ora reclamado.

Tem a reclamante justo interêsse em pleitear a restauração de sua concessão, pela Prefeitura, antes da venda de seus lotações, bem como de pleitear concordata suspensiva.

Não colhe o argumento de se aplicar no caso o disposto no art. 73 da Lei de Falência, que alude a bens de fácil deterioração ou de guarda custosa, que não se ajustam à guarda de veículos.

Sòmente deve ser feita a venda no devido momento legal".

NOTA — Não é incomum que, mal decretada a falência e arrecadados os bens do falido, sejam vendidos pelo síndico, a pretexto de serem de conservação difícil ou de perigo de sua depreciação.

Feito o requerimento pelo síndico, ouvido o representante do Ministério Público, a concordância dêste enseja o despacho judicial determinante da venda, por via de alvará e com inteira inobservância dos dispositivos legais atinentes à liquidação da massa.

Quando os credores tomam conhecimento do caso, os bens já se tornaram inexistentes, porque vendidos ràpidamente, sem anúncios nos jornais, nem nada, às vêzes a presta-nomes do próprio falido.

Ainda bem, que no caso, o acórdão do Conselho de Justiça impediu essa artimanha ruinosa aos interêsses dos credores e do próprio falido, como ficou bem patente no próprio acórdão.

§ 7.º

Do síndico

13 — **A obrigação do síndico de comunicar à Recebedoria do Tesouro o decreto da falência.** — Por acórdão de 9 de setembro de 1955, relatado pelo Desembargador JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ e publicado no "Diário da Justiça" de 23 de junho de 1959, o Tribunal Federal de Recursos, em Primeira Turma, negou provimento ao agravo de petição n.º 5.547, do Distrito Federal, nestes têrmos:

"O Exmo. Sr. Ministro JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ (Relator) — A Fazenda Nacional intentou um executivo fiscal contra C. G. para haver Cr$... de multa por haver o executado, como síndico

da falência de C. M. & Cia. deixado de comunicar à Recebedoria do Distrito Federal a declaração da aludida falência, nos têrmos do art. 188, inciso 4, letra "c", combinado com o art. 197 — Normas Gerais, do Decreto n.º 26.149, de 5-1-1949.

A ação correu regularmente e o douto Juiz AMILCAR LAURINDO RIBAS julgou-a procedente. Inconformado, agravou o executado. Contraminutou a Fazenda. O Juiz manteve o decidido, e, nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, opina pela confirmação do julgado.

É o relatório.

De conformidade com a sentença recorrida sempre decidi, em minha judicatura de primeira instância e essa é, também, a jurisprudência desta Turma.

As razões de recurso se limitam a reeditar as alegações feitas nos embargos à penhora e não conseguem ilidir os acertados fundamentos da sentença.

Eu a mantenho, por êsses mesmos fundamentos, que são os seguintes.

"A embargante reconhece a pre-existência da obrigação do síndico de dar aviso da falência à Recebedoria, mas entende ser indevida a multa imposta porque essa obrigação teria sido revogada pela Lei de Falências, que regulou inteiramente a matéria.

Sendo superveniente, e não pre-existente à Lei de Falências, a imposição legal da obrigação de dar o aviso, posto que a Lei de Falências é de 1945 e a do Impôsto de Consumo é de 1950, evidentemente não pode colher o argumento da revogação implícita dessa obrigação; e também não pode ser aceito êsse outro de que a Lei Falimentar não discriminou a obrigação entre aquelas expressamente formuladas, porisso que nada impede sejam ampliadas por lei especial as obrigações genèricamente definidas.

Sob qualquer ângulo, portanto, subsiste a obrigação, que, de resto, não pode ser considerada executada pela simples publicação dos editais e comunicação no órgão oficial.

E porque subsiste, a multa foi bem aplicada".

§ 8.º

Da concordata preventiva

14 — A justificação do pedido pela impossibilidade de satisfazer compromissos, ainda que não vencidos. — Por acórdão de 9 de junho de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 16 de fevereiro de 1959, e relatado pelo Ministro HENRIQUE D'AVILA,

a Primeira Turma deu provimento ao recurso extraordinário n.º 32.833, do Piauí, de conformidade com o voto do relator, a saber:

"O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Sr. Presidente, o Egrégio Tribunal de Justiça do Piauí proferiu o seguinte acórdão:

"Assim, havendo o juiz "a quo" mandado processar o pedido de concordata, decretando depois a falência da agravada, a pedido do agravante, mas reconsiderando essa decisão, em virtude de agravo em que acolheu as razões da firma em concordata, fundamentadas na lei, na doutrina e na jurisprudência abundante, inclusive do Excelso Supremo Tribunal, não poderia deixar de ser mantida a decisão agravada, como o é pela presente.

Terezina, 25 de abril de 1956".

Contra êste julgado sobreveio o recurso extraordinário interpôsto com base nas letras "a" e "d" do permissivo constitucional, que aponta como ofendidos os arts. 8.º e 140 da Lei de Falências. O apêlo foi arrazoado e contra-arrazoado, e, nesta Superior Instância, a douta Procuradoria Geral da República emitiu o seguinte parecer:

"Preliminarmente, é de se tomar conhecimento do recurso. Com efeito, o pronunciamento dêste Egrégio Tribunal trazido à colação, no sentido da existência do dever, para o juiz da concordata, de decretar a falência do concordatário sempre que ficar provada a falta de pagamento de obrigação líquida no seu vencimento, certamente decidiu de forma diversa daquela adotada pelo venerando acórdão recorrido, encontrando-se caracterizada, em consequência, a divergência de julgado.

Quanto ao mérito, entendemos haver violado frontalmente a lei o entendimento esposado pelo Colendo Tribunal "a quo" sôbre a matéria objeto do litígio, pois, face aos preceitos expressos dos arts. 3.º e 162 da Lei de Falências, é de ver que constitui condição "sine qua non" para a impetração do pedido de concordata por parte do comerciante que não possa satisfazer seus pagamentos (e a continuação do mesmo nesse estado de administração controlada de seus negócios), não se encontrar com obrigação líquida vencida na data daquela impetração.

Trata-se, realmente, de matéria completamente diversa das condições que deve apresentar o credor de obrigação líquida para requerer a falência do seu devedor, pois, enquanto na primeira hipótese não desconhece o devedor que pretende impetrar "concordata "a data de vencimento de suas obrigações", não sendo necessário, em consequência, o protesto do título para lembrar-lhe da mesma, na segunda hipótese compete ao credor demonstrar ao juiz, como condição para requerer a falência, encontrar-se o devedor

em mora, sendo imprescindível, para tanto, efetuar o pagamento — digo — o prévio protesto da obrigação líquida.

Distrito Federal, 9 de novembro de 1956".

É o relatório.

Conheço do recurso pela letra "a" e dou-lhe provimento, nos exatos têrmos do parecer do Dr. Procurador Geral da República, que adoto como razão de decidir".

15 — A insuspensibilidade da ação contra o avalista por efeito da propositura de concordata preventiva pelo emitente da nota promissória avalizado. — Por acórdão de 22 de dezembro de 1957, lavrado pelo Desembargador PAULO AFONSO, e publicado no "Diário da Justiça" de 12 de fevereiro de 1959, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal proveu o agravo de instrumento n.º 9.513, pelo seguinte:

"Em ação executiva promovida por M. A. M. contra o agravado, protestaram por concurso o agravante e o Banco P. D. F., aquêle exibindo notas promissórias de aval do devedor no montante de Cr$..., e êste em razão de mútuo hipotecário em razão do qual, aliás, promove também uma ação executiva, pela soma de Cr$...

Sucede que o agravado pagou a importância devida ao autor da ação e requereu a extinção desta. Então o Dr. Juiz "a quo" determinou que ficasse a mesma sustada, como execução coletiva, atendendo a que em precatória expedida pelo Juiz de Direito da Comarca de Terezinha, Estado do Piauí, 4.ª Vara Cível, por onde se processa a concordata preventiva da Gráfica P. Ltda. emitente de uma e avalista de outras das notas promissórias já mencionadas, para notificação ao agravante, tomara o Juízo conhecimento da extensão da suspensão de protestos, ações e execuções também ao avalista J. C. F. e outros co-obrigados. E sôbre o crédito hipotecário do Banco da Prefeitura do Distrito Federal mandou que se prosseguisse na ação hipotecária independentemente.

A decisão é agravável com apoio no n.º XIII do art. 842 do Código de Processo Civil, por importar em não admissão do concurso de credores por que protestou o recorrente, oportunamente. Não se limitou o despacho agravado a ordenar o processo da execução coletiva, mas denegou a instauração da mesma, dada a notícia da existência da concordata e de seus efeitos, ainda que, ao que parece, esteja na disposição de admití-la depois do término do aludido concurso de credores no Juízo comercial.

A tempestividade resulta da comparação entre a data da publicação no Diário da Justiça" de 17 de outubro de 1957 e a interposição do recurso a 22 seguinte.

O despacho anterior do Juízo, em que se indeferiu requerimento do agravante de expedição de carta precatória para Terezina a fim de serem penhorados outros bens do agravado, não denegou a instauração do concurso, por que o agravante já protestara, e do mesmo não pode correr o prazo, como pretende o agravado.

Quanto ao mérito da decisão recorrida, é bem de ver que o ilustre Dr. Juiz "a quo" tomou demasiadamente ao pé da letra a carta precatória expedida para notificação ao Banco do Brasil, S. A. para que se abstivesse de protestar títulos, propor ações ou execuções contra o agravado, dando uma amplitude, ao deliberado pelo Dr. Juiz da Concordata Preventiva, não admissível. O que se vê é que a decisão nos autos mandou suspender as execuções contra devedores por créditos sujeitos a concordata da Gráfica P. Ltda. E, em virtude de requerimento da concordatária, se expediu a notificação por precatória, já aí mandando o mesmo magistrado que se ampliasse os efeitos da suspensão ao avalista J. C. F., ou seja o agravado. O equívoco da medida deferida é patente e está em contradição com o despacho anterior, tanto é evidente e indiscutível que o credor por nota promissória pode acionar o avalista, ainda que o emitente haja ingressado em Juízo com pedido de concordata preventiva.

A ilegalidade do despacho do Juízo da concordata importa na independência do Juízo da execução, que não lhe está subordinado, mas, na espécie, tem capacidade para defender a sua competência e jurisdição. Os atos do Dr. Juiz "a quo" em prosseguimento à execução coletiva, com observância das disposições processuais, nenhuma obstação podem sofrer pela notícia contida na notificação feita ao agravante, a pedido da firma concordatária. Às partes litigantes caberá a defesa dos próprios interêsses, pela maneira que entenderem acertada.

Por tais considerações resolveram por votação unânime os Juízes componentes da Primeira Câmara Cível cassar o despacho recorrido, determinando ao Dr. Juiz "a quo" que prossiga no feito, como fôr de direito".

16 — As reclamações trabalhistas em face da concordata da emprêsa empregadora. — Por acórdão de 6 de outubro de 1959, relatado pelo Ministro HENRIQUE D'AVILA e publicado no "Diário da Justiça" de 21 de setembro de 1959, o Supremo Tribunal Federal resolveu o conflito de jurisdição n.º 2.393, do Distrito Federal, nestes têrmos:

"O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Senhor Presidente, trata-se de saber qual o Juízo competente para a execução de decisão trabalhista movida contra emprêsa em regime de concordata.

O Dr. Juiz da Segunda Vara Cível, que processa a referida concordata, informando, assim se pronuncia:

"Em 16-11-57, a concordatária requereu a expedição de ofício à 11.ª Junta de Conciliação e Julgamento, a fim de que fôsse sustada a execução da sentença na Reclamação Trabalhista n.º 402-57, em que foi reclamante O. G. D. Deferido o pedido, expediu-se o ofício, em 11 de novembro de 1957, "in verbis":

"Atendendo ao que me foi requerido nos autos da Concordata Preventiva de M. S. A. — Indústria e Comércio, comunico a V. S., que foi deferido o processamento da concordata e determinada a suspensão de tôdas as ações e execuções por créditos da — digo — sujeitos aos efeitos da concordata, devendo ser suspensa a execução da sentença da reclamação n.º 402-57, em que foi reclamante O. G. D. Entretanto, a 13-11-57, o ilustre Juiz Presidente da 11.ª Junta respondeu que a execução "não pode ser suspensa, como consta daquele ofício, uma vez que o crédito que lhe deu causa é constituído de salários, isto é, crédito privilegiado, não sujeito aos efeitos da concordata.

Peço vênia a V. Exa., para mencionar que por acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no Conflito de Jurisdição n.º 2.352, datado de 7 de junho do corrente ano, foi julgado competente êste Juízo, neste mesmo processo de concordata.

Daí, certamente, o Conflito de Jurisdição suscitado pela M. S. A. Indústria e Comércio, invocando o art. 446, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho".

Ouvida a douta Procuradoria Geral da República, esta, assim se manifesta:

"Esta Procuradoria Geral opinou pela audiência dos órgãos judiciários em conflito, o que foi determinado.

O MM. Juiz da 2.ª Vara Cível do Distrito Federal prestou informações e, quanto à 11.ª Junta de Conciliação e Julgamento, do Distrito Federal, a certidão de fls. esclarece a sua posição.

Isto pôsto: trata-se de saber qual o Juízo competente para a execução da decisão proferida em reclamação trabalhista, visando ao pagamento de salários devidos por emprêsa sujeita ao regime de concordata.

Em caso idêntico, sendo devedora a mesma firma concordatária, o Pretório Excelso decidiu pela competência da Justiça comum (Conflito de Jurisdição n.º 2.352, sessão de 28 de abril de 1958, relator o Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI). Anteriormente, no Conflito de Jurisdição n.º 2.060, em sessão de 16-10-53, sendo Relator o Sr. Ministro EDGARD COSTA, concluiu também o Egrégio Supremo Tribunal Federal pela competência do Juízo da concordata.

Opino, pois, pelo conhecimento do Conflito (Constituição, art. 101, I, "f"), e pela competência do Juízo comum, onde se processa a concordata.

Distrito Federal, 19 de agôsto de 1958".

É o relatório.

Reputo procedente o conflito e competente, nos têrmos do parecer do Dr. Procurador Geral e de acôrdo com a jurisprudência desta Côrte, o Dr. Juiz da concordata, ou seja, o da 2.ª Vara Cível do Distrito Federal".

17 — O impedimento de concordata preventiva ao comerciante com dívidas líquidas há mais de trinta dias, embora sem protesto. — Embora não conhecendo do recurso extraordinário n.º 35.726, da Bahia, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 7 de janeiro de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 2 de março de 1959, assim decidiu:

O Sr. Ministro RIBEIRO DA COSTA — A decisão recorrida, expressa-se nestes têrmos.

"Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n.º 6.102, de Feira, agravante H. P. C. e agravados Companhia de Tecidos P. e outros:

Acordam, em 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento para manter o despacho agravado. Custas na forma da lei.

O agravante requereu concordata preventiva com apoio no art. 156 da Lei de Falências vigente propondo-se pagar aos seus credores 60% dos seus créditos no prazo de dois anos, sendo 20% dentro de seis meses; 30% ao término de um ano e os restantes 10% no fim de dois anos.

Provou que não tinha títulos protestados e deu as razões porque se via compelido a pedir concordata.

O pedido foi deferido e foram tomadas as providências preliminares determinadas pela lei.

Os agravados embargaram a concordata em tempo hábil, alegando que o agravante não podia pedir concordata preventiva, porque: a) tendo vários títulos vencidos, alguns há vários anos, digo meses, não requereu, como devia, a sua falência no prazo do art. 8.º da Lei de Falências; b) porque a concordata requerida causaria, se deferida, sacrifício maior dos credores do que a liquidação na falência (art. 13, I, da Lei de Falências).

O despacho agravado acolheu os embargos e decretou a falência com apoio nos arts. 176 e 162, § 1.º da lei citada.

Dêstes despachos foi interposto o agravo com assento no art. 16 da lei mencionada, que foi recebido, respondido e seguido em

tempo hábil e perfeita forma, uma vez que o Dr. Juiz "a quo" manteve o seu despacho.

Nesta instância o recurso foi preparado e processado em tempo próprio e em devida forma.

O Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral da Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

Duas são as questões a resolver na espécie, a saber: 1.ª Pode ou não, o negociante que não paga obrigação líquida, vencida, mas, não protestada, pedir concordata preventiva? 2.ª Evidenciando-se como na espécie se verifica, que o ativo do negociante é superior ao seu passivo, pode êle requerer concordata preventiva, ou por outros têrmos, verificando-se que a concordata preventiva é mais ruinosa aos credores do que a falência, pode ser a concordata deferida?

Ambas as teses foram, ampla e exaustivamente, estudadas pelas partes — cada um sustentando o seu ponto de vista, pelo juiz "a quo" no despacho agravado e na sua sustentação.

A vigente lei de falências, nas suas "disposições gerais" sôbre concordatas, dispõe: "A concordata é preventiva ou suspensiva, conforme fôr pedido em juízo antes ou depois da declaração da falência" (art. 139).

"Não pode impetrar concordata: O devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8.º, (art. 140, inciso 2.º). "O comerciante que, sem relevante razão de direito não pagar, no vencimento, obrigação líquida deve, dentro de 30 dias, requerer ao Juiz a declaração da falência expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, juntando ao requerimento: (art. 8.º).

Dêstes dispositivos, salta aos olhos — primeiro — que, o negociante que deixa de pagar obrigação líquida deve requerer, dentro de trinta dias, a sua falência, e — segundo — que se deixou de assim proceder, não pode requerer concordata preventiva, mas tão-sòmente concorda suspentiva (art. 177).

Mas, dispondo o art. 153 da Lei de Falências que — "não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor, que requer concordata preventiva, satisfazer as seguintes condições: "Não ter título protestado por falta de pagamento" — dividiram-se as opiniões doutrinárias e os julgados, como os autos, copiosamente, mostram.

A razão está com os que sustentam que não pode requerer concordata preventiva o negociante que tem títulos líquidos vencidos, há mais de trinta dias, primeiro, porque já está falido de fato e o seu dever é requerer a sua falência, e, segundo porque o requerimento de falência não obsta ao pedido de concordata suspensiva.

O Supremo Tribunal Federal decidiu:

"Não depende de protesto, correndo do vencimento de obrigação líquida, o prazo de 30 dias para requerimento da falência por parte do devedor que, sem relevante razão de direito, deixa de solvê-la. O juiz decretará a falência, na concordata preventiva, se verificar que o devedor não a requereu, quando devia (Ac. de 4-11-1949, "Rev. For.", vol. 130, pág. 410, rel. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES).

Se a lei impõe ao comerciante o dever de requerer, dentro de trinta dias, contados do vencimento de obrigação líquida, a sua falência, claro que não pode êle fugir a esta obrigação legal, requerendo concordata preventiva.

Admitir o contrário seria permitir que o negociante fugisse ao dever que a lei lhe impõe de requerer a sua falência para resguardar os direitos de seus credores.

Comentando o art. 158 da Lei de Falências, MIRANDA VALVERDE ensina: "O artigo particulariza as condições que o comerciante deve satisfazer para ingressar em juízo com o pedido de concordata preventiva, "no pressuposto da inexistência de qualquer dos impedimentos relacionados no art. 140" ("Comentários à Lei de Falências", vol. II, pág. 289 n.º 960).

Ora, sendo um dos pressupostos do art. 140, que o devedor não tenha deixado de requerer a sua falência no prazo do art. 8.º da lei, isto é, dentro de trinta dias, contados da data em que se venceu obrigação líquida de sua responsabilidade, forçoso é concluir que o pedido de concordata preventiva, no sentir do grande comercialista, só pode ser formulado quando não se verificar qualquer dos impedimentos especificados no citado art. 140, entre os quais figura o não ter o negociante requerido, no prazo da lei, a sua falência.

A conclusão a que, inevitàvelmente, se chega do estado dos dispositivos citados, é que o devedor que tem obrigação líquida vencida e não paga, não pode requerer concordata preventiva.

Poderá, sim, requerer, a sua falência e, a seguir, pedir concordata suspensiva.

Enfim, o certo é que, o negociante que tem obrigação líquida. vencida e não paga, há mais de trinta anos, digo, dias, não pode requerer concordata preventiva; deve requerer a sua falência e pedir, a seguir concordata suspensiva.

Mas, quando não se devesse repelir a concordata preventiva, na espécie, pelo motivo apontado, isto é, por ter o agravante títulos vencidos há mais de trinta dias, sem dúvida nenhuma, se a devia e deve repelir por, evidentemente, prejudicial aos seus credores (art. 143, inciso I).

Na sua sustentação o Dr. Juiz "a quo" mostrou, "ex abundantia" que a concordata proposta acarretaria "sacrifício maior dos credores do que a liquidação na falência (art. 143, inciso 1.º).

A demonstração — fundada nos autos e nos algarismos que êstes encerraram — é absolutamente procedente e irrespondível e não pode assim deixar de ser acolhida.

Bahia, 28 de novembro de 1956".

É manifestado recurso extraordinário na base das alíneas "a" e "d", por se ter defendido, na espécie contra a letra do art. 158, n.º IV, da falimentar, bem como em divergência com julgados de outros Tribunais inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Arrazoaram as partes.

A Procuradoria Geral da República opina nestes têrmos:

"A decisão recorrida afirmou que "o negociante que tem obrigação, vencida e não paga, há mais de trinta dias, não pode requerer concordata suspensiva".

Não há ofensa a dispositivo de lei federal, nem existe dissídio jurisprudencial capaz de autorizar o apêlo extraordinário.

Opino pelo não conhecimento do recurso; caso contrário pelo seu desprovimento.

Distrito Federal, 6 de dezembro de 1957. — CARLOS MEDEIROS DA SILVA, Procurador Geral da República".

É o relatório.

A decisão recorrida não incide nos pressupostos "a" e "d" do n.º III do art. 101 da Constituição.

Funda-se em razão de fato e de direito para, segundo as regras contidas nos arts. 143, I, e 158, IV do Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, rejeitar o pedido de concordata preventiva e decretar, consequentemente, a falência do ora recorrente.

A interpretação da lei, em face dos fatos da causa, não rende ensejo ao recurso extraordinário.

E a prova, colhida nos autos é irrecusável, pois, decisivamente evidencia que o recorrente quando impetrou a concordata, já tinha vencido, no seu têrmo, títulos da dívida e por demais, também se demonstrava que a concordata acarretaria "sacrifício maior dos credores do que a liquidação na falência".

Ora, em última análise teríamos por êsse segundo fundamento uma decisão que, apoiada na lei (art. 143, I, do citado Decreto-lei n.º 7.661), se reforça e é de ser aceita porque lastreada na prova dos autos (vide exaustiva sustentação da sentença).

Nessa conformidade, não conheço, liminarmente, do recurso".

§ 9.º

Da extinção das obrigações

18 — O têrmo inicial do prazo para a extinção das obrigações do falido. — Por acórdão de 20 de maio de 1958, publicado no "Diário da Justiça" de 26 de janeiro de 1959, o Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, deu provimento, por maioria, ao recurso extraordinário n.º 37.017, de São Paulo, nos têrmos dêstes votos:

"O Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA — O acórdão recorrido diz o seguinte:

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 71.104, de São Paulo, em que são partes, agravante o Dr. 1.º Curador Fiscal de Massas Falidas e agravado L. R.:

Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, adotado como parte integrante dêste o relatório da sentença de fls., rejeitar, por votação unânime, a preliminar de não conhecimento do agravo de petição interposto e dar-lhe provimento, também por votação unânime, para reformar a sentença de fls., e indeferir o pedido de extinção das obrigações do requerente.

Deferiu o Dr. Juiz de Direito o pedido do requerente e, nos têrmos do art. 125, III, da Lei de Falências, declarou extintas as obrigações do requerente, o falido L. R.

Agravou o Dr. 1.º Curador Fiscal, com fundamento no art. 137, § 4.º da Lei de Falências. Contraminutado o agravo, pelo requerente, manteve o Dr. Juiz de Direito a decisão recorrida. Nesta instância, o Dr. Procurador da Justiça, opinou pela confirmação da sentença recorrida.

Suscitou o agravo de petição, interpôsto pelo Dr. 1.º Curador Fiscal. Sustentou não poder o órgão do Ministério Público recorrer das decisões declaratórias da extinção das obrigações do falido. Não tem procedência a preliminar. O órgão do Ministério Público, cuja intervenção nos processos de falência é obrigatória, pode recorrer das sentenças que julgam pedidos de extinção das obrigações do falido ("Rev. dos Tribs.", vol. 167, pág. 179).

Em conformidade com a Lei de Falências, em vigor, a falência não pode ser considerada encerrada, tàcitamente, automàticamente, tão só pelo decurso do prazo de 2 anos, posteriores à sua declaração, que a lei anterior fixara e que a lei ora vigente também fixa (art. 132, § 1.º). Há mister haja sentença de encerramento, para se considerar encerrada à falência. A falência se encerra por sentença (art. 132, § 2.º). Não, pelo decurso do prazo fixado pela

lei, para seu encerramento. O prazo de 5 anos ou o de 10 anos, fixados pelo art. 132, II e IV da Lei de Falências, deve ser contado a partir do encerramento da falência, isto é, a partir da data da sentença declaratória do encerramento da falência. Na vigência da anterior lei de falência, era possível considerar encerrada a falência, desde que o liquidatário tivesse prestado contas. Agora, porém, em face dos preceitos contidos no Decreto-lei n.º 7.661, é certo que a falência deve ser encerrada por sentença.

A sentença agravada, porém, acolheu o pedido, rejeitando a impugnação do Dr. 1.º Curador Fiscal. Assim decidiu porque, afirmou, a lei de falências não subordina a extinção das obrigações do falido ao prévio pagamento dos débitos das Fazendas Públicas e dos Institutos de Pensões e Aposentadoria, os quais não se habilitaram no processo da falência. E ainda, por entender que não tendo havido sentença de encerramento da falência do requerente, ocorrida na vigência da lei anterior, o prazo de extinção de suas obrigações deve ser contado da data em que devia estar encerrada a falência, ou seja a partir de 2 anos posteriores ao dia da declaração.

A sentença não deve subsistir.

Custas pela agravada.

L. R. recorre extraordinàriamente, com apoio no permissivo constitucional, letras "a" e "d".

Argumenta o recorrente:

A decisão contra a qual se interpõe o presente recurso extraordinário foi, "data vênia", contraria à letra de lei federal e também a interpretação da lei federal invocada foi diversa da que está firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Realmente, a referida decisão contrariou frontal e literalmente o disposto no art. 814, do Código de Processo Civil, admitindo recurso do Ministério Público contra a v. sentença que declarou extintas as obrigações de falido do recorrente, quando se sabe que o Ministério Público não é parte nos processos de extinção de obrigações de falido e, portanto, não pode recorrer.

O art. 814, do Código de Processo Civil, dispõe taxativamente, que:

"O direito de recorrer da sentença competirá a quem fôr parte na causa, ou quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público".

Ora, o Ministério Público não é parte nos processos de extinção de obrigações de falido; as partes são o falido e os credores, os quais poderão recorrer. Ao órgão do Ministério Público, com a faculdade apenas de opinar não deu a lei o direito de recorrer.

Aliás, o próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado tem decidido reiteradamente nesse sentido ("Rev. dos Tribs.", vols. 175, pág. 310; 176, pág. 717; 181, pág. 811; 198, pág. 325; 234, pág. 308).

Além disso, a v. decisão recorrida interpretou o disposto no item III, do art. 135 da Lei de Falências (Decreto-lei federal n.º 7.661, de 21 de junho de 1945), de forma diversa da interpretação do Colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez que entendeu que o prazo para extinção de obrigações do falido deve ser contado da data do encerramento da falência, por sentença, enquanto que o Colendo Supremo Tribunal Federal já determinou que êsse prazo deve ser contado a partir da data em que a falência deverá ser encerrada, sem a exigência da sentença de encerramento, conforme prova a certidão inclusa (Recurso Extraordinário n.º 20.249, do qual foi relator o Exmo. Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA).

O recurso está arrazoado, e o Procurador Geral opinou:

"A decisão recorrida versa sôbre extinção de obrigações de falido.

Existindo dissídio jurisprudencial, opino pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Distrito Federal, 25 de novembro de 1957. — CARLOS MEDEIROS SILVA, Procurador Geral da República".

É o relatório.

O que o recorrente pede coincide com interpretação que tenho dado a lei de falência. E justifica a divergência jurisprudencial. Conheço do recurso e lhe dou provimento de acôrdo com as razões constantes do voto seguinte:

"Entendeu o acórdão que na forma dos arts. 132 e 133 da Lei de Falências há necessidade da sentença do encerramento e dessa sentença conta-se o prazo para a extinção das obrigações do falido. Em contrário decidiram as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal..." O instituto da extinção das obrigações do falido aplica-se desde logo, de um modo geral, àqueles que faliram sob o império da lei anterior, contado o lapso prescricional da data em que a falência devera ter sido encerrada, independente da sentença de encerramento por isso que não era, ao tempo, exigência indispensável à eficácia de tal formalidade". Conheço do recurso. Há divergência quanto ao início do prazo para liberação das obrigações do falido. Adoto o entendimento das decisões divergentes. Se de um modo geral a lei atual deve ser aplicada no que se refere à extinção das obrigações do falido, a todos os processos em curso é mais justo que se a interprete como o fizeram os acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; contando o lapso prescricional, nas falências decretadas antes da nova lei, a partir

da data em que deverá ser encerrada antes, digo, encerrada, sem a exigência da sentença de encerramento".

§ 10

Dos recursos

19 — Os prazos de interposição de recursos e seu regime processual. — Por acórdão de 5 de maio de 1959, relatado pelo Desembargador HUGO AULER e publicado no "Diário da Justiça" de 19 de novembro de 1959, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal não conheceu, pela sua intempestividade na interposição, do agravo de instrumento n.º 11.000, pelos seguintes fundamentos:

"Em verdade, pôsto que tenham os respectivos processos regulados normativamente pelas regras do Código de Processo Civil, os recursos em matéria falimentar têm os respectivos prazos de interposição também revestidos de peremptoriedade e de continuidade, correndo em cartório independentemente de intimação e de publicação, na conformidade do art. 204 da Lei de Falências, e cuja única restrição restrita à publicação de editais, avisos, anúncios e quadro geral de credores, está prevista no parágrafo único do art. 205 do mesmo diploma legal.

Ora, "sub specie juris", o agravante impugnou a nomeação do síndico por petição ajuizada a 26 de maio de 1958, sendo que o Dr. Juiz "a quo" sòmente decidiu a hipótese no dia 30 do mês de junho seguinte. Em consequência, havendo o agravante interposto o recurso no dia 10 de julho de 1958 é extreme de dúvida havê-lo feito fora do quinquídio de que trata o art. 841 do Código de Processo Civil, pois tal prazo é também peremptório e contínuo, correndo em cartório, na conformidade do art. 204 da Lei de Falências, que é justamente a disposição em contrário a que se refere o art. 28 da Lei de Direito Processual e ao qual faz expressa remissão aquela outra disposição legal.

Por tôdas essas razões é que se impõe o não conhecimento do presente recurso em face da intempestividade de sua interposição".

20 — O agravo de instrumento é o recurso da sentença de indeferimento de pedido de concordata e decreto de falência. — Por acórdão de 29 de julho de 1958, relatado pelo Desembargador FREDERICO SUSSEKIND e publicado no "Diário da Justiça" de 5 de março de 1959, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Distrito Federal negou provimento ao agravo de instrumento n.º 10.276, pelo seguinte:

"O § 2.º do art. 162 do Decreto n.º 7.661 de 1945 dispõe ser cabível o agravo: "da decisão do Juiz", decisão sôbre o pedido de falência do concordatário.

Examinando o pedido, fundado no citado art. 162, pode o Juiz decretar ou não a falência do concordatário. De sua decisão, é claro, admissível é o agravo de instrumento. E a qualquer credor, como no caso a agravante, lícito é interpô-lo.

Nega-se, porém, provimento ao recurso, porque a sentença bem decidiu, indeferindo o pedido de falência e mandando prosseguir na concordata. É fato que o art. 140 determina não poder requerer concordata preventiva o devedor que não tenha pago vencimento de obrigação líquida dentro de 30 dias (art. 8.º), mas certo é, como decidiu o Dr. Juiz e acentuou, em seu parecer, a Procuradoria Geral, "quando foi impetrada a concordata, os devedores não tinham títulos vencidos há mais de 30 dias, a contar da data em que foi feito o pedido, pois que as duplicatas que se deveriam vencer, pelo menos 30 dias antes, tiveram o seu vencimento prorrogado, expressamente". Se a agravante retirou do cartório os títulos, dilatando o prazo do vencimento, deixou de ocorrer, na espécie, a sanção prevista no art. 140".

§ 11

Dos crimes falimentares

21 — A validade do laudo firmado por um só perito. — Por acórdão de 18 de maio de 1959, relatado pelo Desembargador ALBERTO MOURÃO RUSSEL e publicado no "Diário da Justiça" de 29 de outubro de 1959, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação criminal n.º 30.076, a fim de confirmar, por seus fundamentos, a sentença "que condenou o réu a 3 anos e 6 meses de reclusão, como incurso nos arts. 186, ns. VI e VII, e 188, ns. IV e VI, do Decreto-lei n.º 7.661, de 21-5-45 (Lei de Falências), uma vez que, de parceria com seu sócio, também condenado, forjaram uma escrita fantástica com o fim de obter uma concordata preventiva (art. 188, IV) existindo escrituração lacunosa (art. 186, VI), com falta de rubrica do Juiz, incidindo amplamente nas penas, da citada lei.

Rejeitou-se a preliminar em face do disposto no art. 103, § 1.º, da Lei de Falências que reconhece a validade de laudo pericial efetuado por um só perito, no inquérito judicial falimentar.

Pena bem dosada, face à intensidade de dolo, as consequências e grandes prejuízos ocasionados".

NOTA — Ao que preceitua o art. 63, n.º V, da Lei de Falências, cumpre ao síndico "designar, comunicando ao juiz, para proceder ao exame da escrituração do falido, perito contador, ao qual caberá fornecer os extratos necessários à verificação dos créditos, bem como apresentar, em duas vias, o laudo do exame procedido na contabilidade".

Ora, tratando do inquérito judicial, o art. 103, no § 1.º, estabelece que a exposição, no qual aquêle se baseará, será instruida "com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, n.º V)"; e êsse laudo, com as demais peças ali referidas, será destinado "à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal" (Cód. de Proc. Penal, art. 509).

Não exige a lei dessarte a assinatura de dois peritos. Contenta-se com o laudo de um só. E êsse é bastante, como decidiu o acórdão.

22 — **A prescrição da punibilidade do crime de falência.** — Por acórdão de 23 de junho de 1958, relatado pelo Desembargador LAFAYETTE DE ANDRADA e publicado no "Diário da Justiça" de 11 de maio de 1959, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de "habeas corpus" n.º 35.788, de São Paulo, nos têrmos do voto do relator, a saber:

"O Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA — O advogado R. P. B., impetra "habeas corpus" em favor de A. S., alegando:

a) falta de justa causa;

b) prescrição da punibilidade.

Eis o primeiro fundamento: lê.

Quanto ao segundo diz o impetrante:

"A falência da firma de que era sócio o paciente foi decretada, por sentença de 29 de maio de 1953. A denúncia só foi oferecida em 24 de julho de 1955. A falência da firma S. & B., até o momento ainda não foi encerrada, sendo, também, certo que o último ato nela praticado tem a data de 1.º de agôsto de 1955.

Assim sendo, Excelso Pretório, já se encontra extinta a punibilidade, pela prescrição, nos têrmos da mansa jurisprudência dêsse Egrégio Tribunal.

A falência foi decretada em 29 de maio de 1953. Pelo menos, até 29 de maio de 1955, deveria já estar encerrada, nos prescritos têrmos do art. 132, § 1.º, da Lei de Falências.

Não pode o art. 199, e seu parágrafo único serem interpretados, com desprêso do art. 132, § 1.º, da Lei de Falências, citado.

Examinando a espécie, afirma MIRANDA VALVERDE:

"A falência deve estar encerrada 2 anos depois do dia de sua declaração, salvo caso de fôrça maior, devidamente provado. A falência permanece aberta anos e anos, já por negligência dos administradores da massa e dos próprios credores que abandonar o processo, já porque finda a liquidação e distribuído o dividendo, nenhum interêsse pecuniário ativa o último têrmo do processo. O falido não tirando nenhuma vantagem do encerramento, não o provoca também. Daí resolver a Jurisprudência que o prazo da prescrição da ação penal, por crime de falência culposa ou fraudulenta, começa a correr do momento em que a falência devia estar encerrada por sentença" ("A Falência no Direito Brasileiro", vol. I, págs. 413 e 414).

Outro não tem sido o entendimento da jurisprudência dos nossos Tribunais:

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu:

"Em não havendo caso de fôrça maior, devidamente provado, o prazo prescricional começa a correr da data em que devia ter sido encerrada a falência, ou julgada cumprida a concordata, embora êsse acontecimento processual não se tenha ainda verificado.

"Interpretação do art. 199, e parágrafo único, combinado com o art. 132, § 1.º, da Lei de Falências" ("Rev. For.", vol. 159, pág. 364).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no Recurso n.º 2.831, do qual foi relator o Desembargador DAMASCENO FONTENELLE, também decidiu:

"Discute-se, no caso em espécie, do momento em que deva começar a ser contado o prazo da prescrição do crime falimentar. Sôbre o assunto, é claro o dispositivo do art. 199, da vigente Lei de Falências, dispondo: "A prescrição extintiva da punibilidade do crime falimentar, opera-se em dois anos. O prazo prescricional começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata".

"Êste artigo, com o seu parágrafo único, deve, no entanto, ser interpretado de acôrdo com o parágrafo 1.º do art. 132, da mesma Lei de Falências, que diz: "Salvo caso de fôrça maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.

O Dr. Juiz de Direito em exercício ao receber a petição pedindo fôsse decretada a extinção da punibilidade, determinou a juntada de certidão de encerramento da falência ou do último despacho proferido na mesma, com a respectiva data. Foi junta a certidão de fls., em que se vê que o último ato, fôra praticado em data de 23 de maio de 1951; em vista dêste fato, determinou, ainda, o Dr. Juiz de Direito em exercício que se fizesse a juntada da certidão explicativa dos motivos de estar parada a falência. Fêz-se

a juntada da certidão de fls., onde não há qualquer explicação, não ocorrendo, assim, nenhuma causa que impedisse que fôsse julgado encerrado o processo de falência que deu vida à presente ação penal.

Ora, se assim acontece, isto é, se não há nenhuma causa justificativa da demora, como preceitua o § 1.º, do art. 132, citado, claro que, a decorrência do prazo da prescrição deve fluir a começar da data da declaração judicial da falência, extinguindo-se com o decurso de 2 anos. Não é outra a lição que nos oferece TRAJANO VALVERDE, em a "Falência no Direito Brasileiro", vol. I, n.º 322, o contrário seria uma protelação indefinida com prejuízo da própria relação jurídica ajuizada".

Matéria de ordem pública, a prescrição não pode ficar prorrogada pela desídia dos síndicos ou liquidatários da massa" (In "Jurisprudência e Doutrina", abril, maio e junho de 1954, pág. 388 n.º 14 e "Ementário Forense", maio 1955, ano VII, n.º 78).

Também, quando o paciente foi condenado, definitivamente, pelo Colendo Tribunal de Alçada de São Paulo (20 de agôsto de 1957), mais de dois anos já haviam decorrido, desde o recebimento da denúncia, que é de 27 de julho de 1955.

De acôrdo, pois, com a jurisprudência dêsse Excelso Pretório, também, sob êste aspecto a ação já está prescrita.

Poder-se-ia, contudo, argumentar que na data em que proferida a sentença condenatória pelo MM. Juiz de Direito em exercício na 16.ª Vara Criminal (17 de janeiro de 1957), sob nenhum dos fundamentos citados, a ação estava prescrita, tendo em vista o que preceitua o art. 117, IV, do Código Penal Brasileiro.

Êste argumento, na verdade, à primeira vista, impressiona.

O impetrante, contudo, toma a liberdade de citar os arts. 10 e 360 do mesmo Estatuto Penal. O art. 10 citado está assim concebido:

. . . . . .

"Art. 10 — As regras gerais dêste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso".

E o art. 360 está assim redigido:

"Art. 360 — Ressalvada a legislação especial sôbre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprêgo da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário".

Comentando o art. 10 do Código Penal, escreveu o Prof. OSCAR TENÓRIO:

"O art. 10 tem de ser confrontado com o art. 360 do Código Penal, ao ressalvar êste último a legislação especial sôbre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do estado e contra a guarda e o emprêgo da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou interventores e os crimes militares" ("Da Aplicação da Lei Penal", n.º 335).

Há, porém, argumento muito mais importante que os acima referidos. Trata-se do que dispõe o art. 215, da Lei de Falências, quando dispõe, expressamente:

"Art. 215 — Na sua aplicação será observado o disposto no art. 22, e seu parágrafo do Código Penal e no art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil".

Fôssem aplicadas à Lei de Falências as regras de que cuida o art. 117 do Estatuto Penal comum, a êste a mesma lei teria se referido, como o fêz em relação aos dois dispositivos citados.

Assim sendo, entende o impetrante, "data vênia", que, também, pelo segundo fundamento é de ser deferido êste petitório, concedendo-se, em consequência, a ordem de "habeas corpus" requerida, para livrar o paciente da condenação que lhe foi imposta pela Justiça Criminal de São Paulo".

Vários documentos acompanham o pedido.

É o relatório.

Sr. Presidente, indefiro o pedido porque a prescrição não se verificou em nenhuma das hipóteses apontadas por êste Supremo Tribunal".

23 — **O têrmo inicial do prazo da prescrição dos crimes falimentares.** — Por acórdão de 11 de julho de 1958, relatado pelo Ministro HENRIQUE D'AVILA e publicado no "Diário da Justiça" de 11 de maio de 1959, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso de "habeas corpus" n.º 35.978, nos têrmos do voto do relator, a saber:

"O Sr. Ministro HENRIQUE D'AVILA — Senhor Presidente, L. M. S. requereu "habeas corpus" ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que o indeferiu pelo venerando acórdão, nos seguintes têrmos:

"Acordam, em Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça do Estado por maioria de vistos, denegar a ordem, pagas as custas na forma da lei.

Teve o paciente a sua falência declarada por sentença de 13 de outubro de 1953. Em agôsto de 1955 requereu concordata suspensiva, que até a presente data não foi homologada por não satis-

fazer os seus requisitos legais. Pretende com a presente ordem, de caráter preventivo, o reconhecimento da prescrição dos crimes falimentares porventura praticados, sob a alegação de que o processo da quebra devia estar encerrado dois anos após a sua decretação, e que a partir dessa data tenha se iniciado o biênio profissional, previsto no art. 199, parágrafo único, da lei falimentar.

Entende, por isso, que não encerrada a falência no prazo fixado na respectiva lei, tôda e qualquer providência adotada pelo Dr. Curador Fiscal, com o intúito evidente de promover a responsabilidade penal do paciente por crimes falimentares, constitui ameaça de constrangimento; e que tais providências estão sendo tomadas, de maneira inequívoca.

Não lhe assiste, porém, razão. Segundo jurisprudência dêste Tribunal, o início do prazo prescricional sòmente se verifica, nos exatos têrmos do art. 199 e parágrafo único, da lei falimentar, a partir da sentença que julgar encerrada a falência ou cumprida a concordata; decisões essas transitadas em julgado. No caso, a falência não está encerrada por sentença, e nem mesmo a concordata.

Nem mesmo socorre à impetração a mais recente jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, na interpretação do dispositivo em causa. Consoante as mais recentes decisões do mais alto Tribunal do país, o biênio prescricional se inicia, não estando a falência encerrada por sentença, ou julgada cumprida a concordata, a partir do momento em que é oferecida a denúncia por crimes falimentares. E no caso, ainda não foi oferecida a peça vestibular da ação penal contra o paciente.

É certo que alguns julgados entenderam que, marcando a lei falimentar, no seu art. 132, § 1.º, o prazo de dois anos para o encerramento da quebra, a partir dêsse momento teria início o prazo prescricional previsto no art. 199. Tal interpretação, porém, não se afirmou como vitoriosa: e tem contra si, "data vênia", das opiniões que o endossaram, o preceito imperativo do citado art. 199 da lei falimentar, e a maioria dos julgados tanto dêste Tribunal, como do Colendo Supremo Tribunal Federal.

São Paulo, 13 de maio de 1958".

Irresignados com essa decisão denegatória do "writ", o paciente interpôs o presente recurso, que foi devidamente arrazoado.

É o relatório.

Nego provimento ao recurso.

Nos têrmos do art. 199, parágrafo único, da Lei de Falências, a prescrição para os crimes falimentares corre da data do trânsito em julgado da decisão que encerrou efetivamente a falência, e não da data em que devia ter sido ela legalmente encerrada".

24 — A impunibilidade do sócio pela simples presunção de cumplicidade com os atos da gerência. — Por acórdão de 7 de novembro de 1957, relatado pelo Desembargador FRUTUOSO DE ARAGÃO BULCÃO, e publicado no "Diário da Justiça" de 15 de janeiro de 1959, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu, em parte, provimento à apelação criminal n.º 25.984, nestes têrmos:

"O apelante C. J. B. foi condenado, juntamente com L. C. e J. R. B., como incurso nas penas do art. 186, II e VII e do art. 188, IV, da Lei de Falência, combinados com o art. 51 do Código Penal, a um ano de detenção e a um ano de reclusão como responsável pela falência fraudulenta da Fábrica A. B. Ltda. Acontece, entretanto, que do exame dos presentes autos, não se encontra, realmente, nenhuma comprovação de que o apelante haja, na sociedade de que era sócio, desempenhado, em qualquer tempo de seu funcionamento, as funções de gerente.

Pela cláusula VII, do contrato social, o sócio L. C. "assumirá a direção e administração da sociedade, podendo exercer a gerência ou nomear gerentes". Só nos impedimentos, o sócio C. seria substituído pelo apelante ou pelo outro sócio, conforme cláusula VIII. Ora, não havendo comprovação de que o apelante exerceu a gerência, mesmo transitòriamente, é de justiça excluí-lo da condenação. A simples insinuação do sócio C. de que a administração era cumulativamente exercida pelos três componentes da sociedade não constitue prova contra o apelante, ainda porque foi o próprio C. quem esclareceu que, tendo sido vítima de acidente de automóvel, o seu substituto, na gerência da sociedade, foi o outro sócio, e não o apelante.

Diante do exposto e atendendo ao reconhecido princípio jurídico de que não é possível condenar alguém pela simples presunção de cumplicidade, impõe-se a reforma da sentença do ilustre titular da 14.ª Vara, na parte referente à condenação do apelante".

CAPÍTULO X

IMPOSTOS E TAXAS

A ILEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DO IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES SÔBRE O "QUANTUM" DO IMPÔSTO DE CONSUMO

(Supremo Tribunal Federal. Recurso de mandado de segurança n.º 6.669, de São Paulo. Companhia Agrícola e Industrial Cícero Prado vs. Fazenda do Estado de São Paulo. Relator, Ministro Luiz Gallotti).

Por acórdão de 21 de agôsto de 1959, publicado no "Diário da Justiça" de 16 de novembro de 1959, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso do mandado de segurança n.º 6.669, na conformidade dos votos que se seguem:

"O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI — O acórdão, que negou a segurança, tem esta ementa, que bem o resume:

"Impôsto de vendas e consignações. O "quantum" pago a título de Impôsto de Consumo integra o preço da mercadoria negociada, e, portanto, o valor do bem para efeito de cálculo do impôsto de vendas e consignações".

Recorreu a impetrante.

O parecer da douta Procuradoria Geral, que reproduz a parte substancial da decisão recorrida, é o seguinte:

"A Cia. Agrícola e Industrial C. P. impetrou, ao MM. Juiz da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Estadual de São Paulo, mandado de segurança contra o Sr. Diretor do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda, do mesmo Estado, a fim de que fôsse excluído o impôsto federal de consumo da quantia que serve de base ao cálculo do impôsto de vendas e consignações, devido pela primeira venda dos produtos de sua fabricação.

A autoridade apontada como coatora prestou informações e a sentença concedeu a ordem.

Mas a 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão de 1.ª instância para cassar a segurança.

Foi interposto recurso ordinário regularmente processado.

I

A fundamentação do aresto impugnado está assim concebida:

"O fato gerador do impôsto de consumo é a fabricação do produto ou o seu aparelhamento para circulação; enquanto o do da vendas e consignações é a transmissão da mercadoria do fabricante ao primeiro comprador. São fenômenos econômicos diversos, relativos a fases diferentes do ciclo da mercadoria o que faz suscitar êsses tipos distintos de impostos. O de consumo se prende à produção, ao início da circulação. O fato gerador é a deslocação da matéria, na criação de utilidade, que se destina ao consumo. Tributa-se a mercadoria, na saída do estabelecimento produtor ou da alfândega, para ser pôsto em consumo. Não interessa o ato jurídico pelo qual o artigo manufaturado vai aos intermediários e consumidores. O impôsto se torna devido antes do negócio de cessão do bem a terceiro. A responsabilidade do contribuinte se origina da produção e o seu pagamento procede à saída da mercadoria da fábrica ou entrega à circulação. Já o de vendas e consignações só se torna devido com a transferência do bem, isto é, com o negócio jurídico de caráter comercial, tantos quantos foram as operações mercantís. Pressupõe venda ou consignação a venda. Para qualificação jurídica da natureza dos tributos não interessa a sua repercussão, mas o fato gerador é os sujeitos da relação jurídica fiscal. Não se confundem repercussão e incidência de impôsto. Se êle incide sôbre o fabricante, êste é o sujeito passivo da relação tributária, e a circunstância de poder fazer repercutir a sua responsabilidade legal, pelo pagamento, em outrem, mesmo prevista pelo legislador, o qual lhe faculta transferir tais encargos, não altera a situação jurídica. Por conseguinte, a discriminação da nota fiscal dos fabricantes de vendas das mercadorias ao primeiro comprador, entre o valor desta e a importância do impôsto de consumo, determinada, em lei, na verdade por motivos de boa fiscalização do seu pagamento, tanto que só prevista nos efetuados por verba, não constitui obstáculo, jurídico, para calcular-se nos têrmos legais, dos textos federal e estadual, o impôsto de vendas e consignações sôbre o total dessa nota fiscal, uma vez na ocasião da venda, o "quantum" do impôsto de consumo se incorpora no preço da mercadoria".

II

A questão não é nova e já tem sido objeto de várias decisões do Pretório Excelso. Mas a relevância da tese e sua profunda

repercussão na vida financeira dos Estados da federação aconselha um reexame atento da controvérsia.

O texto constitucional dá à União competência para tributar o "consumo das mercadorias (art. 15, II) e, aos Estados autoriza a decretação de impostos sôbre "vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais" (art. 19, IV).

Assim, na partilha tributária, êsses impostos surgem com denominações próprias e inconfundíveis, pertencentes a entidades diversas. Cada poder tributário tem, portanto, a faculdade de elaborar normas próprias sôbre a incidência e a arrecadação do impôsto que lhe toca, atendendo às peculiaridades da taxação.

É descabida, por êsse motivo, a invocação que os contribuintes vem fazendo do art. 99 da Consolidação das Leis do Impôsto de Consumo (Decreto n.º 26.149, de 5-1-49) já revogado, aliás, para se eximirem do pagamento do impôsto de vendas e consignações, com inclusão, no preço da venda, do impôsto de consumo.

De fato, a regra do direito federal visa exclusivamente a cobrança do impôsto federal de consumo; não pode ter influência na aplicação da norma de direito estadual, concernente à arrecadação do impôsto estadual de vendas e consignações.

Insolúveis seriam os conflitos e irreparáveis os danos ao erário de cada entidade tributante se lhes fôsse dado interferir, mediante atos legislativos, no processo da tributação alheia, em se tratando de campo específico e privativo. Não só a União poderia criar obstáculos aos Estados, como êstes àquela, de molde a tornar inócua, ou levar à subversão as regras da partilha tributária, inscrita na Constituição.

TITO REZENDE, perito na matéria explica, em parecer, a razão do dispositivo regulamentar federal, (art. 99 da Consolidação das Leis do Consumo); "concerne apenas ao "impôsto de consumo, quando "ad valorem" ou seja o chamado impôsto por guia, diz o aludido publicista: "os demais produtos não pagam êsse impôsto "ad valorem", por guia prossegue o mesmo especialista, e sim, impôsto por unidade, pêso, volume, etc., ou mesmo por preço tabelado, mas mediante selagem direta. Aliás, nem mesmo a todos os produtos sujeitos ao regime chamado "ad valorem" é aplicável aquêle art. 99 e sim sòmente aos nacionais; os estrangeiros não estão sujeitos à norma" ("Memorial da Fazenda Pública de São Paulo", pág. 65).

Como se vê, o art. 99 da citada Consolidação, a que se apegam os contribuintes, tem um objetivo estrito, de facilitar a arrecadação do tributo federal. Não pode ter a virtude de influir na conceituação do próprio impôsto de consumo e de excluir, a sua parcela, da incidência do impôsto estadual de vendas e consignações.

Em verdade, o impôsto de consumo, segundo ALIOMAR BALEEIRO. "...tem por fato, gerador não o negócio jurídico da venda, mas o fato econômico de ser a mercadoria posta no comércio, consumo ou uso, ainda que gratuitamente, pela saída da fábrica ou da alfândega" ("Uma Introdução à Ciência das Finanças", pág. 549).

RUBENS GOMES DE SOUZA também ensina que: "O impôsto de consumo é devido por ocasião da saída da mercadoria tributada, do estabelecimento produtor ou da Alfândega, qualquer que seja o título a que se faça a saída, e seja ela onerosa ou gratuita, isto é, quer se trate de venda, ou de doação, troca, devolução, etc." ("Compêndio de Legislação Tributária", pág. 373).

Não se confunde, o impôsto de consumo, com o de vendas e consignações porque êste último só é devido quando haja venda mercantil ou operação comercial do produto.

Confrontando os dois tributos RUY DE SOUZA ("Memorial da Fazenda Pública de Minas Gerais", pág. 21) faz a sua distinção em têrmos claros e inequívocos:

Como se vê, os dois impostos são irmãos, tendo como causa a despesa individual, sendo ambos indiretos e, por via de traslação, vindos ambos repercutir, afinal, sôbre o consumidor. O fato econômico, que lhes serve de ponto incidente, não é comum, porém, o que faz originar o aparecimento de fatos geradores bem diversos e nítidos: o Impôsto de Consumo sendo, antes, tributo sôbre a produção, ou melhor o produto; o de Venda, constituindo gravame sôbre o negócio jurídico, da venda ou da consignação da mercância. O de Consumo, cobrado "a priori", antes do produto deixar a fábrica e independentemente de qualquer negócio com êle; o de Vendas, "a posteriori", quando o produto sair da fábrica e fôr objeto de um negócio jurídico de compra e venda. O de Consumo, carregando só uma vez; o de Vendas, em tantas operações quantas se realizarem com a mercância".

O impôsto de consumo recai, em verdade, sôbre o produto e por isto mesmo é incluído, por autores estrangeiros, entre os chamados "impostos de fabricação". Êle integra o custo do produto e, portanto, o seu preço.

O verdadeiro contribuinte do impôsto, nem está obrigado a pagá-lo, quando faz sair da fábrica o produto, é o produtor. E, sendo o devedor real do impôsto, êle o inclui no custo da mercadoria, no seu preço de venda.

Como adverte ANTÃO DE MORAIS ("Memorial da Fazenda Pública de São Paulo", pág. 29): "não pago o impôsto (de consumo), quem fica sujeita à execução fiscal, é o fabricante ou produtor e

não o primeiro consumidor: logo, devedor do impôsto é aquêle e não êste".

No mesmo sentido são invocadas as lições de TESORO ("Distrito Tributário", n.º 33, nota "a", pág. 97), HENSEL ("Diritto Tributário", § 11, pág. 82) e TANGORRA ("Trattato di Scienzie della Finanza", § 760, pág. 856).

Excluir-se, portanto, da incidência do impôsto estadual de vendas e consignações a parcela relativa ao impôsto federal de consumo que o produtor paga e inclui no custo e no preço do produto, só porque um dispositivo de ordem prática inscrito entre as regras consolidadas para a arrecadação dêste último, mandava escriturá-la, destacadamente, é subtrair, indevidamente, uma quota legitimamente tributável do cômputo da taxação estadual.

Com a exclusão da parcela do impôsto federal, de consumo, que se incorpora, de fato, ao preço da mercadoria, a incidência do tributo estadual em causa poderia ficar irremediàvelmente sacrificada, com o aumento desmesurado da taxação federal.

E tal exclusão não beneficia o consumidor porque, em verdade, na formação do preço da mercadoria, para o efeito de venda, pelo seu fabricante, ou importador, já foi computada a parcela do tributo federal.

Assim, é o contribuinte do impôsto de vendas e consignações e não o consumidor do produto, quem se locupleta com a não incidência, ora em discussão.

Com acêrto decidiu o Pretório Excelso, quando em 1.ª Turma, sendo Relator o Sr. Ministro ARY FRANCO, decidiu, em 20-12-56, no recurso extraordinário n.º 31.717 que:

"O impôsto de vendas e consignações incide sôbre o preço total da mercadoria nêle incluído o impôsto de consumo ("Rev. de Dir. Adm.", vol. 51, pág. 81).

Não há porque abandonar êsse julgado com prejuízo incomensurável para o fisco estadual e nenhum benefício, quer para o fisco federal, quer para o consumidor, mas sòmente para o vendedor do produto sujeito ao impôsto de vendas e consignações.

Opino, pois, pelo desprovimento do recurso.

Distrito Federal, 16 de maio de 1959. — CARLOS MEDEIROS DA SILVA, Procurador Geral da República".

É o relatório.

No caso relativo à incidência do impôsto de vendas e consignações sôbre as bonificações cambiais, recebi emissários de vários Governos Estaduais, que apelavam no sentido de um reexame da jurisprudência, que se ia orientando no sentido de negar aquela incidência, com gravissimas consequências para a Fazenda dos Estados.

Não por êste argumento "ad terrorem", mas porque nos convencemos de que tinham, razão, vieram os Estados a ser vencedores livrando-se inclusive de restituições que montariam a bilhões de cruzeiros e hoje é tranquilo o entendimento a êles favorável.

Logo depois, talvez animados com aquêle resultado, novos apelos surgiram para que reexaminássemos o problema relativo à incidência do impôsto de vendas e consignações sôbre o "quantum" do impôsto de consumo que o fabricante recolhe ao efetuar a primeira venda (pleito, por igual, de vultosissima significação para os Estados).

Fiz o reexame mas não me convenci de que os Estados tivessem razão.

Agora, os apelos se renovam, ainda em maior número, inclusive com fundamento na nova lei do impôsto de consumo.

Mas, ainda desta vez, após ter lido atentamente alguns quilos de brilhantes memoriais e pareceres, não me convenci de que assista razão aos Estados.

Não era na lei do impôsto de consumo que verdadeiramente me baseava, mas na própria natureza, na própria essência do tributo.

É a ordem natural e lógica: o consumo não pode preceder à primeira venda feita pelo fabricante, e, assim, sôbre o "quantum" do impôsto de consumo não deve incidir o impôsto relativo a esta primeira venda.

Para se obedecer a essa ordem natural, não é necessário que esteja expressa na lei. Mesmo no silêncio desta, deve ser respeitada.

Não se trata, ao contrário do que sustentam os Estados, de limite criado pela lei federal à competência dêles para decretar o impôsto de vendas e consignações. Se disso se tratasse, não o admitiríamos, como não admitimos no caso das Cooperativas.

Argumentava-se até aqui contra o Fisco com a lei federal, a meu vêr desnecessàriamente mas porque ela dispunha atendendo à natureza do impôsto de consumo. Se o desnaturasse, para permitir que sôbre êle incidisse o impôsto de vendas relativo à primeira venda, aí sim, é que caberia impugnar-lhe tal alcance.

Assim como uma lei federal não poderia restringir o legítimo conceito de preço, de modo a desfalcar o poder tributário dos Estados e reduzir o alcance do impôsto de vendas, também não poderia ampliar dito conceito, de maneira a verificar-se a incidência fiscal sôbre aquilo que preço realmente não é.

Os Estados não podem subverter o conceito de preço para efeito do impôsto de vendas, do mesmo modo como não podem (e assim temos sempre decidido) subverter o conceito de transmissão de propriedade quando decretam a respectiva tributação, e como

não poderiam subverter o conceito de exportação para considerar exportação o que exportação não é.

Não há como, em nome da autonomia dos Estados, reconhecer que êles podem livremente fixar o fato gerador do impôsto, quando tal fato está enunciado na Constituição Federal e tem um sentido próprio constante do direito federal.

Trata-se, na verdade, de competência tributária privativa dos Estados, mas tal competência exclusiva é para decretar aquêles impostos relativos aos fatos geradores que a Constituição Federal menciona (art. 19). Se se reconhecesse liberdade aos Estados para indicar outros fatos geradores, vale dizer, decretar outros impostos, de nada serviria, seria inútil, não teria sentido a enumeração taxativa feita no art. 19.

Por isso o ilustre Professor GILBERTO DE ULHÔA CANTO acentua muito bem, impugnando a pretensão dos Estados:

"Não se pretenda que a tese aqui exposta importaria, a prevalecer, em limitar a atuação dos Estados na decretação de seus tributos privativos. Se limitação houver, será ela decorrente do próprio processo de discriminação constitucional, que no caso foi o da referência ao fato gerador, como já se demonstrou".

E nota ainda:

"Se na fixação do fato gerador do impôsto de consumo pode o legislador ordinário federal escolher elementos índices da incidência com "certa" liberdade, outro tanto não se dá com o dos Estados, que se cingirá necessàriamente às integrantes do negócio jurídico — seja venda ou consignação, — e não a fatôres a êle estranhos na lógica das operações a gravar".

O ilustre Professor RUBENS GOMES DE SOUZA, por sua vez, bem esclarece:

"Em primeiro lugar, pensamos que nem sequer se pode falar em interferência do legislador federal nos domínios reservados ao legislador estadual. Semelhante situação só ocorreria se o legislador federal tivesse arbitràriamente excluído do conceito de preço da compra e venda um elemento que dêle devesse fazer parte, segundo a definição jurídica que aquêle contrato tem no direito privado".

E acrescenta:

"Na realidade, a lei federal apenas definiu o impôsto de consumo como despesa a cargo do comprador, e em seguida esclareceu que o seu montante não se inclui no preço, mas êsse esclarecimento já era, a rigor, "ex abundantia", de vez que, sôbre ser óbvio, é pacífico, na jurisprudência e no entender das próprias autoridades administrativas, que as despesas a cargo do comprador não se incluem no preço da compra e venda".

Diz ainda:

"Posta a questão nestes têrmos, não temos dúvida em afirmar que a solucionariamos pela afirmativa, isto é, no sentido de que a lei estadual estava vinculada à conceituação da lei federal, e que a norma daquela, em contrário à desta, seria inoperante.

Assim pensamos porque a definição do preço da compra e venda (como, genèricamente, a definição de quaisquer elementos dos contratos nominados de direito civil ou de direito comercial) é matéria que se contém na competência legislativa da União, "ex-vi" do art. 5.º, n.º XV, letra "a", da Constituição Federal. Não acolheriamos a objeção, que se fizesse, de que tal interpretação poderia deixar pràticamente sem efeito, ou pelo menos reduzida em seu alcance, a própria discriminação constitucional das receitas públicas, por subtrair ao contrôle pleno e exclusivo do legislador estadual o fato gerador de impostos privativos dos Estados, como é exatamente, o de vendas e consignações. Assim pensamos, porque entendemos que, na exegese da Constituição, não é possível encarar isoladamente determinados dispositivos (no caso, o art. 19, n.º IV), ou mesmo todo o tratamento de determinado assunto (no caso, a discriminação de rendas), sendo essencial, ao contrário, encarar uns e outros dentro de uma visão de conjunto da estrutura constitucional, equacionando-os com os outros dispositivos (no caso, o art. 5.º, n.º XV, letra "a"), ou com o tratamento dos outros assuntos (no caso, a discriminação das competências legislativas) que com êles tenham relação, ou que sôbre êles devam ter prioridade.

Com efeito, a objeção acima antecipada, se aceita, projetaria suas consequências muito além dos próprios têrmos em que é formulada. Em primeiro lugar, implicaria em admitir que a competência do legislador estadual (ou municipal) para instituir e regulamentar os impostos atribuídos privativamente aos Estados (ou aos Municípios) pudesse sobrepor-se, hieràrquicamente, à competência atribuída à União para legislar sôbre o direito civil e o direito comercial. Em segundo lugar, implicaria em cristalizar, em têrmos nem sempre possíveis de definir com precisão, os institutos de direito civil e de direito comercial na forma de que se revestissem, na lei federal, ao tempo em que fôsse atribuída aos Estados (ou aos Municípios) a competência para sôbre êles instituir tributos. Ora, é evidente que qualquer dessas consequências excederia o campo, limitadamente tributário, da legislação ordinária dos tributos estaduais e municipais, para invadir o campo constitucional das definições de competência na órbita legislativa, atingindo a própria estrutura do regime federativo pela subversão da hierarquia das leis

conduzindo ao absurdo de exigir-se a reforma da Constituição para alterar tal ou qual artigo do Código Civil ou do Código Comercial".

Dispondo a Constituição (art. 15, n.º II), que compete à União decretar impôsto sôbre o consumo de mercadorias, evidente que a lei federal podia tornar claro, podia dizer (art. 99), que, embora êle seja arrecadado por ocasião da primeira venda (cobrado pelo fabricante ao primeiro comprador), só depois dela se incorpora ao preço, porque o consumo é necessàriamente posterior e nunca anterior à primeira venda; mas, por isso mesmo, não poderia dizer que o impôsto de consumo já se incorpora ao preço antes da primeira venda.

Observa, com precisão, RUBENS GOMES DE SOUZA que, para o legislador do impôsto de consumo, se apresentava como fundamental a necessidade de deixar isenta de qualquer dúvida a afirmação de que o impôsto onera a mercadoria "quando consumida", e não "quando produzida", embora seja arrecadada nas mãos do produtor sòmente quando essas duas definições, e da incidência e a da forma de cobrança, estivessem perfeitamente caracterizadas e extremes de confusão, poderiam o legislador atingir simultâneamente o seu duplo objetivo de garantia a segurança e a comodidade da arrecadação e de evitar as arguições de descaracterização do impôsto de consumo em impôsto de produção.

Foi portanto, acrescenta, com êsse objetivo que o legislador elaborou o sistema, consubstanciado nos arts. 2.º e 99 da lei anterior, pelo qual o impôsto incide sôbre a mercadoria dada a consumo, mas é arrecadado, por antecipação, do respectivo produtor.

Diz, a seguir:

"Assentado, como ficou, que a norma de o impôsto de consumo, arrecadado do produtor, ser obrigatòriamente recuperado por êste do primeiro comprador é essencial à definição do próprio impôsto como sendo "de consumo", entendemos que a norma de que essa recuperação se faça individualizadamente e não por integração no preço é necessàriamente complementar da primeira. Por outras palavras, o que o legislador visou, ao ditar a norma, que chamamos de "complementar", foi deixar claro que o impôsto de consumo nunca é uma parcela a cargo do produtor, ou seja, é um ônus da mercadoria mas não um elemento de seu custo de fabricação ou de importação. Assim entendida, a regra do art. 99, de que o montante do impôsto de consumo não integra o preço da primeira venda, significa que aquêle montante é adiantado ao fisco, pelo produtor, não como despesa dêle produtor, ainda que recuperável, mas como despesa do comprador, que o produtor adianta por conta dêste.

Posta a questão nestes têrmos, torna-se clara a procedência da nossa afirmativa de que a norma de não incorporação do impôsto de consumo ao preço da primeira venda é um complemento necessário da norma da sua incidência sôbre o consumo e não sôbre a produção. Com efeito, para definir a incidência do impôsto (que, como vimos, é o objetivo essencial das disposições em exame), seria necessário, mas não suficiente, autorizar (ou obrigar) o produtor a recuperá-lo do primeiro comprador: necessário, porque de outro modo o impôsto seria, pelo menos legalmente, ônus do próprio produtor; mas não suficiente porque, se a recuperação se fizesse como elemento integrante do preço, o impôsto seria uma despesa da produção, ao mesmo título que o custo industrial; ora, "se o legislador admitisse que o impôsto de consumo integrasse o custo de produção, estaria confessando que êle incida, jurìdicamente, sôbre a própria produção, e não sôbre o consumo".

Esclarece ainda:

"Em resumo, a norma do art. 99, na parte em que proibe que, na primeira venda efetuada pelo produto, o impôsto de consumo seja tomado como um elemento integrante do preço, significa que em tempo algum (nem mesmo antes da sua recuperação), o legislador admite que aquêle impôsto seja um encargo da produção. Isso, por sua vez, explica que aquela norma só esteja prevista na lei em relação à primeira venda, isto é, à venda feita pelo produto; nas vendas subsequentes, com efeito, é indiferente ao legislador federal que o impôsto de consumo seja ou não integrado no preço, ao passo que na primeira venda é, como vimos, essencial que não o seja. E isto porque o preço das vendas posteriores à primeira já não é mais preço do produtor, mas preço do atacadista, ou do varejista, ou, em suma, do revendedor: todos êsses intermediários podem, para os efeitos fiscais do impôsto de consumo, — ser equacionados com o consumidor (com o qual, aliás, de fato se confundem quando o primeiro comprador seja o próprio consumidor), porque o que importa à definição do impôsto de consumo é, como já ficou claro, isolar nìtidamente o elo inicial da cadeia da circulação das mercadorias, isto é, o produtor, de todos os demais elos sucessivos da mesma cadeia até o último, isto é, o consumidor.

Assim, para a conceituação do impôsto de consumo só interessa regular jurìdicamente o processo de repercussão ou traslação em sua primeira fase, isto é, na passagem da mercadoria do produtor para o primeiro comprador, que tanto pode ser um intermediário como pode ser o próprio consumidor. Nessa primeira fase, é essencial demonstrar, jurìdicamente, que a repercussão ou traslação do impôsto ocorreu, não a título de recuperação de um elemento do custo de produção, mas a título de reembôlso de uma despesa a

cargo do consumidor, adiantada, por conta dêle e por expressa disposição legal, pelo produtor. A partir dêsse momento, é indiferente, ao legislador do impôsto de consumo, a forma pela qual o processo de repercussão ou traslação do impôsto prossiga, e até mesmo é indiferente que aquêle processo se interrompa ou cesse definitivamente: demonstrado, jurìdicamente, que o impôsto, desde o primeiro momento de repercussão, já estava a cargo do consumidor (ou dos intermediários que antecedam ao consumidor), e fôra simplesmente adiantado ao fisco, pelo produtor, por conta do consumidor, o impôsto estará definido como incidindo sôbre o consumo".

GILBERTO DE ULHÔA CANTO também observa de modo preciso:

"A lei previu o pagamento de impôsto de consumo pelo produtor, não como débito próprio em sentido substancial, mas apenas formal, porque o declarou o sujeito passivo da obrigação tributária que se forma em favor do Estado.

Em sentido substancial, o contribuinte é, entretanto, o primeiro comprador, a quem manda a lei seja cobrado o valor do tributo recolhido pelo produtor".

Alega-se que a anterior lei do impôsto de consumo "camuflou" um desvio do fato gerador do tributo, pois, por ela, o impôsto é pago pelo fabricante e depois cobrado do consumidor (art. 2.º), quando, na verdade, se trata de impôsto de fabricação, como é denominado na Itália.

Ora, a Constituição, no art. 15 n.º II, declara competir à União o impôsto sôbre "consumo" de mercadorias, e, no mesmo artigo n.º III, cuida de outro impôsto, único, que incide sôbre a "produção", comércio, distribuição, "consumo", importação e exportação de lubrificante e combustíveis.

Distingue-se aí, nìtidamente, entre o impôsto de "consumo" sôbre as mercadorias em geral, previsto no n.º II e que estamos examinando, e o impôsto do n.º III, que pode incidir sôbre a "produção" de lubrificantes e combustíveis, mas nada tem a vêr com o problema ora em exame.

Assim, o impôsto de consumo poderá ser impôsto de fabricação, na Itália; no Brasil, não.

E, como pondera RUBENS GOMES DE SOUZA, se a União desfigurasse e transformasse o impôsto de produção, já não poderia instituí-lo como privativo, mas só em concorrência com os Estados e com as limitações previstas no art. 21 da Constituição.

Aliás, se alguma dúvida restasse quanto a ser impossível considerar o nosso impôsto de consumo como um impôsto de fabricação, bastaria vêr, para arredá-la, que o vigente Decreto n.º 45.422, reproduzindo o parágrafo único do art. 141 da antiga Consolidação, dispõe:

"Serão restituídos os valores das estampilhas aplicadas em produtos que, por motivo de incêndio, naufrágio ou qualquer outro acidente devidamente comprovado, "não tiverem sido entregues a consumo" (parágrafo único do art. 106).

Evidente, portanto, que o impôsto de consumo, ao contrário do que pretende a Fazenda recorrida, é mesmo de consumo e não pode ser considerado impôsto de produção ou fabricação; não é, nem poderia ser, despesa de produção ou de fabricação.

Assim, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança.

O Sr. Ministro VILLAS BÔAS — Peço desculpas ao Egrégio Tribunal pela demora em pronunciar-me sôbre a importante questão da inclusão do valor do impôsto de consumo na importância da venda para efeito do cálculo do impôsto sôbre vendas e consignações.

Reporto-me aos doutos pareceres dos ilustres Desembargadores ANTÃO DE MORAIS e doutores TITO REZENDE, JAYME PÉRICLES e RUI DE SOUZA.

Detenho-me no resumo do último.

Em síntese, o ilustre Professor da Universidade de Minas Gerais afirma o seguinte:

1) Sob o aspecto "constitucional", não caberia à União, regulando o impôsto de Consumo estabelecer limitações ao poder exclusivo que a Carta de 1946 distribuiu ao Estado-membro para decretar o Impôsto sôbre vendas. O poder de tributar do Estado não poderia ser limitado, arbitràriamente, pela regra privativa da lei federal, que se refere, de maneira doméstica, "a um impôsto federal". Nem se poderia falar em "norma geral" de Direito Financeiro, exatamente porque o preceito do antigo art. 99 da Consolidação das Leis do Impôsto de Consumo é "particular, especial", só se referindo à disciplina administrativa do tributo federal.

A limitação realizada, na área da atuação do poder tributário estadual, à vista de um preceito particular de lei relativa ao Impôsto de Consumo, "atentaria contra o princípio federativo, agrediria a autonomia do Estado federado e não encontraria fundamento nem na competência para editar normas gerais de Direito financeiro, nem em qualquer pressuposto poder implícito".

2) Sob o aspecto "financeiro", observar-se-ia a diversidade de fato gerador entre os Impostos de Consumo e de Vendas. Nêles,

só a causa é comum. Quanto ao fato gerador, a nossa lei dá o Impôsto de Consumo como tributo sôbre o "fato econômico da produção", ou impôsto "sôbre a fabricação", ao passo que o Impôsto de vendas é tributo "sôbre o negócio jurídico, sôbre o fato econômico da circulação da riqueza". Sendo impôsto sôbre a produção, ou sôbre o produto, o impôsto de consumo é cobrado "antes, a priori", quando o produto deixa a fábrica e independentemente de qualquer negócio com êle; o de vendas é cobrado "depois, a posteriori", quando o produto fôr objeto de negócio jurídico de compra e venda mercantil.

3) Sob o aspecto "econômico", firmar-se-ia, originàriamente, o pressuposto de que a traslação tributária é problema "econômico" e não "jurídico". Logo, não se sujeitaria êle à ordem do legislador, porque a ficção legal, criada em tôrno da possibilidade da transferência a terceiros da carga do impôsto, iria ser condicionada pelos fatos de economia (monopólio, elasticidade da oferta e da procura, etc.) e não pelo querer do legislador. Logo, não se poderia dizer que o contribuinte do Impôsto de Consumo "é o consumidor", porque para êle será transferido o pêso da carga, como mandou o legislador, mas impõe-se a afirmação de que o contribuinte em apreço é o "fabricante", o que paga o impôsto e, se possível, como é comum, irá trasladá-lo. Não se poderia falar em "representação", porque esta só diria respeito ao pagamento certo por conta de terceiro.

Então, o Impôsto de Consumo será fator do preço, desde a produção do bem econômico. Daí assentar-se a tese de que, jurìdicamente, só interessa o contribuinte legal, sendo nula a convenção do legislador que alcance o contribuinte de fato, mera ficção obstada pela realidade econômica".

Por outro lado, essa incorporação iria realizar-se "no momento" da venda e não "depois" desta, conforme se verifica dos dizeres do art. 99 em discussão. É "contemporânea" da venda e, como tal, não elidirá a carga do Impôsto de Vendas, que se faz "a posteriori", depois de realizado o negócio jurídico.

E, ainda mais: se fôsse feita a análise econômica da formação do preço, segundo a contabilidade de custos, verificar-se-ia que a carga do Impôsto de Vendas é feita como provisão do custo variável, sabendo o produtor que o produto vai ao comércio já com preço que inclui a parcela relativa àquele tributo. Então, diz o advogado do Estado, vira-se o disco: "quando o Impôsto de Consumo vem carregar "ad valorem", o valor do produto (custo "mais" lucro), será êle que estará carregando a parcela do Impôsto de Vendas, antes incorporada ao custo da produção".

4) Sob o aspecto "jurídico", observar-se-ia que o preço da mercadoria é o "convencional", o que quer dizer que "quando vamos a uma tabacaria e queremos comprar um maço de cigarros cujo preço afixado é de Cr$..., concordamos em dar os Cr$... pelo maço de cigarros, porque é a coisa que "queremos", e não em pagar, digamos, Cr$... pelos cigarros e mais Cr$... de Impôsto de Consumo. Fomos ali comprar cigarros, não pagar impôsto. Pagamos um preço pelos cigarros, correspondente ao negócio mercantil que entabolamos e concluímos, e êsse preço constitui-se pela quantidade de moedas que entregamos em troca da mercadoria. Quem nos vendeu os cigarros é um comerciante, não um coletor de impostos. Quando compramos a mercadoria diretamente do produtor, pelo preço X, realizamos um negócio, sem procurar saber se no preço está incluído algum impôsto, porque isto jurìdicamente não importa a nós, quem nos vendeu é o contribuinte legal: pagou o impôsto, e só isto é jurìdicamente importante".

Por outro lado, tanto será verdade que a função administrativa do art. 99 é a de mera fiscalização do Impôsto de Consumo, que outra fôsse a interpretação tornar-se-ia incompreensível o problema das vendas a prazo, quando a duplicata emitida contém só o preço, e só êle, pelo total, sem discriminação da parcela do Impôsto de Consumo. É o que está na Lei n.º 187, de 15 de janeiro de 1936, e o Impôsto de Vendas, então, aplicar-se-ia esdrùxulamente de duas maneiras:

a) nas vendas a vista, sôbre o líquido, excluída a parcela do Impôsto de Consumo;

b) nas vendas a prazo, sôbre o valor da duplicata, incluída aí a carga do Impôsto de Consumo.

Por último, especialmente no tocante ao tributo sôbre fumo, alega o Professor RUY DE SOUZA, que é também advogado do Estado de Minas Gerais, que não é êle "ad valorem", nos têrmos das tabelas anexas à Consolidação, o que excluiria totalmente a aplicação no caso do art. 99. Só na Tabela "A" são especificados os produtos sujeitos ao impôsto "ad valorem": os produtos de fumo estão arrolados na Tabela "D".

Passo a enunciar o meu voto em têrmos breves, em adendo ao douto parecer que adoto.

Cabe à União legislar sôbre normas gerais de direito financeiro (Constituição, art. 5.º, n.º XV, "b"). Comparte-se entre a União e os Estados, na medida da sua competência impositiva, segundo a discriminação constitucional de rendas o legislador sôbre direito tributário.

Não seria fácil determinar o conteúdo do direito financeiro e do direito fiscal, espécie e subespécie, para se saber até que ponto

poderia chegar a emissão do legislativo federal nas atividades das administrações estaduais.

As relações tributárias formam a parte mais relevante do direito financeiro.

Por isso mesmo, importa sempre conservar em mente que ao legislador federal incumbe ditar normas gerais de direito financeiro, e nada mais.

Que normas são essas? Hão de ser necessàriamente as que atendam ao aspecto social da atividade financeira.

No regime que adotamos, o poder de tributar está sujeito a freios e contrapesos que nem sempre entram no âmbito da fiscalidade.

À União cabe organizar a ordem econômica e social, podendo instituir monopólios. Aos Estados, Distrito Federal e Municípios, é defeso estabelecer diferença tributária, em razão da procedência, entre bens de qualquer natureza. São vedadas limitações ao tráfego. É proibida a pluritributação, com a indiscriminada coincidência de contribuições diversas.

Para a manutenção da integridade dêsses princípios, importa que dite o legislador federal normas gerais ou definições, que tôda administração pública deve acatar.

Fora disso, há de prevalecer a lapidar proposição de PUGLIASE de que "a atividade financeira não pode considerar-se senão como a atuação em concreto da faculdade que constitui a essência mesma do conceito de soberania".

Ninguém contesta a unidade do direito. Nenhum tratadista de Direito Administrativo sustentará com probidade científica, que as disposições fiscais referentes a atos definidos pelo direito privado podem desfigurar-lhes a fisionomia.

BLUMENSTEIN recomenda mesmo que, se o legislador fiscal difere, no caso concreto, do conceito civil — o que naturalmente é possível — terá de caracterizar de modo mais exato o objeto impositivo.

Mas também não é corretamente científico que, por amor ao aforisma "de uno universo jure", se vá ao excesso de negar a existência das várias disciplinas jurídicas, com os seus postulados e orientação peculiar.

Do exagêro de condicionar os processos de negar a existência das várias disciplinas aos do direito privado, segundo uma concepção individualista, ainda se ressente a jurisprudência nacional.

Entretanto, as reações da doutrina, bastante vigorosas, vão sendo atentamente ponderadas.

Quando a Constituição, por exemplo, assegura aos Estados o direito de tributar as transmissões imobiliárias ou as vendas e con-

signações de mercadorias, irrecusàvelmente lhes atribui o poder de estabelecer as condições e as tarifas da tributação.

Não lhes será possível, certamente, por uma razão de transparente moralidade, lançar impôsto de transmissão sôbre atos que não sejam translativos.

Mas, se há uma transferência de domínio, êsse negócio jurídico se representa como fato gerador do tributo, em relação ao qual o Poder Público exerce, com plenitude, a sua competência impostiva.

E êle a desempenha pela irrestrita determinação quantitativa ou acertamento do crédito fiscal, não com os dados do ordenamento jurídico privado, senão por um critério político, como convém ao conceito de soberania ou autonomia; isto é por uma participação, maior ou menor, na vantagem econômica auferida pelo contribuinte, para a conversão dêsse ingresso em meio de satisfação das necessidades públicas.

TROTABAS, que tomou posição contra a tendência de tornar o direito financeiro tributário do direito comum, assim se exprimiu: "Confesso que não compreendo esta espécie de crença mística que a maioria dos autores, que abordam o estudo dos problemas financeiros e, principalmente, as questões relativas aos impostos, tem na superioridade do direito privado nestas matérias. O fundo de seu pensamento deve ser o de proteger o contribuinte contra o Fisco, considerando que o Código Civil, com as suas concepções individualistas, constitui um excelente sistema de defesa".

Evidentemente, a orientação condenada desnatura o conceito de impôsto e empobrece o conteúdo dêsse importante ramo do direito público que é o direito financeiro.

O fundamento do impôsto não é jurídico senão estatal e político. A êste pensamento de BLUMENSTEIN, acrescenta FERNANDO S. DE BUSANDA: "La facultad del Estado de procurarse los medios economicos necessários para el cumplimiento de suas fines pertence al ámbito pelos poderes de supremacia e de imperio que corresponden "ab origine" al ente publico".

No tocante aos Estados federados, êsses poderes só não se dizem ilimitados ou intangíveis, porque estão sujeitos, como assinalei, à injunção de normas gerais traçadas pelo Estado federal, responsável pela ordem econômica e social.

Resta, pois dizer se o art. 99 da Consolidação das Leis do Impôsto de Consumo contém normas dessa categoria.

Prescreve êle: "O impôsto, quando "ad valorem", figurará obrigatòriamente em parcela separada, na nota fiscal e será cobrado do primeiro comprador, pelo fabricante, ficando a par dêsse momento, incorporado ao preço do produto".

Não posso tomar um preceito em que não se entrevê proteção ao consumidor, um preceito de pura conveniência para a fiscalização de impôsto de consumo, como norma qualquer de direito financeiro.

E assim não lhe imputo fôrça restritiva da atividade tributária dos Estados.

Em outra oportunidade, afirmei que com a restrição, se evitava a proibida duplicidade da tributação, isto é o impôsto de impôsto.

Verifico com mais demorada meditação, que na matéria não é possível ajustar o raciocínio à realidade, sem graves perturbações no sistema tributário nacional.

A legislação do impôsto de renda, por exemplo, não inclui entre as deduções a importância do tributo pago no exercício correspondente à declaração.

E, assim, acaba o contribuinte por pagar impôsto de impôsto.

No caso concreto, o produto é notòriamente onerado com várias contribuições fiscais e parafiscais, que não se discriminam na fatura que serve de base à expedição da duplicata, a que se adere o sêlo correspondente ao impôsto de vendas e consignações.

São estas as pálidas razões que dou, para modificar os meus votos anteriores, com o reconhecimento de que o objeto da tributação é, no caso, tôda a importância consignada em a nota fiscal, impôsto de consumo inclusive como determina a legislação estadual, que reputo imune ao contrôle judicial.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator) — Senhor Presidente, não desejo travar discussão com o eminente Sr. Ministro VILAS BÔAS, cujo voto merece, como sempre, todo o meu respeito. Mas dado o período decorrido entre o início do julgamento e esta data — mais de um mês — peço vênia ao Tribunal apenas para recordar do meu voto, que é longo, alguns trechos.

Disse eu na parte inicial do meu voto:

"Agora, os apêlos se renovam, ainda em maior número, inclusive com fundamento na nova lei do impôsto de consumo.

Mas, ainda desta vez, após ter lido atentamente alguns quilos de brilhantes memoriais e pareceres, não me convenci de que assista razão aos Estados.

Não era na lei do impôsto de consumo que verdadeiramente me baseava, mas na própria natureza, na própria essência do tributo.

É a ordem natural e lógica; o consumo não pode preceder à primeira venda feita pelo fabricante, e, assim, sôbre o "quantum" do impôsto de consumo não deve incidir o impôsto relativo a esta primeira venda.

Para se obedecer a essa ordem natural, não é necessário que esteja expressa na lei. Mesmo no silêncio desta, deve ser respeitada.

Não se trata, ao contrário do que sustentam os Estados, de limite criado pela lei federal à competência dêles para decretar o impôsto de vendas e consignações. Se disso se tratasse, não o admitiríamos como não admitimos no caso das Cooperativas.

Argumentava-se até aqui contra o Fisco com a lei federal, a meu ver desnecessàriamente, mas porque ela dispunha atendendo à natureza do impôsto de consumo. Se o desnaturasse, para permitir que sôbre êle incidisse o impôsto de vendas relativo à primeira venda, aí sim, é que caberia impugnar-lhe tal alcance.

Assim como uma lei federal não poderia restringir o legítimo conceito de preço, de modo a desfalcar o poder tributário dos Estados e reduzir o alcance do impôsto de vendas também não poderia ampliar dito conceito, de maneira a verificar-se a incidência fiscal sôbre aquilo que preço realmente não é.

Os Estados não podem subverter o conceito de preço para efeito do impôsto de vendas, do mesmo modo como não podem (e assim temos sempre decidido) subverter o conceito de transmissão de propriedade quando decretam a respectiva tributação e como não poderiam subverter o conceito de exportação para considerar exportação o que exportação não é.

Não há como em nome da autonomia dos Estados, reconhecer que êles podem livremente fixar o fato gerador do impôsto, quando tal fato está enunciado na Constituição Federal e tem um sentido próprio constante do direito federal.

Trata-se, na verdade, de competência tributária privativa dos Estados mas tal competência exclusiva é para decretar aquêles impostos relativos aos fatos geradores que a Constituição Federal menciona (art. 19). Se se reconhecesse liberdade aos Estados para indicar outros fatos geradores vale dizer, decretar outros impostos, de nada serviria, seria inútil, não teria sentido a enumeração taxativa feita no art. 19".

Em seguida, reproduzi trechos dos pareceres dos ilustres Professôres GILBERTO DE ULHÔA CANTO e RUBENS GOMES DE SOUZA, que já li ao Tribunal.

Depois, disse o seguinte:

"Dispondo a Constituição (art. 15, n.º II) que compete à União decretar impôsto sôbre o consumo de mercadorias, evidente que a lei federal podia tornar claro, podia dizer (art. 99) que, embora êle seja arrecadado por ocasião da primeira venda (cobrado pelo fabricante ao primeiro comprador), só depois dela se incorpora ao preço, porque o consumo é necessàriamente posterior e nunca anterior à primeira venda; mas por isso mesmo, não poderia dizer que o impôsto de consumo já se incorpora ao preço antes da primeira venda".

E ponderei ainda:

"Alega-se que a anterior lei do impôsto de consumo "camuflou" um desvio do fato gerador do tributo, pois, por ela, o impôsto é pago pelo fabricante e depois cobrado do consumidor (art. 2.º), quando, na verdade, se trata de impôsto de fabricação, como é denominado na Itália.

Ora, a Constituição, no art. 15, n.º II, declara competir à União o impôsto sôbre "consumo" de mercadorias, e, no mesmo artigo n.º III, cuida de outro impôsto, único, que incide sôbre a "produção", comércio, distribuição, "consumo", importação e exportação de lubrificantes e combustíveis.

Distingue-se aí, notadamente, entre o impôsto de "consumo" sôbre as mercadorias em geral, previsto no n.º II e que estamos examinando, e o impôsto de n.º III que pode incidir sôbre a "produção" de lubrificantes e combustíveis, mas nada tem a ver com o problema ora em exame.

Assim, o impôsto de consumo poderá ser impôsto de fabricação, na Itália; no Brasil, não.

E, como pondera RUBENS GOMES DE SOUZA, se a União desfigurasse e transformasse o impôsto sôbre consumo das mercadorias em geral num impôsto de produção, já não poderia instituí-lo como privativo, mas só em concorrência com os Estados e com as limitações previstas no art. 21 da Constituição.

Aliás, se alguma dúvida restasse quanto a ser impossível considerar o nosso impôsto de consumo como um impôsto de fabricação, bastaria ver, para arredá-la, que o vigente Decreto n.º 45.422, reproduzindo o parágrafo único do art. 141 da antiga Consolidação, dispõe:

"Serão restituídos os valores das estampilhas aplicadas em produtos que, por motivo de incêndio, naufrágio ou qualquer outro acidente devidamente comprovado, "não tiverem sido entregues a consumo" (parágrafo único do art. 106).

Evidente, portanto, que o impôsto de consumo, ao contrário do que pretende a Fazenda recorrida, é mesmo de consumo e não pode ser considerado impôsto de produção ou fabricação; não é, nem poderia ser, despesa de produção ou de fabricação.

O eminente Sr. Ministro VILAS BÔAS retificou o seu argumento anterior, baseado em que se trataria de "impôsto sôbre impôsto". Entendo que S. Exa. retificou bem, pois o tributo poderia ser daquêles que concorrem para o custo da produção, hipótese em que passariam a integrar o preço e, assim, sôbre êles incidiria lògicamente o impôsto de vendas. Mas, no caso do impôsto de consumo, tal não ocorre.

O Sr. Ministro VILAS BÔAS — O impôsto de consumo concorre para o preço da venda; o Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI está fazendo um jôgo inteligente.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator) — Não estou fazendo jôgo algum; estou argumentando com a lei e, antes de tudo, com a Constituição, que é a suprema lei.

O Sr. Ministro VILAS BÔAS — Mas êsse impôsto encarece a produção.

O Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI (Relator) — Não é êle, porém, um impôsto sôbre a produção, êle é relativo a uma fase que se segue à produção.

Mostrei que o problema é, sobretudo, de ordem constitucional, sendo assim irrelevantes os argumentos que busquem o só apoio em modificações de lei ordinária. Pelo argumento, que o Sr. Ministro VILAS BÔAS acaba de retificar, vê-se que S. Exa. tinha opinião contra os Estados ainda mais radical do que a minha. E considero que S. Exa. aceitou em retificá-lo, mas isso não altera o meu voto, pois de tal argumento não me utilizei. Mantenho, "data vênia", o voto, que proferi, pelo provimento do recurso.

O Sr. Ministro MOTA FILHO — Como o eminente Ministro VILAS BÔAS reabriu debate sôbre a questão dêstes autos, que já parecia encerrada, invocando exatamente as prerrogativas constitucionais dos Estados-membros da Federação, achei de meu dever reexaminar o assunto.

Confesso que, assim procedendo, senti voltar em mim a experiência de homem público, para ver no conflito que se prolonga neste e noutros autos, uma consequência lamentável do sistema de discriminação de rendas na Constituição de 1946 que empobreceu os Estados, empobrecendo orgânicamente a Federação.

Mas, mesmo assim, com essa disposição não pude, de modo algum, desviar o meu roteiro de Juiz que julga diante das leis existentes e não pode se transformar em legislador.

A primeira vez que me pronunciei a respeito, declarei em meu voto o seguinte:

"Pouco importa que o art. 99 das normas gerais da Consolidação disponha que o impôsto "ad valorem" figure obrigatòriamente em parcela separada da nota fiscal e seja cobrada do primeiro comprador pelo fabricante, ficando a partir dêsse momento incorporado ao preço do produto. Se prevalecer essa interpretação, o Estado-membro quer dar, dizia eu — haverá, evidentemente, uma deturpação das finalidades impositivas, pois não vejo como obrigar a recorrente como fabricante a êsse pagamento, uma vez que êle não vende ao primeiro comprador o respectivo "quantum", mas tão

só recupera um valor antecipadamente recolhido aos cofres do Estado. Não se trata de definir competências atribuíveis ao Estado-membro ou à União, nem se discute lei federal em caso de incidência indevida, mas a composição do impôsto de consumo que é aquêle que atinge à mercadoria, sem atenção à pessoa, à sua renda e à sua fortuna (GIANNINNI, "Rapporte giuridico d'imposta", pág. 123).

Pretendia demonstrar então que não havia choque de competências, ou aquela espécie esquiva de casos marginais, de que fala FRANCISCO CAMPOS, cuja ambiguidade dá lugar a que sôbre êles se concentrem os fogos cruzados dos fiscos concorrentes ("Direito Constitucional", vol. 1.º)".

Não se nega assim ao Poder Federal competência para decretar impôsto de consumo, porque é da Constituição; não se nega ao Estado-membro competência para o impôsto de vendas e consignações, porque é da Constituição. O que se examina é uma situação do contribuinte, comprometido por uma dupla carga fiscal nascida da composição dos encargos, em frente a competências indiscutíveis.

O eminente Ministro VILAS BÔAS em seu douto voto tendo em conta os pareceres do Desembargador ANTÃO DE MORAIS, e do Dr. TITO RESENDE, JAIME PÉRICLES e RUI DE SOUSA, reviveu a questão constitucional, para concluir que o já famoso art. 99 da Consolidação das Leis do Impôsto de Consumo não contém normas gerais de direito financeiro, mas traça um preceito de pura conveniência para a fiscalização do impôsto de consumo. E diz, finalizando, que no caso concreto, o produto é notòriamente onerado com várias contribuições, fiscais e parafiscais, que não se discriminam na fatura que serve de base à expedição da duplicata, a que se adere o sêlo correspondente ao impôsto de vendas e consignações.

Não morro de amores pelo que se fêz legalmente no país com o impôsto de consumo. Vejo as leis a êle referentes marcadas de defeitos graves. Mas, não é disso que se trata. Nem encontro contudo no art. 99 regra geral de direito financeiro. Há uma regra consubstanciada na determinação da cobrança através do fabricante, porque isso se impõe por conveniência do Estado e do próprio contribuinte. Assim, o que diz o art. 99 decorre do sistema admitido pelo legislador em matéria de impôsto de consumo.

Aliás, as regras gerais de direito financeiro referidas no art. 5.º, letra "b", não estão em jôgo, mas o exercício de uma competência proclamada da Constituição, pelo seu art. 15, n.º II.

O parecer do eminente RUI DE SOUSA também insiste no problema em suas várias facetas, para dizer também que o art. 99 é de mera fiscalização. Mas como já disse, êle tão só consagra que

é inerente à teoria do impôsto de competência federal. A existência ou não, do artigo, não tiraria a competência federal.

Portanto, por sua vez, entende o ilustre Des. ANTÃO DE MORAIS que devedor é, para o jurista, o contribuinte legal ou seja o fabricante e o produtor.

Por certo que o contribuinte legal é o que contribui. Mas, acontece que se trata de impôsto de consumo, que é impôsto indireto. Não há dúvida, nesse lance, que o contribuinte não pode ser o industrial sòmente, que apenas adianta a importância do impôsto, que é lançado a cargo do primeiro comprador.

Trata-se de um impôsto indireto e, dêsse modo, como ensina HUGEN, atinge o contribuinte sem levar em conta a sua capacidade contributiva. Cada vez que recai sôbre produtos de consumo indispensável, o mesmo é exigivel ("O Impôsto", pág. 327).

O impôsto de consumo é, em última análise, dado por quem consome: isto é, pelo consumidor através do produtor.

No impôsto direto existe tão só um contribuinte, que é aquêle em que a lei faz recair o ônus. No indireto, ao contrário, há, por definição, dois contribuintes: o que adianta e o que afinal realmente paga. Como diz RUI DE SOUSA, por definição:

"Os impostos de consumo são arrecadados por um contribuinte expressamente designado pela lei, que funciona como agente arrecadador..." ("Revista de Direito Administrativo", vol. X, pág. 61)".

Alegou-se também que o impôsto é de fabricação. Mas essa matéria se faz carne, na Constituição Brasileira. Pode ser, como disse o eminente Ministro LUIZ GALLOTTI, impôsto de fabricação na Itália; aqui não... Basta, aliás, considerar o art. 2.º do Decreto n.º 22.149, que diz que o seu valor deve ser incorporado aos produtos e cobrado ao consumidor.

Ouvi, por fim, com maior atenção, as argumentações da tribuna dêste Tribunal, pelo ilustre advogado do Estado de São Paulo, reexaminei demoradamente, o art. 6.º invocado, que se refere ao produto transformado fora da fábrica, distinguindo-o do beneficiado e não sei sem êle, como se possa concluir diferentemente daquilo que aqui temos concluído.

Tudo o que vem sendo alegado pode ser uma crítica ao próprio impôsto, maxime, quando se volta para a sua percussão, mobilidade e alcance. Mas não vai ao ponto de, com isso transformar-se em despesa de produção e ser por isso componente de preço.

Também dou provimento.

O Sr. Ministro NELSON HUNGRIA — Sr. Presidente, também reconheço que, no sistema da atual Constituição, os Estados ficaram numa situação de inferioridade financeira em face da União. Tive oportunidade de ouvir no Instituto dos Advogados Brasilei-

ros uma conferência proferida pelo nosso ilustre colega, Desembargador SEABRA FAGUNDES, em que êle acentou muito bem essa situação criada de 1946 para cá. Enquanto a União desfruta de profusas fontes financeiras, os Estados vivem numa situação de pobreza franciscana. À União são atribuídos os impôstos mais rendosos, e ainda vieram a ser-lhes atribuídos os ágios cambiais e a faculdade de emissão à margem da lei.

Por outro lado, quando a União se dispõe a socorrer os Estados, é notória a discriminação ou iniquidade com que procede: para uns é maternalmente dadivosa, enquanto que para outros não os acode com, sequer, um centavo.

Mas, Sr. Presidente, não há que negar, na espécie, o texto da lei ou iludir a sua lógica. Não é possível que se leve a conta de preço, à conta do valor da mercadoria aquilo que é pago a título de impôsto devido à União e antecipadamente cobrado pelo fabricante, como Delegado do Fisco Federal, ao primeiro comprador, sendo êste o único devedor do tributo. Não se trata de impôsto de fabricação que fôsse acaso devido pelo industrial e se incorporasse ao valor ou preço da mercadoria.

Não é admissível que o impôsto de vendas e consignações incida sôbre um "quantum" do impôsto de consumo que se alheia ao preço da primeira operação de compra e venda. Já fomos acusados, por defensores do Fisco estadual, de percepção mental deficiente. Infelizmente, ao contrário da crítica, ainda não pudemos decifrar o mistério das fontes e o segrêdo dos abismos, nem nos ajustar a unilaterais e agudíssimos pontos de vista.

Assim, Sr. Presidente, estou de pleno acôrdo com o eminente Senhor Ministro Relator: também dou provimento ao recurso.

COMENTÁRIO

Tão largo foi o debate, que o recurso provocou, que isso só por si demonstra a importância de tese, que se tornou vitoriosa.

Discutiu-se se o impôsto de vendas e consignações deve recair sôbre o montante do impôsto de consumo que recai sôbre as mercadorias em geral.

Como se sabe, o impôsto de vendas e consignações é um tributo estadual; ao passo que o impôsto de consumo é um tributo federal.

Êste se torna devido desde que as mercadorias a êle sujeitas se acham em ponto de entrar na circulação econômica.

Nenhum produto, diz o art. 124 da Consolidação do Imposto de Consumo, sujeito a êste impôsto, poderá sair da fábrica, nem ser exposto à venda, vendido ou mantido em depósito, fora da fabrica, ainda que em armazéns gerais, sem estar acompanhado da nota fiscal, devendo os sujeitos a selagem direta estar estampilhados.

E os de procedência estrangeira sòmente poderão sair das repartições aduaneiras acompanhados da guia de recolhimento do impôsto ou da aquisição de estampilhas, ou ainda devidamente estampilhados, na forma da lei.

Vendidos êsses produtos, entrou a Fazenda do Estado de São Paulo a exigir que o impôsto de vendas e consignações, que lhe é próprio, se computasse também sôbre o impôsto federal de consumo, acima referido.

Surgiu a tese, agora resolvida, sumariada na pergunta de poder, ou não, recair impôsto sôbre impôsto ou ainda impôsto estadual sôbre impôsto federal.

Tôda a bitributação, em princípio, deve ser proscrita; e, no caso, se teria, inequìvocamente, a incidência de dois impostos, um federal e estadual o outro, sôbre os mesmos produtos, o que é repugnante a direito.

De resto, a Constituição Federal, no art. 31, n.º V, ("a"), vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, lançar impôsto sôbre "bens, *rendas* e serviços uns dos outros".

Ora, o impôsto de consumo é *renda* da União; e, dessarte, êsse dispositivo era, e é, bastante para impedir o cômputo do impôsto de consumo no preço da venda dos produtos para o efeito da cobrança do impôsto de vendas e consignações.

Êsse é um dos aspectos do problema, que os votos, compendiados na sumula dos votos que a ementa do acórdão reproduziu.

Bem demonstra isso a complexidade do problema, sôbre o qual, de resto, se manifestou o Dr. *Otto de Andrade Gil,* jurista e advogado dos de maior renome em nosso país, alçado ao posto de presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, a mais que centenária instituição que honra a cultura jurídica brasileira.

Êste comentário se enriquece, pois, em reproduzir as considerações daquele eminente jurista, que constam dêste brilhante e exaustivo

Parecer

1 — Não é de hoje que o Fisco dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul e, mais recentemente, o do Distrito Federal, está a exigir que os contribuintes do "Impôsto de Vendas e Consignações" incluam no cálculo dêsse tributo, a parcela representativa do Impôsto de Consumo "ad valorem", sem nenhuma repugnância pela cobrança de impôsto sôbre impôsto!

2 — O Tribunal de Justiça de São Paulo, tal como o do Distrito Federal, em jurisprudência que se tornou pacífica, tem decidido pela "improcedência" daquela exigência fiscal. A "Revista dos Tribunais", de São Paulo, e o "Diário da Justiça" (Distrito Federal), amiudamente, inserem decisões daquêles Tribunais, nesse sentido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, porém, continua a declarar ser devido o impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela do impôsto de consumo ("Revista Jurídica", Porto Alegre, vol. 34, pág. 101).

3 — É verdade que o Supremo Tribunal Federal tem reformado essas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se colhe, entre outros, do Acórdão no recurso de mandado de segurança n.º 4.601, do qual foi Relator o Ministro CÂNDIDO MOTTA ("Revista de Dir. Adm.", vol. 52, pág. 57).

4 — A controvérsia entre o Fisco Estadual e os contribuintes do impôsto de vendas e consignações se situou, como se sabe, a teôr da redação dos arts. 3.º e 99 do Regulamento do Impôsto de Consumo que baixou com o Decreto n.º 43.711, de 1958 (o qual, no particular, reproduz o têxto do Decreto-lei n.º 7.404, de 1945).

5 — Êsses dispositivos declaram o seguinte:

"Art. 3.º — O impôsto é devido pelos contribuintes definidos nesta lei, antes da saída dos produtos das fábricas, estabelecimentos comerciais, Alfândegas e Mesas de Rendas, "devendo o seu valor ser incorporado ao dos produtos e cobrado do consumidor", de acôrdo com as disposições que se seguem".

"Art. 99 — O impôsto, quando "ad valorem", figurará, obrigatòriamente, em parcela separada na "nota fiscal" e será cobrado do primeiro comprador pelo fabricante, "ficando, a partir dêsse momento, incorporado ao preço do produto".

6 — Entendeu o Fisco Estadual, notadamente o do Distrito Federal e os dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, que o impôsto de consumo, mesmo quando "ad valorem", integrava o preço da mercadoria. E, como o vendedor recebia do comprador da mercadoria o respectivo impôsto de consumo, incorporado ao preço do produto, então, não havia como deixar de fazer incidir o impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela que, na "nota fiscal", correspondia ao impôsto de consumo "ad valorem"!

7 — Essa pretensão fiscal, que, em certo momento (e num acórdão único) logrou êxito no Supremo Tribunal Federal (Acórdãos no Recurso Extraordinário n.º 31.717, relator Ministro ARY FRANCO, "Revista de Dir. Adm.", vol. 51, págs. 81 e 84), está, hoje, totalmente desautorizada pelos ulteriores pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sôbre a matéria, sendo que, num dos seus últimos acórdãos, consta, até, declaração do Ministro ARY FRANCO, dando as razões pelas quais mudara de voto, passando, assim, a acompanhar os demais Ministros do Colento Supremo Tribunal Federal.[1]

---

1. São de citar, ao propósito, êstes *Acórdãos* recentes do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte *ementa*:

"Exclui-se do impôsto de vendas e consignações o valor correspondente ao impôsto de consumo".

8 — Arrazoando um recurso dêsses perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, o ilustre advogado Dr. FERNANDO RUDGE LEITE, teve oportunidade de tecer as seguintes considerações em abono da tese da não tributabilidade, pelo impôsto de vendas e consignações, da parcela do impôsto de consumo "ad valorem":

"Pela Tabela "A" do Decreto n.º 26.149, de 1949, relativa a produtos sujeitos ao impôsto "ad valorem", o ônus fiscal "deve ser calculado sôbre o preço de venda", o que mostra não se incluir o tributo nesse preço de venda".

E depois de fazer uma distinção entre o impôsto pago de acôrdo com o preço tabelado (alínea B) e o impôsto "ad valorem", conclui:

"Já nos demais casos, aquêles em que o impôsto "não" é "ad valorem", o tributo incorpora-se ao preço, em virtude do que a sua cobrança ao primeiro comprador fica sujeita apenas às contingências da lei da oferta e da procura. Isso porque, o fabricante — como se trata de preço que engloba valor do produto e do impôsto — pode submeter êsse preço às oscilações do mercado, sofrendo a carga total ou parcial do tributo.

No entanto, em se tratando de impôsto "ad valorem", tal não se dá. O preço da venda do produto não se confunde com a importância do impôsto. Ao contrário, necessàriamente um e outro são independentes, porque o valor do impôsto calcula-se sôbre o preço da venda. Assim, "obrigatòriamente", o fabricante deve separar uma coisa da outra. Dest'arte, em se cuidando de produto sujeito ao impôsto "ad valorem", o fabricante, necessàriamente, deve cobrar o valor exato do impôsto, não podendo deixar de fazê-lo sempre no todo".

9 — Êsse entendimento da lei, que consona com o que lhe deu, em notável Parecer, o saudoso Ministro COSTA MANSO ("Rev. dos Tribs.", vol. 232, pág. 55) teve favorável acolhimento pela Justiça do Estado de S. Paulo ("Rev. dos Tribs.", vol. 276, pág. 658).

10 — Ante a uniformidade de jurisprudência dos Tribunais do Estado de S. Paulo e do Distrito Federal, e, principalmente, dos acórdãos irrecorríveis do Supremo Tribunal Federal, tudo fazia crêr que a controvérsia estava finda e que o próprio Fisco se convenceria da inutilidade da renovação de pleitos nos quais a única cousa certa que lhe resultava, "era pagar as custas do processo..."

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, no recurso de mandado de Segurança n.º 4.678, Relator: Ministro *Barros Barreto* (decisão unânime).

— Idem no recurso de mandado de segurança n.º 4.873, Relator: Ministro *Nelson Hungria* (ambos publicados *in* "Jurisprudência" do Supremo Tribunal Federal, vol. IV, págs. 136 e 194).

11 — Eis, senão quando, o legislador federal resolve reformar, parcialmente, a legislação do impôsto de consumo, numa lei de tramitação tão rápida que quase ninguém poude se manifestar a respeito. E, os que o poderiam ter feito (os legitimos representantes do povo) êstes, por uma lamentável subserviência ao Poder Executivo, aprovaram, quase sem nenhuma alteração substancial o figurino que êste enviou ao Congresso. E, as poucas emendas que, discreta e parcimoniosamente, introduziram no Projeto Governamental, "o Executivo vetou...".

12 — A nova lei do impôsto de consumo, que tem o n.º 3.520, de 20 de dezembro de 1958, suprimiu as disposições constantes dos arts. 3.º e 99 do anterior Decreto n.º 43.711, de 1958, e introduziu, pela primeira vez, na sistemática dêsse tributo, entre nós, a de poderem os produtos não sujeitos à selagem direta, sair da fábrica sem ter o impôsto de consumo prèviamente pago, como, até então, se exigia (art. 98 do Decreto n.º 43.711, de 1958).

13 — Face a essas inovações fundamentais da Lei n.º 3.520, de 1958, notadamente pela supressão das normas dos arts. 3.º e 99 do Decreto n.º 43.711, de 1958, e modificação da redação do art. 98, mostram-se os contribuintes novamente apreensivos e desejam saber se, fôrça daquela supressão, terá o Fisco Estadual o direito de insistir na cobrança do impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela do impôsto de consumo "ad valorem", constante das "notas fiscais".

14 — Respondendo a uma indagação que me foi formulada por contribuinte sujeito à legislação do impôsto de vendas e consignações do Estado de S. Paulo (que, no particular, não difere muito da do Estado do Rio Grande do Sul e da do Distrito Federal), contribuinte que, em relação ao impôsto de consumo, está sujeito ao impôsto "ad valorem", por "selagem direta", assim me manifestei:

15 — No respeitante à incidência do impôsto de consumo, a nova sistemática adotada pela Lei n.º 3.520, de 1958, exige o tributo, — quando se trata de "selagem direta", no momento da retirada da fábrica com destinação ao consumo (art. 98 parte final da Lei n.º 3.520 de 1958). Nos casos de produtos sujeitos ao impôsto de consumo, "por guia", — o recolhimento do impôsto se fará, "quinzenalmente", à repartição arrecadadora local, "até o último dia da quinzena subsequente" (Alteração 10.ª, ns. 2.º e 3.º da Lei n.º 3.520, de 1958).

16 — Daí se segue que, nêste último caso (mercadoria não sujeita à selagem direta), o impôsto de consumo poderá ser pago, até mesmo, "a posteriori" (à venda e à saída da fábrica). Nos casos de "selagem direta", como é o das bebidas da antiga alínea XXI (hoje alínea XXII da Lei n.º 3.520, de 1958) é que os produtos

não poderão sair da fábrica, nem ser expostos à venda, vendidos ou mantidos em depósito fóra da fábrica, sem estar acompanhados da nota fiscal, "devendo estar estampilhados" (art. 98, do Decreto n.º 43.711, na nova redação que lhe deu a Lei n.º 3.520, de 1958).

17 — Face ao expôsto, e considerando que o fato gerador do impôsto de vendas e consignações é a "venda" ou a "consignação", e que esta se realiza, normalmente, "antes da saída do produto da fábrica", sucede, que, quando o impôsto de vendas e consignações se torna "devido", (e é pago pela extração da nota fiscal estadual) ainda não existe, para ser considerada no cálculo dêsse impôsto, a parcela correspondente ao impôsto de consumo, eis que êsse "impôsto" só passa a ser "devido", por um "ato posterior ao da venda", que "é o da saída da fábrica", sendo que, nos produtos cujo impôsto é pago por "Guia", o seu recolhimento pode ser feito, como se disse, até quinze dias depois da saída do produto da fábrica!

18 — O impôsto de vendas e consignações devido, no Estado de São Paulo, à razão de 4,8% "sôbre a importância da venda ou consignação" (art. 9.º do Decreto n.º 28.252, de 29 de abril de 1957, combinado com o art. 15 da Lei n.º 5.021, de 18 de dezembro de 1958), é pago, pelo contribuinte, "adiantadamente", i. é., "antes de efetuada a remessa da mercadoria" (art. 2.º do Decreto n.º 28.252, de 1957), para o que os contribuintes deverão fazer, "antecipadamente, o recolhimento, mediante Guia, da verba necessária ao pagamento do tributo" (art. 12).

19 — Torna-se claro — face a êsses dispositivos, que o contribuinte — ao tornar efetiva a venda ou a consignação, vale dizer, "ao emitir a respectiva Nota Fiscal" (art. 1.º da Lei n.º 3.775, de 24-1-1957) já deve ter, a seu favor, verba fiscal suficiente para o pagamento do impôsto de vendas e consignações, cujo fato gerador é, como se disse, a venda ou a consignação da mercadoria de sua fabricação ou comércio. O impôsto estadual se torna "pago" pela simples "extração" da "Nota Fiscal" ("estadual") (art. 56, combinado com o art. 133 do Decreto n.º 28.252, 1957).

20 — As "Leis Estaduais", acima referidas, não esclarecem o que se deve entender por "valor da venda" ou consignação. Mas, as normas que completam o art. 9.º do Decreto n.º 28.252 de 1957, deixam fora de dúvida que o Fisco aceita, mesmo em caso de dúvida, "o valor corrente da mercadoria".

E, nem poderia deixar de ser assim, porque o que o contribuinte vende é, sempre, "a mercadoria" e, não, o impôsto "ad valorem" que o Fisco Federal sôbre ela cobra. Impôsto não é objeto de comércio: não se vende, se arrecada (COSTA MANSO, "Parecer" in "Rev. dos Tribs.", vol. 232, pág. 57).

21 — Por outro lado, em nenhum dos preceitos do Decreto Estadual n.º 28.252, de 29 de abril de 1957, aplicáveis ao pagamento do impôsto se declara, expressa ou tàcitamente, que, no preço ou no valor da mercadoria, se inclúi a parcela relativa ao impôsto de consumo (vide arts. 1.º, 2.º e seu parágrafo único; 9, art. 12 e seu § 1.º; art. 56; art. 57 e sua letra "g" e art. 133).

22 — Foi a "Lei Federal" (Decreto-lei n.º 7.404, de 1945), e, depois, os sucessivos regulamentos do Impôsto de Consumo que criaram a controvérsia, submetida por diversas vêzes aos Tribunais, e dirimida no sentido de que o impôsto de vendas e consignações não incide sôbre a parcela de impôsto de consumo "ad valorem" (vide recentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal no Recurso de Mandato de Segurança n.º 4.601, relator Ministro CANDIDO MOTTA, "Rev. de Dir. Adm.", vol. 52, pág. 57; idem no Recurso Extraordinário n.º 35.309, relator Ministro ARY FRANCO, "Rev. de Dir. Adm.", vol. 52, pág. 60).

23 — A verdade é que a redação dos arts. 3.º e 99 do Decreto n.º 43.711, de 1958, "mandando incorporar o impôsto ao preço do produto" dava lugar às dúvidas que o Supremo Tribunal dirimiu, como acima se disse, em acórdãos bem fundamentados.

24 — Assim, a supressão do art. 99 do Decreto n.º 43.711, de 1958, e a modificação da redação do art. 3.º dêsse Decreto pela recente lei 3.520, de 1958, vieram, a nosso vêr, espancar, definitivamente, as dúvidas que êsses dispositivos suscitavam,[2] com o declarar, como expressamente declaravam, que "o valor do impôsto de consumo devia ser "incorporado ao valor dos produtos e cobrado do consumidor" (art. 3.º), ou, como dizia o antigo art. 99 do Decreto n.º 43.711, de 1958":

---

2. Basta considerar, v. gr., os fundamentos a que se arrima o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para julgar devido o impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela do impôsto de consumo. Lê-se no acórdão proferido no agravo de petição n.º 6.102, de Porto Alegre, do qual foi Relator o Desembargador *Decio Pelegrini*: "...O impôsto de vendas é calculado sôbre o preço da transação em que se compreendem as despesas correlatas cobradas do adquirente, inclusive, impostos em geral. A Consolidação das Leis do Impôsto de Consumo dispõe no art. 2.º (refere-se ao art. 2.º, do Decreto n.º 26.149 de 1949), que êsse impôsto será incorporado ao valor do *produto*, antes mesmo da saída das fábricas, estabelecimentos, Alfândegas e Mesas de Rendas, acentuando o mesmo princípio no art. 98. Ao ser realizada a operação de compra e venda, o preço, sôbre que recai o impôsto de vendas e consignações, já sofreu o acréscimo, por essa integração".

Ora, tendo a recente Lei n.º 3.520, modificado a redação do antigo art. 2.º do Decreto n.º 26.149, de 1949 (art. 3.º do Decreto n.º 43.711, de 1958) e abolido a referência à incorporação do impôsto ao preço do produto, desaparece o único fundamento do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

"Art. 99 — O impôsto, quando "ad valorem", figurará, obrigatòriamente, em parcela separada na nota fiscal e "será cobrado" do primeiro comprador pelo fabricante, ficando a partir dêsse momento, "incorporado ao preço do produto".

25 — Com a supressão dêsses dois preceitos, o impôsto de consumo, como impôsto indireto, poderá ser, ou não ser, incorporado ao preço do produto, pelo importador ou fabricante, eis que a incorporação do impôsto "não é mais obrigatória", "ex lege".

26 — Ainda mais: Face à nova Lei n.º 3.520, de 1958 (que, no particular, reproduz a legislação anterior) o impôsto de consumo "ad valorem" incide sôbre o preço de fábrica e deve constar, na Nota Fiscal, em parcela separada do preço".

Isso deixa bem claro que, de acôrdo com essas normas legais, o preço que serve de base ao cálculo do impôsto não inclui, como é óbvio, a parcela do impôsto de consumo: as únicas parcelas que compõem o preço do produto são as a que, expressamente e taxativamente, se refere a Obs. 1.ª da Tabela "A" da Lei n.º 3.520, de 1958 e o seu art. 16 (no respeitante a bebidas: cerveja, chope e refrigerantes).

27 — A indicação do impôsto de consumo, na Nota Fiscal, servirá para contrôle fiscal (Fisco Federal). E, ainda, para indicar ao comprador do produto — como bem salientou o Ministro CANDIDO MOTTA, no Acórdão no Recurso em Mandado de Segurança n.º 4.601 — que o fabricante dêle arrecadará o impôsto de consumo, para o recolher à Repartição Fiscal, (em alguns casos, "a posteriori"), tal como faculta "a lei", na sua redação atual (Alteração 10.ª, ns. 2 e 3, da Lei n.º 3.520, de 1958).

28 — Embora só "o impôsto pago por Guia goze" dessa faculdade (de recolhimento "a posteriori" da saída da fábrica), eis que os produtos sujeitos à selagem direta, como as bebidas, já devem "sair da fábrica" devidamente estampilhados, vale dizer, com o impôsto pago (art. 98 do Decreto n.º 45.711, na nova redação que lhe deu a Lei n.º 3.520, de 1958), tanto num caso, como noutro, a nova Lei n.º 3.520, "não manda incorporar o impôsto ao preço do produto, nem antes, nem depois da saída da fábrica!

29 — Assim, em ambos os casos: selagem direta, ou selagem por Guia, "se o impôsto é "ad valorem", deverá ser calculado sôbre o preço da venda da fábrica" e, nesse preço, a lei não manda incluir a parcela do impôsto de consumo, a qual figurará, apenas, em separado, na respectiva Nota Fiscal. O que a "lei" manda incluir, no preço é o que consta da Observação 1.ª da Tabela "A", (com a restrição do art. 16, da Lei n.º 3.520, de 1958, quanto as bebidas (cerveja, chope e refrigerante), "in verbis":

"Obs. 1.ª — O impôsto será calculado, quando se tratar de produto nacional, sôbre o preço de venda da fábrica, constante da Nota Fiscal, deduzidos, (vetado), os descontos, diferenças, bonificações ou abatimentos, excetuados os subordinados à condição de prazo para pagamento e incluídas as despesas de embalagem e, caso não sejam debitadas em separado as de carreto, utilização de pôrto, frete, seus adicionais, respectivas taxas e seguros".

30 — O preço sôbre o qual deverá recair o impôsto de vendas e consignações é, portanto, o preço do produto (tal como o conceitua essa Obs. 1.ª da Tabela "A") — sem quaisquer outros adicionais, porque, repetimos, o que se vende é o "produto" e, não, "produto mais impôsto".

31 — É verdade que, no tocante às bebidas (cerveja, chope e refrigerantes) o art. 16 da Lei n.º 3.520, de 1958, faz uma referência ao ressarcimento do impôsto de vendas e consignações, "in verbis":

"Art. 16 — Para efeito de cálculo do impôsto de consumo sôbre os produtos dos incisos 1 e 7 da atual alínea XXI, da Tabela "D" (cerveja, chope e refrigerantes), não se computará o valor dos recipientes ou embalagens, desde que debitados ao preço de custo, majorado de até 10% (dez por cento), para compensação de quebras e despesas outras, "inclusive o impôsto de vendas e consignações".

32 — Entendo que o impôsto de vendas e consignações (que o legislador federal aí menciona) é o que recairá "sôbre o vasilhame", eis que êste, sim, como embalagem necessária do produto, se inclúe no seu preço, para efeito do impôsto de vendas e consignações. Embora debitado em separado, para efeito do contrôle da Lei Federal n.º 3.520, de 1958, "não se computa no preço para" efeito de impôsto de consumo "ad valorem". A exceção, no caso, vem confirmar a regra geral.

33 — A meu modo de vêr, os processos até hoje submetidos à apreciação dos Tribunais (inclusive do Supremo Tribunal Federal) se originaram, única e exclusivamente, do fato da antiga lei do impôsto de consumo "mandar incluir, no preço dos produtos, o impôsto de consumo".

E tanto é verdade que, num caso especial de produto que esteve sujeito a impôsto de consumo (a eletricidade),[3] em cujas "contas ao consumidor," (equivalentes às Notas Fiscais), se incluia, em parcela em separado, o impôsto de consumo, o próprio Fisco

3. Hoje sujeita ao *impôsto único*.

declarava que essa parcela "não integrava o preço" para efeito do cálculo do impôsto do sêlo (art. 100 da Tabela do Decreto-lei n.º 4.655, de 1942, Nota 8.ª letra "j"; — Idem no Decreto n.º 32.392, de 1953; Acórdão n.º 2.291, do 1.º Conselho de Constribuintes, no "Diário Oficial" de 15-1-1959, Seção IV, pág. 99).

34 — O que daí se colhe, a meu vêr, é que fazendo constar da "Nota Fiscal", em parcela separada, o impôsto de consumo, o que o Fisco quer é fiscalizar o "quantum" do impôsto que o fabricante, como cobrador dêsse impôsto, deverá recolher, antecipadamente (selagem por estampilhas) ou não (impôsto pago por Guia), mas sempre, "pelo" contribuinte-consumidor, eis que, como se sabe, o consumidor é o verdadeiro contribuinte do impôsto de consumo.

35 — Mas, uma cousa é "arrecadar o impôsto" (devido pelo consumidor), e recolher o impôsto ao Erário, e outra cousa é incluir êsse impôsto no preço do produto, como mandava fazer o antigo art. 99 do Decreto n.º 45.711, de 1958, para, "com o preço", cobrá-lo do consumidor.

36 — O impôsto de consumo — por sua própria natureza — é impôsto indireto, que o importador ou o fabricante recolhe à Repartição Fiscal "pelo" verdadeiro contribuinte, que é o consumidor do produto (TITO REZENDE "O Impôsto de Consumo", págs. 28 e 29; VEIGA FILHO, "Ciências das Finanças", 3.ª ed., págs. 113, 154 e 155; DIDIMO DA VEIGA, "Ciências das Finanças", pág. 194; "Repercussão do Impôsto", pág. 184; AMARO CAVALCANTI, "Elementos de Finanças", págs. 188, 189 e 213).

Mas é obvio que a incorporação do impôsto ao preço, não sendo mais obrigatória, como não é (pela revogação do art. 99) poderá, até mesmo, em certos casos, nem ocorrer, arcando o produtor, êle próprio, com o ônus fiscal do tributo, eis que a traslação já agora é facultativa, e, não, obrigatória.

37 — Em refôrço dêste argumento, note-se que — ao vender o seu produto a "entidades governamentais, imunes de tributação", o vendedor não modifica "o preço" do produto: Deixa, apenas, de arrecadar, dessas entidades, a parcela do impôsto de consumo.

Mas o "preço" do produto é o "mesmo", tanto para quem paga impôsto, como para quem dêle está imune.

38 — Assim sendo, e examinada a situação do fabricante, concretamente, ao efetuar (no Estado de S. Paulo) a venda de produto sujeito ao impôsto de consumo, "ad valorem", tem-se que êle, ajustada a compra e venda, emite a respectiva "Nota Fiscal", nela mencionando, separadamente: 1.º) a parcela correspondente ao preço de venda do produto; 2.º) a parcela correspondente ao impôsto de consumo, "ad valorem", calculado pela aplicação da per-

centagem X sôbre aquêle preço de venda, guardada a Observação 1.ª da Tabela "A" do Decreto n.º 43.711, de 1958, na redação que lhe deu a Lei n.º 3.520, de 1958.

39 — O impôsto de consumo "ad valorem" (que não mais integrará, obrigatòriamente, o preço) não poderá ser alcançado pelo impôsto de vendas e consignações porque êste impôsto, segundo a própria lei estadual (a que já nos referimos) é calculado sôbre a importância da venda, e o que o fabricante "vende" é o seu "produto" e, não, o produto mais o impôsto de consumo (que êle apenas "arrecada" do consumidor e recolhe ao Erário), como "exator autorizado", por lei, para êsse fim.

40 — Se o impôsto de consumo incidisse sôbre o "produto", no momento da "produção", ainda se poderia argumentar que ao ser efetuada a respectiva venda, no cálculo do custo da produção, ou no preço, já devia ter sido incluído, pelo fabricante, o respectivo "impôsto de consumo", cujo fato gerador (produção) seria anterior ao fato gerador do impôsto de vendas e consignações (compra e venda).[4]

41 — Mas, da sistemática da nossa lei de impôsto de consumo, decorre que êsse impôsto incide no "momento de retirada da fábrica", com destinação ao consumo, vale dizer, êsse 'impôsto" só é "devido depois da compra e venda", eis que esta precede àquela, e o fator que enseja, via de regra, o impôsto de consumo, é a saída da fábrica!

Dissemos via de regra, porque há duas situações diferentes a considerar: a "da selagem direta" e do pagamento "por Guia" (que poderá ser efetuado "a posteriori").

42 — Sôbre o assunto, é de vêr o que dispõe o "art. 26" do Projeto de Código Tributário Nacional: Diz êsse dispositivo: "O impôsto de consumo de mercadorias tem como fato gerador o seu desembaraço aduaneiro quando de procedência estrangeira, "ou a saída do respectivo estabelecimento produtor, quando de produção nacional", a fim de serem utilizados para as finalidades a que se destinam por sua natureza própria, ainda que essa utilização não lhes destrúa a substância".

---

4. Como ressalta *W. Merk*, a determinação do fato gerador deve ser procedida, sob duplo ponto de vista: o ponto de vista objetivo, em que se verifica qual é o fato, conjunto de fatos ou relação econômica que a lei considera relevante para a tributação e o ponto de vista da ocorrência no tempo em que se verifica qual é a situação no tempo do fato ou fatos relevantes (*Apud, Amilcar Falcão*, "Revista de Direito Administrativo", vol. 52, pág. 472).

O momento da ocorrência do fato gerador é de suma importância para a definição dos impostos (*Amilcar Falcão*, loc. citado).

Acorde, no particular, com a melhor doutrina: RUBENS GOMES DE SOUZA, "Compêndio de Legislação Tributária", págs. 181 e 182; SPINELLI, "Impôsto de Consumo", vol. I, págs. 4, 16, 23 e 97; A. D. GIANNINI, "Istituzioni", pág. 446; Idem, "Il apporto giuridici d'imposta", pág. 180.

43 — Assim, sou de Parecer que a supressão do art. 99 do Decreto n.º 45.711, de 1958, e a alteração da redação do art. 3.º do mesmo decreto, ao em vez de favorecer a pretensão fiscal, de fazer incidir o impôsto de vendas e consignações sôbre a parcela representativa do impôsto de consumo "ad valorem", tolhe essa pretensão, porque êsse impôsto não mais se integra no preço e figura, em separado, na Nota Fiscal, para efeito de ser arrecadado para o Fisco Federal.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 1959.

OTTO DE ANDRADE GIL

CRÔNICA DA VIDA JURÍDICA

O INSTITUTO DE COIMBRA HOMENAGEIA O PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA

Em sessão realizada aos 26 de novembro de 1959, na Casa de Portugal, sob a presidência do Professor Dr. ALVARO SOARES BRANDÃO, Vice-Consul de Portugal, por delegação do Professor Dr. DIOGO PACHECO DE AMORIM, Presidente do Instituto de Coimbra, com a presença de vários de seus membros residente nesta Capital, aquela prestigiosa instituição cultural portuguêsa homenageou o Dr. ALTINO ARANTES, ex-presidente da Academia Paulista de Letras, e os Drs. WALDEMAR FERREIRA e ERNESTO DE SOUZA CAMPOS, Professores Eméritos da Universidade de São Paulo.

Naquela solenidade, o Professor WALDEMAR FERREIRA foi saudado pelo Dr. AURELIANO, membro do Instituoo de Coimbra e da Academia Paulista de Letras, que produziu o discurso que segue.

ORAÇÃO DO DR. AURELIANO LEITE

Obedeço, Sr. Professor WALDEMAR FERREIRA, com indisfarçável alegria à designação provinda do preclaro confrade Sr. SOARES BRANDÃO, neste ato, legítimo delegado do Instituto de Coimbra, a fim de receber V. Exa. no quadro da alta categoria de seus membros honorários, para o qual acaba de ser escolhido juntamente com os nobilíssimos patrícios Senhores ALTINO ARANTES e ERNESTO DE SOUZA CAMPOS.

Admito como único motivo para a minha designação, membro que sou de categoria abaixo naquela veneranda e prestigiosa associação, o conhecimento notório de antigos e ininterruptos afeto e convivência que nos unem, mùtuamente.

Todavia, por maior que seja êsse conhecimento, penso não atingir o fundo da realidade. A realidade — é preciso coragem para dizê-lo, leva-nos, Sr. Professor WALDEMAR FERREIRA, à era longínqua do ano de Cristo de 1902! 1902! Mais de meio século! Poucos já em tôrno de nós ambos, vivos, firmes e eretos,

dos que começaram a viver conosco êsse tempo saudoso, ali, na cidadezinha de Jacareí, à beira do Paraíba, de águas mansas e impolutas: HENRIQUE BAYMA, ANTONIO DE ALMEIDA PRADO, CANTÍDIO DE MOURA CAMPOS, ADALBERTO LEME, FRANCISCO PORTO, PLÍNIO DE QUEIROZ. Penso que esgotei a exígua lista. Pedaço dramático de minha trabalhosa adolescência, nem por isso o considero menos feliz...

Recebíamos as primeiras luzes da instrução secundária em estabelecimento modelar, entre os primeiros daquela época de melhores esperanças no futuro da humanidade, estabelecimento dirigido por inesquecível educador dos princípios do século — LAMARTINE DELAMARE NOGUEIRA DA GAMA, mineiro que valoriza o animal racional, de virtudes claras, o qual procurou servir São Paulo com dedicação apostolar.

V. Exa., naquele colégio, apesar de o mais franzino fìsicamente de nós todos, já se distinguia no aproveitamento pela dedicação às aulas e, como consequência, era dos mais estimados entre os contemporâneos.

Com pronunciado pendor literário, pois V. Exa. já compunha ficções aproveitáveis e traçava crônicas judiciosas, víamos na sua pessoa um futuro grande escritor ou um futuro grande jornalista. Mesmo depois de matriculado em nossa tradicional Faculdade de Direito, aonde de novo vim encontrá-lo em série mais alta, a despeito de ótimo aluno, quer dizer, dedicado em extremo às disciplinas jurídicas de seus programas, os fados continuavam a enxergar em V. Exa. nunca um jurista, mas um homem de letras, no sentido que a êle se dá comumente, tal a sua assiduidade na colaboração de todos os jornais e revistas acadêmicas do tempo. Sem falar nas palestras ao gôsto acadêmico, sob temas puramente literários, por influência de OLAVO BILAC, COELHO NETO, JOÃO DO RIO, AMADEU AMARAL e outros que, pela época, se notabilizaram nesse gênero. Estou a me lembrar entre as demais, da que teve por tema "A Valsa", coroada de sucesso em nosso meio social.

Enganaram-se, porventura, os fados?

Não, acertaram em cheio no alvo. Mas o exato é que V. Exa. fazendo-se famoso advogado, excelente Professor de Direito e acatado publicista dessa disciplina, que alcançaria agora a consagração do prêmio Nobel brasileiro, uma vez por outra, conseguiu romper as divisas daquele mundo e veio refrigerar-se da insensibilidade científica no convívio das letras historiográficas e até das letras floridas, aonde, desta vez, foi V. Exa. que me encontrou, verdade que entre os medíocres da carreira.

Nas letras historiográficas V. Exa. brilhou com o volume "Congregação da Faculdade de Direito na centuária de 1827 a 1927",

editado em 1928. Embora V. Exa. considere êsse trabalho simples compilação colhida às obras dos conspícuos cronistas da Faculdade de Direito, JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA NOGUEIRA e SPENCER VAMPRÉ, e das notas de JULIO DE BARROS, que, numa invejável pertinácia, começou como bedel humilde das Arcadas e acabou por elas mesmo bom bacharel — aquêle trabalho constitui um paradigma de síntese e critério de julgamento, jamais levando para as suas páginas as prevenções e antipatias pessoais do biógrafo. E êle humanamente as guardava e a elas dera expansão em lugar próprio, nunca em volume daquela ordem, mas em crônicas ligeiras, momentâneas, que o autor supõe que não ficam, passam depressa da memória dos presentes sem chegarem aos pósteros...

Mas, ai! de quem assim julgue! Pois nem sempre êsses escritos despretensiosos passam, alguns ficam. Veja-se aquêle no qual V. Exa. caricatura o sizudo professor de Direito Civil que lhe ofereceu um prêmio às avessas, bombeando-o, injusta e escandalosamente, no terceiro ano do curso. Já reli essas linhas reproduzidas por mais de uma vez. Para se avaliar de sua fôrça de expressão literária, basta êste trecho, trasladado, há mais de um quarto de século, para o meu volume, "Retratos a Pena", 1.ª série:

"Sua vida era a mesma de cinquenta anos antes. Mesmíssima a sua cara, os seus costumes, o seu caminhar para a Academia. Corpo e alma juntaram-se numa anquilose longuíssima. Preso em tal espartilho, estanhou-se-lhe o espírito, obsecando-se. Transformou-se numa múmia animada. Desta sorte, enrijou-se-lhe o caráter. Benevolência, bondade, generosidade, foram atributos exóticos que nêle não encontram guarida. Acrescente-se a falta de energia, de altivez, de confiança em si mesmo, e ver-se-á para logo, que comicas eram as aulas de direito civil no Ninho das Águias".

Correndo-se a bibliografia de V. Exa. desde os anos de 1919 e 1927, encontram-se reputados volumes de Jurisprudência, tais como "Manual do Comerciante", "Estudos de Direito Comercial", prefaciado pelo eminente CARVALHO DE MENDONÇA, "Sociedade por Quotas", "Curso de Direito Comercial", aos quais, adiante-se, viriam acrescer inúmeras outras obras publicadas, duas dezenas, ou mais talvez, como "Instituições de Direito Comercial", "Tratado das Debênturas", "Tratado das Sociedades Mercantís", coroadas com a "História do Direito Brasileiro".

Todavia, embora nunca deixe de lançar novos livros e seja assim autor de infinidade, encara a sua sina com certa melancolia. No prefácio do "Compêndio de Sociedades Mercantís", diz "Todos os livros têm a sua época. Preencham ou não os intuitos dos que os escreveram. Alcançam inúmeros, largos períodos de nomeada.

Mas passam. Passam com os homens. Passam com as idéias. Passam com o tempo".

Nisto, sou diferente, sou um tanto otimista. Os livros, claro que os privilegiados, atingem duração maior que outras produções do homem. Chegam a superar no tempo tôdas as suas criações — cidades, monumentos e outras obras de arte.

Mas êsse sizudo comercialista que V. Exa., não querendo aparecer com novas produções rigorosamente literárias, não se transviara em definitivo de suas atividades. Por isso, consente que a linda e pomposa revista "Ariel", a qual se publicou em São Paulo, de 1923 a 1928, sob a direção do saudoso escritor luso JOÃO CÂMARA (não se confundir com D. JOÃO DA CÂMARA) e financiada pela firma Campassi & Camin — consente que a linda e pomposa revista reproduza, com ilustração de CAPELLI, a palestra "O amor de estudante", pronunciada em 1908, na cidade de Amparo.

Encontramo-nos de novo nas colunas dêsse hebdomanário, pois também eu nêle escrevi umas moxifinadas, à maneira de novelas.

Mostram-se ali de corpo inteiro as qualidades do egresso do beletrismo para a ciência arida do Direito. Beletrismo à moda do tempo em palestra recheiada de poesias românticas, culminando com as do vate da Faculdade de Direito — ALVARES DE AZEVEDO, que se declarando — poeta e vagabundo, se oferece à moça que lhe queira a mão para um encontro na Sé:

"Ora, se por aí alguma bela,
Bem doirada e amante da preguiça
Quiser a nívea mão unir à minha,
Há de achar-me na Sé, domingo, à missa..."

V. Exa. chega a reproduzir nessa movimentada palestra, para mostrar a quanto atingia o amor do estudante, aquêle macabro episódio ressuscitado por cronista, hoje esquecido, o Dr. PIRES DE ALMEIDA, autor do ensaio "A Escola Byroniana no Brasil". Coloriu-o V. Exa. com a pompa de seu estilo. Vou resumí-lo.

"Na Paulicéa heróica, lá se vão muitos anos, existia um israelita, de nome JACOB, estabelecido com restaurante, no Páteo do Colégio, hoje largo do Palácio, e frequentado pelos estudantes, não tanto pelo renome e bondade de sua cozinha, mas pela beleza de sua filha Judith".

"Os estudantes todos lhe faziam a côrte. Entre êles se distinguia, no entanto, um belo rapaz de dezoito anos, filho de um fazendeiro no Rio de Janeiro. Apaixonou-se sèriamente por ela. Ela lhe correspondia a tôdas as provas de estima. Pediu-a o moço em casamento. O velho Jacob, a pretexto de falta do consenti-

mento paterno, reconhecendo-lhe embora boa intenção, tardava o sim... Avisada dos acontecimentos, a família exigiu a retirada imediata do moço para o Rio. Êle partiu. Judith, a meiga judia, tornou-se triste. O sorriso atraente, que lhe bailava nos lábios, desaparecera. Minava-a uma saudade infinda. Adoeceu.

O hoteleiro, todavia, tentava dissuadí-la dessa paixão. Quís forçá-la a casar com Euphraim, seu caixeiro e sobrinho. Ela resistia. Mas foi tanta a insistência, que, teve de casar com Euphraim, segundo os ritos do Talmude.

A partir dêsse dia, a moça infeliz começou a definhar. E, justamente no dia em que o moço regressava do Rio, destruindo preconceitos de família e trazendo a exigida licença paterna, vitimava-a a tísica galopante...

Desabrochava, nesse tempo, em São Paulo, a poesia do poeta inglês Lord Byron.

Pois bem: promoviam os moços byronianos, duma feita, no cemitério da Consolação,[1] à meia noite, um festim macabro, em que se recitavam poesias de Schiller, Byron, Goethe, Musset e Shakespeare, e se tomava conhaque em taças de crâneos e pedaços de tíbias, dirigindo apodos à lua. De repente, um dos convivas teve uma idéia: fazerem o enterro da Rainha dos Mortos. Entraram na casa de uma mulher transviada e envolvendo-a, à fôrça em lençóis, deitaram-n'a num caixão(e partiram para o cemitério, em procissão... E a multidão de loucos, recitando, cantando, blasfemando, caminhava pelas áleas dos ciprestes pensativos. Ao atravessarem a quadra dos israelitas, chamou-lhes atenção um túmulo. Pararam. Não tinha uma cruz, uma saudade sequer. Esta inscrição sòmente: Judith — 20 anos. Nem uma palavra mais. Ao lê-la, entreolharam-se os rapazes. E diante dos colegas atônitos, mas respeitosos, o moço desceu até as urnas, e, suspendendo aos ombros o esquife, o repousou no revestimento da sepultura. Com um soco quebrou o vidro, rasgando o véu que envolvia o cadáver, pregado nas quatro extremidades por verdadeiras rosas de Jericó".

O resto dêsse macabro e doloroso espetáculo advinha-se...

Aí ficou, no resumo dessa forte página, a prova de que V. Exa., Sr. Prof. WALDEMAR FERREIRA, poderia ter sido um autêntico homem de letras, se valesse a vontade pessoal e não fôsse arrastado por fôrças externas e internas contra as quais não adiantaria rebelar-se. Pobre de quem supõe que a vontade própria nos conduzl

Mas as nossas longas vidas, apesar de que a minha decorresse quase sempre na penumbra de plano mais baixo e a sua nunca dei-

1. Êsse cemitério só foi aberto em 1858.

xasse de brilhar nas alturas, oferecem realmente, como se vem percebendo, muita coisa de comum.

No mais, além do que já se viu, estive a seu lado, assim na advocacia, como na política e nas revoluções, em que nos batemos, chegando a lutar pelas armas, pensando num Brasil melhor.

Na advocatura, onde por sinal, ao contrário de V. Exa., não cheguei a consolidar a minha banca senão após tomar-lhe a frente um filho dileto e capaz, assinámos ambos a ata de fundação do segundo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 1916, que tanto contribuiu para elevar o nome da nobre classe nem sempre vista com olhos amigos. Muitos anos depois, assentámo-nos, contemporaneamente eleitos pela secção paulista, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na política, madrugámos, cometendo ambos, muito moços ainda, o mesmo pecadilho, apoiando a candidatura presidencial do Marechal Hermes da Fonseca contra a da "Águia de Haia". A diferença estava em que não se me ofereceu nunca oportunidade para a penitência e a sua, originalíssima, não tardou. Casado invejàvelmente com distinta dama, a Senhora Wanda Ferreira, cujo nome pronuncio com o mais fundo respeito, o ilustre casal deu a todos os inúmeros filhos prenomes, começando pela letra dos dois progenitores — "W". Só abriu exceção a êsse delicado propósito registrando o primeiro descendente varão como "Ruy", hoje, o ilustre Dr. Ruy Martins Ferreira.

Depois, mesmo retirado temporàriamente da vida pública, não fui estranho às campanhas cívicas em prol de Luís Pereira Barreto, da Liga Nacionalista, do voto secreto e tantas outras das quais foi V. Exa. dos orientadores mais combativos e destemerosos.

Mais adiante, fundou-se o Partido Democrático e seguiu-se-lhe a Revolução de 1930. Sempre a seu lado quem o saúda. Não lhe faltou, de par com a resistência física e moral para os transes de todo o dia, tirada apologal que feriu mais que acerado punhal. Quando São Paulo foi traído, dizem por obra do "tenentismo" dominante mas incapaz, V. Exa. castigou-o aplicando-lhe aquela fábula oriental, colhida talvez em nosso Malba Tahã, dos eunucos que furtaram uma odalisca do harem de certo rajá e acabaram sem saber o que dela fazer...

No exílio, no generoso e querido Portugal, nunca nos apartámos sempre, ao lado dos veneráveis Pedro de Toledo, Paulo de Morais Barros, Altino Arantes, Artur Bernardes, Isidoro Dias Lopes, Julio Prestes, Julio Mesquita Filho e outros eminentes brasileiros.

Todos fomos distinguidos pela hospitalidade lusa, que nos proporcionou conhecer até o âmago o seu grande país, a sua adiantada cultura, a sua família patriarcal, as suas igrejas maravilhosas, as suas instituições morais e intelectuais, em que sobressaem as suas duas famosas universidades, sem falar no velho e comovente Portugal de que o Brasil proveio. Quê de fundas emoções, como os nossos feitos se abraçaram naquela comemoração de lusos e brasileiros, em tôrno das cinzas de Pedro Alvares Cabral, no dia 3 de maio de 1933, na igreja gótica de Nossa Senhora da Graça, na vetusta Santaréml Estou daqui, a ouvir, numa vista d'olhos para o passado, as luminosas orações ali pronunciadas por ALTINO ARANTES, PERCIVAL DE OLIVEIRA, e outros.

Numa das duas universidades, agora pouco referidas, na de Lisboa, V. Exa. foi convidado a reger um curso que marcou época, inaugurado na magnífica Reitoria, no amplo salão nobre do Campo dos Mártires, presidido pelo chanceler CAEIRO DA MATA e a que estavam presentes, além dos estudantes, todos os altos coturnos das ciências, da literatura, do jornalismo, da sociedade e não sei do que mais. "Diretrizes do Direito Comercial Brasileiro" chamou-se êsse curso, de que se originou excelente volume do mesmo nome.

Retornados à Pátria, foi V. Exa. sob a inspiração do intemerato e intimorato democrata ARMANDO DE SALES OLIVEIRA, um dos organizadores do Partido Constitucionalista, a que também pertenci.Entre aquêles que essa facção mandou à Câmara Federal, figurávamos nós dois, V. Exa. desde logo na posição de lider da bancada. Ali, depois de três anos de lutas parlamentares na defesa da ordem, da lei, constantemente ameaçada pelo próprio govêrno, vimos trancado pela fôrça militar o Palácio Tiradentes, e nós e mais alguns denodados chefes e companheiros, como ARMANDO DE SALES, OTAVIO MANGABEIRA, merecemos a prisão...

A seguir, o regime inadequado, com o seu cortejo de horrores, mais exílio para outros paladinos da liberdade, perseguições para nós, sofridas durante quase sete anos, prisões em cárceres, processos e julgamentos perante o Tribunal de Segurança... Para coroar, V. Exa. chegou a perder a cátedra que lhe custara longos e profundos estudos.

Finalmente, após a queda do regime detestado, a formação da União Democrática Nacional, em São Paulo, a sua chefia relevante dessa comunhão política, a que eu obedeci de pura consciência, procurando servir e defender os postulados da bandeira desfraldada.

Não faz nem um lustro que, por ocasião do quarto centenário de São Paulo, se nos cometeu a realização do II Colóquio de Estudos Luso-Brasileiros, sob os auspícios da Universidade de São Paulo e em colaboração com outros paulistas ilustres, como ERNESTO LEME, JOSÉ SOARES DE MELO, PERCIVAL DE OLIVEIRA, J. F. DE ALMEIDA PRADO, SOUZA LIMA e SOARES AMORA. Tocou afinal a V. Exa. a presidência dêsse certame, em substituição a ERNESTO LEME, convidado para representar o Brasil na O.N.U. Fui um dos colaboradores de V. Exa., encarregado de uma das secções por que se dividiram aquêles estudos.

Agora, atendendo à fecunda inteligência de V. Exa. e, por que não dizer? — a sua amizade tantas vêzes comprovada para com Portugal, o venerando e prestigioso Instituto de Coimbra, concede-lhe o título de seu membro honorário. Veio V. Exa. encontrar-me, a despeito de em categoria menos eminente. Não será quiçá pela última vez!

Depois dêsse longo rosário de evocações do passado de duas existências que marcharam por assim dizer paralelamente, mais que isso, juntas, comungando os mesmos ideais, desde a mais longínqua adolescência, até à velhice, que para nós se tem mostrado generosa — depois de tudo isso, veja V. Exa., pois bem visível se oferece, do motivo que levou o preclaro confrade Sr. SOARES BRANDÃO a me designar para recebê-lo, nesta grata solenidade — somos dois senectos e inseparáveis companheiros.

Sr. Professor WALDEMAR FERREIRA, o Instituto de Coimbra honra-se e regosija-se com a entrada de V. Exa. para o seu seio nobilíssimo, na alta categoria de seu membro honorário".

ORAÇÃO DO PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA

Coube ao Professor WALDEMAR FERREIRA agradecer, em nome dos homenageados, aos discursos com que foram saudados, pronunciando as palavras que se seguem:

"Não creio, em verdade o digo, que possa medir a intensidade de minha emoção, neste ato, revestido de solenidade invulgar.

E ela promana de triplice confluência de circunstâncias, que não ouso dissimular.

Se não me bastasse receber a insignia, com que espontâneamente me agracia o Instituto de Coimbra, órgão cultural de renome internacional, consolidado por tradição centenária, que lhe avulta o prestigio — acresce que a munificiência, que assaz me enaltece, ao

mesmo passo e em idênticas condições se confere a dois patricios eminentissimos, igualados na minha estima e na minha admiração, por virtudes humanas, que são do melhor quilate, e atributos cívicos e intelectuais, que os impuseram à consideração pública, aprimorados por serviços ao longo de vidas, por mercê de Deus longas e felizes, prestados à coletividade nacional — os Drs. ALTINO ARANTES e ERNESTO DE SOUZA CAMPOS.

Há nos adágios populares sabedoria, que agora compreendo em sua inteira plenitude, quando um dêles me brota à memoria: dize com quem andas e mostrarás quem és. Proclamo bem alto que me envaideço da companhia; mas dela retiro, para gaudio meu, a pequena parcela de benemerência do galardão com que somos contemplados.

Mas ainda há mais na instância dêsse companheirismo, qual a incumbência de exprimir, como o meu, o agradecimento dos dois parceiros da mesma gratidão.

Se bem, e condignamente, se lhes ajustará aos bustos o colar com a medalha eliptica coimbrã pendente, não se dará o mesmo com o que imerecidamente por mim, me cairá ao colo.

Tiveram êles realçados os méritos justificativos do título a cada um conferido nas orações proferidas pelos confrades eminentes que os saudaram; e exulto com os conceitos e os louvores de que foram alvo.

Não porém com os que, a meu propósito, foram aduzidos pelo confrade AURELIANO LEITE, ao desvendar passagens de minha vida, que eu mesmo já havia olvidado, e elogios que só justifico pela amizade fraternal que nos uniu em bancos ginasianos, nos primeiros dias dêste século, e até hoje subsiste, para nosso reciproco contentamento.

Convieram as Altas Partes Contratantes, tendo em vista reafirmar e consolidar a perfeita amizade que existe entre os dois povos irmãos, que, de futuro, se consultarão sempre sôbre os problemas internacionais de seu manifesto interêsse comum.

Foi aquêle, como de seus outros articulados resulta, documento de natureza política, a que faltou, no entanto, qualquer coisa de imaterial e afetivo, sem a qual a Comunidade Luso-Brasileira no mundo não é infelizmente, mais do que expressão, ainda não concretizada e infiltrada na alma, mais do que em orações públicas, de portugueses e de brasileiros irmanados na identidade do espírito e de suas instituições políticas.

Comprometeram-se as Altas Partes Contratantes a estudar, sempre que oportuno e necessário, os meios de desenvolver o progres-

so, a harmonia e o prestigio da Comunidade Luso-Brasileira; mas pouco se há realizado nesse sentido.

Enquanto isso, em outra esfera se tem buscado suprir a deficiência da atuação política, do que bem se compenetrou o Instituto de Coimbra, transplantando-se, ainda que simbòlicamente, para êste planalto de São Paulo de Piratininga, em que o padre MANOEL DA NOBREGA, com o seu pelotão de apóstolos, assentou as bases de uma civilização assegurada pelo gênio da raça, de que somos os continuadores.

Há, sem dúvida, que prosseguir na realização da obra, que o destino nos reservou; e insta que esforços se não esmoreçam para que a Comunidade Luso-Brasileira venha a se converter em realidade, até que se alargue em comunidade maior, qual seja a de todos os povos do mundo latino.

Eis como se há de interpretar esta solenidade, na qual, nós, os que neste momento somos os beneficiários dela, nos permitimos saudar, exprimindo-lhe a sinceridade de nosso agradecimento — na pessoa do presidente desta sessão solene, a quem rendemos nossa homenagem — a sua Excelência o Senhor Professor Doutor DIOGO PACHECO DE AMORIM e ao Instituto de Coimbra, que o tem como Magnífico Presidente.

No paralelismo de nossas jornadas, registro êste encontro, que me é tão grato, por nos acharmos reunidos no salão nobre do colégio de cientistas, historiadores e homens de letras que tem seu assento às margens do Mondego, em terras de Portugal; e que, por transmutação de figuras e de cenário, ora se instala e funciona, ainda que fugazmente, às margens do Tietê, em terras do Brasil, mas, ainda aqui, nesta bôa e acolhedora Casa de Portugal.

Por paradoxo histórico, se, pollticamente, nos separamos de Portugal, dêle nos emancipamos, como os filhos se emancipam dos pais, passando a criar suas casas e seus lares: ainda quando mais independentes e altivos êstes se apresentem, nêles os ancentrais se acham presentes, quando não de corpo, por imagens refundidas pela recordação consoladora, que o tempo não consome.

Quanto mais brasileiros somos, nem por isso deixamos de nos sentir voltados para as fontes de nossa vida nacional, sem malquerenças, que denunciariam pequenices afetivas, antes com o jubilo, que exprime a satisfação íntima de nossa progênie, que é ilustre e digna como a que mais o pudesse ser.

Sob o influxo dêsse sentimento é que recebemos, mui gratos e desvanecidos, a deliberação pela qual o Instituto de Coimbra nos acolhe em seu grêmio, em sessão solene, pela primeira vez realizada fora de sua sede.

É transcendente o significado dêste fato, verdadeiramente auspicioso.

Não há muitos anos se entregaram as chancelarias diplomáticas de Lisboa e do Rio de Janeiro a conversações que se ultimaram com a assinatura, aos 16 de novembro de 1953, dum Tratado de Amizade e Cultura entre Portugal e o Brasil.

Consagraram, em solene instrumento público, os princípios que norteariam a Comunidade Luso-Brasileira no mundo, mercê das afinidades espirituais, morais, étnicas e linguísticas que, após três séculos de história comum, continuam a ligar a Nação Brasileira à Portuguesa, de que resulta situação especialissima para os interêsses recíprocos dos dois povos".

DOCUMENTÁRIO LEGISLATIVO

I

A RESTAURAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITOS AUTORAIS DOS ALEMÃES ATINGIDOS PELA GUERRA

DECRETO N.º 43.956 — DE 3 DE JULHO DE 1958

Promulga o acôrdo entre os Estados Unidos do Brasil e a República Federal da Alemanha sôbre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e de Direitos Autorais atingidos pela II Guerra Mundial, firmado no Rio de Janeiro, a 4 de setembro de 1953.

O Presidente da República:

Havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo n.º 39, de 15 de dezembro de 1957, o Acôrdo sôbre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e dos Direitos Autorais atingidos pela II Guerra Mundial, assinado, no Rio de Janeiro, a 4 de setembro de 1953, entre os Estados Unidos do Brasil e a República Federal da Alemanha; e havendo sido ratificado, pelo Brasil, por Carta de 22 de janeiro de 1958; e tendo sido efetuada, em Bonn, a 23 de maio de 1958, a troca dos instrumentos de ratificação:

Decreta que o mencionado Acôrdo, apenso por cópia ao presente decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nêle se contém.

Rio de Janeiro, em 3 de julho de 1958; 137.º da Independência e 70.º da República. — JUSCELINO KUBITSCHEK. — **José Carlos de Macedo Soares.**

Acôrdo sôbre Restauração dos Direitos de Propriedade Industrial e Direitos Autorais atingidos pela Segunda Guerra Mundial entre os Estados Unidos do Brasil e a República Federal da Alemanha.

O Govêrno dos Estados Unidos do Brasil e o Govêrno da República Federal da Alemanha, desejosos de regular nas relações

entre os dois países, a situação dos direitos da propriedade industrial e dos direitos autorais atingidos pela segunda guerra mundial, resolveram celebrar o presente Acôrdo.

Para êsse fim o Presidente dos Estados Unidos do Brasil e o Presidente da República Federal da Alemanha nomearam seus plenipotenciários, a saber:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Sua Excelência o Senhor Dr. VICENTE RÁO, Ministro de Estado das Relações Exteriores, e

O Presidente da República Federal da Alemanha:

Sua Excelência o Senhor Dr. FRITZ OELLERS, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário da República Federal da Alemanha no Rio de Janeiro, e

Sua Excelência o Senhor Dr. VOLLRATH FREIHERR VON MALTZAN, Diretor Geral do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha os quais, após haverem exibido recìprocamente os seus Plenos Poderes achados em boa e devida forma no seguinte:

Artigo 1.º

A partir da data de entrada em vigor do presente Acôrdo, ficarão revogadas as medidas legislativas adotadas pelo Govêrno da República dos Estados Unidos do Brasil em virtude da segunda guerra mundial e relativas aos direitos de patentes de invenção, modêlos de utilidade, desenhos ou modêlos industriais, marcas de indústrias ou de comércio, títulos de estabelecimento, insígnias comerciais e frases de propaganda, existentes no Brasil em nome de súditos alemães.

Artigo 2.º

I — Os direitos e depósitos de pedidos de súditos alemães que, em virtude da legislação de guerra, estejam na data da assinatura do presente Acôrdo, incorporados ao Patrimônio Nacional, serão restituídos na situação de direito em que se encontravam na data da referida incorporação, aos antigos titulares alemães desde que o requeiram perante o Departamento Nacional da Propriedade Industrial, dentro do prazo de um ano a contar da data em que entrar em vigor o presente Acôrdo e mediante o pagamento de uma taxa especial de expediente de Cr$ 200,00 (duzentos cruzeiros).

II — Transcorrido o prazo acima estabelecido, serão considerados extintos os direitos e depósitos de que trata o presente artigo cuja restituição não tenha sido requerida pelos respectivos titulares.

III — Quanto aos direitos de que trata o artigo 1.º e que foram incorporados ao Patrimônio Nacional e posteriormente transferidos por doação, o Govêrno brasileiro promoverá entendimentos com os seus atuais detentores no sentido de obter a restituição dos mesmos direitos aos seus antigos titulares alemães.

Artigo 3.º

Será concedido o prazo de um ano a partir da entrada em vigor do presente Acôrdo aos titulares dos direitos reconhecidos pela Convenção da União de Paris, para executarem, sem sobretaxa ou penalidade, qualquer ato, preencherem qualquer formalidade, pagarem qualquer taxa e em geral satisfazerem qualquer obrigação prescrita pelas leis e regulamentos para a conservação dos direitos de propriedade industrial que tiverem sido restituídos na forma do artigo 2.º do presente Acôrdo, como também cujos registros expiraram, ou foram arquivados os pedidos, antes da data da incorporação ao Patrimônio Nacional.

Artigo 4.º

Os direitos restaurados em virtude do disposto no artigo 2.º não estarão sujeitos a qualquer emolumento ou taxa por ventura devidos no período em que estiverem incorporados ao Patrimônio Nacional.

Artigo 5.º

Nos casos em que o Govêrno dos Estados Unidos do Brasil haja concedido a terceiros o uso de patentes de invenção, modêlos de utilidade, desenhos ou modêlos industriais, marcas de indústria ou de comércio, títulos de estabelecimento, insígnias comerciais e frases de propaganda de nacionais alemães, essa concessão expirará na data da reversão do direito ao antigo titular alemão, respeitados, porém, todos os seus têrmos e condições os contratos de arrendamentos por escritura pública em vigor.

Artigo 6.º

I — No cálculo do prazo previsto para a entrada em vigor da exploração de uma patente, ou de um modêlo de utilidade, se uso

de uma marca de fábrica ou de comércio, da exploração de um desenho ou de um modêlo industrial, como também do prazo de 3 anos previsto na alínea 2 do artigo 6.º bis da Convenção da União de Paris, não será computado o período compreendido entre 3 de setembro de 1939, e a data da entrada, em vigor do presente Acôrdo.

II — As patentes, marcas de fábricas ou de comércio, modêlos de utilidade e modêlos industriais ou desenhos, que a 3 de setembro de 1939 se achavam ainda em vigor, não poderão ser atingidas por quaisquer das sanções previstas no artigo 5.º da Convenção da União de Paris, antes de decorridos dois anos contados da data da entrada em vigor do presente Acôrdo.

Artigo 7.º

Os prazos de prioridade previstos no artigo 4.º da Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial, para o depósito de adidos de patentes de invenção e modêlos de utilidade, desenhos ou modêlos industriais, bem como o registro de marcas de indústria ou de comércio que não haviam expirado a 3 de setembro de 1939 e aquêles iniciados depois dessa data, mas antes do dia da assinatura do presente Acôrdo, serão prorrogados por ambas as Partes Contratantes, em favor dos nacionais da outra parte, pelo prazo de um ano a contar da entrada em vigor do presente Acôrdo.

Artigo 8.º

Consideram-se pedidos na forma do artigo 7.º todos os depósitos efetuados em qualquer país vinculado à Convenção da União de Paris, inclusive os pedidos depositados na Repartições alemães competentes.

Artigo 9.º

O prazo estabelecido pela legislação das duas Partes Contratantes para a reivindicação de prioridade não se extinguirá, para os pedidos indicados no artigo 7.º supra, antes de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Acôrdo.

Artigo 10

Se, em consequência dos efeitos da guerra, a repartição alemã competente estiver impedida de passar certidões comprovantes do depósito, será reconhecida a prioridade reivindicada, mediante declaração da Repartição alemã competente sôbre o conteúdo e a data do correspondente primeiro depósito.

Artigo 11

As pessoas físicas ou jurídicas domiciliados ou estabelecidas no território de uma das Partes, e que, depois de 3 de setembro de 1939, mas antes da data da assinatura do presente Acôrdo, tenham de boa fé começado a exploração de uma invenção, de um modêlo de utilidade, de um desenho ou modêlo industrial pertencente a nacionais da outra Parte, cujos pedidos de proteção se venham a realizar na forma do artigo 7.º, poderão continuar essa exploração nas condições previstas pela legislação local vigente.

Artigo 12

Os benefícios do presente Acôrdo são aplicáveis:

I — Às pessoas físicas de nacionalidade alemã, independentemente do seu domicílio atual, bem como às pessoas jurídicas organizadas de acôrdo com as leis alemãs;

II — Às pessoas físicas de nacionalidade brasileira, independentemente do seu domicílio atual, bem como às pessoas jurídicas organizadas de acôrdo com a legislação brasileira.

Artigo 13

Os dispositivos do artigo 1.º também serão aplicáveis aos direitos autorais pertencentes a súditos alemães.

Artigo 14

As disposições do presente Acôrdo serão também aplicáveis ao Estado de Berlim, se o Govêrno da República da Alemanha fornecer ao Govêrno da República dos Estados Unidos do Brasil a correspondente declaração.

Artigo 15

O presente Acôrdo é feito nas línguas portuguêsa, alemã e francesa; em caso de divergência na interpretação dos textos português e alemão, prevalecerá o texto francês.

Artigo 16

O presente Acôrdo será ratificado e entrará em vigor, imediatamente, depois da troca dos instrumentos de ratificação, a qual se efetuará em Bonn.

Em fé do que, os Plenipotenciários acima nomeados firmaram o presente Acôrdo em dois exemplares e lhes apõem os seus respectivos sêlos.

Feito na cidade do Rio de Janeiro aos quatro dias do mês de setembro de mil novecentos e cinquenta e três. — VICENTE RÁO. — FRITZ OELLERS. — VOLLRATH FR. V. MALTZAN.

II

O FUNDO PORTUÁRIO NACIONAL E A TAXA DE MELHORAMENTOS DOS PORTOS

LEI N.º 3.421 — DE 10 DE JULHO DE 1958

Cria o Fundo Portuário Nacional, a Taxa de Melhoramentos dos Portos, e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — É criado o Fundo Portuário Nacional, destinado a prover recursos para o melhoramento dos portos e das vias navegáveis do país, constante do Plano Portuário Nacional.

Art. 2.º — Constituirão receitas do Fundo Portuário Nacional:

a) 60% (sessenta por cento) do produto da arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos (art. 3.º);

b) 8% (oito por cento) do produto da arrecadação dos direitos de importação para consumo (art. 5.º);

c) o produto do aforamento dos acrescidos de marinha, quando resultantes de obras realizadas pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (art. 7.º);

d) o reembôlso de serviços de dragagem executados por conta do Fundo (art. 8.º);

e) a remuneração dos recursos da União investidos nos portos sob concessão... Vetado;

f) as dotações que lhe forem atribuídas no Orçamento Geral da União;

g) os juros e outras receitas resultantes dos depósitos de recursos do Fundo.

Parágrafo único. Os recursos, a que se refere êste artigo, serão recolhidos em depósito ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, em conta especial sob a denominação de Fundo Portuário Nacional, à ordem do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais.

Art. 3.º — A Taxa de Emergência, criada pelo Decreto-lei n.º 8.311, de 6 de dezembro de 1945, passará a ser cobrada sob a denominação de Taxa de Melhoramento dos Portos, e incidirá sôbre tôdas as mercadorias movimentadas nos portos organizados, de ou para navios ou embarcações auxiliares, na seguinte razão do valor comercial da mercadoria:

a) 1% (um por cento) quando importada do exterior;

b) 0,2% (dois décimos por cento) quando exportada para o exterior;

c) 0,2% (dois décimos por cento) quando importada e exportada no comércio de cabotagem e de navegação interior.

§ 1.º — São isentas do pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos as mercadorias a que se refere o art. 8.º do Decreto n.º 24.511, de 29 de junho de 1934.

§ 2.º — Nos casos de baldeação quer direta, quer por meio de saveiros ou alvarengas ou através dos cais e pontes de acostagem, a Taxa de Melhoramentos dos Portos será devida uma só vez na descarga da embarcação chegada ao pôrto, ou no carregamento da embarcação a sair do pôrto.

§ 3.º — Nos casos da alínea a dêste artigo, entende-se por valor comercial o custo da mercadoria que servir de base para o cálculo dos direitos aduaneiros... Vetado.

§ 4.º — Nos casos da alínea b dêste artigo, entende-se por valor comercial aquêle constante das guias de exportação, correspondentes à importância efetivamente recebida pelo exportador, incluindo câmbio e bonificações.

§ 5.º — Nos casos da alínea c dêste artigo, entende-se no valor da mercadoria o da aquisição constante no conhecimento... Vetado.

§ 6.º — Vetado.

Art. 4.º — A Taxa de Melhoramento dos Portos será cobrada pela administração do pôrto onde a carga fôr movimentada, a qual recolherá mediante guia, semanalmente:

a) 40% (quarenta por cento) do seu produto, à agência do Banco do Brasil S. A., para crédito de conta especial vinculada, que só poderá ser movimentada nos têrmos do art. 16;

b) 60% (sessenta por cento) do seu produto, ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, ou seu correspondente autorizado, para crédito do Fundo Portuário Nacional.

§ 1.º — O administrador responsável pelo pôrto que arrecadar a Taxa será seu depositário até o efetivo recolhimento na forma dêste artigo, com a responsabilidade civil e criminal decorrente desta qualidade.

§ 2.º — O Poder Executivo poderá suspender a entrega de qualquer recurso, consignado no Orçamento Geral da União, à administração do pôrto que estiver em mora no recolhimento do produto da Taxa de Melhoramentos dos Portos.

§ 3.º — Se, depois de notificados pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, a administração do pôrto deixar de recolher, no prazo que lhe fôr assinado, o produto da Taxa de Melhoramento dos Porto em atraso, o referido Departamento poderá, na primeira tomada de contas, deduzir o montante não recolhido da conta de capital do pôrto reconhecido pelo Poder Executivo.

Art. 5.º — Do produto da arrecadação dos direitos de importação 8% (oito por cento) serão destinados ao Fundo Portuário Nacional (art. 2.º, alínea b).

§ 1.º — Anualmente, o Orçamento Geral da União, no anexo referente ao Ministério da Viação e Obras Públicas, consignará ao Fundo Portuário Nacional, para recolhimento ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, em duodécimos mensais, dotação equivalente a 8% (oito por cento) do montante da arrecadação prevista dos direitos de importação para consumo.

§ 2.º — Verificada, no correr do exercício, a insuficiência da dotação orçamentária, a que se refere o § 1.º dêste artigo, o Ministério da Viação e Obras Públicas proporá, em tempo oportuno, a abertura do necessário crédito suplementar.

Art. 6.º — A porcentagem de 6% (seis por cento) da arrecadação da Taxa de despacho aduaneiro destinada às administrações dos portos, que, nos têrmos do art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agôsto de 1957, substituiu o adicional de 10% (dez por cento), instituído pelo Decreto n.º 24.343, de 5 de junho de 1934, terá em cada pôrto a mesma destinação dêste adicional, à data da publicação daquela lei.

§ 1.º — Anualmente, o Orçamento Geral da União, no anexo referente ao Ministério da Viação e Obras Públicas, consignará, a favor das administrações dos portos que tinham direito ao recebimento do referido adicional, dotação equivalente à previsão da arrecadação de 6% (seis por cento) da Taxa de Despacho Aduaneiro, na respectiva Alfândega ou Mesa de Rendas.

§ 2.º — Mensalmente os Distritos do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, requisitarão às Delegacias Fiscais do Tesouro Nacional o correspondente à efetiva arrecadação, no mês anterior, da referida porcentagem da Taxa de despacho aduaneiro.

§ 3.º — Verificada, no correr do exercício, a insuficiência das dotações a que se refere o § 1.º, o Ministro da Viação e Obras Públicas proporá, em tempo oportuno, a abertura do necessário crédito suplementar.

Art. 7.º — O Poder Executivo promoverá o aforamento dos acrescidos de marinha resultantes de obras realizadas pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, ou por autarquias e repartições federais que explorem portos, desde que êsses terrenos não sejam necessários à execução futura das instalações portuárias.

§ 1.º — O aforamento será feito mediante concorrência pública, e o edital poderá prever o pagamento do preço da alienação do domínio útil, à vista ou a prazo.

§ 2.º — Os recursos provenientes dessas vendas do domínio útil constituirão receita dos respectivos portos e serão depositados na agência do Banco do Brasil para crédito da conta especial vinculada de que trata a alínea a do art. 4.º, salvo quando as obras tenham sido executadas diretamente e com recursos do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, quando então o produto da venda do domínio útil dêsses acrescidos de marinha constituirá receita do Fundo Portuário Nacional.

§ 3.º — Anualmente, o Orçamento Geral da União consignará, no anexo da Receita, a provisão da receita resultante das vendas do domínio útil, referidas neste artigo, quando as obras, de que provém, tenham sido executadas pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, e no anexo de Despesa do Ministério da Viação e Obras Públicas, para ser recolhida ao Fundo Portuário Nacional, dotação igual àquela constante desta receita.

Art. 8.º — Os concessionários do melhoramento, aparelhamento e exploração comercial dos portos manterão escriturados entre as contas de seu passivo não exigível, sob o título de Recursos do Fundo Portuário Nacional:

a) o produto efetivamente recebido da taxa de 2% (dois por cento) ouro, criada pela Lei n.º 1.144, de 30 de dezembro de 1903,

quando esta receita, de acôrdo com o contrato de concessão, tenha-se destinado à construção, ampliação, melhoramento ou aparelhamento das instalações portuárias a cargo do concessionário;

b) o produto efetivamente recebido, ou que vier a ser recebido, do adicional de 10% (dez por cento) sôbre os direitos de importação para consumo criado pelo art. 2.º do Decreto n.º 24.343, de 5 de junho de 1934, e da porcentagem de 6% (seis por cento) da taxa de despacho aduaneiro, criada pelo art. 66 da Lei n.º 3.244, de 14 de agôsto de 1957, quando esta receita ou parte dela, de acôrdo com o contrato de concessão, tenha-se destinado ou se destine à construção, ampliação e melhoramento das instalações portuárias a cargo do concessionário;

c) o produto da taxa de emergência, criada pelo Decreto-lei n.º 8.311, de 6 de dezembro de 1945, já aplicado ou em depósito nos têrmos do art. 4.º do referido Decreto-lei;

d) a parcela da Taxa de Melhoramento dos Portos sujeita ao regime do art. 4.º, alínea a, desta lei;

e) as importâncias recebidas do Fundo Portuário Nacional para investimentos nas instalações portuárias;

f) outras importâncias, de qualquer origem ou natureza, que lhes tenham sido ou venham a ser efetivamente entregues ou diretamente pagas pela União, para construção, ampliação, melhoramento ou aparelhamento das instalações portuárias a cargo do concessionário.

§ 1.º — O montante escriturado na conta Recursos do Fundo Portuário Nacional, referido neste artigo, constitui crédito inerente ao serviço, não se confunde com o capital da concessão, e não será computado para efeito de encampação ou reversão.

§ 2.º — O Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, levando em conta as condições econômicas do pôrto e o nível de preços dos serviços portuários, promoverá a inclusão na Tarifa de cada pôrto organizado de uma quota anual destinada a reembolsar o Fundo Portuário Nacional, total ou parcialmente, do custo dos serviços de dragagem do pôrto, executados com recursos do referido Fundo.

§ 3.º — O montante dessas quotas será recolhido pelo concessionário do pôrto e pelas autarquias portuárias, em duodécimos mensais, ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico ou ao seu correspondente autorizado, para crédito do Fundo Portuário Nacional.

§ 4.º — Na primeira tomada de contas, depois da vigência desta lei, será apurado o montante da conta Recursos do Fundo Portuário Nacional.

Art. 9.º — As autarquias federais que explorem serviços portuários recolherão, até 30 (trinta) dias depois de aprovadas suas contas, e a seu crédito, ao Banco do Brasil S. A., a renda líquida auferida no exercício anterior, depois de feitas as deduções regulamentares, em conta vinculada de que trata a alínea a do art. 4.º desta lei.

Art. 10 — Os créditos orçamentários referidos na alínea f do art. 2.º, no § 1.º do art. 5.º e no § 3.º do art. 7.º, independem de registro prévio no Tribunal de Contas, e sua distribuição será feita, automáticamente, ao Tesouro Nacional, que lhes dará o competente destino.

Art. 11 — Os recursos do Fundo Portuário Nacional serão aplicados pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, exclusivamente na execução do plano portuário nacional que compreende:

a) o estudo e projeto de construção, melhoramentos, expansão ou aparelhamento dos portos, instalações portuárias e das vias navegáveis;

b) as obras, aquisições ou serviços destinados ao melhoramento, à construção de obras portuárias ou sua expansão ou no aparelhamento de portos, instalações portuárias e vias navegáveis;

c) a aquisição de equipamento de dragagem e os serviços de dragagem de portos e vias navegáveis nacionais.

Parágrafo único — A aplicação dos recursos do Fundo Portuário Nacional poderá ser:

a) direta, pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, em estudos, projetos, serviços, obras, aquisições e pagamentos de serviços de dragagem;

b) através das administrações de portos, no pagamento dos estudos, projetos, obras, aquisições e serviços a cargo dessas administrações, para execução de programas ou projetos prèviamente aprovados pelo Ministro da Viação e Obras Públicas;

c) através de empréstimos contraídos nos têrmos do art. 13 para pagamento de juros, amortização e despesas contratuais de financiamentos.

Art. 12 — Até 31 de outubro de cada ano, o Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais submeterá à aprovação do Ministro da Viação e Obras Públicas o programa de aplicação dos recursos do Fundo Portuário Nacional no exercício seguinte.

§ 1.º — Nenhuma aplicação por conta do Fundo Portuário Nacional poderá ser aprovada ou iniciada, não obstante estar prevista no Plano Portuário Nacional, a que se refere o art. 1.º desta lei, sem prévio estudo, projeto e orçamento detalhados, inclusive fundamentada justificação econômica.

§ 2.º — Ressalvado o disposto no § 3.º seguinte, e salvo os casos de melhoria das condições naturais dos portos, só serão autorizadas inversões em instalações portuárias, à conta do Fundo Portuário Nacional, quando o cálculo de rentabilidade do projeto ou programa a ser realizado assegurar a acumulação de recursos durante o prazo de duração provável dos bens e instalações, em montante que permita a reposição de suas partes depreciáveis, ou a sua renovação.

§ 3.º — No caso de projeto ou programa que, por sua natureza, não permite a aferição direta da sua rentabilidade poderá ser autorizada a inversão desde que fique demonstrado que da sua realização resultará a melhoria da rentabilidade do conjunto das instalações do pôrto, onde será feita a aplicação.

Art. 13 — O produto da arrecadação futura das receitas do Fundo Portuário Nacional poderá ser vinculado como meio de pagamento, ou cedido em garantia de empréstimos obtidos para o financiamento da execução de projetos ou programas que se incluam entre os objetivos do Fundo, e contraídos:

a) pela União, para serem aplicados pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais ou repartições federais que explorem portos;

b) pelas autarquias federais que explorem portos;

c) por concessionários da exploração de portos.

§ 1.º — A vinculação ou cessão referida neste artigo dependerá de autorização do Ministro da Viação e Obras Públicas, e o ato de autorização empenha, automàticamente, as receitas vinculadas ou cedidas, que serão pagas diretamente ao credor pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico.

§ 2.º — É o Poder Executivo autorizado a contrair ou garantir empréstimos em moeda nacional ou estrangeira, até o montante, respectivamente, de Cr$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de cruzeiros) e US$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares) ou o equivalente em outras moedas, destinados a financiar a execução de programas ou projetos de melhoramentos dos portos e vias navegáveis nacionais, a serem liquidados com os recursos do Fundo Portuário Nacional.

Art. 14 — Com a prévia aquiescência do Ministro da Viação e Obras Públicas, ouvido o Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico poderá financiar, com recursos do Fundo Portuário Nacional, a aquisição de equipamento de dragagem para emprêsas privadas ou de economia mista.

§ 1.º — Os juros e os prazos de resgate dos empréstimos serão os usualmente adotados pelo Banco, em financiamentos a emprêsas privadas.

§ 2.º — Incorporar-se-ão ao Fundo Portuário Nacional, nas datas dos seus pagamentos, as quotas de amortização e juros dos empréstimos concedidos nos têrmos dêste artigo, deduzidas as despesas correspondentes aos serviços do Banco.

Art. 15 — O produto de 40% (quarenta por cento) da arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos, a que se refere a alínea a do art. 4.º só poderá ser empregado pela administração do pôrto em que tiver sido arrecadado:

a) em estudos e projetos, ou na execução de obras, aquisições e serviços para melhoramento, ampliação, expansão ou aparelhamento das instalações portuárias;

b) no pagamento de serviços de dragagem que interessem ao pôrto;

c) no pagamento dos serviços de juros, amortizações e outras despesas de contratos de empréstimos, contraídos para antecipação da receita da porcentagem da taxa referida neste artigo e destinadas à execução de projetos ou programas com os objetivos previstos nas alíneas a e b dêste artigo.

§ 1.º — A aplicação do produto de porcentagem da taxa, nos casos das alíneas a e b dêste artigo, dependerá da prévia aprovação, pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, de relação-programa ou projeto de obras, aquisições ou serviços, que deverão atender ao disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 12.

§ 2.º — Nos casos da alínea c dêste artigo, a aplicação dependerá, além do previsto no parágrafo anterior, da aprovação pelo Ministro da Viação e Obras Públicas das condições de crédito cuja utilização ficará sujeita à fiscalização do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, . . . Vetado.

§ 3.º — O ato do Ministro da Viação e Obras Públicas, que aprovar as operações de crédito referidas neste artigo, empenhará automàticamente em garantia do credor, o produto da porcentagem da taxa arrecadada no respectivo pôrto, até final liquidação do empréstimo.

§ 4.º — O Ministro da Viação e Obras Públicas dará conhecimento ao Banco do Brasil S. A. do ato que autorizar a realização da operação de crédito e comunicará a importância dos encargos da operação, ficando o concessionário autorizado a movimentar a conta referida no artigo seguinte, dentro dos limites dos serviços de juros, amortização e despesas previstas no contrato de empréstimo.

§ 5.º — Até 31 de outubro de cada ano as administrações dos portos submeterão à aprovação do Ministro da Viação e Obras Públicas, através do Departamento Nacional de Portos Rios e Canais, o programa de aplicação ao exercício seguinte, dos recursos da porcentagem da Taxa de Melhoramento dos Portos, a que se refere êste artigo.

§ 6.º — Constitui falta grave da administração do pôrto, punível com as sanções regulamentares ou contratuais a que estiver sujeita, a aplicação indevida dos recursos:

a) da porcentagem da taxa a que se refere êste artigo;

b) das importâncias do Fundo Portuário Nacional que lhe forem entregues;

c) do produto de empréstimos contraídos com a garantia ou vinculação como meio de pagamento da porcentagem da Taxa de Melhoramento dos Portos referida neste artigo, ou de receita do Fundo Portuário Nacional.

§ 7.º — A aplicação indevida de recursos, prevista no parágrafo anterior, autorizará, também:

a) a suspensão da entrega à administração do pôrto de verbas orçamentárias que lhe forem consignadas (art. 4.º, § 2.º);

b) a dedução no capital da concessão reconhecida pelo Poder Executivo, das importâncias indevidamente aplicadas.

Art. 16 — Salvo no caso previsto no § 4.º do art. 15, a administração do pôrto só poderá movimentar a conta a que se refere o art. 4.º, alínea a, mediante a apresentação ao Banco do Brasil S. A., de certificados de aprovação de despesas ou de requisições de adiantamentos emitidos pelo chefe do Distrito, do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, em cuja jurisdição estiver o pôrto.

§ 1.º — A aplicação dos adiantamentos recebidos na forma dêste artigo deverá ser comprovada pela Administração do Pôrto, dentro de 90 (noventa) dias do seu recebimento, perante o Chefe de Distrito respectivo, que emitirá os certificados de despesas correspondentes, sendo o saldo, se houver, recolhido ao Banco do Brasil S. A., na conta respectiva.

§ 2.º — A contabilização, movimentação e fiscalização da conta, a que se refere êste artigo, serão reguladas em ato do Ministro da Viação e Obras Públicas.

Art. 17 — As tarifas dos serviços portuários serão estabelecidas com base no custo do serviço, que compreende:

a) as despesas de exploração;

b) as diferenças a que se refere o § 7.º;

c) os encargos financeiros do investimento assim considerados:

I — as quotas de depreciação do investimento e de amortização do capital da concessão;

II — a remuneração de investimentos.

§ 1.º — São despesas de exploração as realizadas com o material, serviços ou pessoal empregados na operação ou administração dos serviços portuários e na conservação do patrimônio do pôrto. As despesas com pessoal, computadas no custo do serviço, não poderão exceder os limites os ... Vetado ... aprovados pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, tendo em vista as necessidades efetivas dos serviços.

§ 2.º — No custo do serviço será computada uma importância anual, correspondente a uma percentagem de custo de reposição dos bens e instalações depreciáveis que compõem o patrimônio do pôrto e que constituirá a Reserva para Depreciação, destinada a manter a integridade dos bens e instalações ou a restaurá-los nos casos de desgastes, destruições, insuficiências ou obsoletismo.

§ 3.º — A quota anual de depreciação será determinada de acôrdo com as percentagens ou taxas de depreciação dos bens depreciáveis, aprovadas pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, e calculadas em função:

a) da duração provável dos bens depreciáveis e de suas partes, tendo em vista a natureza de cada um;

b) do custo de reposição de cada bem depreciável, ou de parte sua.

§ 4.º — As importâncias correspondentes às quotas anuais de depreciação serão depositadas em conta bancária especial (Fundo de Depreciação) na agência do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico ou do Banco do Brasil S. A., e só serão movimentadas para o seu objetivo, na forma da regulamentação. Os juros bancários dêsse depósito serão creditados à Reserva para Depreciação.

§ 5.º — Em quaisquer casos de extinção das concessões, ficarão à livre disponibilidade da União os saldos dos Fundos de Depreciação, previstos neste artigo.

§ 6.º — Serão feitas à conta de Reserva para Depreciação:

a) as despesas de retiradas de bens e instalações do serviço;

b) as substituições ou reposições de bens e instalações ou de suas partes, nestes casos, a Reserva será debitada pelo custo de reposição e creditada pelo valor dos salvados.

§ 7.º — Se a administração do pôrto fôr devedora de empréstimo em moeda estrangeira contraído para o aumento do patrimô-

nio do pôrto, devidamente registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito, e aprovado pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, serão consideradas no custo de serviço as diferenças resultantes de variações entre a taxa cambial à qual foram contabilizadas as inversões feitas com o produto do empréstimo, e aquelas efetivamente pagas para a remessa de juros e principal dos referidos empréstimos. O disposto neste artigo se aplica, também, ao caso de operação, com cláusula de escala móvel, realizada com o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico.

Art. 18 — No custo do serviço serão computadas as quotas anuais de amortização do capital inicial e dos capitais adicionais, destinadas à constituição das Reservas para Amortização de Capital Inicial e dos Capitais Adicionais, previstos no art. 11, do Decreto n.º 24.599, de 6 de julho de 1934, e fixadas pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais.

§ 1.º — O montante da quota de amortização do capital inicial será fixado de modo a reproduzir o capital inicial, ao fim do prazo da concessão.

§ 2.º — O montante da quota de amortização dos capitais adicionais será fixado de modo a reproduzir o mais rápido possível êsses capitais, levado em conta o reflexo que possa ter sôbre os níveis de preços dos serviços portuários e tendo-se presente que o período de amortização não poderá exceder prazo igual ao da concessão.

Art. 19 — A remuneração de investimento compreenderá:

a) a referente aos Recursos do Fundo Portuário Nacional... Vetado.

b) a referente ao capital da concessão.

§ 1.º — A remuneração dos Recursos do Fundo Portuário Nacional será estabelecida com uma quota anual, ... Vetado.

§ 2.º — A remuneração do capital investido pelo concessionário será calculada à taxa de 10% (dez por cento) ao ano sôbre a soma dos capitais inicial e adicionais da concessão, reconhecidos pela União.

I — Acrescida:

a) do valor dos materiais em almoxarifado existentes a 31 de dezembro, indispensáveis ao funcionamento da emprêsa no que se refere à prestação dos seus serviços;

b) do capital de movimento, assim entendido a importância em dinheiro necessária à exploração dos serviços ... Vetado.

II — Deduzida:

a) da diferença entre o saldo da conta de Resultados a compensar e o saldo do Fundo de Compensação (§ 2.º);

b) da diferença entre o saldo da conta Reserva para Depreciação e o depósito existente no respectivo Fundo.

§ 3.º — As parcelas referidas nas alíneas a e b do inciso I do § 2.º, dêste artigo, deverão ser devidamente comprovadas e apuradas nas tomadas de contas anuais dos concessionários.

§ 4.º — O excesso de remuneração do capital da concessão, verificado em qualquer exercício, será levado a crédito de uma conta de Resultados a Compensar, para ser compensado nos exercícios seguintes. As importâncias correspondentes aos saldos credores da Conta de Resultados a Compensar serão depositadas pelo concessionário, até 30 (trinta) dias depois da aprovação das tomadas de contas, em conta especial (Fundo de Compensação) no Banco do Brasil S. A., ou no Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico. Esta conta só poderá ser movimentada, mediante autorização do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais. Os juros bancários dêste depósito serão creditados à conta de Resultados a Compensar. Em caso de extinção da concessão, o saldo do Fundo de Compensação ficará a livre disposição da União.

Art. 20 — As tarifas portuárias serão estabelecidas, segundo modêlo padronizado, aprovado pelo Poder Executivo, e deverão ser obrigatòriamente revistas de 5 (cinco) em 5 (cinco) anos, seguindo-se a competente aprovação do Ministro da Viação e Obras Públicas, por portaria.

Parágrafo único — Por iniciativa do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais ou do concessionário poderão, entretanto, ser revistas as tarifas antes dêste prazo, para que fique assegurada a manutenção da paridade entre a renda do pôrto e o custo do serviço.

Art. 21 — Até 31 de março de cada ano, o Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais prestará contas ao Tribunal de Contas da aplicação, no exercício anterior, dos recursos do Fundo Portuário Nacional.

Art. 22 — Anualmente, será procedida uma tomada de contas da aplicação pelas administrações dos portos, das receitas a que se referem as alíneas a, b e c do § 6.º do art. 15, obedecida a regulamentação em vigor sôbre tomada de contas de concessionários de portos.

Art. 23 — Os concessionários de portos poderão transferir a terceiros, durante o prazo da concessão, os seus direitos de uso e gôzo dos acrescidos de terreno de marinha, que resultaram das obras de melhoramento do pôrto, desde que estas áreas não sejam necessárias à expansão futura das instalações portuárias, a juízo do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais.

Parágrafo único — O preço e as condições de transferência ficarão sujeitos à aprovação do Ministro da Viação e Obras Públicas e o seu montante será abatido na conta do capital inicial ou dos capitais adicionais da concessão.

Art. 24 — A parte da Taxa de Melhoramentos dos Portos, a que se refere o art. 15, continuará empenhada, pelo pleno direito, no pagamento dos empréstimos em vigor, garantidos pela Taxa de Emergência, na proporção que fôr necessária para assegurar os serviços de juros, amortização e despesas de contrato de empréstimos, substituindo a taxa criada por esta lei as garantias prèviamente oferecidas pela Taxa de Emergência, na forma do Decreto-lei n.º 8.311, de 6 de dezembro de 1945.

Parágrafo único — As obras já iniciadas constantes das relações-programas aprovadas para aplicação da Taxa de Emergência não serão interrompidas. As relações-programas serão revistas na parte das obras, aquisições ou serviços não iniciados, para verificação da obediência ao disposto no art. 12, §§ 1.º , 2.º e 3.º.

Art. 25 — A contabilidade das administrações dos portos obedecerá a um plano de contas e normas estabelecidas pelo Ministro da Viação e Obras Públicas.

Art. 26 — O Poder Executivo promoverá a revisão dos contratos de concessão de obras, melhoramento e aparelhamento dos portos nacionais, e exploração do respectivo tráfego, a fim de adaptá-lo ao disposto nesta lei.

Art. 27 — O Poder Executivo promoverá a atualização do Plano Portuário Nacional, a que se refere o art. 1.º, devendo concluí-la dentro em 120 (cento e vinte) dias, a partir da data da publicação da presente lei.

Art. 28 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 29 — Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 10 de julho de 1958; 137.º da Independência e 70º da República. — JUSCELINO KUBITSCHEK. — Lucio Meira. — Lucas Lopes.

III

A COMISSÃO EXECUTIVA DO SISAL

LEI N.º 3.428 — DE 15 DE JULHO DE 1958

Cria a Comissão Executiva do Sisal

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — É criada a Comissão Executiva do Sisal subordinada ao Ministério da Agricultura.

Art. 2.º — A Comissão terá por objetivo prestar, diretamente ou mediante contrato com órgãos já existentes, assistências técnica e financeira às cooperativas e Associações Rurais, já organizadas ou que vierem a se organizar, de produtores e industriais de Sisal, na área do Polígono das Sêcas, e o seu prazo de funcionamento será de 10 (dez) anos.

Art. 3.º — Compete, especialmente à Comissão:

a) estimular a formação de cooperativas de produtores e industriais de sisal;

b) promover diretamente ou através de financiamento, aos interessados, a aquisição de máquinas agrícolas e industriais, inclusive mediante entendimento com os estabelecimentos de crédito oficiais ou particulares;

c) manter, nos Estados sisaleiros do Polígono das Sêcas, a unidade de classificação da fibra do agave, em consonância com a classificação internacional, prevalente nos centros estrangeiros consumidores.

Art. 4.º — A Comissão, que terá sua sede na cidade de João Pessoa, Estado da Paraíba, compor-se-á de 3 (três) membros, sendo um Presidente, todos de livre nomeação do Presidente da República.

Art. 5.º — A Comissão terá um Conselho Consultivo e Fiscal composto de:

a) representantes dos govêrnos dos Estados, com produção além de vinte mil toneladas de sisal por ano, indicados em lista triplice ao Presidente da República, que os nomeará;

b) um representante do Ministério da Agricultura, proposto pelo Ministro;

c) um representante das Federações das Associações Rurais e outro das Federações das Indústrias dos Estados, com produção superior a vinte mil toneladas, considerados membros natos e nomeados pelo Presidente da República.

§ 1.º — A presidência do Conselho caberá ao representante do Ministério da Agricultura.

§ 2.º — O Conselho, cujo mandato será de 2 (dois) anos, reunir-se-á ordinàriamente uma vez por semestre ou extraordinàriamente, por convocação do seu Presidente, correndo por conta da Comissão as despesas de viagem e estada.

Art. 6.º — Os membros da Comissão terão uma gratificação mensal de Cr$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros) e o seu Presidente,

além da gratificação, uma verba de representação até Cr$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

Parágrafo único — Os membros do Conselho receberão Cr$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) por sessão a que comparecerem, até o máximo de 10 (dez por semestre).

Art. 7.º — O Orçamento Geral da União consignará, anualmente, à Comissão Executiva do Sisal, no anexo do Ministério da Agricultura, a dotação de Cr$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) que lhe será entregue até o dia 31 de março de cada ano.

Art. 8.º — Tôdas as quantias postas à disposição, da Comissão deverão ser, obrigatòriamente, depositadas no Banco do Nordeste do Brasil S. A., ou, em sua falta, no Banco do Brasil S. A.

Parágrafo único — Todos os documentos que importem em responsabilidade da Comissão, inclusive movimentação de fundos serão necessàriamente, assinados pelo Presidente e por um membro da Comissão.

Art. 9.º — A Comissão contratará o pessoal necessário aos seus serviços, fixando-lhes a remuneração.

Parágrafo único — Em nenhuma hipótese, as despesas de administração poderão exceder a 10% (dez por cento) da dotação anual a que se refere o art. 7.º.

Art. 10 — A Comissão deverá fazer duas prestações de contas, semestrais, ao Ministério da Agricultura submetidas previamente, à aprovação do Conselho.

Art. 11 — A partir do primeiro ano de instalação da Comissão será cobrada uma taxa fixa de Cr$ 100,00 (cem cruzeiros), por tonelada de fibra de sisal exportada, para fazer face às despesas decorrentes da execução do programa de recuperação da economia sisaleira.

Parágrafo único — A quantia arrecadada nessa cobrança será incorporada aos recursos gerais destinados as operações da Comissão.

Art. 12 — Para ocorrer às despesas de instalação e funcionamento da Comissão no presente exercício é o Poder Executivo autorizado a abrir pelo Ministério da Agricultura o crédito especial de Cr$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).

Art. 13 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 15 de julho de 1958; 137.º da Independência e 70.º da República. — JUSCELINO KUBITSCHEK. — **Mario Meneghetti.** — **Lucas Lopes.**

IV

A APOSENTADORIA AOS SEGURADOS DOS INSTITUTOS DE APOSENTADORIA E PENSÕES

DECRETO N.º 44.172 — DE 26 DE JULHO DE 1958

Dispõe sôbre a aposentadoria ordinária a ser concedida aos segurados dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, de acôrdo com o art. 3.º da Lei n.º 3.322, de 26 de novembro de 1957, combinado com a Lei n.º 3.385-A, de 13 de maio de 1958.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o art. 87, inciso I, da Constituição, e

Considerando que o art. 1.º da Lei 3.385-A, de 1958, estendeu aos segurados dos demais Institutos de Previdência Social o disposto no art. 3.º da Lei n.º 3.322. de 1957 que concedeu, em novos moldes, "aposentadoria ordinária" aos trabalhadores vinculados ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários;

Considerando que a exigência de o tempo de serviço necessário à concessão dêsse benefício ser restrito a atividades sob a égide de uma só instituição tinha por fundamento a circunstância de ser a "aposentadoria ordinária" concedida exclusivamente aos segurados daquele Instituto;

Considerando que, uma vez passando a "aposentadoria ordinária" a integrar o regime geral de benefícios de todos os Institutos de Previdência Social, não mais se justificaria discernir no cômputo do tempo de serviço aquêle prestado em atividades vinculadas a uma só instituição, sob pena de se incorrer em evidente injustiça social;

Considerando, outrossim, que desde o Decreto-lei n.º 8.807, de 1946, está consagrado o princípio da comunicabilidade dos efeitos das contribuições para os diferentes Institutos de Previdência Social;

Considerando que o acréscimo de 1% (um por cento) nas taxas de contribuição se destina exclusivamente a atender às despesas decorrentes da aposentadoria ordinária; decreta:

Art. 1.º — A aposentadoria ordinária a que se refere a Lei n.º 3.385-A, de 13 de maio de 1958, será concedida ao segurado que contar, no mínimo, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de serviço em entidades ou estabelecimentos cujos servidores estejam vinculados aos Institutos de Previdência Social e desde que

o segurado tenha contribuído para qualquer dos mesmos Institutos, ininterruptamente, pelo menos durante os últimos 5 (cinco) anos, contados da data em que requerer a aposentadoria ordinária.

Art. 2.º — O tempo de serviço exigido no artigo anterior será computado de acôrdo com os preceitos da legislação trabalhista e o disposto no art. 8.º do Decreto-lei n.º 2.004, de 7 de fevereiro de 1940, e sua comprovação será feita pela Carteira Profissional, pelo registro de empregados existentes nas emprêsas e pelas demais provas admitidas em direito.

§ 1.º — Será computado o tempo de serviço em atividade ora abrangida pela previdência social, ainda que anterior à criação da instituição a que se encontra vinculada a atividade, desde que devidamente comprovada, na forma prevista neste artigo.

§ 2.º — Não será considerado, para os fins dêste artigo, o exercício de atividade não abrangida pela previdência social.

Art. 3.º — A aposentadoria ordinária a que se refere êste decreto consistirá numa renda mensal vitalícia cujo valor correspondente a 80% (oitenta por cento) da média dos salários de contribuição dos 36 (trinta e seis) meses anteriores à respectiva concessão.

§ 1.º — O segurado deverá aguardar, em exercício, a concessão da aposentadoria ordinária requerida.

§ 2.º — A fim de não retardar a concessão, será provisòriamente tomada para base de cálculo a média dos salários de contribuição dos 36 (trinta e seis) meses anteriores à data em que o segurado requerer a aposentadoria ordinária, procedendo-se posteriormente ao reajustamento de acôrdo com êste artigo.

Art. 4.º — Para o segurado maior de 55 (cinquenta e cinco) anos, o valor da aposentadoria ordinária, calculada na forma do artigo anterior, será acrescido de 4% (quatro por cento) por ano excedente dessa idade, não podendo, entretanto, ultrapassar a média dos salários de contribuição que servirem de base para o cálculo da aposentadoria.

Art. 5.º — A percepção da "aposentadoria ordinária" deverá ser precedida do desligamento do segurado do emprêgo anteriormente ocupado do qual se originou o direito a êsse benefício.

Parágrafo único — O aposentado nos têrmos dêste Decreto, que voltar a exercer emprêgo ou atividade, não será segurado em razão dessa atividade ou emprêgo.

Art. 6.º — Nenhuma contribuição deverá incidir sôbre a aposentadoria ordinária a que se refere êste decreto.

Art. 7.º — Para o custeio da aposentadoria ordinária, ficam, a partir da vigência da Lei n.º 3.385-A, de 13 de maio de 1958, acrescidas de 1% (um por cento) as taxas de contribuição dos segurados,

dos empregadores e da União para os Institutos de Aposentadoria e Pensões.

§ 1.º — Não estão compreendidos no acréscimo de 1% (um por cento) de que trata êste artigo as contribuições devidas ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, o qual, todavia, reservará 1% (um por cento) da sua receita de contribuições para os efeitos do parágrafo seguinte.

§ 2.º — A receita decorrente dêsse acréscimo será contabilizada em separado e depositada em conta especial no Banco do Brasil, reservando-se a mesma receita para o fim exclusivo de custear a aposentadoria ordinária.

Art. 8.º — O presente Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 26 de julho de 1958; 137º da Independência e 70º da República. — JUSCELINO KUBITSCHEK. — **Fernando Nobrega. — Lucas Lopes.**

V

O SIGILO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

PROJETO Nº 410, DE 1959

Suprime o sigilo bancário nas operações de crédito dos estabelecimentos de cujo capital social participe o poder público e determina a publicação das de valor igual ou superior a cinco milhões de cruzeiros.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º — Não haverá sigilo nas operações de crédito efetuadas pelos estabelecimentos bancários de cujo capital social participe o poder público.

Art. 2.º — Os estabelecimentos mencionados no artigo anterior, inclusive a Caixa de Mobilização Bancária, publicarão, mensalmente, as operações de créditos efetuadas, qualquer que seja a sua modalidade, desde que o valor de cada uma se iguale ou ultrapasse à quantia de cinco milhões de cruzeiros.

Art. 3.º — A publicação será feita no órgão oficial da União ou do Estado e conterá a relação completa das operações de crédito ultimadas no mês anterior.

Parágrafo único — Onde não houver imprensa, a publicação se fará mediante editais afixados em lugar público, bem visível, dentro do edifício em que funcionar o estabelecimento.

Art. 4.º — Da publicação constará o seguinte:

a) a natureza do título;

b) os nomes das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na operação;

c) a situação de cada uma delas no documento;

d) o valor declarado no título com a data da emissão e a do vencimento.

Art. 5.º — Se a soma dos empréstimos efetuados para uma mesma pessoa fôr igual ou superior a cinco milhões de cruzeiros, tôdas as parcelas deverão ser publicadas na forma desta lei.

Art. 6.º — A falta de publicação da operação de crédito, se alegada no curso da ação de cobrança pela parte interessada, suspende o andamento da demanda que só prosseguirá se satisfeita a exigência legal.

Art. 7.º — Os dispositivos da presente lei não se aplicam às operações de crédito já ultimadas até esta data.

Art. 8.º — Esta lei entrará em vigor hoje, revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 5 de junho de 1959. — JOSÉ BONIFÁCIO.

Justificação

Proponho-me, usando palavras simples e sem maiores pretensões, a demonstrar, usando dados concretos e apontando exemplos, que o sigilo comercial assegurado aos bancos de economia mista, sôbre ser anacronismo injustificável, é um velho tabu que o direito antigo nos enviou e cuja obstinada permanência nos quadros da nossa sistemática jurídica se torna nocivo e perturbador. Deve, pois, ser limitado, senão abolido.

Não me iludo quanto ao perigoso e movediço terreno que almejo trabalhar. Tôdas as fôrças se juntam para cada vez mais ampará-lo, mantendo-o soberano e inacessível, tal como perdura hoje.

O projeto de lei que ora apresento à Câmara dos Deputados visa a restringir o sigilo bancário no que tange aos empréstimos efetuados pelos estabelecimentos de crédito de cujos capitais participe o Poder público na sua triplice apresentação: federal, estadual e municipal. Serão estabelecidas normas no sentido de obrigar a publicidade dessas operações desde que ultrapassem determinados limites.

Era intervencionista

Ninguém de espírito desarmado e despido de preconceitos prejudiciais será capaz de defender, em plena fase do intervencionismo estatal, da economia dirigida, dos sistemas políticos e econômicos baseados em princípios que restringem o direito da propriedade até provocar o seu desaparecimento, a doutrina segundo a qual o interêsse coletivo, bem ou mal, expresso pelo Estado, deve se curvar reverente às comodidades individuais e aos lucros dos particulares. Seria um contra-senso e a negação da própria evolução do direito.

Essa postura do Estado diante das questões privadas não é invenção dos jurisconsultos. nem dos sociólogos, nem dos economistas nem dos reformadores. Surgiu como indeclinável imperativo dos tempos, com finalidades claras e lineamentos precisos.

A história do sigilo bancário prova que êle procede de uma época de comércio ineficiente, quando o fenômeno econômico, rudimentar e inócuo, não se refletia com intensidade na vida do homem, muito menos na vida dos povos. E justamente nessa quadra foi o nosso código comercial buscá-lo: Libri mercatorum non sunt perscrutandi, ne videantur eorum secreta, de Casaregis" (Discursus legales de Comercio, 76, n.º 6).

O Código Comercial Brasileiro, Lei n.º 566, de 25 de junho de 1850, dispõe no seu art. 17:

> "Nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, debaixo de pretexto algum por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou nêles tem contido algum vício".

E consolidando o conceito absoluto do sigilo comercial em têrmos morais quiçá alarmantes, determina logo em seguida: (art. 18)

> "A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questão de sucessão, comunhão ou sociedade, administração, gestão mercantil por conta de outrem, ou em caso de quebra".

Alma do negócio

Estava consagrado o princípio "o segrêdo é a alma do negócio", como declarou o alvará de 16 de dezembro de 1756 e que

hoje, apesar de envolver detestável ardil, é o principal argumento dos comercialistas quando, indiferentes à marcha das idéias, são compelidos, por dever de ofício, à interpretação também dêsse instituto na legislação codificada.

Deixa-nos tristes e quase desiludidos a leitura das obras dos nossos tratadistas, mesmo as dos mais afamados.

Deixando de lado os estrangeiros, para nos ater aos nacionais, do VISCONDE DE CAIRÚ a WALDEMAR FERREIRA, sem esquecer MIRANDA VALVERDE e o maior dêles CARVALHO DE MENDONÇA, todos numa unanimidade que espanta, quando se trata do resguardo do sigilo comercial, proclamam, à guisa de argumento, no fundo, o único: "o segrêdo é a alma do negócio", esquecidos de que a velha frase que nos veio dos confins da colônia não passa, afinal, de uma bem armada astúcia erigida às altitudes dos axiomas jurídicos. E não padece dúvida, pois que, escondendo certas operações, mesmo as viciosas, como permite e estimula o Código, o banco, ou, mais genèricamente, o comerciante, o que pratica, na verdade, é uma clamorosa deslealdade para os que mantém negócios com êle que, em geral, por ingenuidade e de boa fé, lhe confiam, como no caso dos bancos, bons cabedais, na esperança justa de vê-los acrescidos. Mas, ao contrário, muitas vêzes, vão consumí-los na fogueira das falências irremediáveis, quando não fraudulentas e portanto, criminosas, já pressentidas, e é a regra, pelos depositários do segrêdo, mas nunca pelos honestos e ingênuos clientes, como sempre, o povo. Em outros casos, salvam-se, depois de correrem todos os riscos, nas dobras do sigilo, mas deixando atrás de si longa esteira de desgraças. Não parece, pois, procedente e razoável que continue, como se verá em seguimento, o instituto a vigorar sem peias, sem regras que o disciplinem e o adaptem às exigências do nosso tempo.

Código velho

O nosso Código Comercial é um macróbio de 109 anos de idade. Cópia, quase fiel, do Código francês de 1807, elaborado sob a influência da escola individualista, não pode continuar a presidir as relações jurídicas no direito comercial moderno sem que dêle sejam expungidos os princípios obsoletos e mortos, cuja presença na legislação contemporânea distorce o sistema e desfigura o próprio regime democrático.

Apesar de dispôr para o direito mercantil, sofreu o velho diploma surgido na primeira metade do século, o contágio da escola clássica, individualista ou liberal, tão em voga na área da econo-

mia política, pois, ao dizer de BAUDIN ("Manuel d'Economie Politique", vol. I), o "direito comercial e uma adaptação das regras jurídicas as condições econômicas".

Porisso, dentro do rigorismo inicial, mantido até hoje, o sigilo bancário, sobretudo nos bancos de economia mista, onde o interêsse do Estado é sobremodo marcante, não pode persistir tão amplo, tão rígido, tão extenso, tão soberano, tão absoluto.

Os negócios realizados pelas sociedades de economia mista, na parte que se refere às operações de empréstimo, devem ser do conhecimento geral, fora do que, se compromete, como se verá adiante, e a cada passo, o patrimônio da nação. São essas entidades regidas, à falta de legislação própria, pela lei das sociedades anônimas.

Daí resulta que os atos praticados pelas diretorias que as conduzem não são fiscalizados, pois precários e ridículos são os instrumentos de polícia que a lei das sociedades por ações põe na mão dos interessados.

Infelizmente, quantos têm tratado de assunto magno como êste, doutrinadores ou aplicadores da lei, se deixam quedar indiferentes diante da gravidade consequente à permanência do sigilo bancário nas sociedades de economia mista e não oferecem nem caminhos nem mesmo rumos para a melhoria do conjunto. Escritos, julgados, acórdãos, doutrinas, pareceres, tudo enfim, é lançado à consideração geral, mas dentro de comportas estanques: explicações e defesa do sigilo, seja lá por que forma êle se afigure. O ponto de vista jurídico prevalente neste país é pela sua manutenção e, o que é pior, pela sua extensão. Não obstante certas limitações que os dispositivos do Código Comercial oferecem ao Instituto, a doutrina e a jurisprudência têm alargado a sua interpretação de modo desastroso.

Admito que isso ocorra em se tratando de bancos particulares, onde o govêrno não participe da responsabilidade financeira. Mas não assim para os estabelecimentos onde todos interferimos, povo que somos.

Todavia, não desejo remover, de modo total, o sigilo bancário. Preconiso a publicidade obrigatória, nos bancos de economia mista, das operações de crédito, sob qualquer modalidade, que ultrapassem determinado limite. E defendo a tese em nome dos mais sadios princípios de honestidade e correção. Claro que os negócios já avençados continuem resguardados.

E não se enganem os patriotas: é a única forma de se fiscalizar a aplicação, por via dos bancos mistos, dos dinheiros do Estado. Fora dêsse processo, ver-se-á, não se encontrará outro que mostre eficácia e segurança.

Ficção de direito

E de fato. Depois mesmo do advento dêsses organismos — parte estatal, parte particular — vigora, ainda, também para êles, o conceito segundo o qual a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos acionistas. É, por assim dizer, um axioma.

Não obstante, no que tange a essas entidades, ora aqui estudadas, e para certos efeitos, a afirmação é uma das muitas ficções do direito. Quando o govêrno é o dono da maioria das ações de uma sociedade, a vontade da sociedade é a vontade dêle. Não há subtileza que desfaça o raciocínio, desde que se encare o acontecimento com objetividade. E então surge o problema da fiscalização dos atos dos diretores dessas emprêsas. O govêrno nomeia, em alguns casos, como no do Banco do Brasil certo número de diretores e a Assembléia do Banco de economia mista que é o próprio govêrno, maior acionista que é, elege o Conselho Fiscal que, por outra ficção legal, examinará e dará parecer sôbre as contas da Diretoria. Acontece daí: o govêrno é a diretoria do Banco, o mesmo govêrno é a assembléia do Banco, o mesmo govêrno é o Conselho Fiscal do Banco. Em nenhum momento aparece o policiamento dos atos dos que dirigem as imensas massas de dinheiro que o Estado, portanto o povo, possui nesses órgãos.

Alega-se, contudo, que tôdas as vêzes que as assembléias gerais se reunem, nelas toma parte o representante do Tesouro Nacional, que dará a decisão final sôbre as contas. Mas ocorre que, como sempre aconteceu, sem a menor alteração, o embaixador do govêrno nesses conclaves, por mais eminente e honrado que seja, não terá, nos minutos que transcorrem com a leitura das contas e dos balanços, o tempo necessário para de tudo se informar, inclusive o exame da documentação para proferir a sua opinião que será, afinal, a da própria entidade. Em geral, aliás, são até leigos no assunto.

E o indiferentismo foi crescendo de tal maneira que a ditadura chegou a expedir o Decreto-lei n.º 2.928, de 31 de janeiro de 1940, em virtude do qual os Conselhos Fiscais, nas sociedades de economia mista, ficaram proibidos de exercerem fiscalização sôbre a administração das respectivas diretorias. Êsse decreto só foi revogado recentemente, no ano passado, por uma lei de minha iniciativa, a de n.º 3.369, de 22-2-1958.

A farça dos balanços

Quando defendo a idéia de se publicar os empréstimos bancários aqui referida, tenho em vista a fiscalização, notória e indis-

cutível, do público que, informado, interporá contra os negócios ruinosos, discriminatórios ou lesivos, o recurso da denúncia à opinião, ainda, embora periclitante, e a certos aspectos, poderosa fôrça que contém os desmandos e impede as negociatas, neste país de sofredores.

Quem confrontar os têrmos da lei das sociedades anônimas, aplicável às sociedades de economia mista, com a prática literativa, deixar-se-á dominar pelo desânimo ao constatar a farsa revoltante que, via de regra, são os balanços dos Bancos e as suas assembléias, quando, é evidente, é o govêrno o senhor da maioria das ações.

Os Conselhos Fiscais das entidades mistas nada fiscalizam, nada observam, nada estudam. Assinam o que os funcionários redigem. É a regra. Não afirmo no ar, nem acuso sem base. Constato, apenas. Li e reli, a propósito, todos os pareceres dos Conselhos Fiscais dos Bancos de economia mista: do Banco do Brasil e do Banco Mineiro da Produção, desde o exercício de 1952 ao de 1957, último publicado. São todos incrivelmente iguais: na forma, no fundo, no estilo, na apresentação. Só muda a matéria de fato. Os conselheiros são sempre os mesmos. Pode ser que, sendo sempre os mesmos, copiem os pareceres dos exercícios anteriores. Mas de qualquer modo, não fiscalizam. Ninguém é, todavia, culpado. Seria exigir demasiado de homens, ocupadissímos como são, mor das vêzes, os membros dêsses colégios. Para que a vigilância se exercitasse proficuamente, imprescindível seria que uma equipe bem treinada de contabilistas levasse a tarifa a peito, pois que, sobretudo no Banco do Brasil, as cifras atingem a bilhões de cruzeiros e os papéis a serem compulsados sobem a milhares.

Pode o oceano das indagações as mais legítimas se agitar perante o Banco, podem os vagalhões de curiosos se arremeter com violência redobrada, nada quebrará êsse dique incrivel de poder e vitalidade que é o sigilo bancário no Brasil. Atrás dêle se faz tudo. E a custa dêle se cometem até delitos, inclusive estelionatos.

Sigilo e mau negócio

A presença do segrêdo propícia as mais irregulares transações sem que seja possível evitá-las, ou mesmo punir os seus autores, uma vez que a ignorância dos fatos a tanto se oporá. MIRANDA VALVERDE em "Sociedades por Ações" ("Rev. For.", 1953, vol. I) deixando-se levar pela maré, escreve:

> "Os livros de escrituração da companhia e quaisquer documentos ou papéis de seu arquivo não devem ser mostrados ou exibidos a quem quer que seja, a não

ser, é claro, nos casos admitidos em lei. Falta grave cometeria o diretor que violasse o segrêdo da escrituração. A lei não faculta mesmo aos acionistas o exame dela".

Dêsse comentário se conclui, e êle se conforma exatamente com a lei, que, quando o diploma que rege as sociedades anônimas, no seu art. 127, n.º I, atribui ao Conselho Fiscal faculdade de examinar os livros e papéis da sociedade, o estado da caixa e de exigir informes da diretoria, não permite que o conselho transmita aos acionistas, em assembléia ou não, os dados sôbre os quais assentaram o seu parecer, favorável ou contrário aos atos da diretoria!

Vê-se, pois, o contra-senso a que se chegou: a nenhum acionista será lícito saber como andam os negócios financeiros que lhe dizem respeito.

Nos Bancos de economia mista, tais o do Brasil, o de Crédito Real, o Mineiro da Produção, o do Estado de São Paulo e outros, a questão assume feições da maior relevância.

O Estado, vale dizer, o povo, é o proprietário da maior parte do capital social. No regime democrático, como a Constituição diz ser o nosso, o poder público é de todos, não é de um grupo, nem do govêrno, mas do povo. A massa imensa de dinheiro que a nação tem direta e indiretamente no Banco do Brasil, por exemplo, não pertence apenas aos acionistas, mas a todo o povo brasileiro. E que contrôle tem o povo, mesmo mercê da forma representativa, sôbre êsses órgãos? Nenhum: nem mesmo o Congresso Nacional, o Tribunal de Contas, a quem essas sociedades bancárias se negam a prestar contas a respeito da limpidez do dispositivo constitucional que dá competência expressa a êle para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e os administradores das autarquias. Não se recusará que os diretores de bancos mistos não sejam responsáveis por dinheiros públicos, expressos êstes nos lucros que à União pertencem como acionistas.

O sigilo impede que Conselho Fiscal, assembléia acionistas, vislumbrem ao menos o que se passa nos meandros da sociedade. Djilas convocado, encontraria também aqui a Nova Classe: a dos iniciados nos altos segrêdos do poder econômico estatal. E essas sociedades, quase sempre realizam os piores negócios, ora, em odiosa discriminação no que respeita aos empréstimos, desequilibrando a economia particular, ora amparando financeiramente a uns, revelando-se retraída para outros que trabalham na mesma linha de comércio, ou então, o que acontece repetidamente, facilitando o crédito a clientes sem idoneidade, relapsos e sem garantias. Operações de

favor, as mais protegidas pelo segrêdo bancário, são as responsáveis pela desorganização, inclusive da produção nacional.

Créditos em liquidação

Para a tese que defendo é eloquente o quadro seguinte, notando-se antes que os maus negócios costumam aparecer nos balanços dos Bancos, embora sem a nitidez desejada. Assim, no Banco do Brasil êles se alinham sob a rúbrica geral de "Créditos em liquidação". Ela sintetisa as dívidas ativas que o Banco ou não conseguiu liquidar, ou providencia a sua resolução em juízo. Sendo assim, nos Bancos de economia mista, onde o protecionismo e as facilidades são conhecidas e contumazes, à medida que os exercícios passam, a rubrica "Créditos em liquidação" aumenta.

Examinando os balanços do Banco do Brasil, de 1952 a 1958 encontrei o título "Créditos em liquidação" em permanente ascensão:

	Cr$
1952	518.982.607,70
1953	843.654.918,70
1954	1.295.734.955,30
1955	2.092.999.699,70
1956	1.969.124.538,80
1957	1.764.511.773,80
1958	2.042.968.209,80

Examinando-se o quadro, vê-se desde logo que êsses créditos obedecem a uma alta, com ligeira queda em 1956 e 57, para logo ganhar em 1958 a casa dos dois bilhões. Tais créditos resultam de empréstimos onerosos, celebrados com pessoas de difícil solvência, concessões graciosas, prejuízo, quase certo para o estabelecimento. É um mal que o sigilo permite prosperar e florescer nos bancos de economia mista.

Assim o de Crédito Real de Minas Gerais. Êste Banco já adota outra classificação e esconde os créditos em liquidação na rubrica "Outros créditos", entendendo-se, não obstante, que aí estão também os negócios de puro filhotismo.

O quadro referente ao maior estabelecimento de crédito de Minas é o seguinte:

	Cr$
1953	93.555.577,70
1954	47.020.013,50

1955	65.056.460,60
1956	71.216.713,10
1957	100.115.558,00
1958	131.402.890,00,

mostrando pequena alteração em 1954. As cifras se ampliam nos demais exercícios.

Veja-se agora outra entidade de economia mista: o Banco Mineiro da Produção. O título "Outros créditos" assim se distribui pelos exercícios estudados:

	Cr$
1952	34.688.681,30
1953	52.908.251,20
1954	82.369.181,50
1955	125.913.178,30
1956	170.049.599,10
1957	212.747.599,10
1958	214.501.542,50

Crescendo sempre a rubrica, como, por igual, se encontra no Banco do Estado de São Paulo, da mesma natureza que os anteriores — "Outros créditos":

	Cr$
1953	214.930.711,90
1954	218.183.992,50
1955	207.333.768,20
1956	204.921.444,60
1957	425.854.882,80
1958	525.759.353,10

Os dados que ofereço foram extraídos da autorizada Revista Bancária, publicação especializada que mensalmente se edita na Capital Federal, número de janeiro de cada ano.

Ao passo que os citados estabelecimentos se comportam por essa forma, os Bancos particulares, onde os empréstimos de favor são extremamente reduzidos, mostram, através de seus balanços, que a cada rubrica alta num determinado exercício corresponde uma rubrica — outros créditos — baixa no ano imediato, o que evidencia seguro contrôle da sua administração.

Superficial observação do exposto convence que o sigilo bancário nesses organismos onde o govêrno influi diretamente funciona de maneira contrária aos interêsses nacionais.

Bem sei que aí não está uma prova inconteste e límpida pois, para produzí-la, seria necessário compulsar os documentos que possibilitaram a elaboração do balanço. Isto todavia, é impossível. Aí está o sigilo bancário para impedí-lo. Mas a idéia bem aproximada de como a amizade influi nos empréstimos, muito mais que a boa garantia apresentada pelo cliente, ficou patente.

Mas o Banco do Brasil, — e volto a êle porque é o tipo mais exato da sociedade de economia mista do país, — exibe a maior demonstração em favor do banimento do sigilo bancário nos têrmos em que idealizo fazê-lo, tal como enunciei.

O tema é árido, mas de reconhecido interêsse público.

Sigilo e negociatas

À sombra do sigilo bancário foram praticadas no Banco do Brasil as maiores negociatas. Quem diz não sou eu, mas o Relatório da Diretoria do próprio Banco, correspondente ao exercício de 1955.

Fizemo-nos acionistas do Banco, eu, os deputados Carlos Lacerda e Bilac Pinto, com o propósito preconcebido de forçar o grande estabelecimento de crédito a esclarecer umas tantas operações que o sigilo bancário constantemente dificultava fossem trazidas ao conhecimento geral.

Obediente a determinação da assembléia, a diretoria do Banco do Brasil, tal como está no trabalho citado, dividiu, para resolvê-los, os créditos em liquidação em vários grupos. E com pertinência ao 5.º grupo assim se expressou:

> "(Quinto grupo, pág. 116 do Relatório de 56)": casos em exame, em que há ainda possibilidade de composição e, em hipótese contrária, passíveis de cobrança judicial, abrangendo créditos inscritos na rubrica crédito em liquidação: 29 casos, na quantia global de ..... Cr$ 734.311.000,00".

Faço a transcrição da matéria oficial não para indicar o mau negócio efetuado, mas para acentuar a injustiça da discriminação, o protecionismo revoltante de se entregar, em condições duvidosas até, a fabulosa soma de quase um bilhão de cruzeiros a apenas 29 pessoas! E o sigilo ensejou e tornou indiscutível o iníquo e temerário negócio.

Na ata da assembléia do Banco do Brasil publicada à pág. 126 e seguintes do Relatório de 1955 e realizada aos 20 de abril do

mesmo ano, lê-se que a reunião fôra convocada para, e já agora textual,

> "se tomar conhecimento de irregularidades havidas em algumas operações efetuadas nos exercícios de 1951, 1952 e 1953, e se adotar as medidas cabíveis".

E nessa mesma ata está transcrita a exposição de motivos com que a Diretoria do Banco justificou a reunião da assembléia de acionistas e então ficou escrito que a administração mandou fazer o levantamento geral do ocorrido no estabelecimento para, diz o documento,

> "verificar, do ponto de vista jurídico e administrativo, quais as operações pendentes daquele período (de 1951 a 1953), que foram feitas com violação da lei ou dos Estatutos, ou ainda, com culpa, ou dolo e que, em caso de prejuízo, poderão autorizar nos têrmos do art. 121 da lei de sociedades anônimas, a ação social de ressarcimento contra o ex-administrador que a efetuou". E prossegue:
>
> "Como vos dissemos, o estudo empreendido ainda não chegou a têrmo, mas os resultados até aqui obtidos já nos permitem afirmar-vos que, nos exercícios de 1951, 1952 e 1953 foram efetivamente realizadas as operações irregulares feitas com imprudência ou com postergação de normas estatutárias, operações essas das quais possìvelmente advirá dano patrimonial para o Banco".

E apreciando, uma a uma, as operações, comentou a Diretoria mencionada sôbre o devedor que deixou o déficit de 40 milhões de cruzeiros, numa dessas transações:

> "Difìcilmente será coberto, mesmo que a venda futura dos demais lotes da mercadoria a serem recebidos e pagos venha a produzir lucros. Nosso direito regressivo contra a compradora inadimplente é pouco significativo, pois o seu patrimônio inteiro já foi penhorado pelo próprio Banco do Brasil por outras dívidas de elevada importância".

Quer dizer, graças ao sigilo impôsto ao negócio, o Banco de economia mista transacionou com quem já não lhe poderia pagar e de quem absorvera todo o patrimônio! Fêz-se o empréstimo ao

devedor relapso e insolvável que, como tal se apresentou, por certo, vivamente amparado, nos benevolentes guichets do Banco.

E sôbre duas outras operações, uma de Cr$ 4.500.000,00 a outra de 14 milhões, tece a diretoria do Banco do Brasil a seguinte ponderação:

> "Êsses descontos originários constituiram operações irregulares, pois os Estatutos exigem que os títulos negociados contenham pelo menos a responsabilidade cambial de duas firmas, de reconhecido crédito e solvência. No caso, o único avalista era pessoa sem recursos próprios e, portanto, sem o imprescindível requisito de reconhecido crédito e solvência e não é só: êsse co-obrigado tinha antecedentes comerciais pouco recomendáveis, pois fôra sócio solidário de firma com título protestado e cuja falência chegou a ser requerida e formara na Diretoria de outra emprêsa que também sofrera protesto cambial".

É lamentável, como se vê, a atitude dos dirigentes do Banco nos anos de 1951 a 1953, mas cabe salientar e com oportunidade, que êsses empréstimos, como outros que apontarei, valendo-me sempre do Relatório de 55, só foram possíveis porque a protegê-los, estava, firme e dominador, o sigilo bancário, capa amiga para os mais vergonhosos negócios contra o país.

Espantosa é a declaração que está nesse mesmo documento (Relatório, pág. 129). Veja-se:

> "Irregulares também foram, a nosso juízo, os descontos dos seguintes títulos cambiários por despacho do ex-Presidente à Rádio tal (omito o nome) ora em falência: Cr$ 7.500.000,00 desconto feito em 8-6-51; Cr$ 1.600.000,00 desconto de 9-1-52 e Cr$ 3.000.000,00, desconto realizado em 10-9-52. Os balanços dessa emissora, fechados em 1949 e 1950, já assinalavam seu estado de falência".

O Banco, pois, ajunto eu, sociedade de economia mista, celebrou contrato de empréstimo com uma firma que êle próprio sabia em falência!

Sôbre outro negócio se lê o seguinte:

> "O de 5.000.000,00 descontado em 5-6-52 a 179 dias de prazo, por despacho singular do ex-Presidente do Banco, também constituiu pelos mesmos motivos, ope-

ração temerária e feita em desacôrdo com os Estatutos. A emitente e o avalista não eram, do ponto de vista comercial, idôneos e solventes; aquela, devedora remissa da Fazenda Nacional, êste, responsável por títulos protestados e ex-funcionário do Banco, do qual foi demitido por emissão de cheques sem fundo".

Terminarei os exemplos com os seguintes, provindos da mesma e rica fonte:

50.214.372,20. Comentário da exposição:
"É difícil, nesse caso, prever o montante do prejuízo com alguma segurança. A perda será, talvez, pouco inferior a 30 milhões".
12.501.085,40. Comentário:
"A Comissão admite prejuízo total".
8.300.000,00. Comentário: "Prejuízo total".
25.000.000,00. Comentário:
"Prejuízo cujo montante não se pode avaliar".

Recordo novamente. São dados retirados do Relatório da Diretoria do Banco do Brasil do exercício de 1955 e apresentado à respectiva assembléia. Referem-se aos negócios firmados pelos dirigentes do Banco nos anos de 1951, 1952 e 1953.

Vale atentar para a parte final (pág. 146 — Relatório de 1955), para se aquilatar do absurdo que quase sempre leva o sigilo bancário. Ei-la:

"Fizeram-se negócios de vulto com firmas ou pessoas sem registro cadastral ou, em certos casos, quando registro existia, com anotações que não recomendavam se realizassem as transações. Outras operações foram deferidas a proponentes com títulos protestados, com dívidas vencidas e não pagas (às vêzes para com o próprio Banco!) ou em evidente estado de desequilíbrio financeiro. Em alguns casos, foram deferidos empréstimos contra a opinião dos órgãos técnicos acolhido em princípio, mas logo depois rejeitado. Casos ainda houve de empréstimos a emprêsas que não estavam sequer organizadas. Alguns emitiram com o claro propósito e para o simples efeito de propiciar levantamento de dinheiro no Banco, debêntures que não encontrariam subscritores e nem foram cotados na Bôlsa de Valores. Vêzes houve em que a operação foi deferida sob promessa de ulterior vinculação de bens já onerados em garantia de cré-

> ditos de terceiros, e que, afinal, não vieram a ser dados em segurança dos vultosos empréstimos deferidos. Em outros casos, foram autorizados mútuos como adiantamento na expectativa depois falhada, de o proponente obter mais tarde financiamento pela Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, hipótese falível por fôrça de elementos desfavoráveis já conhecidos".

E aí termina a exposição. Dela se infere que muitos funcionários e diretores da sociedade mista sabiam, desde a primeira hora, dos negócios escusos que no bojo do Banco se passavam. Mas, acovardados diante do espetro do sigilo bancário, então como hoje, em plena fôrça do seu vigor, quedaram mudos como um rochedo. Preferiram a defesa de sua própria pele como se o palavreado popular, à diluição do interêsse nacional no caldeirão escaldante das negociatas polpudas.

Fiscais que não fiscalizam

Êsses fatos se passaram no período que vai de 1951 a 1953. Será, pois, oportuno e sobretudo curioso indagar-se, a respeito de tantos acontecimentos estarrecedores, como se teriam comportado os conselhos fiscais do Banco do Brasil e o que recomendaram.

Já o douto IVAR VIEIRA CAMPOS, num esplêndido trabalho "Fiscalização das Sociedades Anônimas" (B. H. 1951), mostrou a ineficiência dos Conselhos Fiscais. Vão aqui as provas.

Sôbre as irregularíssimas contas de 1952, o Conselho Fiscal emitiu o seguinte parecer (Relatório de 1952, pág. 179, ed. do Jornal do Comércio, Rio), no qual recomenda a aprovação de tudo e acrescenta:

> "Pelo contato direto com os diversos setores do Banco, foi-nos dado observar e acompanhar o desenvolvimento dos negócios que, sob a orientação firme da Diretoria tiveram sempre como objetivo a defesa dos superiores interêsses nacionais e a salvaguarda e fortalecimento das instituições".

E termina, benévolo e entusiástico:

> "Por tudo que ficou exposto, propomos aos senhores acionistas sejam aprovadas, sem restrições, os balanços

> e contas do Banco do Brasil no exercício de 1952 e o Relatório que, a respeito, acaba de ser apresentado pelo Senhor Presidente".

E o Conselho Fiscal de 1953 apreciando as contas do exercício pede a aprovação de tudo nos têrmos seguintes:

> "No desempenho de nossas atribuições, de que honrosamente nos incumbistes de acompanhar os diversos setores do Banco, não só a marcha sempre ascensional dos negócios realizados, mas também a firmeza da orientação preconizada pela Diretoria, no sentido de se atentar as peculiaridades da evolução da conjuntura — defender o interêsse nacional sem descurar da solidez e prosperidade crescentes do patrimônio da nossa instituição (Relatório do Banco, pág. 187, 1953, ed. Jornal do Comércio, Rio).

Não podia ser mais surpreendente a decisão do órgão fiscalizador das sociedades de economia mista.

Opiniões por essa forma laudatória manifestadas só prevaleceram porque, a escudá-las estava, atuante, o sigilo bancário que obstou, aos acionistas e ao público, o conhecimento em tôda a sua extensão, dos terríveis atos que o comando da sociedade executou.

Mas a displicência dêsses conselhos se revela maior, exatamente quando constituídos dos mesmos cidadãos que ofereceram pareceres favoráveis às contas de 51, 52 e 53, também sem maiores explicações, recomendam, com a mesma efusão dalma, a aprovação das contas da diretoria do Banco de 1955, que tão duramente tratara as contas de 51, 52 e 53, objeto dos seus insensatos louvores!

O êrro, ainda uma vez, não é dos homens, mas das instituições. Os componentes dos Conselhos Fiscais em apreço como alguns membros da diretoria do Banco no período ora acusado, são cidadãos da melhor formação, dignos e probos. Acontece que êles, ocupados e preocupados com seus afazeres, assinam os pareceres já preparados por funcionários especializados, de um lado e do outro, a pressão que sofrem expressa na amizade, na solidariedade aos colegas que julgam do seu dever resguardar e, principalmente, o respeito, embora falso e indevido, ao sigilo bancário, obrigou-os ao melancólico comportamento que se viu e cujo resultado menos danoso é o prejuízo material dado ao Banco e, portanto, também ao Tesouro da República.

Publicidade e lisura

Pergunto, já a esta altura: se os proponentes de operações tão ruinosas soubessem que tão logo fôssem elas ultimadas seriam dadas à publicidade, teriam a coragem de propô-las? E se propostas, os responsáveis pela direção da sociedade de economia mista seriam capazes de autorizá-las? E, se autorizadas, e publicadas, a Assembléia Geral deixaria passar sem providência mais firme tantos escândalos? O Govêrno, dono do Banco, diante da opinião pública agitada, do Congresso Nacional vigilante, da imprensa livre clamando contra as irregularidades, perduraria indiferente aos acontecimentos? Nunca!

Recordo-me que ao tempo que êsses escabrosos fatos se passaram, vozes se ergueram para denunciá-los à nação. Foram enèrgicamente contestadas pelos nêle envolvidos. O sigilo bancário fêz descer o silêncio sôbre a área e o assunto caiu em ponto morto.

O que aqui se divulga se refere a apenas três exercícios financeiros do Banco do Brasil, uma das muitas sociedades de economia mista onde predomina o capital do Tesouro. Outros casos, muitos outros, idênticos e piores, se processam por aí afora. Tal insegurança decorre da inexistência de normas legais que disciplinem as sociedades de economia mista, mais particularmente as que jogam com o crédito popular, onde o Estado, senhor incontrastável dos dinheiros nelas aplicados, também não se julga na obrigação de prestar contas efetivas e reais. Obedecendo apenas aos dispositivos anacrônicos, inofensivos e vagos da lei que rege as sociedades anônimas e, satisfazendo-os religiosamente, se declaram isentos de maiores complicações e omitem o resto. O resto se agasalha nas asas carinhosas do sigilo bancário.

Os conservadores, sinceros ou por conveniência, não devem temer as novas idéias. O Estado, a certos respeitos, para preservar a arrecadação fiscal, aboliu, já não apenas o sigilo referente às operações de crédito, mas sim o sigilo comercial em tôda a sua plenitude, revogando, para efeitos tributários, os artigos 17 e 18 do Código Comercial. A SUMOC, a seu turno, invade e revolve a escritura de qualquer Banco o que, todavia, não tem impedido, diga-se de passagem, as quebras fraudulentas e frequentes. De qualquer modo, portanto, o itinerário está sendo percorrido com êxito.

Ora, se para impedir a sonegação de impostos o Estado se julga no direito de romper a tradição secular, mas impertinente, porque não fazê-lo, também, e com maiores razões quando se trata de vítima permanente do "segrêdo é a alma do negócio"?

Reconheço, ao finalizar, que pretendo romper frontalmente uma superstição jurídica em grande voga. Quero que, para terem valimento sejam publicadas as operações de crédito realizadas, sob qualquer modalidade (contratos, hipotecas, notas cambiais, etc.), pelos próprios Bancos que nelas interferem, desde que o Poder Público seja o proprietário da maioria das ações constitutivas do capital da sociedade. Evidente que aí se incluem, além dos Bancos da União, os dos Estados e dos Municípios.

Operações já realizadas e o sigilo

Entendo, sem dúvida, que as operações já ultimadas devem permanecer protegidas pelo sigilo. Não se altera a regra depois do jôgo começado. Mas, a vigorar a lei, da data da sua publicação, lógico será que, daí por diante, quantos se dispuserem a negociar com os Bancos controlados pelo govêrno, o façam sabendo perfeitamente que o empréstimo que vão obter será divulgado, por inteiro, dentro do mês. A medida só atingirá os ajustes superiores a 5 milhões de cruzeiros, pois dessa quantia para mais é que começam os negócios que ensejam lesões graves ao interêsse público. Há na medida claro fundo moral. Por isso mesmo vai sofrer tremenda campanha. Não importa.

A falta de fiscalização gera a desonestidade. Ponha-se nas culminâncias de um Banco do Govêrno o homem mais honesto do mundo no fim de certo tempo êle, ou transige, ou deixa o cargo. É a nossa tôrva tradição. Ora, o projeto que vou entregar à deliberação dos parlamentares leva o próprio povo a fiscalizar os atos da diretoria dos Bancos de economia mista no que diz respeito aos empréstimos, pois são êstes os propiciadores das manobras indignas.

E assim, quem se candidatar a um empréstimo sabendo que a sua proposta, se deferida, será publicada, tratará de conter as suas pretensões rigorosamente dentro dos estatutos e regulamentos bancários. E o diretor do estabelecimento pelo mesmo motivo, estará compelido a conduta idêntica. As formalidades serão respeitadas e não haverá favores fora da lei. A publicidade é inerente à democracia.

Revolução

É uma inovação, direi até uma revolução. Eis porque terá opositores violentos como acentuei, sinceros uns, interesseiros outros, os que procuram a sombra para transacionar, infelizmente a mór

parte. Sei que é mais facil neste país se atentar contra a lei e até violá-la, do que abalançar praxes arraigadas mesmo quando caducas e funestas. Todavia, sou otimista e espero o triunfo.

Reputo tão seguro êsse processo de policiamento que, com a sua vigência, por serem logo apanhados até os ladrões poderão ser admitidos a direção dos bancos do govêrno.

Com essas considerações, estou certo, a Câmara dos Deputados, fiel ao seu passado, dará o seu apoio ao projeto que ora entrego, confiante, à sua alta deliberação.

Sala das Sessões, 5 de junho de 1959. — JOSÉ BONIFÁCIO.

COMENTÁRIO

Como é natural, o projeto de lei, elaborado pelo Deputado JOSÉ BONIFÁCIO, teve imensa e justificada repercussão nos meios jurídicos e no comércio.

Embora se trate de projeto relativo ao sigilo bancário nas operações de crédito dos estabelecimentos de cujo capital social participe o poder público, examinou-o o Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro, que ministrou o seguinte

Parecer

O projeto legislativo n.º 410 dêste ano prescreve, em seu art. 1.º, a radical abolição do sigilo comercial nas operações de crédito efetuadas pelos estabelecimentos bancários, de cujo capital social participe o Poder Público.

O eminente autor do projeto reconhece que, pondo de parte os alienígenas e atendendo-se sòmente aos comercialistas nacionais, desde o VISCONDE DE CAIRÚ a WALDEMAR FERREIRA, sem esquecer MIRANDA VALVERDE e o maior dêles, CARVALHO DE MENDONÇA, todos numa unânimidade que o deixa espantado quando se trata de resguardo do sigilo comercial, proclamam, à guisa de argumento, no fundo, único: o segrêdo é a alma do negócio. Para o eminente autor do Projeto, porém, essa velha frase não passa afinal de uma bem armada astúcia erigida às altitudes de axioma jurídico, pois, escondendo certas operações, mesmo as mais viciosas, o Banco ou, mais genèricamente, o comerciante o que pratica, na verdade, "é uma clamorosa deslealdade para os que mantêm negócios com êle, que em geral, por ingenuidade e de bôa fé, lhe confiam, como no caso dos Bancos, bons cabedais, na esperança justa de vê-los acrescidos".

Tolera, contudo, o Projeto o sigilo comercial nos Bancos particulares, porém não nos de economia mista, que oferecem margem

a negociatas, favoneadas por influências de ordem política. Alega a "justificativa" que o Govêrno nomeia em alguns casos, como no do Banco do Brasil, certo número de diretores e a assembléia do Banco de Economia Mista, em que o próprio govêrno é maior acionista, "elege o Conselho Fiscal, que, por outra ficção legal, examinará e dará parecer sôbre as contas da diretoria. Acontece daí: o govêrno é a diretoria do Banco, o mesmo govêrno é a assembléia do Banco, o mesmo govêrno é o Conselho Fiscal do Banco. Em nenhum momento aparece o policiamento dos atos dos que dirigem as imensas massas de dinheiro que o Estado, portanto o povo, possui nesses órgãos".

2 — Provém de um dos preceitos do jurisconsulto italiano GIUSEPPE CASAREGI, Professor da Universidade de Pisa, nos seus "Discursos legales de commercio" publicados no começo do século XVIII, a consagração do princípio da inviolabilidade do segredo comercial.

Na lição de BEDARRIDE ("Des commerçants", n.º 278), o segredo é para o comerciante a alma de suas operações, o elemento essencial e indispensável do êxito dos negócios. Já o Alvará de 16 de dezembro de 1756, expedido poucos anos depois da publicação da obra de CASAREGI, proclamava idêntico preceito no seu capítulo 17 e com as mesmas expressões: o segrêdo é a alma do comércio.

O art. 17 do Código Comercial consagra o mesmo princípio. E CARVALHO DE MENDONÇA, explanando a matéria, observa que "é justo que o comerciante se esforce para manter sob absoluta reserva a sua escrituração e a sua correspondência, acentuando-se dia a dia a necessidade dessa precaução, em virtude do aumento da livre concorrência, da complexidade da vida comercial, do desenvolvimento do crédito, e ainda por exigência de terceiros" ("Tratado", 2.ª ed., vol. II, pág. 23). E sob o aspecto constitucional, no que concerne à inviolabilidade do sigilo da correspondência postal, telegráfica e particular, expressa no art. 141 § 6.º da vigente Constituição, sustenta CARLOS MAXIMILIANO que, na indústria e no comércio, também o segredo é a alma do negócio e sem êle tôdas as operações ficariam comprometidas e as relações econômicas prejudicadas ou paralizadas ("Comentários", 4.ª ed., vol. III, pág. 72).

O princípio do sigilo comercial não é, porém, nem poderia ser absoluto. Tem-se aberto geralmente algumas exceções, consagradas "signanter" no art. 18 do nosso Código Comercial, que permite a exibição dos livros de escrituração comercial por inteiro de qualquer casa de comércio, a favor de interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mer-

cantil por conta de outrem, e ainda em casos de falência. Determina, por outro lado, o art. 19 (consagrando também universal preceito) a exibição, não da escrituração por inteiro, mas de assentamento ou assentamentos atinentes a negócio de terceiro, que demonstre legítimo interêsse em seu exame, para fundamentação do seu direito. Consoante se depreende do conjunto dessas exceções legais, a exibição integral supõe "livros comuns", e a parcial "lançamentos" ou "contas comuns". Na falência, é óbvio, ocorre um caso especial: a massa dos credores passa a representar o falido, garantindo-lhes a lei, desde o momento da abertura da falência, a faculdade de examinar pessoalmente os livros, independentemente de autorização judicial.

3 — Tratando-se de sociedade anônima, a lei prescreve certa restrição, no que tange ao exame da escrituração da companhia pelos sócios (no caso os acionistas), individualmente. A função de contrôle ou de fiscalização, que em outros tipos de sociedade é exercida pelos sócios, nas sociedades anônimas, explica TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE ("Sociedades por Ações", vol. II, pág. 57) "não podia, com efeito, em princípio ser confiada à generalidade dos acionistas, já por serem em regra numerosos, já por faltar à maioria dêles competência técnica, indispensável para fiscalizar e apreciar a gestão dos administradores". E, noutro passo, explanando mais incisivamente a matéria, escreve com admirável sagacidade: "Os livros de escrituração da companhia e quaisquer documentos e papéis de seu arquivo não devem ser mostrados ou exibidos a quem quer que seja, a não ser, é claro, nos casos admitidos na lei. Falta grave cometeria o diretor que violasse o segredo da escrituração por falsos acionistas, na hipótese de ações ao portador, ou por legítimo acionista, mas com interêsses contrários aos da sociedade, ou por pessoa que se tornou acionista com o objetivo de devassar o segredo dos negócios da sociedade, ou os processos empregados para a exploração do objeto social". E conclúi: "A lei atribui, assim, o exame da escrituração da sociedade a um órgão especial, o Conselho Fiscal".

Mas era preciso conferir a êsse Conselho de fiscalizadores, com funções tão delicadas e de tanta responsabilidade, a devida independência. Com êsse importante objetivo a lei criou incompatibilidades e proibições para o exercício de suas funções, assegurou-lhe o contrôle permanente da gestão social, prescreveu-lhe o exame, em qualquer tempo, pelo menos de três em três meses, dos livros e papéis da sociedade e o estado da Caixa e da carteira; e ainda o autorizou a escolher um perito contador para assistí-lo no exame dos livros, do inventário, do balanço e das contas da diretoria (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, arts. 126 e

127). É exato que, em regra, como na prática se verifica, são fiscais, êsses, da confiança dos diretores, que os indicam ao voto da assembléia geral; mas, justamente, para de qualquer modo acautelar-se contra êsse sério inconveniente, a lei assegura aos acionistas dissidentes que representem um quinto do capital social, o direito de eleger separadamente um dos membros do Conselho e respectivo suplente (Decreto-lei cit. art. 125). Ainda mais: a teor do art. 57 da Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei citado), a exibição integral dos livros de escrituração da sociedade poderá ser ordenado pelo Juiz ou Tribunal competente, sempre que, a requerimento de acionista, representando 1/20 do capital, sejam apontados os violadores da lei ou dos estatutos, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da sociedade. O "Codice Civile" italiano, promulgado em 1942 e que adota nêste ponto o sistema da lei brasileira, insere disposição análoga: mas, enquanto a nossa lei exige que o acionista requerente representa apenas 1/20 do capital, a italiana consigna percentual maior, ou seja no mínimo 1/10 do capital (art. 2.409).

4 — Todos êsses preceitos aplicam-se aos Bancos em geral e extendem-se aos de economia mista, por isso que todos são instituídos sob a estrutura das sociedades anônimas, submetidos, portanto, ao mesmo sistema de fiscalização, mediante Conselhos com essa função específica e regidos pelas mesmas normas estabelecidas para a conveniente fiscalização das administrações das sociedades anônimas em geral. É exato que um estravagante Decreto-lei, de n.º 2.928, de 31 de dezembro de 1940, extinguira, pràticamente, sem mais nem menos, a fiscalização das administrações das sociedades de economia mista, vedando aos Conselhos Fiscais o exame dos livros e papéis da sociedade e bem assim os balanços, o estado da caixa e da carteira, nos têrmos do inciso I do citado art. 27 da lei das sociedades por ações, coisa que produziu a mais penosa impressão nos meios jurídicos, um verdadeiro impacto na consciência jurídica do país. Felizmente, por iniciativa do próprio Autor do Projeto ora em exame aquêle insólito Decreto-lei foi revogado pela Lei n.º 3.369, do ano passado.

Estão, portanto, hoje os Bancos de economia mista submetidos àquelas normas consideradas hábeis para a fiscalização das suas administrações, de modo a não tumultuar a marcha normal das operações, nem empeçar o trabalho dos seus administradores, pessoas consideradas em geral com idoneidade moral e competência para o exercício das funções administrativas. Tem razão o eminente autor do Projeto quando afirma que os membros do Conselho Fiscal em geral não fiscalizam e ninguém seria culpado, pois "seria exigir demasiado de homens ocupadissimos como são, mor

das vêzes, os membros dêsses colégios. Para que a vigilância se exercitasse proficuamente, imprescindível seria (adverte) que uma equipe bem treinada de contabilistas levasse a tarefa a peito, pois que, sobretudo no Banco do Brasil, as cifras atingem a bilhões de cruzeiros e os papéis a serem compulsados a milhares".

Por aí, creio, estaria aberto o caminho para uma eficiente fiscalização moralizadora das administrações dos bancos de economia mista, sem ferir o princípio do sigilo comercial tão conveniente para que se não comprometam ou prejudiquem as operações bancárias, ou seja, mediante a composição de um Conselho Fiscal que inspire inteira confiança, pela efetiva independência, pela competência técnica e autoridade moral de seus membros. No meu "esboço", hoje convertido em projeto legislativo de Código Comercial, propuz que, nas sociedades anônimas de capital igual ou superior a cinco milhões de cruzeiros, o Conselho Fiscal deva ter, entre os seus membros, pelo menos um contador legalmente habilitado. Ora, tratando-se de banco de economia mista, poder-se-iam introduzir outros elementos representativos de certas entidades ligadas aos altos interêsses do comércio, da indústria ou da lavoura, por exemplo.

Argumenta-se ainda que o sigilo comercial já se acha profundamente golpeado pela ampla faculdade, de que dispõem os funcionários da Inspetoria Geral dos Bancos e os agentes do Fisco, para devassar os livros e documentos de contabilidade dos estabelecimentos comerciais. Mas daí não se segue que, por isso, se deva agravar ainda mais a situação do comércio e da indústria, nesse particular. De resto, os agentes da Inspetoria e do fisco estão obrigados a guardar o segredo profissional, respondendo criminalmente e civilmente pela sua violação.

5 — O eminente autor do Projeto legislativo em exame não se deu, porém, por satisfeito em ter prestado relevante serviço conseguindo a revogação do malfadado decreto-lei de 1940, mediante a promulgação do Decreto n.º 3.369, de 1958, que reintegrou os Conselhos Fiscais dos Bancos de economia mista na plenitude de suas funções específicas de fiscalização: o Projeto elimina radicalmente todo o sigilo comercial nos bancos de economia mista. Elimina-o justamente nas instituições bancárias, onde o sigilo é considerado de maior rigor.

É preciso não perder de vista que o fato de um instituto bancário contar com a participação financeira e administrativa do Estado não subtrai, não exclúi o seu caráter predominante comercial. Aí, o segredo comercial bancário confunde-se mais incisivamente com o segredo profissional. Adverte CARVALHO DE MENDON-

ÇA: "Um dos preceitos mais recomendados aos banqueiros é a guarda do segredo dos negócios dos seus clientes". E noutro passo: "Aos banqueiros, por exemplo, muitas operações são confiadas especialmente as de comissão e depósito, a título implìcitamente confidencial" ("Tratado", 2.ª ed., vol. II, pág. 23; vol. VI, parte III, n.º 1.374).

Com referência ao direito francês, ensina GEORGES RIPERT que o banqueiro está obrigado a guardar o segredo profissional em relação às operações que trata com os seus clientes. Violando-o, êle compromete a sua responsabilidade civil, questionando-se apenas, na doutrina, quanto à sua responsabilidade penal ("Traité Elém. de Droit. Comm.", 2.ª ed., n.º 2.004). E uma lei relativamente recente, de 2 de dezembro de 1945, num texto de ordem geral, expresso no art. 19, última alínea, prescreve que todos que, a qualquer título, participarem da direção, da administração ou contrôle dos bancos, quer nacionalizados, quer não nacionalizados, estão obrigados a guardar o segredo profissional". Tal a relevância conferida ao segredo comercial bancário, que uma lei especial veda expressamente violá-lo, quer nos institutos comuns, quer nos nacionalizados.

6 — O art. 2.º do Projeto legislativo em exame ainda dispõe:

"Os estabelecimentos mencionados no art. anterior (os Bancos de economia mista), inclusive a Caixa de Mobilização Bancária, publicarão mensalmente as operações de crédito efetuadas, qualquer que seja a sua modalidade, desde que o valor de cada uma se iguale ou ultrapasse a quantia de cinco milhões de cruzeiros". E no art. 4.º determina-se que da publicação deva constar a natureza do título, o nome das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na operação, a situação de cada uma delas no documento e o valor declarado no título com a data da emissão e a do vencimento.

Êsse dispositivo não ficaria prejudicado com a recusa do art. 1.º, por isso que nêsse art. 1.º o sigilo é abolido do modo radical, absoluto, possibilitando a quem quer que seja devassar os livros e espiolhar os documentos da contabilidade, de Banco de economia mista, ao passo que no art. 2.º se determina apenas a publicação mensal das operações de crédito realizadas embora com tôdas as especificações exigidas no art. 4.º. Em justificativa da disposição proposta no art. 2.º do Projeto, argumenta o seu eminente Autor: "Quando defendo a idéia de se publicar os empréstimos bancários aqui referidos, tenho em vista a fiscalização, notória e indiscutível do público, que, informado, interporá contra os negócios ruinosos, discriminatórios ou lesivos, o recurso da denúncia à opinião, ainda embora periclitante e, a certos aspectos, poderosa fôrça que contém os desmandos e impede as negociatas, neste país de sofredores".

A matéria reveste-se ainda aqui de indisfarçável delicadeza em relação ao comércio e à indústria. Como observei acima, pelo fato de o Tesouro público participar financeiramente na formação do capital de Banco de economia mista, não perde êste o seu caráter eminentemente comercial. Ora, casos há em que uma grande emprêsa comercial ou industrial, por exemplo, com suas finanças em situação extremamente difícil, consegue vultoso empréstimo, não de favor é claro, mas em virtude da sua capacidade de recuperação devidamente examinada pelos técnicos do Banco. Publicada a operação, com tôdas aquelas minucias do art. 4.º do Projeto, isso poderá produzir um abalo, nos meios comerciais, dentro ou fora do país, de consequências imprevisíveis até para a economia pública; e, em se tratando de crédito aberto a estabelecimento bancário, (pois o art. 2.º abrange a Caixa de Mobilização Bancária) poderia mesmo desencadear numa "corrida", sempre danosa. De outras vêzes, pode convir ao Banco prestamista conceder novo crédito, "prima facie" ruinoso, a emprêsa já alcançada em grande débito, mas, atentos os estudos dos técnicos do Banco e da própria emprêsa, verifica-se que nova injeção de numerário trará, com fundada probabilidade, a recuperação financeira e a restauração da capacidade realizadora da emprêsa, salvando-se o capital comprometido e beneficiando-se com isso a economia nacional.

Outros casos de mais ou menos alta sensibilidade para o comércio e para a indústria podem surgir, aproveitando-se com isso a concorrência. Cumpre, assim, a propósito, não esquecer a lição já acima citada de CARVALHO DE MENDONÇA, quando adverte: "é justo que o comerciante se esforce para manter sob absoluta reserva a sua escrituração e a sua correspondência, acentuando-se dia a dia a necessidade dessa precaução, em virtude do "aumento da livre concorrência", da "complexidade da vida comercial", do "desenvolvimento do crédito", e ainda por exigência de terceiro". Assim, pondo inteiramente de parte a questão da inconveniência da revelação pública do segredo de Estado em alguma operação financeira, penso que, pelo abuso da concessão escandalosa de um que outro empréstimo por mero favor político, não se deva desarticular todo um sistema de proteção legítima à clientela comercial e industrial, proteção reconhecida universalmente como imprescindível à vida normal do comércio e da indústria, e, por via de consequência convinhável ao desenvolvimento econômico do país.

7 — Pretende-se, assim, exterminar um mal, produzindo-se outro mal bem maior em extensão e profundidade. Haverá outros meios, sem dúvida, não direi de coibir totalmente, mas de ao menos "atenuar consideràvelmente" o surto dos empréstimos consciente-

mente lesivos, a que se refere a "justificativa" do Projeto (é preciso ser excessivamente otimista para acreditar na possibilidade de excluir, de modo absoluto, a intromissão da política no setor econômico).

O melhor dêsses meios, parece, é o aflorado na própria "justificativa", no tópico em que se refere ao mau, ou deficiente, desempenho das funções dos "Conselhos Fiscais", devendo-se proceder a uma revisão na composição dêstes, para imprimir-lhes independência efetiva, autoridade moral e competência técnica, além de se lhes atribuir uma remuneração consentânea com a sua responsabilidade e a importância de suas atribuições específicas. As administrações seriam mais cautelosas porque saberiam que uma fôrça fiscalizadora, séria e vigilante estaria atenta às suas deliberações.

8 — Em conclusão:

Desaconselha-se a aprovação do Projeto legislativo n.º 410 do corrente ano, por ser fundamente prejudicial aos interêsses legítimos do comércio e da industria, indubitàvelmente amparados pelo senso jurídico.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 1959. — OTTO DE ANDRADE GIL, Presidente. — FLORÊNCIO DE ABREU, Relator.

VI

O PROJETO DE LEI SUPRESSORA DAS AÇÕES AO PORTADOR

(Parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros)

1 — Proposição do projeto

a) Forma nominativa obrigatória em tôdas as ações das Sociedades Anônimas (art. 1.º);

b) Permissibilidade de endôsso em preto a fim de facilitar as transferências (art. 3.º e § 1.º);

c) Obrigatoriedade da transferência formal nominativa para o comparecimento nas assembléias e percepção dos dividendos (art. 3.º §§ 2.º e 3.º).

Êstes os pontos principais de inovação do Projeto e que devem assim ser focalizados e destacados para sua melhor apreciação e crítica à luz do Direito Comparado e dos interêsses econômicos do país.

2 — Antecedentes

Dois projetos anteriores visando a mesma finalidade de extinção de ações ao portador, o de n.º 42-1951 e 360-1955 de autoria dos deputados LUCIO BITTENCOURT e CARLOS LACERDA não prosperaram, tendo sido arquivados após Pareceres contrários dos deputados DANIEL DE CARVALHO e ALBERTO DEODATO.

A investida contra os títulos ao portador, é aliás antiquissima. Desde quando principiaram a florescer no Século XIII, os estudiosos do Direito Romano os fulminaram, reaparecendo no Século XVII, como títulos à ordem e bilhetes em branco. No Século XVIII a Companhia do Ocidente os fêz ressurgir. A Revolução Francêsa os eliminou novamente e o Código de Comércio Francês, lhes restabeleceu o prestígio, resistindo a tôdas as investidas até os nossos dias.

A luta moderna contra as ações ao portador, tem, todavia, outro conteúdo e finalidade. "Desferiu-a o Estado, dí-lo bem o autor do Projeto, com intuitos fiscais". É também um fenômeno da luta contra o capitalismo, admiràvelmente descrita por GEORGE RIPPERT ("Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno", Trad. de Gilda de Azevedo, 1947) de quem extraímos os seguintes escólios elucidativos de como se forma o problema social, econômico e jurídico da riqueza móvel por títulos fáceis de ocultar e transferir:

> ... "A transmissão fácil e rápida dos direitos é realizada por meio do título. O direito comercial forneceu à vida civil os títulos de que necessita".
>
> ... "Como a sociedade anônima, o título é uma máquina jurídica, uma pequena máquina simples e ligeira, digamos uma máquina-utensílio. Serve para fazer com partes sociais e créditos, títulos leves, fáceis de manejar, fáceis de ceder".
>
> ... "O título não fornece sòmente o meio de evitar as formalidades da cessão civil. Assegura a transmissão do direito. O adquirente não conhece seu cedente e, em todos os casos, não é considerado como seu sucessor. A cada transmissão o direito morre e renasce na cabeça de um novo titular".
>
> ... "A negociabilidade dos títulos destrói a aplicação das regras do direito civil relativas à conservação dos bens ou então se choca sèriamente com a aplicação dessas regras se se quiser mantê-las".
>
> ... "O legislador se apercebe às vêzes dos inconvenientes que apresenta a negociabilidade. Vê sobretudo

um obstáculo à percepção do impôsto de transmissão. Manifesta então sua hostilidade contra os títulos ao portador atingindo-os com uma taxa suplementar e proibindo mesmo a conversão. Mas ao mesmo tempo o Estado oferece apólices e bônus do Tesouro ao portador, o Banco de França aumenta a circulação das cédulas e o capitalista aí encontra alimento suficiente para suas colocações. Tudo não é senão contradição nessa política".

... "Tal mobilidade das fortunas pareceu inadmissível quando o Estado quis golpear pelo impôsto progressivo a totalidade dos rendimentos ou o capital deixado em herança".

3 — Crítica à justificação do Projeto

Um dos defeitos mais prejudiciais e nefastos de alguns de nossos legisladores é o de não se deterem no cotejo das oportunidades e vantagens pró e contra as inovações que pretendem criar. Há como um latente pensamento anárquico em tôda reforma legislativa que não consulta a preponderância das vantagens práticas da instituição vigente que se pretende destruir. Nenhuma teoria se justifica em direito sòmente pela técnica, mas pela utilidade que dela resulte (SÁ FERREIRA).

Na questão da abolição das ações ao portador parece-nos decisivo que, no balanço das vantagens fiscais que se apregoam, as desvantagens econômicas e jurídicas tomam vulto muito mais relevante.

A simples leitura da justificação do Projeto demonstra, desde logo, a fragilidade dos argumentos; a impropriedade técnica com que recorre ao direito comparado; o desconhecimento flagrante que tem do mercado público brasileiro de títulos ao portador, um dos mais fracos do mundo em relação ao progresso industrial da Nação.

Vejamos, assim, em síntese destacada os fundamentos justificativos do Projeto.

a) — A Sociedade Anônima em luta com o Estado pondo em risco até o poder dêste.

Parece-nos, ao lêr êsse tópico, que o seu autor se refere aos Estados Unidos. Cremos mesmo já haver lido alhures trecho bastante similar sôbre as celebres lutas dos grandes trustes do petróleo e do aço americanos, cujo poder econômico era capaz de enfrentar o próprio Estado na época de absoluto liberalismo econômico do final do Século XIX e princípios do Século XX.

Comparar essa situação à do Brasil atual, parece-nos até mesmo pilheria, tal a diferença. País pobre de fidúcia, importador de

capitais e de técnica, necessitado de incrementar industrias básicas e de incentivar a cooperação do pequeno capitalista, afastado quase totalmente da subscrição pública de capitais industriais, o Brasil pode ser apontado no particular problema que nos detém como a antítese mais significativa dos Estados Unidos.

A América do Norte é rica de moeda forte, de grandes emprêsas de combustíveis e de indústrias básicas. É país exportador de capitais. O seu povo, igualmente rico, intervém por tôdas as camadas sociais, no maior mercado de títulos do mundo.

Como se vê, exatamente o opôsto do Brasil, onde a economia particular é canalizada especialmente para os imóveis onde se observa, talvez com acêrto, maiores garantias para os investimentos.

Em muitas coisas talvez possamos comparar-nos, até mesmo com superioridade, aos norte-americanos. Não, porém, no problema econômico-jurídico das ações ao portador. Veremos adiante que a própria citação em italiano feita na justificação do Projeto sôbre o direito norte-americano relativo aos títulos de ações das sociedades mercantís é um conceito doutrinário que não explica o funcionamento prático da transferência dos títulos, na realidade perfeitamente equivalente à das ações ao portador.

b) — Um dos pontos que merece realce e precisa desde logo ser esclarecido é o da apregoada injustiça social e fiscal em tributar igualmente o pequeno acionista e os grandes detentores de ações.

Eis como a questão se apresenta no entender do autor do Projeto 486-59:

> "O grande mérito das sociedades por ações estaria ao vêr dos que a têm estudado na possibilidade que criou de dirigir para setores reprodutivos a poupança obtida pelos homens de pequenos recursos. Ao invés do pé de meia, ou mesmo do depósito bancário, o indivíduo de pequena renda colocaria as suas economias em ações de sociedades, contribuindo assim para o desenvolvimento econômico do país. Ora, se as ações ao portador estiverem sujeitas, como acontece atualmente, a taxação, na fonte, de 28% (vinte e oito por cento), as pessoas de pequena renda pagarão sôbre as mesmas muito maior impôsto do que pagariam se os respectivos rendimentos estivessem sujeitos à taxação progressiva. E então de duas uma, ou teremos aí uma fonte de injustiça, pois pessoas de pequenas rendas pagarão impôsto em bases superiores ao devido, ou então, e é realmente o que acontece, tais pessoas deixarão de empregar as suas econo-

> mias em ações ao portador. Consequentemente tais ações sòmente beneficiam os homens dos grandes lucros que tem nelas um meio legal de furtarem-se à incidências perfeita do impôsto sôbre a renda".

Ora, para tal inconveniente, o remédio não seria o da extinção das ações ao portador, porém a simples transformação das ações ao portador em nominativas para aquêles a quem o impôsto de renda complementar progressivo é mais conveniente.

O raciocínio do Autor do Projeto parece baseado na obrigatoriedade das ações ao portador a todos os acionistas quando, na verdade, está na opção do acionista um tipo ou outro de ação conforme lhe seja mais vantajoso.

Não existe, portanto, essa "fonte de injustiça". Pessoas de pequenas rendas não pagam impôsto superior ao devido. Pagam, sim, justa percentagem conforme prefiram o seu título nominativo ou ao portador. Nem pode, porisso, ser êsse um motivo para que aquelas pessoas deixem de empregar suas pequenas economias em ações de sociedades anônimas.

Convém ainda se retifiquem os têrmos usados na justificação para defender o seu ponto de vista fiscal. Ora se diz que a ação ao portador é instrumento de sonegação de impostos, ora de que os homens de grandes lucros têm nelas um meio de se furtarem à incidência dos tributos.

No entanto o que se entende por sonegação é o uso de artifício para se furtar alguém ao pagamento de impôsto devido, não a faculdade de pagar mais ou menos impôsto conforme o tipo instrumental que gera o tributo. Aqui, de modo algum se pode falar em sonegação.

Os nossos legisladores deveriam ser mais cautelosos e melhor assessorados, pelo menos quando visam destruir uma instituição tradicional. Não se apoiam em nenhum dado estatístico para fazerem afirmações de suma relevância. Nenhum dos autores de Projetos sôbre a pretendida fraude fiscal que envolve as ações ao portador apresentou números que pudessem convencer da necessidade de sua supressão.

Em compensação, no que tange à alegada evasão dos impostos de transmissão "mortis causa" e de renda, eis o que opinou a Divisão do Impôsto de Renda:

> "Ressalta não haver, realmente, evasão do impôsto (de renda) pois que, por mais concentradas que estejam as ações ao portador nas mãos das classes mais abastadas, a incidência se fazendo indistintamente na fonte,

> impõe em muitos casos, uma tributação genérica que, além de onerar essa parte das ações com possível, mas legal desvantagem para o fisco, grava também as restantes, disseminadas, cujos portadores, muitas vêzes nem contribuintes seriam individualmente.
>
> Circunstâncias especialissimas podem concorrer para que por meio das ações ao portador, haja evasão no impôsto por alguns devido. Nesses casos, porém, "o mal não advem do tipo do título", mas dessas circunstâncias de cujos meandros já tem o fisco conhecimento, restando assim tão sòmente a sua coibição no sentido de evitá-las. Removidas, pois, as causas, cessarão os seus efeitos, sem quaisquer inconvenientes para a generalidade" (CAMILE ROSSIER, in "Rev. For.", vol. 142, pág. 46).

Meios outros haveria, aliás, para controlar e fiscalizar o pagamento individual do impôsto de renda na fonte sôbre dividendos. Bastaria, por ex.: que a sociedade ao pagar o dividendo exigisse do portador um impresso visado pela Repartição Fiscal no qual se atestasse, que o contribuinte já declarou a qualidade e quantidade de ações beneficiadas com os dividendos do exercício.

Relativamente aos impostos de transmissão, de doações e cotas hereditárias, se realmente existe essa burla fiscal, ela poderia continuar pelos títulos indossáveis admitidos no Projeto gerando-se apenas novo campo de luta entre fisco e os contribuintes.

c) — A acusação de servirem as ações ao portador para encobrir e mascarar trustes e traficâncias e inexatas declarações de bens, igualmente pode servir para as ações nominativas, principalmente quando transferíveis por simples endôsso.

> ... "son muchos los procedimientos (testaferos transmissiones en blanco, etc.) que hacen ineficaces y pertubadoras las medidas contra las aciones al portador" (J. GIRON TENA, "Derecho de Sociedades Anônimas", 1952, pág. 220).

Será ingenuidade supor-se que algum poderoso grupo estrangeiro ou nacional com interêsses reais no contrôle de um negócio, não encontre meios para realizá-lo através da nominatividade. Se o perigoso grupo pretende ocultar-se extendendo-se como um polvo sôbre as nossas indústrias, e como tantos se arreceia o autor do Projeto numa manifestação de brasilidade absolutamente prematura, estejamos certos que não lhe faltarão "testas de ferro", e de que as mesmas dificuldades que atualmente têm em declarar os seus

nomes, anualmente, no Livro de Presença das Assembléias Gerais, as terão de futuro em ocultar os nomes dos verdadeiros titulares e detentores das ações nominativas.

Não se diga, pois, tão categòricamente que o art. 148, da Constituição Federal ficaria resguardado contra os dominadores dos mercados nacionais que eliminam a concorrência e aumentam arbitràriamente os seus lucros.

Na verdade, o que temos entre nós é carência absoluta de capitais para desenvolver tantos empreendimentos que nos surgem. E, tôda vez que nos assoma a possibilidade de incrementar o mercado de capitais indigenas ou alienígenas, lá vêm os nossos legisladores com inovações tendentes a desanimá-lo.

O Brasil já se encontra na grande corrente de expansão industrial mundial, e não é justo, nem sábio, que lhe decepem os instrumentos tradicionais do capitalismo que possui para atingir as suas metas.

Não alcançamos ainda a maturidade financeira suficiente para desenvolver as nossas indústrias, transportes e comércio. Porque, pois, dificultar os interessados que pretendem cooperar com êsse progresso necessário?

Eis o depoimento de J. M. OTHON SIDOU sôbre a maior propagação de um mercado bolsista de títulos que, evidentemente, encontra facilidades no título ao portador do qual o próprio Estado se tem servido amplamente em suas sociedades de economia mista:

> ... "O maior índice de desenvolvimento financeiro obtem-se, exatamente, no mais crescente movimento bolsista. Não há, neste ponto, duas opiniões divergentes. O relatório da Missão (Abbink) aconselhou o incremento do nosso mercado de títulos como estímulo à aplicação das poupanças privadas. E o poder público armou por último os vários institutos da Bolsa como medidas de ampliação daquele mercado de títulos. Nem poderia ter "sido outra a sua orientação quando se procura dar incremento à política financeira de "open market operation" com que o govêrno interfere no mercado monetário para contrair ou expandir a circulação. De uma ampla propagação do mercado bolsista, que entre nós ainda, permanece no embrionário, advirá, lògicamente, maior interêsse público na aplicação de capitais em sociedades anônimas, prática que beneficia as próprias iniciativas governamentais" ("Impôsto de Renda e as ações ao portador", Recife, 1951, págs. 12 a 13):

d) — De não menor realce no problema da extinção das ações ao portador é o da manutenção das "debentures" (Obrigações ao portador).

Suprimidas ações ao portador — "Quid juris" sôbre aquêles títulos ao portador?

Da conversão compulsória das ações em nominativas e não das debentures, resultaria uma posição de privilégio absoluto destas que constituem, na realidade, grandes tomadas de capital feitas ao público pelas companhias, com a garantia expressa do Patrimônio social e a juros certos.

O público, lògicamente, desprezará a tomada de ações comuns para preferir sempre os títulos ao portador (Debentures) o que criará uma desigualdade, um privilégio e, finalmente o desinterêsse pela subscrição de capitais com evidente prejuízo para a economia de expansão das sociedades mercantís.

4 — O direito comparado

> "O direito comparado é uma disciplina que investiga causas jurídicas com o aparelho da sociologia, estabelecendo, após um comparativismo de sistemas jurídicos diversos, mas análogos, a finalidade de aperfeiçoar os institutos jurídicos nacionais ou bem fazendo com que o legislador utilize aquela técnica" (FORTUNATO AZULAY, "Os Fundamentos do Direito Comparado", pág. 43).

Após vários e profícuos Congressos Internacionais de Direito Comparado, tem-se hoje a experiência da inutilidade e mesmo nocividade do simples uso da antiga legislação comparada nos estudos para reformas legislativas nacionais. Não se põem em cotejo textos frios de leis estrangeiras com a nacional. Estudam-se as causas sociológicas das instituições jurídicas em condições sociais e econômicas análogas.

Nesta questão da conversão compulsória das ações ao portador há que atentar, portanto, não sòmente ao que predomina hoje na Inglaterra, na Itália, ou nos Estados Unidos, mas v. gr. ao que ocorreu em qualquer dêsses países em sua fase de imigração de capitais, à psicologia de seu povo, a suas tendências históricas e econômicas para poder melhor comparar as instituições.

Veja-se, por exemplo o que refere ALBERTO DEODATO, (Parecer na Comissão de Economia da Câmara com relação ao Projeto 42/51) quando a Itália em 1920/21 procurou eliminar as ações ao portador:

"Nos poucos meses de execução, capitais estrangeiros e nacionais emigraram em abundância para a hospitalidade suíça. A bolsa ficou em pânico. A burocracia e a papelada para a conversão dos títulos causava alarme. Foi nesse ambiente de verdadeira debacle econômica e financeira que GROLITH suspendeu a lei e lançou o empréstimo de salvação, imediatamente coberto: a emissão de bonus ao portador. Diante dêsse fracasso NITTI, que, antes, temera a opinião pública escrevia aos eleitores de Basilicati: Não se pode negar que a nominatividade seja justa teòricamente, mas também, não se pode negar que, nas condições atuais, ela seja perniciosa. Precisamente, no momento de maior necessidade, bastou o decreto da nominatividade para fazer emigrar quase todos os capitais estrangeiros e, infelizmente também, uma parte, não desprezível, dos capitais italianos".

Não será, pois, de estranhar que, convertido em lei o Projeto que ora analisamos, não sòmente tornemos burocratizada e desanimadora a inversão de capitais estrangeiros como aconteça que, o próprio pequeno capitalista brasileiro recorra por suas maiores facilidades e garantias, às Bolsas da Suiça ou de Nova York...

—o—

Invoca o autor do Projeto o exemplo do direito norte-americano, como paradigma para a projetada reforma entre nós. A citação é de SERENI do livro italiano "La società per Azioni negli Stati Uniti" e visa comprovar a excelência do sistema de ações nominativas transferíveis por endôsso.

Mais uma vez, cumpre salientar a desvalia de simples indicações de textos legislativos estrangeiros. Do fato de bem funcionar êsse sistema nos Estados Unidos, país exportador de capitais e super organizado econômicamente, não se segue, que vá produzir bons frutos entre nós, país importador de capitais e onde a psicologia do povo está muito mais orientada nos investimentos imobiliários do que no mercado de títulos.

Se, diversos, portanto, os efeitos econômicos a atingir, a técnica na solução dos problemas jurídicos não poderá ser idêntica.

Ademais, os que conhecem o mercado de títulos norte-americanos, sabem que lá existem os certificados de ações transferíveis ("quasi negotiable instruments") que valem como dinheiro, distinguindo-se da Inglaterra onde é usado o endôsso "em preto". Nos

Estados Unidos o endôsso é quase sempre "em branco", o que permite circular como ação ao portador. Dividendos e avisos da companhia são sempre enviados para o possuidor que tem o seu nome na emprêsa, embora o título tenha passado por diversas mãos, o que demonstra, desde logo, a não equivalência do sistema pretendido no Projeto de nominatividade compulsória das ações e o norte-americano.

ALBERTO DEODATO, em seu citado parecer na Câmara Federal e que deveria ser do conhecimento do autor do Projeto atual e no qual se analisa o sistema britânico todo êle baseado na tradição histórica do povo, das fortunas inglesas avessas à portatividade, conclúe sôbre o sistema norte-americano:

> "Não procede também o exemplo dos Estados Unidos. Neste pais, o título nominativo pouco difere do "ao portador". A rapidez da circulação é idêntica. A única preocupação de Wall Street, como se tem escrito, é a falsidade do título. Para evitá-la, o nome do estabelecimento emitente está sempre gravado num papel especial. Na frente ou no verso, há um lugar em branco para o endôsso. Pouco importa a assinatura do comprador, pois basta o endôsso em seu nome. Se o possuidor o tem para negócio, como um jogador, o título circula endossado em branco".

Na verdade, a nominatividade, com a formalidade que se estabeleceu no Projeto não é obrigatória nem na Inglaterra, nem nos Estados Unidos, nem mesmo na França e Itália, onde leis mais recentes têm temperado os registros nominativos obrigatórios das ações de sociedade anônima.

Em contraposição, as ações ao portador são mantidas nas legislações da "Suiça" (Cód. Obrigações, art. 622)...

> "... Holanda (Código Comercial, art. 41), Alemanha e Austria (Lei de 30-1-1937, § 10), Belgica (Leis de 30-11-1935, e de 23-7-27, art. 44), Espanha (Código Comercial, art. 161), Portugal (Código Comercial, art. 166 § 2.º), Argentina (Código Comercial, art. 326), Uruguai (Código Comercial, art. 412), Japão (Código, 412, Comercial, revisto em 1951, art. 227)".

5 — Conclusão

O Projeto 486/1959, não merece melhor sorte que os dois anteriores que o precederam em 1951 e 1955 rejeitados pelo plenário.

Se argumentos e fundamentos faltarem à atual legislatura para combatê-lo em face das nefastas consequências econômicas e financeiras que acarretará pelo desestímulo aos investimentos privados, bastará que se recorra ao já citado Parecer do Deputado ALBERTO DEODATO.

O que é certo é ser o título ao portador um elemento democratizador da fortuna mobiliária. De fácil manejo como o dinheiro, êle é preferido, justamente pela rapidez com que circula. Está sempre à disposição do dono, em casos de dificuldades e quando nada custa transferí-lo.

O Estado, como já se disse, também dêle se tem valido à larga, apelando dessa forma para a pequena economia privada. Aí estão a Cia. Siderúrgica Nacional, a Vale do Rio Doce, a Cia. Alcalis, Hidroelétrica do São Francisco, etc., como algumas grandes companhias particulares a atestar que a mentalidade do público já se vai acostumando a inversões no capital das sociedades anônimas.

Se, todavia, se extinguirem as ações ao portador, não será difícil prever um decaimento daquele interêsse, baseado mui justamente ou no anonimato, ou na forma fácil e prática da transferência de ações. E, mais do que isso: um provável movimento, contrário ao atual, de transformação de sociedades anônimas em limitadas por quotas, livres das formalidades de publicidade de atos societários e balanços. Um índice decrescente de sociedade por ações, demonstrará, a sua vez, uma tendência inferior de capitalismo, têrmo êste empregado no sentido estrito de regime econômico baseado no capital privado.

Se a idéia dos propugnadores do Projeto é porém de cercear ou impedir o desenvolvimento industrial e econômico da nação em bases capitalistas, por entendê-lo exagerado e pernicioso, então estariamos de acôrdo em que atingirá êsses objetivos.

Sala das Sessões, do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio, 23 de julho de 1959. — OTTO DE ANDRADE GIL, Presidente. — FORTUNATO AZULAY, Relator.

VII

A PORTARIA N.º 309, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1959, E AS SOCIEDADES DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS

"N.º 309 — O Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, no uso de suas atribuições e em face do sugerido pelo Conselho da

Superintendência da Moeda e do Crédito, tendo em vista o disposto nos Decretos-leis ns. 7.583 e 9.603, de 25-5-1945 e 16-8-1946, respectivamente, e

Considerando que às sociedades de crédito, financiamento ou investimentos cabe relevante papel complementar na dinamização do processo de desenvolvimento econômico do país;

Considerando que ditas sociedades, pela natureza das funções que exercem e pelos tipos de operações que praticam, integram o sistema do crédito e atuam paralelamente aos bancos comerciais, sendo prudente, contudo, limitar ao mínimo as interferências recíprocas nos respectivos campos de ação;

Considerando que a situação atual do mercado financeiro impõe criar condições para a segura implantação do crédito a prazo médio e desenvolvimento do mercado de capitais a longo prazo;

Considerando, assim, a necessidade de regulamentar as sociedades de investimentos e as de crédito e financiamento, deferindo-lhes as características gerais e o funcionamento, a competência e as atribuições, além de propiciar guia básico ao exame das solicitações que são dirigidas à Superintendência da Moeda e do Crédito.

Resolve expedir as seguintes instruções:

CAPÍTULO I

Da Constituição

I

As sociedades de crédito e financiamento e as de investimentos, a que se referem os Decretos-lei ns. 7.583 e 9.603, de 25-5-45 e 16-8-46, respectivamente, são instituições de crédito de tipo especial, que integram o sistema bancário nacional, dependem de autorização do govêrno para funcionar e estão sujeitas à fiscalização da Superintendência da Moeda e do Crédito.

II

As sociedades de que trata esta Portaria se organizarão sob a forma anônima, e observação, nos atos preliminares de sua constituição, todos os dispositivos legais e regulamentares aplicáveis, mas sòmente poderão dar início a suas atividades após publicado despacho aprobatório do Ministro de Estado dos Negócios da Fa-

zenda, no "Diário Oficial" da União, e processado o devido registro de comércio.

III

As sociedades de crédito e financiamento têm por objetivo praticar operações que se relacionam com a concessão do crédito a médio e longo prazos, enquanto as de investimentos se destinam a operar no mercado de valores mobiliários.

IV

No exercício de suas atividades poderão as sociedades de crédito e financiamento e as de investimentos operar por conta própria ou de terceiros, respeitado o disposto nesta Portaria.

V

As sociedades de que trata esta Portaria não estão sujeitos a limite mínimo de capital salvo quando receberem depósitos de seus acionistas ou operarem com recursos de terceiros, residentes ou não no país. Em tais casos, o capital mínimo exigível será o fixado nos têrmos do art. 5.º do Decreto-lei n.º 6.419, de 13 de abril de 1944, com as modificações do Decreto-lei n.º 6.541, de 29-5-44 para os estabelecimentos bancários que operam em todo o território nacional.

Os recursos de terceiros, de que trata êste item, compreendem:

1.º) Os destinados a operações pré-determinadas — hipótese em que não poderão ficar sem aplicação, transcorridos os prazos de quinze (15) dias em se tratando de residentes no país, e de sessenta (60) dias, para os residentes no exterior, caso em que as operações de cambio decorrentes se processarão através de banco devidamente autorizado;

2.º) O levantamento de recursos mediante quaisquer operações de crédito;

3.º) A constituição de fundos em contas de participação ou em condomínio.

Os depósitos de acionistas e os recursos de terceiros, previstos neste item, captados pelas sociedades objeto desta Portaria, não se beneficiam das vantagens outorgadas a depósitos em Bancos pelo Decreto n.º 36.783, de 18-1-55, e legislação posterior, nem se aplica a tais sociedades o estabelecimento na alínea "b" do art. 3.º do Decreto-lei n.º 7.293, de 2-2-45.

As sociedades de crédito e financiamento, e as de tipo misto, ficam sujeitas ao disposto no art. 4.º e seu parágrafo único do Decreto-lei n.º 7.293, de 2-2-45, em relação aos depósitos de acionistas e aos fundos de que tratam os ns. 1 e 3 dêste item.

VI

O montante dos depósitos de acionistas e dos recursos de terceiros, mesmo provenientes de fundos em contas de participação ou em condomínio, a que se refere o item precedente, não poderá ultrapassar, englobadamente, cinco vêzes o capital realizado e reservas livres da emprêsa que os receber.

Enquanto o referido montante não superar o triplo do capital realizado e reservas livres, a taxa de recolhimento dos depósitos compulsórios aludidos no item V será de 1% (um por cento). Se, porém, fôr ultrapassado êste múltiplo, a taxa de recolhimento será a vigente para os depósitos a prazo em bancos, calculada sempre sôbre os depósitos de acionistas mais os fundos a que se referem os ns. 1 e 3 do item anterior.

VII

As sociedades de crédito e financiamento não poderão:

a) possuir em seu ativo fixo parcela superior a trinta por cento (30%) de seu capital realizado;

b) possuir participações em outras emprêsas comerciais ou industriais superiores a dez por cento (10%), quer de seu próprio capital, quer do capital da emprêsa de que participe;

c) fazer aplicações, com a responsabilidade direta de um mesmo cliente, superiores a cinco por cento (5%) do montante global daquelas aplicações, nem permitir que a media das aplicações, por cliente, ultrapasse dois e meio por cento (2,5%) daquele montante;

d) constituir fundos de que trata o n.º 3 do item V, senão para financiar operações de compra ou de venda a médio e longo prazos, de máquinas e equipamentos e bens de consumo, obedecido o disposto no item IX, e desde que tais transações sejam representadas por duplicatas ou contratos de mutuo, êstes devidamente registrados.

VIII

As sociedades de investimentos, assim consideradas as que transacionem com ações, debentures, letras hipotecárias e partes

beneficiárias, ou em títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, não estão sujeitas ao capital mínimo prescrito no item VI. Sem prejuízo dêste tratamento, as aludidas sociedades poderão efetuar também operações de financiamento, desde que exclusivamente com recursos próprios, ou seja até o limite de seu capital realizado e reservas livres.

Para gozar da vantagem supra é necessário ainda:

1.º) que o montante das aplicações em títulos de uma única emprêsa não exceda dez por cento (10%) do total das referidas aplicações, nem vinte por cento (20%) do total das votante da emprêsa considerada;

2.º) que a média das aplicações, por emprêsa, não exceda cinco por cento (5%) do valor total dos fundos em conta de participação ou em condominio.

Ressalvam-se, quanto ao item 1.º, supra, as hipóteses de recebimento de ações a título de bonificação, de exercício de direito de preferência e de garantia de subscrição ("underwriting"), desde que as proporções ali referidas sejam restabelecidas dentro dos doze (12) meses seguintes ao em que as mesmas tenham sido ultrapassadas.

IX

As sociedades de crédito e financiamento não poderão realizar operações ativas — inclusive as de negociação, ou recebimento de garantia, de títulos cambiários — a prazo inferior a seis (6) meses; nem operações "passivas", de natureza exigível, a prazo inferior a doze (12) meses. Incluem-se nestas últimas os depósitos de acionistas e as de que trata o n.º 3 do item V, caso em que os certificados emitidos deverão consignar sempre um prazo mínimo de carência de seis (6) meses, e um prazo nunca inferior a seis (6) meses para o aviso de retirada do subscritor.

Ressalvam-se, quanto ao prazo as operações passivas de comprovada emergência a juízo da Superintendência da Moeda e do Crédito; e as ativas referentes a operação de compra e venda de máquinas e equipamentos, representadas por duplicatas ou contratos de mútuo. Ressalvam-se ainda as transações relativas a vendas a prestações, observado o seguinte:

a) quando se tratar de vendas com reserva de domínio — seu financiamento não poderá ultrapassar 70% do valor da transação, nem o prazo de 24 meses, durante o qual os pagamentos sejam feitos em parcelas mensais, iguais e sucessivas;

b) em se tratando, porém, de vendas não vinculadas a referidos contratos — seu financiamento não poderá ultrapassar 80% do valor da transação, nem o prazo de 12 meses, nas mesmas demais condições da alínea anterior; tudo na forma que fôr determinada pela citada Superintendência.

X

As sociedades de investimentos, como tal consideradas as de que trata o item VIII, não estão sujeitas às disposições do item precedente, exceto no que se refere aos recursos obtidos na forma prevista no n.º 1 do item V. Relativamente aos mencionados no n.º 2 do citado item V, as operações de crédito passivas que realizarem, não poderão exceder o montante do capital realizado e reservas livres da sociedade, nem ultrapassar o prazo de cento e oitenta (180) dias; e quanto aos de n.º 3 do mesmo item V, sòmente se admitirá resgate imediato dos certificados que emitirem, se dêles constar cláusula que reserve à sociedade emitente o direito de opção sôbre a forma do referido resgate, isto é, em títulos, ou em dinheiro. Na hipótese de o mesmo efetuar-se em títulos, o reembôlso se fará com base na quota parte ideal da carteira, admitindo-se a liquidação das frações resultantes.

CAPÍTULO II

Da organização e funcionamento

XI

As sociedades de crédito e financiamento, as de investimentos e as de tipo misto dependem de autorização do Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda para funcionar, e da Superintendência da Moeda e do Crédito para:

a) modificar seu capital social;
b) alterar seus estatutos;
c) abrir dependências.

XII

Os pedidos de autorização inicial para funcionamento, tanto de sociedades de crédito e financiamento, como de investimentos, serão dirigidos ao Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, e instruídos com os seguintes documentos:

a) provas de cumprimento de todos os dispositivos legais que regem a constituição da sociedade;

b) provas de quitação ampla para com o fisco federal, relativamente a cada um dos fundadores e diretores;

c) prova de recolhimento integral dentro em cinco (5) dias de cada recebimento, de cinquenta por cento (50%), no mínimo, do capital subscrito em dinheiro, ao Banco do Brasil S/A, em conta aberta à ordem da Superintendência da Moeda e do Crédito, observado o disposto no Decreto-lei n.º 5.956, de 1-11-43, e regulamentação respectiva;

d) provas de idoneidade moral de cada um dos diretores, e de capacidade finaceira e técnica de, ao menos, dois (2) dêles;

e) demais provas exigidas pela Superintendência da Moeda e do Crédito para reconhecimento da investidura de diretores de estabelecimentos bancários em geral.

XIII

A autorização inicial para funcionar não será concedida por prazo superior a cinco (5) anos, na forma do item XI. Suas prorrogações se efetivarão — a requerimento dos interessados, acompanhado de provas de quitação ampla para com o fisco federal, relativamente à sociedade e a cada um de seus diretores, e da carta de autorização em vigor — após publicado despacho do diretor-executivo da Superintendência da Moeda e do Crédito, que fixará o respectivo prazo, não excedente de dez (10) anos.

Ficam ressalvados os prazos de vigência das autorizações já concedidas até esta data, sem prejuízo da observância do disposto no item XXXIV.

XIV

Os pedidos concernentes às matérias de que trata o item XI, letras "a" e "b", serão dirigidos ao diretor-executivo da Superintendência da Moeda e do Crédito, e acompanhados de:

a) provas da observância de todos os dispositivos legais pertinentes à espécie;

b) em se tratando de aumento de capital:

1.º) quando as sociedades operarem com recursos de terceiros, de natureza exigível — prova de recolhimento integral, dentro em cinco (5) dias de cada recebimento, de cinquenta por cento (50%), no mínimo, da parte subscrita em dinheiro, ao Banco do Brasil S/A,

em conta aberta à ordem da Superintendência da Moeda e do Crédito, observando-se o disposto no Decreto-lei n.º 5.956, de 1-11-43, e regulamentação respectiva;

2.º) quando, porém, as sociedades sòmente operarem com recursos próprios, exceção feita das operações de crédito previstas no item X, será de dez por cento (10%) a percentagem de recolhimento a que se refere a hipótese supra.

XV

O requerimento que verse matéria de que trata o item XI, letra "c", será dirigido ao diretor-executivo da Superintendência da Moeda e do Crédito, e instruído com cópia autenticada da ata da reunião da diretoria da sociedade, na qual a abertura da dependência tenha sido deliberada.

No exame dêsses processos, levar-se-ão em conta as disposições que forem aplicáveis, referentes à concessão de agências de estabelecimentos bancários.

XVI

A investidura de novos diretores fica sujeita a reconhecimento pela Superintendência da Moeda e do Crédito, mediante requerimento dirigido ao seu diretor-executivo, acompanhado da documentação legal devida e provas de idoneidade moral e de ampla quitação fiscal dos diretores eleitos.

XVII

A cessação de operações (de matrizes e dependências) será objeto de homologação por parte da Superintendência da Moeda e do Crédito juntando-se ao requerimento a carta de autorização para cancelamento, e demais provas exigidas para casos idênticos relativos a estabelecimentos bancários em geral.

XVIII

Os requerimentos, acompanhados da documentação necessária, serão sempre encaminhados à Superintendência da Moeda e do Crédito, a quem caberá examiná-los, fazer as exigências que considerar de interêsse para a instrução do processo, e fixar prazo ra-

zoavel para seu atendimento. Concluída aquela instrução, os processos serão objeto de despacho do Ministro da Fazenda ou do diretor-executivo, conforme o caso, sempre publicados no "Diário Oficial", da União.

Das resoluções denegatórias do diretor-executivo da Superintendência caberá recurso "ex-officio" para o Ministro da Fazenda.

XIX

A inobservância dos prazos fixados pela Superintendência, na fase de instrução, será interpretada como desistência do requerimento inicial, importando em arquivamento do processo, salvo explicações formuladas pelas partes no devido tempo.

XX

Após publicadas no "Diário Oficial" da União as decisões de que trata o item XVIII, e comprovado o pagamento dos sêlos devidos, caberá à superintendência, conforme o caso, emitir carta de autorização ou lavrar a competente apostila, devendo as sociedades iniciar operações dentro de um ano, sob pena de caducidade do documento.

CAPÍTULO III

Das operações

XXI

Observadas as demais disposições desta Portaria, poderão ser praticadas as seguintes operações:

1 — Pelas sociedades de investimentos:

a) participação no capital social de outras emprêsas;

b) aquisição, por conta própria ou de terceiros, mediante constituição de fundos ou não, de títulos de dívida pública federal, estadual ou municipal e obrigações e letras do Tesouro, bem assim, de ações, partes beneficiárias, debentures, letras hipotecárias e certificados de participação, regularmente emitidos;

c) cobrança e pagamento de juros, dividendos e bonificações, custódia e resgate de títulos com que operar;

d) garantia de subscrição de ações e debentures emitidas por outras emprêsas, bem assim realização de recebimentos, pagamentos ou adiantamentos relativos a garantia ou à própria subscrição;

e) as operações realizáveis pelas sociedades de crédito e financiamento, até o limite de seu capital realizado e reservas livres.

2 — Pelas sociedades de crédito e financiamento:

a) transações sob contratos de mútuo; financiamentos de compra ou venda, garantidos por qualquer dos meios admitidos na praxe bancária, exceto a caução de certificados de fundos instituídos pela própria sociedade, pelas sociedades congêneres ou pelas de investimentos;

b) negociações de títulos de crédito, como duplicatas, notas promissórias e letras de câmbio;

c) participação em operações determinadas, de interêsse de outras emprêsas;

d) financiamento da exportação ou importação de mercadorias;

e) prestação de aceite ou aval em operações comerciais.

3 — Pelas sociedades de tipo misto:

— As operações permitidas às sociedades de crédito e financiamento e às de investimentos, prevalecendo, nesta hipótese, os dispositivos atinentes às sociedades de crédito e financiamento.

XXII

As sociedades de crédito e financiamento, para terem seus estatutos aprovados, e sem prejuízo das demais normas legais e regulamentares, dêles deverão fazer constar artigo determinando que 25% dos recursos com que operarem — próprios ou de terceiros — serão reservados para aplicações que, direta ou indiretamente, beneficiem as atividades rurais, quer financiando a produção agropecuária, quer financiando emprêsas que se dediquem à produção e comercialização de implementos para tais atividades, inclusive tratores, jipes, caminhões e quaisquer outros equipamentos que aumentem as disponibilidades de transporte ou armazenamento da produção rural .

XXIII

Os certificados e demais títulos correspondentes aos fundos em conta de participação ou em condomínio administrados pela sociedades de que trata esta Portaria, deverão ser nominativos e livremente transferíveis. Ficam ainda as aludidas sociedades obrigadas a fornecer aos co-participantes dos fundos e a seus acionistas, com

a mesma periodicidade do pagamento dos resultados por êles auferidos, informações sôbre o valor total de suas aplicações e a composição específica de sua carteira, mencionando tipo de operação, quantidade, espécie e valor nominal, e, além disso, quando se tratar de títulos negociáveis em Bolsa, emitente e sua ultima cotação.

XXIV

Os fundos em conta de participação e os em condomínio, como tais, destinados a quaisquer operações de crédito, financiamento ou investimento, sòmente poderão ser administrados pelas sociedades de que trata esta Portaria.

XXV

A venda, a prestações, de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal obrigações e letras do Tesouro, ações, debentures e letras hipotecárias, depende de prévia autorização do govêrno, na forma do disposto nos Decretos-leis ns. 3.545 e 3.932, de 22-8-41 e 12-12-41, respectivamente, e na Lei n.º 2.146, de 29-12-53, mediante requerimento dirigido ao Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, por intermédio da Superintendência da Moeda e do Crédito, acompanhado da documentação devida, inclusive a carta de autorização, da sociedade interessada.

XXVI

Sem prejuízo das demais disposições desta Portaria, é ainda vedado às sociedades de crédito e financiamento e às de investimentos:

a) receber em depósito dinheiro de terceiros que não sejam acionistas proprietários de ações nominativas;

b) admitir a movimentação de suas contas por meio de cheque contra elas girados;

c) transacionar com imóveis não necessários a uso direto pela sociedade, ressalvando-se os recibos em pagamento de dívida pre-existente, hipótese em que deverão ser alienados dentro de doze (12) meses da respectiva aquisição;

d) praticar operações de crédito real;

e) participar de operações de redesconto, mesmo como simples co-obrigado;

f) operar com a Caixa de Mobilização Bancária;

g) emitir cheques pela forma a que alude o Decreto n.º 24.777, de 14-7-34.

CAPÍTULO IV

Das penalidades

XXVII

A infração de qualquer preceito legal ou regulamentar sujeitará a sociedade infratora às penalidades seguintes:

a) multas;

b) suspensão da autorização para funcionar, pelo prazo de seis (6) meses;

c) cassação da carta de autorização.

XXVIII

A apuração e o processamento das infrações obedecerão às normas que vigoram para os bancos comerciais, facultadas às sociedades ampla defesa.

A imposição de multas obedecerá ao disposto no Regulamento baixado com o Decreto n.º 14.728, de 16-3-21.

A suspensão da autorização para funcionar e a cassação da carta de autorização serão da alçada do Ministro da Fazenda, por proposta da Superintendência da Moeda e do Crédito, não só nos casos previstos em citado Regulamento (para bancos comerciais), como nos de reincidência, já punidos com a multa máxima.

CAPÍTULO V

Da fiscalização

XXIX

A Superintendência da Moeda e do Crédito fiscalizará diretamente e de modo amplo as sociedades de que trata esta Portaria, por intermédio de funcionários seus, sempre que considerar conveniente, podendo, para isso, examinar livros e registros, papéis e documentação de qualquer natureza, atos e contratos.

Cumpre às sociedades prestar tôda e qualquer informação que lhes seja exigida, verbalmente ou por escrito.

Os documentos e informações serão tratados em caráter estritamente confidencial.

XXX

A recusa, a criação de embaraços e a divulgação ou o fornecimento de informações falsas serão punidos pela forma prescrita nesta Portaria.

XXXI

A responsabilidade dos administradores das sociedades de que trata esta Portaria, se equipara à dos diretores de Bancos para os efeitos da lei.

XXXII

As sociedades de crédito e financiamento e as de investimentos são obrigadas a enviar à Superintendência da Moeda e do Crédito, até o último dia útil do mês seguinte, cópia do balancete do mês anterior, do balanço anual ou semestral e demonstração da conta de lucros e perdas, e as provas de publicação dos relatórios e atas de assembléias gerais ordinárias dentro em trinta (30) dias da data da realização destas.

CAPÍTULO VI

Disposições gerais e transitórias

XXXIII

As sociedades de crédito e financiamento e as de investimentos mencionarão expressamente em tôda a sua publicidade o respectivo capital realizado e as reservas.

XXXIV

As sociedades de que trata esta Portaria, já em funcionamento no país, reger-se-ão também pelas disposições nela contidas, às quais

deverão adaptar-se dentro em quatro (4) meses, exceto no que se relaciona ao limite mínimo de capital (item V) e ao disposto na primeira parte do item VI desta Portaria, cujo prazo de adaptação será de 18 meses, cabendo à Superintendência da Moeda e do Crédito dirimir aos casos de dúvida.

XXXV

A designação de sociedade de crédito e financiamento ou de investimentos é privativa das sociedades sujeitas ao regime prescrito nos Decretos-leis ns. 7.583 e 9.605, de 25 de maio de 1945 e 16 de agôsto de 1946, e nesta Portaria, sendo obrigatório o uso das palavras — crédito, financiamento, investimentos — nas respectivas denominações sociais, conforme sejam seus objetivos.

XXXVI

Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

XXXVII

Revogam-se as disposições em contrário, inclusive a Portaria n.º 88, de 8-6-45, no que colidir com a presente. — SEBASTIÃO PAIS DE ALMEIDA".

COMENTÁRIOS

Publicada no "Diário da Justiça" de 1 de dezembro de 1959, pág. 25.152, a portaria aqui transcrita, o Professor WALDEMAR FERREIRA publicou no "O Estado de S. Paulo", de 6 de dezembro de 1959, o trabalho, a seguir reproduzido, sob o título — "As sociedades de crédito e a inconstitucionalidade do projeto n.º 309, da SUMOC", que tanta repercussão alcançou no mundo jurídico e dos negócios.

Tem-se, nesse trabalho, o mais autorizado comentário daquele ato ministerial, a saber:

1 — Ainda quando o Presidente da República eleito e empossado se achava munido de poderes discricionários, aprouve-lhe, pelo Decreto n.º 7.583, de 25 de maio de 1945, criar as sociedades de crédito, financiamento e investimentos; e podia criá-las porque em suas mãos enfeixava também o poder legislativo, enquanto a Assembléia Nacional Constituinte não concluisse a sua missão histórica.

Legislou o Presidente da República sôbre matéria de tanta magnitude com sovinice simplesmente espantosa. Não conceituou aquelas sociedades. Não lhes traçou a armadura.

Lançou três princípios, dignos de nota.

O primeiro foi o de que tais sociedades não poderiam gozar das prerrogativas e vantagens previstas na legislação referente à Caixa de Mobilização e Fiscalização, nem se subordinariam aos dispositivos dos arts. 5.º e 6.º do Decreto-lei n.º 6.419, de 13 de abril de 1944, alterado pelo Decreto-lei n.º 6.541, de 29 de maio de 1944.

O segundo foi que elas não poderiam receber depósitos.

O terceiro se cifrou no de que elas poderiam se organizar com capitais nacionais e estrangeiros.

2 — Sob a égide dêsses princípios, as sociedades recém-criadas se entrosariam no sistema societário do país, de acôrdo com as conveniências dos que as organizassem, em pleno regime de liberdade contratual.

Se a mais se não aventurou o ato legislativo do Presidente da República, naturalmente isso aconteceu no pressuposto de que o regime legal do país bastaria de sobejo para o novo tipo societário.

3 — Sem embargo, o diploma legislativo preceituou que a constituição e funcionamento daquelas sociedades obedeceriam a normas especiais que fôssem expedidas pelo Ministro da Fazenda, por proposta da Caixa de Mobilização e Fiscalização Bancária.

Teria o Presidente da República, por efeito de delegação, declinado de seu poder de legislar, para o conferir ao seu Ministro da Fazenda, com a coadjuvança daquela repartição pública, sua subordinada?

A resposta afirmativa destoaria até do sentido da própria lei constitucional então vigente; e assim o entendeu o Ministro da Fazenda quando fez expedir a Portaria, com as instruções ao depois expedidas e sob cujo regime as sociedades de crédito se organizaram e estão funcionando, contendo-se dentro dos dispositivos legais vigentes.

Pouco alterou o sistema o subsequente Decreto-lei n.º 9.603, de 25 de maio de 1945, com as instruções, que ensejou, mas que também não se excederam, não fazendo nenhuma inovação legislativa, que era incabível.

4 — De tal modo e tão variadamente proliferaram as sociedades de crédito, financiamento e investimentos, de acôrdo com os padrões estrangeiros, norte-americanos principalmente, que ùltimamente se entrou a reclamar medidas de ordem jurídica acerca da constituição e funcionamento dos fundos de participação, fundos de aceitação, condomínios abertos e outros organismos congêneres.

Providência dêsse porte sòmente poderia advir, como é de imaginar, de lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, por ter cessado, com o advento da Constituição de 1946, o regime discricionário, que vegetaria à sombra da ditadura e com esta se extinguiu.

Como, a despeito disto, e por tremendo paradoxo histórico, o que vigora no país é o regime democrático, no político, e, no econômico, ditadura financeira exercida pelo Banco do Brasil S. A., por suas carteiras e departamentos colaterais, mercê da qual êle se acha investido de atribuições que suplantam as do Presidente da República e deixam na penumbra os específicos do Congresso Nacional — apelou-se para a Superintendência da Moeda e do Crédito, ou seja a SUMOC, Toda Poderosa, para, com as suas adúlteras instruções, legislar sôbre as sociedades de crédito, financiamento e investimentos.

E ela projetou instruções a serem submetidas ao Ministro da Fazenda.

5 — Existe porém, no aparelhamento estatal brasileiro, órgão de natureza técnica, assaz desconhecido, quase tanto como seu funcionamento — o Conselho Nacional de Economia, cujos membros se elegem de entre cidadãos de notória competência em assuntos econômicos e aos quais incumbe estudar a vida econômica do país e sugerir ao poder competente as medidas que considerar necessárias.

A êsses economistas se submeteu o projeto de regulamentação jurídica das sociedades de crédito, financiamento e investimento, elaborado pela Superintendência da Moeda e do Crédito; êles levantaram problema preliminar, qual o de saber se tal regulamentação, quanto à forma jurídica do ato, deveria partir do Presidente da República, por via de decreto; do Ministro da Fazenda, por meio de Portaria; ou da SUMOC, mediante Instruções.

Circunscreveu-se o problema jurídico da forma do ato aos catetos daquele triângulo, em cujos angulos se colocaram aquelas três autoridades.

O debate dos economistas foi vivaz, qual se depreende do longo parecer que se divulgou pela imprensa.

"Os que — argumentaram os conselheiros — sugeriram a expedição de decreto executivo, partem do fundamento de que o art. 37, n.º I, da Constituição Federal, cabe ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, e que os dispositivos sôbre as sociedades em tela integram duas leis.

"Vinculam-se os que preferem a forma de portaria do Ministro da Fazenda ao art. 2.º do Decreto-lei n.º 7.593, que dispõe: "a constituição e o funcionamento das sociedades de que trata o artigo precedente obedecerão às normas que forem expedidas pelo Ministro da Fazenda, por proposta da Caixa de Mobilização e Fiscalização Bancária (A Fiscalização Bancária integra hoje a SUMOC).

"A idéia de instrução do Conselho da SUMOC é defendida com base no art. 3.º do Decreto-lei n.º 9.603, que assim estatui: "Fica a SUMOC autorizada a regular, por meio de instruções, a aplicação dêste decreto-lei".

"Uma vez que os citados decretos-leis fazem menção às autoridades que devem baixar normas complementares, não há necessidade de recorrer-se ao decreto executivo.

"Resta, pois, verificar se deve ser "portaria do Ministro da Fazenda" ou "instrução da SUMOC".

"O art. 2.º do Decreto-lei n.º 7.533 não foi revogado pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 9.603, porque a competência da SUMOC ficou restrita à matéria do Decreto-lei n.º 9.603, sem afetar a competência generalizada do Ministro da Fazenda para baixar as normas que disciplinam a constituição e o funcionamento das sociedades em referência, "ex vi" do Decreto-lei n.º 7.583.

"Assim, parece ao Conselho que o mais acertado será a portaria ministerial com base em proposta do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, pela possível existência, na regulamentação, de matéria filiada ao Decreto-lei n.º 9.603".

6 — Ora, o Conselho não cuidou do problema em sua verdadeira posição. Não lhe ocorreu indagar se, com a vigência da Constituição de 1946, aquela delegação de poder quer à Superintendência da Moeda e do Crédito, quer ao Ministro da Fazenda, ainda estava em vigor; ou se, ao contrário, tinha cessado aquela prática do regime ditatorial

extinto. Não lhe ocorreu outra indagação de maior tomo, qual a de verificar se, existindo, agora, o Poder Legislativo, confiado ao Congresso Nacional, não seria o caso de encaminhar o projeto elaborado pela Superintendência da Moeda e do Crédito, por mensagem do Presidente da República, à Câmara dos Deputados, nos têrmos do art. 67 da Constituição.

Êsse era o grão problema, o maior de todos, pela razão de que se, pelo disposto no art. 5.º, da Constituição, n.º XV, "a" cabe à União *legislar* sôbre "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho", também lhe cabe, pelo dito na letra "k" do mesmo artigo e número, *legislar* sôbre "instituições de crédito, câmbio e transferência de valores para fora do país".

Em face dêsse dispositivo, preclaro, porque explícito, não podiam os membros do Conselho Nacional de Economia esquecer, se não o olvidaram intencionalmente, que, tratando-se de "instituições de crédito" e também de "direito comercial" por se revestirem da forma de sociedade, a regulamentação, que fizera objeto de suas cogitações, sòmente se poderia fazer por lei.

Portaria de Ministros, como Instrução da SUMOC, não é lei.

E, como dispõe o art. 141, § 2.º, da Constituição, "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

7 — "Portaria", ensina *Carlos Maximiliano*, nos "Comentários à Constituição Brasileira", Rio, 1948, vol. II, pág. 272, n.º 401, é o documento do qual o secretário de Estado "se utiliza para nomear, demitir, suspender, reintegrar ou licenciar um empregado, conferir ou retirar uma comissão".

Se o que se pretendia era *regulamentar* as sociedades de crédito, de acôrdo e para cumprimento das leis, que sôbre elas dispuseram, a *portaria* não era, nem é, o documento indicado, mas sim o *decreto*, expedido pelo Presidente da República.

Compete, privativamente, ao Presidente, na forma do art. 97, n.º I, da Constituição, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis "e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução".

Eis estabelecido que, em face do texto constitucional, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, fazer a lei.

Sancionada, é da competência do Presidente da República promulgá-la, fazê-la publicar e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos.

Se, no tocante às sociedades de crédito, financiamento e investimentos, o que se desejava é que elas tivessem novo regulamento, por que as leis, que as haviam criado, não se estivessem a executar fielmente, a providência adequada deveria emanar do Presidente da República.

Se todavia regulamento existe, mas as autoridades não o cumpriam integral e fielmente, caberia então ao Ministro da Fazenda, como está expresso no art. 91, n.º II, da Constituição, "expedir instruções para a boa execução das leis, decretos e regulamentos".

Traçou a Constituição, como se vê, a hierarquia jurídica, mui sucintamente:

a) a elaboração da lei, ao Congresso Nacional;

b) a sanção, promulgação e publicação da lei, ao Presidente da República, com a expedição de *decretos* e *regulamentos*, para sua fiel execução;

c) a expedição de Instruções, para a boa execução das leis, decretos e regulamentos, aos Ministros de Estado.

É de notar, quanto às leis, que estas são de duas categorias: as da competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, sôbre as matérias enumeradas no art. 65; e as de competência exclusiva do Congresso Nacional (sem sanção do Presidente da República), sôbre as matérias discriminadas no art. 66, êstes dois artigos da Constituição.

Como se vê, não existe, na Constituição, lugar para a competência legislativa, regulamentária ou instrucional da SUMOC, ou de qualquer outra autarquia ou repartição pública: as *instruções*, que esta continua a expedir a jacto, como tais, são da competência do Ministro da Fazenda, ao qual ela é diretamente subordinada, e como *regulamentos* são da competência do Presidente da República.

Assim deveria, e deve ser; mas o cachimbo da ditadura deixou torta a boca — do Brasil? não: da República...

8 — É inevitável, diante da lógica jurídica, a inconstitucionalidade da Portaria n.º 309, de 30 de novembro de 1959, pela qual o Ministro da Fazenda, em verdade, não expediu *Instruções* apenas, mas *legislou* sôbre as sociedades de crédito, financiamento e investimento, criando *direito novo*, o que sòmente poderia ser da competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.

9 — De entrada, no segundo item, a portaria estabelece que "as sociedades de que trata esta portaria se organizarão sob a forma anônima, e observarão, nos atos preliminares de sua constituição, todos os dispositivos legais e regulamentares aplicáveis etc.".

Eis a portaria a legislar sôbre direito comercial, o que é da competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.

Estabelecer quais as sociedades que, por seu objeto, devam revestir a forma da sociedade anônima, é matéria de lei, não de portaria ministerial. Era preciso que a lei, não tivesse disposto a tal respeito, o que não aconteceu, pois nenhuma lei sôbre tal matéria dispôs, para que o ministro pudesse expedir *instruções* para a fiel execução da lei.

Assim, o item quarto deveria dizer que "no exercício de suas atividades poderão as sociedades de crédito e financiamento e as de investimentos operar por conta própria ou de terceiros, respeitado o disposto na lei", e não, como lá está, "nesta portaria".

É que a lei não dispôs a êsse respeito; e a portaria o fez, restringindo direitos.

10 — No concernente ao capital, a portaria erigiu no item V a regra de que as sociedades, a que ela se referiu, não estão sujeitas a limite mínimo de capital ou operarem com recursos de terceiros, residentes ou não no país. Em casos tais, dispôs, o capital mínimo exigível será o fixado nos têrmos do art. 5.º do Decreto-lei n.º 6.419, de 13 de abril de 1944, com as modificações do Decreto-lei n.º 6.541, de 29 de maio de 1944, para os estabelecimentos que operam em todo o território nacional.

E passou a definir o que sejam "recursos de terceiros", entrando em matéria que reclama providência legislativa, quer quanto a isso, quer quanto à limitação de capital, de que não cuidaram os dispositivos legais que criaram as sociedades de crédito, financiamento e investimentos.

11 — Entrou a Portaria em matéria nìtidamente contratual, como as reguladoras das operações daquelas sociedades com seus clientes, fazendo restrições de direitos insignes.

Dessa natureza é o preceito do item IX, vedando-lhes "realizar operações ativas — inclusive as de negociação ou recebimento de garantia, de títulos cambiários — a prazo inferior a seis meses; nem operações passivas, de natureza exigível, a prazo inferior a doze meses.

12 — Seria alongar excessivamente êste trabalho, entrar, pormenorizadamente, no exame de todos os itens pelos quais a portaria *legislou,* efetivamente, criando direito novo, chegando ao ponto de legislar até sôbre direito penal.

Nesse particular, é curioso salientar que ela legislou até sôbre a responsabilidade dos administradores das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, a fim de equipará-la à dos diretores de bancos, como se tal pudesse acontecer por via de simples instruções ministeriais.

13 — O problema, que a portaria resolveu, é dos de maior relevância; e tem sido, recentemente, regulado em não poucos países estrangeiros, mas "por lei".

Era o que se deveria ter feito, pela nulidade manifesta, de pleno direito, do meio impróprio de que se lançou mão.

Se a intenção foi boa, a execução dela não o foi; e tudo aconselha que se emende à mão e que se submeta a portaria, como projeto da lei, à Câmara dos Deputados.

WALDEMAR FERREIRA

MAX LIMONAD — EDITOR DE LIVROS DE DIREITO
Rua Quintino Bocaiuva, 191 - 1.º and. - S. Paulo - Tel. 35-7393

A CRISE DO DIREITO — ORLANDO GOMES — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

A DECADÊNCIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO — NICOLAU NAZO — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

CÓDIGOS com a legislação suplementar e índices alfabéticos remissivos: — Dos Menores, Florestal, de Águas, Brasileiro do Ar, de Pesca, de Minas, de Caça, de Águas Minerais e da Propriedade Industrial — CARLOS E. BARRETO — Em um vol. enc.: Cr$ 280,00.

Processo Civil — JOSÉ G. R. ALCKMIN.

Penal — DARCY A. MIRANDA.

Processo Penal — DARCY A. MIRANDA.

— Cada código em broch. Cr$ 100,00 — Enc. Cr$ 160,00.

Consolidação das Leis do Trabalho — HELIO M. GUIMARÃES — Em broch.: Cr$ 180,00 — Enc.: Cr$ 240,00.

Constituição Federal de 1946 — CARLOS E. BARRETO — Em broch.: Cr$ 140,00 — Enc.: Cr$ 200,00.

Constituições Federais (1824, 1891, 1934, 1937 e 1946) — CARLOS E. BARRETO — Em broch.: Cr$ 170,00 — Enc.: Cr$ 230,00.

CÓDIGO DE IMPOSTOS E TAXAS - Est. de S. Paulo - (2.ª edição) — Legislação de 1960 - Comentários ampliados e atualizados - Interpretação do Código pelos julgados dos Tribunais inclusive do Supremo Tribunal Federal - Consultas e respostas do Departamento de Receita - Tabelas - Modelos dos Livros e Formulários — YLVES J. DE MIRANDA GUIMARÃES — Obra de 978 págs. em 2 tomos encs.: Cr$ 1.320,00.

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — MÁRIO MASAGÃO (em 2 tomos) — Cada tomo enc.: Cr$ 280,00.

DA RECONVENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO (2.ª tiragem) — MOACYR AMARAL SANTOS — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

DAS AÇÕES COMINATÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO — (2.ª tiragem) — MOACYR AMARAL SANTOS — Em 2 tomos encs.: Cr$ 760,00.

DESTINAÇÃO DE IMÓVEIS — PHILADELPHO AZEVEDO (Notas da nova legislação por JOSÉ G. R. ALCKMIN) - Natureza do imóvel - Dependência entre imóveis, anterior à sua utilização - Dependência entre imóveis, posterior à sua utilização - Servidão por destino do proprietário - Propriedade por andares ou apartamentos - Vizinhança - Locação - Conclusão — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

(Continuação no fim do volume)

DIREITO CONSTITUCIONAL — A. DE SAMPAIO DORIA (4.ª edição revista) — Vol. 1.º: Preliminares - Liberdade e autoridade - O Estado - Regimes fundamentais - Bases das organizações políticas - Leis constitucionais - Estrutura do Estado: Separação de poderes - Regime representativo — Em 2 tomos encs.: Cr$ 740,00.

Vols. 2.º, 3.º e 4.º — Comentários à Constituição Federal de 1946 (artigo por artigo) com a Legislação suplementar — Cada vol. enc.: Cr$ 370,00.

DIREITO PENAL (Crimes contra a pessoa — arts. 121 a 146) — EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA — Em um vol. enc.: Cr$ 390,00.

DIVISÕES — DEMARCAÇÕES — TAPUMES — TITO LIVIO PONTES — **Parte 1.ª** - Doutrina: Disposições preliminares (arts. 415 a 421) - Das ações de divisão e demarcação (arts. 422 a 440) - Disposições peculiares à divisão (arts. 441 a 446) - Disposições peculiares à demarcação (arts. 447 e 448) - Disposições gerais (arts. 449 e 450) - Divisão e demarcação em seguimento ao processo de partilha (arts. 515 e 516) - Das ações para construção e conservação de tapumes e para indenização de parede ou tapume divisório - Dos recursos nos processos divisórios e demarcatórios. **Parte 2.ª** - Ementário da jurisprudência. **Parte. 3ª** - Roteiro da divisão - Roteiro da demarcação - Roteiro da divisão e demarcação sumaríssima. **Parte 4.ª** - Formulários. Legislação — Em um vol. enc.: Cr$ 420,00.

DOS DEFEITOS DOS ATOS JURÍDICOS — SÍLVIO RODRIGUES — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

EXEGESE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — ANTÔNIO PEREIRA BRAGA — Interpretação e jurisprudência dos arts. 1.º a 52 — Em 4 vols. encs.: Cr$ 830,00.

FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS — ELSON G. GOTTSCHALK — **Parte geral e teórica** — Introdução — Os nossos pioneiros — As razões fundamentais de sua existência — As férias como direito e como dever — O lazer operário e seu útil aproveitamento — As férias na legislação pátria. — **Parte prática** — Das férias — Do direito a férias — Da duração das férias — Da concessão e da época das férias — Da remuneração — Disposições gerais — Disposições especiais — Legislação — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO — WALDEMAR FERREIRA — Em um vol. enc.: Cr$ 260,00.

HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO — WALDEMAR FERREIRA — (3.º e 4.º vols.) — vol. enc.: Cr$ 260,00.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO COMERCIAL — WALDEMAR FERREIRA — 2.º tomo do 1.º vol. - O Estatuto da Sociedade Mercantil — Tomo enc.: Cr$ 480,00. 2.º vol. - O Estatuto do Estabelecimento Comercial — Vol. enc.: Cr$ 370,00. 3.º vol. - O Estatuto das Obrigações e os Títulos de Crédito — Em 2 tomos encs.: Cr$ 740,00.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL — BASILEU GARCIA — Vol. 1.º: Parte Geral (4.ª edição revista). Em 2 tomos encs.: Cr$ 820,00.

INTERPRÉTAÇÃO DAS LEIS PROCESSUAIS — EDUARDO J. COUTURE — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL — WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA — Vol. 1.º — Comentários aos arts. 1.º a 5.º — Vol. enc.: Cr$ 420,00. Vol. 2.º — Comentários ao art. 6.º, de acôrdo com a Lei n.º 3.328, de 1-8-1957 — Em 2 tomos encs.: Cr$ 740,00.

LOCAÇÃO PREDIAL URBANA (2.ª edição atualizada e completada) — LUIZ A. DE ANDRADE e J. J. MARQUES FILHO — Em 2 tomos encs.: Cr$ 820,00.

O CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS — JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

O CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO — JOÃO BERNARDINO GONZAGA — Teoria do Fato — Conduta — Resultado — Relação de causalidade material — Desenvolvimento histórico — O crime de omissão de socorro — Os pressupostos materiais da conduta típica — Elemento material — Elemento subjetivo — Consumação e tentativa — Causas justificativas — Sanções — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

O DIREITO E A VIDA DOS DIREITOS — VICENTE RÁO — O Direito: 1.º vol. (reedição - quinto milheiro) - Noções gerais - Direito positivo - Direito objetivo — Em 2 tomos encs.: Cr$ 840,00. 2.º vol. — Direito subjetivo: Teoria geral do direito subjetivo - Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos — Em um vol. enc.: Cr$ 420,00.

O FURTO E O ROUBO — MARIO HOEPPNER DUTRA — Princípios gerais - Furto - Furto qualificado - Roubo - Imunidades penais — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

PRINCÍPIOS DE DIREITO CIVIL — LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (com amplas referências ao direito brasileiro) - Parte Geral - Dos Direitos Reais ou Direitos sôbre as Coisas - Direito das Obrigações - Direito de Família - Direito das Sucessões — Em 3 vols. encs.: Cr$ 1.080,00.

PROBLEMA DA CAUSA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO — PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO — Em um vol. enc.: Cr$ 300,00.

PROBLEMAS E NEGÓCIOS JURÍDICOS — ANTÃO DE MORAIS — Direito Constitucional, Administrativo, Internacional Privado, Penal Disciplinar e Processual Civil) — Em 1 vol. enc.: Cr$ 360,00.

PROVA JUDICIÁRIA NO CÍVEL E COMERCIAL — MOACYR AMARAL SANTOS — (2.ª edição revista e atualizada - Obra laureada 3 vêzes com o 1.º prêmio pelo Instituto dos Advogados de São Paulo) - 1.º vol.: Parte Geral - 2.º vol.: Da Confissão - 3.º vol.: Das Testemunhas - 4.º vol.: Dos Documentos - 5.º vol.: Exames Periciais, Presunções e Indícios — Cada vol. enc.: Cr$ 420,00.

RECURSOS TRABALHISTAS — ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — Recursos em Geral — Sistema Brasileiro Vigente no Direito Processual Civil — Elementos Comuns aos Recursos — Recursos Trabalhistas — A Ação Rescisória Trabalhista — Embargos — Recurso Ordinário — Agravos — Recurso de Revista — Prejulgado — Recurso Extraordinário — Legislação — Conceito, Natureza e Importância da Justiça do Trabalho — As Custas Trabalhistas e os Juízes Comuns — Inconstitucionalidade. — Obra em 2 tomos encs.: Cr$ 600,00.

REPERTÓRIO DAS CORREIÇÕES — NELSON NOGUEIRA — Despachos e provimentos da Corregedoria Geral da Justiça e acórdãos do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo — Em 1 vol. enc.: Cr$ 220,00.

REPERTÓRIOS DE JURISPRUDÊNCIA (Acórdãos dos Tribunais inclusive do Supremo Tribunal Federal, selecionados e agrupados pelos artigos dos Códigos possibilitando imediata verificação da interpretação pelos tribunais dos mesmos).

Código Civil: de arts. 1.º a 179 - **Introdução e Parte geral** - em 2 vols. - V. DE CASTRO GARMS.

— de arts. 180 a 484 - **Direito de Família** - em 2 vols. - DIMAS R. DE ALMEIDA.

— de arts. 485 a 862 - **Direito das Coisas** - em 2 vols. - JOSÉ G. R. DE ALCKMIN.

— de arts. 863 a 1.571 - **Direito das Obrigações** - em 4 vols. - respectivamente: ERYX DE CASTRO, FRANCISCO F. DE CARVALHO, DIMAS R. DE ALMEIDA e ALCEU C. FERNANDES.

— de arts. 1.572 a 1.807 - **Direito das Sucessões** - em 2 vols. - DIMAS R. DE ALMEIDA — Cada obra, em 2 vols. encs.: Cr$ 880,00.

Código de Processo Civil: **Jurisprudência de Processo Civil** (1957-1958) de arts. 1.º a 1.052 — Em 3 vols. — DIMAS R. DE ALMEIDA, JOSÉ G. R. ALCKMIN e JURANDYR NILSSON.