

AG 2.1.15.288-1

DRs.

ESTEVAM DE ALMEIDA  
 JOAO ARANHA NETO  
 TACITO DE ALMEIDA  
 P.A. DE SOUZA LIMA  
 Advogados  
 Rua Boa Vista, 13, 3º Andar  
 São Paulo

PELOS            REOS            EMBARGADOS

O objecto do presente executivo é um DÉBITO UNICO, sobre o qual versam, entretanto, DOIS CONTRACOTS diferentes.

O primeiro contracto é HYPOTHECARIO. A firma commissaria CERQUINHO, RINALDI & CIA., posteriormente F. RINALDI & CIA., devia ao BANCO embargante, em 20 de junho dâ 1923, a importancia de 6.742:000\$000. E, nessa mesma data, por escriptura publica, o Dr. FRANCISCO DE NEGREIROS RINALDI, declarando-se solidariamente responsavel pelas obrigações da FIRMA, outorgou ao credor HYPOTHECA de varios immoveis de sua exclusiva propriedade.

O segundo contracto é de CONTA-CORRENTE. Logo no di immediato ao da formação do primeiro contracto, o BANCO abriu á FIRMA uma conta corrente, vivamente movimentada a seguir, por força de diversas operações, estabelecendo-se entre as partes verdadeiro CONTRACTO DE CONTA CORRENTE, com remessas reciprocas de debito e credito.

O primeiro contracto tem sua prova na propria escriptura de constituição da hypotheca, a fls 5

-2-

O segundo contracto tem sua prova na propria caderneta expedida pelo BANCO, a fls.181 e segs., e no extracto da CONTA CORRENTE, a fls.785 e segs.

E quanto a versarem os dois contractos - o HYPOTHECARIO e o de CONTA CORRENTE -sobre o MESMO DEBITO, o facto não admite discussão: na escriptura hypothecaria, a divida confessada é de 6.742:000\$000, exactamente a importancia da primeira verba inscripta pelo BANCO na CONTA CORRENTE a fls.785.

-0000000000-

Até aqui, a divergencia entre os litigantes gyra exclusivamente em torno da NATUREZA e da PROVA do segundo contracto. Quanto á sua EXISTENCIA, a discordancia inicial provocada pelo BANCO não existe mais. E' o proprio BANCO, pela penna de seu illustre patrono, que o confessa, a fls.1.381:

" E' FÓRA DE DUVI-

DA QUE; NO MESMO DIA EM QUE FOI ENCERRADA A CONTA GERAL E, NO MESMO DIA EM QUE FOI OUTORGADA A ESCRIPTURA DE MUTUO E HYPOTHECA, UM SE - GUNDO CONTRACTO FOI CONVENCIONADO..."

Por conseguinte, para dar sequencia logica á exposição, cumpre, preliminarmente, apurar si têm cabimento as duvidas suscitadas em relação á NATUREZA e á PROVA do segundo contracto.

#### NATUREZA DO SEGUNDO CONTRACTO

Desde o inicio do executivo, ao articular seus embargos a fls.135 e segus., vêm os embargados sustentando, com segurança, que o segundo contracto é um CONTRACTO DE CONTA CORRENTE, OU CONTA CORRENTE CONTRACTUAL, cuja característica inconfundivel é precisamente a alludida RECIPROCIDADE DE REMESSAS DE VALORES, EM

-3-

## ARTIGOS DE CREDITO E DEBITO.

Não se apresentou com a mesma firmeza o BANCO embargante. A principio chegou mesmo a NEGAR A EXISTENCIA do segundo contracto. Precisava dizer alguma coisa sobre as varias e distinctas verbas de DEBITO e CREDITO, lançadas na conta corrente com a FIRMA, e lembrou-se do seguinte: "Trata-se de uma CONTA PURO INSTRUMENTO GRAPHICO, SEM A MINIMA INFLUENCIA NAS VERBAS QUE A CONSTITUEM..." (item 26º da contestação). Depois, não se sentindo bem com a explicação, cuidou de procurar outra e imaginou esta saída: "A conclusão do exame que acabamos de fazer é a de que a conta em questão é meramente uma CONTA DE "DEVE E HAVER", na qual foram escripturadas multiplas operações...." ( fls. 1.111, v.).

Percebendo, entretanto, a fragilidade dessas evasivas, isto é, que não seria licito cogitar NEM DE CONTA CORRENTE SIMPLES, OU CONTA BANCARIA, NEM DE MERA CONTA DE "DEVE E HAVER" (e a demonstração cabal disso acha-se a fls. 1.202 e 1.203), resolveu afinal confessar, como vimos, que se tratava realmente de um CONTRACTO NOVO....

Mas não lhe convinha dar "inteiramente" o braço a torcer. Si já não podia negar a EXISTENCIA do novo contracto, era-lhe mister encontrar um meio de não accital-o como contracto de conta corrente... E, como o Dr. RINALDI, ao depôr na causa, houvesse falado em "abertura de credito", resolveu logo explorar o caso a seu modo:

"Este - o segundo contracto - constituido verbalmente, CONSISTE INQUESTIONAVELMENTE NA ABERTURA DE CREDITO, a fim de ficar a FIRMA RINALDI habilitada a saccar, de accordo com suas futuras necessidades, entregando, para garantia dessa conta, os conhecimentos ferrovia-

-4-

rios de café..." (fls. 1.361).

E ainda agora, no item 15º de seus embargos, volta novamente a falar em **CONTRACTO DE ABERTURA DE CREDITO.....**

Esse empenho do BANCO em afastar-se por completo da realidade, para negar que o contracto celebrado seja o de **CONTA CORRENTE**, redunda, porém, em esforço inutil e contraproducente. Vejamos.

ESFORÇO INUTIL - As linhas divisorias entre a **CONTA CORRENTE CONTRACTUAL** e o contracto de **ABERTURA DE CREDITO EM CONTA CORRENTE** não têm sido claramente reconhecidas pela nossa jurisprudencia, segundo observa **PAULO DE LACERDA** (Abertura de Credito, nº93 ). Mesmo no direito e na jurisprudencia estrangeira, é grande, nesse particular, a confusão reinante.

Um dos mais apreciados monographistas do assumpto, **GUIDO REZZARÁ**, já citado por **CARVALHO DE MENDONÇA** pelos trabalhos publicados na Rivista di Diritto Commerciale ( 1909, II, 80 ) , refere, em obra recente, que no direito italiano a materia não se acha ainda regulada, existindo apenas disposições de ordem fiscal vacillantes e notando-se em toda a parte incertezas e erros devidos á "promiscuidade dos nomes dados aos dois contractos" ( Della apertura di credito in conto corrente, ed. de 1926). E a seguir, indicando os traços differenciaes mais accentuados, salienta que "**NELL'APERTURA DI CREDITO SONO SEMPRE UNILATERALI E CIOE SEMPRE E UNICAMENTE DA PARTE DELL'ACCREDITANTE; CARATTERISTICA DEL CONTO CORRENTE E INVECE LA LORO RECIPROCITA...**" ( nº 83 ).

Limitamo-nos a essa citação, para não abusar da paciencia e da attenção do **EGREGIO TRIBUNAL** e para frisar como, por ella, limpidamente se poderá constatar que o contracto em exame nos

-5-

autos é realmente um contracto de CONTA CORRENTE. Si, com efeito, na abertura de credito AS REMESSAS SÃO SEMPRE UNILATERAES, isto é, SEMPRE E UNICAMENTE DA PARTE DO CREDITADOR, como cogitar de ABERTURA DE CREDITO, em face da CONTA CORRENTE entre o BANCO e a FIRMA, onde AS REMESSAS ERAM BILATERAES, isto é, TANTO DA PARTE DE UM COMO DE OUTRO CORRENTISTA ?

ESFORÇO CONTRAPRODUCENTE - Querendo mostrar a não occorrença, no caso, dos caracteristicos da CONTA CORRENTE CONTRACTUAL, o BANCO invoca a lição de CARVALHO DE MENDONÇA, lição que - afirma - "em poucas palavras abrange todo o instituto...." E, com ligeiras alterações (fls. 1.354, v.), reproduz as palavras do grande commercialista:

"Existe o CONTRACTO DE CONTA CORRENTE, quando duas pessoas convencionam formar massa homogenea de todas as suas operações consistentes em remessas reciprocas de valores, remessas que, perdendo a sua individualidade propria, se transformam em ARTIGOS DE DEBITO E CREDITO, de modo que o SALDO FINAL, resultante desses dois artigos, seja unicamente o exigivel por aquelle que neste balanço se torna credor..."

Ora, como brilhantemente demonstrou o insigne desembargador DR. PHILADELPHO CASTRO, na declaração de voto, ao ser decidida a appellação ( "Estado de S.Paulo", ed. de 18 de maio p.p.), na hypothese dos autos apparecem justamente todos os elementos decorrentes da noção enunciada, constitutivos do CONTRACTO DE CONTA-CORRENTE, a saber: a) REMESSA DE VALORES, já pura e simples, já condicional, b) TRANSFORMAÇÃO DAS REMESSAS EM ARTIGOS DE DEBITO E CREDITO e c) VERIFICAÇÃO DE UM SALDO FINAL...

-6-

## ( a ) REMESSAS DE VALORES:

" Quem ler com atenção - escreve o eminente Dr. MANUEL VILLABOIM a fls. 1.322 - a longa série de lançamentos a fls. 785 e seguintes, transcriptos dos livros do Autor e constituindo a conta corrente entre o Autor e os Réos nesta acção, verá desde logo uma série de remessas de uma e outra parte - DO AUTOR , PARA PAGAMENTO DE CHÉQUES DOS RÉOS; DESTES, POR DEPOSITOS EM DINHEIRO ENTREGUES DIRECTAMENTE, POR ENTRADAS DE TERCEIROS SEUS DEVEDORES PARA AS CAIXAS DO AUTOR, POR TITULOS DESCONTADOS E OUTROS .....

" Esta série de remessas se estende por um longo espaço de tempo, attingindo a cifras avultadissimas, desde a primeira parcella de debito em 21 de junho de 1923 ( fls. 785 ), até 1º de setembro de 1924 ( fls. 808 )".

## ( b ) TRANSFORMAÇÃO DAS REMESSAS:

Basta passar os olhos pelas cadernetas ou pelo extracto da conta corrente, para verificar que TODAS AS REMESSAS ERAM TRANSFORMADAS EM ARTIGOS DE DEBITO E CREDITO. Em artigos de DEBITO DOS RÉOS, as REMESSAS FEITAS PELO AUTOR PARA PAGAMENTO DE CHÉQUES... Em artigos de CREDITO DOS MESMOS RÉOS, as REMESSAS FEITAS A DEBITO DO AUTOR, POR DEPOSITOS, ENTRADAS DE TERCEIROS DEVEDORES, TITULOS DESCONTADOS, ETC.

## ( c ) VERIFICAÇÃO DO SALDO FINAL:

Pela maneira com que eram escripturadas as operações na conta-corrente, torná-

-7-

ra-se impossivel destacar da conta esta ou aquella verba, para fundamento de qualquer pedido. As remessas entrelaçaram-se e fundiram-se de tal fórma que A VERIFICAÇÃO DO SALDO FINAL, PELO BALANÇO DOS ARTIGOS DE DEBITO E CREDITO, CONSTITUIA O MEIO UNICO PARA A DETERMINAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES DE UM OU DE OUTRO CORRENTISTA.

Como se vê, a enaltecida lição de CARVALHO DE MENDONÇA não foi muito proficua ao sagaz discipulo ....

Mas não é só. Si contraproducente é o esforço do BANCO, ao pretender afastar dos autos a hypothese da CONTA CORRENTE CONTRACTUAL, não o é menos o esforço com que procura attrahir os adversarios para o embate na arena juridica do CONTRACTO DE ABERTURA DE CREDITO. Nas razões de primeira instancia, com effeito, reproduziram os embargados as conclusões de um parecer da lavra de PAULO DE LACERDA, a evidenciar que, EMBÓRA SE TRATASSE DE UMA ABERTURA DE CREDITO EM CONTA CORRENTE, a solução da demanda continuaria a ser de todo desfavoravel ao BANCO ...

#### PROVA DO SEGUNDO CONTRACTO

Impossibilidade de negar a existencia do segundo contracto e de occultar, nelle, os inconfundiveis caracteristicos do CONTRACTO DE CONTA CORRENTE, pretende o BANCO que as cadernetas e o extracto da conta são elementos insufficientes para a PROVA desse contracto. Para elle, tal PROVA sómente de convenção expressa se deduz ...

Mas o erro é manifesto. Todo mundo sabe que o contracto de conta corrente NÃO É CONTRACTO FORMAL, MAS PURAMENTE CONSENSUAL. A lei não lhe impõe fórma determinada, escriptura pu-

-8-

blica ou particular, solemnidades, sacramentos ..... Sua vida demonstra-se pela PROVA DO SIMPLES ACCORDO DE VONTADE DAS PARTES e essa prova pôde ser feita livremente, por qualquer meio legal.

A doutrina é pacífica nesse sentido:

" A mettere in essere ( o contracto de conta corrente ) BASTA IL SEMPLICE ACCORDO DELLE PARTI, CHE PUÒ ESSERE ANCHE DESUNTO PER FACTA CONCLUDENTIA, EX FACTIS ET REBUS. Come osserva VIVANTE, una RELAZIONE INTENSA D'AFFARI ( o caso dos autos ) TRAPASSA FACILMENTE PER VIA DI UN TACITO ACCORDO AD UN CONTRATTO IN CONTO CORRENTE.

" NON È UN CONTRATTO FORMALE. IL CONSENSO NON È VINCOLATO A FORME DETERMINATE; LA SCRITTURA NON OCCORRE NÈ AD ESSENTIAM, NÈ AD PROBATIONEM: PUÒ ESSERE PROVATO CON OGNI MEZZO ..." ( REZZARA, ob. cit., nos. 77 e 78).

E o nosso legislador seguiu a doutrina pacífica:

" O contracto de conta corrente não provocou da parte do legislador brasileiro qualquer preceito de excepção á regras geraes da fórma livre e da prova. O contracto de conta corrente e os movimentos da respectiva conta, em execução da convenção. PROVAM-SE SEGUNDO AS LEIS GERAES DA PROVA" ( PAULO DE LACERDA, Conta corrente, n° 67 ).

E, finalmente, a jurisprudencia manteve o asserto da doutrina e da jurisprudencia:

" Sendo de direito que, para a formação do contracto de conta cor-

-9-

rente, a vontade das partes contractantes pôde ser EXPRESSA OU TACITA - "nihil interest animus declaratur verbis an factis"- é consequencia da circumstancia não contestada de receberem os embargantes as contas com os lançamentos de CREDITO E DEBITO, sem reclamação alguma, a formação e existencia do contracto de conta-corrente entre as partes (São Paulo Judiciario, vol. 9º. pags. 66-67 ).

Assim, nas cadernetas, no extracto e na correspondencia entre o BANCO e a FIRMA, a prova a mais concludente, EX FACTIS ET REBUS, do CONTRACTO DE CONTA CORRENTE estabelecido entre ambos.

-0000000-

Dest'arte desfeitas as duvidas quanto á NATUREZA e á PROVA do segundo contracto, fica de pé, integra, a primeira proposição formulada:

EXISTENCIA DE UM DEBITO UNICO, SOBRE O QUAL VERSAM DOIS CONTRACTOS DIFFERENTES: UM HYPOTHECARIO E OUTRO DE CONTA CORRENTE.

E, diante de situação tão perfeitamente definida, apparece logo o caminho seguro e logico para a solução juridica do caso. Realmente:

SI OS DOIS CONTRACTOS VERSAM SOBRE O MESMO DEBITO, SERÁ LICITA A VIGENCIA SIMULTANEA DE AMBOS ? TERÁ O BANCO CREDOR O ARBITRIO DE ESCOLHER QUALQUER DELLES, PARA A ACTUAÇÃO DE SEU DIREITO CREDITORIO ?

São as perguntas que surgem naturalmente e ás quaes procuraremos responder, em face do direito e da hypothese dos autos

-0000000-

## HYPOTHECA E CONTA CORRENTE

Consideram-se, EM REGRA, inconciliáveis o contracto de conta corrente e o contracto hypothecario, quando é o mesmo os seu objecto.

No CONTRACTO DE CONTA CORRENTE, segundo o conceito commum enunciado no tópico transcripto de CARVALHO DE MENDONÇA, as remessas reciprocas, transformando-se em artigos de debito e credito, PERDEM SUA INDIVIDUALIDADE PROPRIA, de modo que o SALDO FINAL, resultante do balanço desses dois artigos, seja unicamente o exigivel. Inscripta, portanto, entre as remessas da conta corrente contractual a verba constitutiva da obrigação hypothecaria, PERDE ESTA SUA INDIVIDUALIDADE PROPRIA, FUNDINDO-SE NA MASSA HOMOGENEA, INDIVISIVEL, DAS DEMAIS VERBAS. E, uma vez que a OBRIGAÇÃO hypothecaria desaparece, para dar logar á obrigação representada pelo SALDO FINAL, unica admissivel, a HYPOTHECA, sendo accessorio da OBRIGAÇÃO, forçosamente desaparecerá com ella.

Esse desaparecimento simultaneo da OBRIGAÇÃO e da GARANTIA HYPOTHECARIA, quando a importancia do debito garantido é inserta como verba da CONTA CORRENTE CONTRACTUAL, é um facto juridico reconhecido pela jurisprudencia e pela doutrina de todos os povos civilizados. Em alguns codigos, como o allemão, elle é classificado como modalidade da DATIO IN SOLUTO: " le créancier tient le débiteur QUITTE DE SON OBLIGATION, moyennant qu'il accepte d'en souscrire une nouvelle à son profit" (COLIN ET CAPITANT, Cours de Droit Civil, ed. de 1915, vol.II, pag. 104; Cod. Civil All., art. 364, 2a. al.). Em outros, como o nosso, elle é objecto de instituto especial: a NOVAÇÃO (Codigo Civil, artigo 999).

-11-

A NOVAÇÃO ( NOVAÇÃO OBJECTIVA) é, talvez, o mais importante effeito da entrada de um debito em conta corrente. Tal é a sua importancia que - observa GIANNINI - "tavolta fu preso come CARATTERISTICA DEL CONTRATTO..." ( I contratti di conto corrente, ed. de 1895, § 53 ).

Além das citações feitas nos anteriores arrazoados, de VIVANTE, de CAEN ET RENAULT e das PANDECTES FRANÇAISES, poderemos enfileirar, em sentido identico, varias outras.

Para THALLER, por exemplo, "LE COMPTE COURANT OPÈRE NOVATION À L'ÉGARD DE TOUTES LES OPÉRATIONS SUR LESQUELLES IL S'ÉTEND. LORSQU'UNE CRÉANCE EST PASSÉ EN COMPTE COURANT, ELLE S'ÉTEINT COMME TELLE, ELLE CESSE D'OBÉIR À SES RÈGLES ANCIENNES, ELLE S'ABSORBE DANS UNE MASSE OÙ D'AUTRES CRÉANCES CE SONT DÉJÀ ABSORBÉES.... LES GARANTIES RÉELLES OU PERSONNELLES, ACOMPAGNANT LA CRÉANCE PORTÉE EN COMPTE ET DEVENUE AINSI ARTICLE DE CRÉDIT, TOMBENT ET S'ÉVANOUISSENT ..." (Traité de droit commercial, ed. de 1898, nos. 1.424 e 1.425).

Para BOISTEL, igualmente, " LES CRÉANCES PERDENT LEUR EXISTENCE PROPRE DES LEUR ENTRÉE EN COMPTE COURANT; ELLES SONT REMPLACÉES PAR LE CRÉANCIER PAR DES ARTICLES DE CRÉDIT QUI SE CONDENSERONT DANS LA CRÉANCE DU SOLDE. EFFET IMPORTANT RÉSULTANT DE LA NOVATION PRODUITE PAR L'ENTRÉE D'UNE CRÉANCE DANS LE COMPTE COURANT, C'EST L'EXTINCTION DES ACCESSOIRES DE CETTE CRÉANCE: DU CAUTIONNEMENT, DES HYPOTHÈQUES...." ( Cours de Droit Commercial, 4a. ed., n° 885).

E ainda no direito francez, o monographista PAUL CLÉMENT, seguindo a opinião geral, entende que "TOUTE CRÉANCE, EN

-12-

ENTRANT DANS UN COMPTE COURANT, EST NOVÉE EN UN  
SIMPLE ARTICLE DE CRÉDIT",

saliendo que " LA NO-  
VATION N'OPÉRERAIT PAS D'UNE MANIÈRE COMPLÈTE, SI  
LES SÛRETÉS DE LA CRÉANCE PASSÉE EN COMPTE COURANT  
CONTINUAIENT À SUBSISTER" (Études sur le compte  
courant, éd. de 1889, nos. 117 e 132 ).

Passando ao direito italiano, encontramos a mesma una-  
nimidade nas apreciações. Assim, para GIORGI, a novação, como  
effeito da conta corrente é indisputavel, porque "L'ANNOTAZIONE  
IN CONTO CORRENTE HA PER ISCOPO UN CONTINUO ACCRE-  
DITAMENTO E ADDEBITAMENTO RECIPROCO DELLE PARTI,  
PER CUI DI VERSO CREDITO FRA ESSE NON RIMANE CHE  
LO SBILANCIO AL CHIUDERSI DEL CONTO".

E, accen-  
tuando que " NON PUÒ STARE L'IPOTECA QUANDO CADE L'OBLIGO PRIN-  
CIPALE", o grande civilista conclue que "LA NOVAZIONE ESTINGUE  
L'IPOTECHE, COME ESTINGUE LA FIDEIUSSIONE..."  
( Teoria delle obbligazioni, ed. de 1896, vol 7°  
ns. 403 e 423 ).

E, si quizermos um especialista mais moderno, volvamos  
ao citado REZZARA e nelle encontraremos a seguinte consideração:

" EFFETTO ESSENCIALE DEL CONTRATTO DI  
CONTO CORRENTE È LA NOVAZIONE DELLE OBBLIGAZIONE  
PRECEDENTE DEI RAPPORTI TRA IL RIMETTENTE ED IL  
RICEVENTE, CHE LO FA PARAGONARE A UN PROCESSO CHI-  
MICO, CHE ASSIMILA MATERIE DI SPECIE DIVERSE, A  
UN CROGIUOLO IN CUI VANNO A FONDERSI LE RIMESSE,  
CHE RECIPROCAMENTE SI FANNO I CORRENTISTI..." (ob.  
cit., n° 72 ).

-13-

Juristas modernos têm notado que o instituto da NOVAÇÃO vem aos poucos perdendo parte de seu interesse, por carencia de applicação a casos concretos, ou, melhor, por não serem frequentes os casos para a solução dos quaes seja invocado. Collocando-se entre esses, COLIN ET CAPITANT notam as "nuances" entre o conceito antigo e o actual de NOVAÇÃO, lembrando que "son rôle actual est fort restreint". Mas esses mesmos escriptores, ao formularem suas observações, tomam o cuidado de esclarecer que ellas se dirigem apenas aos casos de NOVAÇÃO OBJECTIVA, NO SENTIDO RESTRICTO, POR MUDANÇA DE OBJECTO. A outra fôrma de NOVAÇÃO OBJECTIVA, por elles denominada NOVAÇÃO POR MUDANÇA DE CAUSA, frisa bem que persiste sempre com a mesma amplitude de effeitos e a mesma utilidade pratica. Como exemplo, referem COLIN ET CAPITANT o proprio caso especial que ora nos interessa: NOVAÇÃO POR MUDANÇA DE CAUSA, EM VIRTUDE DA INSCRIPÇÃO DO DEBITO EM CONTA CORRENTE:

"Les seules applications de la novation que l'ON RENCONTRE ENCORE ASSEZ FRÉQUENNMENT DANS LA PRATIQUE, sont des cas de novation par changement de cause: transformation d'une dette d'argent en une rente viagère, et SURTOUT VERSEMENT D'UNE DETTE DANS UN COMPTE COURANT".

E ainda nesse particular, os notaveis doutrinaçdores, procurando accentuar vivamente, como exemplo de todos os dias, a novação operada pela CONTA CORRENTE, manifestam-se de tal fôrma que suas palavras parecem proferidas justamente para o caso destes autos:

"LORSQUE DEUX PERSONNES EN RELATION D'AFFAIRES, UN FABRICANT ET UN COMMISSIONNAIRE, UN COMMERÇANT ET SON BANQUIER (... a FIRMA embargada e

-14-

o BANCO embargante ... ), TRAVAILLENT EN UN COMPTE COURANT, C'EST A DIRE, CONVIENNENT DE FAIRE MASSE DE TOUTES LES OPÉRATIONS QU'ELLES CONCLUENT ENTRE ELLES EN UN COMPTE UNIQUE QUI SERA RÉGLÉ A UNE ÉPOQUE DÉTERMINÉE, TOUTES LES OBLIGATIONS QUI SE FORMENT ENTRE CES DEUX PERSONNES VIENNENT SE FONDRE DANS CE COMPTE ET SE TROUVANT PAR LÀ NOVÉES..." ( ob. cit., pag. 101 ).

-0000000-

Dissemos, entretanto, no inicio do capitulo, que a INCONCILIABILIDADE do contracto hypothecario com o de conta corrente, versando sobre o mesmo objecto, é a REGRA GERAL.

Antes, portanto, de applicar os principios expostos ao caso dos autos, cumpre indagar qual a EXCEPÇÃO a essa regra, a fim de que a applicação não seja embaraçada por duvida nenhuma.

Para ser possivel, EXCEPCIONALMENTE, a COEXISTENCIA dos dois contractos, indispensavel se torna uma CONVENÇÃO EXPRESSA NESSE SENTIDO. Mais claramente: é imprescindivel que, NA ESCRIPTURA DE CONSTITUIÇÃO DA HYPOTHECA, SE ESTABELEÇA A SUBSISTENCIA da GARANTIA, para a cobrança do saldo final, unico exigivel, da conta corrente.

Assim é no direito francez:

"Il existe une EXCEPTION a cette extinction des sûretés de la dette, qui vient d'être novée. Elle est basée sur la VOLONTÉ CONTRAIRE DES PARTIES; l'article 1.278 du Cod. Civil les autorise, en effet, à faire, à l'égard des privilèges et hypothèques, UNE RESERVE EXPRESSE, et à STIPULER QUE CES GARANTIES SUBSISTERONT, bien

-15-

que l'obligation dont elles étaient primitivement l'accessoire soit éteinte en totalité ..." ( PAUL CLÉMENT, ob. cit., n° 134 ).

Assim também no direito italiano:

" Estinguendosi con la novazione l'originario rapporto obbligatorio, vengono necessariamente meno tutte le accessioni e le qualità di esso. PER POTERE L'IPOTECA E IL PEGNO ACCEDERE ALLA NUOVA OBBLIGAZIONE, OCCORRE UN PARTICOLARE PATTO, UNA NUOVA CONVENZIONE..."

E ainda na mesma ordem de idéas, sustenta GIANNINI que a reserva, além de EXPRESSA, deverá ser CONTEMPORANEA DA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM CONTA CORRENTE:

" PENSIAMO CHE LA RISERVA DEVE ESSERE ESPLICITA E CONTEMPORANEA ALLA ANNOTAZIONE IN CONTO; ALTRIMENTI SI STINGONO TUTTE LE GARANZIE REALI E PERSONALI ..." ( Ob. cit., n° 54 ).

Entre nós, a excepção é prevista pelo artigo 1.003 do Código Civil, ao estatuir o legislador que

" A NOVAÇÃO ESTINGUE OS ACCESSÓRIOS E GARANTIAS DA DIVIDA, SEMPRE QUE NÃO HOVER ESTIPULAÇÃO EM CONTRÁRIO ".

É dizer: o Código admite a subsistencia da garantia hypothecaria, UNICAMENTE NA HYPOTHESE DE TER SIDO ELLA DETERMINADA POR ESTIPULAÇÃO DOS CONTRACTANTES DA OBRIGAÇÃO NOVADA.

-0000000-

Diante do exposto, portanto, nada nos falta para que possamos, em face dos autos, formular, com firmeza, as seguintes conclusões:

-16-

PRIMEIRA CONCLUSÃO :

O contracto hypothecario e o contracto de conta corrente, estabelecidos entre o BANCO e a FIRMA e versando sobre o MESMO DEBITO, são pela REGRA GERAL invocada absolutamente inconciliaveis. Inscripta entre as verbas da conta corrente, com estas fundiu-se a divida hypothecaria, perdendo sua individualidade propria, para compôr a massa homogenea e indivisivel de valores que alimentou a conta. Operou-se, em uma palavra, NOVAÇÃO OBJECTIVA, subsistindo apenas, a favor do BANCO, o contracto de conta corrente, para a actuação de qualquer direito creditorio que por ventura lhe assista depois de verificado o saldo final.

SEGUNDA CONCLUSÃO :

Não é de enquadrar-se o caso na hypothese excepcional de COEXISTENCIA LICITA dos dois contractos, porque a escriptura hypothecaria não encerra estipulação alguma no sentido de manterem as partes a garantia na vigencia do segundo contracto. A este, nem sequer faz o contracto hypothecario a menor referencia.....

TERCEIRA CONCLUSÃO :

Além de não prevista no contracto hypothecario, não foi convencionada pelas partes a subsistencia da garantia hypothecaria, em documento publico ou particular, escriptura ou simples troca de correspondencia.

QUARTA CONCLUSÃO :

Si fosse possivel cogitar de RECONCILIAÇÃO DOS DOIS CONTRACTOS, por ACCORDO TACITO, posterior, en-

-17-

tre os contractantes, ainda assim a novação seria uma realidade indisputavel, porque, no caso, os factos estão a demonstrar que, si accordo tacito houve algum, foi para CONFIRMAR A NOVAÇÃO IMPLICITA. Nesse sentido, os factos concludentes já foram narrados nas anteriores allegações, cumprindo-nos apenas resaltar agora os quatro mais importantes:

1º) Si a garantia hypothecaria houvesse subsistido por accordo tacito, sómente poderia vigorar para garantir o pagamento do SALDO DA CONTA CORRENTE, unico exigivel no contracto de conta-corrente. Ora, o proprio BANCO é o primeiro a reconhecer que a garantia não attinge o SALDO.... porque o SALDO NÃO FOI APURADO PARA A PROPOSITURA DO PRESENTE EXECUTIVO.... São suas palavras, textuaes, a fls. 1.113 :

" NÃO HOUVE ENCERRAMENTO,  
NÃO HOUVE A VERIFICAÇÃO DE UM SALDO E, ME-  
NOS AINDA? DE UM SALDO EXIGIVEL, NA ACCEPÇÃO  
LEGAL..."

2º) No exame procedido na escripturação do BANCO, ficou positivamente firmado que, entre as partes, NENHUMA CONTA HAVIA QUE FIZESSE PRESUMIR A SUBSISTENCIA DA GARANTIA HYPOTHECARIA. São os peritos que o affirmam categoricamente:

" PELO EXAME FEITO NOS LIVROS  
DO AUTOR E DOS RÉOS, OS PERITOS NÃO ENCONTRA-  
RAM NENHUMA CONTA COM A DENOMINAÇÃO "HYPO-  
THECARIA ".... (fls. 733 )

Sómente depois de iniciado o executivo, prevendo o insuccesso e procurando falsear a realidade, cuidou o BANCO de, ARBITRARIAMENTE, SEM CONSENTIMENTO NEM AUDIENCIA DOS EXECUTADOS, transmutar a CONTA CORRENTE COMMUM em CONTA HYPOTHECARIA. O executivo foi requerido em 19 de agosto de 1924 e, segundo in-

-18-

formam os peritos, a CONTA HYPOTHECARIA foi constituída em 1º de setembro de 1924:

" APENAS NOS LIVROS DO AUTOR, FIGURA, na DATA DE 1º DE SETEMBRO DE 1924, A CONTA COMMUM GARANTIDA (Garantida por conhecimentos de café ) TRANSFERIDA PARA OUTRO TITULO SOB A DENOMINAÇÃO "CONTA HYPOTHECARIA EM LIQUIDAÇÃO JUDICIAL "..... ( fls. 733 ).

3º) Em seu balancete de 11 de dezembro de 1924, publicado na imprensa pelo BANCO ( fls. 1.075 ), NÃO FIGURA LANÇAMENTO ALGUM SOB AS SEGUINTE RUBRICAS : "VALORES EM LIQUIDAÇÃO", "HYPOTHECAS" e "VALORES HYPOTHECARIOS" .....

O balancete, nas palavras de CARVALHO DE MENDONÇA, "tem por fim demonstrar o accordo entre o "diario" e o "razão", apresentar, pelos saldos, a situação devedora ou credora de cada uma das contas do "razão", e MOSTRAR AO COMMERCIANTE, POR SIMPLES VISTA, O ESTADO DE SEUS VALORES, OS SALDOS DISPONIVEIS, O QUE TERCEIROS LHE DEVEM OU QUE A ESTES DEVE, enfim, os seus lucros e perdas ...." ( Tratado, vol. II, nota 2a. ao nº 248 ).

Ora, não se comprehende que o BANCO, si tivesse consciencia da legitimidade de seu CREDITO HYPOTHECARIO CONTRA OS embargados, deixasse de incluir a verba respectiva em seu balancete. Ao menos sob a rubrica "VALORES EM LIQUIDAÇÃO " era natural que figurasse o supposto CREDITO HYPOTHECARIO .....

O dilemma é, pois, perturbador, asphyxiant: OU A CONTA INTITULADA PELO BANCO " CONTA HYPOTHECARIA EM LIQUIDAÇÃO JUDICIAL" É UMA FARÇA RIDICULA, FORJADA PARA PRODUZIR EFEITO SÓMENTE NESTE EXECUTIVO; OU O BALANCETE PUBLICADO PELO BANCO É FALSO, NÃO EXPRESSANDO A REALIDADE DE SUA SITUAÇÃO .....

4º) Nos termos do contracto hypo-

-19-

thecario a fls. 5., estipularam as partes JUROS á razão de 10% ao anno, "DEVENDO O PAGAMENTO DELLES SER FEITO NO FIM DO PRAZO, SOB PENA DE SEREM ACCUMULADOS AO CAPITAL, VENCENDO OS MESMOS JUROS, EMQUANTO APPROUVER AO CREDOR AGUARDAR O PAGAMENTO...."

Ora, sendo de TRES MEZES o prazo docontracto e tendo sido firmado em 20 de junho de 1923, é claro que, PARA O EFEITO DA COBRANÇA OU CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS, O PRAZO SÓ TERMINARIA EM 20 DE SETEMBRO. Quer dizer: SÓMENTE EM 20 de SETEMBRO PODERIA O BANCO, A VIGORAR O CONTRACTO HYPOTHECARIO, RECEBER JUROS, OU POR ELLES CREDITAR-SE PARA OBTER A CAPITALIZAÇÃO.

Entretanto, havendo inscripto a parcella correspondente ao DEBITO HYPOTHECARIO, entre as VERBAS DE DEBITO DOS EMBARGADOS NA CONTA CORRENTE, O BANCO NÃO ESPEROU O VENCIMENTO DO PRAZO DO CONTRACTO HYPOTHECARIO, PARA COBRAR-SE DOS JUROS RESPECTIVOS. DEZ DIAS DEPOIS DE FIRMADO O CONTRACTO HYPOTHECARIO, EM 30 DE JUNHO DE 1923, JÁ O BANCO EFFECTUAVA O PRIMEIRO BALANÇO DA CONTA CORRENTE E, "FAMINTO DE CAPITALIZAÇÕES", DEBITAVA AOS EMBARGADOS A QUANTIA DE 63:271\$000 DE JUROS !..... ( fls. 785 ).

Nem é só : A escriptura hypothecaria não cogita de outra capitalização que não seja a do fim do trimestre, de 20 de junho a 20 de setembro..... E, no entanto, na CONTA CORRENTE, fez o BANCO á vontade varias capitalizações, como a que se lê a fls. 801: 324:014\$400 DE JUROS, DEBITADOS EM 31 DE DEZEMBRO !.....

Como, portanto, diante desses factos, duvidar de que foi questão fechada entre os litigantes a preterição do CONTRACTO HYPOTHECARIO, para que ficasse de pé tão sómente o contracto de CONTA CORRENTE ?,.....

-0000000-

Desmascarado o embuste grosseiro de tal "CONTA HYPOTHECARIA EM LIQUIDAÇÃO", apega-se o BANCO a derradeiro artificio de

-20-

lógica interpretativa, insinuando que:

a) não houve novação, porque a novação não se presume e

b) só por escriptura pública podia ser invalidado o contracto hypothecario.

Nada, porém, mais confuso e inocuo.

Demonstremol-o.

( A ) A NOVAÇÃO NÃO SE PRESUME.

Não ha duvida que a NOVAÇÃO não se presume..... Mas, nestes autos, quem pretendeu demonstrar o contrario ? .... Os embargados ? Não. Para os embargados, a NOVAÇÃO HAVIDA, ALÉM DE CONSTITUIR EFEITO NATURAL DA INSERÇÃO DA DIVIDA HYPOTHECARIA NA CONTA-CORRENTE ESTABELECIDA ENTRE AS PARTES, ESTÁ PROVADA POR FACTOS CONCLUDENTES, POR DOCUMENTOS INATACAVEIS, PELA PROPRIA ESCRIPTURAÇÃO DO BANCO ...

É necessario entender o dispositivo do artigo 1.000 do Código Civil. Pelo facto do legislador prescrever a necessidade da prova do ANIMUS NOVANDI, não se segue que essa prova deva ser feita, necessariamente, por ESTIPULAÇÃO EXPRESSA. O QUE A LEI QUER É QUE A NOVAÇÃO SEJA PROVADA E NÃO PRESUMIDA. MAS, para a PROVA da novação, não exige o legislador, formalidades ou solemnidades especiaes. Elle apenas pede a prova..... E essa póde, evidentemente, ser produzida livremente e advir até de presumpções.

Commentando o dispositivo analogo da lei franceza, lembra PLANIOL, com apoio em inumeros julgados, que a vontade de operar novação não precisa manifestar-se sob fórmula especial:

" L'INTENTION DE NOVER N'A PAS BESOIN  
D'ÊTRE EXPRESSEMENT DÉCLARÉE PAR ÉCRIT ;

-21-

ELLE PEUT ÊTRE TACITE ET S'INDUIRE DE LA NATURE DES CONVENTIONS FAITES OU DES CIRCONSTANCES EXTERIEURES".

A NOVAÇÃO NÃO SE PRESUME, MAS PÓDE SER PROVADA ATÉ POR PRESUNÇÕES. São duas coisas distintas: a novação presumida e a novação provada por presunções..... Ainda PLANIOL:

" IL NE FAUDRAIT PAS S'IMAGINER QUE LA LOI PROSCRIT ABSOLUMENT LES PRÉSUMPTIONS, ENHISANT QUE LA NOVATION "NE SE PRESUME PAS". CE SERAIT JOUER SUR LE SENS DES MOTS. CETTE PHRASE SIGNIFIE QUE LA NOVATION N'EST RECONNUE QU'À LA CONDITION D'ÊTRE PROUVÉE, MAIS CELA NE MODIFIE EN RIEN LES MOYENS DE PREUVE DU DROIT COMMUN ... " (Traité, ed. de 1907, vol. II, nota a pag. 179).

E, igualmente, no direito italiano, demonstra CESARE BALDI que esse é o espirito da lei:

" LA NOVAZIONE NON SE PRESUME... MA NON È NECESSARIO CHE SIA ESPRESSA, POTENDO RISULTARE DELLA TACITA VOLONTÀ DELLE PARTI, QUANDO LA NUOVA OBBLIGAZIONE FOSSE INCOMPATIBILE COM LA PRECEDENTE.....

" IN MATERIA COMMERCIALE, LA NOVAZIONE PUÒ DESUMERSI ANCHE DA PRESUNZIONI ..." ( Manuale pratico di dir. civile, ed. de 1918, vol II pag. 550-551 ).

Na hypothese dos autos, tratando-se de entrada de um debito em conta corrente, a PROVA DO CONSENTIMENTO DAS PARTES PARA OPERAR A NOVAÇÃO CONFUNDE-SE COM A PROPRIA PROVA DA ENTRA-

-22-

DA DO DEBITO NA CONTA CORRENTE:

" IL CONSENSO DELLE PARTI SI  
CONFONDE COL CONSENSO A FARE ENTRARE NEL CON-  
TO IL VALORE; PURCHÉ SIA CERTO QUESTO, È CER-  
TO ANCHE L'ALTRO ..." (GIANNINI, ob. cit. n°  
54 ).

É uma prova que se pôde dizer "mechanica" da novação, re-  
sultante, segundo PLANIOL, da "natureza das convenções feitas",  
ou, segundo BALDI, da "incompatibilidade entre a nova e a pre-  
cedente obrigação". E cumpre notar, ainda com GIANNINI, que,  
uma vez demonstrada a entrada da dívida hypothecaria na conta  
corrente, NENHUMA DAS PARTES PÔDE SIQUER TENTAR PROVAR QUE NÃO  
HOUE "ANIMUS NOVANDI":

"LE PARTI POSSONO FARE LA PROVA CHE  
NON ANNO INTENSO DI NOVARE UNA OBBLIGAZIONE  
NEL SENSO DI ESCLUDERE LA PARTITA DAL CONTO  
( não é o que pretende o BANCO ); MA NESSU-  
NA PROVA SAREPPE AMMISSIBILE ALLO SCOPO DI  
STABILIRE CHE LA PARTITA INTRODotta NEL CON-  
TO NON DEVE SOGGIACERE ALLA NOVAZIONE.

"IL PATTO IN VIRTÙ DEL QUALE IL VALORE  
DI UNA RIMESSA SI VOLESSE POSTA IN CONTO COR-  
RENTE ED AL TEMPO STESSO NON SOGETTA A NOVA-  
ZIONE SI RISOLVE IN UNA CONDIZIONE IMPOSSIBI-  
LE ..."

Ou a verba do debito não entra na conta e, pois, não  
ha novação; ou entra e, então, é fatal o effeito novatorio:

" ED INVERO SE LA PARTITA ENTRA NEL  
CONTO DEVE ESSERE NOVATA: SE NON È NOVATA NON  
PUÒ ENTRARE NEL CONTO; ECCO PERCHÉ NON SI PUÒ  
FARE QUESTIONE NOVATORIA SU QUESTA O QUELTA

PARTITA, MA SOLO DISCUTERSI DELLA SUA INSERZIONE NEL CONTO CORRENTE....." (GIANNINI).

Mas ainda não é só.

No caso SUB JUDICE, a novação operada por ACCORDO TACITO DE VONTADE DAS PARTES, PELA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A NOVA E A PRECEDENTE OBRIGAÇÃO, tornou-se de certa forma explicita, em face dos FACTOS CONCLUDENTES acima relatados: 1º) CONFISSÃO DO BANCO; 2º) EXAME DOS LIVROS; 3º) BALANÇETE PUBLICADO; 4º) CONTAGEM DE JUROS E CAPITALIZAÇÕES ESTRANHAS AO CONTRACTO HYPOTHECARIO.....

( B ) NECESSIDADE DE ESCRIPTURA PUBLICA

Lamentavel a confusão de idéas do BANCO, ao allegar que a HYPOTHECA, constituida por escriptura publica, só por escriptura publica podia ser extincta....

A lei exige FÓRMA IDENTICA á do acto, para a EFFECTIVAÇÃO DO DISTRACTO, isto é, para a DISSOLUÇÃO VOLUNTARIA DO ACTO (Codigo Civil, art. 1.193). Assim, para a extinção da hypotheca, a escriptura é indispensavel quando as partes, reduzindo ou reconhecendo na integralidade a obrigação principal, convencionam directamente a extinção do vinculo, sobre o immovel, os immoveis, ou um dos immoveis hypothecados.

A extinção, entretanto, póde realizar-se por meios INDIRECTOS, INDEPENDENTEMENTE DE CONVENÇÃO EXPRESSA, por simples DECLARAÇÃO DE VONTADE DA LEI. São exemplos os casos de DESTRUIÇÃO DA COISA, RESOLUÇÃO DO DOMINIO, RENUNCIA DO CREDOR, REMISSÃO, SENTENÇA PASSADA EM JULGADO, PRESCRIPÇÃO DA ACCÃO HYPOTHECARIA, ARREMATACÃO, ADJUDICAÇÃO (Codigo Civil, art. 849 ) .....

Dentre os casos mais comuns de EXTINÇÃO INDIRECTA, destaca-se, pela frequencia com que se verifica, o previsto pelo

-24-

artigo 849 do Código, n° I:

" A HYPOTHECA EXTINGUE-SE PELO DE-  
SAPARECIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL ..."

Extincta a OBRIGAÇÃO, extingue-se a HYPOTHECA, queiram ou não queiram as partes, INDEPENDENTEMENTE DE ESCRIPTURA PUBLICA OU PARTICULAR. Taes, por exemplo, as hypotheses de PAGAMENTO, PRESCRIPÇÃO DA DIVIDA, NOVAÇÃO .....

E, quanto á NOVAÇÃO, a lei é explicita:

" A NOVAÇÃO EX-  
TINGUE OS ACCESSORIOS E GARANTIAS DA DIVIDA". (art. 1.008 do Cod. Civil ).

Nada, portanto, mais confuso do que a lembrança de ultima hora do BANCO, querendo uma escriptura publica para que a novação operasse a extinção da hypotheca outorgada pelos embarcados..... E si, em seus actos e palavras, elle manifestasse menos malicia e mais ingenuidade, com prazer lhe recommendariamos a lição de PLANIOL, no capitulo "SURPRISES À CRAINDRE":

" L'EXTINCTION  
DE L'HYPOTHEQUE PAR VOIE DE CONSÉQUENCE ( extinction da obrigação principal ) SE PRODUIT PARFOIS SANS QUE LES PARTIES S'Y ATTENDENT ET S'EN APERÇOIVENT. C'EST L'EFFET D'UNE NOVA-TION; RÉSULTANT DE LA NATURE DE L'ACTE ACCOM-PLI PAR ELLES ..." ( ob. cit., n° 3.389 ).

-0000000-

RESUMINDO TODO O EXPENDIDO:

1°) Entre o BANCO e os em-  
barcados estabeleceram-se DOIS CONTRACTOS - um HYPOTHECARIO e outro de CONTA CORRENTE - ambos versando sobre o MESMO DEBITO.

-25-

2º) Os dois contractos não podiam COEXISTIR, porque SUA NATUREZA OS INCOMPATIBILIZAVA e porque NÃO FIZERAM OS CONTRACTANTES RESERVA EXPRESSA, NEM TACITA, PARA QUE A GARANTIA HYPOTHECARIA SUBSISTISSE A FAVOR DO SALDO DA CONTA CORRENTE.

3º) Já pela NATUREZA dos contractos, já por MANIFESTAÇÃO INEQUIVUCA DA VONTADE DOS CONTRACTANTES, operou-se a NOVAÇÃO OBJECTIVA, relativamente ao DEBITO HYPOTHECARIO, de fórma que, para a actuação de seu direito creditorio, a favor do BANCO apenas subsiste o contracto de conta corrente.

4º) Extincta a OBRIGAÇÃO HYPOTHECARIA e substituida pela OBRIGAÇÃO QUE SE CONSUBSTANCIARÁ NO SALDO REGULARMENTE APURADO DA CONTA CORRENTE, extinguu-se, EX-CONSEQUENTIA, a HYPOTHECA.

E, em face dessas deducções logicas, inconcussas, formuladas com a maior lealdade, é indisputavel a NULLIDADE "AB INITIO" DA ACCÃO PROPOSTA, PRIVATIVA DO DEBITO HYPOTHECARIO, COMPETINDO AO BANCO TÃO SOMENTE USAR DA ACCÃO ADEQUADA, PARA HAVER O SALDO DA CONTA CORRENTE, CONFORME TENHA SIDO RECONHECIDO OU NÃO PELA FIRMA DEVEDORA.

o  
o o  
o

Tudo quanto levamos dito encerra a solução juridica do caso, attendendo-se á REALIDADE viva dos factos, isto é, á formação de uma CONTA CORRENTE CONTRACTUAL entre os litigantes. Nenhum argumento, nenhuma insinuação, nenhuma investida do BANCO contra essa realidade ficou esquecida. Tudo, mesmo as pro-

-26-

posições mais infantis do adversario, foi analysado com cuidado e paciencia, e sobretudo com lisura.

Entretanto, para que os presentes commentarios sejam por assim dizer completos, e para alcançarmos, em cheio, a argumentação do BANCO, nos embargos ao venerando accordam, torna-se necessario IMAGINAR UMA REALIDADE DIFFERENTE, isto é, a situação das partes na hypothese de ser licito encarar a conta corrente extrahida dos livros do BANCO, não como figura juridica de um CONTRACTO, mas como SIMPLES INSTRUMENTO GRAPHICO DE CONTABILIDADE, MERA FÓRMA DE EXPRESSÃO DO MOVIMENTO DAS OPERAÇÕES EFFECTUADAS. Por outras palavras: no caso de SUBSISTIR A GARANTIA HYPOTHECARIA, INDEPENDENTEMENTE DA ENTRADA DO DEBITO NA CONTA CORRENTE.

É o que faremos, ainda mantendo arguições dos arrazoados anteriores, a comprovar:

- 1º) A IMPROCEDENCIA DO PEDIDO, POR ESTAR PAGO O DEBITO HYPOTHECARIO.
- 2º) A NULLIDADE DA ACCÃO, PELA ILIQUIDEZ DO PEDIDO.

-oooOooo-

### PAGAMENTO DA DIVIDA

Quando o devedor acha-se ligado ao credor por mais de uma divida, tendo todas por objecto coisas da mesma natureza (dinheiro, por exemplo), e si acaso remette ao credor uma ou varias sommas insufficientes para o pagamento de todas, torna-se preciso apurar sobre qual deve ser imputada a remessa, isto é, DETERMINAR A DIVIDA QUE DEVERÁ CONSIDERAR-SE EXTINGTA, de PREFERENCIA ÀS OUTRAS (PLANIGL, ob. cit., n° 441).

-27-

Reconhecendo o instituto, ao determinar os modos de extinguirem-se as obrigações, o legislador brasileiro, seguindo princípios consagrados por outros códigos, estabeleceu que a IMPUTAÇÃO tem lugar por tres maneiras differentes: a) FEITA PELO DEVEDOR ( Cod. Civil, art. 991 ); b) FEITA PELO CREDOR (art. 992) e c) FEITA PELA LEI (art. 994 ).

No caso dos autos, os embargados remetteram ao BANCO, depois de firmado o contracto hypothecario e constituídos outros debitos, SOMMA AVULTADISSIMA, EM VARIAS PARCELLAS, CUJO RECEBIMENTO PELO BANCO É DEMONSTRADO PELAS CADERNETAS A FLS. 161 E PELO EXTRACTO DOS LIVROS DO PROPRIO BANCO A FLS. 785.

Ora, allegando o BANCO a insufficiencia dessas remessas para o pagamento de todos os debitos, cumpre indagar sobre que debitos devem ser imputadas, ou , melhor, nas palavras de COLIN ET CAPITANT, "DETERMINER QUELLES SONT LES DETTES ÉTEINTES LES PREMIERES" ( ob. cit., pag. 80).

Houve imputação por PARTE DOS DEVEDORES ?

Não. Os devedores, segundo os documentos alludidos, faziam suas remessas ao BANCO, sem acompanha-las de qualquer indicação da divida a resgatar. Não escolhiam as dividas. Remetiam simplesmente.

Não houve indicação. E a indicação é a prova da imputação PELO DEVEDOR. "Si o devedor não fizer a INDICAÇÃO do artigo 991....." - diz o legislador no artigo 994.

Houve imputação POR PARTE DO CREDOR ?

Não. Á proporção que ia recebendo as parcellas remetidas pelos devedores, o BANCO limitava-se a annotal-as na conta, sem declarar ao pagamento de que dividas eram endereçadas. Não dava quitação. Recebia simplesmente.

Não houve quitação. E a quitação é a prova da imputa-

-28-

ção PELO CREDOR. "Le créancier - diz PLANIOL - exprime son choix DANS LA QUITTANCE qu'il remet au débiteur; l'imputation ainsi faite est considérée comme le RÉSULTAT D'UNE ENTENTE entre le créancier et le débiteur " ( ob. cit. n° 443 ). E a lei fala em "aceitar a quitação" ( art. 992 ) e " si a quitação fôr omissa " ( art. 994 ).

A imputação, PELO CREDOR OU PELO DEVEDOR, ensina POTHIER, deve ser INSTANTANEA. E LAURENT explica a exigencia dessa condição que, embora não declarada na lei, resulta da propria natureza do pagamento:

" L'article 1.255 ne reproduit pas cette condition, mais elle RESULTE DE LA NATURE MÊME DU PAYEMENT. IMPUTER C'EST PAYER; DONC L'IMPUTATION DOIT SE FAIRE LORS DU PAYEMENT, SOIT PAR LE DÉBITEUR, SOIT PAR LE CRÉANCIER".

Não a fazendo, no momento da remessa, o credor, ou o devedor, presume-se que CONCORDARAM COM A IMPUTAÇÃO LEGAL:

" LES PARTIES , EN GARDANT SILENCE, S'EN SONT RAPPORTÉ AUX RÈGLES QUE LA LOI ÉTABLI SUR L'IMPUTATION" (LAURENT, principes, vol XVII, n° 611, ed. de 1893 ).

Ora, no caso, NEM INSTANTANEAMENTE, NEM POSTERIORMENTE, manifestaram as partes a intenção de imputar as remessas effectuadas e recebidas, sobre esta ou aquella divida.

Si não houve INDICAÇÃO pelo devedor, nem QUITAÇÃO (omissa ou clara ) pelo credor, sobre que debitos imputar as remessas feitas pelos embargados ?

É a lei que decide:

" SI O DEVEDOR NÃO FIZER A INDICA-

-29-

ÇÃO DO ARTIGO 991, E A QUITAÇÃO FÓR OMISSA QUANTO Á IMPUTAÇÃO, ESTA SE FARÁ NAS DIVIDAS LIQUIDAS E VENCIDAS EM PRIMEIRO LOGAR.

"SI AS DIVIDAS POREM TODAS LIQUIDAS E VENCIDAS AO MESMO TEMPO, A IMPUTAÇÃO FAR-SE-Á NA MAIS ONEROSA..." ( art. 994).

No caso , a prevalecer o contracto hypothecario a fls. 5, a divida dos embargados, na importancia de 6.742:0000000, VENCER-SE-IA EM 20 DE SETEMBRO DE 1923. Entretanto, já antes dessa data, de 21 de junho á 31 de agosto, as remessas feitas pelos embargados attingiam a cifra de 11.936:451\$616. E, depois dessa data, SÓMENTE NO PERIODO ENTRE 21 DE SETEMBRO e 4 DE DEZEMBRO, as novas remessas elevaram-se a 35.426:312\$610, ou seja QUASI SEIS VEZES O VALOR DA DIVIDA CONFESSADA.

Por conseguinte: Tratando-se de DIVIDA LIQUIDA E VENCIDA E, ALÉM DISSO, A MAIS ANTIGA E A MAIS ONEROSA, é certo que á divida hypothecaria, EM PRIMEIRO LOGAR, devem ser imputadas as parcelas remettidas e recebidas.

E, feita por essa fôrma a imputação, EM OBEDIENCIA Á VONTADE DA LEI, a consequencia obvia é a IMPROCEDENCIA DO EXECUTIVO, PAGA COMO SE ACHA, PELA IMPUTAÇÃO LEGAL, A DIVIDA COBRADA.

o  
o o  
o

Seguindo nosso methodo expositivo, é chegado, assim, o momento de enfrentarmos a causa pelo seu ultimo aspecto, isto é, na hypothese, ADMITTIDA EXCLUSIVAMENTE PARA ARGUMENTAR, de SUBSISTIR, NÃO PAGO, O CREDITO HYPOTHECARIO E DE SER SIMPLES INSTRUMENTO GRAPHICO DE CONTABILIDADE A CONTA CORRENTE ENTRE O BAN-

-50-

CO E OS EMBARGADOS.

Este justamente o aspecto sob o qual foi a questão resolvida pelo venerando accordam e foram articulados os embargos do BANCO exequente.

-0000000-

ILLIQUIDEZ DA DIVIDA

( A )

O venerando accordam, seguindo principios inabalaveis de direito processual, decidiu que a acção hypothecaria só cabe quando a divida é liquida e certa.

O BANCO embargante, no entanto, pretender demonstrar o contrario, allegando que " a escriptura de hypotheca, revestida das formalidades legais, equivale a uma carta de sentença, IMMEDIATAMENTE EXECUTIVEL ..."

Com quem a razão ? Com o venerando accordam ? Com o BANCO?

Nos arrazoados anteriores, com a citação de praxistas, doutrinadores e julgados, ficou assentado que, entre nós, sempre a liquidez e a certeza do debito constituiram condição primordial para o exercicio da acção hypothecaria.

Já no direito anterior ao Decreto n° 169A., de 1890, quando a acção hypothecaria obedecia ao rito da DECENDIARIA, assim tambem se entendia. É a lição do incomparavel LAFAYETTE:

" A ASSIGNAÇÃO DE DEZ DIAS, SE-  
GUNDO O DIREITO PREEXISTENTE, NÃO É ADMISSIVEL PARA AS OBRIGAÇÕES ILLIQUIDAS, OU DEPENDENTES DE FACTOS OU CONDIÇÕES QUE CARECEM DE

-31-

PROVAS "ALIUNDÉ" OU DE PROVAS QUE NÃO PODEM SER MINISTRADAS INCONTINENTI.

"ESTA REGRA, SEM DUVIDA, VIGORA PARA AS DIVIDAS HYPOTHECARIAS QUE, NOS EXPOSTOS TERMOS, SÃO ILLIQUIDAS OU DEPENDENTES DE FACTOS NÃO PROVADOS. A ASSIGNAÇÃO DE DEZ DIAS PRESUPPÕE INSTRUMENTOS QUE, POR SEUS CARACTERES DE CERTEZA E VERDADE, EXCLUEM RAZOAVELMENTE DUVIDAS OU SUSPEITAS DE ENGANO. SERIA, POIS, INCIVIL, E ANTI-JURIDICO, ADMITTIR A DEROGAÇÃO DE UM PRINCIPIO TÃO IMPORTANTE À DEFESA, SEM DISPOSIÇÃO EXPRESSA..."

Ora, si assim se entendia, quando a acção hypothecaria seguia os mesmos tramites da decendiarria, como se entender differentemente, com rigor maior, quando o rito ha de ser o da acção EXECUTIVA, tão mais violenta que aquella? Como conceber a EXECUTIVA, com o impeto nefasto da penhora inicial, quando a obrigação é illiquida, ou "dependente de factos ou condições que carecem de provas "aliundé", ou de provas que não podem ser ministradas incontinenti ...? "

Si o Código Civil, no artigo 826, estatuiu a acção executiva, para a excussão hypothecaria, nem por isso pretendeu ABOLIR OU ANIHILAR A REGRA INCONTESTAVEL E INCONTESTADA DO DIREITO PROCESSUAL, QUE EXIGE CERTEZA E LIQUIDEZ DA OBRIGAÇÃO, PARA A PROPOSITURA DO EXECUTIVO. A respeito, poderemos ainda invocar, estendendo-a ao caso, a lição de LAFAYETTE:

" A LEI NÃO DECRETOU, NEM PODIA DECRETAR A DITA ACCÃO EM TERMOS ABSOLUTOS E INCONDICIONAES, NEM DEROGOU OS PRINCIPIOS QUE LHE REGULAM A COMPETEN-

-32-

CIA...." (Direito das Coisas, § 271).

É, aliás, o que já firmou o EGREGIO TRIBUNAL, em accordam transcripto por duas vezes nas anteriores allegações dos embargados:

"PELO FACTO DE QUE A LEI DÁ UMA ACÇÃO ESPECIAL PARA O EXERCICIO DE CERTOS DIREITOS, NÃO SE DEDUZ QUE ESSE FAVOR É INCONDICIONAL. A HYPOTHECA TEM O EXECUTIVO, MAS O EXECUTIVO NÃO É ADMISSIVEL QUANDO A DIVIDA É ILLIQUIDA" (REV. DOS TRIBUNAES, vol. 3º, pag. 191).

( B )

O venerando accordam decidiu que, no caso, a divida não era liquida, embóra o fosse por occasião de ser constituida a hypotheca, explicando:

" Tendo sido lançado o DEBITO da escriptura na CONTA CORRENTE de fls. 183, seguindo-se outros lançamentos de debito e credito, é certo que illiquida se tornou essa divida, e enquanto não se apurar o saldo devedor, não pôde ser elle exigivel por acção executiva".

O BANCO impugna o fundamento, asseverando que a conta não podia infirmar o executivo, "CERTO COMO É QUE O EMBARGANTE FIRMOU O SEU PEDIDO NA ESCRIPTURA DE HYPOTHECA..."

Examinemos essa impugnação.

Como podia o BANCO "firmar seu pedido" na escriptura de hypotheca ?

O BANCO só podia firmar o seu PEDIDO na escriptura, si, ao ser iniciado o executivo, persistisse, INALTERADA OU SIMPLES-

-33-

MENTE REDUZIDA POR PAGAMENTOS PARCIAES, a primitiva OBRIGAÇÃO, isto é, a PRIMITIVA DIVIDA CONFESSADA.

Foi isso o que se verificou ?

Não. O BANCO, nos termos da inicial, pretende haver, NÃO A DIVIDA COMO FOI CONSTITUIDA, NÃO A DIVIDA REDUZIDA POR SIMPLES PAGAMENTOS, MAS A DIVIDA ALTERADA "POR FORÇA DE DIVERSAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELOS DEVEDORES..."

Ora, si o proprio BANCO é o primeiro a reconhecer que o debito pedido deixou de ser, "POR FORÇA DE DIVERSAS OPERAÇÕES", o debito consignado na escriptura, como firmar o PEDIDO na escriptura ?...

Nesse reconhecimento, justamente a CONFISSÃO DO BANCO, quanto a ter FIRMADO O PEDIDO NA CONTA CORRENTE ESTABELECIDADA COM OS EMBARGADOS, isto é, NA CONTA ONDE DEVIAM TER SIDO GRAFADAS AQUELLAS "DIVERSAS OPERAÇÕES "...

( C )

Firmando o pedido na conta corrente, entende o BANCO que, na propria esfera da acção executiva, podiam os executados "allegar toda a materia pertinente á conta, DE MODO A SER FIXADA A CIFRA EM DEBITO ..." Por outras palavras sustenta que, embóra indispensavel que o pedido seja liquido e certo, a CERTEZA E LIQUIDEZ NÃO PRECISAM SER EVIDENCIADAS INICIALMENTE, BASTANDO QUE O SEJAM NO CURSO DA ACÇÃO...

Mas a these que, por essa fórmula, pretende o BANCO explorar, contra os fundamentos do venerando accordam, ALÉM DE INCOMPATIVEL COM OS SÃOS PRINCIPIOS DO DIREITO, É DE TODO INAPPLICAVEL Á HYPOTHESE DOS AUTOS.

Analysemos.

( I ) THESE INADMISSIVEL : Ha, de facto, entre

-34-

nós, quem sustente a desnecessidade da APURAÇÃO PRÉVIA DO DEBITO HYPOTHECARIO, para o exercicio do executivo. A opinião, no entanto, admissivel sob certo ponto de vista, tem levado seus sectarios a exageros de tal ordem que, a admitti-la na amplitude propugnada, as consequencias seriam as mais funestas.

Acceptavel é a these, si por "apuração ou liquidação prévia do debito" entender-se apenas a contagem de juros, a verificação de pagamentos parciaes simples, determinações enfim que não tirem o character de certeza e liquidez ao debito e possam ser feitas sem o recurso a provas estranhas, por documentos ou provas preconstituídas. Essas determinações, com effeito, não modificam o character de certeza e liquidez do debito, e, assim, não perturbam em nada a vida economica do executado. Este, para evitar a PENHORA, ou della ver-se livre INCONTINENTI, encontrará nas proprias peças instructivas do pedido os elementos necessarios a CERTIFICAR-SE DO QUANTUM e, pela consignação ou pelo pagamento, libertar o immovel da PENHORA.

Inacceptavel, entretanto, é a these, si por ella se pretender, como se tem pretendido, chegar ao exagero, ao absurdo de equiparar a acção executiva á acção ordinaria, para o effeito de ser nella admissivel debate sobre questões como as que não raro se prendem ao ajuste de contas, de modo a que o pedido formulado, illiquido e incerto inicialmente, se venha apresentar liquido e certo por occasião do julgamento. A acção executiva inicia-se com a PENHORA, e fôra anti-juridico e immoral consentir que o supposto credor, só pelo facto de achar-se munido de uma escriptura publica e da prova de uma inscripção não cancelada, possa tirar das mãos do supposto devedor uma propriedade e entrega-la a um terceiro, como depositario, por tempo indeterminado, até que o proprietario, ás vezes sem estar em condições para tanto, venha a juizo demonstrar, nas lindas estreitas do

-35-

executivo, a illegitimidade da obrigação, as artimanhas do exequente, os ardis utilizados para a obtenção do saldo exigido de uma conta não reconhecida na integralidade de suas verbas.

A certeza e a liquidez devem ser demonstradas INICIALMENTE, por documentos ou provas já produzidas, e não NO CURSO DA ACÇÃO, ou POR OCCASIÃO DO JULGAMENTO. Dispensada a demonstração inicial, nunca estará o proprietário a salvo de perseguições e iniquidades. Basta, por exemplo, que não haja tido ainda oportunidade para promover o cancellamento da inscrição, ou que o credor, embora pago, se recuse a dar quitação ou autorizar o cancellamento, para ficar sujeito a verdadeira expropriação temporaria, privado por longo tempo dos rendimentos ou fructos do immovel, é dizer, em certos casos, privado dos unicos meios de prover á propria subsistencia. Por outro lado, basta que o juiz de primeira instancia labore em méro equívoco na apreciação de qualquer das provas, para que o proprietario, uma vez que a seu recurso é dado apenas effeito devolutivo, veja o immovel levado a hasta publica e arrematado por estranhos, sem força para reprimir a injustiça do acto, obrigado talvez a novos litigios, para reaver a coisa indebitamente praeada.....

Sob o ponto de vista puramente doctrinario, de lado as circumstancias personalissimas das hypotheses, a questão foi objecto de debate nos tribunaes francezes, tendo prevalecido a solução que vimos suffragando.

Em caso de contestação - perguntava-se - em que momento deverá ser reconhecido como CERTO e, pois, LIQUIDO, o credito, para que a PENHORA seja mantida ? Será bastante que o seja POR OCCASIÃO DO JULGAMENTO, ou será necessario que esse julgamento proclame a certeza do credito DESDE O MOMENTO DA PENHORA ?

Houve um julgado admittindo a REVALIDAÇÃO DA PENHORA,

-36-

no acto do julgamento, "PAR CELA SEUL QUE LA CRÉANCE EST DEVENUE CERTAINE À L'ÉPOQUE DU JUGEMENT". Para alcançar essa conclusão, invocou-se o EFEITO DECLARATIVO OU RETROACTIVO DO JULGAMENTO: "SI LE JUGEMENT DÉCLARE LA CRÉANCE CERTAINE, C'EST QU'ELLE L'A TOUJOURS ÉTÉ; LA SAISIE A, DONC, ÉTÉ VALABLEMENT FORMÉE ..."

Felizmente, entretanto, e a bem dos sãos princípios, o erro da decisão foi logo desfeito, por dois diferentes julgados, em que estabeleceu a jurisprudencia franceza que "ON TIEN LA SAISIE POUR NULLE, S'IL N'EST PAS FORMEILEMENT CONSTATE QUE LA CRÉANCE ÉTAIT DÉJÀ CERTAINE AU JOUR DE LA SAISIE" ( ROGER, n° 55, DALLOZ, Rep. vol. Saisie-arrêt, n° 81 ).

Desses debates dão-nos conta GARSONNET e CÉZAR-BRU, na ultima edição de seu notavel Traité Théorique et Pratique de Procédure ( vol. IV, n° 58, nota 3a. ). E os insignes processualistas, criticando os julgados, manifestam-se partidarios dos dois ultimos, "CAR LA RÉTROACTIVITÉ DES JUGEMENTS N'A RIEN À FAIRE ICI"/ Em primeiro logar, a incerteza do debito PROVEN SEMPRE DE FACTOS ANTERIORES Á PROPOSITURA DA DEMANDA e "LES JUGEMENTS NE REMONTENT POINT, PAR LEURS EFFETS, AU JOUR OÙ SE SONT PASSÉS LES FAITS JURIDIQUES SUR LESQUELS IL S SONT INTERVENUS, MAIS SEULEMENT AU JOUR OÙ LA DEMANDE A ÉTÉ FORMÉE". E, em segundo logar, a lei franceza, aliás consagrando o que é justo e razoavel, "EXIGE, POUR LA VALIDITÉ DE LA SAISIE, UNE CRÉANCE CERTAINE AU JOUR OÙ LA SAISIE A ÉTÉ PRATIQUÉE", isto é - concluem os illustres professores de direito - "UNE CRÉANCE DONT LA CERTITUDE SOIT RÉELLE ET EFFECTIVE ET NE RÉSULTE PAS D'UNE SIMPLE FICTION DE RÉTROACTIVITÉ..."

Sob o aspecto, portanto, em que foi trazida aos autos, a these explorada pelo BANCO jamais poderá ter acolhida. Por

-37-

ocasião da PENHORA feita em bens dos embargados é que, si pudesse, deveria mostrar a CERTEZA de seu credito, isto é, A PRIMEIRA CONDIÇÃO PARA A SUA LIQUIDEZ.

Mais ainda: mesmo que fosse CERTO seu credito, isto é, mesmo que a conta corrente em que baseou o pedido produzisse fatalmente um SALDO A SEU FAVOR, a verificação desse saldo seria o seu primeiro dever, a fim de tornar liquido o pedido:

" UN CRÉ-

ANCIER DE SOMME D'ARGENT NE PEUT SAISIR QUE SI CETTE SOMME EST DÉTERMINÉE, ET NE PEUT LE FAIRE EN VERTU D'UN COMPTE NON ENCORE APURÉ, BIEN QU'IL DOIVE SÛREMENT SE SOLDER EN SA FAVEUR, Car, TANT QUE LE MONTANT DU SOLDE N'EST POINT ÉTABLI, LA CRÉANCE PEUT ÊTRE CERTAINE, MAIS ELLE N'EST PAS LIQUIDE " ( GARSONNET e CÉZAR-BRU, ob. cit., n° 57).

Querer, como quer o BANCO, que essa LIQUIDEZ e, mais, que aquella CERTEZA do debito provenham do JULGAMENTO, é querer uma verdadeira inversão das fórmulas processuaes, é pedir a implantação de um systema pernicioso e injustificavel, restrictivo das garantias insitas ao direito de propriedade.

( II ) THESE INAPPLICAVEL :

Suppondo-se, entretanto, exclusivamente para argumentar, a juridicidade da these a que se aferra o BANCO, será facil evidenciar que ella nenhuma applicação pôde ter no caso.

Com effeito:

SI o BANCO não demonstrou, INICIALMENTE, a CERTEZA e a LIQUIDEZ do debito, tambem não tratou de demonstra-las NO CURSO DA DEMANDA, isto é, NÃO TROUXE AO JUIZ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO, OS NECESSARIOS ELEMENTOS PARA FORMAR CON-

-38-

VICÇÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO PEDIDO. Em outros termos, mesmo que se queira dar ao julgamento o efeito retroactivo de revalidar a penhora feita, não desfez o BANCO as dúvidas e impugnações levantadas pelos embargados, não forneceu ao juiz meios para aquilatar da certeza e da liquidez da dívida e julgar com serenidade subsistente a penhora.

Não são palavras. São factos positivos:

a) Propondo a acção em 19 de agosto de 1924, declarou o BANCO, sem provar como, que a dívida dos embargados era de 5.663:185\$350, sem OS JUROS DESDE 20 DE JUNHO. E, no entanto, pela conta a fls. 808, o saldo devedor dos embargados, até 14 de agosto, era de..... 6.663:184\$750, ESTANDO DEBITADOS OS JUROS DE 297:655\$610, VENCIDOS EM 30 DE JUNHO.... Qual o debito CERTO? Quaes as providencias do BANCO para esclarecer o caso?

b) Na inicial ainda, o BANCO declarou haver recebido a quantia de 753:614\$650, "POR FORÇA DE DIVERSAS OPERAÇÕES". Ora, tendo sido graphadas, nas varias CONTAS entre o BANCO e os embargados, TODAS AS OPERAÇÕES POR ELLES REALISADAS, trataram estes de, no curso da acção, inquerir os peritos encarregados do exame dos livros, sobre si aquella parcella, que o BANCO declarava recebida, figurava discriminada em qualquer das contas. E eis que os peritos, respondendo, informam que, "PELAS PROPRIAS CONTAS QUE JUNTARAM AO LAUDO, SE VERIFICA QUE A CIFRA DE 753:614 \$650 NÃO FIGURA DISCRIMINADA EM NENHUMA DAS DITAS CONTAS..." ( fls. 1.092, IN FINE ) Como, pois, reconhecer a exactidão dessa unica parcella que o BANCO allega recebida por conta do debito hypothecario? Quaes as "DIVERSAS OPERAÇÕES" que acarretaram a redução da dívida? Porque a redução é apenas de 753:614\$650?

c) Como vimos

-39-

acima, a escriptura hypothecaria sómente autorizava uma cobrança de juros e uma capitalização: em 20 de setembro de 1923. E, apesar disso, lançou o BANCO na conta, A DEBITO DOS EMBARGADOS, para conseguir novas capitalizações e maiores lucros, DIVERSAS PARCELLAS DE JUROS, discricionariamente: 62:271\$000, em 20 de junho de 1923 ( ANTES DE VENCIDA A HYPOTHECA !.....), 324:014\$400, em 31 de dezembro de 1923..... Como, portanto, proceder o juiz que tencionar conhecer da legitimidade de uma dívida PARA CUJA FORMAÇÃO TAES PARCELLAS FORAM COMPUTADAS ?.....

d) A conta corrente a fls. 785 está ainda repleta de inumeros outros lançamentos, SEMPRE A DEBITO DOS EMBARGADOS, arbitrariamente feitos pelo BANCO. Assim, sob a denominação "DIFFERENÇA DE CAMBIO", entre muitos, os seguintes: 232\$000 e 99:818\$000 ( fls. 786 ); 717\$000 ( fls. 787 ); 94:132\$300 ( fls. 795 ); 15:000\$000 ( fls. 798 ); 16:632\$700 ( fls. 798 ).... Assim tambem os referentes a mysteriosas "COMISSÕES", como a de 500:000\$000, a fls. 801 ... Porque não cuidou o BANCO de esclarecer as duvidas naturaes sobre esses lançamentos ? Onde a sua justificativa ? Como admiti-los sem reluctancia ? Qual o juiz que, embóra insensivel á face moral da demanda, embóra capaz de dominar sua repugnancia pelo proceder ignominioso do BANCO em suas transacções com os embargados, poderá, em sã consciencia e com estudo acurado dos autos, acceitar como legitimas essas varias verbas que, como a do debito hypothecario excutido, perduraram insertas na conta corrente a fls. 785 e, pois, concorreram para a formação do SALDO que o BANCO tencionava cobrar ?.....

( D )

Contra toda essa argumentação e contra todos os demais elementos invocados anteriormente a evidenciar a ILLIQUIDEZ do

-40-

pedido, nada podendo levantar sériamente, soccorre-se o BANCO da clausula 3a. da escriptura hypothecaria, allegando que a liquidação se tornára desnecessaria, porque as partes, segundo a clausula, convencionaram que, "para a effectividade das estipulações feitas na dita escriptura, jamais seriam necessarias nem exigiveis prévias liquidações, nem interpeilações ou notificações judiciaes..."

Fôra, aliás, esse mesmo o UNICO motivo que levára a sentença de primeira instancia a repellir a defesa baseada na ILLIQUIDEZ, e fôra tambem o UNICO a que se apegára, para sob esse aspecto se pronunciar, o eminente desembargador Dr. PINTO DE TOLEDO, no voto reproduzido no "Estado de S. Paulo", edição de 18 de maio p.p.:

" Não procede a allegação de ILLIQUIDEZ DA divida. A divida confessada é liquida. Não a tornam illiquida, no caso dos autos, os recebimentos feitos pelo BANCO, e levados ao credito da conta corrente, POIS NA ESCRIPTURA FOI ESTIPULADO QUE, PARA A EFFECTIVIDADE DAS ESTIPULAÇÕES CONTIDAS NA MESMA, NÃO SERIAM NECESSARIAS PRÉVIAS LIQUIDAÇÕES, NEM INTERPEILAÇÕES OU NOTIFICAÇÕES JUDICIAES ..."

Ora, o EGREGIO TRIBUNAL não poderá de modo algum admitir que semelhante objecção, fundada em principio contrario inteiramente á lei, prevaleça no julgamento da demanda.

No sentido em que foi explorada contra a defesa dos embargados, encerra a citada clausula uma verdadeira CONDIÇÃO POSTESTATIVA, subordinando o acto e seus efeitos ao inteiro arbitrio do credor. Este, o BANCO, a prevalecer a clausula, não sómente poderia pedir o que pediu, mas, ainda, uma quantia cinco

-41-

ou dez vezes superior, sem que aos embargados fosse dado exigir a demonstração prévia da liquidez do pedido. Bastaria, para tanto, que se decidisse a lançar na conta, a seu credito, novas verbas, ou a augmentar o valor dos lançamentos feitos e não justificados.

Insinúa o BANCO, em seus embargos, que não houve arbitrio de sua parte, porque o pedido "fundou-se no CONTRACTO HYPOTHECARIO que fixa os limites de seus direitos..." Mas esse augmento apoia-se em affirmativa INTEIRAMENTE FALSA, como se demonstrou acima.

O BANCO - já se viu em suas proprias palavras - NÃO FUNDOU O PEDIDO NA ESCRIPTURA HYPOTHECARIA, NEM PODERIA FAZE-LO, UMA VEZ QUE O CREDITO HYPOTHECARIO FOI LANÇADO E PERMANECEU LONGAMENTE INSERTO NA CONTA CORRENTE COM OS EMBARGADOS. Elle pretende haver justamente o SALDO dessa conta corrente, ARBITRARIAMENTE DECLARADO, e NÃO APPROVADO PELOS EMBARGADOS. Péde o pagamento da uma divida que, SI ERA LIQUIDA POR OCCASIÃO DA CUTORGA DA HYPOTHECA, DEIXOU DE SE-LO, POSTERIORMENTE, eis que se modificou, sinão em sua natureza, ao menos em seu QUANTUM, " POR FORÇA DE DIVERSAS OPERAÇÕES REALIZADAS ..." Péde o que julgou conveniente pedir.... Péde o que resulta de sua propria e exclusiva vontade... Péde o que a lei não lhe consente pedir, nos termos claros e decisivos do venerando accordam:

" NÃO HAVENDO APROVAÇÃO DO SALDO APRESENTADO, TAMBEM NÃO PODIA O AUTOR ESCUDAR-SE NA CLAUSULA 3A. DA ESCRIPTURA DE FLS. 5, QUE ESTABELECE PARA O AUTOR O ARBITRIO DE IMPÔR AOS RÉOS O DEBITO QUE QUIZESSE, CLAUSULA NULLA DE PLENO DIREITO, NOS TERMOS DO ART. 145, 2 e 5, do CODIGO CIVIL, POR SER PROHIBIDA PELO ARTIGO

-42-

115 DO MESMO CODIGO, QUE DISPÕE:

"SÃO LICITAS,  
EM GERAL, AS CONDIÇÕES QUE A LEI NÃO VEDAR  
EXPLICITAMENTE. ENTRE AS CONDIÇÕES DEFESAS  
SE INCLUEM AS QUE PRIVAREM DE TODO O EFEITO  
O ACTO, OU O SUBJETAREM AO ARBITRIO DE UMA  
DAS PARTES".

( E )

Como táboa ultima de salvação, experimenta o BANCO, finalmente, valer-se de um argumento que dispensa qualquer commentario, pela deslealdade, ou, melhor, pela falsidade com que é formulado.

Affirmou que o pedido não é illiquido nem incerto, porquanto os embargados RECONHECERAM A EXACTIDÃO DE SEU QUANTUM, EM VARIOS ACTOS PRATICADOS... Mas a affirmativa, assim grave, não podia suster-se por si. Precisava de factos comprobatorios, Precisava da indicação daquelles VARIOS ACTOS PRATICADOS.....

E, assim mergulhando nos autos, surge a declarar que os embargados RECONHECERAM A EXACTIDÃO DO PEDIDO, PORQUE PAGARAM O SALDO DA CONTA CAFÉ MANTIDA COM O EMBARGANTE.....

Nada mais desleal.

A conta corrente, em que permaneceu inscripta a parcella do debito confessado na escriptura hypothecaria de 20 de junho de 1923, é a conta iniciada em 21 desse mez e reproduzida a fls. 875, por extracto dos livros do BANCO. Ora, alé, dessa conta, existia entre as partes uma outra - CONTA CAFÉ - inteiramente independente, absolutamente inconfundivel. São os peritos que o asseguram, a fls. 736:

"HA UMA OUTRA CONTA,

-43-

QUE SÓ TEM OPERAÇÕES DE CAFÉ, E QUE NÃO ESTÁ ENVOLVIDA NA CONTA INICIADA EM 21 DE JUNHO DE 1923...."

E tão distintas e inconfundíveis foram sempre as duas contas que, em agosto de 1924, os embargados não tiveram duvida em liquidar a CONTA CAFÉ, pagando o saldo verificado e retirando os conhecimentos ferroviários em poder do BANCO, SEM COGITAR DE MANEIRA ALGUMA DA CONTA INICIADA EM 21 DE JUNHO, CUJO SALDO ATÉ HOJE NÃO FOI RECONHECIDO, NEM SIQUER REGULARMENTE APURADO. São ainda os peritos que o asseveram:

" A FIRMA FINALDI RETIROU DO BANCO TODOS OS CONHECIMENTOS QUE EXISTIAM COM O MESMO, MEDIANTE PAGAMENTO TÃO SÓMENTE DO SALDO VERIFICADO NA CONTA CAFÉ...." ( fls. 734).

Nada, portanto, justifica a derradeira investida do BANCO. É mais uma de suas lamentáveis perfídias. E esta das mais revoltantes, pois assenta em affirmativa mendaz e imperdoável, de que se soccorre ao intento exclusivo de illudir os insígnos julgadores.

-0000000-

Como se vê, as allegações contidas nos embargos do BANCO SÓMENTE servem a chamar a atenção para certos elementos - questões de facto ou de direito - que mais vivamente fortalecem a convicção sobre a ILLIQUIDEZ e a INCERTEZA do pedido, e, pois, sobre a justiça da decisão embargada.

Antes de concluir, cumpre-nos, entretanto, dizer algumas palavras sobre dois documentos offerecidos com os embargos do BANCO.

-44-

São duas certidões, ambas fornecidas pelo escrivão que funcionou no feito em primeira instancia. A primeira reproduz o calculo da divida, effectuado pelo contador do juizo na segunda phase do executivo. A segunda, a resposta dos executados, quando ouvidos sobre esse calculo, e na qual se reportam ao allegado nos autos.

Que se pretenderá provar com ellas ? O BANCO não o diz. Limitou-se a junta-las, sinuosamente, mantendo silencio. E, pois, em face do silencio do BANCO, a nós incumbe indagar e esclarecer.

A primeira - certidão do calculo - só se comprehende nestes autos como instructiva de um appello ao espirito brilhante do Dr. PINTO DE TOLEDO, a fim de que, ao menos em parte, modifique o seu voto.

A sentença de primeira instancia, por elle integralmente mantida, effectivamente ESQUECERA-SE DE DETERMINAR A DEDUÇÃO DAS PARCELLAS DE 1.003:179\$660 e de 6:060\$000, RECEBIDAS, PELO BANCO, DE DEVEDORES DOS EMBARGADOS, NO CURSO DA ACCÃO, e pelo BANCO RETIDAS, ARBITRARIAMENTE, POR CONTA DO DEBITO HYPOTHECARIO ... E, esquecendo-se a sentença de ordenar a deducção, foram, por essa fórma, condemnados os embargados ULTRA PETITA...

Verificando, entretanto, o BANCO, talvez por inspiração sobrenatural, que a sentença, em taes condições, não podia ser respeitada no proseguimento do executivo, acudiu-lhe a idéa genial de OBTER DO CONTADOR DO JUIZO A ALTERAÇÃO DA PARTE DISPOSITIVA DO JULGADO. E assim é que, no calculo reproduzido na certidão alludida, se vê CONCILIADA GENEROSAMENTE A CONDENNAÇÃO EXARADA NA SENTENÇA COM A CONDENNAÇÃO MAIS MODESTA QUE O BANCO JULGAVA SUFFICIENTE A SATISFAZER SEU APPETITE....

Ora, rememorando e documentando o facto, o BANCO só po-

-45-

deria faze-lo ao intuito de manifestar seu desejo de ver reformado, não o venerando accordam apreciado em seus embargos, mas justamente o respeitavel voto discordante...

Quanto á segunda certidão - referente á resposta dos embargados quando ouvidos sobre o calculo - não conseguimos sinceramente atinar por qual motivo está nos autos. Será para se tentar demonstrar que os embargados reconheceram a legitimidade do pedido ? Não, não pôde ser, pois elles claramente mantiveram, na resposta, a impugnação anterior.... Será para se dar a entender que elles approvaram o systema original introduzido na confecção do calculo ? Tambem não, pois elles, no momento opportuno, vieram a desmascarar o embuste, entrando com embargos á praça e de nullidade do processo e da sentença ( DOCUMENTOS INCLUSOS ). Por que motivo então ? Não sabemos. E nem ha tempo para perdermos em adivinhações.....

---o000o000---

EGREGIO TRIBUNAL;

Chegados ao final deste arrazoado, temos a consciencia de que, com toda clareza e a maxima lealdade, logramos collaborar na obra anterior de completa pulverização de todas as surtidas do embargante. O caso foi apreciado em todos os seus aspectos, as hypotheses mais absurdas foram admittidas para argumentar. E, em todas as suas faces, o pleito apresentou-se favoravel inteiramente aos embargados.

m Para examina-lo assim, á luz fria da razão e das leis, para encara-lo, pacientemente, em todos os seus aspectos juridicos, grande realmente foi o nosso esforço. Não por carencia de elementos a favor dos embargados, nem por qualquer difficuldade no desenrolar e no desfazer dos confusos raciocinios do em-

-46-

bargante. Mas tão sómente porque, a todo momento, precisavamos dominar a intromissão, a influencia desse sentimento profundo e muito humano que, diante de certos factos e de certas situações, nos propelle vivamente a não proseguir na tarefa iniciada, a julgar toda demonstração dispensavel, a considerar sobejo todo recurso ás regras communs da logica, a imaginar que todos estão vendo, como nós, a verdade luminosa, a verdade que, para se impôr e reluzir, não necessita do clarão das doutrinas nem do brilho das legislações.

Era esse mesmo sentimento, essa especie de "razão superior á propria razão", que, nos ultimos tempos de sua vida, levava a alma purissima do primeiro e insugstituivel patrono dos embargados a abrir-se a todos os amigos, quando abordavam o caso destes autos, para convictamente affirmar-lhes que "seus constituintes não poderiam perder esta demanda em nenhum tribunal do mundo...."

Era ainda o mesmo sentimento que movia o notavel professor DR. MANOEL VILLABOIM a declarar, recentemente, pela imprensa, pondo de parte quaesquer elucidações inuteis, que esta fôra a causa mais justa que defendêra em toda a sua longa vida de advogado...

Era, finalmente, o mesmo sentimento que conseguia despertar no espirito de nosso povo, geralmente indifferente ás questões particulares, sincero e fundo interesse pelo desfecho deste pleito, e que se transmudava em jubilo intenso quando teve publicidade a decisão do EGRÉGIO TRIBUNAL.

-oooOooo-

Não sabemos si tal sentimento veio a tocar o espirito dos actuaes dirigentes do BANCO. O que sabemos é que, em dois

-47-

actos inequívocos, já manifestou o BANCO reconhecer a legitimidade dos direitos de seus adversários: a paralysação do feito, em sua segunda phase, e a destituição de VICENTE FRONTINI, resolvida em face da desmoralização que o seu procedimento contra os embargados trouxe ao estabelecimento que dirigia. O que sabemos, enfim, é que a resistencia do BANCO neste autos não passa de vão expediente, para retardar a irresistivel victoria da

JUSTIÇA.

São Paulo, 21 de Julho de 1927

Os advogados: Tacito de Almeida  
Pedro Augusto de Souza Lima