

TELEFONE — TRANSFERÊNCIA — ESTABELECIMENTO COMERCIAL

— O usuário do telefone não tem o direito de transferi-lo ao adquirente de seu estabelecimento comercial.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

André Rochlitz *versus* Vicente Bairo
Apelação cível n.º 40.033 — Relator: Sr. Desembargador
AUGUSTO DO AMARAL

RELATÓRIO

1. O recorrente, André Rochlitz, ajuizou contra o recorrido, Vicente Bairo, a presente ação cominatória a fim de obrigar o réu a lhe transferir o aparelho telefônico n.º 31.02.45, no seu dizer incluído na venda, que lhe fez o recorrido, do instituto de beleza denominado "Vicente Cabelheiro", na Rua Augusta n.º 1.460, pelo preço e condições do contrato a fls. dos autos.

2. Na sua defesa, confessou o réu, a fls., ter feito a venda do instituto, acrescentando, porém, que não cogitou de vender o telefone, nem poderia fazê-lo, pois não pode ser objeto de negócio e, se o tivesse feito, nula seria a alienação em face do art. 145 do Código Civil.

Após contestar outros fatos alegados pelo autor, pediu o réu a decretação da carência da ação e a condenação do autor nas custas e na verba de honorários.

3. Ouvido o autor sobre a defesa, a fls., e, conclusos os autos para despacho saneador, neste, a fls., foi decretada a carência, o que motivou a interposição de agravo de petição, a fls., sendo a decisão mantida após regular e oportuno processamento do recurso.

Esta Câmara, pelo acórdão de fls., ordenou se procesasse o recurso como apelação e como tal foi êle novamente distribuído.

E o relatório.

Ao Exmo. Sr. Juiz Revisor para exame do processo.

São Paulo, 17 de março de 1961. —
L. G. Gyges Prado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 40.033 da comarca da Capital, em que é apelante André Rochlitz e apelado Vicente Bairo: Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, confirmando, assim a sentença apelada, contra o voto do Sr. Relator que o provia.

Assim decidem porque, como bem acentuou a sentença, o assinante de telefone, que não detém a propriedade do aparelho, e não passa de mero usuário, não tem o direito de, na hipótese de venda de estabelecimento comercial incluí-lo na alienação, como se se tratasse de objeto ou coisa pertencente ao fundo de comércio. Essa transferência subordina-se à concordância da companhia concessionária, a qual, por sua vez, tem sua atuação disciplinada por seu regulamento que dispõe sobre a transferência das assinaturas. Dessa forma, não havendo direito à transferência do telefone em razão da transmissão do fundo de comércio, forçoso reconhecer a inviabilidade da cominatória ajuizada, para a qual, aliás, nem sequer se convocou a concessionária. O entendimento adotado pela decisão encontra seguro apoio na orientação da jurisprudência.

dência (*Revista dos Tribunais*, vols. 215/246; 232/196 e 253/462).

Custas na forma da lei.

São Paulo, 19 de abril de 1961 —
L. G. Gyges Prado, Presidente, vencido, conforme a seguinte declaração de voto: A divergência ocorrida nos autos, em que se discute, a respeito de contrato de venda de um estabelecimento (Instituto de Beleza), na qual foi expressamente incluído um aparelho de telefone, se o vendedor, que é o apelado, deve garantir seu uso ao apelante, fazendo sua transferência para o nome dêle. Na questão de fato não podia haver a menor divergência, como não ocorreu, o mesmo não acontecendo quanto à de direito, única em que fiquei vencido, embora entenda igualmente não possa ser objeto de venda, própria dita, o direito de uso de telefone. No meu entender, o que houve foi a cessão do direito ao uso do aparelho telefônico e isso é permitido.

Nesse particular, entendo que o negócio é lícito, porque o direito de uso não pode ser objeto de contrato, como ocorre em relação ao usufruto, mas pode a sua utilização, ou fruição daquilo sobre que se tem o direito de usufruir.

No caso de aluguel de telefone, que é o dos autos, é permitido ao assinante não somente usá-lo pessoalmente, como permitir a sua utilização por terceiro, mediante paga, ou não, como se dá nas casas comerciais. Se assim é, nada impede que possa o assinante contratar o uso, por algum tempo, por terceiro, principalmente quando existe um contrato em que utilização é secundária ou acessória, como se verificou no caso dos autos.

E verdade que se tem, quase que reiteradamente, repellido a pretensão de adquirentes em casos como o dos autos, como atestam os julgados referidos no acórdão ora subscrito, mas *data venia* dos que assim pensam, porque esse en-

tendimento resulta da falta da distinção, na espécie, que torne possível solução contrária encontrada em alguns casos semelhantes conforme acórdãos nos vols. 212/592 e 285/712, da *Revista dos Tribunais*, embora por outros fundamentos, ou com justificativa diferente, a fim de que não se deixe de cumprir um contrato, não a sua parte principal, que é a venda do estabelecimento, que não sofreu a menor discussão no processo, mas na acessória, que foi a cessão de uso do aparelho telefônico instalado no estabelecimento vendido.

E verdade que se tem repellido a pretensão de outros adquirentes de aparelho, isto é, do direito de se utilizar de telefone para se falar com alguém. Mas o usufruto também é inalienável e apesar disso sempre se entendeu ser admissível a cessão do uso, ou o direito de utilização ou fruição de qualquer coisa, a denominada cessão do exercício do direito de usufruto, como atestam julgados nesse sentido. Quanto ao uso do telefone, a solução tem sido contrária conforme os julgados referidos no acórdão, mas isso no meu entender por não se fazer a necessária distinção, deixando-se uma das partes contratantes sem direito de cumprir convenção na parte acessória no caso em que é exigível no da principal.

Pelos motivos acima é que dei provimento ao recurso a fim de que o apelado trate de garantir ao apelante o uso do aparelho, dando os passos necessários junto à empresa concessionária do serviço, que permite a inclusão do nome de terceiros como utilizante de aparelho telefônico, para figurar na lista, como ocorre constantemente. No caso de ser impossível essa forma de se resolver a causa, se se verificar a oposição do terceiro, a Companhia Telefônica, estranha à inclusão do telefone na venda do Instituto de Beleza, a consequência será a condenação em perdas e danos, que não foi pedida, mas o poderá ser ainda (art. 157 do Código de Processo Civil), por se estar em face

de uma obrigação de fazer, não cumprida, e pode haver prejuízo para uma das partes contratantes.

Quanto ao argumento, não decisivo, de que a Telefônica, não ouvida no processo, nem notificada na demanda, como foi pedido inicialmente, porque

existe proibição em seu Regulamento, que não tenho em mãos, qualquer apreciação a êsse respeito me parece prematura, pois nem ao menos foi deferida a inicial pela decisão recorrida que reformo, dando provimento ao recurso — *Pedro Augusto do Amaral*, Relator designado — *A. Pereira Lima*.