

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXVII

TOMO I

Foram tirados cem exemplares em papel bouffant especial, e dois mil e novecentos em papel vergé, do presente volume das Obras Completas de Rui Barbosa, mandadas publicar, sob os auspícios do Governo Federal, pelo Ministro Gustavo Capanema, dentro do plano aprovado pelo decreto-lei n.º 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas, e de acordo com o decreto n.º 21.182, de 27 de maio de 1946, promulgado pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referendado pelo Ministro Ernesto de Sousa Campos.



Gabinete de trabalho de RUI BARBOSA (De seu arquivo)

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXVII. 1900
TOMO I

RESCISÃO DE CONTRATO
PRESERVAÇÃO DE UMA OBRA PIA



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE
RIO DE JANEIRO

TOMBO



320.981
B238

CATALOGO

PREFÁCIO E REVISÃO

DE

JOSÉ CÂMARA

Advogado no Distrito Federal



PREFÁCIO

Os assuntos forenses debatidos pelo Consº Rui no ano de 1900 seriam incomportáveis num só volume, visto como a matéria produzida nessa quadra é das mais vastas e dispersas, sendo assim necessário dispor em duas unidades distintas o que foi coligido ou que tenha de ser localizado, de acordo com o programado na forma do decreto-lei 3.668, de 30 de setembro de 1941.

Com efeito. Constitui o triénio 1898-1900, desde que iniciara a sua vida profissional, em 1871, o mais fecundo período de tôda a atividade de advogado de Rui Barbosa. Nessa contingência, não seria possível outro critério. Os anos de 1898 a 1900, neste particular, revelam tal operosidade de Rui Barbosa, que em nenhum outro, ao que sabemos, foi ultrapassado. É certo que vastos in 4º atestam noutras fases sua inexcedível capacidade de trabalho, sua insuperável produtividade; mas, aqui o número de teses a discutir, a feição peculiar a cada espécie, exigindo estudos e ilações que lhes são inerentes, a sua variedade, constituem aspectos que não sofrem paralelo em nenhum outro período.

Pareceu de bom alvitre iniciar a série de 1900 com a publicação dos dois alentados conjuntos que ora se oferecem ao público. São êles pertinentes a duas momentosas questões, que sériamente agitaram o fôro da Capital Federal. O que se insere sob o número I, por fôrça da tese então ventilada, e só a muito custo vencida — qual fôsse a da equiparação das pessoas jurídicas de Direito público interno aos particulares, quando com êstes tivessem de pactuar; o segundo, concernente à ação ordinária intentada pela Con-

de dessa de Tocantins e outras contra a Associação de São Vicente de Paulo e o Revmº Arcebispo Diocesano, cujos patronos foram os advogados Herculano Marcos Inglês de Sousa, pelas AA., e Francisco de Paula Lacerda de Almeida (*), Rui Barbosa e Ulisses Brandão, pelos Réus.

Essa última permitiu ao Conselheiro um significativo triunfo no seu curriculum de advogado, sem que, entretanto, nenhum provento ou vantagem material auferisse como honorário ou qualquer modalidade de recompensa, a não ser aquela que resulta da íntima satisfação do dever cumprido.

Aquela, embora vitorioso o seu ponto de vista na primeira instância, onde foi prolatada a sentença pelo então Juiz Federal Godofredo Xavier da Cunha, teve, não obstante, reformada a decisão, sendo julgada improcedente a pretensão da Autora, por acórdão da suprema corte.

* * *

Ao contrário do que vem ocorrendo no preparo dos volumes relativos a questões jurídicas, o tomo que ora sai publicado, a rigor, não contém matéria inédita.

Diferentes fontes forneceram os textos reproduzidos, mas não os podemos reputar revestidos desse caráter. Assim, todo o primeiro opúsculo, que, de acordo com o conteúdo, pareceu-nos justificar o título genérico com que o encimamos, foi copiado dos próprios autos do processo conservado no Arquivo do Supremo Tribunal Federal, muito embora a quase totalidade das peças que o integram tenha saído impressa na época em que se discutia a lide.

A petição inicial e as razões finais foram publicadas em O Direito, Vol. 83, págs. 116-118 e 120-129, respectivamente. Merecendo absoluta confiança os manuscritos originais, dada a feição definitiva de sua redação e forma genuína que os caracterizam, sem embargo de oferecerem maiores dificuldades,

(*) Pelo Rvmº Arcebispo Diocesano.

preferiu-se elegê-los como documentos isentos de tôda e qualquer suspeição. As razões de apelação, ao que inferimos de uma referência do advogado Ulisses de Carvalho Soares Brandão, foram impressas em 1899 (*Tip. Leuzinger*), não nos sendo dado conhecer exemplar do avulso; dos embargos opostos, também foi tirada uma edição, em 1901 (*Tip. d'A Tribuna*), da qual sabemos apenas de um exemplar existente na Biblioteca Municipal de S. Paulo (*Seção de Impressos*), por ter sido obtida cópia fotostática, graças ao zêlo do Sr. Antônio Gontijo de Carvalho para tudo o que diz respeito à memória do Conselheiro Rui Barbosa.

Não obstante constar o nome do antigo companheiro de escritório de Rui Barbosa, advogado Ulisses Brandão, todos os trabalhos aqui inseridos pertencem exclusivamente a Rui Barbosa, uma vez que de seu próprio punho são as peças para aqui trasladadas, conforme alguns fac-similes estampados em lugar adequado.

A Preservação de Uma Obra Pia foi copiada de 2 textos já impressos: a contestação ao libelo, nome técnico com que então se conhecia no sistema processual vigente, foi transcrita da publicação feita em A Imprensa, em sua edição de 5 de agosto de 1900, na seção de ineditoriais, tal como se acha; as Razões Finais — peça principal do volume — do trabalho amplamente divulgado em 1901, por intermédio da Tipografia do Jornal do Brasil, em respeitável avulso de 194 páginas.

Neste último tivemos de introduzir inúmeras emendas, as quais agrupamos em duas ordens: em primeiro lugar aquelas que constam da errata contida no impresso; em segundo, algumas referentes a enganos materiais, que expungimos, sendo desnecessário ressalvá-los, tal é a evidência com que se apresentam. Destarte, na pág. 72, nota 1, insere-se a palavra estudos por estatutos; outras contêm incorreções puramente de origem tipográfica; o termo Estado, no sentido de instituição, foi algumas vezes grafado com inicial minúscula, tendo sido uniformizado para o critério preferido pelo Autor.

qual fôsse a prevalência da maiúscula, como ocorria até mesmo ao tempo em que redigia o Diário de Notícias, em 1889. Nesse ponto, não deixa de ser vacilante a sua grafia, por considerá-la uma questão secundária. Mantivemos um critério uniforme, desde que não ocorre qualquer eiva de infidelidade na sua adoção.

A grafia orgam, invariavelmente seguida pelo Autor no decurso do arrazoado, foi alterada para a atual, em consonância com inúmeros outros exemplos por él próprio seguidos; manteve-se a forma *oi* por *ou* (*tesoiro*, *tragadoiro*, etc.), desde que tal maneira teria de ser repetida até mesmo em 1921, na revisão dos editoriais do Diário de Notícias. (Cfr. Vol. XVI, tomos I e II das O.C.) As questões de datas e números oferecem às vezes alguns tropeços à revisão, v. g. a «*independência de 1823*» (nº 3), além de outras referências a artigos de leis e de códigos, p. ex. o art. 163 em lugar de 103 do Cód. Penal, que substituímos pelas indicações corretas.

O manuscrito constante dos autos do processo de Apelação Cível nº 469 (Companhia Colonizadora Industrial) também contém alguns deslises dessa ordem. A lei orçamentária nº 26, de 30 de dezembro de 1891, ad exemplum, é mencionada como sendo de novembro. E, assim outros pequenos casos, que seria ocioso lembrar neste momento.

* * *

No levantamento da bibliografia, depara-se-nos um breve contraste. Enquanto a Obra Pia atesta uma indagação doutrinária de tamanho vigor que a converte num estudo exaustivo, nas consultas a autores e diplomas nacionais ou estrangeiros, a Rescisão de Contrato revela uma quase abstenção de pesquisa daquêle gênero. Tão diminuto é o número de autores citados que achamos dispensável a sua enumeração. Totalizando menos de uma dezena, em todo o conjunto, desnecessário foi discriminá-los, máxime atendendo-se

a que são como que absorvidos pelos subsídios que serviram à elaboração do opúsculo II. Não quer isso dizer que este aspecto denote maior ou menor interesse no concernente a qualquer das causas patrocinadas. Ao contrário: tanto uma como outra exigiu sérias indagações; profundas investigações; excessivos esforços de meditação.

No tocante às decisões terminativas dos pleitos de que se trata, tem-se como inédito, tão somente, o acórdão de 21 de novembro de 1903 (p. 81), ao qual acrescentamos a ementa com que vem encimado.

Dispostos em ordem alfabética, tem-se, no fim do tomo, a relação documentada dos autores e diplomas que auxiliaram as conclusões de Rui Barbosa.

* * *

Sem credenciais para outras considerações, podemos assegurar, entretanto, que o máximo de objetividade e zélo foi dispensado na revisão, e notas com que precedemos os opúsculos. O amor à fidelidade imprimiu-nos a norma de procedimento a que estamos adstritos.

Mais uma vez, apraz-nos manifestar a sensibilidade que nos domina ao ter de colaborar na organização de empresa tão merecedora de carinho e capacidade à sua altura, qualidades que nos faltam em se tratando de um dos mais dignos monumentos à memória de Rui Barbosa, qual seja a perpetuação de seu pensamento através de sua OBRAS COMPLETAS.

Vão precedidas de um asterisco as notas de pé de página apostas pelo autor do Prefácio e das notícias prévias de cada conjunto, sendo as de Rui Barbosa assinaladas por numeração arábica.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1946.

JOSÉ CÂMARA



I

RESCISÃO DE CONTRATO

POR

ATO UNILATERAL DO PODER PÚBLICO

EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS

Obrigaçāo não Especificada

Companhia Colonizadora Industrial

versus

Fazenda Nacional



Não valia a pena escrever os rito Lau-
dos, que escreveram, de f⁶⁴ a f⁶⁷, o or-
gar as ministerio publico, para checar
em algaçom contraria à verdade material
dos autos, já tão completamente repre-
tidos, e corroborar tais cabalmente as
nossas razões de f²⁵ a f⁴⁵

Impetando para elas, pois, a alhures
do venerando Tribunal, agui nos camita-
remos a seguir, em forma de notas, folha
a folha, o arraigado da Ré.

Princípio ponto

Desenvolvimento do contacto

Colarula resolutiva.

(f⁶⁶)

Invoca a aff⁴ Georgio Georgi, Wan-Walter
e outra vez Georgio Georgi, para demandar
que "o não implemento do contrato por

Fôlha dos autos da apelação cível 469
(Arquivo do Supremo Tribunal Federal, lata nº 37)

NOTA DO REVISOR

Aos 20 de setembro de 1890, os Srs. Ataliba Gomensoro, Pedro Mr. Maury e Pedro Jaime Sust celebraram com o Governo da União, representada pelo General Francisco Glicério, Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, um contrato pelo qual ficava concedida aos primeiros dos pactuantes uma área de 200.000 hectares destinada ao estabelecimento de colônias agrícolas.

As glebas seriam entregues aos concessionários à proporção que fossem sendo demarcadas. Em cada uma delas seria fundado um núcleo agrícola para estabelecimento de 500 famílias de trabalhadores, dividido em lotes de 15 hectares. Dispunha a cláusula XI que os concessionários poderiam transferir o contrato a empresa ou companhia que assumisse as obrigações estipuladas no instrumento contratual.

Tendo o Dr. Ataliba Gomensoro requerido permissão para transferir a sua concessão à Companhia Colonizadora Industrial, foi o pedido deferido por despacho de 27 de julho de 1892 do Diretor das Obras Públicas (*Diário Oficial* de 29 de julho de 1892).

A 15 de janeiro de 1891 foram expedidas pelo Ministro da Agricultura e Obras Públicas instruções para fiscalização dos serviços de demarcação, discriminação e divisão das terras devolutas dadas em concessão, entre as quais se compreendiam aquelas outorgadas à autora, ficando os concessionários obrigados a recolher ao Tesouro Nacional, de três em três meses, adiantadamente, a contribuição para pagamento dos estipêndios atribuídos ao engenheiro fiscal, à razão de 600\$000 mensais. (Art. 30.)

Não tendo a concessionária recolhido ao Tesouro as quantias correspondentes a tais mensalidades, o Ministro das Obras Públicas, por despacho de 11 de outubro de 1893, considerou caduco o contrato, ficando assim sem nenhum efeito o ato de 20 de setembro de 1890.

Em 1897, propôs a Companhia concessionária uma ação ordinária contra a União com o propósito de ser indenizada das perdas e danos resultantes da rescisão do contrato, devendo fixar-se o *quantum* no que fôsse apurado na execução. Foi confiado o patrocínio da demanda ao Conselheiro Rui Barbosa, que substabeleceu o mandato nos advogados Edmundo Bittencourt, Sancho de Barros Pimentel, e, mais tarde, no advogado Ulisses de Carvalho Soares Brandão (*).

Autuada a 28 de setembro de 1897, seguiu a lide os trâmites processuais, tendo defendido a Fazenda Nacional o Procurador Seccional da República, Bacharel José de Miranda Valverde (fls. 51-53v). Por sentença de 24 de setembro de 1898 o Juiz Godofredo Xavier da Cunha julgou procedente a ação proposta para o fim de condenar a Fazenda Nacional a pagar à autora as perdas e danos na importância que se liquidasse na execução (fls. 54-57).

Interposta apelação pelo representante da Fazenda, Procurador Esmeraldino Bandeira, foi êsse recurso recebido por despacho de 30 de setembro (fls. 59), sendo arrazoado pelo Bacharel Miranda Valverde. Contra-arrazoado pelo Conselheiro Rui Barbosa (fls. 72 *usque* 100 v), e após ter oficiado o Procurador Geral da República, Ministro Ribeiro de Almeida, proferiu o Supremo Tribunal Federal o acórdão

(*) Fls. 14 v. : «Substabeleço os poderes desta procuração, com reserva dêles para mim, nos Drs. Edmundo de Bittencourt e Sancho de Barros Pimentel. Rio, 29 de setembro, 1897 — Rui Barbosa».

Fls. 21 : «Rui Barbosa, advogado : Substabeleço no Dr. Ulisses de Carvalho Soares Brandão a procuração a mim outorgada na ação proposta contra União Federal pela Companhia Colonizadora Industrial para haver as perdas e danos pela declaração de caducidade da sua concessão de burgos agrícolas; reservando-me os mesmos poderes. Rio de Janeiro, 19 de janeiro, 1897. — Rui Barbosa».

de 13 de julho de 1900, dando provimento à apelação para julgar improcedente a ação proposta (fls. 102 v a 103 v).

Opostos embargos, sustentados e impugnados, foram estes rejeitados a 21 de novembro de 1903, conforme acórdão de fls. 191 v. a 192 v. que reproduzimos em apêndice ao opúsculo, no lugar adequado, critério que igualmente seguimos no concernente às demais decisões judiciais atinentes ao pleito (*).

(*) Nos embargos articulados a fls. 106-107 [pág. 53], muito embora os tenha Rui Barbosa rotulado com a indicação de serem estes de nulidade e infringentes do julgado, pretendeu, não obstante, ao sustentá-los, que se tomasse o recurso como sendo de embargos de declaração, visto como era esta última a única modalidade admitida naquela época pelo regimento interno do Supremo Tribunal, em seu art. 94.

Ambas as ilações foram impugnadas na cota oferecida pelo representante da União, ministro Lúcio de Mendonça, (fls. 188 e 188 v.), então [dez. de 1901] procurador geral da República.

O decreto legislativo nº 938, de 1902, conferiu diverso tratamento à matéria, para o fim de permitir os embargos de nulidade e infringentes de julgado, em tais casos, sendo, assim, aplicada essa lei à espécie.

* * *

Nessa fase foi apresentada ao Supremo Tribunal, pela embargante, uma petição do seguinte teor, aliás a sua última tentativa a respeito :

Ilmo. Exmo. Sr. Ministro Relator

A Companhia Colonizadora Industrial vem submeter a V. Excia., a fim de que se juntem aos respectivos autos, os documentos para apresentação dos quais requereu a V. Excia. que os fizesse baixar.

P., pois, que, feito isto, siga o feito os seus térmos até julgamento da causa.

Rio de Janeiro, 18 de setembro, 1902.

RUI BARBOSA

Junta por linha, com os documentos que a acompanhavam, não foi, contudo, objeto de qualquer despacho ou pronunciamento.



1 - Petição Inicial

Ilmo. Exmo. Sr. Dr. Juiz Seccional

A Companhia Colonizadora Industrial foi constituída, em 1892 nesta cidade, com o fim de executar e explorar a concessão feita, em 20 de setembro de 1890, pelo Governo Provisório ao dr. Ataliba Gomensoro, Pedro Mr. Maury e Pedro Jaime Sust, de 200.000 hectares de terras devolutas no Estado de S. Paulo, para nelas estabelecerem sete núcleos agrícolas com 5.000 famílias de trabalhadores nas condições prescritas pelo decr. n.º 528, de 28 de junho do mesmo ano. (Doc. n.º 1)

Obtida a vênia do Governo Federal para essa transferência, já facultada aos concessionários pelo dito contrato (doc. n.º 1), cláusula XI, desempenhava-se pontualmente a cessionária das obrigações contraídas, quando o poder executivo federal lhe infligiu a caducidade sob o pretexto de não se haverem apresentado as plantas das medições do primeiro núcleo dentro no término fixado pela cláusula IV.ª do contrato. Não foi difícil à prejudicada mostrar que essas plantas estavam na secretaria da agricultura, onde tinham sido entregues nos limites daquele prazo; e a administração pública, reconhecendo o êrro por ela cometido, declarou sem efeito, por despacho de 1892, o ato de 16 de outubro do ano antecedente, que perpetrara a injustiça. (Doc. n.º 2)

No ato de reconsideração o Governo Federal impunha à Companhia o ônus, não previsto no contrato, de fazer traçar as coordenadas geográficas, trabalho dispendioso, a que ela, sem regatear serviços ao Estado, se submeteu, de modo que, por ato de 8 de julho de 1892, o ministério da agricultura lhe mandou passar os seus títulos de propriedade. (Doc. n.º 2.)

Firmada assim no seu direito, líquido e definitivo, demarcou a companhia o primeiro núcleo, abriu com grandes sacrifícios pecuniários uma estrada de quilômetros e diversos caminhos vicinais, para a criação e desenvolvimento de uma indústria do maior valor, a da erva mate, cuja introdução em S. Paulo se deve à cessionária, construiu casas para os lavradores, procedeu, em suma, por modo tal que o engenheiro encarregado da fiscalização dos seus trabalhos declarou não haver contrato, cuja execução se houvesse levado a efeito com tamanha atividade e vencendo embaraços tão graves.

Não obstante, o Governo da República por despacho ministerial de 11 de outubro de 1893 fulminou de novo a caducidade ao contrato de 20 de setembro de 1890, firmando-se desta vez na argüição de que a cessionária não entrara para o Tesouro com a importância dos vencimentos do engenheiro fiscal. (Doc. n.º.)

Ora, um contrato não se dissolve senão por quebra de estipulações nêle avençadas sob essa pena, ou infração de princípios essenciais aos contratos e leis escritos, a êle preexistentes, que constituam direito obrigatório para as partes em quaisquer convenções do gênero da de que se trata.

Mas no contrato de 20 de setembro de 1890 não há cláusula alguma, onde se trate do pagamento do engenheiro fiscal pelos concessionários. A institui-

ção dêsse encargo estabeleceu-se por lei posterior ao contrato e sem a sanção da nulidade para as emprêsas que a não observassem. Estatui, com efeito, a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º III :

As companhias ou emprêsas, que gozarem, ou não, de garantia de juros ou subvenções são obrigadas a entrar para o Tesouro Nacional com as quotas, que tiverem sido determinadas pelo Poder Executivo, ou que constarem das tabelas para ocorrências das despesas da repartição de fiscalização, criada pelo decr. nº 399, de 20 de junho de 1891, instituída sob a cláusula da despesa não exceder a receita proveniente daquela arrecadação.

O disposto nesse texto constitui apenas uma contribuição, uma espécie de tributo, criado para essa espécie de concessões, mas que não interessa a subs-tância e existência dos respectivos contratos, máxime quando êstes, celebrados antes daquele ato legislativo, não encerre cláusula, que vincule os concessionários a tal encargo, sob semelhante penalidade. Nem assistia ao governo, parte em tais contratos, o direito de inová-los a seu arbitrio, sem o concurso do outro contraente, criando para êles cláusulas resolutivas não contempladas na competente escritura.

A hipótese tem já firmada a favor dos concessionários a jurisprudência do mais alto tribunal do país, o qual, por sentença de 15 de maio dêste ano, proferida na questão entre a Fazenda Nacional e a baronesa do Sêrro Azul com seus filhos menores, julgou procedente a reclamação dos AA.,

Considerando que, ainda quando se entenda extensivo a emprêsas organizadas em virtude de contratos anteriores o encargo das despesas de fiscalização, impôsto pelas leis nº 26 de 30 de dezembro de 1891, art. 8º, § 4º, e nº 126 B,

de 26 de novembro de 1892, art. 6º, nº 3, às companhias ou empréssas que gozarem de garantia de juros ou subvenção do Tesouro Pùblico, nem por isso assistia direito ao Govêrno, para rescindir, ou declarar cađuco o contrato do barão do Sêrro Azul, pela falta de pagamento da quantia fixada para as respectivas despesas, *uma vez que nem a lei, nem as estipulações do respectivo contrato o investiam de poder para tanto, e, conseqüentemente, fazendo-o incorreu em culpa, que acarreta a responsabilidade da Fazenda Nacional pelos prejuízos daí resultantes para a outra parte contratante.*

(*Direito*, v. LXXIII, nº 4, de 15 de agosto de 1897, p. 516).

À vista do exposto e em presença dêste arresto, cuja espécie oferece com a atual a mais completa identidade, quanto ao motivo que serviu de base à caducidade pronunciada, manifesta é a responsabilidade da Fazenda Nacional pelos danos e prejuízos oriundos, para o peticionário da injurídica rescisão do contrato pelo Govêrno da República, perdas e danos cuja importância se fixará, provará e liquidará na execução.

Pede, pois, o suplicante, que, distribuída e au tuada a presente, seja citado o dr. procurador da República, a fim de, na primeira audiência dêste juízo, falar aos têrmos da ação ordinária, cuja intenção se acaba de expender, assim como para seguir a causa em todos os seus têrmos legais até final sentença e sua execução.

Avalia a causa em quantia enormemente superior à alçada, como é de evidência *prima facie* pelo objeto do contrato rescindido e seus têrmos. Todos os protestos de direito.

Rio, 3 de setembro de 1897.

O advogado,

RUI BARBOSA

2 - Razões Finais

As informações prestadas, no ofício de 10 de novembro de 1897, pelo ministério de indústria, viação e obras públicas ao ministério público e por êste oferecidas nos autos como contestação da lide (fls. 15-17) com a declaração de que nelas "vem perfeitamente discutido o objeto da presente causa" não provam senão a extrema insipiência jurídica reincidente nas nossas secretarias de Estado e a inconsciência com que elas violam a lei e os contratos.

Como solene apêlo à ignorância do direito, se ela fôsse assaz poderosa para absolver da culpa, e dispensar da reparação, fôra a mais completa defesa da Ré. Não tendo, porém, poder tal a ignorância de direito, o da Autora não podia encontrar vindicação mais perfeita que a dêsse papel, cujas proposições basta reproduzir lado a lado com os textos legislativos e regulamentares, a que se referem, para lhe ter dado a mais irrefragável resposta.

Começa por dizer a Secretaria da Agricultura que "a obrigação dos concessionários de terras devolutas a contribuirem para as despesas da fiscalização do serviço de fundação de núcleos coloniais foi estabelecida pelo art. 29 das instruções expedidas em 15 de janeiro de 1891 pelo ministério da agricultura".

Mas, sendo de 20 de setembro de 1890 a concessão em que se fundam os direitos da A., e precedendo assim as instruções de 15 de janeiro de 1891,

que sujeitaram a êsse ônus as concessões dêste gênero, claro está não abrangerem a de que se trata, porquanto *nem as leis*, entre nós, quanto mais os atos de ministros, têm fôrça retroativa.

Ainda não se sabe, no ministério da indústria, que a administração pública, da qual são ramos as secretarias de Estado, é parte nos contratos, que celebra, e, como parte, não pode aumentar os gravames da outra sem o seu assentimento. Instruções ministeriais são atos obrigatórios para as dependências ministeriais. Ora, os direitos que por um contrato se criam, só dêsse contrato dependem. Não estão dependentes dos ministros, antes se fizeram exatamente para limitar o arbitrio dêstes, e lhes submeter a vontade à mesma lei que obriga o outro contraente

Quantos pleitos se não evitariam, e que de sacrifícios se não poupariam ao Tesouro, se as secretarias de Estado aprendessem, ou não esquecessem êstes rudimentos de direito comum !

Das obrigações ajustadas numa convenção não se desliga o contratante, que as aceitou, se o outro, de sua parte, não faltar aos deveres correlativos, a que, *no mesmo contrato*, essas obrigações ficaram subordinadas. E tão suprema é a fôrça dessa lei estabelecida entre as partes pelo mútuo consenso de suas vontades, que *a própria lei geral* a não pode cercear, senão para contratos *futuros*, nunca para os preexistentes. De modo que, para demonstrar a obrigação atribuída à Autora no papel de fl. 16, fôra preciso evidenciar ou que essa obrigação está consignada no contrato de 20 de setembro de 1890 (fl. 7), ou em lei geral anterior a êle.

Não há, porém, nem lei geral, anterior, ou *posterior mesmo*, que tal obrigação firme, nem o contrato de 20 de setembro de 1890 a consagra.

As instruções de 15 de janeiro de 1891 não são lei, senão mero ato do governo, isto é, de uma das partes no contrato. E, se é princípio indisputado que um contrato não se inova por deliberação unilateral de um dos contraentes, muito menos se poderia admitir que um dos contraentes imponha ao contrato *condições rescisórias* não consentidas pelo outro.

Suponhamos, porém, o contrário. Demos que o Poder Executivo tivesse o direito inaudito de sujeitar, por arbitrio seu, a tais condições os contratos com êle celebrados, e que, por outro absurdo, pelo menos tão monstruoso quanto êsse, os atos do poder executivo tenham o privilégio, *negado às leis*, de ser retroativos. Ainda assim, era preciso, ao menos, que nas instruções de 15 de janeiro de 1891 se contivesse o que lhe imputa o Ministério da Indústria, isto é, que o art. 29 delas, invocado por êsse ministério (fl. 16), impusesse aos concessionários de núcleos coloniais a contribuição, de que se trata, *sob a pena de caducidade*.

Mas tal não há. O documento ministerial a fl. 16 capciosamente alega ter o art. 29 das instruções de 1891 instituído para tais concessões êsse encargo; *mas oculta que nenhuma penalidade comina* êsse texto aos seus infratores. Eis simplesmente o que êle diz :

Logo que começar a funcionar qualquer contrato para a fundação de núcleos coloniais em terras devolutas, deverá o respectivo concessionário comunicar à inspetoria geral das terras e colonização, ficando desde logo obrigado a recolher adiantadamente ao Tesouro Nacional, de três em três meses, a quota, com que deve contribuir para as despesas de fiscalização, na razão de 600\$000 mensais.

É tudo.

Não há, pois, nesse texto a mínima alusão à caducidade das concessões, cujos proprietários faltarem ao cumprimento dessa exigência administrativa. E, se o emérito julgador percorrer essas instruções, de que juntamos como documento um exemplar oficial, porque não as encontramos na coleção de leis, verá que nem de caducidade, nem de outra qualquer sanção penal, para esta ou outra omissão qualquer, se ocupa aquêle ato do governo.

É incrível, portanto; mas não se pode negar: a alegação de que o Poder Executivo fulminou contra a concessão de 20 de setembro de 1890 a caducidade, *fundado nas instruções de 15 de janeiro de 1891*, constitui uma calúnia a essas instruções e uma cilada à boa fé dos tribunais.

Destinado apenas a estabelecer as normas administrativas e técnicas para o serviço de fiscalização dessas empresas, o ato de 15 de janeiro limita-se a estabelecer que esse serviço será pago pelas companhias; de onde simplesmente se segue que o recusa às que o não pagarem. Nada mais. As empresas, que deixarem de retribuí-lo, não poderão prosseguir nos seus trabalhos, por cessar a fiscalização, indispensável ao andamento dêles. Onde a caducidade?

Aqui poderíamos terminar, portanto.

Mas acompanhemos a Ré.

Continua ela, em seqüência às palavras supratranscritas:

“Essa obrigação foi posteriormente confirmada pela disposição constante do n.º 20, § 4.º, art. 8.º da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, que obrigou tais empresas a entrarem para os cofres públicos com as quotas determinadas pelo Poder Executivo. A fim de regular o modo, pelo qual deveria ser executada

a citada disposição, foi expedido o decr. n.º 733 de 9 de fevereiro de 1892, determinando a obrigação de tais companhias, e tornando passíveis da pena de suspensão dos favores concedidos pelo governo federal as que o não fizessem nos prazos marcados.

“A lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892 manteve *idêntica* disposição.”

Examinemos a legislação invocada.

O que a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, estatui, vem a ser :

“Ao Poder Executivo não é permitido renovar em favor de indivíduo ou emprêsa de qualquer natureza as concessões com garantia de juros, ou subvenção, que tiverem caducado, venham a caducar, ou fiquem sem efeito.

“Reputam-se caducas as concessões com garantia de juros ou subvenção, que não se tornarem efetivas nos prazos das concessões, ou dos contratos, não sendo lícita a renovação dêsses prazos.

“As companhias ou emprêas, que gozarem de garantia de juros, ou subvenções, são obrigadas a entrar para o Tesouro Nacional com as quotas que tiverem sido determinadas pelo Poder Executivo, ou que constarem das tabelas para ocorrência das despesas de fiscalização pelo decr. n.º 1.302 de 1891, instituída sob a cláusula de a despesa não exceder a receita proveniente daquela arrecadação”.

Nada mais.

Logo, esse texto não cominou às companhias, que a tal despesa deixassem de acudir, a pena de caducidade.

Sujeitando essas companhias a êste encargo, o legislador criou para elas *uma contribuição*, implicitamente sujeita, como tôdas as contribuições públicas, aos meios e processos de arrecadação peculiares às dívidas ativas do Estado. Mas não impôs aos de-

vedores remissos pena alguma, e muito menos a de caducidade dos seus direitos. Fora das secretarias de Estado não há, com efeito, quem não saiba que penas hão de ser instituídas expressamente: *nunca se subentendem*.

E tanto mais óbvio é que de tal absolutamente não cogitou, quanto, no período imediatamente anterior ao último, onde se estabelece para as companhias aquêle ônus sem cominação de penalidade nenhuma, se fulmina a de caducidade às que *não executarem* as concessões no prazo dos referidos contratos. Com esta disposição mais não fêz que deduzir dêles a sua consequência natural, a cláusula, inerente aos contratos, da sua rescisão pelo não implemento dêles.

Destarte reconheceu, pois, manifestamente a lei que não pode atuar sobre contratos anteriores, isto é, que êstes não se podem reger e resolver senão pelo que êles mesmos assentarem.

Foi o decr. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, citado igualmente pela Ré, no tópico supratranscrito, que instituiu, no art. 2.º:

As companhias ou emprêses não subvencionadas, que são igualmente obrigadas a concorrer com uma quota prefixada para o aludido fim, e não o fizerem nos prazos marcados pelo art. antecedente, serão passíveis da pena de suspensão dos favores indiretos prometidos pelo governo federal.

Suspensão dos favores indiretos quererá dizer caducidade da concessão?

Ninguém o dirá, sabendo a significação aos vocábulos. Primeiro: porque na concessão, além dos favores indiretos, há os favores diretos, como se pode ver no contrato a fl. 7, e, ao passo que a suspensão cogitada nesse texto comprehende apenas os favores indiretos, pela caducidade todos os favores e, por-

tanto, os *diretos* teriam também que desaparecer. Segundo: porque caducidade é elisão, resolução, extinção do contrato, e *suspender* não é acabar, não é rescindir, não é abolir; é simplesmente *interromper*.

E tanto outro não foi o intuito do decr. n.º 733 que sustar temporariamente os favores concedidos, enquanto as companhias não entrassem com o estipêndio para o custeio da fiscalização que, no mesmo art. 2.º, o membro imediatamente anterior ao supratranscrito, disponde acerca das companhias subvençionadas, manda-lhes descontar pelo governo, na importância dos semestres vencidos, a quota das despesas da fiscalização para os subseqüentes respectivamente, se "as emprêsas se esquivarem a efetuar suas entradas nas épocas determinadas".

O que se quis, por conseguinte, foi constranger as companhias ao pagamento, — quanto às companhias *subvençionadas*, cobrando-lhe o governo, por abatimento nos semestres vencidos da subvenção, o valor dos semestres a vencer na fiscalização, — quanto às *não subvençionadas*, suspendendo-lhes, isto é, *interrompendo-lhes* a prestação "dos favores *indiretos*", até que se reduzissem a pagar. Admitida outra interpretação, teríamos a singularidade inexplicável de, *pela mesma falta*, a impontualidade no pagamento do subsídio dos fiscais, incorrerem na pena extrema de caducidade as concessões *não subvençionadas*, ao passo que as *subvençionadas* se sujeitam apenas à cobrança forçada e prévia da contribuição. Não pode haver maior contrasenso.

Grosseiro êrro, portanto, é o da hermenêutica administrativa em descobrir no art. 2.º do decreto n.º 733, sob a frase "*suspensão dos favores indiretos*", a pena de *caducidade* das concessões. Na linguagem das nossas leis e regulamentos *caducidade* sempre se disse *caducidade*. Para exprimir tal idéia

nunca o estilo oficial conheceu variantes, ou empregou eufemismos.

Demos, porém, que seja a cominação penal da caducidade o que se dissimula nas palavras "suspenção de favores indiretos".

Nesse caso, sendo o decr. n.º 733 um ato do *Poder Executivo*, expedido em execução do prescrito na lei orçamentária n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, a invenção dessa pena seria inconstitucional, porque, como se pode ver no tópico acima transcrito, a disposição legislativa a cuja observância se consagra esse regulamento não autoriza o governo a criar semelhante penalidade, semelhante eliminação de direitos.

É o que se corrobora ainda com a leitura do último texto invocado nas informações do Ministério da Indústria: a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º 22, § III, reproduzido nos orçamentos posteriores.

Essa disposição reproduz *literalmente* a outra, já trasladada nestas alegações, da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º; isto é: determina que as companhias da espécie em questão são obrigadas a entrar para o Tesouro Nacional com as quotas correspondentes à despesa de fiscalização. *Mas não as sujeita pela impontualidade a pena alguma.*

Um tal silêncio ou constitui a reprovação do ato do poder executivo, se é que esse ato importa na instituição da pena de caducidade contra aquelas companhias, ou não significa a aprovação desse ato, senão porque nêle não viu o legislador mais que um meio coercitivo, consistente na simples interrupção temporária (*suspensão*) de certos favores (os favores *indiretos*), para obrigar as empresas remissas à pontualidade.

Concedamos-lhe, porém, à Ré tudo, concedamos-lhe o absurdo, concedamos-lhe que o silêncio das leis anteriores e posteriores ao decr. administrativo n.º 733, de 1892, importe a declaração de que êsse decreto inflige às companhias impontuais no pagamento da fiscalização a pena de caducidade, e envolva, ao mesmo tempo; a sanção legislativa dessa pena.

Ainda assim, essa pena seria inaplicável à Autora; porque o contrato, a que estão presos os direitos desta e as obrigações da Ré, para com ela, é de *20 de setembro de 1890*, e, consequintemente, não pode ser derrogado por nenhuma das leis, a que se apega a Ré, a mais recente das quais tem a data de *30 de dezembro de 1891* (fl. 16), sem que primeiro se revogue o texto da constituição do país, que aos Estados, como à União, proíbe as leis retroativas.

Se as instruções de 15 de janeiro de 1891, o reg. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891 e a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892 estabeleceram (o que aliás evidentemente não é exato) a pena de caducidade das concessões contra as empresas remissas na satisfação dêsse débito para com a Fazenda, de tal cominação só são passíveis as concessões posteriores à data dêsses atos legislativos e executivos.

Não se achando em tal caso a da Autora, regulada pelo contrato de 20 de setembro de 1890 (fl. 7), não há para ela outras hipóteses de caducidade, além da que elle mesmo prevê (cláusulas V), ou das impostas pelos princípios gerais de direito imanentes a todos os contratos.

Se o primitivo concessionário pagou ao Tesouro a quota que se lhe prescreveu à conta de tal despesa, o mais que daí se segue, é que reconheceu a obrigação de pagá-la; mas daí não resulta que se conside-

rasse sujeito, pela impontualidade nesse pagamento, à perda da concessão.

Sucessora do concessionário, pois, nos seus direitos e obrigações, a Autora estaria, quando muito, adstrita à de proceder como ela, desempenhando-se dêsse gravame. Se o não fêz, estará, pela falta, em débito para com o Tesouro. Que êste o reclamasse, cobrando-lho, seria o seu direito. Mas o que não se abrange na esfera dêste, é o de anular o contrato; porque arrecadar não é punir, executar uma dívida não é rasgar o contrato, que a gerou.

Remata as suas informações o Ministério da Indústria, no papel aduzido como contestação da lide, com esta curiosa amostra do senso jurídico nas reuniões oficiais :

A hipótese referente à concessão do barão do Sêrro Azul nenhuma identidade oferece com a presente; porquanto o contrato daquele era de simples localização de imigrantes em terras de seu domínio particular, e as instruções de 15 de janeiro de 1891 não determinam que em tais casos recolham-se quotas para as despesas de fiscalização, o que sómente foi resolvido por aviso dêste ministério nº 64, de 5 de julho de 1892, junto por cópia (Fl. 17-17v.)

A inocência primitiva, em que, a respeito de coisas jurídicas, se libram as almas na zona superior da administração, não se podia espelhar numa revelação mais curiosa. Ainda se vive ali na cândida persuasão de que o governo não é parte, nos contratos, que celebra; é o árbitro dêles : com o sôpro de um regulamento, ou de um simples aviso, os transforma, ou desfaz ! Se as instruções de 15 de janeiro de 1891 fôssem mais compreensivas, ou se o aviso de 5 de julho de 1892 chegasse mais cedo, a causa do barão do Sêrro Azul seria idêntica à nossa, os direitos dêsse concessionário teriam sido, como os nossos, legítimamente varridos pela imposição da caducidade !

Mas então a que vem o invocarem as próprias informações do Ministério da Indústria, onde tal doutrina se insinua a fl. 17, a que vem o invocarem, a fl. 16, a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891 e, a fl. 16v. a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892?

A que vem êsse apêlo às duas deliberações legislativas, se o que rege soberanamente a matéria, são as instruções de 15 de janeiro de 1891, e os direitos do barão do Sérro Azul só escaparam à caducidade, por ter surdido tarde o aviso de 5 de julho de 1891, onde se estendeu às concessões do gênero daquela a ameaça de tal pena?

O subterfúgio é ridículo.

E, além de ridículo, não respeita sequer a aparência da boa fé; porquanto foi também para a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, § 4.º, n.º 20, e para a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, que a Fazenda Nacional apelou *no pleito do barão do Sérro Azul*.

A prova está no aresto do Supremo Tribunal Federal, já por nós exarado a fl. 5, onde à invocação desses dois atos legislativos responde assim o julgado:

“Ainda quando se entenda extensiva a emprêsas organizadas em virtude de contratos anteriores o encargo das despesas de fiscalização, impôsto, pelas leis n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, § 4.º, e n.º 126 B, de 26 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º 3, às companhias ou emprêsas, que gozarem de garantia de juros, ou subvenção do Tesouro Pùblico, nem por isso assistia direito ao governo, para rescindir, ou declarar caduco o contrato do barão do Sérro Azul, pela falta de pagamento da quantia fixada para as respectivas despesas, uma vez que nem a lei, nem as estipulações do respectivo contrato o in-

tiam de poder para tanto, e, conseqüentemente, fazendo-o, incorreu em culpa, que acarreta a responsabilidade da Fazenda Nacional pelos prejuízos daí resultantes para a outra parte contratante".

(*O Direito*, v. LXXIII, n.º 4, de 15 de agosto de 1897, pág. 516).

O que êsse arresto, pois, declarou, foi que, para anular o contrato do barão do Sêrro Azul, por não ter satisfeito às despesas de fiscalização, as mesmas por impontualidade no pagamento das quais se pronunciou contra a concessão da Autora a caducidade, *não tinha o governo autoridade própria*,

e que semelhante autoridade só lhe podia emanar do contrato, ou da lei; mas que

nem o contrato impunha tal pena a essa falta, nem o art. 8.º da lei de 30 de dezembro de 1891, ou o art. 6.º da lei de 26 de novembro de 1892 se aplicava a concessões preexistentes.

A espécie é, portanto, sem dúvida alguma, *juridicamente idêntica à do barão do Sêrro Azul*, cuja solução, pois, com o mesmo rigor se aplica à atual. Não importa que numa se trata de colonização em terrenos do concessionário, noutra em sítios cedidos pelo Estado. Essa consideração acessória não altera a identidade lógica dos casos. Em ambos se trata de convenções, que o governo pretendeu nulificar, por não terem os concessionários embolsado ao Tesouro o custo da fiscalização oficial. E, se numa hipótese a justiça qualificou de culposo o ato administrativo, e condenou o governo, por não lhe ser tal faculdade reconhecida nem pelas cláusulas do contrato, nem pelas leis de 1891 e 1892, aplicáveis únicamente a contratos futuros, claro está que, na outra, onde nem a convenção admite a pena infligida, nem ela se lhe

poderia aplicar em virtude das mesmas leis, posteriores como são também ao contrato respectivo, a sentença proferida a respeito da primeira constitui inquestionavelmente jurisprudência para a segunda.

Resumindo: não procede a defesa; porquanto não tinha o governo o direito de pronunciar contra a concessão de 20 de setembro a caducidade, com o fundamento alegado:

1.º porque

nem o art. 29 das instruções de 15 de janeiro de 1891,

nem o n.º 20, § 4.º, art. 8.º da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891,

nem o decr. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, nem a lei n.º 126 B de 21 de novembro de 1892, isto é, nenhum dos atos administrativos ou legislativos invocados em sua defesa (fl. 16-17) pronuncia tal pena contra as companhias remissas no pagamento da fiscalização;

2.º porque,

ainda quando a pronunciassem, todos êsses atos são posteriores ao contrato de 20 de setembro de 1890, e contra êle, pois, não podem retroagir. (Const., art. 11, § 3.º)

Rio de Janeiro, de abril de 1898.

O advogado,

RUI BARBOSA



SENTENÇA

Em 1892 constituiu-se a autora, Companhia Colonizadora Industrial, com o fim de executar e explorar a concessão feita em 20 de setembro de 1890 pelo Governo Provisório ao Dr. Ataliba Gomensoro, Pedro Mr. Maury e Pedro Jaime Sust de duzentos mil hectares de terras devolutas no Estado de S. Paulo para nelas estabelecerem sete núcleos agrícolas com cinco mil famílias de trabalhadores nas condições prescritas pelo Decreto nº 528 de 28 de junho do mesmo ano.

Alega a autora que desempenhava-se pontualmente das obrigações contraídas, na sua qualidade de cessionária, em virtude da transferência devidamente autorizada, quando o Governo da União por despacho ministerial de 11 de outubro de 1893 declarou caduca a sua concessão sob pretexto de que não entrara para o Tesouro Federal com a contribuição para as despesas de fiscalização do serviço de fundação de núcleos coloniais. Ora, diz a autora, um contrato não se dissolve senão por quebra de estipulações nêle avençadas sob essa pena ou infração de princípios essenciais aos contratos e leis escritos, a êle preexistentes, que constituam direito obrigatório para as partes em quaisquer convenções do gênero da de que se trata. Mas, no contrato de 20 de setembro de 1890 não há cláusula alguma onde se trate do pagamento do engenheiro fiscal pelos concessionários. A instituição desse encargo estabeleceu-se por lei posterior ao contrato e sem a sanção da nulidade para as empresas que a não observassem. Alega ainda a seu favor o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 15 de maio de 1897 e pede que a Fa-

zenda Nacional seja condenada a pagar-lhe os prejuízos, perdas e danos que se liquidarem na execução.

O Dr. Procurador da República ofereceu como contestação o aviso nº 121, que, em data de 1º de novembro de 1897, dirigiu-lhe o Ministro da Viação e Obras Públicas, prestando-lhe os esclarecimentos, a fim de defender os direitos e interesses da Fazenda Nacional.

E considerando, depois de vistos e examinados êstes autos e as alegações da autora nas suas razões finais assim como as da ré formuladas pelo Dr. Adjunto do Procurador da República, que o Governo Federal contratou com o Dr. Ataliba Gomensoro, Pedro Mr. Maury e Pedro Jaime Sust em 20 de setembro de 1890 a fundação de sete núcleos agrícolas em terras devolutas existentes nas Comarcas de Iguape, Tiririca e Faxina, no Estado de S. Paulo, sob as condições constantes do documento a fl. 7, cuja autenticidade não foi contestada, ficando os concessionários subordinados às obrigações estabelecidas do Decreto nº 528 de 28 de junho de 1890; considerando que os concessionários transferiram a concessão devidamente autorizados pela ré, como se vê do *Diário Oficial* à fl. 10, à autora, o que aliás permite a cláusula XI do contrato, assumindo a mesma autora as obrigações estipuladas *ex vi* da citada cláusula; considerando que em nenhuma de suas partes menciona o contrato em questão a obrigação da autora contribuir para as despesas de fiscalização; considerando que no decreto nº 528 de 28 de junho de 1890, a que se refere o contrato, não foi também consignada a obrigação da autora recolher ao Tesouro as quotas de fiscalização; considerando, a vista disso, que a ré não podia violentar o contrato declarando-o caduco por seu próprio arbitrio e autoridade, fora dos casos estipulados, porque, segundo a doutrina corrente dos escritores, há perfeita equiparação entre os direitos e obrigações dos cidadãos e os do Estado, quando êste contrata com os particulares, não lhe sendo lícito alterar ou modificar por autoridade própria os contratos em que figura como parte, ou por outras

palavras, porque, segundo a Resol. de Consulta do Cons. de Estado de 26 de julho de 1881, vol. 2º pág. 20, desde que os poderes públicos descem do seu império para a posição de contratantes, nivelam-se, em face do direito, com a outra parte a respeito de sua convenção e perdem a faculdade de alterar ou derrogar o seu próprio ato por mero arbítrio ou poder discricionário; considerando que as Instruções de 15 de janeiro de 1891, o Decreto nº 733 de 9 de fevereiro de 1892, as leis ns. 26 de 30 de dezembro de 1891 e 126 B de 21 de novembro de 1892, não cominam a pena de caducidade às empresas ou companhias que não entrarem para o Tesouro com as quotas de fiscalização, e ainda quando a cominassem, os atos citados não atingem o contrato da autora pelo princípio da não retroatividade das leis consagrado no artigo 11 nº 3 da Constituição; considerando que o Supremo Tribunal Federal no acórdão de 2 de maio de 1897 já decidiu espécie idêntica a dêstes autos contestando ao Governo a faculdade ou o direito de rescindir ou declarar caduco um contrato da mesma natureza pela falta de pagamento da quantia fixada para as despesas de fiscalização, sob pena de incorrer em culpa, tornando a Fazenda Nacional responsável pelos prejuízos daí resultantes para a outra parte contratante; considerando que não procedem as duas últimas alegações da ré, quanto a falta de execução da parte da autora da cláusula IV do contrato, e quanto a prescrição da ação, porque, no primeiro caso, não se trata nos presentes autos de rescisão do contrato por falta de cumprimento de qualquer das cláusulas do aludido contrato, mas, de não ter a autora concorrido com o dinheiro preciso para o serviço de fiscalização, nem a ré alegou como causa ou motivo da caducidade a invocada razão em argumento, e, no segundo, não tem evidentemente aplicação às ações ordinárias a disposição do artigo 13, § 5º da lei nº 221 de 20 de novembro de 1894, referente tão somente às ações sumárias especiais para asseguração do direito dos cidadãos ofendidos por atos da administração pública e inaplicável, portanto, a matéria de

rescisão de contrato em que o Governo figura como parte; julgo procedente a ação proposta para condenar a Fazenda Nacional a pagar a autora as perdas e danos, cuja importância se liquidará na execução, resultantes da indevida rescisão do contrato de 20 de setembro de 1890 e as custas. P.

Distrito Federal, 24 de setembro de 1898.

Godofredo Xavier da Cunha.

3 - Razões de Apelação PELA APELADA

Não valia a pena escrever as oito laudas, que escreveu, de fl. 64 a fl. 67, o órgão do ministério público, para insistir em alegações contrárias à verdade material dos autos, já tão completamente rebatidas, e corroborar tão cabalmente as nossas razões de fl. 25 a fl. 45.

Impetrando para estas, pois, a atenção do venerando Tribunal, aqui nos limitaremos a seguir, em forma de notas, fôlha a fôlha, o arrazoado da Ré.

PRIMEIRO PONTO

DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO CLÁUSULA RESOLUTIVA (Fl. 64)

Invoca a Apt. GIORGIO GIORGI, VAN WETTER e outra vez GIORGIO GIORGI, para demonstrar que "o não implemento do contrato por uma das partes exonera a outra de tôdas as suas obrigações"; que "uma das partes se liberta das suas obrigações, quando a outra deixou de cumprir as suas".

Mas quem afirmou o contrário ?
Quem negou essas noções elementares ?
Não o aponta, nem podia apontar a ré.

Ninguém contestou êsse cânon, que não havia interesse em contestar.

Se um dos contraentes não se desempenhou dos seus compromissos, dos seus está, por sua vez, desembaraçado o outro.

Mas êste resultado está essencialmente subordinado à condicional : dissolvem-se os ônus do segundo pactuante, se o primeiro quebrou o vínculo dos seus.

É nas palavras mesmas de GIORGIO GIORGI, e no próprio trecho dêste civilista citado pela Ré a fl. 64 v., que se acha formalmente estabelecida essa relação de dependência entre a desobrigação da parte inocente e a falta prévia da culpada. Traduziremos em vernáculo a passagem transcrita em italiano pela Ré. Eis o tópico de GIORGI :

A exceção, de que falamos, promana diretamente do contrato, não sendo outra que uma espécie de exceção de dolo, *a qual o réu*, como qualquer exceção, *deve provar inteiramente*. Acontece aliás que êle, quase sempre, fique isento dêste ônus, por se achar a prova ministrada naturalmente, e sem querer, pelo próprio autor. Tem êste, de feito, para assentar os fundamentos da sua demanda, que *mostrar*, antes de mais nada, o *contrato*, e, assim fazendo, confessar mau grado seu a obrigação, que lhe incumbe. Ora, pois que uma obrigação contraída *se presume sempre subsistente*, encontra o réu já fornecida a prova da sua exceção nas alegações do autor, se êste, enquanto *invoca o contrato*, não se propõe ao seu implemento, ou não prove ter-lho dado.

(Fl. 64 v.).

O mais curioso é que a própria Ré sublinha as últimas frases, onde se declara, pela terceira vez nesse lance que a exceção exoneratória do réu se demonstra pelo texto do contrato, cumprindo que se

ache exarada nêle a obrigação, cujo descumprimento a autoriza.

Se o contrato impõe a obrigação argüida na defesa, e o autor não demonstra havê-la satisfeita, decai da ação, a que perdeu o direito, rompendo o contrato, onde pretende apoiá-la.

Eis a doutrina, com que nos escudam as próprias autoridades, a que se arrima a apelante: a obrigação, a que argüí a autora de ter faltado, há de constar *do contrato*.

Ora, a obrigação, que a autora se vê acusada pela ré de ter infringido, a pretensa obrigação, que se lhe atribui, dizendo-se, ao mesmo tempo, violada é a de entrar para o Tesouro com a quota para as despesas de fiscalização.

Logo, segundo os princípios pela própria ré expostos a fl. 64 e fl. 64 v., para ter base a sua inculcada exceção peremptória, necessário era que se mostrasse *no contrato essa obrigação*.

Existe no contrato obrigação tal?

Absolutamente não.

Acha-se o contrato nos autos a fl. 7 e fl. 8. Digne-se o venerando Tribunal de manuseá-lo, e lê-lo, linha a linha, palavra por palavra. Não se fala ali nem de leve, nem indiretamente, em *fiscalização, fiscais*, ou coisa que com isso, ainda remotamente se pareça. Não existe, nas dôze cláusulas da escritura, no seu preâmbulo, ou no seu remate, nem um vocábulo, onde tal sentido se contenha, ou a que, mesmo à fôrça, lho possam emprestar.

Logo, o contrato de 20 de setembro de 1890 não tocou em fiscalização, não aludiu a fiscalização, não pensou em fiscalização.

A obrigação de custear as despesas de fiscalização não existe, pois, *no contrato*.

Como se atreve, portanto, a ré, para sustentar a caducidade dêste, a apelar para a regra jurídica de que os contratos se dissolvem, quando um dos contraentes rompe as obrigações nêles estipuladas?

Invocar, na espécie, essa norma é afirmar que, na espécie, o contrato consigna a obrigação, para a autora, *de pagar os fiscais*.

Mas êsse asserto é nua e cramente *um falso testemunho*, uma grosseira injúria à verdade.

Procede, portanto, a ré cavilosamente, buscando ilaquear com uma falsidade a consciência dos juízes. Aqui não há sofisma, não há sutileza lógica, não há artes de argumentador jeitoso: há quebra material da verdade exarada nos autos, calúnia a um documento. É a má fé praticada em juízo.

O raciocínio da ré inverte-se contra ela. Se, para justificar a sua exoneração do contrato, era mister mostrar a existência nêle da obrigação alegada, evidenciado, pelo contrário, que tal obrigação o contrato não encerrava, desapareceu pelos fundamentos a exceção, e ficou a responsabilidade, que com ela se queria evitar.

Ainda quando, porém, se contivesse no contrato a cláusula de que a autora pagaria as despesas de fiscalização, seguir-se-ia forçosamente que a falta neste ponto anularia o contrato, exoneraria dêle o governo, e lhe atribuía *ipso facto* o direito de pronunciar a caducidade?

Não.

O princípio não é, com efeito, *absoluto*, como presume a ré. Nem todo inimplemento autoriza a *exceptio non impleti contractus*, ou *non rite impleti contractus*.

Eis como a êsse respeito se enuncia a autoridade predileta da ré, que infelizmente ela não quis

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APPELAÇÃO N. 469

APPELLANTE

A União Federal

APPELLADA

A Companhia Colonizadora Industrial

ADVOGADOS

Ruy Barbosa e Ulysses Brandão

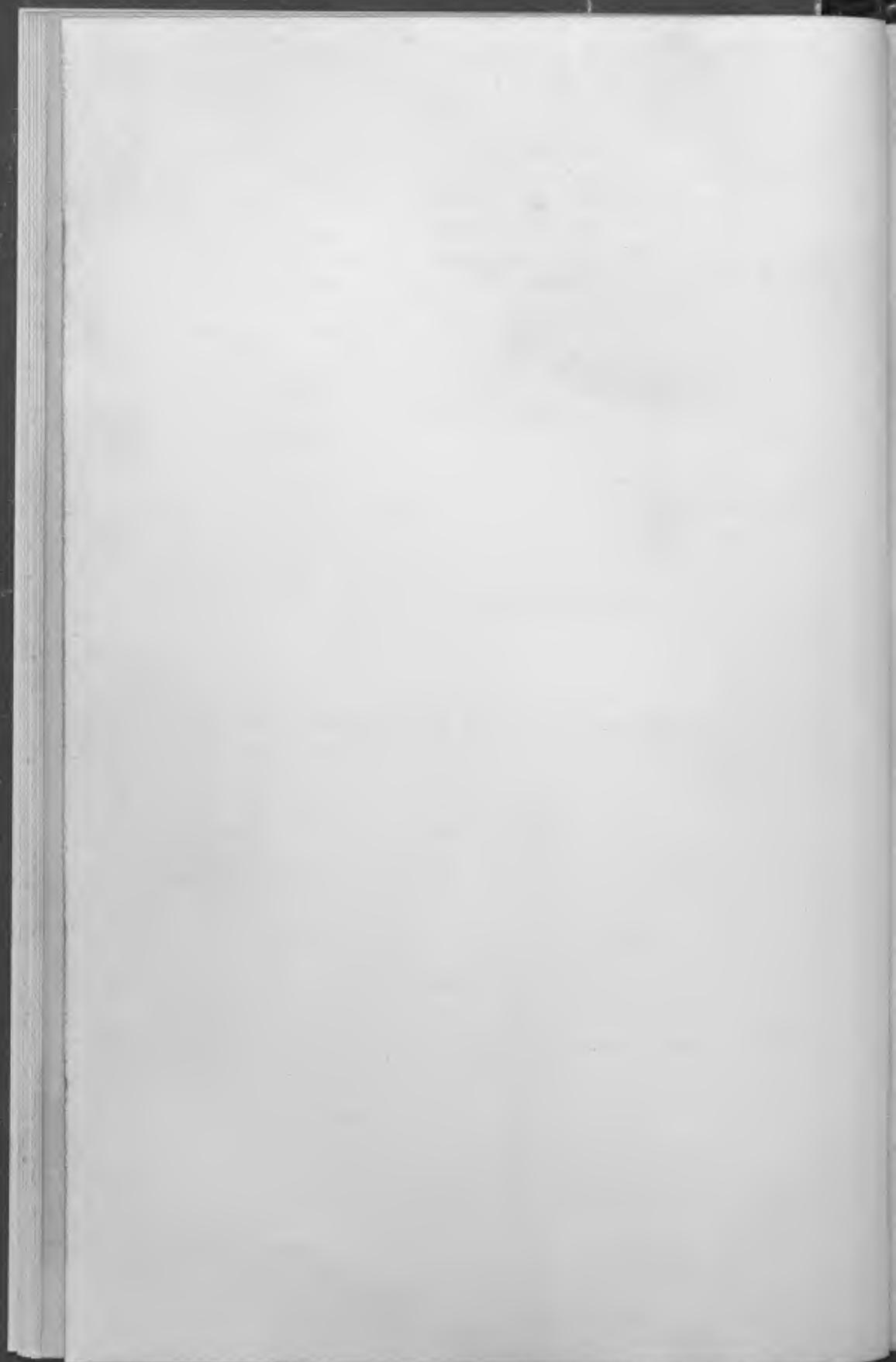
SENTENÇA E RASÕES DE APPELAÇÃO

RIO DE JANEIRO
Typographia LEUZINGER

1395

1899

Fôlha de rosto da 1.^a edição da Apelação n. 469
(Exemplar obtido no curso da impressão dêste tomo)



ler até ao fim, ou antes, que não quis reproduzir senão até onde lhe convinha, pois o trecho, cuja visão vamos dar, precede uma página apenas o transscrito pela apelante.

Pelo que respeita à natureza e qualidade do *inadimplemento*, que pode abrir a porta a exceção, de que nos ocupamos, muitíssimo têm discorrido os antigos tratadistas e os eruditos modernos do direito romano. Mas cai aqui a ponto a observação de PUCHTA, a saber, que dêste assunto se têm escrito muitas obras, as quais poderiam evitar-se, se os autores houvessem atentado mais na substância da coisa que na aparência exterior das palavras. Um pouco de investigação bastava, e tem bastado, em verdade, para compreender como, sendo esta exceção um remédio inteiramente de equidade, não regido por disposições de lei explícitas e precisas, deve confiar-se à apreciação e arbítrio do juiz, ao qual sómente cabe ponderar se, em boa justiça, o *descumprimento de uma das partes compensa o da outra*, e a autoriza à inexecução.

GIORGI : *Obbligazioni*, v. IV, pág. 204, n° 202.

Já se vê que nem toda falta cometida por um dos contraentes abre a porta, na expressão de GIORGI, à exceção exoneratória do outro : para esse efeito se requer a condição de que as duas faltas se *compensam*, isto é, que uma valha, pela sua importância, a outra. Uma falta accidental, acessória, que não interessa a essência do contrato, não desobriga o outro contratante.

Num contrato de compra e venda, por exemplo, segundo uma exemplificação que tomamos a WINDSCHEID, no seu grande livro das *Pandectas*, e aos seus anotadores italianos, (§ 321, vers. de FADDA e BENSA, v. II, pág. 247, n.º 7) o comprador prometeu o preço, o vendedor a tradição do objeto e certas qualidades, das quais lhe resulta o valor. Em se não

observando o compromisso nalgum desses elementos, por uma ou outra parte, está ele rôto, porque foi substancialmente violado.

GLÜCK, no seu grande comentário, precisa es- tritamente os casos dessa exceção, dizendo :

A exceção, que se contrapõe à ação promovida em virtude de um contrato bilateral com o intuito de lhe exigir a execução, chama-se de um modo genérico *exceptio non adimplenti contractus*, ou *exceptio implementi non secuti*, quando tem por escopo excluir a dita ação, estribando-se no fato de que o autor, por sua parte, não satisfez à coisa, *em vista da qual o réu se obriga à prestação*, que dêle pretende o autor.

GLÜCK: *Comment. alle Pandette*. Trad. SERAFINI e COGLIOLO, v. XIX, págs. 22-3, § 1.043.

Ora, ninguém sustentará seriamente que, num contrato para a fundação e manutenção de núcleos agrícolas, o pagamento do subsídio ao fiscal seja o objeto, em vista do qual o governo entrou com os concessionários no convênio de cuja transgressão elas se queixam. Ainda quando em tal falta houvessem incorrido, dar por esse motivo, tão desproporcionadamente, como rôto o contrato, seria converter em instrumento de iníqua violência a exceção qualificada por GIORGI como um remédio de *equidade*.

Cessaria a fiscalização, é certo, em faltando os meios de estipendiá-la. Mas a consequência, nessa hipótese, seria a interrupção nos trabalhos. Mas esta só determinaria a dissolução do vínculo contratual, se desse em resultado ultrapassarem-se os prazos, a cuja violação o contrato ligou a ameaça de tal pena.

Quando, com efeito, num contrato dado, as partes contraentes especificaram casos de caducidade, claro está que a pretendiam circunscrever a esses casos. Quiseram desse modo limitar a condição resolutiva tácita e a exceção de inadimplemento.

Se a escritura é absolutamente muda em relação às espécies de faltas, cuja ocorrência porá térmo às obrigações contraídas, terá então o julgador que recorrer aos princípios gerais, para avaliar a importância das infrações cometidas, e decidir se importam, ou não, o rompimento dos laços convencionais. Mas, se no instrumento que os estipula, as partes houverem declarado que o contrato cessará em tais e tais eventualidades, isto é, faltando os estipulantes a tais e tais cláusulas, a questão está resolvida explicitamente pelos térmos do ajuste.

Ligando a essas infrações, cuidadosamente individuadas, a cominação de caducidade, tiveram evidentemente em mira os pactuantes excluir dessa cominação quaisquer outras faltas possíveis contra o acôrdo. *Inclusio unius, exclusio alterius.*

A êsse respeito nunca houve discrepância de opiniões na administração brasileira. Nos contratos com elas celebrados, previstas as faltas consideráveis, a umas se aplica a sanção da caducidade, a outras a de multa, a outras a da suspensão de certos favores. Ora, essa praxe arruina pela base a doutrina de que tôda transgressão perpetrada pelos concessionários determina a caducidade.

No contrato de 20 de setembro de 1890, assento dos direitos da autora, se especificam, em duas cláusulas particulares (fl. 7 v.) as hipóteses de caducidade.

Reza, com verdade, a cláusula V.^a que «ficará sem efeito a concessão constante do presente contrato, se nos prazos estipulados não tiverem sido constituídos os núcleos».

Ficar sem efeito sinônimo é de *caducar*. Logo, só caducaria êsse contrato, se a autora não concluisse os núcleos nos prazos estipulados.

Que prazos são êsses ?

Os da cláusula IV.

Não se fala, com efeito, *de outros prazos* em todo o contrato.

Os prazos estipulados, portanto, eram :

O de um ano para a aquisição do terreno destinado ao primeiro núcleo.

O de dois anos, a contar do término dêsse, para a conclusão do núcleo inicial.

O de outros tantos anos, sucessivamente, para a terminação dos outros seis.

O de quinze anos para a ultimação de todos. (Fl. 7 v.).

Logo, só no caso de haver transcendido um dêsses térmos, procederia contra a autora a exceção *non rite impleti contractus*.

Com efeito, se a caducidade se verificasse em presença de qualquer falta omissiva ou ativa contra o contrato, ocioso seria taxar casos especiais de caducidade. Se, dentre as faltas possíveis, os contrantes destacaram algumas, declarando que essas dissolveriam o contrato, claro está que só a essas atribuiu êste efeito.

O mais renunciar ao bom senso, e pôr de lado a boa fé.

Aliás de tôdas essas considerações poderíamos prescindir; porque só caberiam, se no contrato ac fl. 7 se aludisse a despesas de fiscalização, quando a tal respeito não há nêle *nem uma palavra*.

Que exceção é essa de contrato *violado em uma cláusula, que no contrato não existe* ?

SEGUNDO PONTO

NOVOS FALSOS TESTEMUNHOS
AS LEIS INVOCADAS

(Fl. 65v.-66)

Não podendo apontar no contrato a cláusula conculcada pela autora, sai-se a ré, a fl. 65 v., com esta manobra, que ainda menos lhe aproveitará :

“Foi demonstrado nas razões a fl. 52 que a falta de contribuição para as despesas de fiscalização *importa necessariamente na caducidade das concessões*”.

De veras ? Pois dignem-se de recorrer os venerandos julgadores à fl. 52, e verificarão que, sobre este particular, escreveu a ré ali apenas, em pouco mais de uma página, o necessário, para invocar as instruções de 15 de janeiro de 1891 (*posterior ao contrato*) “e mais atos legislativos e executivos mencionados no aviso a fl. 16”. (*todos igualmente ao contrato posteriores*).

Esses atos são os, a que se aferra a apelante, escrevendo à fl. 65 v. : “As despesas de fiscalização foram impostas às emprêsas, que gozam de garantias de juros, ou subvenção do Tesouro público, pelos arts. 29 das instruções de 15 de janeiro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891 e 6.º, n.º 3 da lei n.º 126 B, de 26 de nov. de 1892”.

Ora,

se essas disposições ao que a ré confessa, “*foram impostas às emprêsas, que gozam de garantias de juros, ou subvenção do tesouro público*”;

sendo certo que, como se pode ver pelo contrato de fl. 7-8,

a autora não gozava, pela sua concessão, nem de garantia de juros, nem de subvenção do erário,

irresistivelmente se segue que

os textos alegados pela ré não se aplicam à autora.

A conclusão é imediata, forçosa e irrefragável. E quem a estabelece, é a própria ré, em formássimas palavras.

Poderíamos prescindir, pois, do exame dêsses atos. Suponhamos, porém, que êles abrangem tôdas as concessões, inclusive as que não vencem juros garantidos pelo Estado, nem percebem subvenção oficial, e consideremo-los um a um.

Quanto às instruções de 15 de janeiro de 1891. Delas já dissemos largamente de fl. 26 a fl. 30; e ao que dissemos nada contrapôs a ré, quer à fl. 52, quer à fl. 65 e fl. 66.

Resumindo, pois :

em primeiro lugar, quando lei fôssem, sendo de 15 de janeiro de 1891, não poderiam introduzir no contrato, que é de 20 de setembro de 1890, uma obrigação nêle não contemplada;

em segundo lugar, não são lei, mas um simples ato do Poder Executivo, que, simples parte no contrato, não no podia alterar por sua alta autoridade;

em terceiro lugar, se o não podia alterar de qualquer modo, muito menos lhe poderia acrescentar cláusulas rescisórias;

em quarto, essas instruções, no art. 29, citado pela ré (fl. 65 v.) impõe às companhias o ônus de remunerarem a fiscalização,

não impõe, todavia, às que o evadirem, a pena de caducidade.

Juntamos essas instruções aos autos, onde, a fl. 49 v., podem os venerandos julgadores ler o art. 29, verificando não haver nêle, como em nenhum dos outros, a mais leve referência à caducidade.

E, contudo, é dêsse texto que a ré a pretende extrair. Mas como? Por simples *inferência*. O ministério público entre nós ainda não aprendeu que penas são de direito expresso, de direito estrito e de direito improrrogável: não se *subentendem nunca*.

Vejamos agora o segundo texto invocado: o art. 8.º, § 4.º, n.º 20, da lei n.º 26 de 30 de dezembro de 1891.

Não resistimos ao gôsto de reproduzi-lo, tamanha é a decepção, que ela reserva às pretensões da avelante. Aqui o têm:

Reputam-se caducas as concessões com garantia de juros, ou subvenção, que não se tornarem efetivas nos prazos das concessões, ou dos contratos, não sendo licita a renovação dêsses prazos.

As companhias, ou emprêsas, que gozarem de garantia de juros, ou subvenção, são obrigadas a entrar para o tesouro nacional com as quotas, que tiverem sido determinadas pelo poder executivo, ou que constarem das tabelas para ocorrência das despesas de fiscalização, pelo decr. nº 1.302 de 1891, instituída sob a cláusula de a despesa não exceder a receita proveniente daquela arrecadação.

Ora, a leitura dêsse texto, com o qual já mais detidamente nos ocupamos de fl. 31 a fl. 33, mostra não resultar absolutamente dêle a caducidade fulminada contra a ré; porquanto

1.º, sendo posterior ao seu contrato, só retroativamente o poderia ferir;

2.º, referindo-se exclusivamente "às concessões *com garantias de juro e subvenção*", não tem nada que ver com a concessão da autora, que em tal classe não está;

3.º, não fulminando a caducidade, em relação a essas mesmas concessões, senão quando se não tornarem efetivas nos prazos dos contratos, não recairia sobre a autora, ainda quando gozasse de subvenção, ou garantia, porque ninguém, nem a própria ré, a argüiu de ter ultrapassado os seus prazos.

É inepto, portanto, o apêlo para esse texto.

Resta apenas o decr. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, art. 2.º.

Também este, como se vai ver, não fala em *caducidade* por omissão no pagamento da quota para o fiscal.

Eis as suas palavras :

As companhias ou empresas não subvencionadas, que são igualmente obrigadas a concorrer com uma quota prefixada para o aludido fim, e o não fizerem nos prazos marcados pelo artigo antecedente, são passíveis da pena de suspensão dos favores indiretos.

Ora dizer que suspensão, isto é, privação *temporária*, de favores *indiretos*, a saber de uma parte, e a menos importante, dos favores desfrutados pela empresa, quer dizer *caducidade*, o que equivale à cessação definitiva e absoluta de todos os favores e direitos da concessão, é insensato.

Não acrescentaremos, pois, na análise desse desmarcado despropósito, ao que deixamos dito noutro lugar. (Fl. 33 a fl. 36.)

Ia-nos esquecendo a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º 22, § III, repetido nos orçamentos subseqüentes.

Essa reitera apenas *ipsis verbis* a outra, supratranscrita, da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4; isto é, mantém para as emprêssas ali especificadas o ônus de custear a fiscalização. *Mas não as sujeita, pela impontualidade, a pena alguma.*

Assim :

nem o contrato de 20 de setembro de 1890, nem as leis e decretos invocados; isto é :

nem as instruções de 15 de janeiro de 1891;
nem a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891,
art. 8.º, § 4.º, n.º 20;

nem o decr. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892;
nem a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892,
art. 6.º, n.º 22, § III;

nem um só dos orçamentos posteriores, onde se renova a mesma disposição;

nenhum dêsses atos, nem um só, impõe às companhias omissas no pagamento da fiscalização oficial a pena de *caducidade*.

É portanto, numa inveridicidade grosseira, manifestíssima, imperdoável que assenta o ato da ré e a sua defesa, tão deplorável como êle.

Examinados êsses atos, exibidos, como se acaba de fazer, na sua liberalidade, e verificado por êsse modo que em nenhum dêles se fala de caducidade, assombra-se a gente de ver o ministério público, órgão oficial da verdade jurídica, esposar a invenção, e sustentá-la com o desassombro de quem, ao meio dia, apontasse para o sol.

TERCEIRO PONTO

RETROATIVIDADE

(Fl. 66 e v.)

Perde todo o valor esta face da questão, desde que nenhum dos atos, administrativos, ou legislativos, de 1891 e 1892, cuja ação se pretende estender ao contrato de 1890, comina a caducidade.

O assombro, porém, com que, na defesa, se pergunta onde estaria a retroatividade na aplicação de leis e decretos de 1891 e 1892 a um contrato celebrado no ano anterior, nos obriga a replicar em poucas palavras.

O órgão do ministério público tem da retroatividade uma noção elementarmente errônea. Para não haver retroatividade, não basta que à autora só se impusesse a obrigação de 1891 em diante. É palmar engano supor que só seriam retroativos êsses decretos e leis, se exigissem o pagamento da fiscalização por tempo anterior a 1891.

Retroativos, seriam êles, aplicando-se à autora, ainda que só para ter efeito de 1891 em diante; porque retroagiriam, *aditando ao contrato de 1890 uma obrigação nêle não contemplada*.

Se as relações de direito entre a concessionária e o governo estavam reguladas no contrato de 1890, aumentar aos encargos nela estipulados novos encargos, isso por ato de uma das partes, sem audiência da outra, é indubitavelmente incorrer em retroatividade.

Ignorá-lo é não saber o que o princípio da retroatividade significa.

QUARTO PONTO

O IMPÔSTO

(Fl. 66 v.)

Embaraçada com o argumento da retroatividade, e percebendo talvez que o não evitava com o subterfúgio, a que acabamos de responder, engendrou a ré outra evasiva, alegando não se tratar, na hipótese, de uma obrigação convencional, mas de um *impôsto direto*, ao menos na opinião do sr. Amaro Cavalcanti.

Sem discutir a autoridade, mostraremos facilmente, aceitando-a, que essa manobra é um desastre para a ré.

É impôsto essa contribuição? Mas então devia ser estabelecida por ato *legislativo*. Ora, dos atos mencionados pela ré, os legislativos são a lei n.º 26 de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, e a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º 22, § III. Mas ambas essas leis, como há pouco vimos, e como a ré confessa sem reservas a fl. 65 v. não impõem êsse encargo senão às concessões *com garantia de juros, ou subvenção federal*.

Isso é expresso e categórico nos seus textos.

O gravame impôsto neste sentido às demais concessões exclusivamente se funda em dois atos *do poder executivo*: as instruções de 15 de janeiro de 1891, art. 29 (fl. 16 e fl. 49 v.), e o decreto n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, art. 2.º (fl. 16 v., fl. 33-4), ambos acima transcritos.

Ora, se a ré não esqueceu a constituição, devia lembrar-se, antes de apelar para as *Finanças* de

Amaro, que ela, no art. 72, § 30, peremptoriamente estatui :

"Nenhum impôsto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei, que o autorize".

Logo, se é impôsto a contribuição para o pagamento dos fiscais, nulos são os dois decretos administrativos, que o estenderam às companhias, como a autora, sem garantia de juros, nem subvenção, quando as duas leis invocadas o lançam exclusivamente sobre as concessões, *que de tais favores gozam*.

Demos, porém, de barato a reforma constitucional, promulgada, nas razões de fl. 66 v., pelo ministério público, atribuindo à administração a autoridade legislativa de criar tributos, ainda assim não tinha a ré vencido a partida.

Qual é, com efeito, o impôsto, a cuja omissão esteja associada, nas nossas leis, a pena de *nulidade* do ato, ou *caducidade* do direito, a que ele se refere?

Atualmente nenhum. Isso apenas existia outrora em relação à sisa, e agora se pretende inovar a respeito do sêlo.

Mas, para que tal cominação prevaleça no tocante ao sêlo, os projetos existentes no congresso explicitamente a formulam. E, se prevalecia com respeito à sisa, é porque a Ord. L. I, t. 78, § 14, terminantemente decretava : "As escrituras, que se fizerem contra a forma desta Ordenação, serão nulas e de *nenhum efeito*".

É que no próprio régimen absoluto, a violação dos atos tributários do soberano onipotente não lhes importava a nulidade, *senão quando o despotismo houvesse declarado*. E agora, na república, o órgão da

justiça quer ligar a pena de caducidade, *por ilação*, a decretos do governo, que em tal pena não falam.

Quanto desvário, para advogar uma violência !

QUINTO PONTO

CULPA E DOLO (fl. 67)

Ventilando inoportunamente uma questão alheia até agora ao debate, pretende a ré que não responderia pelos lucros cessantes, senão em caso de se provar contra ela o vício do dolo.

Mas, em primeiro lugar, no pedido a fl. 6, os têrmos, sem particularizar lucros, aludem "aos danos e prejuízos, oriundos da injurídica rescisão do contrato, cuja importância se fixará, provará, e liquidará na execução". Semelhantemente a sentença apelada (fl. 57) condena a fazenda nacional "a pagar as perdas e danos, cuja importância se liquidará na execução, resultantes da indevida rescisão do contrato".

Inoportuna seria, pois, a controvérsia provocada pela apelante.

Para que ela, porém, não fique sem os devidos embargos em cada uma das suas aventuras jurídicas, sempre lhe oporemos à doutrina da responsabilidade limitada aos casos de dolo a doutrina do direito pátrio exarada nos escritos de um dos nossos mestres.

Conquanto, em regra, não se possam exigir mais que os cuidados de um homem atento, diligente e previdente, não cuidados excepcionais e minuciosos além do que *hominum natura desiderat*, não podemos deixar de admitir a *culpa levíssima* nos seguintes casos :

1º — No que recebe a cousa emprestada, quanto à obrigação de guardá-la.

2º — *No autor do dano*, quanto à obrigação de indenizá-lo *plenissimamente*.

— RIBAS : *Dir. civ. bras.*, vol. II, pág. 434-5.

Quer o dano provenha do delito, quer de dolo ou culpa cíveis, dá lugar à ação de indenização. Esta indenização deve ser a *mais completa possível*.

— *Ib.*, pág. 440.

Nas questões *meramente cíveis*, quer o dano provenha do dolo, quer da culpa, lata, leve, ou levíssima, quer da positiva, ou negativa, isto é, da negligência culpada, ou da simples imperícia, quer o autor causasse o dano, quer sómente desse ocasião a êle, há sempre ação para sua *plenissima* indenização.

— *Ib.*, pág. 443.

SEXTO PONTO

PREScriÇÃO DA AÇÃO

(Fl. 67 v.)

Como resposta à insistência da ré em um êrro de processo, a cujo respeito já temos jurisprudência firmada, bastará dizermos que a presente ação é ordinária : não é a sumária da lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, cujo § 5.º aqui à fôrça se quer aplicar.

Não lhe cabe, pois, a inculcada prescrição, como se acha solenemente julgado, neste egrégio Tribunal, por acórdão de 20 de julho de 1898, pleito entre Davi Saxe de Queiroz e a Fazenda Nacional (*).

(*) Apelação Cível nº 316. Vide vol. XXIV, tomo II, das OBRAS COMPLETAS, relativo ao ano de 1897, onde se acha a documentação atinente à causa.

Em suma :

Sobre a questão, na sua espécie, temos também julgado peremptório no acórdão, já transcrito a fl. 5 e a fls. 42-3, que encerrou a questão da baronesa de Sêrro Azul, em 15 de maio de 1898, a qual versava precisamente sobre impontualidade na quota de fiscalização.

Temos dito o bastante, para mostrar que a defesa da ré não é séria.

Rio de Janeiro, 28 de dezembro, 1898.

RUI BARBOSA
Ulisses Brandão



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMBARGOS

DE

DECLARAÇÃO

EMBARGANTE

A Companhia Colonizadora Industrial

EMBARGADA

A UNIÃO FEDERAL

ABOGADOS

Ruy Barbosa e Ulysses Brandão

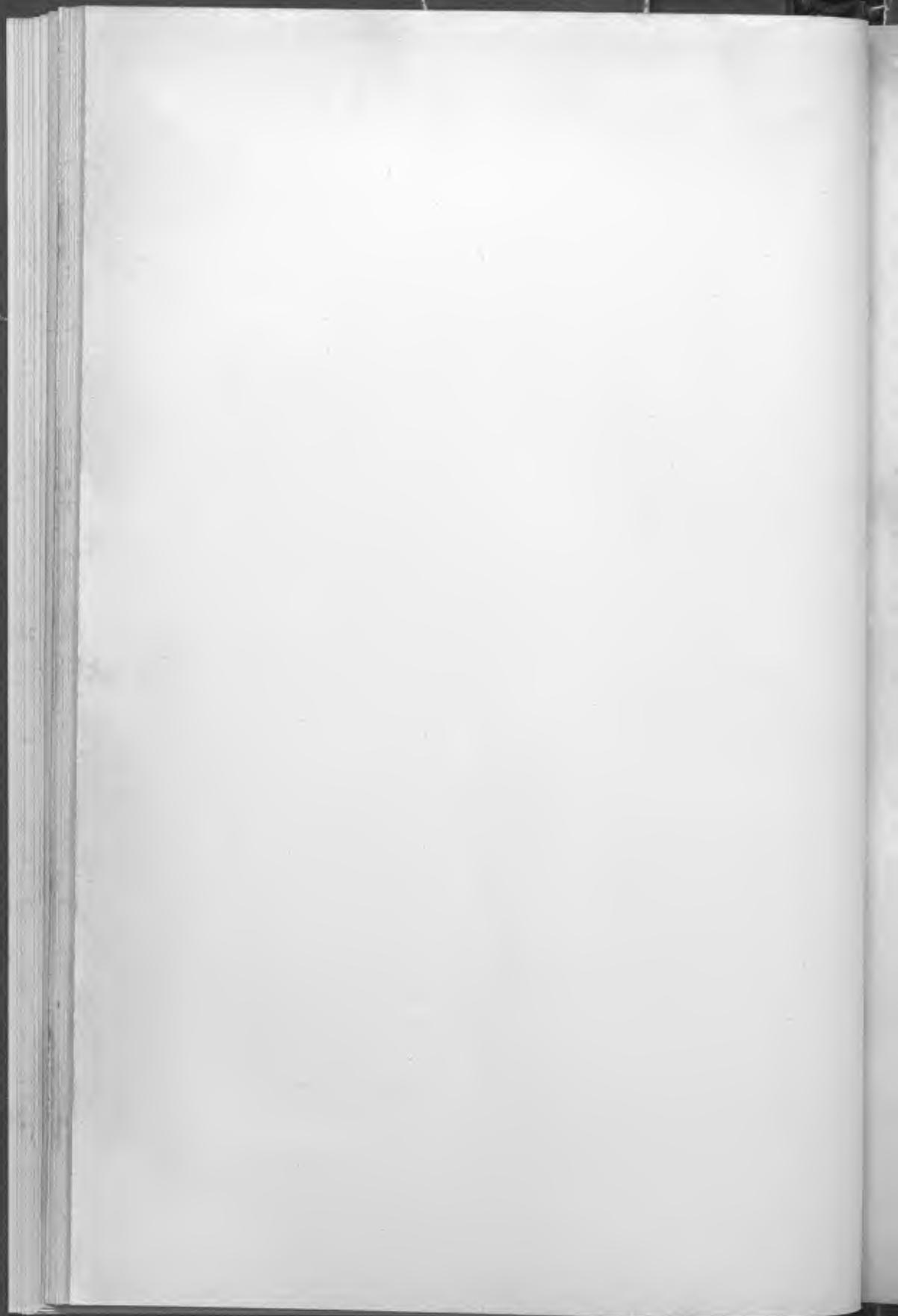


RIO DE JANEIRO

Typ. A. KIRIUMA — Cuyidor, 132

700 E

Frontespício do folheto publicado em 1901 (cf. p. XI)
(Exemplar da Bib. Mun. de S. Paulo)





APELAÇÃO CÍVEL Nº 469

ACÓRDÃO

Não vencendo as preliminares de prescrição do direito à ação inten-
tada e de ilegitimidade da parte, é reformada a sentença, jul-
gando-se improcedente a ação, porquanto, fundando a Compa-
nhia autora o seu pedido de indenização de perdas e danos no
fato de ter o governo decretado a rescisão do contrato para
estabelecimento de núcleos agrícolas, por falta de depósito da
quota para despesas de fiscalização, a que não se julgava ela
obrigada, vê-se, entretanto, que esse ônus impôsto por lei, pos-
terior ao mesmo contrato, já tinha sido virtualmente aceito pelos
primitivos concessionários, hoje representados pela Companhia
apelada.

Nº 469 — Vistos, relatados e discutidos êstes autos de
apelação cível em que é Apelante a União Federal e Apelada
a Companhia Colonizadora Industrial, dão provimento a ape-
lação tomada por térmo a fl. 60, não para julgar nulo o pro-
cesso em razão da ilegitimidade da Apelada e por não ter
apresentado o instrumento da cessão da concessão de núcleos
agrícolas feita ao Sr. Ataliba de Gomensoro e a outros e a
que se refere o pedido como se propôs e não se venceu, nem
para julgar prescrita a ação, nos térmos do art. 13 § 5º da
Lei nº 221 de 20 de novembro de 1894, como também se pro-
pôs e não se venceu, mas para julgar a mesma ação impro-
cedente; porquanto, fundando a Apelada o seu direito a
indenização de perdas e danos pela Apelante na circunstâ-
cia de ter o Governo decretado a rescisão do contrato, isto é,
pela falta de depósito da quota para as despesas de fiscaliza-
ção *ut fl. 9*, no entanto que este depósito não era obriga-

ção imposta pelo dito contrato, e fôra determinado posteriormente à sua data, pela Lei nº 26 de 30 de dezembro de 1891, art. 8º nº 20 § 1º, vê-se, entretanto, dos autos que o ônus da contribuição da aludida quota para as despesas da fiscalização, sem a qual, como reconhece a Apelação, não se podia dar cumprimento ao contrato, já tinha sido virtualmente aceito pelos primitivos concessionários, os citados Srs. Ataliba Gomensoro e outros, quando transferiram a concessão à Apelada; pois que, a 18 de maio de 1891 fizeram êles espontâneamente o primeiro depósito da quantia destinada àquele serviço na soma de 3:600\$000 (fl. 9), e por conseguinte a falta cometida pela Apelada, sucessores dos concessionários no contrato, justifica plenamente o ato oficial da rescisão constante de fl. 9, contra o qual, aliás a Apelada reclama não para o fim de restabelecimento do contrato, mas para o fim pedido na presente ação.

E pague a Apelada as custas.

Supremo Tribunal Federal, 13 de julho de 1900.

Aquino e Castro, P. — G. Carvalho, vencido quanto a prescrição da ação. — *Pindaíba de Matos*, vencido nas duas preliminares. — *Pereira Franco*, vencido porque confirmava a sentença, por seus fundamentos. — *Bernardino Ferreira*. — *H. do Espírito Santo*, vencido na preliminar. — *Manuel Murtinho*. Vencido quanto a prescrição da ação. — *Pisa e Almeida*, vencido: confirmei a sentença apelada. — *Americo Lôbo*. — *André Cavalcanti*, vencido na preliminar. — *Macedo Soares*. — *Lúcio de Mendonça*, vencido na decisão de *meritis*, pois confirmava a sentença apelada.

Fui presente, *Ribeiro de Almeida*.

4 - Embargos

Por embargos de nulidade e infringentes do julgado diz a apelada, a Companhia Colonizadora Industrial, contra a União Federal, Apelante.

E S. C.

P. que a doutrina do acórdão embargado importa em atribuir a um ato do poder executivo, ou do poder legislativo, a força de modificar contratos a él anteriores;

P. que essa doutrina, inquestionavelmente contida, naquela decisão, revoga princípios elementares e expressos do nosso direito constitucional;

P. que, transpondo ainda êsses limites, e levando a injustiça até ao absurdo jurídico, a teoria do acórdão, além de alterar, por meio de atos administrativos, ou legislativos, obrigações convencionais preexistentes, acrescentando-lhes pactos nelas não contidos, ainda lhes impõe sanções penais, que aquêles atos, executivos, ou legislativos, não encerram;

pelo que e o mais dos autos

P. que os presentes embargos devem ser recebidos e julgados providos, para se reformar a sentença de fl. 103, confirmando-se a decisão apelada.

Rio de Janeiro, 18 de agosto, 1900.

RUI BARBOSA



que s'ins se tómen júndicamente orthogonal,
que desaloye inconstitucional tamarrha, licpō
tal só a esa summa autoridade non podri
dar..

Se nos, terá desapparecida aquelle july amez
to, e o Tribunal terá forzoramente que conluz
da lida outra vug.

«Nem casa e' nôsso experiente que Deus o
ilumine, e nôsso a reparaçôa reclamada
pela x -

Justica.

Rio de Janeiro, 24 de novembro, 1906

Rey Barbosa

Rey
Barbosa



Última fôlha da sustentação dos embargos opostos ao acórdão do
Supremo Tribunal

(Arq. do Sup. Trib. Federal)

5 - Sustentação dos Embargos

Os embargos, de cuja defesa nos vamos ocupar, cabem estritamente na espécie "embargos de declaração", a que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, por uma revolução injustificável nas tradições e leis do nosso processo, reduziu os recursos contra as sentenças proferidas na última instância da justiça republicana.

Consistem, com efeito, os embargos dessa categoria, diz PAULA BATISTA,

"simplesmente em a parte expor, em seu requerimento, os pontos, em que acha a sentença obscura, contraditória, ou omissa, pedindo que seja explicada, ou que se expresse o ponto omitido".

(*Teor. e prat. do proc. civ.*, § 221, n.º 2, ed. de 1890, pág. 309).

Igual lição nos depara a *Praxe Brasileira*, de RAMALHO (§ 319, ed. de 1869, pág. 518)

"Os embargos se dizem... declarativos, quando se dirigem a fazer declarar a sentença, que *omitiu algum ponto*, ou se acha escura, duvidosa, ou contraditória".

Um dos elementos essenciais à integridade das sentenças é a menção da lei, onde estribam.

"A sentença deve ser redigida com clareza, sumariando o juiz o pedido e a contes-

tação, motivando com precisão o seu julgado, e declarando a lei, em que se funda".

(RIBAS : *Consolid. das l. do proc. civ.* art. 487, vol. I, págs. 353-4).

Eis aí o princípio claramente enunciado nos práticos. Quando o julgado assentar em disposição de lei, é obrigação dos juízes declará-la, é direito das partes conhecê-la. A reticência da sentença a tal respeito será, portanto, omissão inadmissível. Logo, dá lugar ao uso do remédio estabelecido nos embargos declarativos contra as sentenças omissas.

Mas à sentença omissa na especificação da lei, que a autoriza, equivale a sentença infiel na designação da lei, que invoca. Se a decisão cita em falso, se trunca de falso na indicação do ato legislativo, cujo preceito inculca executar, o defeito é o mesmo, é idêntica a lacuna. Não pode ser outro, portanto, o recurso processual.

Ora com o acórdão aqui embargado é precisamente o que ocorre.

Se não, vejamos.

Qual foi a questão suscitada nestes autos ?

Primeiro, a de saber se a ré estava obrigada, como pretendia o governo, a pagar as quotas de remuneração do engenheiro fiscal.

Depois, admitido que obrigada estivesse, a questão de saber se à inobservância dessa obrigação estava ligada a pena de caducidade.

Mas dois pontos eram fora de controvérsia ante a prova material da lide : primeiramente que, no contrato entre o governo e a ré, não se estipulara para esta o compromisso de fazer aquela despesa; em segundo lugar, que os atos, administrativos, ou legis-

lativos, onde tal encargo se estabeleceu para certas companhias, são todos posteriores àquele contrato.

Logo, nem tal ônus pesava originalmente sobre a ré, nem lhe poderia resultar daqueles atos; visto que admitir o contrário seria legitimar uma das mais grosseiras formas da retroatividade, intransigentemente abolida no pacto fundamental dêste regimento, dando ao Estado o arbitrio (na frase anglo-americana dos textos que inspiraram a nossa constituição) *to impair the obligation of contracts*, isto é, de alterar por meio de leis contratos preexistentes.

Assim que nem de uma nem de outra, dessas duas fontes de obrigação, — o contrato e a lei —, nem de uma nem de outra emanava o dever, que se diz violado.

Não emanava do contrato, que em tal não fala.

Da lei também não emanava; porquanto, posterior ao contrato, não o podia modificar.

Onde, pois, a origem de semelhante obrigação?

Esse tropêço jurídico não embaraçou o acórdão embargado.

É singular a maneira como se ele saiu da dificuldade. "Vê-se dos autos", diz, "que o ônus da contribuição da aludida quota para as despesas da fiscalização, sem a qual, *como reconhece a apelada*, não se poderia dar cumprimento ao contrato, já tinha sido virtualmente aceito pelos primitivos concessionários, quando transferiram a concessão à apelada; pois que, a 18 de maio de 1891, fizeram êles *espontaneamente* o primeiro depósito da quantia destinada àquele serviço, na soma de 3:600\$000 (fl. 19), e, por conseguinte, a falta cometida pela apelada, sucessora dos concessionários no contrato, *justifica plenamente* o ato oficial da rescisão".

Sem embargo de não querermos ultrapassar a especificidade do ponto concernente aos embargos,

não podemos deixar de fazer o reparo, que merecem, os erros de fato, mediante os quais, nesse tópico, se amalgam as circunstâncias à teoria nova ali inaugurada em matéria de obrigações.

Afirmando que "a própria apelada", ora embargante, "reconhece não se podia dar cumprimento ao contrato", se ela não pagasse a quota para as despesas de fiscalização, alude evidentemente o acórdão às nossas palavras a fl. 30. sublinhadas a lápis provavelmente pelo honrado relator do feito. De modo que o que, nesse lance, escrevemos, justamente para mostrar a sem-razão da violência cometida contra a Autora, transformou-o a sutileza do venerando magistrado em confissão da injustiça do nosso pedido. Discutindo ali, sob o aspecto da questão suscitada, a recusa dos concessionários àquela exigência administrativa, admitimos que ela poderia ter, quando muito, a consequência, meramente acidental, de interromper o seguimento dos trabalhos, mas evidenciando que nunca poderia ter a consequência jurídica de levar o contrato à caducidade. E que faz o acórdão? Estabelece entre as duas consequências, de natureza absolutamente diversa e resultados essencialmente distintos, equivalência completa, para converter o argumento do nosso direito em aquiescência ao sofisma da nossa espoliação.

Basta reproduzir o que dissemos, em cotejo com o que se diz no acórdão, para mostrar como este nem sequer atende à verdade material dos autos. "Destinado apenas a estabelecer as normas administrativas e técnicas para o serviço de fiscalização dessas empresas", dizíamos nós, "o ato de 15 de janeiro limita-se a estabelecer que esse serviço será pago pelas companhias; de onde *simplesmente* se segue que o recusa às que o não pagarem. *Nada mais*. As

emprêsas, que deixarem de retribuí-lo (1), não poderão prosseguir nos seus trabalhos, por cessar a fiscalização indispensável ao andamento dêles. Onde a caducidade?"

Não se podia estabelecer mais nítidamente a distinção. Os trabalhos ficariam suspensos, enquanto a interessada não pagasse a quota de fiscalização. Era a arma, de que a administração disporia contra os recalcitrantes. Mas essa mesma suspensão importava a confissão do direito dos concessionários, cuja estabilidade se reconhecia, pondo-se tão somente ao seu exercício essa condição regulamentar. Pois já houve, neste mundo, quem confundisse as cláusulas extrínsecas, postas ao uso de um direito, com a substância dêle, a sua atualidade e a sua inteireza? De se ter dito que ao governo tocava o recurso de embarrasar à emprêsa a seqüência dos seus trabalhos, enquanto não entrasse com o salário dos fiscais, se seguiria reconhecer-se ao governo o arbitrio de fulminar contra a emprêsa a rescisão do seu contrato?

É incrível que uma sentença, e de tão alto, ou-sasse afirmá-lo.

Não contente com isso, porém, na sua facilidade em dar incomprovadamente aos fatos a côr da sua opinião, aventura o acórdão que o pagamento das primeiras quotas de fiscalização, realizado pelos antecessores da embargante em maio de 1891, se fizera por êles *espontâneamente*.

Mas de onde houveram essa notícia os honrados prolatores do acórdão? Onde a prova, ou, se quer, o fundamento à presunção dessa *espontaneidade*?

(1) Aqui principia, nos autos, a sublinha a lápis, a que aludimos.

Do que nos autos consta, o contrário é o que se deduz. De um lado vemos uma concessão recem-ou-torgada, ensaiando os seus primeiros passos, entre as dependências que subordinam ao governo os titulares de tais mercês. Do outro, a exigência solenemente feita, pouco antes, pela administração pública, nas instruções de 15 de janeiro de 1891, às várias companhias colonizadoras, de se submeterem àquela despesa. Tanto basta, para excluir a hipótese de *espontaneidade*, e estabelecer a de coação. Pois não é manifesta a em que se viam os concessionários sob a pressão daquele ato oficial? Não era natural que se abstivessem de resistir, em vez de abrir luta imediatamente com o poder público, de cuja boa vontade, emprêsa principiante, estavam por tantos modos à mercê?

Mas não discutamos com a imaginação do acôr-dão. Figuremos que ela acerta. Suponhamos que tem razão. Foi, admitamos, espontâneo o ato dos concessionários. Resolve êsse fato a questão, como o acôr-dão presume?

Pagaram os concessionários (concedamo-lo), uma vez, de sua livre vontade as despesas de fiscalização. Seguir-se-á daí que houvessem novado nessa parte o seu contrato com o governo? que houvessem acrescentado a êsse contrato aquela obrigação? Como!? Trata-se de um contrato solene, de um contrato em que é de substância a pública escritura, de um contrato em que esta, portanto, é a condição, o registro e a prova específica dos compromissos firmados entre os contraentes. Mas nesse contrato nem se toca na remuneração dos funcionários prepostos pelo governo à fiscalização da emprêsa. Esta não se obriga a retribuí-los. Aquêle não exige que ela os retribua. Tal retribuição, pois, não entrou sequer no pensamento dos contratantes. Lei anterior ao con-

trato, onde, por disposição geral às emprêses dêsse gênero, se lhes impusesse êsse ônus, também a não havia.

Como é, pois, que, só por ter a emprêsa acedido algum tempo em aliviar o erário dessa despesa, iríamos coligir que ela passasse a constituir, para a emprêsa, uma obrigação, e que essa obrigação se tornasse inerente ao contrato, e tal importância nêle assumisse, ao ponto de o dominar, elevando-se, para êsse contrato, a condição de vida e morte ? Tal doutrina pressuporia, na maior do silogismo, a teoria, verdadeiramente nova neste ramo do direito civil, de que os contratos crescem por aluvião dos fatos posteriores, de que, uma vez estabelecidas entre duas partes as relações de um contrato solene, todos os atos daí em diante praticados pelos contraentes, ainda que não contemplados na escritura, passam imediatamente da esfera da espontaneidade extra-contratual para o círculo coercitivo do contrato, incorporando-se ao seu texto como outras tantas cláusulas escritas, juntando-se como outras tantas obrigações convencionais, às obrigações primitivas.

Eis o sistema do acórdão. Se êle pegasse, teríamos uma revolução no direito privado; pois até agora o que sempre se ensinou, é que os contratos, pela mesma forma por que se fizeram, se desfazem, e alteram.

Faça-se, porém, ainda estoutra concessão ao acórdão embargado. A embargante assumira, com efeito (admitamo-lo momentâneamente) o compromisso de pagar a fiscalização. Mas êsse compromisso ficou sob a sanção da caducidade do contrato ?

Eis o vértice da questão, o seu ponto essencial. Sendo a caducidade uma cominação penal, não se subentende. O próprio direito administrativo, tão zeloso das prerrogativas do Estado, tão parco no

respeito aos direitos individuais, nunca adotou, entre nós, noção diversa. Todas as concessões do nosso governo a particulares individuam, hipótese por hipótese, todos os casos de caducidade dos favores outorgados. O mesmo sistema de especificação cuidadosa observam sempre, no assunto, os atos regulamentares e instruções do governo. Que exprime a continuidade invariável desse uso administrativo senão o princípio, a tradição e a regra de que o arbítrio de pronunciar a caducidade se limita às convergências enumeradas no texto dos contratos, ou das normas gerais, sob cuja alçada êles caírem?

Nunca se entendeu, nem a razão jurídica ou a razão comum permitiria que se entendesse de outro modo.

No contrato entre o governo da União e os antecessores da embargante (fl. 7) se definem os casos de caducidade, sem haver referência, direta, ou indireta, ao ônus de retribuir os fiscais, quanto mais ao risco de, por inobservância dele, se anular a concessão ali regulada.

Onde é, pois, que se comina semelhante sanção? Todos os atos, legislativos, ou administrativos, invocados, no correr desse pleito, em sustentação da tese da defesa, isto é, da obrigação, pretensamente imposta à embargante, de retribuir os fiscais, todos são posteriores à concessão em litígio, e, por conseguinte, sobre ela nenhuma ação poderiam ter. Mas, dando o contrário, dando que a tivessem, era mister, ao menos, que tais atos dessa sanção tivessem cogitado, que, impondo a tais emprêssas o gravame de pagarem elas os seus fiscais, aliassem a esse ditame, contra os refratários ao novo tributo, a pena de caducidade das concessões.

Há, por ventura, algum desses atos, legislativos, ou regulamentares, que o fizesse?

Não há nenhum.

Já o demonstramos, uma e muitas vêzes, nas páginas dêstes autos, com a exibição material dos textos, a que a Ré fugiu sempre, e de que não fugiu menos o acórdão embargado.

Quais são êsses textos ?

As instruções de 15 de janeiro de 1891, art. 29.

O art. 8.º, n.º 20, § 4.º da lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891.

O decr. n.º 733, de 9 de fevereiro de 1892, art. 2.º.

Enfim, a lei n.º 126 B, de 21 de novembro de 1892, art. 6.º, n.º 22, § III.

De todos êles amplamente nos ocupamos e todos êles transcrevemos literalmente nas nossas alegações anteriores, fl. 26 a fl. 37 e fls. 87-95.

Não tivemos resposta nem a fl. 52, nem à fl. 65, nem à fl. 101.

Foi a Ré quem, a fl. 65 v., pôs nesses textos o assento da sua defesa. Mas, uma vez trazidos êles, na sua integridade literal, por nós à presença dos tribunais, nunca ousou encará-los, e de tôdas as tangentes se serviu daí avante, para evitar o rosto da autoridade, que tinha invocado.

Dêsses textos, apenas um tomou em consideração o acórdão embargado, que só a um se refere (fl. 103) : o da lei n.º 26 de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, § 4.º (1), n.º 20.

Nesse texto, pois, está o assento legislativo da sentença.

Mas, para o invocar em semelhante decisão, era preciso que o seu venerável relator o não tivesse lido, e que tão pouco o conhecesse o egrégio tribunal.

(1) Erradamente diz o acórdão § 1º, em vez de § 4º.

Outra coisa não se pode inferir, desde que na lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º; § 4.º, n.º 20, não há uma palavra, que arrime a doutrina abraçada no acórdão.

Eis o que se contém naquela disposição legislativa, aliás já transcrita e estudada por nós nestes autos, fls. 31-33 e fls. 91-93 :

Reputam-se caducas as concessões com garantia de juros e subvenção, que não se tornarem efetivas nos prazos das concessões, ou dos contratos, não sendo licita a renovação dêsses prazos.

As companhias, ou emprêsas, que gozarem de garantia de juros ou subvenção, são obrigadas a entrar para o tesouro nacional com as quotas, que tiverem sido determinadas pelo poder executivo, ou que constarem das tabelas para ocorrência das despesas de fiscalização pelo decr. nº 1.302, de 1891 instituída, sob a cláusula de a despesa não exceder a receita proveniente daquela arrecadação (*).

Nada mais se encerra na lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º.

Ora quem quer que a ler, quem quer que aqui acabe de lê-la, terá chegado à certeza absoluta de que

1.º) essa provisão legislativa, assim na sua primeira, como na sua segunda parte, alude *exclusivamente*, nas expressões mais formais, às emprêsas, a quem o governo garantir juros, ou assegurar subvenção, e, por conseguinte, nada tem que ver com a concessão da embargante, que nem promessa de subvenção nem garantia de juros tinha;

2.º) ainda em relação às companhias subvençionadas, ou favorecidas com garantia oficial de juros, só comina a caducidade, quando "as conces-

(*) Vide pág. 17.

sões se não tornarem efetivas nos prazos dos contratos", eventualidade em que não incorreu a embargante, nem contra ela alega a embargada;

3.º) quanto ao pagamento da fiscalização, aliás ali instituído únicamente para as concessões privilegiadas com essas duas espécies de favores, *classe a que não pertence a da embargante*, decreta a obrigação do contingente pecuniário, *mas não associa à impontualidade do tributado a ameaça de caducidade*.

Logo, é materialmente óbvio que a redação do acórdão labora num equívoco palmar. Outro texto deviam ter em mente os seus prolatores, em lugar dêsse que citam, talvez por inadvertida confiança nas errôneas alegações da Ré, que nunca se animou a transcrevê-lo, nem, quando o transcrevemos, a examiná-lo conosco.. Nela a má fé é grosseira. Advertido pelas nossas transcrições a fl. 32 e fl. 92 o Tribunal já se não podia iludir. Outra, portanto, havia de ser a lei que tinha em mira, quando falou na de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, extraína ao assunto em questão.

Essa é a retificação que esperamos. É a ela que temos direito. E daí o primeiro ensejo legal aos embargos de declaração, aqui justificados.

Quando tenhamos de ver consumada a vontade do poder, que ao menos não seja em nome de um fictício texto legislativo, ideado nas secretarias e coberto, mediante uma falsa invocação, com a responsabilidade dos tribunais.

Os tribunais não seriam mais governistas que o governo, em cujo seio nunca se acreditou seriamente na legitimidade da teoria com tão boa fortuna judiciária ensaiada contra a embargante.

À entrada que para o Tesouro fizeram os antecessores dela em maio de 1891, e com que argumenta

o acórdão, a fl. 103 v., se seguiram os semestres de julho a dezembro daquele ano e janeiro a junho de 1892, em que deixaram de efetuar as prestações respectivas, sem que, entretanto, a administração federal lhes rescindisse a concessão.

Ainda mais. Em agosto de 1892 lhe requeriam êles autorização para a transferência dela, e o governo lha concedia, sem o mínimo reparo à pretensa falta cometida, não aproveitando o poder público o ensejo, que tão oportunamente se lhe deparava, quer para declarar a caducidade, em que teriam incorrido, quer para impor essa condição aos novos concessionários, no término de transmissão que se lhes fazia. (Fl. 10.)

Nesse meio tempo se ofereciam ao governo outras duas oportunidades forçadas, inevitáveis, de fazer respeitar os direitos do Estado, pronunciando a caducidade do contrato, se ela, de feito, estivesse legalmente vinculada ao caso de impontualidade no pagamento da quota para os fiscais: a primeira em outubro, 16, de 1891, quando anulou a concessão, a pretexto de se não haverem apresentado as plantas da medição do primeiro núcleo dentro no término convencionado; a segunda quando, ao reparar essa primeira injustiça, em 16 e 30 de janeiro de 1892, declarou sem efeito o ato anterior. (Fl. 12.)

Mais. Ao expedir esse último ato, aditou o governo o contrato primitivo, impondo aos concessionários o ônus, nêle não previsto, e que os concessionários prontamente desempenharam (fl. 11), de traçar as coordenadas geográficas; e nem ao fixar essa estipulação, nem ao receber o trabalho concluído (fl. 11), mandando-lhes passar os títulos de propriedade, aludiu à caducidade já de muito antes verificada, a considerar-se como consequência legal da omissão no desempenho da exigência relativa ao salário dos fiscais.

Só depois de preteridas tôdas essas ocasiões, evidentemente impreveríveis, de aplicar a suposta cláusula penal, e trinta dias após a transferência da concessão sem a menor advertência a tal respeito, era a embargante intimada, com o prazo de trinta dias, a realizar o pagamento, sob a ameaça de caducidade. Isso em agosto de 1892. (Doc. n.º 1). Em fevereiro de 1893 recebia a embargante nova intimação, mas já então com prazo mais largo e simplesmente sob a cominação de se levar o fato à ciência do ministro. (Doc. n.º 2.)

Dignem-se os respeitáveis ministros dêste tribunal, dignem-se de percorrer o doc. aqui anexo sob n.º 3. São fôlhas tiradas ao relatório do ministro da indústria em 1899. Aí se faz sucintamente, de pág. 77 a pág. 88, a história dos contratos celebrados com o governo federal para a fundação de núcleos coloniais e localização de imigrantes. Ora, nessa exposição jaz a prova oficial, autêntica de que a administração pública nunca viu no atraso das companhias a respeito dêsse tributo fiscal a nulificação dos seus contratos.

O Banco Iniciador de Melhoramentos não recolhia as quotas de fiscalização desde o segundo semestre de 1897. (Pág. 85.)

Desde a mesma época também com elas não entrava a Companhia Metropolitana. (Pág. 86.)

Não as pagava desde o segundo semestre de 1896 a Companhia Norte América. (Pág. 84.)

Com igual atraso figura a Companhia Mogi-Limeira. (Pág. 87.)

A Companhia Terras e Viação deixou de satisfazer a êsse ônus desde o segundo semestre de 1895. (Pág. 81.)

Desde a mesma data a êle falta o sucessor do A. Denizot. (Pág. 87.)

A tôdas essas emprêses se deixou que passassem dois, três, quatro anos, sem fornecer o subsídio taxado à retribuição dos fiscais, e, longe de se verem declarar caducas, algumas obtiveram até novos favores e largas prorrogações de prazos. A concessão Denizot, por exemplo, alcançou a de três anos. (Pág. 86.)

Ora, se a caducidade é pena fixada contra essas emprêses, quando não pontuais nessa contribuição, *pela lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º*, o governo, a quem não é lícito dispensar na lei, teria prevaricado tantas vêzes quantas o número daquelas companhias multiplicado pelo dos semestres de atraso.

Confessaria a Ré êste corolário inelutável da sua tese?

Subscrevê-lo-iam aquêles, a quem toca a iniciativa do acórdão embargado?

Claro está que não.

Mas nesse caso é óbvio que o Tribunal foi lastimavelmente iludido.

Infelizmente, graças à iniqüidade da norma processual, que, nos litígios contra a fazenda, deixa sempre a vantagem, da última palavra à parte mais poderosa, não tivemos azo de responder às considerações lançadas pelo Procurador Geral da República nestes autos, fls. 101 a 102, onde se deu a última demão aos erros de fato que ilaquaram a boa fé do Tribunal, captando a sua aquiescência ao acórdão embargado. Nesse escrito o órgão do ministério público lançou a barra adiante do governo. Enquanto êste, para a rescisão do contrato, apenas descobria o pretexto da falta ao pagamento dos fiscais, o Procurador Geral da República achou meios de estear a crassa violência oficial com outro fundamento: a violação do contrato na cláusula 4.ª. (Fl. 101 v.)

Ora, um tal asserto, com que se buscou influir, e de certo se influiu eficazmente no ânimo do Tribunal, para a solução adotada, amolga e deturpa clamorosamente os fatos ao jeito dos interesses da Ré, em detrimento dos da justiça.

A cláusula IV do contrato de 20 de setembro de 1890 (fl. 70), pela qual se obrigam os sucessores dos concessionários a adquirir, no espaço de um ano, o território preciso para a fundação do primeiro núcleo, estava subordinada, por sua natureza, à aprovação, pelo governo, dos trabalhos de medição. Neste sentido opinou o inspetor geral de terras e colonização, o dr. Licurgo José de Melo, ouvido, como cumpria, sobre o caso. Nem com outra inteligência da cláusula aludida poderia deixar de entrar em conflito o senso comum. Como conhecer da existência de terras devolutas na quantidade requerida, antes de levada a efeito a demarcação e aceitas pela administração pública as respectivas plantas? Não contar do ato, que as aprovasse, o ano aprazado à aquisição do terreno, seria deixar a um dos contraentes, o governo, o arbítrio de, retardando a aprovação das plantas, exceder os dôze meses convencionados, e a seu bel-prazer arrastar o contrato à caducidade.

Isso compreendeu o governo, e com isso se conformou; porque há sofismas e escândalos, dos quais o próprio desembaraço oficial se sente às vezes constrangido a recuar. Ora, aprovadas as plantas, que se acompanhavam de todas as provas concernentes à medição de 20.000 hectares devolutos nos municípios de Iguape, Xiririca e Faxina (aqui juntamos, para edificação dos honrados julgadores, como doc. n.º 4, o mapa desse trabalho), dirigiu-se a companhia, pelo seu representante, ao governo de São Paulo, em conformidade com o que ordenara o governo da União (fl. 11), a fim de pagar o custo das

terras, e receber o título aquisitivo. Não o logrou, porém, por se verificar então que a administração daquele Estado já expedira êsse título a Baumann, Honold & Cia., que tinham invadido a região concedida à embargante, e ali medido o trato, que lhes convinha. (Docs. ns. 5 e 6.)

Com as dificuldades que se podem calcular, pois lavrava então a revolta naval, reuniu a embargante os documentos comprobatórios do seu direito contra a invasora, quando baixou o decreto de caducidade. Mas nesse ato não se deu como fundamento a ela, senão "a falta de depósito da quota para as despesas da fiscalização do contrato" (fl. 9).

Não enxergara o governo a transgressão, que a sagacidade do ministério público veio a descobrir seis anos mais tarde. Entretanto, a prevalecer a opinião dessa autoridade judiciária, contando-se de 20 de setembro de 1890 o ano para a aquisição prescrita, estaria vencido êsse prazo desde 20 de setembro de 1891, e estaria já caduco o contrato, havia dois anos, por êsse motivo, quando, sem o aproveitar, e por outro bem diverso, pronunciou o governo, em 20 de setembro de 1893, a caducidade.

Quantas injustiças, quantos erros judiciais de estranha deformidade se não evitariam, se os autos fôssem estudados com outra atenção, e a magistratura instituída para, em nome do poder público, dizer da lei nos tribunais, se penetrasse da sua missão imparcial de representá-la, em vez de cultivar a parcialidade pelos interesses da fazenda?

Se os documentos que, sob ns. 7 e 8, acrescentamos agora aos anteriores, merecem do venerando Tribunal a inspeção, a que tem direito, verificarão os honrados julgadores que, ao cair sobre a embargante o ato fulminativo de 20 de setembro de 1893, se avizinhava o término de lhe embolsar o erário na-

cional, pelos trabalhos de medição, abertura de estradas, e localização, já em parte feita, de quinhetas famílias, não menos de 460:000\$000. Seria crível que, se estivesse adstrita ao encargo em questão, corresse voluntariamente, por aférro a 7:200\$000, o risco de perder sessenta e cinco vezes essa quantia? E, por outro lado, nessa inopinada severidade em romper aquela concessão por tão mesquinho atraso, como êsse, de sete contos e duzentos, da parte de quem já centenas de contos despendera na execução do contrato, não estará palpável a má fé insigníssima do devedor, apressado em se descartar da responsabilidade pelos quatrocentos e sessenta contos, a se vencerem numa data quase iminente?

Mas o que ainda mais revolta a consciência, porque ainda mais duramente atenta contra a integridade da justiça, é que o venerando Tribunal, sancionando com a sua suprema decisão essa postergação manifesta do nosso direito, levantasse para a espécie uma teoria diametralmente oposta à que se achava consagrada pela sua jurisprudência anterior.

Na questão David Saxe de Queiroz (*) categoricamente negou o Supremo Tribunal ao poder executivo o arbítrio de resiliar *motu proprio* as suas concessões e contratos, fora das hipóteses em que lhe êles tal *jus* explicitamente reservarem.

Eis as palavras dessa decisão memorável, tão depressa esquecida:

“A sentença apelada ponderou acertadamente que, ainda quando pudesse ser considerada legal essa condição, acrescentada no termo de transferência do contrato à Companhia Burgos Agrícolas, não se tratando de

(*) Vide tomo II do vol. XXIV das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.

questão alguma sobre a execução do contrato (1), o qual, por não ter sido executado, no prazo marcado, que o governo considerou excedido, foi por este declarado caduco, não era o caso de se considerar o governo competente para resolvê-lo, e sim a autoridade judiciária, a fim de que não se arrogasse êle a estranha atribuição de ser parte e juiz ao mesmo tempo, ou juiz do próprio ato".

(Doc. n.º 9.)

Firmam este julgado os srs. Pereira Franco, Macedo Soares, Pisa e Almeida, André Cavalcanti, Manuel Murtinho e Augusto Olinto.

Mas há outro julgado, onde a doutrina do Supremo Tribunal Federal se afirma ainda maissolemnemente, e coincide traço por traço, ponto por ponto, ápice por ápice com as circunstâncias do caso aqui em lide. É o acórdão n.º 253, de 15 de maio de 1897, onde se decidiu o pleito movido à fazenda nacional pela baronesa do Sérro Azul.

Esse arresto conclui assim :

«... O que tudo visto, considerando que, ainda quanto se entenda extensivo às emprêsas organizadas em virtude de contratos anteriores o encargo das despesas de fiscalização, impôsto pelas leis nº 26 de 30 de dezembro de 1891, art. 8º, § 4º, e nº 126 B, de 26 de novembro de 1892, art. 6º, nº III (2),

(1) Na espécie igualmente não se tratava, como já vimos de execução do contrato; porquanto no texto dêste (fls. 7-8) não se encontra uma palavra com respeito ao pagamento das expensas de fiscalização pelos concessionários.

(2) Com essa disposição já nos ocupamos detidamente nestes autos, fls. 36-37 e fls. 94-5. Ela é ainda mais posterior que as outras ao contrato da embargante (20 de setembro de 1890), e outra coisa não faz que repetir *ipsis verbis* o estatuído na 1. nº 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8º, nº 20, § 4º; a saber: mantém, para as emprêsas ali especificadas o ônus de custear a fiscalização. *Mas não as sujeita pela impontualidade a pena alguma.*

às companhias ou emprêsas, que gozarem da garantia de juros ou subvenção do tesouro público, *nem por isso assistia direito ao governo, para declarar caduco o contrato do barão do Sérro Azul pela falta de pagamento fixada para as referidas despesas, uma vez que nem a lei, nem as estipulações do dito contrato o investiam de poder para tanto, e, consequentemente, fazem-no incorrer em culpa, que acarreta a responsabilidade da fazenda nacional, pelos prejuízos daí resultantes para a outra parte contratante.* Supremo Tribunal Federal, 15 de maio de 1897. — *Aquino e Castro, presidente. — Figueiredo Júnior. — Ribeiro de Almeida (1). — Manuel Murtinho, vencido. — Pereira Franco. — Macedo Soares. — José Higino — Bernardino Ferreira (2). — João-Pedro. — H. do Espírito Santo».*

Assenta êste aresto num princípio irrefragável, num axioma absoluto em matéria de culpa contratual: o de que o Estado, nos seus contratos com particulares é parte como êstes, às mesmas regras que êstes sujeito, e nunca os poderá dissolver senão mediante a autoridade dos tribunais.

Se há, em direito, uma verdade, que hoje não encontre contraditores, é essa. Não há, de presente, um jurisconsulto, que a negue. Os que mais alargam as prerrogativas do Estado, os seus idólatras mais extremados a confessam. Seja entre os civilistas, seja entre os autores de direito administrativo, a tal respeito é unânime o consenso.

De onde virá, pois, que, entre nós, o Supremo Tribunal Federal, proclamando-a altamente em 1897, a repudia violentamente em 1900? que signatários da primeira decisão, respeitáveis pela sua inteligência

(1) Que depois, como procurador geral da república, no acórdão contra a embargante, se bandeia para a doutrina oposta.

(2) Também variou, depois, no acórdão contra a embargante. -

e inteireza, não vacilaram um em firmar, outro em firmar e promover a segunda?

Não se sabe: o acórdão é mudo quanto às causas jurídicas dessa variação.

Mais. Como é que, considerando, em 1987, a lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, inaplicável aos contratos anteriores, não hesita, o ano passado, em a considerar aplicável?

A primeira solução estribava no princípio elementar, inconcusso, universal, que nivela, perante a lei, nos contratos, as duas partes, quem quer que sejam, e recusa a cada uma de per si a discreção de modificar o que com a outra convencionou.

Teria havido, no progresso da ciência durante os três últimos anos, alguma evolução, que alterasse, nos códigos, ou nos espíritos, esse dogma, ao mesmo tempo jurídico e moral, mais velho que os romanos e os gregos?

Não o diz o acórdão; porque, ainda a êste respeito, esse julgado cala os seus fundamentos.

A primeira decisão, negando força retroativa à lei n.º 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8.º, n.º 20, § 4.º, resultava diretamente do princípio da irretroatividade das leis, que, para outros povos, se libra na tradição dos autores, na jurisprudência dos tribunais, ou no texto dos códigos civis, mas entre nós, gravado na constituição do país em termos absolutos, domina as codificações, impõe-se à doutrina, e elimina de todo em todo o arbítrio à opinião dos juízes.

Teríamos passado por alguma revisão constitucional, que nos eliminasse do pacto de 24 de fevereiro essa preciosa garantia, essa inestimável conquista?

Ou, sob a influência do meio nacional, das idiossincrasias brasileiras, o grande preceito constitucional, rígidamente impôsto pelos fundadores da

república à União e aos Estados, teria perdido em tanta maneira a consistência, teria mudado a tal ponto de sentido, que uma lei destinada a introduzir retroativamente novas obrigações em contratos a ela anteriores já se não reputa lei retroativa?

Mistério, enigma, que o acórdão embargado nos não decifrará.

Como duvidar, pois, que o acórdão seja obscuro? que careça de declaração?

Não é obscura sómente a sentença mal inteligível gramatical, ou lexicologicamente. De outro gênero pode ser também a obscuridade, pode ser também jurídica, ou moral, como quando o julgado, sem dar o porquê, se põe em contradição manifesta com as tradições da jurisprudência e os antecedentes do tribunal, ou traz confusão inexplicável à interpretação das leis, entendidas segundo a expressão formal dos textos e a continuidade persistente dos arrestos.

Por este lado, conseguintemente, já os embargos de declaração seriam irrecusáveis.

Mas ainda o são por outro, talvez, se é possível, mais grave.

A primeira condição de toda sentença é a competência dos seus prolatores. Nula é a sentença dada por juiz incompetente. (PEREIRA E SOUSA: *Prim. Linh.* ed. T. DE FREITAS, n.º 700, v. II, p. 102. — RIBAS: *Consolidação*, art. 1.613, v. II, pág. 487.)

Ora, sem conhecimento do feito, não pode haver competência de o julgar. Não pode sentenciar o juiz, que não conheceu dos autos. Nas magistraturas coletivas, onde a deliberação simultânea em tribunal precede a assinatura do julgado pelos que o discutiram, o juiz, que não teve parte no julgamento, não pode ter parte no acórdão. E, se se infringe esta regra, se se quebra a integridade do corpo judicante,

inserindo na sentença assinaturas alheias ao julgamento, é forçosamente nulo o julgado. Os que examinaram o litígio, constituem um todo inviolável, a que se não pode eliminar, ou acrescentar um só membro. E tão longe vai o rigor dêsse cânon processual, que, em morrendo, entre a deliberação e a assinatura, um dos julgadores, ainda que subsista a maioria, nulificada está para logo a sentença, e tem-se de proceder a novo julgamento.

Si uno dei giudice muore prima di avere sottoscritto, la sentenza deve dirri necessariamente nulla, come quella che non è più opera di tutti i votanti.

(MATTIROLO : *Diritto Giudiziario civile ital.*, v. IV, nº 85, pág. 83).

Mas da certidão que apensa vai sob n.º 11, se vê que, na assentada em cujo decurso se julgou esta causa, o ministro Américo Lôbo se retirou, por doente, enquanto se deliberava sobre o feito n.º 528, que precedeu o atual.

É a ata quem o atesta, declarando que, em virtude disso, deixava s. exa. de votar.

Seguiu-se ao feito n.º 528 o feito n.º 469, que é o nosso, o que ora arrazoamos, com o qual se encerrou a sessão.

Provado está, pois, que o sr. Américo Lôbo, retirando-se do tribunal, por moléstia, ao julgar-se o feito n.º 528, não podia estar, já curado, no tribunal, ao julgar-se est'outro feito, imediatamente posterior àquele, e, portanto, não o julgou.

Tendo a ata consignado já uma vez que s. exa. se ausentara da casa por motivo de saúde, redundância seria renovar a declaração da sua ausência em ato subseqüente da mesma assentada.

Dos autos, entretanto, se averigua, a fl. 104, que o sr. Américo Lôbo subscreveu o acórdão embargado.

Essa intrusão anula inquestionavelmente aquela sentença.

Mas, se outra fôr a doutrina do egrégio Tribunal, a ponto vêm, para êsse efeito, os embargos de declaração.

A parte tem o direito de saber que magistrados a condenaram.

O julgado tem necessidade, por sua honra, de certificar que juízes o proferiram.

Os embargos aqui, por conseguinte, não pugnam sómente pelo interesse da embargante : servem, ao mesmo tempo, à moralidade do Tribunal.

Poderá subsistir uma sentença com a exortia, na sua autoridade e no seu corpo, de juízes intrusos ?

Se o Supremo Tribunal Federal declarar que sim, se houver juridicamente ortopedia, que desaleje monstruosidade tamanha, lição tal só a sua suma autoridade nos poderá dar.

Se não, terá desaparecido aquêle julgamento, e o Tribunal terá forçosamente que conhecer da lide outra vez.

Nesse caso é nossa esperança que Deus o ilumine, e venha a reparação reclamada pela

JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 24 de novembro, 1900.

RUI BARBOSA

Ulisses de Carvalho Soares Brandão.

APELAÇÃO CÍVEL N° 469
(Embargos)

ACÓRDÃO

Embargos de declaração; muito embora como tal intitulados, contêm matéria infringente do julgado recorrido. Não obstante, dêles se conhece, em face do disposto no art. 3º, do decreto 938, de 1902, lei superveniente, para, entretanto, desprezarem-se, por se limitarem a reproduzir a matéria já discutida e não acolhida pelo Tribunal.

Nº 469. — Vistos e relatados êstes autos de embargos, entre partes, como embargante, a Companhia Colonizadora Industrial, e embargada a União Federal. Dêles consta que ao acórdão dêste Tribunal a fl. 102 v. que, reformando a sentença de primeira instância, julgou improcedente a ação que a dita companhia ora embargante, propôs no Juízo Seccional do Distrito Federal contra a embargada, para haver a indenização de perdas e danos, resultantes da rescisão do contrato de 20 de setembro de 1890, foram opostos embargos que, conquantos se intitulem de declaração, contêm matéria infringente, tanto que concluem pela reforma de julgado; que, discutidos tais embargos, pronunciou-se sobre êles o Senhor Ministro Procurador Geral da República opinando pela negação dos mesmos.

Não se vencendo a preliminar de incidir o caso vertente no dispositivo do art. 1º do decr. nº 938 de 1902, e, por outro lado, vencida, por desempate, que se devia conhecer dos embargos, não obstante conterem matéria infringente, por ser esta, hoje, admissível, *ex vi* do art. 3º do citado decreto e de acordo com precedentes do Tribunal; Acordam desprezar,

como desprezam, os mesmos embargos, que se limitam a reproduzir a matéria já apreciada e rejeitada na causa.

E, assim decidindo, condenam a embargante nas custas. Supremo Tribunal Federal, 21 de novembro de 1903.

Aquino e Castro, P. — Manuel Murtinho, relator para o acórdão. — *João Barbalho*, vencido. — *Pisa e Almeida*, vencido. — *H. do Espírito Santo*. — *Pindaiba de Matos*. — *André Cavalcante*. — *Alberto Tôrres*. — *Oliveira Ribeiro*. — Fui presente — *João Pedro*.

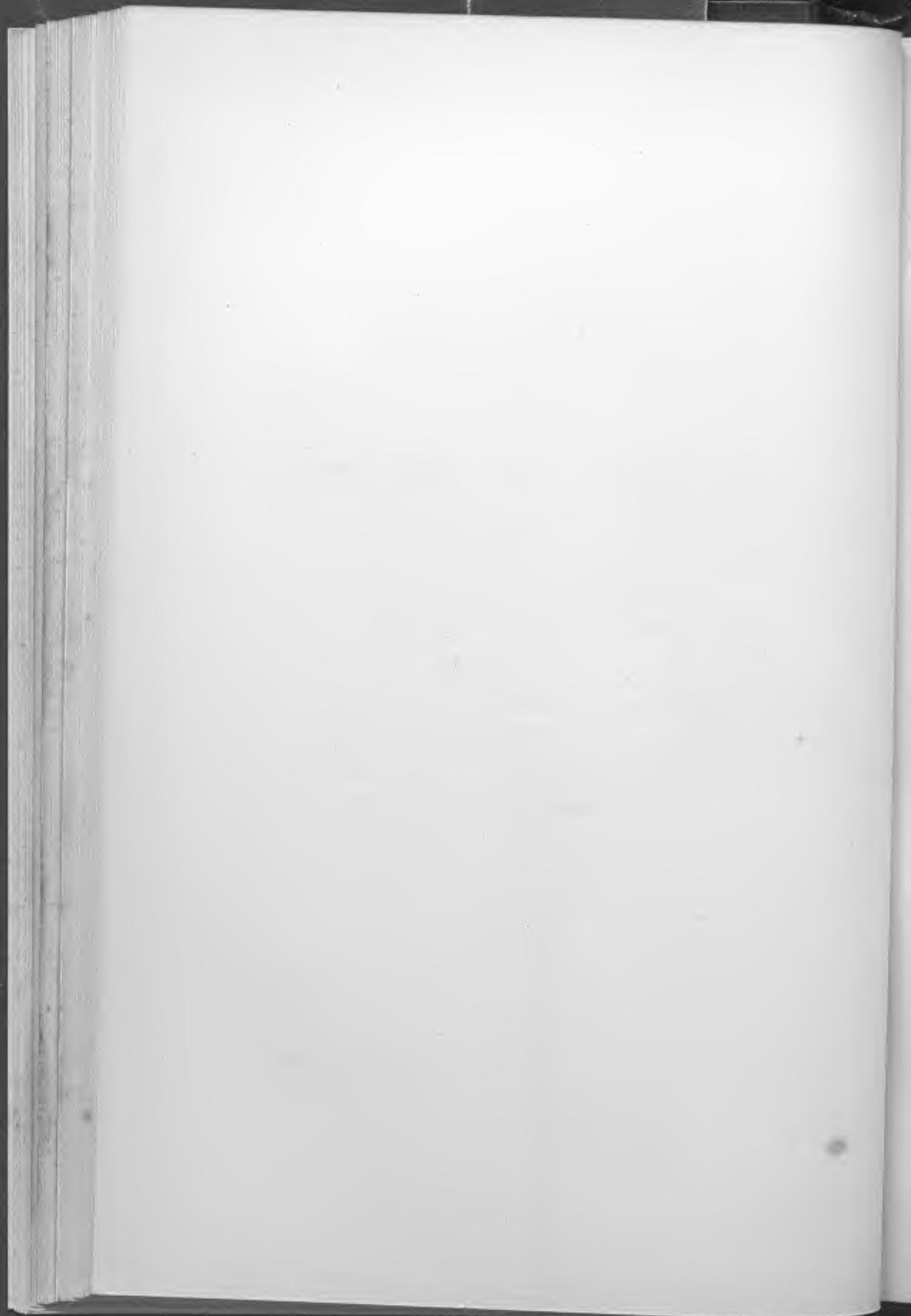
II

PRESERVAÇÃO DE UMA OBRA PIA

Contrato de Doação para Fins Religiosos
sem Outorga do Poder Público

AÇÃO ORDINÁRIA

Condessa de Tocantins e Outras, AA.
versus
Associação de S. Vicente de Paulo
e
O Arcebispo Diocesano, Réus



NOTA DO REVISOR

A Diretoria da Associação de São Vicente de Paulo, por deliberação de 22 de agosto de 1898, e consequente escritura lavrada a 20 de maio de 1900, após anuênciia do Exmo. Revmº Arcebispo metropolitano, transferiu por doação à Província Brasileira das Irmãs de Caridade, representada pela Irmã Chantrel, os imóveis que ali se mencionavam, consistentes no Colégio da Providência, à Rua Conselheiro Pereira da Silva, 19, e Colégio da Imaculada Conceição, à Praia de Botafogo, 148, com suas respectivas dependências e acessórios, estimado em 350 contos o patrimônio transferido. Conferiam-se à donatária alguns encargos, que, no entender de alguns, desfiguravam a essência da doação pura. Dispunham os estatutos da antiga sociedade, em seu art. 2º, que seus fins seriam o exercício da caridade evangélica, promovendo principalmente a instrução e educação religiosa, quanto em si coubesse; êstes, por si mesmo, bastavam a constituir um múnus considerável.

Aprovados em 1853, foram mais tarde legalizados os estatutos pelo imperial decreto 3.019, de 5 de dezembro de 1862, vigentes, ainda, em 1898, ressalvadas algumas disposições da legislação posterior.

Perante o fôro da Capital Federal, *locus rei sitae*, a condessa de Tocantins, viscondessa de Guaí, baronesa de Ladário e outros, na qualidade de membros do Conselho Geral da Associação de S. Vicente de Paulo, ajuizaram uma ação ordinária contra os membros da Diretoria desta, para o fim de anular a deliberação supra, e se fizerem reconhecer membros da referida Diretoria.

Pelos AA., funcionou como patrono o advogado Herculano Marcos Inglês de Sousa; pelos réus, de um lado, o advogado Francisco de Paula Lacerda de Almeida, por parte do Revmº Arcebispo Diocesano, o Senhor D. Joaquim Arco-verde de Albuquerque Cavalcanti, e de outro, como representante das irmãs de caridade, o Conselheiro Rui Barbosa, com o advogado Ulisses de Carvalho Soares Brandão.

Os AA. alegavam que, afora o aspecto civil da questão, envolvia esta um outro bem mais delicado. Tendo a Província Brasileira de obedecer à direção do Superior Geral da Missão, e sendo a sede desta última em Paris, infringia a hipótese o art. 103, do Código Penal de 1890. Além disso, teria havido manifesta inobservância da lei 173, de 10 de setembro de 1893, aplicável à espécie.

Entendiam os Réus que houve no caso *sub judice* uma transferência de encargos tais, atribuídos à antiga Associação, que eram êstes inseparáveis dos imóveis e demais adepências patrimoniais da Associação. Ademais, não se tratava de uma doação total, como se alegava na inicial, mas de uma trasladação de encargos, nos quais se incluíam algumas dívidas e outras obrigações, tudo constante da escritura. Os prédios haviam passado de umas a outras mãos cativos pelos mesmos vínculos, onerados, adstritos ao mesmo escopo. Não houve *animus donandi*. Além do mais, os elos que prendiam a Associação ao Superior de Paris, eram de cunho puramente espiritual, de natureza estritamente religiosa, sendo essa dependência uma decorrência da hierarquia inerente às instituições pias, sem qualquer eiva de obediência, no sentido a que alude o Código Penal.

Sustentando o que argüiram na inicial — replicavam os AA. — a alienação era nula *pleno iure*, porquanto, não só o Conselho Geral da Associação deixou de autorizar a Diretoria da sociedade a efetuar a transferência, como também não assistia à Província Brasileira legitimidade para receber o conjunto dos bens objeto da doação. Tratava-se, não de uma sociedade, mas de uma filial, ainda não moldada na

sua estrutura e elementos constitutivos às normas do Direito pátrio; faltavam-lhe, para sua constituição como sociedade, os requisitos estabelecidos na lei 173, de 1893, que era a aquisição de personalidade jurídica nos termos daquele diploma; a Irmã Chantrel não tinha qualidade para, em nome das demais, obrigar-se, dar quitação e transigir; o contrato era simulado, porque se teve o intuito de lesar o fisco, e de prejudicar a sociedade proprietária. A nulidade era, destarte, manifesta.

Foram ouvidos alguns jurisconsultos pátrios, salientando-se os pareceres dos Conselheiros Lafayette Rodrigues Pereira e Domingos de Andrade Figueira.

* * *

Seguindo os trâmites processuais de curso ordinário, foi, afinal, decidido o feito a 12 de junho de 1902, julgando a Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal improcedente a ação, e consequentemente válidos o ato inquinado de nulo e a escritura de doação.

Inconformados, apelaram os Autores, tendo a Câmara Civil da Corte de Apelação, por acórdão de 7 de dezembro de 1903, negado provimento ao recurso interposto, ficando mantida a decisão de primeira instância.

Opostos embargos, foram êstes desprezados por acórdão unânime de 10 de novembro de 1904, proferido pelas Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, confirmando-se, *ipso facto*, a decisão da instância *a quo*.

Em apenso, estampamos, na sua íntegra, as três decisões proferidas no feito, copiadas do texto publicado na *Revista dos Tribunais*, Vol. III, págs. 7 a 34.

É com pesar que confessamos não nos ter sido possível localizar os autos do processo, não obstante persistentes pesquisas e tentativas levadas a efeito nos arquivos onde seria mais provável se conservarem.



1 - Contestação

Contestando o libelo de fl. dizem, por seu advogado, os diretores da Associação de S. Vicente de Paulo, D. Maria Ana Soares Brandão, D. Maria C. Nabuco, D. Maria F. Álvares de Azevedo Amaral, Dr. Antônio Ferreira Viana, barão de Andaraí, des. P. Cavalcanti de Albuquerque Maranhão, Dr. Carlos M. P. de Laet, J. de Deus Freitas e conde Lopo Dinis Cordeiro, por esta e melhor forma de direito.

E S. C.

I

P. que das sete exmas. senhoras ali nomeadas, por quem se agita êste litígio, apenas duas, a condessa de Tocantins e D. Carlota Guilhermina de Lima e Silva, são realmente membros da associação, em nome de cujos interesses pleiteiam; o que aliás aqui não se alega, senão para mostrar como a ação peca pelos seus primeiros fundamentos contra a verdade e o direito na própria pessoa das autoras, viçada pelo uso de uma qualidade que lhes não cabe.

II

P. que, argüidos por essas respeitáveis senhoras de esbulharem a sociedade cuja administração

lhes incumbe, desapossando-a dos seus grandes bens, para os entregar a outra, os réus têm na história das relações entre essas duas entidades e no exame das condições do ato increpado a justificação mais cabal da moralidade e legalidade com que se houveram.

III

P. que, mandadas vir, em 1853, para a Casa de S. Vicente de Paulo, no Rio de Janeiro, as primeiras irmãs de caridade, por um contrato, onde se estipulava a prestação de seus serviços a trôco de um subsídio de dois mil francos por cada uma no ato da partida, e mil francos de remuneração anual, pagos por quartéis adiantados, cláusulas estas que nunca se observaram, e de que se poderiam suscitar hoje reclamações avultadíssimas, se houvessemos de considerar subsistente a convenção primitiva, e as prejudicadas alimentassem intuições de lucro, — para logo se assentou no espírito dos fundadores daquele estabelecimento a resolução de confiá-lo perpétua e discricionariamente à piedade daquelas mulheres.

Com efeito,

IV

P. que nos estatutos a que a Associação de S. Vicente de Paulo se submeteu desde 1859, e lhes foram aprovados pelo decr. imperial n.º 3.019, de 5 de dezembro de 1862, instituindo-se uma sala de asilo, uma escola e sala de trabalho, uma providência e um colégio de meninas, se prescreveu :

no art. 43, que "os sobreditos estabelecimentos seriam entregues a irmãs de caridade, para os dirigirem e administrarem inteiramente conforme o espírito de suas regras e a experiência adquirida em

tais administrações, *sem que ninguém se possa ingerir na direção e administração dêles*";

no art. 44, que, fornecidos de tudo o que houvessem de mister pela diretoria os ditos estabelecimentos, exceto o colégio, isso tudo lhes ficaria pertencendo, e as somas que ela lhes fornecesse "para qualquer fim" *não lhes seriam restituídas*;

no art. 45, que o colégio, suprido igualmente de tudo pela associação fundadora, só lhe reembolsaria as somas com êle despendidas *quando o pudesse fazer*, e que o excesso da receita sobre a despesa, nesse ramo da obra pia reverteria a favor da providência, *ficando a cargo da respectiva superiora*;

no art. 52, que "as superiores dos colégios e casas da providência teriam escrituração privativa de receita e despesa", isso, porém, "*não para prestar contas, pois não tem que as dar, mas para regularidade da casa*";

no art. 60, enfim, que "*entregando inteiramente a direção e administração dos mesmos estabelecimentos a pessoas pertencentes a comunidades religiosas, e tornando-os, pelo que se dispõe nestes estatutos, independentes, para melhor desempenho das obrigações a seu cargo e para os resguardar das oscilações inevitáveis às administrações, que se substituïrem*" associação fundadora que se de si os não considera desligados, é porque os tem como presos à sua origem "*pelos vínculos da caridade*", quase os únicos sobreviventes a êsse regímen de autonomia dos institutos por ela criados.

V

P. que essa organização reduzia o papel da associação fundadora quase exclusivamente à prá-

tica de obras de misericórdia, como as de visitar os enfermos e necessitados, para lhes acudir com o conforto cristão (estat. art. 27, §§ 2.º e 6.º), e a ação financeira de grangear e ministrar recursos aos diferentes institutos, cada qual absolutamente livre na sua esfera espiritual e material (art. 7.º, §§ 1 e 2; art. 9.º, §§ 2, 6, 8, 9 e 10; arts. 15 e 16; art. 19, §§ 1, 5 e 6; art. 27, §§ 3 e 4); de modo que, se a associação fundadora reservava às suas autoridades o direito de os visitar, era, como se acha expresso no art. 27, § 1.º, “com o fim único de prestar às irmãs de caridade o auxílio de que necessitarem.”

VI

P. que, dada assim a essa instituição esta forma de existência, na qual o mecanismo externo e leigo da sociedade se destinava a servir ao seu mecanismo interior e religioso, os estatutos, no art. 57, punham a esta situação o sêlo da inalterabilidade, declarando-se “irreformáveis”, e acrescentando que, “quando para o futuro alguém pretenda alterá-los, sob qualquer pretexto ou motivo que seja” (salvo nos limites do artigo anterior), reputar-se à dissolvida a associação, ficando a cada um dos estabelecimentos como patrimônio o de que estiver na posse, mais a quota que lhe caiba no rateio do ativo social, e exoneradas absolutamente de responsabilidade ou compromissos as administrações respectivas.

VII

P. que, entretanto, dessas funções exteriores o ônus tem recaído principalmente sobre a comunidade chamada a servir nos estabelecimentos, a tal ponto

que, suscitado o pensamento de erigir a capela de Botafogo, foram as irmãs que *em seu nome, mediante aquiescência da diretoria*, contraíram um empréstimo de elevadíssima soma, contribuindo algumas delas com os seus patrimônios particulares para o custeio das obras, e a associação primitiva, na frase dos Srs. J. Nabuco, João Alfredo e Soares Brandão, não tem mais que "uma vida puramente reflexa", não coopera com joias, mensalidades ou donativos para a missão social, não reúne, há anos, as suas autoridades coletivas, não sabe, sequer, de que membros se compõe o seu conselho superior, e chegou, em suma, a ser qualificada pelo arcebispo da diocese como "uma associação desmantelada".

VIII

P. que, entretanto, a devoção das irmãs à obra, cuja vocação as absorve, assegurava-lhe de 1853 a 1894 uma receita de Rs. 1.302:308\$224, na qual a parte das joias e anuidades sociais não chega a trinta contos de réis, assim como que, segundo o testemunho da minuta de resolução apresentada a S. Ex.^a Revm.^a D. Joaquim Arcoverde, os donativos e legados se fizeram sempre às irmãs, ou especificadamente a cada uma das instituições pias a elas submetidas.

Por conseguinte,

IX

P. que a associação obedeceu a uma exigência da justiça, da necessidade e do bem como, sem nenhum pensamento de favor para com aquelas religiosas, antes só para servir aos próprios interesses, confundidos com os dos estabelecimentos cuja fundadora tinha sido quando autorizou a diretoria a fir-

mar o contrato aqui impugnado, "para o fim" (textuais palavras) "de discriminar o patrimônio da associação propriamente dita do patrimônio das casas, inclusive o colégio, que ela fundou, e que as irmãs atualmente dirigem, e para transferir à mesma congregação a propriedade legal dos edifícios e mais patrimônio das ditas casas, mediante cláusulas *que acautelem a perpetuidade da obra* e a exigência de que tôda ela se denominaria sempre obra pia de S. Vicente de Paulo, e também *que exonerem a associação fundadora de tôda responsabilidade ulterior* para com os mesmos estabelecimentos, ou por causa dêles, devendo o colégio, na forma do artigo 45, substituir à associação as somas com êle despendidas".

X

P. que, aprovada unanimemente essa idéia no conselho geral da associação, em 22 de agosto de 1898, publicada a ata da sessão pelos jornais, no dia 24, ficou assentado que se consumaria a transferência, logo que as religiosas empregadas naqueles estabelecimentos pios, obtivessem personalidade jurídica, de conformidade com a lei brasileira, levando-se isso a efeito pela escritura de fôlhas 22 aos 26 de maio do corrente ano.

X (*)

P. que por êsse contrato os imóveis ali enumerados passaram às mãos da província brasileira das irmãs de caridade com os ônus, para a adquirente :

1.º), "de receber os imóveis, com o caráter de *perpetuidade dos estabelecimentos que os ocupam*";

(*) O nº X está repetido no original, e assim foi conservado na presente edição.

2.º), de "pagar o passivo da outorgante", consistindo numa hipoteca de cem contos de réis, cujo instrumento ora juntamos sob n.º 1; em 56:993\$ mais os juros de 6% desde abril de 1899, devedor à Associação do Sagrado Coração de Jesus; na dívida ao padre Bettembourg, de Paris, por vários empréstimos, dos quais um de 20.000 francos, empregados em remir o débito hipotecário da associação, o que tudo perfaz seguramente, pelo menos, a quantia de *duzentos contos de réis*;

3.º), de não reaver da outorgante as somas a esta adiantadas após a resolução de 22 de agosto, a saber: 77:717\$500 pagos ao Banco da República, 25:000\$ dados para comprar a hipoteca da massa do conde de Leopoldina, 15:154\$990 embolsados a D. Maria Teresa de Castro, afora outras dívidas que então pesavam sobre a outorgante, inteirando só as especificadas a soma de 117:872\$490, que junta à da verba anterior, orça pela importância de cerca de *trezentos e vinte contos de réis*;

4.º), de entregar à outorgante o valor dos trastes, utensílios e mais objetos por ela fornecidos ao colégio, de conformidade com o disposto no art. 45 dos estatutos;

5.º), de não reclamar a outorgada em tempo algum da outorgante quantia nenhuma como restituição das que lhe adiantara para as compras e edificação dessas propriedades, ou como remuneração dos serviços ali prestados, isso quando a diretoria da associação fundadora, numa publicação que lhe estampou o *Jornal do Comércio* de 17 de fevereiro de 1900, avalia que o custo de seus serviços, calculado segundo o contrato de 1853, excederia por si só o preço atual dos imóveis transferidos.

Portanto,

XI

P. que, se na enumeração dos valores, com que a outorgada entra no contrato, há quantias indeterminadas, a importância das que se determinam, ascendendo aproximadamente a trezentos e vinte contos de réis, pouco falta para completar a de trezentos e cinqüenta, em que os dois contraentes estimaram os bens transferidos (fl. 26 v.).

E destarte,

XII

P. que a diferença entre o preço estimativo dos imóveis e as somas determinadas, montando pouco mais ou menos em trinta contos de réis, tem, para a encontrar, a importância dos móveis e alfaias do Colégio, que a outorgada se obrigou a devolver à outorgante.

Quanto aos serviços prestados,

XIII

P. que a outorgante não praticou mais que um ato de gratidão, lisura e probidade, reconhecendo-os e computando-os entre as dívidas em cuja obrigação estava.

Realmente

XIV

P. que êsses serviços, nas próprias consultas formuladas públicamente contra a transação que se discute, foram classificados como "inestimáveis" e, tendo no contrato de 1853 uma base positiva para a sua avaliação, criavam para a outorgante uma responsabilidade de que ela com razão se quis deixar-

desempenhada num convênio, um de cujos objetos era, como se consignou na deliberação de 22 de agosto de 1898, exonerá-la de qualquer compromisso em que se achasse envolvida para com aquêles estabelecimentos, ou por amor dêles.

Quanto mais

XV

P. que, embora a Província Brasileira das Irmãs de Caridade só recebesse a existência jurídica pela inscrição legal, em janeiro de 1899 (fl. 37), há quase meio século que existia de fato nos estabelecimentos da Associação de S. Vicente de Paulo; e essa existência de fato, junta ao de ter ela adiantado em boa fé àquela sociedade somas pecuniárias, basta para a obrigar moral e juridicamente, a pagar-lhas.

Outrossim,

XVI

P. que, se os serviços prestados, não pela irmã Chantrel, mas pelas irmãs da província brasileira daquela comunidade nessas casas pias, são confessados, indiscutíveis e de subidíssima valia, não há simulação, ou artifício, mas, pelo contrário, simples resgate de um débito de honra em lhos levar em conta, no apurar o ativo e passivo recíprocos entre a outorgante e a outorgada.

E ainda

XVII

P. que, embora a irmã Chantrel precisasse, como querem as autoras (fls. 150), de exibir poderes especiais, "para cobrar" o valor da remuneração devida às irmãs de caridade pelos seus serviços naqueles institutos religiosos há perto de cinqüenta

anos, de tal não necessitava a Associação fundadora dêsses estabelecimentos, para imputar e ressarcir êsses serviços oportunamente à corporação, de que elas não eram mais que os instrumentos obedientes e obrigados.

Isto pôsto,

XVIII

P. que o contrato de fls. 22 não representa uma doação, pois lhe falta, quando menos, a característica mais essencial às doações, o escopo de liberalidade, o *animus donandi*. De um lado, o que ali se faz, é retribuir, com os imóveis transferidos, umas poucas de dívidas na escritura enumeradas. Do outro, assegurar a indestrutibilidade de uma obra pia, traspassando a outrem o encargo, com os meios atuais de o cumprir. O pretenso doador não cede uma fortuna; exonera-se de um gravame. O suposto donatário não recebe um tesouro: adscreve-se a servidão de um compromisso irresolúvel.

Com efeito,

XIX

P. que essa é a expressão inquestionável da cláusula do instrumento a fl. 250, que à transmissão dos imóveis imprime a condição da *perpetuidade dos estabelecimentos* ali situados. Dêles não puderá dispor o adquirente, nem quanto ao domínio, que fica irremissivelmente vinculado à obra pia, nem quanto aos frutos, que por ela têm de ser absorvidos. Passaram os prédios de umas a outras mãos, cativos, porém, sempre pelo mesmo vínculo ao mesmo objeto, sem variar sequer de administração, que ficou perpetuada na mesma entidade onde estava. O que, em última análise, se alienou, portanto, foi apenas a

aparente autoridade exercida pela outorgante sobre a outorgada. Muito bem disse o conselheiro Andrade Figueira, numa consulta, que os antagonistas da diretoria publicaram na *Gazeta de Notícias* de 13 de fevereiro: "A transferência projetada não lhes daria mais faculdades, poder e liberdade de ação do que já têm pelos estatutos, e do que de fato elas têm sempre exercido... A transferência com a cláusula de inalienabilidade, que se afigura, só lhes daria um domínio vinculado, antes ilusório que real."

XX

P. que atentam, portanto, clamorosamente contra a justiça as Autoras, quando, para justificar o pedido chamam a isso "doação", e, não contentes, "doação total", — como atentam contra a realidade corrente nas tradições daqueles estabelecimentos, afirmando que as irmãs "foram bem e devidamente pagas dos seus honorários de acordo com o contrato de locação de serviços, feito com a Associação", porque "receberam sempre as rendas", "sem nunca delas dar contas".

O fato notório é que elas nunca receberam êsses honorários, e que, deixando ao seu arbítrio o art. 45 dos estatutos não entregar à Associação, senão quando pudessem, a líquida receita do Colégio, entregaram, de 1853 a 1854, por essa verba, ao tesoureiro da sociedade *novecentos e vinte e cinco contos de réis*. Não está com os hábitos de quem procede com essa honestidade, bem superior aos escrúulos vulgares, explorar as ocasiões, para se apoderar do alheio.

XXI

P. que da suposta doação, pois, não há, em suma, senão a aparência superficial e o nome inde-

vidamente usado no contrato. Mas, quando a houvesse estaria na classe das doações onerosas, e os seus ônus cobririam a importância da alienação na sua totalidade, eximindo-a assim à formalidade da insinuação.

Continuando,

XXII

P. que da mesma improcedência se ressente o libelo, quando afirma nulo de pleno direito a alienação, — já porque a deliberação do conselho geral não autorizava a diretoria a fazê-la, — já porque de a receber não tinha direito a outra parte.

No tocante ao primeiro ponto,

XXIII

P. que o libelo se estriba (art. IV) nos arts. 31, 42, 43, 52, 56 e 69 (deve ser 59; porquanto 69 não há) dos estatutos, para negar ao conselho geral, sem o consentimento unânime dos sócios, a competência de alienar os haveres sociais, salvo depois de resolvida a dissolução da sociedade.

Mas,

XXIV

P. que, no regímen peculiar dêsses estatutos, legalizados pelo decr. n.º 3.019, não há função alguma, que toque a unanimidade dos sócios.

As mais altas atribuições, inclusive a suprema de votar a terminação da vida social, incumbem ao *conselho geral*, organizado pelo art. 31. Ainda nessa hipótese extrema, a da dissolução da sociedade, é o conselho geral, por convocação do prelado, quem delibera essa providência sobre tôdas. Só um limite

se opõe às faculdades dêsse órgão soberano : o de que não pode "reformar os estatutos", senão para lhes "ampliar os fins". (Arts. 59 e 56.)

Ora, em primeiro lugar,

XXV

P. que, entregando às irmãs de caridade os imóveis onde funcionam os estabelecimentos pios, já a elas confiados com ânimo perpétuo, absolutamente *não reformou* o conselho superior os estatutos; por quanto êstes não vedam a alienação de tais imóveis, nem estabelecem condições a ela. Tanto basta para não cair o seu ato na limitação do art. 56 :

"a associação... compromete-se a *não os reformar*, senão no sentido de ampliar, e nunca de restringir qualquer dos pios fins consagrados nos mesmos estatutos".

Mas, em segundo lugar,

XXVI

P. que, ainda quando se pudesse ver na alienação de certos bens de uma sociedade a reforma dos seus estatutos, esta, na espécie, só lhe seria por êles tolhida, se contraviesse ao *fim social*.

XXVII

P. que os *fins* da antiga Associação de S. Vicente de Paulo estão definidos autênticamente em um artigo especial dos seus estatutos : o art. 2.º; e êste assim se enuncia :

"O *fim da associação* é o *exercício da caridade evangélica*, promovendo especialmente a instrução e educação religiosa, quanto em si couber."

Nenhum outro texto amplia essa definição. Logo, tudo o mais, de que ali se cogita, as casas, colégios, salas, asilos, providências, templos, são apenas *meios*, postos ao serviço daquele fim. Este, portanto, é imutável; mas aquêles variáveis à discrição do órgão da soberania social.

Assim

XXVIII

P. que, entregando às irmãs de caridade, já senhoras daqueles institutos de educação feminina, as casas onde êles têm a sede, para cometer, como se prevê no art. 53 dos estatutos, o ensino e a caridade aplicados ao outro sexo, a velha associação não estreita o círculo do seu fim, antes evidentemente o dilata; pois *consolida a obra organizada*, conservando a ela, por um laço perene, o elementar que a criou, e a fêz, o que chegou a ser, para tentar, com as suas fôrças já inúteis àquele segundo empreendimento, que complete o anterior.

XXIX

P. que recusar à associação o direito de alhear os seus bens de raiz importaria negar-lhe o de hipotecá-los, pois a nossa legislação hipotecária, desde os seus mais antigos textos, funde numa só essas duas expressões da propriedade. Entretanto, a administração daquela sociedade tem, por várias vêzes, gravado os seus bens com hipotecas, da última das quais temos aqui a prova na certidão ora junta, sob n.º 2 (fls. 103), o que não poderia fazer se não pudesse aliená-los (dec. n.º 165 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 2.º, § 4.º); L. n.º 1.237, de 24 de setembro de

1864, art. 2.º, § 4.º); — sem que ninguém jamais se lembrasse de acoimar de nulidade êsses contratos.

Agora, no concernente à capacidade da outorgada.

XXX

P. que tôdas as alegações aduzidas no art. V do libelo negando a essa comunidade a aptidão para adquirir imóveis e celebrar contratos, carecem de base em direito,

Quanto à primeira,

do art. 1.º, § 2.º, do decr. de 1882, eliminou da enumeração ali contida as *associações religiosas*. Ora, o alcance desta subtração é tanto mais decisivo quanto no mesmo art. 1.º, § 2.º do decreto de 1890, reitera a disposição do decr. de 1882, art. 1.º, § 2.º, que dizia: "Continuam também a depender da autorização do governo, para funcionar no império, as sociedades anônimas estrangeiras."

Logo, só ficaram dependentes da autorização oficial neste país as associações religiosas quando revestirem a forma anônima. E é o que formalmente determina o decr. 164, de 1890, art. 34:

"As disposições dêste decreto não compreendem as sociedades de socorros mútuos, nem as literárias, científicas, políticas e *beneficentes* que não tomarem a forma anônima. As ditas sociedades podem-se instituir *sem autorização do governo*, e regem-se pelo direito comum."

Quando, porém, se exclua do benefício dessa isenção a sociedade de que se trata, por acrescentar ao caráter beneficente o religioso, ainda assim a emancipa da autorização administrativa o decreto

n.º 164, de 1890, declarando, no art. 43, revogada inteiramente a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882.

XXXI

P. que, dos critérios admitidos, em direito internacional privado, para discernir a nacionalidade das associações, seja qual fôr o que preferirmos, será sempre seriamente contestável que a nova associação de S. Vicente de Paulo seja uma associação estrangeira; visto como

- 1.º não recebe de lei ou Estado estrangeiro a sua existência;
- 2.º tem no Brasil a sua sede;
- 3.º tem no Brasil tôda a aplicação da sua atividade.

XXXII

P. que ainda considerada, porém, como associação estrangeira, não necessitava de autorização, para funcionar entre nós, por já não vigorar hoje, em presença da legislação posterior, o estatuído no decr. n.º 2.711, de 19 de dezembro de 1860, art. 47, invocado no libelo (fl. 13 v.).

Esta disposição trasladou-se dali para a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, art. 1.º, § 2.º, que reza: "Continuam a depender de autorização do governo, para que se possam organizar as associações e corporações religiosas."

Mas a nossa lei atual das sociedades, promulgada no decreto n.º 164, de 17 de janeiro de 1890, reproduzindo o seu art. 1.º, § 1.º, a provisão n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, a cujo art. 1.º, § 2.º, devia continuar em vigor o preceito da lei de 1860,

art. 47, que submetia à licença prévia do governo, para existirem entre nós, as associações *religiosas*.

Demais,

XXXIII

P. que, quando essa disposição da lei de 1860 não se achasse abrogada pelo dec. n.º 164 de 1890, abrogada já estaria pelo dec. n.º 119 A, de 7 de janeiro do mesmo ano, cujo art. 3.º assegura às associações religiosas, independentemente da sua nacionalidade, "pleno direito de se *constituírem* e viverem coletivamente segundo o seu credo e a sua disciplina, *sem intervenção do poder público*."

XXXIV

P. que, consequintemente, a nova associação de S. Vicente de Paulo só dependeria do consentimento oficial, para existir no Brasil, se assumisse o caráter de associação anônima, caindo então sob o preceito do dec. n.º 164, de 1890, art. 1.º, § 2.º, *in princípio*, que impõe às associações anônimas estrangeiras essa solenidade preliminar. Mas, indubitavelmente, sociedade anônima não é porque, não tendo capital dividido e ações... (*) lhe mais especial dos três característicos dessa espécie de sociedade. (Decreto n.º 434, de 4 de jul. de 1891, art. 1.º.)

Para adquirir personalidade jurídica no Brasil, cumpria a essa associação tão sòmente observar as exigências da lei n.º 173, de 10 de setembro de 1893 (cit. lei, art. 1.º).

Mas, respondendo à segunda argüição do libelo, no seu art. V.

(*) No texto da publicação falta, segundo se induz, uma linha, presumivelmente perdida na paginação do original. A ausência dos autos do processo não nos permitiu a sua reconstituição.

XXXV

P. que a tôdas essas exigências satisfez a dita sociedade com a inscrição constante do doc. a fl. 37, que as autoras increpam de simulatória, irregular e nula, sem o provarem.

De feito a lei n.º 173, art. 3.º, reduz o registro a se declararem, na repartição competente :

“§ 1.º A denominação, fim e sede da associação ou instituto.

“§ 2.º O modo pelo qual a associação é administrada e representada ativa e passivamente em juízo e em geral nas suas relações com terceiros.

“§ 3.º Se os membros respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações, que os representantes da associação contrairem expressa ou intencionalmente em nome desta.”

E todos êsses requisitos preenche ela especificada e cabalmente na inscrição de fl. 37 a fl. 38, declarando :

Quanto ao nome, que se chama Associação de S. Vicente de Paulo.

Quanto ao fim, que consiste na administração e direção de hospitais, asilos, colégios e tudo o que for obra de caridade.

Quanto à sede, que está no Rio de Janeiro, onde reside a autoridade que a administra.

Quanto à administração e representação, que são ativa e passivamente exercidas pela superiora geral com as auxiliares e conselheiras que designar.

Quanto à responsabilidade subsidiária dos sócios, que essa associação a não adota.

Estas são igualmente as condições de regularidade que a lei de 10 de setembro impõe aos estatutos (Art. 3.º, princípio, *in verbis* : "Os estatutos, bem como o registro, declararão"), de onde se vê que os primeiros não são obrigados a ser mais específicos que o segundo.

Ora, o doc. a fl. 39 mostra que os estatutos foram exibidos e arquivados, cumprindo-se assim o art. 2.º, que encerram particularizadamente tôdas essas menções, obedecendo-se destarte ao art. 3.º; e do doc. a fl. 30 consta que foram publicadas em extrato, antes do registro, no *Diário Oficial* n.º 11, de 12 de janeiro de 1899, respeitando-se por êste modo o art. 4.º da lei n.º 173.

Mas nessa lei, o art. 5.º, subseqüente a êsses, determina categóricamente :

As associações assim constituídas gozam de capacidade jurídica, como pessoas distintas dos respectivos membros, e podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses do seu instituto.

Em conseqüência,

XXXVI

P. que laboram em êrro manifesto as AA, quando, aditando arbitrariamente as condições postas pela lei n.º 173 à aquisição da individualidade jurídica por esta espécie de sociedades, declaram ser "inteiramente destituídos de valor" os estatutos apresentados e o seu extrato :

- a) porque não tem a associação de todos os sócios;
- b) porque se estipula que a Província Brasileira das irmãs da caridade ficaria sob a direção da congregação da missão;

c) porque a associação não é administrada por mandatários seus, por ela eleitos, temporários e revogáveis;

d) porque se estabelece que, expirando a Província Brasileira, seus bens se transfiram para a Companhia de Paris;

e) porque a nova sociedade usurpa a denominação da antiga, e a primeira, por "um fenômeno de teratogenia", é uma associação com um só associado.

Quanto ao aduzido sobre as letras a e c.

XXXVII

P. que o libelo, por singular confusão, pretende submeter as associações desinteressadas que se consagram ao ensino, à beneficência, ou à religião, às regras estabelecidas exclusivamente para as associações de interesses, para as sociedades anônimas, ou as daquele outro gênero, quando esta forma assumirem.

É para as sociedades anônimas, ou para as literárias, científicas, políticas e beneficentes, quando revestirem o caráter de anônimas (decr. n.º 164, de 1890, art. 34), isto é, quando sobre um capital dividido em ações (decr. n.º 8.821, de 30 de dezembro de 1882, art. 1.º, decr. n.º 434, de 4 de julho de 1891, art. 1.º), que se estatuí a obrigação de levar ao arquivo ou registro competente a lista dos seus associados (L. n.º 3.150 de 1882, art. 3.º, § 4.º; decreto n.º 8.821, do mesmo ano, art. 32, decr. n.º 164, de 1890, art. 3.º, § 4.º; decr. n.º 434, de 1891, art. 79.) A respeito dessa classe de sociedades, êsses textos exigem que o registro além dos estatutos, abranja o rol dos associados. Logo, está dispensada esta condição pela lei n.º 173, de 1893, que no tocante às

associações religiosas (entre outras), manda arquivar *únicamente os estatutos*.

Do mesmo modo só às sociedades anônimas dizem respeito as disposições que estabelecem a penalidade dos administradores, sua eletividade, sua temporariedade e demissibilidade. (L. de 1889, art. 9.º, decr. de 1882, art. 41, de 1890, art. 9.º, de 1891, art. 97.)

Quanto ao que se objeta sob a letra *c*,

XXXVIII

P. que a circunstância aí apontada, como creio radical na constituição desta sociedade, não encontra obstáculo em lei alguma e é da natureza da maior parte das corporações católicas aqui e em tôda a parte. Quase tôdas elas sem prejuízo da sua personalidade jurídica, obedecem a uma autoridade religiosa superior, nacional ou estrangeira.

No tocante ao alegado sob a letra *d*,

XXXIX

P. que os estatutos (fl. 40) não dispõem a transferência definitiva dos bens da Província Brasileira para a companhia, no caso de extinção da primeira. O que ali se diz, é: "Se, caso improvável, cessar a instituição da Província Brasileira, seus bens ficarão pertencendo à companhia e administrados pela superiora geral, ou sua representante, até que se estabeleça nova Província Brasileira, ou crie associação brasileira, que promova fins idênticos ou análogos."

Com êste texto, como se está vendo, o que se acautela, é a perpetuidade, a que o adquirente se obrigou, da consagração dos bens adquiridos aos seus fins atuais. Os imóveis não ficam sobre a admi-

nistração de companhia estrangeira senão *provisoriamente*, até que outra sociedade brasileira, da mesma vocação, venha reassumir-lhes a posse. O que nessa cláusula se convencia, longe de transgredir a lei n.º 173, pois, é expressamente autorizado por ela no seu art. 11.

Mas, quando realmente violasse o art. 12 dessa lei, o que, absolutamente se nega, a consequência seria observar-se êsse artigo, na ocasião oportuna, a despeito dos estatutos, tocando a sucessão dos bens vagos ao Estado, em vez de tocar à companhia, e *nunca a reputar-se nula em sua constituição a sociedade.*

Quanto à censura inscrita sob a letra e,

XL

P. que não tem o favor de matéria discutível a increpação de ter a Província Brasileira das Irmãs de Caridade *um só sócio*; a irmã Chantrel.

Aliás são conhecidas em direito e nas classificadas na categoria dos monstros as corporações *de uma só pessoa*.

(DUCEY e STITGUARD : *Le statut personnel anglais*, v. I, p. 189.)

A única sociedade a quem, por filiação direta, assiste jus ao uso do nome de S. Vicente de Paulo, vê-se acusada agora de usurpá-lo. Sem debater a iniquidade do reparo, basta redarguir-lhe aqui :

1.º) que a sociedade, contra a qual se diz perpetrada a usurpação, cometeu nela solenemente como o demonstra a escritura de fl. 22;

2.º) que quando não cometesse e a usurpação fôsse real, o abuso de nome alheio importa apenas a obrigação de mudá-lo e indenizar o dano, mas não

priva de individualidade jurídica o ente moral que o cometeu.

XLI

P. que o contrato de fl. 22 é irrepreensivelmente válido, que todos os defeitos contra êles engenhados são palpavelmente vãos, e que a província brasileira das irmãs de caridade, os diretores da associação de S. Vicente de Paulo e o arcebispo desta diocese, por quem foi solememente aprovada a minuta da escritura e abençoados êsse ato (doc. n.º 3), estão acima das imputações de indelicadeza, simulações e artifícios acumulados no libelo contra o acôrdo aqui discutido.

Pelo que,

XLII

P. que os presentes artigos são de receber, e devem-se afinal, julgar provados, para se desprezar o libelo e serem condenadas às custas as autoras, por carecentes da ação intentada.

Com todos os protestos de direito.

Rio, 23 de julho de 1900.

RUI BARBOSA



RUY BARBOSA

PRESERVAÇÃO

DE

UMA OBRA PIA

RIO DE JANEIRO

Oficinas do *Jornal do Brasil*—Rua de Gonçalves Dias 54 e 56

278

1901

Capa da edição da *Obra Pia*, feita em 1901. Tamanho original: 23,50 x
x 15,30 cms. (Exemplar da Casa de Rui Barbosa)

2 - Razões Finais

Pela Ré

[ADVERTÊNCIA DO AUTOR]

Quando lemos o sólido trabalho, com que o Dr. LACERDA DE ALMEIDA, advogado por parte do arcebispo desta diocese, deixou refutadas as alegações de fls. 258 a 291, onde a proficiência do seu douto autor naufragou na indefensabilidade da causa, quisemos fechar os autos, e louvar-nos nas razões do nosso eminente colega. Páreceu-nos cabal a resposta. Não havia mais que dizer. Mas a essa inclinação nossa pôs embargos a vontade contrária das nossas constituintes, empenhadas em ouvir também o seu indigno patrono. E não há resistir a senhoras, mormente quando o prestígio de sua fraqueza se reforça com as armas da piedade e da abnegação. Obedecemos, como quem não dispunha de outro alvitre. A submissão era inevitável. Seja-nos, pois, escusa a sua necessidade, contra o justo reparo, em que vai incorrer a superfluidade do nosso contingente. Mas, se por aí nos habilitarmos à censura de temerário, confessamos que será com satisfação; porque a nossa consciência se sente feliz em contribuir de qualquer modo para esta obra de justiça.

Com a espraiada exposição de fatos a que se entregaram as AA., de fls. 258 a fls. 270, não teremos que nos ocupar. Já estaria prèviamente respon-

dida na contestação, que articulamos de fls. 50 a fls. 90. Pouco mais haveria que lhe adicionar, triplicando agora neste arrazoado. Mas o em que nos precedeu o erudito representante de s. ex. o sr. arcebispo, um dos réus neste litígio memorável, esgotou de todo em todo o assunto, reduzindo à verdade sensível dos fatos o romance histórico, hábilmente desbuxado pelo nosso adversário, em cuja caprichosa urdidura a ciência do jurista mal encobre a alada fantasia do imaginador. Limitar-nos-emos, pois, a discorrer a matéria de direito, onde quer que alguma coisa possamos respigar do pouco, que nos deixou a pena do emérito preopinante na defesa. Mas, para andar com método, na toça de questões e sofismas que mascaram a posição das nossas antagonistas, dividiremos a argumentação em duas partes. Na primeira tentaremos esmoitar o caso em debate das complicações adventícias, com que se esforçou pelo embarrasar a manobra adversa. Na outra, reduzida assim a hipótese jurídica à sua realidade precisa, estudaremos, já simplificado, o objeto da lide.

PRIMEIRA PARTE

Liquidações Preliminares

§ I

O ART. 103 DO CÓDIGO PENAL

1. — A ação, que vamos discutir, embora se destine únicamente a envolver, com ingrato esfôrço, no conluio de uma simulação e uma extorsão contra os direitos do erário e os da propriedade particular a Associação de S. Vicente de Paulo, sua benemérita superiora e o venerando arcebispo desta diocese, timbra em assoalhar, para com o prelado fluminense, a benfazeja instituição e a respeitável senhora, que a dirige, os sentimentos do mais profundo respeito. À estas disposições de estima, reverência e gratidão, por cuja firmeza até hoje protestam, apesar da fraude e do esbulho, cuja trama vêm desmascarar, não fariam as Autoras a violência, que fazem, se os ilustres réus dêste pleito não houvessem aninhado sob o manto de S. Vicente de Paulo "os intuitos de absorção de uma companhia, que afronta a autoridade civil no seu país de origem", e explorado o cosmopolitismo da beneficência, "para converter em subsídio ao combate contra a república francesa os recursos, de que a caridade fluminense, secundada pelo governo de nosso país, abasteceu os estabelecimentos" caritativos da praia de Botafogo.

Dado que tamanha seja a cilada à nação, à democracia e à França, não era muito que contra as irmãs, a que êsses grandes brasileiros tinham confiado, sem vislumbre de suspeita, aquêles institutos, se evocassem as sombras de Caxias e Tamandaré, nem que as duas imagens veneráveis, em quem a humanidade e a guerra se dão as mãos, inspirassem às Autoras, na reação jurídica intrépidamente empreendida, a idéia, que arrasta os nossos constituintes às fronteiras do código penal. Releva atentar nesta circunstância característica do plano de campanha, a que obedece o movimento das Autoras, para louvar a piedade, que as inspira nesta santa cruzada. A fé, que transpõe montanhas, também opera resurreições. É a um dêsses espetáculos, que assistimos, vendo erguer-se contra os réus o art. 103 do código penal. Essa aparição domina todo o campo do litígio; porque, em verdade, se não se trata de um fantasma, e se a esfera de ação, que em seu nome se reclama, não fôr tão vã como êle mesmo, escusava perder tempo com o mais: dêsses golpe só por só estaria consumada a nossa derrota.

2. — Consideremos, pois, no formidável texto. Que diz êle?

“Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fora do país, prestando-lhe obediência efetiva :

“Pena — de prisão celular por quatro meses a um ano.

“Parágrafo único. Se êste crime fôr cometido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir, debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso régimen :

"Pena — aos chefes, de *prisão celular* por *um a seis anos*; aos outros membros, por *seis meses a um ano*."

Ora, raciocinam as Autoras, a Associação de S. Vicente de Paulo, Província Brasileira das Irmãs de Caridade, estipula, nos seus estatutos (fls. 39), aceitar a direção do superior geral de uma congregação, que, na contrariedade (fls. 45), nós confessamos tem a sede em Paris. Logo, em face do preceito que se acaba de transcrever, está-lhe sobre a cabeça a dissolução, que êle comina.

Perdoem-nos as Autoras. A nímia benignidade, que as anima para com os réus da odiosa maquinção, truncou-lhes, nas consequências, o silogismo. Se aquela disposição entendesse com a espécie, a dissolução seria a menor das penas iminentes aos culpados. Não é tão sómente *uti universitas*, como associação, que as irmãs da Província Brasileira se inclinam a um chefe estrangeiro. A mesma obediência lhe prestam elas individualmente, *uti singulae*, no espiritual e no temporal. E, como entre elas *avultam em grande número as brasileiras*, o castigo legal, em que teriam incorrido, é o de prisão celular. A lide civil deveria converter-se em ação criminal, para as conduzir do banco dos criminosos à cadeia. Devem elas, pois, a liberdade, cujo gôzo se lhes tolera, à complacência dos brasileiros escorreitos ante o código penal?

É o que importa examinar antes de mais nada, para mostrar de um relance o valor desta ação.

3. — O art. 103 não é obra da codificação de 1890. Recebeu-a esta da de 1830: copiou-a servilmente dali, onde corresponde aos arts. 79 e 80, cuja redação é mesmíssimamente igual. Apenas, no código imperial, quanto à primeira hipótese, era de

quatro a dezesseis meses a pena, e subia, na segunda, a oito anos. Sabido, pois, o que êsses dois textos exprimiam nas leis da monarquia, saberemos o que significam nas do régimen atual.

Oiçamos o que, a seu respeito, escreve o comentador clássico do nosso antigo Código Criminal. "Nenhum dos projetos, que serviram de base ao nosso código," dizia TOMÁS ALVES, "nenhum definiu a espécie, de que se ocupam os arts. 79 e 80. *Nenhum dos códigos*, que temos examinado em nosso estudo comparativo, apresenta caso, que lhe seja semelhante, ou análogo. Na verdade não se comprehende como se podem qualificar de crime fatos, que não podem ter mais efeito que o consagrado pela constituição do império, e, quando crimes sejam, já foram definidos no código; donde se conclui a sua redundância. As nações, em suas relações de sociabilidade ou internacionais, podem ser consideradas em dois estados: estado de guerra, ou estado de paz. Se o império está em estado de guerra com a nação, cujo superior é reconhecido pelo cidadão brasileiro, é claro que êsse cidadão tem em vista ser traidor ao país, e, portanto, o reconhecimento do superior e a sua efetiva obediência estão implicitamente comprehendidos no espírito de algum dos artigos já anteriormente notados, onde a traição é o elemento do crime capitulado. Isso, que se aplica ao indivíduo (hipótese do art. 79), aplicação tem à associação (hipótese do art. 80). Se o império se acha em estado de paz com a nação, cujo superior é reconhecido pelo cidadão brasileiro, êsse reconhecimento e a obediência efetiva prestada só podem ser incriminados, prevalecendo a distinção dos antigos romanos: *barbari et cives*. Estas idéias, porém, caducaram... Ao homem deve ser livre reconhecer a pátria, que quiser... O mais, que o legislador pode fazer, é estabelecer que o cidadão

brasileiro, que, em tempo de paz, reconheça superior de nação estrangeira, e lhe preste efetiva obediência, perca os direitos de cidadão; porque, desprezando sua pátria, adotou uma nova. Essa naturalização com perda de direitos políticos já era disposição consagrada em nosso pacto fundamental. (Const., art. 7.º, § 1.º.) Parece que, na confecção dêstes arts. (79 e 80), imperou, no espírito da comissão encarregada de formular o código, o sentimento exaltado de patriotismo, despertado no coração de todo brasileiro por ocasião da independência de 1822. Apenas oito anos eram passados depois dêsse grito imortal do Ipiranga, apenas cinco anos tinham-se completado, depois que a independência havia sido reconhecida por um tratado; e por isso a doutrina dêsses artigos (79 e 80) ali aparece como um protesto enérgico contra êsse passado de escravidão política, que todos lamentavam, e que sobre o espírito de todos atuava. Parece havia receio de que o brasileiro, ou alguma associação brasileira pudesse renegar a pátria de um país novo, *para seguir a metrópole, decadente, mas cheia de tradições de glória*. Só assim pode ser desculpado o legislador, que incrimina tal fato, e lhe impõe tal pena." (Anotações teóricas e prá. ao Código Criminal, v. II, p. 124-6.)

4. — Estas palavras do velho criminalista foram-nos ao trabalho de traçar a fisionomia dessa instituição morta e irrevivescível. Era uma criação indígena e efêmera dos legisladores do primeiro reinado. Não tinha congênero em nenhum dos códigos conhecidos. Nunca encontrara aplicação sob os dois imperadores, a não ser quando, já quase no derradeiro quartel do século, com a questão religiosa de 1873, houve mister o trono de um instrumento político, exautorado aliás incontinenti pela anistia dos condenados. TOMÁS ALVES, ainda em 1870, não lhe

adivinhara êsse destino. Era um desconcérto, que os próprios juristas daquele tempo mal entendiam. A única significação razoável, que lhe rastreavam, estava em contradição flagrante com a constituição imperial, e fôra improvisada, na violênciâ de um conflito, pelo arbítrio do poder. Era, pois, em matéria penal, uma *enxertia sui generis*, uma invenção abortícia, ininteligível, inaplicável, que o próprio direito político da realeza não admitia, e os seus tribunais ignoravam. Devia, conseguintemente, banir-se, na primeira ocasião, das leis brâsileirâs, como escrescência inútil e absurda. Não obstante, a codificação republicana de 1890 a transcreveu, como preciosidade que houvesse de sobreviver ao régimen extinto. Sessenta anos de quase absoluto silêncio e mistério sobre ela pesavam, quando a democracia coroada nas instituições atuais ratificou a esdrúxula singularidade, transplantando-a para o código vigente, onde, há onze anos, hibernava no mesmo desuso, que durante o período bragantino a fossilizara.

5. — Não se pode supor que tão grosseiro desacérto jurídico se perpetrasse deliberadamente, que uma enormidade já inconciliável, pelo seu extremo iliberalismo, com as instituições de 1822 tivesse motivos, para merecer agasalho sob as de 1889. Estamos, portanto, diante de um dêsses erros lastimáveis, com que a precipitação da tarefa inquinou o código de 1890. Queria-se pressa na encomenda, que, aldravada em meses, saiu, como era fôrça que saísse, uma compilação defeituosa e uma ruim tradução. Pois não é nesse código penal que se eximem de criminalidade os fatos, cujo autor se ache *em completa privação de sentidos*, como se em tal estado fôsse concebível a prática de atos humanos? Foi certamente devida a uma dessas inadvertências, que a meditação e o tempo evitariam, a replantação, no-

Código atual, art. 103, da célebre excentricidade, que se petrificara no anterior, esquecida pela jurisdição, de que ali se cogitava, por conseguinte, era

Não houve, portanto, na reprodução, pensamento novo, que reanimasse com intentos de atualidade o texto obsoleto. Passou de uma a outra legislação como um fóssil de um armário para outro. Logo, havíamos de interpretar, no Cód. Penal de 1890, o art. 103, como a teoria do período imperial interpretou, no Cód. Penal de 1830, os arts. 79 e 80. Ora já TOMÁS ALVES nos disse como ela o interpretava. Foi às vésperas da revolução de 1831 que se elaborou a nossa primeira lei penal. Havia ainda, no país, um partido lusitano, da reação contra o qual nasceu, pouco depois, o movimento de 7 de abril. Os patriotas estremeciam pela conquista da independência, que muitos supunham mal consolidada, temendo um retrocesso à sujeição colonial. Acreditava-se que entre os brasileiros adotivos pudesse despertar a aspiração da obediência a um chefe estrangeiro. Imaginava-se uma ebulação de facções internacionais, a cujo serviço se pusessem sociedades aqui organizadas. Contra êsses riscos, seguramente quiméricos, mas de aparência talvez então ameaçadora, armou o legislador imperial a severidade daqueles dois textos, cuja vida teria findado com o momento, que os inspirara, deixando-lhes inanimada a letra durante o espaço de três gerações, se a tempestade maçônica de 1873 os não pusesse, como instrumento de compressão, nas mãos de um governo em apuros. A obediência e refugada pela doutrina.

a obediência política. Das corporações de ordem política é que tratava o legislador. Não tinha, não podia ter em mente as comunidades religiosas, contra as quais nunca o império se utilizou de tal instru-

mento, bem que tôdas elas obedecessem notória e confessadamente a chefes estrangeiros.

6. — Verdade seja que logo após, no art. 81, se classificava de crime, punido com dois a nove meses de prisão, o recorrer alguém a autoridade estrangeira, dentro ou fora do império, sem legítima licença, para impetração de graças espirituais, distinções e privilégios na jerarquia eclesiástica, ou para autorização de qualquer ato religioso, e que, encarados à luz dêsse texto os dois anteriores, se poderia ver nestes um recurso de governo, fornecido ao regalismo imperial contra a ação da Igreja romana. Mas, se tais restrições à liberdade espiritual eram lógicos sob um sistema, em que o imperador nomeava os bispos, provia os benefícios eclesiásticos, placitava os atos dos concílios e as letras da Santa Sé (Constituiç. de 1824, art. 102, ns. 2 e 14), não se há mister de grande tino, para ver que se não sustentam sob um regimen, cuja lei fundamental aboliu radicalmente o padroado, e assegurou a mais plena emancipação a tôdas as confissões religiosas. Sob o próprio regimen, que então vigorava, da sujeição da Igreja ao Estado, essas armas de opressão da consciência envelheceram abandonadas, como aquél outras, menos ferrenhas aliás, de que, em França, diziam, há vinte e dois anos, os espíritos liberais, combatendo a política de JÚLIO FERRY : "Leis, que durante meio século se não aplicaram, devem-se considerar obsoletas." (JUL. SIMON : *Rapp. au nom de la commiss. charg. d'exam. le proj. rélat. à la liberté de l'ens. supér.* Senat. 1879, p. 34.) A lei de 18 de agosto de 1792, naquele país, vedara aos religiosos o uso do hábito, sob as penas de atentado contra a segurança geral. Mas, passada a época ominosa de que ela emanara, o desuso nullificou imediatamente êsse capricho da tirania. Algumas dezenas de anos depois houve ainda quem para

êle apelasse; mas o tribunal de Aix, por sentença de 29 de junho de 1830, declarou em absoluto que "a lei de 1792 se sumira com as desgraçadas circunstâncias, que a tinham gerado". (Ed. ROUSSE : *Consultation sur les décrets du 29 mars 1880*. Par., 1880. P. 66.) Não teremos nós, nos sessenta anos de abandono em que o império deixou os arts. 78 e 80 do cód. criminal, razão ainda mais decisiva, para concluir que êle mesmo repudiara a caduca ameaça dos homens de 1830 ?

8. — Mas, se a não considerarmos extinta e proscrita pelo desuso sob as instituições imperiais, teremos forçosamente de reputá-las condenadas e insustentáveis perante as instituições republicanas. Sob o Govêrno Provisório, cujo projeto de constituição punha limites à separação entre a Igreja e o Estado (*), mantendo as leis de mão-morta, e proibindo a fundação de novas ordens monásticas no país, ainda se comprehende que, contra as já fundadas, se tivesse a veleidade, aliás impraticável, de intimá-las a se divorciarem dos chefes estrangeiros, a que obedecem. Mas a constituição de 1891 acabou com êsses restos de intervenção do Estado no domínio religioso. Quando se teve a vez primeira, em França, a estupenda lembrança de aplicar às ordens religiosas não autorizadas as disposições do Código Penal concernentes às reuniões ilícitas, os espíritos liberais responderam a essa tentativa com o art. 5.º da carta de 1830, que dizia : "Todos professam a sua religião com igual liberdade." Depois, sob a constituição de 1848, mais liberal que a da monarquia de julho, houve ainda quem em tal pensasse. Mas DALLOZ respondia a essa pretensão, duvidando que "sob o

(*) Vide vol. XVII, Tomo I das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.

princípio estabelecido no art. 8.º, onde se reconheceu a liberdade de associação, a jurisprudência ou sasse aplicar às congregações os textos do Código Penal". (*Répert.*, v.º *Cultes*, n.º 425.) Até entre os corpos administrativos do Estado, menos acessíveis à influência de teorias liberais, tinha ali foros de axioma essa doutrina, pela qual mais de uma vez se pronunciou o conselho de Estado, decidindo que todas as leis, cujo texto for inconciliável com o da constituição, se acham abrogadas *ipso facto pela promulgação desta*; sendo, por isso, inútil solicitar o legislador a revogá-las". (DALLOZ : *Répertoire*, v.º *Émigré*, pág. 465.) Ora, o art. 8.º da constituição de 1848, em França, apenas se referia à liberdade de associação em termos gerais (1), ao passo que a constituição brasileira de 1891 consagra especialmente, sob a fórmula mais ilimitada que se conhece, a liberdade da associação *religiosa*.

Mas esta liberdade estaria, pelo contrário, absolutamente vedada à catolicidade brasileira, se as leis penais lhe não consentissem obedecer a chefes estrangeiros. Desde o século X, em que os beneditinos elegeram um só *pro abbas*, e se submeteram ao governo dessa autoridade, residente em Clugni (GIORGI : *La dottrina delle persone giuridiche*, v. V. pág. 177, n.º 75), êsse ficou sendo o regimento comum assim aos mosteiros, como às congregações. (*Hic*, n.º 112.) Da Sociedade de Jesus bem se sabe que "a ordem inteira só tem um pensamento, uma vontade, e que essa vontade, êsse pensamento estão em Roma. Instrumentos dela são todos os jesuítas, do maior ao mais humilde." (J. SIMON, *Op. cit.*, págs. 13, 43.) Todos estão submetidos a uma su-

(1) «Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes... L'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la sécurité publique.»

premacia estrangeira, no estrangeiro domiciliada. (ROUSSE : *Op. cit.*, pág. 125.) E essa é a regra usual entre as congregações : "quase tódas têm um generalato, à imitação do dos jesuítas". GIORGI : *Op. cit.*, pág. 179.) Este elemento entra, até, na caracterização especial dessas associações religiosas, definindo-se a congregação "uma associação, que obedece a um geral, e abrange várias casas religiosas: a matriz, com diferentes estabelecimentos particulares". (BOST : *Encycl. des conseils de fabrique*, v.º *Congregat. relig.*, n.º 1.) Distingue-se "entre a comunidade, submetida tão sómente a um superior local, e a congregação, que, tendo muitas casas, obedece a um superior geral". (*Pandectes Françaises*, v.º *Congreg. red.* vol. XX, págs. 245, n.º 1, e 255, ns. 122, 123, 125 e 161.)

Nem essa autoridade se circunscreve, como as Autoras supõem, aos assuntos meramente espirituais. Ela entende com tudo, quanto interesse à existência dessas entidades coletivas, incluindo, com a direção das almas, a disciplina exterior e os negócios administrativos; de modo tal que, entre os jesuítas, a regra chegava a só reconhecer a personalidade jurídica ao generalado. (GIORGI, *op. cit.*, p. 178.)

Nesse vínculo de unidade, que a reforma tridentina consolidou, e contra o qual em vão lutaram os governos mais fortes, nos séculos de mais poderosos absolutismos (*Digesto Italiano*, v. *Case monastiche*, v. VI, págs. 288, 289 e 291) viram sempre os sodalícios religiosos uma das condições fundamentais de sua vida. É princípio, que tem raízes indestrutíveis na tradição e na substância dessas instituições, cuja rede sutil e resistente envolve nas suas malhas todo o mundo católico-romano.

9. — Se, pois, o art. 103, colocado, no quadro penal do nosso código, entre o art. 102, onde se qua-

lifica a invasão de território estrangeiro por autoridades brasileiras, e o art. 104, onde se coíbe a pirataria, não se refere a crimes do mesmo gênero, em que ambas essas espécies convizinhas se inscrevem; se o seu fito, discordante de uma e outra, e não se sabe então porque entre ambas inserido, consiste em negar aos religiosos, aos congreganistas, às comunidades regulares e seculares o direito de reconhecerem os seus chefes na sede estrangeira, onde se acharem, então êsse artigo está implícita mas evidentemente abrogado pela cláusula do pacto federal, que dotou as associações religiosas, entre nós, com o mais amplo fôro de liberdade.

É uma múmia das origens do outro regímen, pulverizada ao sôpro do nosso hodierno direito constitucional. Nascera e morrera em estado embrionário, há três quartos de século, na letra do decreto imperial, servilmente reproduzida pelo republicano, sem que ninguém jamais lhe descobrisse ao certo a serventia, até que o zêlo das Autoras pela sorte da república francesa se animou a exumar dos seus setenta e um anos de olvido a pulverulenta antigualha, acomodando-a a tão inesperada utilidade.

Mas tanto na consciência lhes doeu o sentimento da violência cometida contra o mísero texto, que estacaram na primeira das suas cominações, a dissolução da sociedade, calando o seu complemento, a encarceração celular, impendente não só às irmãs de S. Vicente de Paulo, como ao arcebispo da nossa diocese, e, com êle, a todo o episcopado brasileiro, a todo o nosso clero, cuja submissão à chefia estrangeira do sumo pontífice, não só no governo espiritual, como na administração temporal da Igreja, constitui um dos corolários imediatos da separação entre os cultos e o Estado. Todos êsses réus teriam

de comparecer à barra do art. 103, se êste sêriamente quisesse o que as Autoras lhe irrogam.

10. — Tão longe não se foi na própria França, sob as leis proscritoras das ordens religiosas, especialmente dos jesuítas, leis de fôrça que a revolução e o império lhe legaram. Desde 1826, ali, senão de muito antes, está firmado o princípio, que, proclamando a ilegalidade das corporações não autorizadas, as declara, todavia, imunes à ação penal.

É o que decidiram, naquele ano, os tribunais do Sena. (*Pandect. Franç.*, v. XX, pág. 249, ns. 41 e 42.) É o que, em 1845, se demonstrou admiravelmente na famosa consulta de VATIMESNIL, subscrita, além dêsse, pelos maiores nomes da advocacia francesa, como RIANCEY, PARDESSUS e BERRYER. É o que então se comprovou ainda na célebre adesão do fôrço de Caen, assinada por jurisconsultos como BER-TAULD, DÉLANGLE, TRÉBUTIEN. Pode-se dizer que todo o fôrço francês correu a firmar essas declarações memoráveis. (*Rousse, op. cit.*, págs. 126-141.) Quando, em 1879, se discutiram as medidas reacionárias do gabinete FERRY, o egrégio relator da comissão do senado mostrava ao governo o desenvolvimento público dessas sociedades em face da administração, do parlamento, dos tribunais. (J. SIMON, *op. cit.*, pág. 34.)

As estatísticas então exibidas na tribuna das câmaras certificaram a existência, em França, de setenta e cinco congregações de homens não autorizadas, com cerca de sete mil membros (*Pandect. Franç.*, vol. XX, pág. 249, n.º 44); e, a par de 113.000 religiosas, funcionando com o reconhecimento legal, o Presidente do Conselho contava 13.000, com 350 escolas, distribuindo às claras o ensino, e exercitando a piedade sem autorização nenhuma. (R. P. DU LAC : *Jesuites*, pág. 165.) Só de 1805 a 1830 se fundaram,

em França, sem a vênia oficial, perto de oitenta congregações. (ED. ROUSSE, *op. cit.*, págs. 32 e 36.) O que essas associações perdem com a falta da licença administrativa, é únicamente a personalidade civil, cuja ausência não encontram dificuldade em suprir, adquirindo e possuindo mediante os seus associados. (GIORGI, *op. cit.*, vol. VI, págs. 182-101 e 192.) Como associações de fato, pois vivem, medram, florescem livremente, isentas da mínima penalidade. (SCADUTO : *Congregazioni religiosi*, no *Digesto Ital.*, vol. VIII, parte I, pág. 1.117, ns. 2 e 4. *Pandect. Franç.*, vol. XX, pág. 247. ROUSSE, *op. cit.*, págs. 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 49, 50, 56, 64, 65, 72, 93, 125.) O mesmo lhes sucede na Bélgica, apesar do espírito francês, que ali animou, neste assunto, a legislação em vigor. (GIORGI, *loc. cit.*) Na Itália foram de natureza pecuniária tôdas as sanções penais, fulminadas, em 1866, pelo decreto que suprimiu as ordens e corporações religiosas. (PELLECHIA : *Case monastiche. Dig. Ital.*, vol. VI, parte II, págs. 298-301.)

11. — Houve, é certo, em França, tentativas de uma legislação mais áspera contra as associações religiosas no projeto WALDECK-ROUSSEAU, iniciado em 1882, reiterado em 1883, e no projeto FREYCINET, em 1892, dos quais o primeiro vedava absolutamente as congregações religiosas de um e outro sexo, capitulando os contraventores no delito de associação ilícita, castigado nos arts. 291 e 292 do cód. penal. Mas a cominação penal, a que essa equiparação as sujeitava, consistia simplesmente na dissolução da sociedade e multa, no máximo, de 200 francos. (*Pandect. Franç.*, vol. XX, pág. 250, ns. 55 e 7. BLANCHE : *Étud. Prat. sur le Code Pen.*, vol. IX, págs 489, 516.) E quais eram as associações, a que êsse código, o código francês de 1810, impunha, com a dissolução, a sanção pecuniária da multa ? Eram,

assim o declarava NOAILLES, o relator da comissão, que o recomendara ao corpo legislativo, eram "aque-las assembléias deliberantes, onde se mantinham incessantemente *em ordem do dia* o assassinio e a revolta", aquêles comícios de malfeiteiros, a cuja fúria pusera têrmo o nove termidor, cujo delírio renascera apôs o 18 frutidor, e de que o 18 brumário cerrara para sempre "os tenebrosos antros". (CHAUVEAU E HÉLIE : *Code Pén.*, ed NYPELS, Brux., 1863, v. III, pág. 211, n.º 28.) Com a repressão fulminada contra os clubes revolucionários de assassinos pelo direito napoleônico é que a democracia francesa, no derradeiro quartel do século XIX, quereria esmagar as congregações católico-romanas. Não se poderia sonhar mais violenta, disparatada e ímpia assimilação. Mas, em todo caso, a França é um país, onde o catolicismo ainda se acha prêso ao Estado pelas dependências da concordata. Todavia, contra êsses entes morais não se atreveu a sugerir penas aflitivas o mais rígido anti-clericalismo. Contentaram-se os seus mais extremados adeptos com o acrescentamento de benigna multa à dissolução das sociedades insubmissas.

No Brasil temos nós outros a liberdade radical de cultos, possuímos a liberdade mais plena de associação religiosa; e, entretanto, o que, interpretado como pretendem interpretá-lo as Autoras, imporia o art. 103 do cód. penal a monges e comunidades, fiéis e pastores, congreganistas e congregações, a pretexto do crime de obediência a chefes estrangeiros, seria a violência brutal da penitenciária por quatro meses a seis anos.

Se o absurdo medisse conseqüências, teria percebido, neste caso, que golpeava duas vêzes mortalmente até à cerne a nossa lei fundamental, proscrevendo, com a mais vasta família de associações reli-

giosas, as duas grandes liberdades constitucionais, que a amparam.

12. — Já se vê que

O art. 103 do Cód. Penal não diz respeito às corporações religiosas.

E se dissesse, estaria inquestionavelmente revogado pelo art. 72, § 3.º da constituição republicana.

§ II

O ART. 47 DO DECR. DE 1860

13. — Está em pleno vigor, afirmam peremptoriamente as Autoras (fl. 180) o art. 47 do decreto n.º 2.711, de 19 de dezembro de 1860. É outro fundamento, com que se propõem a comprovar a inexistência legal, a incapacidade jurídica da Província Brasileira das Irmãs de Caridade. Ora a proposição categóricamente por elas enunciada arrosta do modo mais audaz a evidência material dos textos.

Demonstremos.

14. — O que estatui, no art. 47, o decreto n.º 2.711, de 19 de dezembro de 1860, com tamanho desassombro invocado pelas Autoras como plenamente em vigor (fl. 280 *in fine* e v.), é o seguinte :

As associações estrangeiras, beneficentes ou religiosas, e suas filiais, que se estabelecerem no império, ficam dependentes, sob as penas do art. 2.º, § 1.º da lei n.º 1.083, de 22 de agosto de 1860, de autorização e aprovação dos seus estatutos, compromissos ou regras, que impetrarão do governo imperial nos termos da mesma lei e do presente decreto.

Esse decreto, que era de ordem administrativa, promulgado, como preambularmente ali se declara, para a boa execução dos arts. 1.º, 2.º, 6.º e 7.º da lei n.º 1.083, de 22 de agosto de 1860, ampliou às associações *religiosas* a disposição, ali contida, no art. 2.º, § 1.º, acerca das associações de *beneficência*. Essa dilatação do regimento da autorização prévia às associações religiosas era, portanto, simples efeito de um regulamento. Mas (bem se vê que não hesitamos em reforçar o arsenal das Autoras) a autoridade legislativa, tempos depois, ratificou solenemente o ato do Poder Executivo, determinando, na lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, art. 1.º, § 2.º, n.º 1 :

“Continuam a depender de autorização do governo, para que se possam organizar :

“As associações e corporações *religiosas*.”

E êste preceito o reg. n.º 8.821, de 30 de dezembro do mesmo ano, o reproduziu no art. 130, n.º 1.

15. — Será certo, porém, que êsse preceito legislativo ainda vigore ?

Decididamente não.

O decreto legislativo n.º 164, de 17 de janeiro de 1890, reforma, diz-lhe a letra da rubrica, “reforma a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882”, onde, como acabamos de ver, tinha assento, seu assento regular, seu assento constitucional, o princípio articulado pelas Autoras; visto como o decreto de 1860, para que, saltando pela lei posterior, vêm apelar, era um ato do executivo, no qual o ato legislativo, cuja execução se tinha em mira, passava por ampliação manifesta e abusiva.

Pois bem : ponhamos o art. 1.^º do decreto de 1890 lado a lado com o art. 1.^º da lei de 1882, que ele veio reformar.

LEI DE 1882

Art. 1^º As companhias ou sociedades anônimas, quer o seu objeto seja comercial, quer civil, se podem estabelecer sem autorização do governo.

Tanto umas como outras sociedades são reguladas por esta lei.

§ 1^º Não se podem constituir bancos de circulação sem prévia autorização legislativa.

§ 2^º Continuam a depender de autorização do governo, para que se possam organizar :

1^º As associações e corporações religiosas.

2^º Os montepios, os montes de socorro ou de piedade, as caixas econômicas e as sociedades de seguros mútuos.

3^º As sociedades anônimas, que tiverem por objeto o comércio ou fornecimento de gêneros ou substâncias alimentares.

DECR. DE 1890

Art. 1^º As companhias ou sociedades anônimas, seja civil ou comercial o seu objeto, podem estabelecer-se sem autorização do governo.

Umas e outras regem-se por este decreto.

§ 1^º Dependem, porém, de autorização do governo, para se organizarem :

1^º Os bancos de circulação.

2^º Os bancos de crédito real;

3^º Os montepios, os montes de socorro ou de piedade, as caixas econômicas e as sociedades de seguros mútuos.

4^º As sociedades anônimas, que tiverem por objeto o fornecimento de gêneros ou substâncias alimentares.

Continuam também a depender da autorização do governo, para funcionar no império, as sociedades anônimas estrangeiras.

§ 2º Continuam também a depender da autorização do governo, para funcionar na república, as sociedades anônimas estrangeiras.

16. — Os dois textos, do § 1.º em diante, coincidem, pois, quase de todo. Na enumeração de 1882 continuavam sujeitos à prévia autorização do governo, para se constituir :

Os bancos de circulação;

Os montepios;

Os montes de socorro;

As caixas econômicas;

As sociedades de seguro mútuo;

As sociedades anônimas destinadas ao fornecimento de gêneros alimentares;

As sociedades anônimas estrangeiras;

As associações e corporações religiosas.

O decr. de 1890 mantém a mesma enumeração de princípio a fim, com *uma eliminação* e um acréscimo.

Acrescenta os bancos de crédito real.

Elimina as associações e corporações religiosas.

Com que intuito, reproduzindo, a respeito de tôdas as demais associações nela indicadas, a lei de 1882, excluiria o decr. de 1890 *únicamente* as associações *religiosas*, se não para eximir estas associações da autorização oficial, a que submetia tôdas as outras ? *Inclusio unius, exclusio alterius*. Aqui não teríamos sómente a inclusão de um membro, para dar a inferir a exclusão do outro. Temos, numa série numerosa de especificações, a reprodução de tôdas menos uma, *singulamente* excluída. Como não ver, por-

tanto, na unicidade desta exceção o pensamento, assente na lei, de subtrair as associações *religiosas* à condição das outras, deixadas particularizadamente na lista, a que só aquelas se furtam? Logo, o corte, que a respeito de tais associações, sofrera, no decret. de 1890, a lista inscrita na lei de 1882, prova, em relação a elas, a revogação da lei de 1882 pelo decreto de 1890. Este individualizou taxativamente, no art. 1.º, tôdas as associações daí avante obrigadas ao beneplácito do Estado, juntando à categoria de 1882 uma espécie: os bancos de crédito real, e ris- cando-lhe outra: as associações *religiosas*.

17. — Para ser irrefragável a consequência, bastaria esta argumentação. Mas não ficará só. Na mesma disposição da lei de 1882, no seu artigo 1.º, § 2.º, onde se estatui que "continuam a depender de autorização do governo as associações e corporações religiosas", se adiciona: "Continuam também a depender de autorização, para funcionar no império, as sociedades anônimas estrangeiras". E que fêz o decreto de 1890? Reiterando *ipsis verbis*, como acima se viu, a cláusula do decreto de 1882, onde se prorroga, para as associações *anônimas estrangeiras*, o régimen da autorização administrativa, suprimiu o membro, onde se impunha o mesmo régimen às associações *religiosas*. Logo, positivamente quis e determinou que tais associações, só quando assumissem a forma *anônima*, cairiam sob o preceito da autorização oficial. Quando não, do mesmo modo como renovou a disposição de 1882 sobre as sociedades *anônimas estrangeiras*, teria renovado a concernente às sociedades estrangeiras *religiosas*. Acabando com a especificação, de que, na lei de 1882, eram objeto as segundas, ao passo que reproduzia a menção tocante às primeiras no mesmo decreto, claro está que o decret. de 1890 abolia quanto àquelas o régimen

para estas mantido, isto é, que, confirmando, a respeito de umas, o direito preexistente, o derrogava a respeito das outras.

18. — Dado, porém, que tôdas estas reflexões não procedessem, há, na letra do decreto de 1890, provisão formal, que encerra o debate. Remata, de feito, êsse decreto, com esta declaração, consignada no art. 43 :

"Ficam revogadas a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, e bem assim quaisquer disposições em contrário às do presente decreto."

Ora, desde 1882 já não era o art. 47 do decreto administrativo de 1860 que adscrevia à autorização prévia as associações religiosas. Era, sim, precisamente a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, a que o decreto n.º 2.711, de 19 de dezembro de 1860, se encorporara, alterado e substituído. Logo, *revogando* explicitamente a lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, o decreto de 1890 revogou tôdas as disposições daquela neste não reproduzidas. Ora, uma das cláusulas da lei de 1882, que o decreto de 1890 não reproduziu, é a que forçava à licença do governo as associações religiosas. Logo, essa cláusula está formalmente revogada pelo art. 43 do decreto de 1890.

19. — Destarte já antes da constituição atual o ato legislativo do Governo Provisório extinguira, para as associações religiosas, o sistema da autorização. Mas, quando o não tivesse extinguido, caído teria aquêle sistema em presença da constituição atual, cujo art. 72, § 3.º, solememente dispõe :

"Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o

seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum."

Ainda quando, pois, a lei n.º 1.083, de 1860, o decreto n.º 2.711 do mesmo ano, a lei n.º 3.150 de 1882 e o decreto n.º 164 de 1890, acordes e unâmes, constrangessem as associações religiosas à vénia do Estado, com a constituição de 1891 teria cessado para elas essa condição dependente. Dois sistemas realmente se conhecem, no assunto: o da autorização e o da liberdade. Aquela poderá ser mais ou menos mitigada; esta mais ou menos restringida. Mas o certo é que a legislação de 1860 adotava o primeiro extremo, exigindo a autorização sem reservas, e a constituição de 1891 abraçou o segundo, firmando a liberdade sem peias. Que vem a ser o regímen da autorização prévia? A função, conferida ao poder público, de autorizar as associações. Mas na função de autorizar se inclui a de *obstar*. Permitir ou vedar a existência às associações impetrantes: eis o arbítrio, que, nessa atribuição, ao Estado se comete. Ora, teriam as associações o direito de se formarem *livremente*, como a constituição lhes faculta, se o Estado, mediante a autorização prévia, as pudesse coarctar? Não. Logo, a autorização prévia, a que as leis do império submetiam as associações religiosas, é incompatível com a plenitude da liberdade, que a constituição da república lhes assegura. Com essas associações, prescreve a constituição no mesmo texto, serão "observadas as disposições de *direito comum*". Acabou, por conseguinte, para elas, o direito de exceção, em que as disposições do antigo regímen as encadeavam. Entraram no grêmio do *direito comum* às outras associações. E qual será, em matéria de associações, o direito comum? O direito, a elas reconhecido em

comum, de se constituírem independentemente de autorização oficial.

20. — Mas, promulgando a liberdade das associações religiosas, não diz a constituição que êsse direito se estenda aos *estrangeiros*. Di-lo, porém, e categòricamente, prescrevendo, no introito do art. 72:

“A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.”

Ora, *nos termos seguintes* a êste preâmbulo, um dos direitos, que ela enumera, como acabamos de ver, é o de se associarem livremente as confissões religiosas. Logo, assegura êsse direito por igual a nacionais e estrangeiros.

21. — Como pretendem, pois, as AA. reviver agora entre nós as leis de mão-morta, com os antigos obstáculos à fundação das associações religiosas? Poucos anos depois de promulgada a constituição atual, o dr. JOÃO DE SOUSA BANDEIRA, escrevendo, no *Boletim da Sociedade de Legislação Comparada* (v. XXII, 1893, págs. 569-94), completo estudo sobre *O regimen legal das corporações de mão-morta no Brasil*, assim se enunciava :

Devançant les pays qui se sont soumis au régime du concordat, laissant de coté les principes généralement admis dans les législations latines aussi bien qu'anglo-saxonnes ou germaniques, la loi brésilienne a supprimé tout contrôle de l'État sur le régime des fondations, et permet le libre établissement et le développement des associations religieuses de n'importe quelle catégorie... Il suffit de comparer les dispositions de la loi brésilienne avec celles des législations les plus avancées, pour voir toute la portée des innovations in-

troduites. *Le Brésil n'admet point de limitation quant au droit d'association; il ne prohibe pas les couvents, comme en France, ou en Italie; il n'a pas le régime de l'Incorporation Chart, comme en Angleterre et aux États-Unis, ni celui de la déclaration d'utilité publique comme dans la législation française; il ne limite point la quantité de biens, que les corporations peuvent posséder; aucune formalité spéciale n'est imposée pour leur acquisition, à la différence de ce qui existe dans presque toutes les législations modernes; on n'y trouve pas même les quelques règles, que l'on observe pour l'administration des *vacoufs*, en pays musulmans.* Le Brésil se trouve, par conséquent, *dans une position tout à fait exceptionnelle, pour essayer hardiment la mise en vigueur de la plus profonde modification connue aux traditions du droit civil concernant les associations de cette nature.*

(*Ib.*, págs. 593-4.)

Não se poderia traçar mais incisivamente a nossa situação constitucional: a liberdade da associação religiosa, com tôdas as suas consequências, é, no Brasil, *absoluta*. A princípio quisera firmar a administração republicana a esdrúxula teoria de que, a despeito da solenidade do texto na lei fundamental, “prevalece o direito anterior, até que se traduza em lei ordinária o novo preceito contido no art. 72, § 2.º da constituição”. (Av. do Ministério da Justiça, em 13 e 31 de março de 1891.) Mas, enérgicamente opugnada na imprensa quase tôda e por quase todos os juristas brasileiros (Sousa BANDEIRA, *ib.*, pág. 592), a interpretação restritiva do governo foi por êle mesmo condenada, logo depois de restaurada a legalidade constitucional, nos avisos de 11 e 31 de dezembro daquele ano, expedidos pelo dr. JOSÉ HIGINO, o primeiro dos quais declarava que o nosso direito atual “autoriza a constituição das associações religiosas sem intervenção nenhuma dos poderes públicos”,

observadas apenas as regras de direito comum. Absurdo era, com efeito, adiar, ao arbítrio do Poder Legislativo, a aplicação do art. 72, § 3.º, do pacto federal, quando ele, no art. 83, prescrevera que só "continuariam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrário ao sistema de governo firmado pela constituição ou aos princípios nela consagrados". A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais inferiores ratificou depois essa decisão governativa. (Acórd. de 19 out. de 1896 e 7 de ag. 1897. *O Direito*, vol. LXXI, págs. 484-500, e vol. LXXIV, págs. 342-6.) De sorte que presentemente é axioma indiscutível, no direito brasileiro, "a assimilação das corporações religiosas às outras associações" e a sua dependência apenas das regras "de direito civil aplicáveis às sociedades e pessoas jurídicas em geral". (S. BANDEIRA, *loc. cit.*, pág. 593.)

22. — Era lógica a constituição republicana. Desde que "a ingerência do Estado nas corporações religiosas é menor, ou maior, consoante o seu rumo jurídico-político, em matéria eclesiástica, fôr mais ou menos de separação entre o Estado e a Igreja" (*Dig. ital.*, v. VIII, parte 1, pág. 117, n.º 3), adotado, na constituição de 1891, o regimen da mais absoluta separação entre a Igreja e o Estado, era conseqüência que o princípio da liberdade absoluta de associação, decretado no art. 72, se estendesse com a mesma amplitude sem reservas às associações religiosas. Em quase todas as demais nacionalidades o sistema legal desconfia das associações. "A verdade", diz PLANIOL, é que "as associações são suspeitas à lei." (DALLOZ : *Recueil Périod.* 1895. 1.219.) O Brasil republicano, varrendo até os últimos vestígios dessa prevenção, enviescada nas legislações latinas, atenuada nas legislações germâni-

cas e anglo-saxônicas (D'EPINAY, pág. 519), implantou o princípio da independência ilimitada no estabelecimento dos entes coletivos (art. 72, § 8.º), consagrando à das associações religiosas disposição especial (art. 72, § 3.º), com caracteres ainda mais solenes. Quem imaginaria que, em face de semelhante regimen, singularmente empenhado em garantir a liberdade das associações religiosas, em face de uma declaração de direitos, onde o das associações religiosas precede o das civis, e se lhe avantaja em precisão, em clareza, em vigor, ousasse uma pena liberal, ao serviço de almas crentes, evocar do fossário do antigo regalismo o art. 47 da lei de 1860?

Sejamos embora franceses pelas atrações da educação e da raça (1). Mas não esqueçamos que, em matéria de associações e cultos, vai entre as leis dos dois países um abismo. Ao regalismo da concordata e dos artigos orgânicos, na pátria de FERRY e WALDECK-ROUSSEAU, se opõe aqui o ultra-americанизmo de uma constituição, que, no divórcio entre o mundo oficial e a esfera religiosa, sobrepuja até os Estados Unidos. Ali mesmo, na França, na terra clássica do galicanismo, quando os decretos de 29 de março de 1890 mutilaram tão severamente a liberdade das corporações católicas, o episcopado, numa série de cartas endereçadas ao presidente da república, lhe falava esta linguagem: "O Estado não pode, sem violar a liberdade de consciência, so-

(1) Na própria Alemanha há sumidades das mais altas, entre os seus juristas e publicistas, que têm como pessoas jurídicas as *pluraridades de pessoas*, isto é, os corpos coletivos, independentemente do reconhecimento oficial, da colação da capacidade jurídica pelo Estado. Tais: BLUNTSCHLI, BESELER, SCHULER, UNGER, FITTING, DEMELIUS, ARNDTS, RANDA, BRINZ, BÖHLAU, SCHUSTER e DERNBURG. *Apud WINDSCHEID, Pandekt, trad. ital.*, v. I, § 60, p. 247, n. E este célebre pandectista (*ib.*, p. 248), mostra que, no direito romano, as associações lícitas não haviam mister, para funcionar reconhecidamente como pessoas jurídicas, de que o Estado lhes conferisse especialmente a capacidade.

lenemente prometida aos católicos pela concordata, pôr as associações religiosas num dilema entre a autorização e a dispersão legal." (ÉMILE OLLIVIER : *Nouv. man. de dr. ecclésiast.*, pág. 688.) Não se nos afiguram muito sólidos os alicerces dessa reivindicação, naquele país, onde a liberdade religiosa assenta em uma transação política, e esbarra de todos os lados na tutela restritiva do Estado. Mas, no Brasil, sob o seu regimento de hoje, essa atitude seria irreprensivelmente constitucional. As disposições de 1860 e 1882 cessaram *ipso jure* ante o art. 72, § 3.º, da constituição republicana; e nenhuma legislatura poderia nunca mais restabelecê-las, nenhuma teria o direito de subordinar ao antigo requisito da autorização prévia a aquisição da capacidade civil pelas associações religiosas.

23. — Objetar-se-á, porém, que, referindo-se a estrangeiros, a constituição alude exclusivamente a indivíduos, às pessoas naturais (1), não às pessoas jurídicas, às associações, cujas leis de geração e existência são diversas. Mas a evasiva evidentemente não teria a menor base; visto que, na hipótese, o direito afiançado aos indivíduos é justamente o de se associarem, a saber, é o direito que de unidades individuais se destina a transformá-los em corpos coletivos. Que quereria dizer conferir aos estrangeiros o direito de se associarem livremente, se pelo fato de tentarem usar desse direito, convertendo-se em associação, isto é, se pelo fato de utilizarem um direito, com o fim para que ele existe, *ipso jure* o perdessem? Logo, se os direitos constitucionais alistados no art. 72 não olham à nacionalidade, — assegurando

(1) Neste erro, só explicável por inadvertência, cremos se achava o ilustrado autor da *Nova Consolidação das Leis Civis*, ao redigir-lhe o art. 154 (pág. 46), onde pretende limitar às «pessoas jurídicas nacionais» os efeitos da abolição das leis de mão-morta.

aos estrangeiros a liberdade absoluta de se associarem religiosamente, o que o pacto federal lhes assegura, é a liberdade completa de associação religiosa.

24. — Demais a questão de saber se, no vocabulário do direito, na fraseologia das leis, a palavra *estrangeiros* se circunscreve aos indivíduos, às pessoas físicas, ou abrange os *entes morais*, é controvérsia, que se pode considerar decidida pela última das duas soluções. Discutiu-se amplamente o quesito, na Itália, a propósito do art. 3.º do código civil, que reza: “*Lo straniero è ammesso a godere del diritti civili attribuiti ai cittadini.*” Era, com relação aos direitos civis, o mesmo princípio enunciado na constituição brasileira a respeito dos direitos individuais: equivalência completa de *estrangeiro* ao filho do país. Mas, perguntavam, a expressão *estrangeiro* inclui a associação estrangeira, os estrangeiros agremiados em associação? Ou não passaria do *individuo estrangeiro* a mente do legislador?

Pela última das duas alternativas se manifestaram alguns jurisconsultos de valor. É o sentir de LAURENT. (*Princ. de dr. civ.*, v. I, pág. 306 s.) É o de MANCINI. (*Relazione sul prog. del Cod. di Commercio*, CXII. MARGHERI: *I motivi del Cod. di Commercio ital.* v. IV, pág. 258 e segs.) É o de RICCI. (Sobre a sent. da corte de apel. de Gênova em 20 de set. 1882.) É o de PIERANTONI. (*La capac. delle persone giurid. stran. in Ital.*) É o de BIANCHI. (*Corso di Cod. Civ. Ital.* 2.ª ed., v. IV, págs. 10-14.) Mas êsses votos constituem diminuta minoria, e representam um estado da opinião, que a jurisprudência e a doutrina abandonaram. “Quase acordes são os nossos escritores”, diz FEDOZZI, “em sustentar que a palavra *estrangeiro*, do cód. civil, no art. 3.º, se aplica, não só à pessoa física, mas ainda à pessoa jurídica; não sendo lícito ao intérprete estabelecer distinções,

que o legislador não faz." (PROSP. FEDOZZI : *Glî enti collettivi nel diritto internazionale privato*, 1897, pág. 187.) As sociedades estrangeiras, ensina igualmente GIANZANA, "quer, estando no estrangeiro, hajam de exercer direitos na Itália, quer nesta residam, fruirão todos os direitos assegurados pelo art. 3.º aos estrangeiros" (*Lo straniero nel dir. civ. ital.*, v. I, parte 1.ª, n.º 59.) No mesmo sentido, LOMONACO. (*Le persone giurid. stran. e la giurisprud. ital.* No *Filangieri*, v. X, 1885, págs. 381-3.) No mesmo, FIORE. (*Diritto internaz. privato*, 3.ª ed. 1888, v. I, ns. 316 e 319, págs. 312, 316, 317, 318. *Delle disposizioni generali sulla pubbl., appl. ed. interp. del. leggi.* 1890. Vol. II, ns. 527-8.) No mesmo, ESPERSON. (*Condizione giurid. dello stran.* 1890. Parte 1.ª, n.º 179, pág. 266.) No mesmo, ELENA. (*Dei diritti della pers. straniera*. No *Archivio Giurid.*, v. LIX, 1897, págs. 108 e seg.) No mesmo, VITALI. (*Tratt. del. successioni*, 1891. v. I, págs. 442-3.) No mesmo, CALAMANDREI. (*Del. soc. e del. assoc. commerc.* 1885. v. II, págs. 351-2.) No mesmo, a corte de apelação de Gênova, sentença de 6 de ag. de 1881, e, em 20 de set. de 1882, a suprema corte de Turim, em 18 de nov. de 1882. (ESPERSON, *op. cit.*, págs. 257-63.) No mesmo, LAINÉ. (*Des person. morales en droit intern. privé*. Em CLUNET, v. XX, págs. 276-8, 281, 285, 288, 289.) No mesmo, D'ÉPINAY. (*De la capac. jurid. des associat. formées sans but lucratif.* 1897, pág. 569.) Quase todos os escritores divergentes correspondem a uma época relativamente antiga. LAURENT escrevia em 1869. MANCINI, em 1877. PIERANTONI, em 1885. Mas depois a corrente das idéias variou decididamente em sentido contrário, "prevalecendo, na doutrina e na jurisprudência, a opinião de que os textos do Cód. Civil, relativos ao estrangeiro, compreendem

dem, como estrangeiro pessoa física, o estrangeiro pessoa moral." FIORE : *Del. disposiz. generali*, v. II, pág. 57, n.º 527.)

E onde quer que se trate de pessoas, na redação das leis, à mesma conclusão vai chegando, em toda a parte, a hermenêutica, igual hoje à italiana, em França e na Bélgica, quanto ao art. 3.º do Código Civil em ambos os países. Prová-lo-emos com as palavras incisivas de um dos monografistas mais recentes, com as palavras de D'ÉPINAY : "Um princípio fundamental de direito privado é o que se encerra no art. 3.º do Cód. Civil : o de que as leis de estado e capacidade acompanham o nacional além das fronteiras. Pois bem : êsse texto não distingue, e a sua comprehensiva generalidade engloba com as pessoas físicas as pessoas morais." (Op. cit., pág. 569.)

25. — Temos, pois, na lição dêsses fatos jurídicos os elementos de um princípio de interpretação geral : o de que, nas leis de nossa época, a expressão *estrangeiro* abrange as pessoas coletivas. "Não são as pessoas morais outra coisa mais", diz LAINÉ, "que modalidades na vida jurídica dos homens; de sorte que entre os estrangeiros chamados a fruir os direitos civis estão naturalmente incluídas as pessoas morais estrangeiras". (CLUNET, v. XX, pág. 288.) Tôdas as garantias, pois, em cujo gôzo o art. 72 da constituição brasileira associa os estrangeiros aos nacionais, estendem-se, quanto a uns e outros, às associações, que os reunirem. Logo, a declaração constitucional do art. 72, § 3.º, acabou, a respeito das associações religiosas estrangeiras, com o régimen da autorização. As leis, que o firmavam, expiraram, e o legislador já não tem o arbitrio de renová-las.

26. — É tempo, logo, de concluir :

O art. 47 do descr. n.º 711, de 1860, e o art. 1.º § 2.º, n.º 1, da lei n.º 3.150, de 1882, estão revogados.

Hoje só se acham sujeitas à autorização do governo as associações enumeradas no descr. n.º 164 de 1890, art. 1.º, §§ 1.º e 2.º.

Dessa autorização, pois, absolutamente não dependem as associações e corporações religiosas, nacionais, ou estrangeiras.

§ III

A NACIONALIDADE DA ASSOCIAÇÃO DEMANDADA

27. — Invocando contra a Província Brasileira das Irmãs de Caridade, cuja capacidade jurídica envidam fôrças por negar, o obsoleto art. 47 do descr. de 1860, firmam as Autoras o seu ponto de vista noutro falso pressuposto : o de negarem àquela associação caráter brasileiro. "É", dizem peremptoriamente (fls. 13 v.), "uma sociedade estrangeira." Flagrante inexatidão, que urge varrer do nosso caminho, antes de encararmos diretamente a juridicidade do ato impugnado neste pleito.

28. — Embora sumidades no direito contemporâneo não admitam a expressão de *nacionalidade* aplicada às associações (LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, no MARQUARDSEN'S *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, v. II, 1, pág. 32; VON BAR, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, § 101, n.º 1; LAURENT, *Princ. de dr. civ.*, v. I, n.º 307), nada mais usual, na legislação e na literatura jurídica de todos os países, que a aplicação do epíteto *estrangeiras* às pessoas coletivas. Nem

haveria meio de substituí-lo, ou dispensá-lo, desde que, em relação a qualquer país dado, associações há de haver sempre, que não sejam nacionais. Qual, porém, o critério discriminativo entre umas e outras? Nada mais fácil que reconhecê-lo praticamente, quando se trate apenas de uma associação, que, existindo no estrangeiro, aparecer accidentalmente no território de uma nação, para estar em juízo, ou celebrar um contrato. Mas como nos orientarmos, quando a associação, existindo no seio de um Estado, se compõe de estrangeiros, quando teve sua formação original noutro país, ou quando se controverte sobre a sua sede?

Não há senão três critérios possíveis: o da nacionalidade dos seus membros, fundadores, ou administradores; o do Estado, em que a associação recebeu a existência; o daquele, onde tem a sede. Desses três meios discretivos o primeiro é juridicamente falso. Nêle estribou a corte de apelação de Galatz, em 1888, a sua sentença de 12 de março, discutida nas revistas de direito internacional. Mas o supremo tribunal da Rumânia não lhe aceitou a doutrina. (*Rev. de droit internation. et de législat. compar.*, v. XXVI, 1894, pág. 300); e a corte de apelação de Roma, por sentença de 7 de fevereiro de 1872, decidiu "non potersi qualificare come estero un istituto per la semplice considerazione che tutti i membri, che ne fanno parte, sono stranieri". (FEDOZZI: *Gli enti collettivi*, pág. 162. — FIORE: *Dir. internaz. priv.*, 3.^a ed., pág. 302.) Ainda quando se provasse, portanto, o que está muito longe da verdade, serem estrangeiras tôdas as irmãs da *Província Brasileira*, não bastava isso, para de estrangeira a podermos qualificar.

29. — Resta-nos, pois, o *domicílio*, isto é, o lugar onde a pessoa jurídica tem a sede social, e a

origem, a saber, o território da legislação ou autoridade sob que ela recebesse o ser. É no sentido do domicílio que parece pronunciar-se VON BAR (*loc. cit.*) e DICEY. (*Le statut personnel anglais*. Trad. STOCQUART, v. I., pág. 186 e seg.) Mas o critério aceito quase unânimemente na jurisprudência e na doutrina é o outro. "Por tôda a parte", diz WEISS, "essas diferentes pessoas morais assumem a nacionalidade do legislador, de quem receberam existência." (*Traité de dr. internat. privé*, v. II, p. 392.) Isso a tal ponto que, "em se habilitando uma pessoa jurídica estrangeira, para exercer as suas funções no nosso Estado, cessa *ipso facto*, para nós, de ser estrangeira, e se converte em nacional". (LAINÉ, em CLUNET, v. XX, pág. 273 e seg. FEDOZZI, *loc. cit.*)

Ora, se a nacionalidade jurídica de um instituto "se refere exclusivamente à soberania, que lhe deu vida no território sujeito ao seu supremo poder" (FIORE, *op. cit.*, v. I, pág. 303; *Delle disposizioni generali*, v. II, pág. 56-7, n.º 526), não será difícil mostrar que a Província Brasileira das Irmãs de Caridade não é estrangeira, desde que o nosso ilustre colega (*) nesta defesa evidenciou, nas suas magníficas razões, sob o título *Capacidade jurídica da outorgada*, com os elementos mais positivos, fatos, datas, documentos oficiais, que este ramo dessa instituição está solememente reconhecido, entre nós, há mais de oitenta anos. Reconheceu-o o governo colonial em 1819; reconheceu-o depois o governo imperial em 1849, em 1859, em 1862.

30. — Pouco importam os laços de jerarquia, pelos quais esta ramificação se vai inserir no seu tronco central. A personificação dos institutos eclesiásticos não é universal. Cada um dos seus braços,

(*) Lacerda de Almeida.

cada uma de suas implantações nacionais tem uma personalidade. É assim desde a legislação justinianêa, que reconhecia a cada igreja, a cada claustro patrimônio e capacidade distinta. (Novel. V, *de monachis*, cap. 4 e 7; Novel. VII, *de non alienand.*, c. 9; Novel. CXX, *de alienat.*, cap. 7.) O concílio de Trento sancionou êsse princípio, mantendo, no concernente ao direito eclesiástico, a autonomia individual dos conventos. (Conc. *Trident.*, seç. 25, c. 7). O mesmo rumo seguiram em geral as legislações modernas, atribuindo separadamente a cada ramificação geográfica, ou a cada uma das subdivisões locais de cada congregação, personalidade especial. (GIORGI, *op. cit.*, VI, págs. 101-103, 178.)

Eis, para terminar, em poucas palavras, a teoria corrente :

“La Chiesa, di fronte ai suoi singoli enti, si trova nella medesima posizione che un Ordine religioso di fronte alle singole case : Lo Stato non riconosce il primo come ente morale, ma lo secondo.”

(LODOV. EUSEBIO : *Beni ecclesiastici*. No *Digesto Ital.*, v. V, págs. 627-8.)

31. — Logo, embora a congregação das Irmãs de Caridade seja originariamente uma instituição alienígena, com os seus centros hierárquicos na Europa, cada uma de suas províncias tem personalidade sua, e recebe a nacionalidade local no país onde foi reconhecida. Portanto,

reconhecida tantas vêzes pelo governo brasileiro, a Província Brasileira das Irmãs de Caridade é uma associação brasileira.

§ IV

UM CÂNON DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

32. — Aliás, dando que constituísse associação estrangeira, não se seguiria o que daí concluíram as Autoras, quando, a fls. 280 v., escrevem: "Nem era preciso que uma lei exigisse a autorização do governo, para que uma sociedade estrangeira pudesse funcionar no Brasil. Os entes coletivos, a que a lei de um Estado atribua a personalidade, não podem ser reputados sujeitos de direito fora do Estado que os constitui, senão sob a condição de prévio reconhecimento por parte da soberania estrangeira. É um preceito de direito internacional. (PASQU. FIORE: *Il dir. int. cod.*, n.º 48").

Será verdadeira uma tal proposição? Conhecerá o direito internacional êsse dogma? Vamos demonstrar que não.

33. — Não contestamos que alguns autores advoguem semelhante doutrina. Com ela está LAURENT (*Princ. de dr. civ.*, v. I, n.º 306; *Dr. civ. internat.*, v. IV, n.º 119 e seg.), DUDLEY FIELD (Art. 545; trad. fr., pág. 426), WHARTON (§ 105; ed. de 1881, pág. 158), WEISS (*Traité*, v. II, pág. 396), AUBRY et RAU (*Dir. civ.* I, § 54, 5.ª ed., pág. 269), CASTELLANI (*Il dirit. internaz. priv.*, 1885, v. II, pág. 280 e s.), BAUDRY-LACANTINERIE (*Des donat. et des test.*, v. I, n.º 339), ROUSSE (*De la capac. jurid. des associat. en dir. civ. franc.* 1897, págs. 282-6.) e ALBÉRIC ROLIN (*Princip. de dir. internat. privé*, v. I, 1897, pág. 164, n.º 27).

Se no seu arrazoado nos tivessem as Autoras citado algum desses nomes, teriam citado bem; porque todos êsses se filiam à opinião ali atribuída a FIORE. Mas êste, não só não adota, no tópico indi-

cado, a proposição articulada por elas, como até, noutros escritos, a combate. No *Diritto Internazionale Codificato*, n.º 48, a que as Autoras se socorrem, assim como em todos os demais parágrafos dessa seção, até ao n.º 47, que a ultima, o de que se ocupa FIORE, é do *riconoscimento della personalità internazionale*, isto é, do reconhecimento dos *Estados* como pessoas uns pelos outros. Eis, para o demonstrar, as textuais palavras do invocado art. 48 : "Lo Stato, quantunque sia soggetto al Diritto Internazionale appena esiste giuridicamente, non può assumere la qualità di *Persona della Magna Civitas*, godere ed esercitare suoi diritti internazionali di fronte agli altri Stati se non quando sia entrato in relazione con essi, o sia stato dagli altri riconosciuto." Em nota acrescenta o codificador : "Non bisogna confondere la personalità dello Stato di fronte al Diritto interno, ed in se stessa considerata, con quella che dev' essere attribuita ad esso di fronte al Diritto internazionale." (Ed. de 1890, p. 94.)

Ora não são coisas idênticas a personalidade dos *Estados* e a das associações, uma das quais emana do direito público internacional, a outra do direito internacional privado. Mal estaria, pois, a tese das Autoras, se não tivesse outro amparo além do a que deliberada e exclusivamente se abordoa.

34. — FIORE, sobre se não ocupar com o assunto na sua codificação, quando o perlustra no seu *Direito Internacional Privado*, é para desenvolver a tese diametralmente oposta à que as Autoras, com uma citação errônea, sublimam, sob êsse patrocínio, à altura de axioma. Discutindo o célebre internacionalista a matéria, no vol. I, ns. 318 a 321, depois de reclamar, para a pessoa jurídica em formação, a interferência de uma soberania, cujo sêlo lhe imprima investidura legal, acrescenta : "Ma non

possiamo ammettere che l'esistenza di codesta persona debba essere poi ristretta nei materiali confini dello Stato, e che dentro tali confini debba essere ristretta la vita e l'attività giuridica della medesima. . . Non possiamo quindi ammettere *in principio* quello che hanno sostenuto LAURENT e MANCINI, che cioè, essendo la personalità giuridica una finzione creata mercè l'opera della legge e per uno scopo di pubblica utilità giudicata col criterio regionale, l'esistenza di tale persona debba essere riguardata come se spirasse alla frontiera, e che essa non possa avere diritti fuori dei limiti del territorio sul quale impera la sovranità, che ad essa attribuì una vita artificiale." (Ed. de 1888, pág. 316.) Na página seguinte se explica ainda, se possível, com mais clareza. Traduziremos à letra :

Em virtude do princípio da comunhão de direito entre os Estados civilizados se faz mister assentar *em máxima que* toda pessoa jurídica há-de ser admitida ao benefício da vida internacional, e ter a faculdade de estender a sua atividade além das raias territoriais do Estado, por força de cuja lei se constituíu, sempre que essa extensão não ofenda os direitos da soberania territorial e os dos indivíduos associados.

A mesma doutrina, exposta com igual lucidez encontrariam as Autoras no tratado, que, dois anos mais tarde, estampou o mesmo jurisconsulto sobre a *Publicação, aplicação e interpretação das leis.* (Nápoli, 1890, vol. II, págs. 58-9, ns. 527-8.)

35. — Essa é a doutrina predominante entre as autoridades. Aquelas mesmas que a rejeitam, não podem ocultar que "os autores, pela maior parte, são de parecer diferente". (ALB. ROLIN, *loc. cit.*) MERLIN foi o primeiro, dos grandes jurisconsultos, que enunciou com precisão o princípio de que *les gens de main-mort*, a que hoje chamamos pessoas civis, conservam, em todos os países, o *estado e a capacidade*,

em que as investiu a lei de sua instituição. (MERLIN : *Répert.*, v. *Gens de main-mort*, § VII, ns. 1 e 2, pág. 323.) Depois, à maneira que se desenvolvia o direito internacional privado sob o influxo de normas cada vez mais uniformes, foi ganhando terreno, conquistando adesões essa idéia; e teríamos de encher um volume, se nos metêssemos a transcrever, dos melhores escritores, as páginas onde se ela expende. Limitar-nos-emos, pois, a breves proposições de cada um, indicando aos interessados em se esclarecer os lugares onde encontrariamos, ampla e cabal, a demonstração da tese.

FŒLIX :

"Par suite des principes, que nous venons d'énoncer, les établissements publics ou personnes morales (moralische Personen, d'après la dénomination allemande) jouissent en pays étranger des mêmes droits qui leur appartiennent dans le pays où ils ont siège ou domicile."

(*Traité de Dr. Intern. Privé*, I, 31.)

ASSER E RIVIER :

"La société qui a la personnalité civile d'après la loi de son siège social, conservera ce caractère en tout autre pays : ceci découle d'un véritable droit coutumier concernant les personnes civiles, qui est admis dans une grande partie de l'Europe, et que l'on ferait peut-être bien de transformer en droit écrit."

(*Él. de dr. int. privé*, 1884, n. 100, pág. 98.)

HEISSER :

"En règle générale, donc, une personne morale étrangère doit être assimilée à un étranger quelconque."

(*Étud. sur les person. moral. en Dr. Rom., dans l'anc. dr. en dr. franc. mod.*, pág. 185.)

VAVASSEUR :

"Reconnaitre la personne morale étrangère constituée suivant la loi du pays, ce n'est pas faire autre chose que d'appliquer ce principe consacré par le droit des gens. : *locus regit actum.*"

(*Quels sont les dr. que les soc. étr. peuv. exerc. en Fr.?* Em CLUNET, II, 1875, pág. 6.)

BROCHER :

"La force expansive qu'elles réclament (les personnes morales) n'est elle pas la conséquence logique de la nature qui leur est attribuée ? Si cette force leur est nécessaire pour atteindre au but qu'elles doivent poursuivre, trouvera-t'on bien praticable de les forcer à se faire autoriser ou reconnaître d'avance par tous les États sur le territoire desquels le hasard des affaires pourra leur donner des intérêts à débattre ?"

(*Cours de dr. intern. privé*, 1882, v. I, pág. 187 e seg.)

LOMONACO :

"Pur dichiarando conforme ai principii rigorosi del Diritto la dottrina propugnata dal LAURENT, noi facciamo plauso alla dottrina

opposta, accolta dalla giurisprudenza italiana.
 I nostri magistrati han voluto prestare osse-
 quio al sistema generoso, che il legislatore
 consacrava nell'articolo terzo del codice, dove
 si trova equiparato il peregrino al cittadino."

(*Le pers. giur. stran. e la giurispr. ital.*
Filangieri, v. X, 1885, págs. 388-9.)

VON BAR :

"If States and nations are to walk in
 legal community with each other, they will
de facto be forced to a mutual recognitions of
 the juristic persons that are constituted or
 that have grown up in the territory of their
 neighbours, as possible objects of legal con-
 sideration. The practice of international law
 gives its sanction to this necessary recogni-
 tion."

(*Op. cit.*, Trad. ing. de GILLESPIE, § 104,
 pág. 228.)

LAINÉ :

"Il est raisonnable et juste que les per-
 sonnes morales, s'il arrive qu'elles aient à se
 présenter devant des juges étrangers, con-
 servent, à leurs yeux, leur nationalité, leur
 état, leur capacité."

(*Les pers. mor. en dr. int. privé.* Em
 CLUNET, v. XX, pág. 285.)

GIANTURCO :

"Le persone giuridiche hanno anche
 esse un proprio statuto personale, inviolabile,

finche non contradica al diritto pubblico dell' Stato straniero."

(*Sist. di dr. civile ital.*, v. I, 1894, p. 106, n. 1.) (1)

GIANZANA, ELENA e SAREDO :

"IL GIANZANA... dice dei corpi morali... :

Nessuno può dubitare che *tutti i corpi morali legalmente all'estero reconosciuti possono aver vita in Italia*. Col nostro ottimo amico SAREDO a questa regola apportiamo *una eccezione soltanto*, ed è desunta dall'art. 12. disp. pr. cod. civ. : quando cioè si trattasse *di ente che lo Stato, per ragioni di ordine pubblico, non riconosce.*"

(ELENA : *I di. del. pers. stran. sec. la leg. ital. Archivio Giuridico*, v. LIX, 1897, págs. 104.)

D'ÉPINAY :

"Ce livre du jurisconsulte belge (LAURENT) dénie à la personne morale. création artificielle de la loi étrangère, aucune efficacité au-delà des frontières et du droit territorial.

"Au fond c'est toujours la même théorie de l'être collectif mis au monde par l'Etat, qui se développe dans l'intraitable logique de ses conséquences. De la sorte on arrive, à la fin du XIX siècle, à restaurer la conception féodale de la souveraineté, soutenue jadis avec tant de vigueur par d'ARGENTRÉ, BURGOYNE et VOET." — (*Op. cit.*, p. 568.)

(1) Ler todo esse brilhante estudo, que ali vai de págs. 273 a 309.

DESPAGNET :

“Si l'on admet l'étranger, être particulier, à exercer ses facultés sur le territoire d'un autre pays, quelle raison donnera-t-on pour agir différemment vis-à-vis d'un groupe plus ou moins considérable d'étrangers?”

(*Préc. de dr. int. privé* 3.^a ed. 1899. P. 106.)

DE VAREILLES-SOMMIÈRES :

“Une autre opinion, beaucoup plus proche de la nôtre, enseignée par MM. DESPAGNET, AUDINET, BROCHER, FŒLIX, PIERANTONI, LAINÉ, admet que *les personnes morales étrangères doivent être tenues pour existantes en France et peuvent de plano y exercer les droits civils*, en subissant à la fois les restrictions apportées par nos lois aux droits des individus étrangers et celles qu'elles apportent aux droits des personnes morales françaises.”

(*La synthèse du dr. int. privé*, v. II, pág. 72-3.)

L. DROUIN :

“L'existence juridique des personnes naturelles étant admise d'un pays à l'autre, *il devra en être de même de l'existence juridique des personnes morales.*”

(*De la condit. jurid. des soc. commerc. étrang.* en Fr., 1898. Págs. 23, 19-29.)

FEDOZZI :

“Secondo che seguono l'una o l'altra corrente, gli esrittori concedono, o no, l'eser-

cizio dei diritti civili alle persone morali straniere senza bisogno di un riconoscimento della loro personalità, conquanto per parte di taluno si facciano delle riserve; ma la giurisprudenza, sentendo le esigenze della pratica, e interpretandole con equa saggeza si è prevalentemente dichiarato, soprattutto in Italia, per l'opinione favorevole."

(*Gli ent. collet.*, n. 41, pág. 169.) (1)

L. MICHOUD :

"Que les personnes morales étrangères aient en principe le droit d'invoquer en France la personnalité juridique, telle qu'elle leur est reconnue par leur loi nationale, c'est une règle encore aujourd'hui contestée, mais qui gagne chaque jour des adhésions, et qui paraît bien près de triompher définitivement en doctrine comme en jurisprudence. Elle est à nos yeux la conséquence nécessaire des idées qui sont le fondement du droit international privé tel qu'il est compris par les jurisconsultes modernes."

(*De la capac. en Fr. des person. moral. étrangères*. Na *Rev. Génér. de Droit. Internat. Public*, 1894, págs. 293-7.)

(1) Ainda êste ano, no *Archivio Giuridico*, onde redige a seção crítica da jurisprudência em matéria de direito constitucional privado, êsse internacionalista, criticando algumas decisões em sentido oposto, assim se exprime: «Che la tesi sostenuta nelle tre sentenze citate sia contraria ai più piu saldi principi della moderna filosofia juridica, ai criteri desunti dal diritto internazionale privato e insieme alla corretta interpretazione delle nostre leggi, io ho procurato di dimostrare altrove con notevole ampiezza di svolgimento; e non credo di dovermi qui ripetere... Noto soltanto comme alla nostra giurisprudenza, così tenace nell'attenersi alle vecchie idee, si opponga sempre più numerosa la fanfanga degli scrittori, e come nel senso stesso della dottrina possa interpretarsi la pratica costante del nostro governo.» *Archiv. Giurid.*, v. LXV (1900), págs. 310-11.

WESTLAKE :

"In fact howeverever the right of foreign and colonial corporations to carry on business in England without any authority to that effect from parliament or government, has now passed unquestioned for so long that it may be considered to be established."

(A treatise on Private Internat. Law. 1890, § 306, pág. 337.)

A todos êsses escritores, concordes em admitir que as associações reconhecidas no seio de uma nação gozam da mesma personalidade nas demais, podemos juntar ainda vários outros : LECASBLE, *Dr. int. en mat. d'obligat.* 1881, pág. 190; SURVILLE et ARTHUYS : *Cours el. de dr. int. pr.* 1890, n.º 137; BARD : *Préc. de dr. intern. privé*, pág. 197; DALLOZ, *Répert., Suppl.*, V.º *Lois*, n.º 431. É em face dêsse luzido e numerosíssimo concurso que GIORGI, aliás divergente dêste sentir (*op. cit.*, v. I, pág. 437 e seg.), não pôde esquivar-se a esta confissão :

"A doutrina predominante até aos nossos dias tem ensinado e mantém que a investidura legal no lugar de origem basta a um ente coletivo para exercer a personalidade jurídica no exterior."

(Op. cit., pág. 524.)

36. Mas, se êsse é, "na doutrina, o sistema geralmente adotado" (VINCENT et PÉNAUD, *Dictionn. de dr. int. privé*, 1888, pág. 675, n.º 8), também na jurisprudência é o que prepondera. Na França não há, sobre êste particular, disposições explícitas na lei; mas as decisões dos tribunais reconhecem as pessoas jurídicas estrangeiras, tendo-se pronunciado assim o conselho de Estado desde 1854,

em parecer de 12 de janeiro. (ROUSSE, *op. cit.*, pág. 281, n.º 1; FEDOZZI, *op. cit.*, pág. 180. GENY, *Méthode d'interprét. et sources en dr. privé posit.*, pág. 238.) Na Bélgica reconhece o próprio LAURENT que os fatos seriam favoráveis ao exercício dos direitos civis pelas pessoas jurídicas estrangeiras. (FEDOZZI, *ib.* Cassaç. belg., 22 jul. 1847. *Belg. Judiciaire*, 1845, pág. 1.065, *apud*. ROUSSE, *loc. cit.* Cassaç., belg., 12 abr. 1888. *Pasicrisie Belge*, 1888, I, 186. Gand, 23 jul. 1887, *Pasicrisie Belge*, 1887, II, 400. Trib. de Courtrai, 30 jul. 1890, na *Pasicr.*, 1892, III, 197, e n. *Apud*. JANSSENS et SERVAIS : *Supplém. aux. princ. de dr. civ. franc.* de LAURENT, v. I, pág. 65, n.º 102, n.) Na Holanda a jurisprudência, a princípio oscilante, se manifestou, em 1866, com uma sentença da alta Corte, pelos direitos desses entes morais. (MOLENGRAFF : *De la condit. des soc. étrang. dans les Pays Bas*. Em CLUNET, v. XV, 1888, pág. 620.) Quanto à Itália, já se viu que nessa direção correm os arrestos. Com autoridades tais ao nosso lado, podemos abster-nos de contar o subsídio, que nos trariam outros Estados, de categoria inferior, como o principado de Mônaco, onde o uso judicial tem consagrado o sistema de admitir as pessoas jurídicas estrangeiras a exercitarem ali os seus direitos, desde que sejam reconhecidas no país onde se constituíram. (FEDOZZI, pág. 185.)

37. Contra as AA., pois, se inverte o apêlo, que tentaram, ao direito internacional privado. O que estabelece a lei nêle preponderante, é exatamente o oposto do que supuseram : é que as pessoas coletivas estrangeiras não necessitam de reconhecimento, para exercer os direitos civis, cuja capacidade se lhes reconhece no território onde nasceram, ou residem. Ainda êste ano proclamou êsse princípio, em Paris, o congresso internacional das sociedades por ações.

votando-o, entre as suas resoluções sob o n.º 22. (*Congrès Intern. des soc. par actions. Compte rendu sténographique*. Par., 1900. Pág. XXXII.) Logo, possuindo a instituição das Irmãs de Caridade essa capacidade no país, onde se constituiu, e onde está o seu centro, ainda quando aqui não tivessem recebido, tantas vezes, sob o antigo regimen, o reconhecimento oficial, e, por outro lado, as nossas leis atuais o não dispensassem, — à sombra do princípio liberal, hoje corrente no direito internacional privado,

como associação estrangeira, reconhecida no estrangeiro, teria o direito de exercer, no Brasil, os direitos civis.

§ V

A LEI DE 10 DE SETEMBRO DE 1893

38. — Recorda LAURENT, aludindo aos trabalhos da constituinte belga em 1830, ter-se dirigido ao congresso o arcebispo de Mâlines, pedindo que se assegurassem às associações “religiosas os meios de adquirir o necessário, para subsistirem. *Isso importava*”, acrescenta o sábio civilista, *reclamar a personalidade civil para todos os conventos, que em virtude da liberdade de associação se estabelecessem.*” (*Pr. de dr. civ.*, v. XI, n.º 164.) A faculdade legal de contratar, adquirir e possuir é, com efeito, a essência mesma da capacidade civil e, portanto, a substância da idéia de personalidade, assim nas entidades individuais, como nas coletivas. “*Pessoa jurídica* chamamos àqueles entes, que, à semelhança dos indivíduos, se investem com a capacidade de possuir” (1).

(1) «*A juristic person is a subject other than a human being, which is invested with proprietary capacity.*» RUDOLPH SOHM: *The Institutes of Roman Law*, translat. from german by J. C. LEDLIE. 1892. § 20, pág. 101.

Reclamar para as ordens religiosas o direito de propriedade, com as faculdades, nêle inclusas, de adquirir e alienar, era, portanto, reclamar a personificação jurídica dessas comunidades. A proposição de LAURENT é inelutável. Mas o que o prelado belga solicitara, e ao jurisconsulto belga se afigurava monstruoso, vem a ser exatamente o que a constituição brasileira de 1891 outorgou às associações religiosas, com uma liberalidade, a que não chegavam as pretensões do arcebispo de Mâlines.

Estatui ela, realmente, no art. 72, § 3.º, que todos os indivíduos e confissões religiosas se podem associar livremente, "adquirindo bens", contanto apenas que observem "as disposições de direito comum". Dêsse texto emana, portanto, diretamente, para tôdas as associações religiosas, a personalidade jurídica. "Poder-se-ia conceber", diz BEUDANT, numa das suas notas a DALLOZ (*Recueil Pér.*, 1879. 2. 225), "poder-se-ia conceber um sistema legislativo, em que se concedesse antecipadamente a tôdas as associações a personalidade civil"; porquanto, acrescenta o eminentíssimo professor de Grenoble, "bem se pode entender que o direito de criar pessoas civis seja corolário tão legítimo da liberdade, nos indivíduos, quanto o de se associarem." Ora bem: essa doutrina é rigorosamente a do nosso legislador constitucional, que, no mesmo texto, onde estabeleceu a liberdade da associação religiosa, a dotou com a faculdade civil de comprar, receber, deter e alienar valores, isto é, que, no mesmo texto em que as declarou livres, as erigiu em pessoas civis. Considerou, pois, a nossa lei fundamental o direito de criar pessoas civis como irmão gêmeo do direito de constituir associações, tratou êsses dois direitos como duas manifestações germanas da liberdade individual. Logo, na frase de BEUDANT, que encontra no caso brasi-

leiro talvez a primeira ocasião de se realizar, conferiu antecipadamente às associações religiosas, pelo simples fato de o serem, de se criarem, de existirem, a personalificação civil. Não é, para elas, portanto, a personalidade jurídica uma dádiva da lei: é um direito constitucional. Não lhes advém de fora, por um ato do poder. É-lhes congênita, orgânica, nativa, por obra de um elemento preexistente à lei, ínsito à constituição. O sistema europeu, formulado por LAURENT (*loc. cit.*), estabelece que "as associações livres não são pessoas civis". O nosso, definido na constituição do país, é que *são pessoas civis todas as associações, ou, pelo menos, todas as associações religiosas.*

Logo, não assiste à lei ordinária, subalterna à constitucional, a discreção de subtrair-lhes esse caráter, de figurar, supor, admitir associações, ou, pelo menos, associações religiosas, que o não tenham. Mas é o que praticou a lei de 10 de setembro de 1893, criando a inscrição no registro civil para as associações enumeradas no seu art. 1.º, com o meio de "*adquirirem a individualidade jurídica.*" Não negamos à lei o direito de constituir o registro, condição de publicidade e moralidade, cuja relevância é incontestável. Não lhe poderíamos negar, portanto, o de cominar sanções coercitivas, para fazer do registro uma solenidade geralmente observada. Mas entre êsses meios compulsivos há um só, que lhe não era lícito; e é precisamente o de que ela usou: *a privação da personalidade civil.* Esta, pela universalidade do princípio constitucional, precede, entre nós, a intervenção da lei; e a lei não a pode mutilar, ou desconhecer às associações, a quem a constituição diretamente a comunica. Determinar que as associações religiosas *adquirirão* a personalidade jurídica, inscrevendo-se no registro civil, é esquecer que essas associações, pelo simples fato de caírem sob a definição

constitucional, se fizeram pessoas civis, que pessoas civis já eram, pela investidura constitucional, quando concorreram ao registro. De outros meios dispunha o Estado, para obrigar as associações à observância dessa regra. Bastava ferí-las na bolsa, ou nos atos, ferir na bolsa ou na pessoa com certas responsabilidades os seus administradores e fundadores. Mas dispor-lhes da personalidade jurídica, privilégio *constitucional* das associações no direito pátrio, isso não podia, sem violar a lei fundamental. É a primeira vez que se alega esta inconstitucionalidade? Seja. Mas não será, por isso, menos real. O art. 1.º da lei de 1893 atenta contra o art. 72, § 1.º, da constituição de 1891.

39. — Mas a que associações se refere o art. 1.º da lei de 1893? Às todas? Às existentes no momento? Às que lhe preexistiam? Não. O texto é peremptório. Ele menciona distintamente

“as associações, que se fundarem.”

Se intentasse abranger presentes e pretéritas, evidentemente havia de acrescentar “as associações *fundadas*.” Se, por concisão legislativa, quisesse dizer tudo numa palavra, em vez de “associações fundadas e que se fundarem”, diria simplesmente: “As associações de fins religiosos, etc... adquirirão.” O só vocábulo *associações* apanharia o futuro, o presente e o passado. Tôdas as associações existentes, tôdas as por existir ficariam sob o preceito. Mas, abrindo mão de tôdas as formas gramaticais, capazes dessa extensão, adotou a enunciação verbal especificamente destinada a indicar o futuro. Que havemos de concluir, logo, senão que só do futuro cogitou? Se, podendo com uma só palavra designar tôdas as associações, as já fundadas e as fundáveis,

em vez de tal, à brevidade *de um nome*, tão conciso quão lato, preferiu a abundância *de uma frase*, que restringe o sentido às associações ainda não criadas, com que direito estenderíamos dessas às outras a intenção legislativa? Seria preciso emancipar da gramática a redação das leis, ou abolir a função específica do futuro nos verbos, se esta modalidade verbal, em lugar de traduzir exclusivamente o *futurum*, a ação por se consumar, englobasse com aquela o *praesens* e o *praeteritum*, isto é, a ação que se está consumando e a ação consumada, ou, na frase dos gramáticos, a *actio imperfecta* e a *actio perfecta*.

Nem há que nos argüirem aqui de servilidade na inteligência do texto. Dêsse reparo estariamos no caso, se o texto fôra suscetível de duas acepções. Mas o de que se trata, não tem senão uma. Aludindo êle às "associações, *que se fundarem*", não permite o senso comum atribuir ao legislador o pensamento de mirar às "que se tiverem fundado".

Em casos tais o intérprete é realmente servo do texto não se lhe deixa arbitrio nenhum. "Suponhamos", diz LAURENT, "que esteja claramente estabelecida a significação da lei, que nãoreste dúvida alguma quanto ao significado literal do texto. Podemos, nessa hipótese, dêle discrepar? A questão é capital. Mas o livro preliminar do código nos depara a resposta: "Quando uma lei é clara, não se lhe pode iludir o texto, a pretexto de escrutá-la o espírito." (Ver tít. V. art. 5.º) Acha-se escrita esta máxima em todos os livros de direito. Foi esculpida em tôdas as cadeiras, donde se ensina a jurisprudência. Outra não há, que mais evidente seja e, ao mesmo tempo, mais importante. Contudo, não há nenhuma, que os intérpretes mais propendam a esquecer. Quantas vêzes se não explora o espírito da lei contra um texto patente e formal? Quantas não se violenta a letra,

para imputar ao legislador o contrário do que êle diz, sob o pretexto de que não queria dizer o que realmente disse? Transgride-se, em suma, a vontade do legislador, fingindo respeitá-la, e contravém-se à lei, inculcando interpretá-la. Cumpre voltar à regra estabelecida pelos autores do Código Civil. Ela resulta da natureza da lei." (*Princ. de dr. civ.*, v. I, n.º 273.) Com LAURENT está PASQUALE FIORE: "Quando o legislador exprime sem equívoco o preceito legislativo, incumbe ao juiz aplicá-lo tal, qual é." "A intenção do legislador há de reputar-se meramente como subsídio, a que se não recorra senão quando fôr ambíguo e duvidoso o enunciado jurídico do texto." (*Del. disp. gen. sul. pubbl., appl. ed. interpr. del. leg.* v. II, ns. 941, 942, 944-945, 963.)

Ora, dúvida ou ambigüidade não pode haver, senão quando as palavras, de que usou o legislador, tenham acepção vaga e indeterminada, ou as formas de construção da frase, a que recorre, ofereçam mais de um sentido. (*Ib.*, pág. 517, n.º 963.) Mas, na frase associações que se fundarem, não se nos depara um só vocábulo de sentido indeciso, nem a forma de construção, a sintaxe verbal admite outra inteligência, que não a do futuro. Logo, do registro instituído no art. 1.º da lei de 1893 indubitavelmente excluiu o legislador as associações então fundadas.

40. — Isso inequivocamente disse o legislador. Isso, portanto, quis. Nem outra coisa poderia querer, ou dizer; porquanto, em face da categórica disposição, que, na constituição brasileira (art. 11, n.º 3), vedava aos Estados e à União "prescrever leis retroativas", incorreria na proibição constitucional e, portanto, na invalidade, que lhe é inerente, a lei de 1893, se, ligando à solenidade do registro à aquisição da personalidade jurídica, infligisse a privação desta às associações preexistentes, esbulhando-as assim de

um direito já adquirido. Na constituição de 24 de fevereiro o princípio é absoluto: não distingue entre inidvíduos e associações.

Não nos seria lícito, pois, estabelecer, em dano destas, uma discriminação, que ali não está, e que, pelo contrário, a liberalidade do legislador constituinte na dotação jurídica dos entes morais nos deve levar a supor deliberadamente rejeitada.

41. — Mas, ainda admitindo a doutrina dos que, como GABBA, sustentam a retroatividade nas leis concernentes ao estatuto pessoal das corporações, doutrina que os têrmos absolutos do texto na constituição brasileira não toleram, a aplicabilidade dessa restrição cessaria, na opinião mesma dêsse autor, ante a lucidez incisiva, com que o nosso legislador, no art. 1.º da lei n.º 173, se cingiu às associações, “que se fundarem”, excluindo literalmente, dêste modo, as já fundadas. É, de feito, o próprio GABBA quem pondera: “Deve, porém, ser clara, no legislador, a mente de que a pessoa moral em questão não será mais reconhecida no futuro, ou só o será sob certas condições, para certos resultados e com certos direitos. Porque, existindo as pessoas morais, diferentemente das físicas, por um reconhecimento especial e uma especial consagração do Estado, pode êste muito bem respeitar e manter o seu ato anterior a respeito das pessoas já existentes, ao mesmo passo que novos princípios institui sobre o mesmo assunto. É isto, até, o que se há de presumir, quando tal inteligência não seja inconciliável com a letra e o espírito da lei nova.” (Teor. del. rettrottività del. legg. 2.ª ed., v. II, pág. 37.) Ora na espécie, não só não é inconciliável com a letra da lei, como ainda é manifesto, óbvio, incontestável nela o respeito às associações preexistentes. Logo, segundo os têrmos da exceção justificada pelo exímio jurisconsulto, a irretroativi-

dade aqui, no concernente ao estatuto pessoal das associações, resulta da própria vontade especial do legislador no texto da lei. De sorte que, fundada havia mais de meio século, quando se decretou a lei de 1893,

a Província Brasileira das Irmãs de Caridade não estava obrigada à matrícula civil ali imposta (1).

§ VI

RESPOSTA A UM EQUÍVOCO

42. — Como as AA., no libelo (fl. 14 e v.), enxergassem inaudito "fenômeno de teratogenia" na hipótese, aliás pura fantasia sua, de reduzir-se a

(1) Aliás, quando estivesse, da inobservância dessa formalidade não se seguiria a inexistência legal da associação, como pretendem as Autoras. Tal penalidade não lhes comina a lei de 10 de setembro de 1893. Ela não as desconhece, nem as dissolve, por tal motivo. O que determina, é bem diverso. Está no art. 15: «As sociedades, que não adquirirem personalidade jurídica nos termos desta lei, reger-se-ão pelas regras das sociedades civis.» Isto é: não se inscrevendo no registro, subsistirão como sociedades civis. Mas sociedades civis, sem personalidade civil? Muitos escritores opinam, fôrça é confessar, neste sentido. Não é, porém, essa a teoria mais defensável, nem a que melhores adeuses recebe. Contra ela poderíamos enumerar: POTHIER, *Prescript.*, n. 79; BRAVARD, *Man. de dr. comm.*, 5º ed., pág. 85 seg., e *Tr. de dr. comm.*, Du. I, pág. 170 e seg.; DELANGLE: *Soc. comm.*, v. I, ns. 14 e seg.; DUV., v. I, pág. 170 e seg.; PARDESSUS, *Cours.*, ns. 975, VERGIER, *Contr. de soc.*, ns. 141, 381 seg.; PARDESSUS, *Cours.*, ns. 975, 1.089 e 1.207; DELAMARRE ET LEPOTVIN, *Tr. de dr. comm.*, v. VI, 1.089 e 1.207; DELANGLE: *Tr. de dr. comm.*, v. VI, 1.089 e 1.207; TROPLONG, *Conf. de soc.*, v. I, ns. 58 e seg.; n. 105, pág. 220 e seg.; PROUDHON, *Usufruit*, v. IV, n. 2.065; DURANTON, *Cours. de dr. civ. franc.*, v. XVII, ns. 334 e 388; FAVARD, *Répert.*, vº *Société*, c. 2 secc. 4, § 2; MASSÉ E VERGÉ a ZACHARIAE, v. IV, § 719, n. 10; MOLINIER, 4, § 2; BÉDARRIDE, *Des Sociét.*, n. 9; FOUREUX: *Tr. de dr. comm.*, n. 236; DALLOZ, *Rép. Gén.*, vº *Société*, n. 182 e 489; *Soc. commerc.*, n. 11; DALLOZ, *Rép. Gén.*, vº *Société*, n. 182 e 489; *Ib.*, vº *Exploit.*, n. 99; *Ib. Supplément*, vº *Action*, n. 56; *Ib.*, vº *Biens.*, n. 46; *Ib.*, *Table des dix annés*, vº *Société*, ns. 40 e seg.; *Ib.*, *Nouv. tab. des dix ann.*, vº, *Société*, n. 3. A essa corrente, que tem as origens no direito romano, no antigo direito francês, nos arts. 2.845, 1.850, 1.855, 1.857, 1.859, 1.860 e 529 do código civil (DALLOZ, *Récueil*, 1891, 1. 337, n. 2), assim como no sentir de muitos dos grandes antigos juristas, BALDUS, STRACCA, SCACCIA, DE LUCA (MARGHERI, *Mot. del cod. di commerc.*, v. IV, pág. 248, n. 2), resistiu longo tempo a jurisprud.

Província Brasileira das Irmãs de Caridade, ou a Associação de S. Vicente de Paulo (fl. 11 v. pr.), à Irmã CHANTREL, desdenhosamente nomeada, a fls. 11, pela designação de *Fulana Chantrel*, dissemos, a fls. 88, não ter foros de matéria discutível uma alegação tão materialmente contrária à notoriedade dos autos, acrescentando incidentemente não serem desconhecidas, em direito, as corporações no estado de uma só pessoa. A essa observação nos redarguiram, nas razões finais, increpando-nos de confusão entre corporações e fundações; êrro de que o eminente patrono *ex adverso* com a maior facilidade triunfa, mostrando-nos que, para se *originar*, para se *constituir*, dependem as associações, pelo menos, do concurso de dois membros.

dência francesa. Mas, afinal, a corte de cassação, num aresto de 23 de fevereiro de 1891, tomou a direção oposta, resolvendo genérica e definitivamente a questão pela doutrina de que as *sociétades civis* gozam de personalidade civil. (DALLOZ: *Recueil* 1891. 1. 337-9. — *Revue des Sociétés*, v. IX, 1891, pág. 256.) Note-se que, ainda entre os que opinam diversamente, como intérpretes do direito em vigor, se pugna por uma reforma legislativa, que dê a personificação jurídica às sociedades civis. (GUILLOUARD: *Contr. de Société*, n. 27, pág. 47.) E como se pensava entre os nossos civilistas? «Tôdas as *sociétades*», diz COELHO DA ROCHA, «representam uma pessoa moral, distinta dos seus membros considerados como pessoas físicas.» (*Dir. civ. port.*, v. I, § 74.) Da mesma maneira parece opinar T. DE FREITAS. (*Consolid.* art. 72.) De modo que ou a lei brasileira de 1893 retrogradou, em relação ao estado anterior da doutrina entre nós, tirando, por aquela disposição, às sociedades civis a personalidade jurídica, que os nossos jurisconsultos lhes reconheciam, ou se pôs em contradição consigo mesma, dando indiretamente a essas associações, como *sociétades civis*, no art. 15, a personificação jurídica, de que, no art. 2º, como *sociétades* não registradas, as privara.

Mas, reduzidas a *sociétades civis* as associações não registradas, estarão obrigadas à forma escrita e solene para a sua constituição? Desde que a nossa legislação civil é omissa quanto à forma e prova dos contratos de *sociétades civis*, como reconhece T. DE FREITAS (*Consolid.* ed. de 1896, n. ao art. 747, pág. 462), somos forçado a concluir, como se conclui na jurisprudência francesa, que a *sociiedade civil* é um contrato consensual, demonstrável por todos os meios de prova admissíveis no direito comum. (DALLOZ: *Répertoire*, vº *Sociétés*, ns. 181 e 249; *Recueil*, 1891, 1, 337, n. 3.) E então onde se iria estribar a exigência da exibição de contrato solene, articulada pelas AA. neste pleito?

Ora, para não incorrermos em êrro tão descomunal como o que essa correção nos supõe, bastar-nos-ia o ouvido, o toar da palavra associação e as noções mais corriqueiras entre o vulgo sobre a significação dos vocábulos sócio, sociedade, sociar, associar-se. Não fere uma palavra dessas a orelha da mais inculta das criaturas, sem que lhe suscite para logo a idéia de companhia, de comunhão, de pluralidade humana. Seria mister que houvéssemos descido, na ignorância, abaixo desse nível, para escrever que uma sociedade se possa estabelecer apenas com um associado. A quem então se associaria êle? A equívocação das AA. é palpável. Restabeleçamos a verdade.

43. — Qualquer sujeito medianamente dado ao trato de coisas jurídicas terá ocasião, a cada passo, de encontrar, nos seus livros, a classificação, a que as AA. nos julgam alheio, das pessoas jurídicas em associações e fundações. (SAVIGNY : *Syst.*, v. II, §§ 86-8. IHERING : *L'espr. du dr. rom.* Trad. MEULENAERE v. IV, págs. 340-44. ARNDTS : *Lehrbuch der Pandekt.*, §§ 42-46, págs. 54, 61. SOHM : *Inst. of rom. Law.* Transl. by Ledlie, § 20, pág. 100. WINDSCHEID : *Pandekt.*, § 57, n. 1. ARANGIO RUIZ : *Le associazioni e lo Stato*, ns. 15-17. FORLANI : *Sulle persone artific. Archiv. Giurid.* v. VII, 1871, págs. 13, 14, n.º 16. GIANTURCO : *Sist. di dir. civ. ital.*, págs. 107-8. *Bullet. de la Soc. de legisl. compar.*, v. XVIII, 1889, pág. 151. BIANCHI : *Corso di cod. civ.*, v. IV, págs. 24-25. *Dig. Ital.*, v. VIII, parte I, pág. 1.117. BAUDRY-LACANTINERIE : *Donat. et Testam.*, v. I, págs. 149-52. LORIS : *Compend. di dir. civ.*, pág. 56. PLANIOL : *Dr. civ.*, v. I, pág. 269. BEVILAQUA : *Proj. do cód. civ. bras.*, art. 20.) Entretanto, não é tão nítida, como se depreenderia da fôrça, com que se nos dirigiu a censura, a linha divisória entre

as fundações e as corporações, espécie esta de associação que mencionaremos. GIORGI refutou exuberantemente o êrro de SAVIGNY, na teoria em que êste pretendeu formular a diferença específica entre as duas concepções. Hoje é sabido que as fundações não se distinguem sempre, nem essencialmente das corporações, que há verdadeiras associações-fundações, que a co-associação humana é, em geral, a base comum a essas duas entidades afins, às vêzes indiscerníveis. (GIORGI : *Personae giuridiche*, v. I, págs. 85, 7, 90, 92, 93, 103, 191, 432; v. VI, págs. 122-3. RATTO : *Le persone artific. internazionali*. No *Archiv. Giuridico*, v. XLVI, 1891, págs. 539-41. MILONI : *Le persone giurid. nel dirit. priv. rom.* No *Filangieri*, v. II, 1877, págs. 202 e seg., 211 e seg. D'ÉPINAY : *Op. cit.*, págs. 154, 156, 157. HAURIOU : *Dr. administrat.* Ed. de 1901, pág. 128. PELLECCHIA : *Case monastiche*. No *Dig. Ital.*, v. VI, parte 2, pág. 264, n. 10.) Nem o grande romanista germânico foi de todo insensível à falibilidade do critério, que estabelecia, histórica ou praticamente considerado. (SAVIGNY : *D. rom.*, v. II, § 87, 88. Trad. GUENOUX, págs. 238, 264.)

Grande assombro não seria, pois, que a nossa visão jurídica se enganasse, onde a das águias nem sempre acerta. Mas, por mais sem luzes que aí nos achássemos, num ponto ainda em nós teria sido indesculpável o êrro : no ignorarmos a natureza múltipla dos entes coletivos. Não : de que uma unidade pudesse ela só formar uma coletividade não podia caber idéia em cérebro sô. Bem outra foi a nossa afirmativa. Dizendo que havia corporações ou associações de um membro, não dizíamos que um só membro bastasse, para organizar, para estabelecer, para constituir em sua origem uma associação, ou corporação. Admitindo que a existência de uma cor-

póração com uma só pessoa física seja fato natural, sabido, previsto em direito, longe estávamos de aventurear que com uma só pessoa física se possa dar o ser a uma corporação. Para formar uma sociedade, são necessários, pelo menos, dois indivíduos. Bem se sabe. Mas para a manter, bastaria um. É, ou não, verdade? Exceto o caso de certos entes morais, como as companhias anônimas, a que a lei impõe um mínimo certo de associados, é, ou não, verdade que a redução dos sócios a um não extingue a associação? que, havendo mister mais de um sócio, *para nascer*, um só lhe será suficiente, *para durar*?

44. — Ninguém poderia contestá-lo. Já as leis romanas a êsse respeito eram positivas: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutatis sint. Sed, si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, quum jus in unum reciderit, et stet nomen universitatis.* (F. 7. § 2, Dig. *Quod cujusc. univ.*, III, 4.) Nada mais terminante: ainda perdidos todos os demais membros, um só remanescente perpetua e representa a *universitas*, a pessoa jurídica, o ente moral. "Para formar um *collegium*, propriamente dito, uma associação voluntária", é SAVIGNY quem fala, "requerem-se, quando menos, três membros. Isto, porém, se entende quanto ao seu começar; porque, uma vez constituída, a *universitas* pode continuar até com um único membro." "Em tal caso, pois," acrescenta, em nota, "a pessoa jurídica se prolonga, mantém o nome, sem que os haveres da corporação se confundam com os bens particulares do membro restante." (Syst., I, § 89, págs. 269-70, 274.) ARNDTS não é menos explícito, exigindo, para se extinguir a corporação, *universitas*, ou associação, palavras ali sinônimas (§ 42, pág. 54), a morte ou eliminação de todos os associa-

dos: "Eine Universitas kann aufgehoben werden dadurch alle Mitglieder derselben durch Tod oder Rechtmässigen Austritt wegfallen." (*Pandekt*, 13.^a ed. de 1886. Pág. 59, § 45.) Não é outra a linguagem de GIORGI: (1) "Una corporazione può costituirsi almeno con due membri... Lo che per altro, *badiamo bene, non vuol dire che la pluralità debba rimanere ferma e costante, una volta che l'ente collettivo sia già costituito.*" (*Person. giurid.*, I, n. 36, págs. 87-8.) SERAFINI, igualmente, depois de firmar a exigência da pluralidade para a fundação da *universitas* (*corporazione*), observa: "Ciò vale soltanto per la formazione di una corporazione; perchè, costituita che sia, essa può continuare anche con una sola persona." (*Inst. di d. rom.*, v. I, § 11, p. 104.) HEISSEr não é menos categórico: "Tant qu'il en existe encore un, les auteurs sont généralement d'accord pour admettre que l'être juridique existe, représenté par ce dernier membre." (*Op. cit.*, pág. 214.) É ainda o que ensina WINDSHEID, requerendo, para que a coletividade pereça, a morte ou a destituição de todos os socios. (*Pandekt. Vers. ital.* de FADDA, § 61, v. 1, pág. 250.) No direito inglês é idêntica a lição: "A corporation may be dissolved by the natural death of all its members." (BLACKSTONE: *Commentar.* I, c. 18. Ed. COOLEY, de 1884, v. I, pág. 485.) O mesmo se dispõe no italiano: "La cessazione della persona giuridica ha luogo... quando la corporazione non abbia più alguno dei suoi membri che sia vivo" (BENSA: *Introd. allo stud. del.*

(1) No mesmo sentido vêde MEURER e o A.L.R., por ele citados. (*Op. cit.*, v. I, p. 462, n.) MEURER: «Juristische Personen horen auf... so viel Personenverein betrifft, wenn auch *sammliche* Mitglieder gestorben sind.» — Pr. A.L.R.: «Corporationen und communen dauern fort, wenn auch *noch ein Mitglied* vorhanden ist.» [No original: «MEURER e PREUSS», evidente engano, pois trata-se do *Allgemeine Landrecht*, II, tit. 6, § 177. (N. do R.)]

scienze giur., pág. 111); noção que encontramos igualmente em GIANTURCO (*op. cit.*, pág. 112) : "Per morte di *tutti* gli associati si estinguono le corporazioni" (1).

45. — Não pode haver dúvida nenhuma, cremos nós, de que as congregações religiosas sejam corporações (2). Aqui devemos estar bem ao abrigo da taxa, que nos quiseram impor, de confundirmos com as corporações as fundações. Uma congregação religiosa não é senão uma associação perpétua, com o fim da vida religiosa em comum. (HAURIOU, *op. cit.*, pág. 132, § 5.º. D'ÉPINAY : *op. cit.*, págs., 355, 357.

(1) A doutrina vai ainda mais longe, desde SAVIGNY (*Syst.*, § 89, pág. 274.) — «La morte anche di tutti i componenti una associazione non la farebbe considerare come disiolta.» BIANCHI : *Corso, di d. civ.* 2º ed., v. IV, pág. 84, nº 24. — «La cessazione della riunione di persone avviene... c) per la morte o la dimissione di tutti i soci. Però nei duei ultimi casi la corporazione non cessa, se la sua missione permane, e la previsione di trovare altre persone, che s'adossino l'incarico d'adempierla, non é preclusa o infinitamente rimota.» WINDSCHEID (*Pandekt.* Trad. *it.*, *loc. cit.*) — «... quando la corporazione non abbia più alcuno dei suoi membri che sia vivo, e non vi sia sorgente, che possa rinnovarti.» (BENSA, *loc. cit.*)

Essa era igualmente a doutrina da Glosa : «*Nomen universitatis item si nullus omnino remansit.*» (Ad. I, 7 Dig. *Quod cujuscumque.*) Outros, como MEURER e os demais *apud* GIORGI, *op. cit.*, v. I, pág. 461 n., não consideram aplicável esta regra senão às fundações. A admitirmos, porém, entre estas, como o nosso COELHO DA ROCHA, § 75, todas as instituições de mão morta e, portanto, as congregações, chegariamos, por caminho diverso, à mesma consequência de que êsses entes morais sobrevivem juridicamente até à extinção de todos os seus membros. Destarte ou se confundam, ou se não confundam as fundações com as corporações, ou se classifiquem as corporações religiosas entre as primeiras, ou entre as segundas, vinga sempre a nossa tese da existência de corporações com um só membro, e até sem nenhum.

(2) É «certamente indiscutibile il carattere corporativo dei conventi, delle congregazioni e delle confraternite. Si tratta di vere universitates personarum. Il che si può affermare anche dei capitoli, delle collegiate e delle communes. Ma i benefici, le capellanie, le fabbricerie e i legati di culto ebbero carattere di fondazioni, o di corporazioni?» (GIORGI, *op. cit.*, v. VI, p. 121, n. 45). Põe assim fora de questão este sábio jurisconsulto (e, a nosso ver, com todo o fundamento) o caráter de corporação nas congregações religiosas. Entretanto, o nosso COELHO DA ROCHA (§§ 73 e 75) as classifica entre as fundações. Parece que a este sim tocaria a pecha da confusão, que nos assacaram.

Encyclopaedia Britannica, v.º *Corporation*. Ed. de 1878, v. VI, pág. 432. ROUSSE, *op. cit.*, pág. 3. PLANIOL : *Tr. élém. de d. civ.*, v. I, pág. 269, n.º 693.) Não se trata de uma dessas *corporationes sole*, entidades uni-pessoais, como o rei, o pároco e o bispo, que, na Grã Bretanha e nos Estados Unidos, a tecnologia inglesa, por uma das suas singularidades, contrapõe, como *corporações unipessoais*, às *aggregate corporations*. (HOLLAND : *Elem. of Jurisprudence*, ed. de 1895, pág. 307. *Encycl. Britan.*, *loc. cit.* BLACKSTONE, ed. COOLEY, v. I, pág. 468. STEPHEN : *New Comment.*, ed. de 1890, v. III, págs. 4-5.) Trata-se realmente de corporações, no sentido antigo e universal da palavra, que, para nos exprimirmos com d'ÉPINAY, "representam o mais alto esforço do espírito de associação". Pois vejamos como o ponto foi praticamente resolvido quanto a esta espécie de corporações, as congregações religiosas, em cujo número se acham as Irmãs de Caridade : "Encare-se a extinção por desaparecimento dos membros, que se não substituíram. Aqui surde grave questão : a extinção só será definitiva pelo falecimento do último religioso ? Subsistirá a congregação, enquanto fôr vivo *um* dos seus membros ? No antigo direito, fixava o art. 8.º do edito de 1768 em quinze o mínimo de religiosos nos mosteiros não reunidos em congregação, e em oito nos que o eram. Não há, no direito atual, nenhuma limitação de ordem semelhante. Mas a espécie foi submetida, em 1845, aos tribunais, decidindo êstes que *um* só membro, ainda um simples leigo (*convers*), bastaria, para subsistir a congregação." (*Pandectes Françaises*, v.º *Congrégat. réligieuses*, v. XX, pág. 268, n.º 322.) E, depois de consignar que esta doutrina é geralmente adotada entre os autores, com apoio no direito romano (*Ib.*, n.º 323), suscita o repertório francês ainda esta questão :

"Dar-se-ia a extinção, se todos os membros deixassem voluntariamente a casa ? Respondem unânime-mente os autores que não. A congregação estaria extinta de fato; mas não de direito; e o prelado poderia reconstituí-la." (*Ib.*, n. 325.)

46. — A norma geral, portanto, desde os romanos até hoje, é que os corpos coletivos (*universitates, collegia, corporações, associações, congregações*) se perpetuam com a simples sobrevivência de *um só* dos seus membros. Dar-se-á que no direito pátrio seja outra a doutrina ? O contrário nos atesta COELHO DA ROCHA : "A sociedade conserva-se, ainda que não exista senão *um só* dos seus membros." (*Inst. de d. civ.*, § 74.) E, se não basta, o mesmo declaram ainda as mais recentes das nossas leis. A de 10 de setembro de 1893, a que tanto forcejam por se arrimar as Autoras, positivamente estatui :

As associações extinguem-se :

4º perdendo a associação todos os seus memoros.

Isto é : enquanto lhe restar *um sócio*, continua, para a associação, a existência legal. Logo, há associações de uma só pessoa. Logo, ainda quando a Província Brasileira das Irmãs de Caridade se houvesse reduzido à Irmã CHANTREL,

nesta só continuaria a existir, como pessoa jurídica, a Província Brasileira das Irmãs de Caridade.

§ VII

CONCLUSÕES PRELIMINARES

47. — Reunindo agora aqui as nossas conclusões preliminares, diremos :

1.º) Não se pode aplicar à dissolução da sociedade impugnada o art. 103 do Código Penal;

já porque esse artigo não diz respeito às corporações religiosas;

já porque, se dissesse, estaria revogado pelo art. 72, § 3.º da constituição republicana.

2.º) Também se lhe não aplica o art. 47 do dec. n.º 711, de 1860, nem o art. 1.º, § 2.º, n.º 1, da l. n. 3.150, de 1882;

porque nem um nem outro estão em vigor.

Hoje só se acham sujeitas à autorização do governo as associações enumeradas no decr. n. 164, de 1890, art. 1.º, §§ 1.º e 2.º.

Dessa autorização absolutamente não dependem as corporações religiosas.

3.º) Quando, porém, não estivessem abrogadas aquelas disposições, ainda assim nada teriam com a espécie vertente, por isso que se referem a associações religiosas estrangeiras;

e, tantas vezes reconhecida pelo governo brasileiro, em cujo território tem a sede, a Província Brasileira das Irmãs de Caridade é uma associação brasileira.

4.º) Mas, se estrangeira fosse, da intervenção do princípio de direito internacional privado, para que apelam as AA., o que resultaria, é que

a congregação das Irmãs de Caridade, como associação estrangeira, reconhecida no

seu país de origem, tinha o direito de exercer, no Brasil, os direitos civis (1).

5.º) Outrossim, não tem aplicabilidade à espécie o disposto na lei de 10 de setembro de 1893; visto como, ocupando-se ela com as associações futuras, e não podendo retroagir às preexistentes,

a Província Brasileira das Irmãs de Caridade não estava obrigada ao registro ali prescrito.

6.º) Tão pouco, finalmente, aproveita contra a realidade jurídica dessa associação a coarctada, aliás nada séria, de achar-se reduzida únicamente à pessoa de uma religiosa; porquanto é princípio inconcuso, em doutrina, em jurisprudência e até em

(1) Ao que deixamos expedito (ns. 32-6) sobre o princípio de direito internacional privado, em que se apoia esta conclusão, acrescentaremos aqui ainda alguns dados relevantes. Entrou êste assunto em exame, há três anos, no *Instituto de Direito Internacional*, sendo relator, na matéria, LYON CAEN, de cujo trabalho, submetido a debate na sessão de Veneza, temos a suma nestas palavras. — «Aucun principe ne s'oppose à ce qu'une personne civile, constituée légalement (dans un Etat), soit de plein droit reconnue dans tous les autres. On peut soutenir qu'il en est ainsi d'après les lois en vigueur. On doit surtout admettre cette solution alors qu'il s'agit de poser les règles auxquelles il est à désirer qu'on se conforme dans tous les Etats. (Annuaire de l'Institut de Droit International, 1897. Apud NÉGUILESSCO : *Le probl. jurid. de la personnalité morale*. Paris, 1900. Pág. 188.)

Eis o que, nessa monografia, diz da questão o autor: «En ce qui concerne la situation juridique des personnes morales étrangères, le champ de la controverse est circonscrit entre la théorie de la capacité absolue et celle de l'autorisation préalable. La première de ces théories, celle de la capacité absolue fait tous les jours d'adhérents, et bientôt elle triomphera en doctrine et en jurisprudence... Nous nous rallions entièrement à la doctrine de la capacité absolue des personnes morales étrangères. D'après nous le fondement juridique de la personnalité morale est la volonté collective des membres, qui en vertu de la loi prend les caractères de la volonté humaine. Dès cet instant la collectivité devient une personne, comme s'exprimaient les Institutes de JUSTINIEN (I. I. t 2, § 12. Cf. L. 2 Dig., lib. I, t. 5), c'est à dire devient capable de droits et d'obligations; elle se trouve donc dans une situation identique à celle des personnes physiques. Et comme la capacité tient du statut personnel, qui suit les personnes partout où elles se trouvent (art. 3, § 3,

direito positivo, ante a lei de 3 de setembro de 1893, art. 10, n.º 4, que as associações não se extinguem, senão perdendo todos os seus membros; de onde se conclui que ainda quando a Província Brasileira das Irmãs de Caridade se achasse resumida na Irmã CHANTREL,

nesta só continuaria a subsistir legalmente aquela associação como pessoa civil.

C. civ.), nous concluons que les personnes morales étrangères doivent jouir en France de la même capacité que les étrangers, c'est à dire, de la capacité absolue, sauf les restrictions exprimées par la loi.» (NÉGULESCO, *ib.*, págs. 184, 186-7.)

Dos autores que diversamente opinam, e cujo rol com a maior lealdade fornecemos às AA. (n. 33), em troço da citação errônea que lhes inutilizamos (ns. 33-4), um dos mais eminentes é ANDRÉ WEISS. Entretanto, o sábio professor da universidade de Paris, ele mesmo, no último volume de sua obra, que acaba de vir a público (*Tr. théor. et prat. de dr. intern. privé.*, v. IV, p. 964), se avizinha sensivelmente da solução oposta, da solução por nós adotada, reconhecendo às pessoas jurídicas estrangeiras um estatuto pessoal determinado segundo as leis do seu país de origem (*ib.*, pág. 665), e lhes admite, a esse título, todos os direitos, que nesse país tiverem: «Par application de la règle que nous venons de poser, nous ne denierons pas aux personnes morales étrangères, capables d'après la loi de leur pays d'origine, la faculté, qui appartient à tout étranger en France, d'être titulaires d'un droit réel, d'un droit d'obligation, ou d'un droit intellectuel, dans la mesure où l'ordre public international français n'y contredit pas.» (*Ib.*, pág. 667.)

Verdade é que como requisito de ordem pública internacional se considera o da autorização administrativa, já para adquirir, já para existir legalmente. (*Ib.*, pág. 614, 668-71.) Mas isso, claro está, onde a lei tal exigência estipule; que, se o não faz (e este é o nosso caso), temos o princípio sem a restrição; isto é, temos, sem restrição alguma, a regra, posta por WEISS, da capacidade das associações estrangeiras, para contratar, adquirir bens de raiz, ou receber por doações e legados. (*Ib.*, págs. 667, 668.)

SEGUNDA PARTE

A Fundação Pia

I

O CONTRATO

§ I

O CONTRATO : AS TEORIAS DA DEFESA

48. — Tudo será perdoável à vontade natural de vencer, em quem se abalança a emprêsas, como a que neste litígio se traduz, por parte dos que o cometeram, menos o ignorar, dos fatos da causa, aquêles, que, com todo o relêvo da pena e da tinta, se destacam nos próprios autos. Ora é dessa grave ofensa à verdade, provavelmente involuntária, mas nem por isso menos sensível, que somos obrigado a queixarnos, exibindo-lhe o documento. Aí o têm os nossos juízes nas palavras, com que as alegações *ex adverso*, fls. 270, exordiam à discussão do contrato impugnado.

Atentemos.

“As contrariedades formuladas, a fls. 45, por parte de s. ex. revma. o sr. arcebispo”, *dizem as Autoras*, “e, a fls. 48, por parte da diretoria da associação, não se harmonizam, mas se contradizem, reciprocamente se destroem, mostrando bem quão pouco

refletido foi o ato, que desnudou a sociedade brasileira, para enriquecer a congregação francesa da Missão, aliás ilegitimamente representada pela Irmã CHANTREL. Se os artigos do libelo não estivessem cumpridamente provados, pelos documentos e testemunhas que oferecemos, bastaria essa mesma contradição e incerteza dos ilustres patronos *ex adverso*, para patentear a fraqueza do ato, doação modal e onerada de encargos, *segundo a contrariedade do arcebispo*, pagamento das dívidas enumeradas na escritura, sem o *animus donandi*, conforme a *contrariedade da diretoria*."

Prosseguindo na discriminação, acrescentam ainda :

"Assim, ora sob um aspecto, ora sob outro se apresenta a transferência do patrimônio da sociedade espoliada. *Doação modal* e onerada de encargos, foi inspirada no legitimo interesse da associação transmitente, obedecendo ao intuito dos seus estatutos, rigorosamente observados, *alega um dos contestantes*. *Simples pagamento* de dívidas no valor de trezentos e vinte contos de réis, *exclama o outro*."

Achamo-nos, pois, os dois patronos da defesa (assim o querem as AA.) em mútuo antagonismo. Cada um de nós, em divergência do outro, adota o seu ponto de vista distinto. Na escritura de fls. 22 o dr. LACERDA DE ALMEIDA enxerga uma doação com *encargos*. Nós, porém, não estamos por essa maneira de ver, e apontamos nesse instrumento uma doação *remunerativa*. Tal a situação, em que nos pintam as AA.

49. — Para mostrar a palpabilidade dêsse atentado contra a evidência material dos autos, poderíamos limitar-nos a sublinhar a última proposição do trecho, que o arrazoado contrário transcreve, a

fls. 270 v. : "O suposto donatário não recebe um tesouro : *adscreve-se à servidão de um compromisso irresolúvel.*" De quem serão estas palavras ? Do dr. LACERDA DE ALMEIDA ? Deveriam sê-lo, se só êle tivesse designado aquêle contrato como doação onerada. Nelas está incisivamente definida a doação *modal*, a fundação beneficente, a perpetuidade da obra pia, com os seus compromissos irredimíveis. Pois bem : essas palavras são nossas, estão, a fls. 270, na contestação por nós formulada. Logo, em perfeito acôrdo se acha a nossa contestação com a do dr. LACERDA, sustentando ambos os órgãos da defesa a hipótese da doação *sub modo*.

50. — Para evidenciar, porém, a que ponto entra em luta com a verdade dos autos a fantasia da oposição entre os dois patronos dos réus, para se ver em que têrmos explícitos e amplos ali desenvolvemos a opinião anteriormente articulada pelo nosso ilustre colega, reproduziremos aqui *in extenso* os artigos XVIII e XIX da nossa contestação. Nela dissemos nós :

O contrato de fls. 22 não representa uma doação; pois lhe falta, quando menos, a característica mais essencial às doações, o es-côpo da liberalidade, o *animus donandi*. De um lado, o que ali se faz, é retribuir, com os imóveis transferidos, umas poucas de dívidas na escritura enumeradas. *Do outro, assegurar a indestrutibilidade de uma obra pia, transferindo-lhe a outrem o encargo, com os meios atuais de o cumprir.* O pretenso doador não cede uma fortuna : exonera-se de um gravame. O suposto donatário não recebe um tesouro : *adscreve-se à servidão de um compromisso irresolúvel.*

Essa é a expressão inquestionável da cláusula do instrumento a fls. 250, que à transmissão dos imóveis *imprime a condição de perpetuidade* dos estabelecimentos ali enumerados. Dêles não poderá dispor a adquirente, nem quanto ao domínio, *que fica irremissivelmente vinculado à obra pia*, nem quanto aos frutos, *que por ela têm de ser absorvidos*. Passaram os prédios de umas a outras mãos, *cativos*, porém, sempre pelo mesmo vínculo ao mesmo objeto, sem variar sequer de administração, *que ficou perpetuada na mesma entidade, onde estava*. O que, em última análise, se alienou, portanto, foi a aparente autoridade exercida pela outorgante sobre a outorgada. Muito bem disse o conselheiro ANDRADE FIGUEIRA, em consulta que os antagonistas da diretoria publicaram na *Gazeta de Notícias* de 23 de fevereiro: "A transferência projetada não lhes daria mais faculdade, poder e liberdade de ação do que já têm pelos estatutos e do que de fato elas têm sempre exercido. A transferência com a cláusula da inalienabilidade, que se afigura, só lhes daria um domínio vinculado, antes ilusório que real.

(Fls. 17 e 18.) (*)

Eis aí, pois, formal, peremptória e reiteradamente articulada *por nós* a constituição da obra pia, a *doação modal e onerada*. Ei-la aí muito mais larga e minuciosamente formulada que na contestação do nosso ilustre colega o dr. LACERDA DE ALMEIDA, entre cujos artigos apenas (no art. 9.º) mui breve-

(*) Cfr. pág. 98 do presente tomo.

mente se diz: A transferência de que se trata, doação modal e onerada de encargos, foi inspirada no interesse legítimo da associação transmitente, obedecendo aos intuitos dos seus estatutos, o decreto n.º 3.019, que autoriza o ato, e cujas disposições não foram, como se diz, transgredidas, mas antes rigorosamente observadas." (Fls. 46.)

Se, portanto, um dos contestantes, o dr. LACERDA DE ALMEIDA, alega, 1.º) haver sido a doação *modal e onerada*, 2.º) ter-se *inspirado no legítimo interesse da associação transmitente*, 3.º) obedecer ao *intuito dos seus estatutos, rigorosamente observados* (fl. 46), essas mesmas alegações, notadas pelas AA. para o pôr em conflito conosco, essas mesmas alegações fizemos nós, com muito mais relêvo e desenvolvimento. Expressa e detidamente, nos supratranscritos arts. XVIII e XIX da nossa contestação, atribuímos à doação em litígio o caráter de *modal e onerada*. Teríamos sido menos explícito quanto aos outros dois pontos?

Não.

No art. IX da nossa contrariedade acentuamos o primeiro deles, sustentando que "a associação obedeceu a uma exigência da justiça, da necessidade e do bom senso, sem nenhum pensamento de favor para com aquelas religiosas, antes para servir aos próprios interesses, confundidos com os dos estabelecimentos cuja fundadora tinha sido." (Fls. 59.) E quanto à conformidade entre a doação combatida e os estatutos da sociedade, quanto à observância dêles no ato dela, isso não só alegamos, senão que até nos empenhamos logo em demonstrar, consagrando-lhe os arts. XXV, XXVI, XXVII e XXVIII. (Fl. 72-74.)

51. — Ponto por ponto estamos, logo, de acordo, os dois patronos da defesa, sustentando o se-

gundo, o autor destas linhas, como o primeiro, na espécie controversa, a existência da doação *sub modo cum onere*. Apenas dêle discrepamos em adicionar que ao designio caridoso da fundação pia se juntara o propósito equitativo da remuneração, isto é, que, na transferência da propriedade, com o pensamento capital de consolidar o estabelecimento se entrelaçara o de retribuir antigos serviços e até empréstimos pecuniários da donatária à doadora. Daqui o que apenas se poderia inferir, seria, não antagonismo entre nós e o nosso colega na defesa, mas incongruência entre nós e nós mesmo, caso houvesse incompatibilidade irredutível nas duas idéias: a doação remuneratória e a doação onerada. Mas, longe de colidirem, essas concepções, na espécie, mutuamente se abraçam, casando-se uma à outra. Associação perpétuamente votada à piedade e ao ensino, a donatária, recebia, no fideicomisso de uma instituição de ensino e piedade, a mais natural e grata retribuição dos seus serviços à doadora.

A doação onerosa e modal não poderá ser, ao mesmo tempo, remuneratória? A doação remuneratória não puderá reunir as condições de modal? É evidente que sim. "A doação", diz COELHO DA ROCHA (v. II, § 750), classificando-lhe as variedades, "pode ser *pura*, ou *modal*; e a esta chamam os intérpretes *imprópria*, ou *relativa*: *v. g.* o dote para casamento, a remuneratória." De modo que, segundo este civilista, a doação remuneratória outra coisa não é que uma das espécies no gênero *doação modal*. Como poderia haver, pois, colisão entre a espécie e o gênero? Como, sendo a doação remuneratória uma doação modal, haveria impossibilidade em que a doação modal fôsse remuneratória, ou em que a doação remuneratória fôsse modal?

Nem teríamos de chegar a conclusão diferente, considerando o qualificativo de *modal* na sua acepção estrita a respeito das doações. Que vem a ser *modo*? A disposição, mediante a qual o doador grava o donatário, ou legatário, com o ônus de *fazer ou dar* alguma coisa, em consideração da liberalidade que recebe. Chama-se, em consequência, *modal*, no sentido mais circunscrito do vocábulo, aquela que se acompanha de um encargo especial, no tocante ao destino ou emprêgo do objeto doado. (FILIPPIS: *Corso completo di dir. civ. ital. comp.*, v. VII, pág. 10, n. 26.) Ora que incompatibilidade há entre êsse ônus de fazer, ou dar, impôsto ao donatário na doação modal, e o desempenho, ao mesmo tempo, da obrigação natural, que, na doação remunerativa, inspira a liberalidade (1), se o objeto doado, pela sua natureza e pelo seu valor, satisfaz simultaneamente aos dois intuito? Tem o doador uma propriedade adequada a um fim de beneficência. Quer consigná-la, mediante doação, a essa utilidade. Mas, lado a lado com êsse pensamento, o preocupa o de salvar um compromisso de consciência, ou agradecer preciosos serviços. Se o patrimônio, de que dispõe, e que reserva ao primeiro desses dois intentos, é, pela sua natureza, ou pelo seu valor, capaz de satisfazer igualmente ao segundo, se pelo mesmo ato e com a mesma aquisição o donatário pode receber, a um tempo, a retribuição e o ônus, não se associa naturalmente na mesma liberalidade a doação remuneratória à doação onerosa? A remuneração, nesse caso, modifica o

(1) «Non è vero che i due caratteri di pagamento e di liberalità siano incompatibili nel medesimo atto.» GIORGI: *Delle obbligazioni*, v. I, pág. 42, n. 41. «Venendo alla conclusione, non solo crediamo che il soddisfacimento di una obbligazione di coscienza non sia incompatibile colla liberalità, ma crediamo anzi che la più parte delle liberalità non siano altro che soddisfacimento di obbligazioni di coscienza; al meno tutte le remuneratorie e *causative*.» *Ib.*, pág. 48.

ônus. O ônus limita e qualifica a remuneração. Mas nem o ônus exclui a remuneração, nem a remuneração elimina o ônus. Por estar subordinada a um encargo, a recompensa não deixa de ser recompensa, não deixa de ser liberalidade a liberalidade. Nada obstaria, pois, a que a doação remuneratória onere, a que a doação onerosa remunere. Tudo está nas circunstâncias do caso, na combinação dos elementos que êle reunir; e os de que se trata, associam perfeitamente as duas modalidades. As antigas servidoras daquele estabelecimento, que à sua caridade; à sua atividade, à sua capacidade tudo deve, receberam o galardão mais apropriado aos seus serviços, ao espirito benfazejo que sempre os animou, na obrigação perpétua de servirem à criatura piedosa de suas mãos.

Dito isto, para desvanecer o engenhoso artifício contra a verdade, e reivindicar a coerência entre os dois órgãos da defesa, examinemos o ato jurídico, o contrato, cuja nulidade reclamam as AA.

§ II

O CONTRATO : SEUS INTUITOS

52. — Para andar orientados no curso desta discussão, não percamos de vista as duas entidades, entre quem se celebrou o contrato, a cuja nulificação se propõem as AA. : de um lado, a antiga Associação (1) de S. Vicente de Paulo, outrora proprietária dos estabelecimentos, cuja transferência se controveste; do outro, a corporação que nesses estabelecimentos a servia, a antiga Província Brasileira das

(1) *Sociedade*, nos estatutos de 1853 (fls. 174 e segs.), *Associação*, nos de 1862 (fls. 169 e segs.).

Irmãs de Caridade, hoje Associação de S. Vicente de Paulo. Instituída, logo à nascença, com o desígnio de utilizar as aptidões pias da segunda (1), a primeira não vivia, há muitos anos, senão a vida aparente, em que esta a envolvia. Dessa desaparição de uma na outra encerram os mais irrefragáveis documentos êstes autos, onde, ao mesmo passo que a congregação religiosa anima aquêles institutos benfazejos com uma vitalidade cada vez mais intensa, a associação leiga, representação inerte da obra pia, definha, esmorece, e acaba por se reduzir quase de todo a um reflexo da outra.

Já em 1889 o marquês de TAMANDARÉ notava “desaparecer pouco a pouco o fervor dos sócios”, e “não haver desde muitos anos outra renda que a dos colégios.” (fl. 199-202.) Mais franca ainda, a diretoria da associação, num escrito que fêz estampar sob a sua autoridade coletiva, o ano transato, no *Jornal do Comércio* (fls. 190), confessa “que os estatutos nunca foram devidamente cumpridos”, e a “associação estava quase abandonada.” Quatro anos antes (é ainda êsse papel oficial que o atesta), assustados com a situação da sociedade, os seus membros tinham reclamado uma assembléia do Conselho Geral. Daí resultou a comissão, que se sabe, em cujo nome o sr. JOAQUIM NABUCO, auxiliado pelos outros dois membros, os conselheiros JOÃO ALFREDO e SOARES BRANDÃO, pintou a vivas cores “a invalidez” da sociedade, falando-lhe na prudência, que “aos ajuizados”, em casos menos graves, aconselha “fazer testamento”. Resumindo “o modo, por que ela tem funcionado, há anos”, esta associação, diziam os três eminentes comissários, “tem hoje uma vida pura-

(1) Estatutos de 8 de dezembro de 1853, arts. 17, 22, 23 e 25.
(fls. 179, 180-82 e 183.)

mente reflexa : vive encostada às instituições, que fundou na mocidade".

"Em associações fundadoras como a nossa", observavam, "viver é transmitir vida nova. E que é o que faz a Associação, desde que o colégio começou a dar renda, para se sustentar a si e aos outros estabelecimentos ? *Tem vivido, à sombra dêles, da glória de os haver fundado : nada mais. Onde está desde então a contribuição da Associação propriamente dita para o desenvolvimento da Obra ? A Associação é uma sombra errante pelos estabelecimentos das Irmãs.*" A Diretoria (fl. 190) caracteriza, em alguns traços, essa adinamia profunda. Obrigado, pelo art. 31 dos estatutos, ao mínimo de uma sessão anual, o Conselho Geral, até 1896, só quatro vezes se reuniu. Durante êsse tempo todo, o Conselho Superior, a que os estatutos impõem, quando menos, uma reunião bienalmente (arts. 28 e 30), apenas uma assentada teve. Os arts. 27 a 30 lhe conferem as atribuições mais importantes, os mais graves deveres. Pois bem : testifica a Diretoria que "nem uma só dessas obrigações êle cumpriu nunca". Há um conselho de quinze membros, com funções de alta relevância na sociedade, segundo os sete §§ do art. 19 e o art. 20, o art. 21, o art. 25, o art. 26. Pois êste órgão da associação também não desempenhou "nunca essas exigências" da lei social. A própria diretoria não observava o código da comunhão : em tantas dezenas de anos apenas deliberou sessenta e três vezes, das quais quase metade simplesmente para se ocupar com a ereção da capela.

Em circunstâncias tais que outra seria a medida salvadora, senão a consumada na escritura de fls. 22 ? Que outra, a não ser essa, consultava o pensamento original daquela instituição, a letra expressa de sua lei, os reclamos evidentes do seu destino ? Estude-se

a tradição daquela sociedade, e ver-se-á que a convenção impugnada nasce espontâneamente da situação social como a mais natural das necessidades.

53. — Mandadas vir, em 1853, para a casa de S. Vicente de Paulo, no Rio de Janeiro, as primeiras Irmãs de Caridade, por um contrato onde se estipulava a prestação de seus serviços a trôco de um subsídio de dois mil francos por cada uma no ato da partida e mil de remuneração anual, pagos em quartéis adiantados (cláusulas essas que nunca se executaram, mas de que podiam resultar hoje reclamações avultadíssimas, se houvéssemos de considerar subsistente a convenção primitiva, e as prejudicadas alimentassem intentos de lucro), — *para logo se assentou, no espírito dos fundadores daquele estabelecimento, a resolução de confiá-lo perpétua e discricionariamente à piedade daquelas abnegadas mulheres.* Com efeito, os estatutos, a que a Associação de S. Vicente de Paulo se submeteu desde 1859 (fls. 111-118), e lhe foram aprovados pelo decreto n. 3.019 de 5 de dezembro de 1862 (fls. 110), instituindo uma sala de asilo, uma escola e sala de trabalho, uma Providência, um colégio de meninas, prescreveram :

no art. 43, que “os sobreditos estabelecimentos seriam entregues às Irmãs de Caridade, para os dirigirem e administrarem inteiramente conforme o espírito de suas regras e a experiência adquirida em tais administrações, sem que ninguém se possa ingerir na direção e administração dêles” (fls. 115 v.);

no art. 44, que, fornecidos de tudo o que houvessem de mister pela diretoria da associação, êsses estabelecimentos, exceto o colégio, — isso tudo lhes ficaria pertencendo, e as quantias, que lhes ela ministrasse “para qualquer fim”, não lhes seriam restituídas (fls. 116);

no art. 45, que o colégio, suprido igualmente de tudo pela associação fundadora, só lhe reembolsaria as somas com êle despendidas, *quando o pudesse fazer*, e que o excesso da receita sobre a despesa, nesse ramo da obra pia, reverteria a favor da Providência, *ficando a cargo da respectiva superiora* (*ibid.*);

no art. 52 (fls. 116 v.), que "as superioras dos colégios e casas da Providência teriam escrituração privativa de receita e despesa", isso, porém, "não para prestar contas, pois não têm que as dar, mas para regularidade das casas";

no art. 60 (fls. 118), enfim, que, "entregando inteiramente a direção e administração dos mesmos estabelecimentos a pessoas pertencentes a comunidades religiosas, e tornando-os, pelo que se dispõe nestes estatutos, independentes, para melhor desempenho das obrigações a seu cargo, e para os resguardar das oscilações inevitáveis às administrações, que se substituírem", a associação fundadora, se de si os não considera desatados, é só porque os tem como presos à matriz, de onde nasceram, "pelos vínculos da caridade", quase os únicos sobreviventes ao regímen de autonomia dos institutos por ela criados.

Essa organização, como se está vendo, restringia o papel da associação fundadora por assim dizer exclusivamente à prática de obras de misericórdia, como as de visitar os enfermos e necessitados, para lhes acudir com o conforto cristão (estat., art. 27, §§ 2.º e 6.º), e à ação financeira de grangear e subministrar recursos aos diferentes institutos, *cada qual absolutamente livre na esfera espiritual e material* (art. 7.º, §§ 1.º e 2.º; art. 9.º, §§ 2.º, 6.º, 8.º, 9.º e 10.º; arts. 15 e 16; art. 19, §§ 1.º, 5.º e 6.º; art. 27, §§ 3.º e 4.º); de modo que, se a associação fundadora reservava às suas autoridades o direito de os visitar, era

(assim expresso está no art. 27, § 1.º) "com o fim único de prestar às Irmãs de Caridade o auxílio, de que necessitassem".

Dera-se, pois, a essa associação uma forma de existência, na qual o organismo externo e leigo na sociedade se destinava a servir ao seu organismo interior e religioso. Tal a constituição social cuidadosamente planeada nos estatutos. Desses dois organismos, que ela conjugava, só um satisfez ao plano da sua instituição: o que se entregara às Irmãs de Caridade. Ao seu influxo quase exclusivo aquelas criações pias medraram admiravelmente em crédito, em procura, em riqueza. O elemento profano deserto, como vimos, os seus compromissos. Das funções exteriores, que lhe cabiam, o ônus veio a recair principalmente sobre a comunidade chamada a servir naqueles institutos; isso a tal ponto que, suscitado o pensamento de erigir a capela de Botafogo, as Irmãs é que, *em nome seu, mediante aquiescência da Diretoria*, contraíram um empréstimo de elevadíssima soma, contribuindo algumas delas até com os seus patrimônios particulares. De 1853 a 1894 a devoção delas à obra benemérita daqueles estabelecimentos grangeou à associação uma receita de 1.302 contos de réis, na qual não chega a trinta contos o contingente das entradas e anuidades sociais; e a minuta da resolução apresentada ao prelado arquidiocesano atesta que os donativos ou legados pios nunca se fizeram à associação: todos se dirigiam às Irmãs, ou contemplavam especificamente os vários institutos por elas administrados. (Fls. 99.) Em contraste com essa dedicação, com esse ardor, com essa fecundidade, a associação primitiva subsiste apenas do galvanismo artificial, que a outra lhe comunica, não coopera com joias, donativos, ou mensalidades para a missão social, não reúne anos e anos, as suas auto-

ridades coletivas, não sabe, sequer, de que membros se compõe o seu conselho superior, e firma jus des- tarte ao qualificativo, com que a notava D. João ES- BERARD, de "associação desmantelada". (Fls. 490.)

54. — Estava assim correndo o risco imi- nente de ser tragada pelo fisco, sob a dupla ameaça do regimén estabelecido pelo decr. de 15 de junho de 1859 para os bens vagos e do cominado, na lei de 10 de setembro de 1893, às associações extintas. Como esquivá-la? Reformando o sistema da asso- ciação? Só para o ampliar lho permitia o art. 56 dos estatutos. E o art. 57 acrescenta que, "quando para o futuro alguém pretenda alterá-los, sob qualquer pre- texto ou motivo que seja, considerar-se-á esta Asso- ciação de S. Vicente de Paulo *dissolvida*, ficando pertencendo a cada um dos estabelecimentos então existentes todos os objetos, de que esteja de posse, e que por ventura ainda não lhe pertençam, as direções e administrações dos mesmos estabelecimentos *ipso facto* desligadas de tôda e qualquer responsabilidade imposta pelos respectivos contratos, e o dinheiro exis- tente no cofre da associação, com todos os mais que lhe pertençam, repartido entre os estabelecimentos, que servirem para o recolhimento a um e outro sexo, em partes proporcionais ao respectivo pessoal." Era, de um lado, a contingência da voragem fiscal; do outro, a liquidação, a dispersão e a partilha, ficando a cada um dos estabelecimentos, como patrimônio, o de que estivesse de posse, mais a quota proporcional no rateio do ativo comum, exoneradas absolutamente de compromissos as administrações respectivas. Em semelhante dilema não havia senão que optar entre a esfacelação e o aniquilamento. Este roubaria à cari- dade, em locupletação do erário, um tesouro precioso. Aquela retalharia e espargiria em fragmentos avul- sos a obra utilíssima, um de cujos principais segre-

dos estava na constância, na beleza e na robustez da sua unidade.

Necessário seria, pois, de uma parte, não reformar os estatutos, cuja quase inalterabilidade estava nêles pactuada, isto é, manter a associação com o seu fim e organismo primitivo, do outro acautelar os institutos pios contra as vicissitudes da sorte de sua fundadora, assegurando-lhes aquela perenidade, que desde as suas origens se concebera. Afervorado nessa preocupação, o conselho geral celebra a assembleia de 22 de agosto de 1898, sob a presidência legal do arcebispo (fl. 91), e aí resolve o que depois se cumpriu. A deliberação, amplamente justificada, com acerto exemplar, no texto da ata (fls. 91-102), conclui por êstes termos : "Desta confusão do patrimônio dos estabelecimentos com o da associação, ou da inscrição daqueles estabelecimentos em nome dela, como propriedade sua, livre e desembaraçada, pode resultar grave detimento a essas fundações, no caso de se acentuar o abatimento da associação, de penetrar a dissensão nela, de carecerem de força jurídica os atos da sua diretoria, de ficar ela acéfala, ou se dissolver. Sendo urgente, em tais circunstâncias, atender aos perigos possíveis, se não iminentes, e considerando, por um lado, que o estado de decadência da associação é, em parte, explicável, por ter ela preenchido a sua missão para com os atuais estabelecimentos, nos quais se privou pelos estatutos de toda ingerência, e, por outro lado, o não querer dissolver-se, o que seria altamente lamentável como exemplo na presente quadra religiosa, a associação só tem um meio de combater o definhamento progressivo, que a invadiu, e ameaça; o qual vem a ser empreender novas obras, continuar o plano traçado nos estatutos, fazendo, pela educação cristã dos meninos, a maior das necessidades do povo, o mesmo, que seus

fundadores fizeram, com admirável resultado, pelas meninas. *Por tódas estas considerações, inspirando-se no espírito dos seus fundadores, que ainda felizmente a anima, a Associação de S. Vicente de Paulo, reunida em conselho geral, resolve que, em relação aos atuais estabelecimentos, sua obra está completa, e que, no interesse dêles, chegou o momento de lhes dar vida jurídica e patrimonial distinta da Associação, para que possam prestar ainda maiores benefícios, sentindo-se mais certos da sua independência e perpetuidade, e confere à sua diretoria plena autorização, para celebrar com a Congregação das Irmãs de Caridade um contrato... para o fim de discriminar o patrimônio da Associação... do patrimônio das casas, inclusive o colégio, que ela fundou... mediante cláusulas, que acautelem a perpetuidade da obra, e a exigência de que tóda ela se denominará Obra Pia de S. Vicente de Paulo.* (Fls. 99 v. a 101.)

Assim se precisou o duplo fito do ato, em que se assentava.

Queria firmar-se a *perpetuidade* da obra pia. Tratava-se, perpetuando-a, de assegurar-lhe a sua *unidade*, sob o mesmo espírito, nas mesmas mãos e debaixo do mesmo nome.

§ III

O CONTRATO : SUA NATUREZA JURÍDICA

55. — No ânimo, em que explicitamente se inspirava essa resolução, no objeto que ela textualmente prefixava ao contrato, estava de antemão definida a sua natureza.

Ora êle não deslisou um ápice da linha assim traçada. Está nos autos, de fls. 22 a fls. 29, a escritura. Que é o que ali se ajusta ? Os bens enumerados

no instrumento passaram às mãos da Província Brasileira das Irmãs de Caridade sob os ônus, para a adquirente, de "receber os imóveis, *com o caráter de perpetuidade* dos estabelecimentos" que os ocupam (fls. 25 v.); considerando-se parte integrante da escritura a ata da sessão de 22 de agosto (fls. 27), onde se explanam os compromissos, que, com essa transferência, assumia a outorgada. Onde, logo, outro propósito ali que não o de segurar a existência da instituição pia, a sua indestrutibilidade? Onde o de gratificar as Irmãs?

56. — Verdade seja que com estas tinha a Associação contas, que liquidar. Eram, por mais de um título, suas credoras: credoras de serviços e dinheiro. Nunca receberam os seus honorários, ajustados há meio século; e, deixando ao seu arbítrio o art. 45 dos estatutos não entregarem à Associação, senão quando pudessem, a líquida receita do colégio, entregaram, só por essa verba, ao tesoureiro da sociedade *novecentos e vinte e cinco contos de réis*. Entretanto, por mais de uma vez serviram à Associação, com o seu bolso particular, adiantando-lhe somas consideráveis. Convinha apurar e regularizar, a tal respeito, a situação recíproca entre as duas partes. Por outro lado, a Associação tinha débitos, a cujas exigências imediatas não encontrava na renda social meios de acudir. Nestas circunstâncias, atento em ressalvar os interesses da sociedade, ao mesmo tempo que os da obra pia, de todos êles miudamente cura o instrumento contratual. Neste, com efeito, além da estipulação capital, imposta à adquirente, *de não desviar jamais do seu fim o patrimônio recebido*, obriga-se ela:

1.º) a "pagar o passivo da outorgante" (fls. 250), consistente numa hipoteca de

100:000\$000, cujo instrumento se acha a fl. 91 dos autos; em 56:993\$000, mais os juros de 6% desde abril de 1899, devidos à Associação do Sagrado Coração de Jesus; na dívida ao padre BETTEMBOURG, de Paris, por vários empréstimos, dos quais um na soma de 20.000 francos, empregados em reunir um débito hipotecário da Associação; o que tudo orça, no total, por *duzentos contos de réis*;

2.º) a não reaver da outorgante as somas a esta adiantadas após a resolução de 22 de agosto de 1898; a saber: 77:717\$500, que a outorgada pagara pela outorgante ao Banco da República; 25:000\$000, que pela outorgante dera a outorgada, para comprar a hipoteca à massa do conde de LEOPOLDINA; 15.154\$990, que a outorgada embolsara pela outorgante a d. MARIA TERESA DE CASTRO, (fls. 25); afora outras dívidas, que então sobre a outorgante pesavam, inteirando só as especificadas 117:872\$490, que, juntos aos da soma anterior, montam em cerca de *trezentos e vinte contos de réis*;

3.º) a entregar à outorgante o valor dos trastes, utensílios e mais objetos por ela fornecidos ao colégio, de conformidade com o disposto no art. 45 dos estatutos (fls. 26);

4.º) a não reclamar jamais da outorgante quantia nenhuma "a título dos adiantamentos de dinheiro, que fizera para as compras e edificações das propriedades" (fls. 260), nem a qualquer outro título, inclusive "o dos seus honorários pelos serviços prestados" (*ibid.*); isso quando a diretoria da Associação, em escrito impresso no *Jornal do Comércio* de 17 de fevereiro de 1900 (fls. 190), estima o custo de tais serviços, calculados segundo o contrato de 1853, em quantia superior, de per si só, ao preço atual dos imóveis transferidos, isto é, tomada a ava-

liação da escritura (fls. 260), <i>em mais de</i>	
350:000\$000. De modo que a Província Brasileira	
das Irmãs de Caridade renun-	
ciava, em honorários vencidos,	
mais de	350:000\$000
renunciava, em dinheiros adianta-	
dos, mais de	117:872\$400
e se comprometia a pagar pela ou-	
torgada não menos de	200:000\$000
<hr/>	
Ao todo	667:872\$400

A 668 contos de réis subia assim, pelo menos, o valor das responsabilidades, de que a Associação se exonerava. Daí a côr de ato remuneratório, impressa à transferência da propriedade na escritura de fls. 22. Aparentava-se compensar as grandes antecipações da outorgada à outorgante em trabalho e moeda. Mas é manifesto que esta consideração não figura senão secundariamente no contrato, cujas duas cláusulas iniciais (fls. 25 v.) são as em que a outorgada “recebe os imóveis com o caráter de perpetuidade dos estabelecimentos”, e se obriga “a respeitar”, como laço a êles todos comum, “o título de Obra Pia de S. Vicente de Paulo”. Reconhecendo os serviços das Irmãs, classificados nas próprias consultas públicamente formuladas pelas AA. contra o ato em debate, como “inestimáveis”, sentindo que, no contrato de 1853, se lhes oferecia base certa para a sua avaliação, compreendendo, pois, que tais serviços representavam, para a devedora, obrigações positivas, quis a Associação libertar-se dessas responsabilidades naquele convênio, um de cujos objetos devia ser, conforme a deliberação de 22 de agosto de 1898, emancipá-la de todos os compromissos, em que se achava envolvida para com aquêles estabelecimentos.

ou para com outrem por amor dêles. A êsse valor juntou, nas estipulações impostas à outorgada, a desistência das quantias, que ela mutuara à outorgante. Somou, por fim, a essas verbas e traspassou à outorgada todos os débitos da outorgante a terceiros. Transferida a propriedade dos imóveis e dos estabelecimentos, de equidade era transferir com êles todos êsses ônus, que, em última análise, a êles propriamente incumbiam. Assim se comunicava à transferência da propriedade, por uma de suas faces, o aspecto de uma compensação à outorgada, pelos ônus, de que se encarregava, e os créditos, de que abria mão. Mas êste lado superficial era apenas um acessório na transmissão da propriedade; e esta não se efetuava, para exonerar a outorgante dos seus compromissos, mas para salvar, consolidar e perenizar a obra pia. Logo, neste objetivo consistia a substância do contrato, cuja outra face destarte se reduzia a simples *acidente*. A doação seria acessoriamente remunerativa; mas era substancialmente *modal*.

57. — Agora um pouco mais de atenção à realidade real do contrato, e veremos que a essência, nesse ato, acaba por eliminar o acidente. Para que a remuneração, com efeito, mereça propriamente êste nome, necessário é que do seu objeto possa dispor o remunerado, que êle sobre êsse objeto, ou seus frutos, exerça direitos de senhor. Doar é transferir. Pode-se transferir o domínio direto, ou o domínio útil; isto é, pode-se transferir a propriedade completa, a nua propriedade, a servidão, ou o usofruto. (PLANOL: *Tr. élém. de dr. civ. fr.*, v. III, pág. 713, n. 2.502.) Pode-se, pois, doar o usofruto, a servidão, ou a propriedade. Mas é mister que alguma coisa se transfira: o domínio total, ou algum dos seus desmembramentos. Não há doação, sem que para o donatário passe o domínio útil, ou o domínio direto da coisa

doada. Quanto à doação remuneratória, para se verificar, necessário será que o beneficiado pelo ato remunerativo seja o autor dos serviços, cuja remuneração se pretende. Ora aqui os serviços eram das Irmãs de Caridade. Entretanto quem com os atos se beneficia, são os estabelecimentos, a que elas os prestaram. Nominalmente se traslada para as Irmãs de Caridade o domínio dos imóveis e dos estabelecimentos nêles acomodados. Isso, porém, com a condição da inalienabilidade desses imóveis, da perpetuidade desses estabelecimentos. Com que é, pois, que se opera a remuneração? Com o valor da propriedade? Mas essa, imobilizada e vinculada à obra pia, se transforma em objeto incomerciável (1). Com o rendimento da instituição? Mas esse tem de ser absorvido na subsistência dela. A prova está nos débitos da Associação, indício irrecusável de que o custeio devora a renda, quando a não exceda. Logo, se os imóveis ficam pertencendo intransferivelmente aos estabelecimentos, e a receita destes se consome na sua manutenção, nos estabelecimentos exclusivamente se concentra o benefício da doação. São êles só os gratificados. Nada recebe a Província Brasileira. De nada, pois, a remuneram.

Temos aqui, quase precisamente verificado, o fato jurídico, de cuja figura nos dá luminoso debuxo o mais moderno dos civilistas franceses. "Há", diz PLANIOL (*op. cit.*, v. III, pág. 712, n. 2.500), "há

(1) «*L'inaliénabilité équivaut, nous aurons l'occasion de le constater bien de fois, à une mise hors du commerce des biens qui en sont frappés.* Le bien inalienável, soit par l'application des dispositions légales, soit, à supposer qu'il y ait lieu d'en reconnaître la validité, par l'application des clauses d'inalienabilidade inseridas dans les actes juridiques par la volonté des parties, échappe au droit de libre disposition, qui caractérise la propriété. (Arg. arts. 537, 544 cod. civ.) Le propriétaire d'un pareil bien, privé de la faculté d'en disposer, se trouve par là même privé d'un des avantages essentiels de la propriété.» (BESNUS: *Des clauses d'inaliénabilité inserées dans les actes jurid. en dehors des cas prévus par la loi.* Par., 1899. Pág. 1.)

outro processo, extremamente antigo, já mui em uso na época romana, e cuja validade nunca se discutiu: a *liberalidade com encargos*. O donatário, ou legatário, é ainda, nesse caso, a pessoa, a quem se atribui o domínio dos bens. Mas semelhante propriedade não vem a ser, para ele, mais que *um como depósito*: compete-lhe a guarda, a utilização, a vigilância, a responsabilidade; mas não o proveito; porque tem de entregar a terceiros, sob condições fixadas pelo disponente, o rendimento dos bens, que houve por doação, ou legado. Os terceiros, que os desfrutam, são os *beneficiados* pelo efeito do ônus. A êles realmente é que se há de reconhecer a qualidade de *gratificados*." Eis o que sucede nessas *liberalidades por intermediário*. O alvo da liberalidade é o terceiro beneficiado, que, na hipótese, vem a ser a obra pia. O intermediário, que, na espécie, é a Província Brasileira das Irmãs de Caridade, reduz-se a detentor nominal da propriedade, mero fideicomissário das vontades do doador em proveito do beneficiado.

Que com o pensamento, capital no ato, de estabelecer a fundação concorresse *subordinadamente* o de quitar dívidas e serviços, não se pode negar, uma vez que, pela escritura, a doadora, sobre saldar os serviços, que a donatária lhe prestara, e os empréstimos, que lhe esta fizera, ainda se desobrigou de outros débitos, para com terceiros, ante quem a donatária aceita a posição de devedora. Logo, uma de duas. Ou, assumindo essas responsabilidades, e abrindo mão desses créditos, a donatária praticou uma liberalidade para com a doadora. Nesse caso o benefício se teria operado reciprocamente; e teríamos uma doação mútua. Ou entrou nas intenções da doadora gratificar com a transferência da propriedade, ainda que onerada, os serviços, que a donatária lhe prestara, que ainda lhe prestava; e teremos, neste

pressuposto, sob esta fisionomia e nestes limites, uma doação remuneratriz. Mas, então, em todo o caso, o fim remuneratório para com as Irmãs era subalterno ao fim de beneficência para com os institutos pios. E, como as exigências deste absorvem, no seu capital e na sua renda, a propriedade transferida, para a remuneração nada sobeja; de modo que o intuito acessório do ato cede e se anula, prejudicado pelo intuito principal. Desaparece a doação remuneratória, subsistindo únicamente a doação modal, a fundação pia.

58. — Para tornar mais claro êste resultado, releva considerar que não se trata de uma doação direta, na qual a situação seria simples, limitando-se às relações contratuais entre o donatário e o doador, mas de uma doação com ônus, em que o donatário puderá não ser senão o instrumento das intenções benfazejas do doador para com terceira pessoa, alheia ao contrato. Se o ato da outorgante, na espécie, revestisse a primeira forma, a donatária faria diretamente à obra pia a transferência da coisa dada. Mas, escolhendo a forma indireta, doou aparentemente a uma entidade, para doar realmente a outra. Em conseqüência, temos uma donatária nominal (a que recebe a doação) e uma donatária efetiva (aquela, a quem a doação se destina). De modo que na contemplação desta reside o objeto essencial do contrato; e, introduzindo nêle o pensamento simultâneo de remunerar aquela, não se lhe deixa mais que a hipótese de um benefício eventual, dominado e talvez nulificado pelo outro. Se a doação, de que falamos, apresenta duas faces, a remuneratória está no segundo plano. A outra, a doação modal, a sobrepuja, restringe e elimina.

59. — Consideremos, pois, na doação *modal*. Poder-se-á duvidar que na escritura de fls. 22 se

encerre uma *doação modal*? Só desconhecendo as noções mais elementares no assunto.

Abram-se os tratados mais vulgares, o de MAYNZ, por exemplo, e lá se encontrará classificada a *donatio sub modo* como "a liberalidade, a que o doador agrega um encargo para o donatário". (*Cours de dr. rom.*, § 256, pág. 406.) Há liberalidade com ônus, diz-nos outra autoridade, "quando o beneficiado tem de lhe empregar o objeto, ou parte dêle, em certa destinação, indicada pelo disponente. É a liberalidade onerosa, ou liberalidade *sub modo...*" (PLANIOL, v. III, pág. 852, n. 3.007.) Tomada pelos comentadores à rubrica do Código Justinianeu *De donationibus quae SUB MODO... conficiuntur* (L. VIII, t. 54), a expressão *modus* passou a designar especificamente, em matéria de doações, ou legados, o gravame impôsto ao donatário, ou ao legatário. Entre os antigos a expressão equivalente era a de *condictio donationis*, ou *lex donationis*. Como quem dissesse que no *modus* está o regimento da doação, a *lei*, a que a submete o doador. CUJACIO, nos seus paratítulos ao *Digesto*, formulava esta definição: "MODUS est *adjectio*, quae ostendit quid *legatarium ex legato facere testator velit*." (JAC. CUJACIO: *Opera*. Ed. 1837, v. III, 191.) Semelhantemente ao que êle doutrina a propósito dos legados, o modo, no tocante às doações, vem a ser a restrição, mediante cuja cláusula o doador assina à coisa doada um fim especial, onerando o donatário com a incumbência de o executar. O modo é, pois, o ônus, cuja existência distingue as doações modais das doações simples; de sorte que *doação onerosa*, *doação sub modo*, ou *doação modal* são enunciados equipolentes.

Sob duas espécies se manifesta essa restitutiva, adjeta à disposição testamentária, ou à disposição entre vivos, restitutiva pela qual se obriga o indivíduo,

a quem se dirige, ora a uma prestação real, ou pessoal, ora a uma aplicação particular da coisa legada, ou doada. Umas vêzes o modo, que se não confunde com a condição, é instituído em vantagem daquele, que recebe a doação, ou o legado. Outras se estabelecem a favor de terceiro. E é neste último caso, que se realiza verdadeiramente a figura da disposição modal. (VITALI : *Delle successioni*. 1890. v. IV, ns. 556-66, págs. 457-9. BUNIVA : *Delle successioni*, n. 257, pág. 353.) Ora que é o que se dá senão isso, com as mais nítidas feições de identidade ao tipo jurídico desta instituição, na hipótese vertente, em que a donatária recebe a doação exclusivamente para manter os estabelecimentos doados, sem poder jamais alhear dêles as propriedades, onde ora existem ?

60. — Nunca se verificou mais rigorosamente o caso de uma fundação pia mediante disposição entre vivos. Que vem a ser fundação ? "A fundação não é outra coisa que um patrimônio, destinado a realizar um intuito prescrito pela vontade do fundador." (VON STEIN : *La scienza del. pubbl. amministrazione*. Trad. ital., pág. 318, n. 239.) Ou, como se exprime um civilista francês, por fundação se conhece "a imputação perpétua de bens ou valores a um serviço fixado pelo disponente". (PLANIOL, v. III, n. 3.331). BAUDRY-LACANTINERIE frisa ainda melhor o ponto, escrevendo : "Não é a fundação outra coisa que um caso de liberalidade com encargos, consignando o disponente os bens doados a certa e determinada obra. Por dois modos podemos levar a efeito uma fundação, o primeiro dos quais consiste em fazer uma doação entre vivos a uma pessoa moral já existente, com imputação dos bens doados à obra, que o fundador tenciona realizar." (Précis de dr. civil, ed. de 1899, v. II, pág. 287, n. 405 bis.)

Em todos os tempos se vai encontrar na *fundação*, nome novo, mas antiquíssima coisa, uma das maneiras mais usuais de exercer a liberalidade, sob a forma das disposições modais. Nas eras mais remotas o seu objeto era ordinariamente religioso. "A doação feita aos deuses", na Grécia, "pode ser pura e simples, ou subordinada a certas condições, ônus, cu reservas. Estipula o doador, por exemplo, que o rendimento do objeto doado se consignará perpétuamente a certos sacrifícios, a certos jogos, a cerimônias certas e determinadas: nesse caso a doação reveste a forma de uma fundação." (BEAUCHET: *Hist. du dr. privé de la République Athénienne*, v. III, pág. 37.) Em tais doações se podia imprimir até a inalienabilidade perpétua aos imóveis, sobre que versava a liberalidade. (Ib., pág. 57.) Ora êsses atos associam em si o fideicomisso à fundação (ib., pág. 706), ora o caráter exclusivo desta se acentua rigidamente, absorvendo em sua totalidade os frutos do objeto doado. (Ib., pág. 131.) Os romanos usaram profusamente do mesmo meio, para criar e dotar as fundações. Já sob o nome de *pia corpora*, já sob o de *piae causae*, ambos desconhecidos na idade clássica, mas freqüentes depois da propagação cristã (FORLANI, *Archiv. Giurid.*, v. VII, pág. 93 e 16; MILONE, *Filangieri*, v. II, pág. 211; SAVIGNY, *Syst.*, v. II, § 88), as fundações inundaram a sociedade. Dá-se por base a uma fundação pia a instituição de uma pessoa jurídica (SAVIGNY, ib., pág. 263), ou se defere a liberalidade a uma pessoa jurídica preexistente. (Ib., pág. 265.) São freqüentes os textos do Código neste sentido. Assim êste: *Si quis vero DONATIONES in quibuscumque rebus fecerit, vel in xenodochium, vel in nosocomium, vel in orphanotrophium, vel in gerontocomium, vel in brephotrophium, istae donationes convalescant.* (L. 19 Cod. de sacr.

eccles., I, 2.) Sancimus si quis... DONATIONIS TITULO aliquid dederit... sacrosanctis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus vel ptochiis vel monasteriis... vel orphanotrophiis, vel brephotrophiis, vel gerontocomiis... donatorum... eis sit longaeva exactio." (L. 23 Cod. eod.) Outros textos, ocupando-se com as fundações mediante liberalidades em benefício dos pobres, dos cativos (L. 19 e 23 C. de *sacr. eccles.*; 24, 28 e 49 C. de *episcopis*) e outras semelhantes, ditam normas para a administração dos bens e observância do instituto, a que se destinam. "Entre os escopos comuns, cita BRINS o culto de DEUS e dos santos, a instrução, a proteção da ciência e da arte, a indústria, a agricultura, escopos a que podem servir, não só o Estado, os municípios, as corporações, senão ainda os particulares, *doando*, para esse efeito, um patrimônio; o que de ordinário é *por meio de fundações* que se realiza." (FORLANI : *Sulle persone artificiali. Arch. Giur.*, v. VII, pág. 37.)

Em nossos dias a doação entre vivos é, para as fundações, "o processo mais fácil". (PLANIOL, v. III, pág. 954, n. 3.342.) Os particulares, com esse intento, podem erigir um instituto novo, ou descansar nalgum estabelecimento já existente, cometendo-lhe os haveres destinados a criar e manter a fundação. (PLANIOL, *ib.*, n. 3.332. PUCHTA, *Pandekt.* pág. 27, e ROTH, *Syst. des deutsch. Privatrecht*, 1.^a part., pág. 73, *apud* BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN : *Des donat.*, v. I, ns. 343-7.)

Ai temos, pois, constantemente a figura da doação *modal*, da doação feita a uma pessoa em benefício de outra, associando-se à constituição das fundações. Muitas vezes na linguagem dos civilistas se enuncia incisivamente essa identificação :

"Volete sapere che cosa è *alla stregua del diritto civile* la figura della *fondazione* di

fronte al popolo? È una donazione *cum onere o sub modo.*"

Assim escreve GIORGI, no seu livro magistral *Das pessoas jurídicas.* (v. I, pág. 97.) Com o mesmo tom inequívoco e formal se exprime ASCOLI, no seu tratado *Delle donazioni* (Firenze, 1898) :

"Le persone giuridiche sono pure capaci di ricevere donazioni... Inoltre può coll'atto di donazione anche essere fondata una persona giuridica. E ciò in duplice guisa: o mediante *una disposizione modale*, colla quale *il donante dà ad un terzo qualche cosa coll'onere di erogare in tutto o in parte ciò che ricevette per la nuova fondazione*, o mediante disposizione diretta a favore della fondazione che nell'atto stesso si crea."

(Pág. 257.)

E alhures :

"L'istituzione o dotazione (delle fondazioni) può avvenire anche mediante *disposizione modale*, cioè mediante *una donazione fatta a persona diversa dall'ente favorito colla fondazione*, e nella quale *s'imponga al donatario di erogare, in tutto o in parte, le cose ricevute in dono per lo scopo perpetuo.*"

(Pág. 469.)

61. — Com êstes dados não há o menor óbice em ajustar a teoria ao fato, a abstração à realidade, o direito ao caso concreto.

Senão, vejamos.

Primeiro elemento na doação e na fundação: o *fundador*, que se confunde com o doador. É, na hipótese, a antiga Associação de S. Vicente de Paulo.

Segundo elemento : a pessoa, a quem se faz a doação, o *donatário onerado*. É a Província Brasileira das Irmãs de Caridade.

Terceiro elemento : a entidade, a quem, por via do ônus estipulado, vai aproveitar a doação-fundação; isto é : a *beneficiada*. São os estabelecimentos pios, cuja propriedade aparente se transfere da primeira associação para a segunda.

Quarto elemento : o *patrimônio*, cuja exploração se confia à segunda entidade (a donatária) em proveito da terceira (a beneficiada). São os bens alienados pela escritura de doação. (Fl. 22.)

Quinto elemento : a imutabilidade no destino do patrimônio, o pacto de *sua perpetuidade* na consagração à mesma obra pia. Está peremptoriamente expresso na dita escritura, cláusulas primeira e segunda. (Fl. 250.)

De maneira que com os diversos caracteres do contrato ali firmado coincidem à justa um por um todos os requisitos da fundação constituída pela doação modal. Nada falta. Nada sobra. Como negar, pois, que a *fundação pia*, mediante *doação modal*, seja a fisionomia dominante no contrato ali celebrado?

62. — Mas, se se trata inquestionavelmente, na espécie em debate, de uma instituição pia, estabelecida por disposição modal, as consequências aluem pela base a argumentação *ex adverso*. Vejamos como elas se deduzem irresistivelmente.

§ IV

O CONTRATO : SUA EXPRESSÃO REAL

63. — É da natureza normal das doações o serem outorgadas em proveito da pessoa que as aceita. (C. civ. fr., art. 894. C. civ. ital., art. 1.050.

C. civ. belga, art. 894. C. civ. hol., art. 1.703. DOMAT: *Lois civiles*, L. I, t. 10, secç. 1, n. 1. POTHIER: *Coutume d'Orléans*, t. XV, n. 1. TOULLIER, v. III, n. 4. DURANTON, v. VIII, n. 3. TROPLONG: *Donat.*, v. I, n. 6. ZACHARIAE, ed. de MASSÉ e VERGÉ, v. III, p. 12-48. BAUDRY: *Don.*, v. I, n. 17. ASCOLI, op. cit. págs. 7-8. WINDSCHEID: *Pandekt.*, § 365.) O donatário não intervém no contrato, observa TROPLONG, "senão para ser gratificado. A êle é que a doação há-de ser vantajosa". (*Ib.*, n. 79.) Claro está, portanto, que os encargos postos à doação, limitando e anulando as vantagens ao donatário, modificam a significação do contrato, e podem chegar a desnaturá-lo. Desde que nêle interfira o *modus*, já não é puramente o contrato de beneficência, já se não destina exclusivamente a favorecer o donatário: também o onera; e, onerando-o, entra na classe dos contratos onerosos. É, na frase das leis romanas, a *donatio cum negotio mixta*. (L. 18 D. *de donat.* DURANTON, v. VIII, n. 16. ARNTZ: *Cours de d. civ.*, v. II, n. 1.838. BAUDRY-LACANTINERIE, v. I n. 16. ZACHARIAE, v. III, pág. 18. PACIFICI-MAZZONI: *Istit. di dir. civile ital.*, v. IV, n. 144, pág. 292.) Denominada por isso também doação mista (BORSARI: *Comment. d. cod. civ. it.* v. III, parte 2, pág. 12), já não cabe entre as doações propriamente ditas. (TROPLONG, *loc. cit.*, n. 79.) Em consequência do modo adquiriu o caráter de fideicomisso. Neste ponto JHERING (*Zweck im Recht*, trad. de MEULENAERE, pág. 313) repete o que já dissera TROPLONG. (*Loc. cit.*, n. 363.)

Se, pois, "a doação participa da natureza do contrato oneroso na proporção do ônus" (PACIFICI, *loc. cit.*), óbvio é que, crescendo o ônus, se reduz *pari passu* a doação. Cerceia-se esta, a medida que aquêle se alarga. É o que os dois mais recentes codi-

