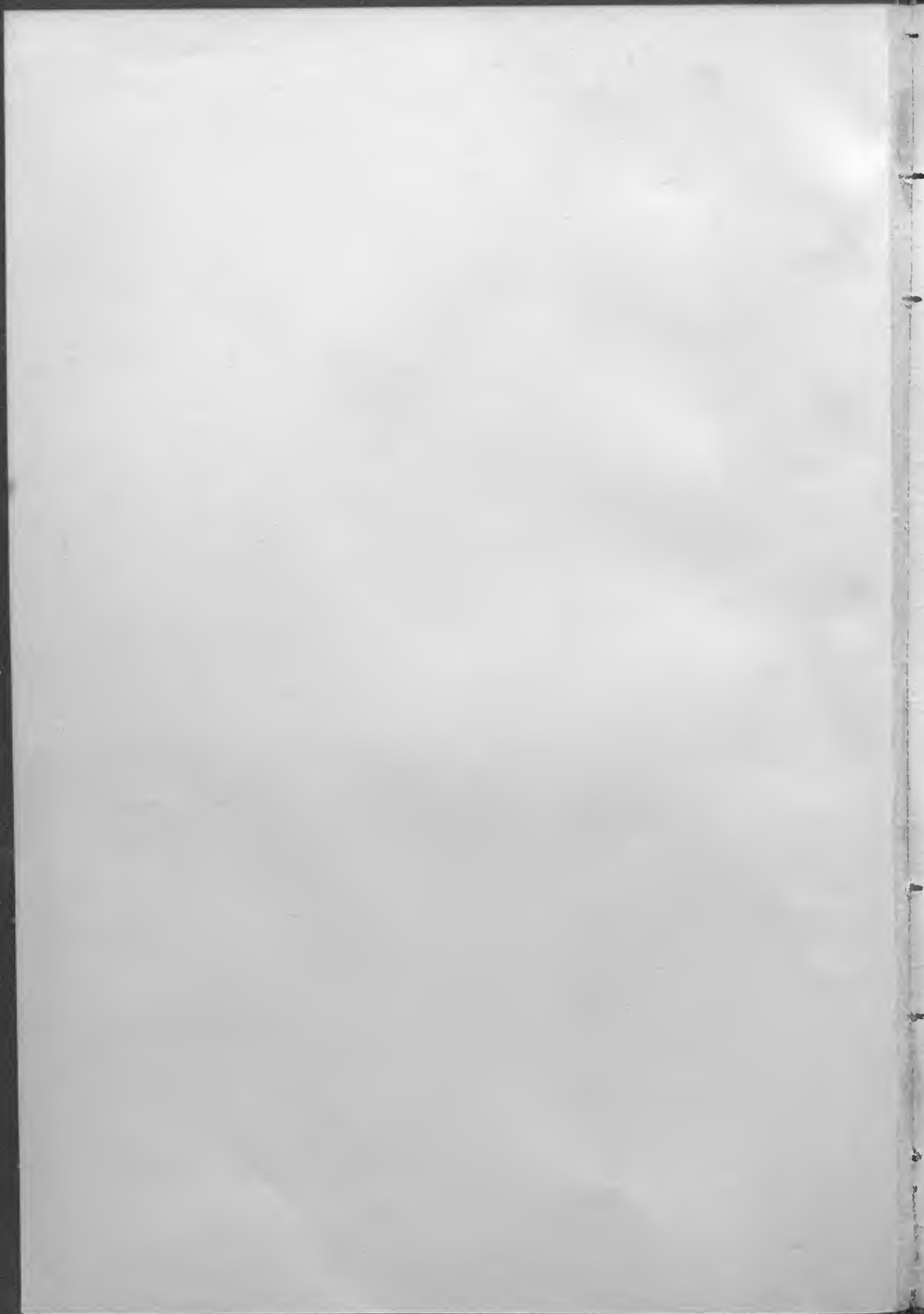
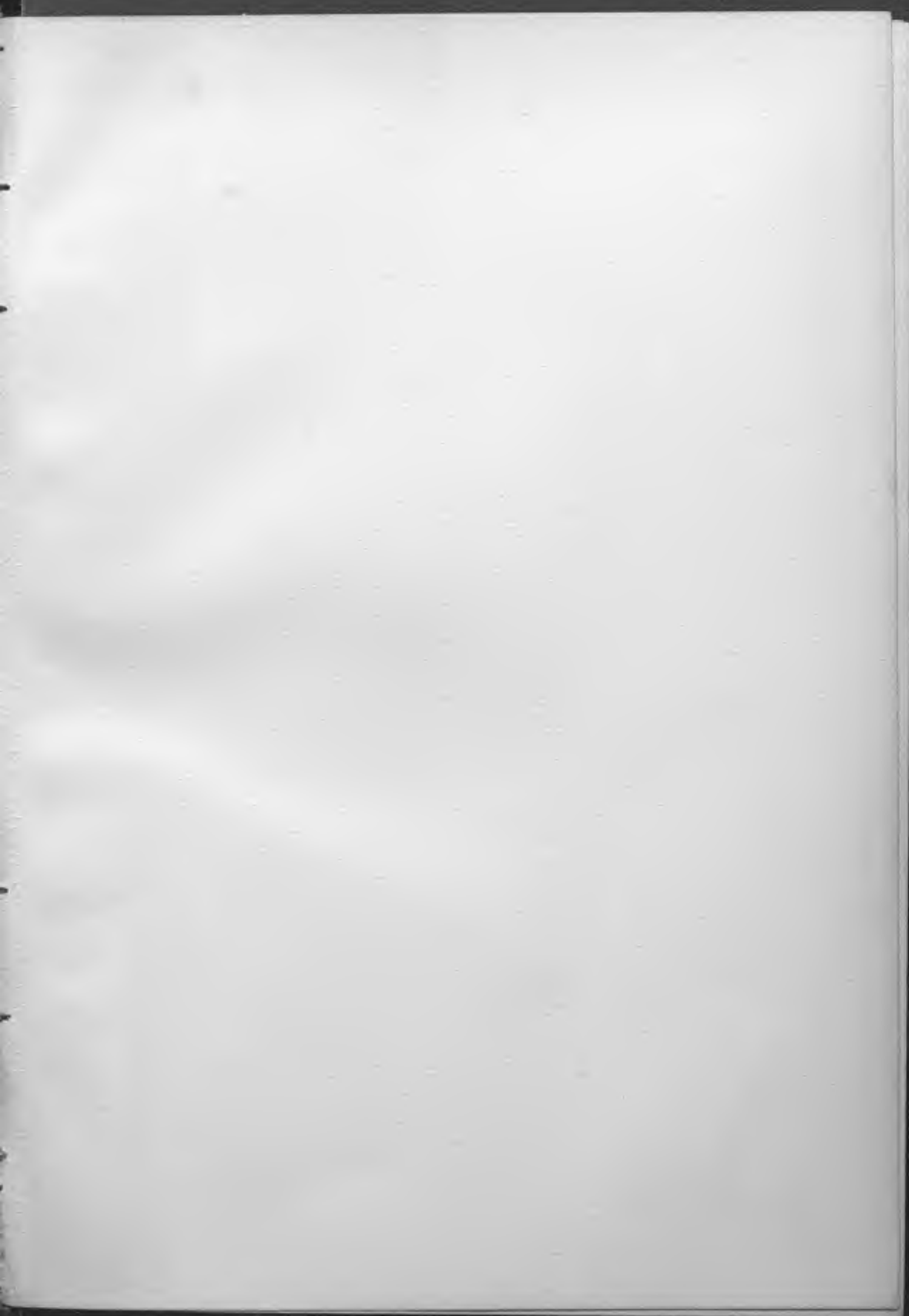








OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XL

TOMO III

Foram tirados três mil exemplares em papel vergé, do presente volume das Obras Completas de Rui Barbosa, mandadas publicar, sob os auspícios do Govêrno 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 acôrdo 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.





Fotografia de Actor na época casado
no arcaivo da Carteira de Maria

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOL. XL. 1913
TOMO III

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1964

11.016832

T O M B O 017 078



320.981
B238

CATÁLOGO 017 489

PREFACIO E REVISÃO
DE
JOSÉ CÂMARA

Juiz de Direito no Estado da Guanabara



PREFÁCIO

Os trabalhos jurídicos ora publicados, e que constituem o tomo III, do volume XL, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, produzidos no ano de 1913, são, no gênero, seqüência do tomo anterior, o de número II, também pertinente a trabalhos da mesma índole. Bem fecundo foi o ano de 1913, no âmbito da atividade jurídica de RUI BARBOSA, sem embargo de ter sido um dos períodos mais tormentosos de sua agitada carreira política, pois nada menos de três tomos atestam, sob esse ângulo, sua atuação no mundo forense propriamente ou através de matéria correlata.

Originariamente planejada a série de pareceres e arrazoados num só volume — excluídas as alegações concernentes à causa Companhia Nacional de Tecidos de Juta versus Antônio Leite Penteado e a Companhia Paulista de Anagens, convertida, no Supremo Tribunal Federal, na apelação cível nº 2.183, e que forma o tomo I, do vol. XL (Rio de Janeiro, 1948), — verificou-se que excessivo teria de ficar o seu formato, e, destarte, mais razoável pareceu o desdobramento, para o fim de constituírem ao todo três tomos, o primeiro saído em 1948, os dois seguintes só agora divulgados com feição própria.

Como quase todos os tomos já publicados ou em vias de publicação, contém o presente matéria já impressa, sabidamente impressa, ao lado de outros escritos conservados no arquivo do Autor, alguns presumidamente reproduzidos em letra de fôrma. Contudo, há um terceiro gênero a cujo respeito não é possível, com segurança, atestar qualquer de tais circunstâncias. Com efeito, não raro, pareceres oferecidos a instâncias de amigos, correligionários, ou interessados eram

estampados em jornais ou periódicos de pouca circulação, até mesmo de efêmera duração, nem sempre conservados ou recolhidos, de tal maneira que não se encontram nas nossas bibliotecas públicas ou particulares, e, destarte, só o acaso tem permitido mencionar a sua reprodução gráfica, quando ocorrente. Outras vêzes, não convinha ao consulente a divulgação, ante conclusões contrárias a quem era interessado na consulta, como não é raro acontecer. Diversas, portanto, são as fontes.

O opúsculo I, a respeito de privilégio municipal e sua duração, elaborado em virtude de uma consulta da Companhia Mineira de Eletricidade, cuja cópia autenticada é conservada no arquivo da Casa de Rui Barbosa, teve nela o texto utilizado.

A fonte do opúsculo II, versando acêrca de usucapião, é um manuscrito recentemente adquirido pela Casa de Rui Barbosa.

O opúsculo de número III, pertinente à causa Horácio Sabino e Cincinato Braga versus Martinho Ferraz, ajuizada no fôro de São Paulo, originou-se de uma consulta formulada pelo Advogado Alfredo Pujol, sendo também conservada cópia dactilografada no arquivo do Autor, devidamente autenticada; foi a utilizada no texto ora publicado.

O conteúdo do opúsculo IV, resposta a uma consulta do Banco Hipotecário do Brasil, era matéria já divulgada, publicada em avulso, saído nos anos de 1914 e 1919, composto e impresso, na primeira edição, pela Tipografia Leuzinger (57 págs.), hoje bastante raras ambas as tiragens, possuindo a Biblioteca da Casa de Rui Barbosa um exemplar de cada uma das impressões já mencionadas, tendo, igualmente, cópia dactilografada do original.

O opúsculo V, a respeito de integralização do capital de sociedade anônima, ocasionado por uma consulta da concessionária das Docas da Bahia, foi publicado no Jornal do Comércio, do Rio de Janeiro, em sua edição de 15 de junho de 1913, sendo este o texto usado, reproduzido, também, na

Revista Forense, vol. XX, págs. 5 a 16, e Rev. do Sup. Trib., (abr. 1916, ps. 70 e segs.).

Refere-se o opúsculo VI a um caso de disciplina escolar ocorrido na Faculdade de Medicina de São Paulo, publicado no Correio da Manhã, do Rio de Janeiro, em sua edição de 31 de outubro de 1913, também reproduzido, na sua íntegra, na Revista Forense, vol. XXI, pág. 17. O seu original foi oferecido à Casa de Rui Barbosa pelo Professor Waldemar Ferreira, sendo confrontados os dois textos, o impresso e o manuscrito, os quais não oferecem divergências dignas de menção.

Dos opúsculos ora publicados, o mais alentado é sem dúvida o de número VII, concernente a nulidade e rescisão de sentença, partinente à causa Companhia Agrícola e Comercial do Brasil contra o Banco da República, hoje Banco do Brasil S/A. Publicado em avulso o parecer no próprio ano de sua elaboração (Rio de Janeiro, 1911 — Tip. do Jornal do Comércio, de Rodrigues & C.), à primeira vista teria de ser incluído no volume XXXVIII, relativo a 1911, de acôrdo com o sistema estabelecido no Decreto-lei 3.668, de 1939, mas, segundo o critério assentado, desde o início e de que se dá notícia em notas preliminares ao tomo IV, do volume XXV (1898), levado a rigor o texto daquele decreto-lei, haveria fatal dispersão de matérias atinentes a uma mesma causa, dificultando a sua inteligência. Destarte, assumindo RUI BARBOSA o patrocínio da causa, mais tarde, teria êle de sustentar o recurso junto à Côte de Apelação, em sua sessão de 16 de outubro de 1913, o que não fôra possível, porque a Presidência daquele órgão da Justiça não transigiu na questão do prazo regimental, que era apenas de 15 minutos. Sai, assim, o texto da defesa a produzir-se, não o sendo, ante circunstâncias amplamente divulgadas na época, através da imprensa local. Tal fato ocasionou a ausência de RUI BARBOSA, durante o resto de sua existência, da Côte de Apelação, mais tarde Tribunal de Apelação, hoje Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

XII

O opúsculo VIII originou-se de uma consulta feita pelo Vice-Presidente da então Rio de Janeiro Tramway, Light & Power, F.A. Hamilton, em carta dirigida a RUI BARBOSA, cujo original é conservado na casa que tem o nome de seu patrono. O original do parecer pertence à companhia interessada na consulta, já referida.

Segrêdo Profissional é o nomen iuris conferido ao escrito que encerra o pequeno, porém expressivo conteúdo do opúsculo IX, obtido de manuscrito original adquirido pela Casa de Rui Barbosa, em parecer redigido por solicitação do Dr. Gregório Garcia Seabra Júnior, publicado em A Época, edição de 18 de fevereiro de 1913.

Não existe, destarte, a menor dúvida quanto à autenticidade dos trabalhos ora divulgados, alguns dêles pela primeira vez em letra de fôrma. No tocante ao histórico de cada um dêles, seus resultados, a maioria nem sempre os comporta, pois, freqüentemente, conhecida a opinião de RUI BARBOSA, outro rumo tomavam as controvérsias, no âmbito extra-forense. Exceção constituem os opúsculos III, IV e VII. Contudo, no concernente ao primeiro dêstes, possível não foi a obtenção de elementos pertinentes ao ajuizamento do feito, em São Paulo. Quanto ao VII, vai no lugar próprio sucinta nota explicativa, à semelhança do que se adotou noutros volumes, em casos análogos. Os anexos que se seguem ao conteúdo de um dos pareceres foram copiados pelo próprio punho de RUI BARBOSA e acrescentados, porque, de certo modo, ilustram a matéria nêle contida.

Estas, as informações que nos pareceu comportar o conjunto de escritos ora divulgados, visando-se, como sempre, a orientar o leitor, sabendo-se que esta é a finalidade destas nótulas, sem qualquer feição crítica ou de comentário, porquanto não se trata de uma edição crítica.

Rio de Janeiro, janeiro, 1962.

JOSÉ CÂMARA.

I

PRIVILÉGIO MUNICIPAL —
SUA DURAÇÃO

(Consulta da Companhia Mineira de Eletricidade)

PARECER



CONSULTA

Há vinte anos a Câmara Municipal de Juiz de Fora celebrou com a Companhia Mineira de Eletricidade o contrato da cópia inclusa.

Sem completas garantias quanto à exploração tranqüila durante o prazo fixado, a Companhia não poderia executar as instalações até hoje feitas e nas quais tem dispendido para mais de 1.500 contos. Ainda agora está executando instalações novas, com as quais gastará, no mínimo, 800 contos de réis.

Tais garantias, porém, só poderiam existir incontro- versas com a cláusula clara de privilégio. Acontece, porém, que a Constituição Mineira não permite às Municipalidades conceder privilégios por mais de 25 anos, e não era possível à Companhia contratar por menos de 35. Procurou-se então, na elaboração do contrato, estipularem-se cláusulas que de fato assegurassem a exploração dos serviços por parte da Companhia. Sempre se reputou existir inteira segurança es- pecialmente diante do disposto na cláusula 2ª, § 5º.

Não só para as exigências da iluminação pública, como para as de luz particular e força motora às indústrias, a energia fornecida pela Companhia tem sido bastante. Com a instalação nova haverá sobra.

Entretanto, neste momento, apresentam-se outros, reque- rendo à Municipalidade concessão para explorar também luz particular e força motriz às indústrias, estipulando taxas bem menores do que as da Companhia, e que esta, sem prejuízo, não poderia aceitar.

A Câmara, no pressuposto de que a disposição da cláu- sula 2ª § 6º vigora a todo o tempo, mandou ouvir a Com- panhia sobre os novos preços e obrigações. Esta, em caso algum poderá sujeitar-se a uns e a outras, salvo sensível

redução em seus lucros distribuídos aos acionistas, os quais não têm excedido de 8%.

Os proponentes não apresentaram, ao requerer, prova alguma de idoneidade financeira, nem esta lhe foi exigida pela Municipalidade.

Exposto isto, pergunta-se:

1º

Qualquer outra concessão, determinando para a Companhia inevitável redução de preços, e pois prejudicando os seus serviços, os quais forçosamente hão de piorar na razão direta da diminuição dos lucros, não importará em violação da cláusula 2ª § 5º?

2º

A consulta prevista em a cláusula 2ª § 6º, à vista do disposto na cláusula 5ª, pode ser feita a todo o tempo, ou regula apenas a situação da Companhia, expirado o prazo do contrato?

Caso entenda que a consulta possa ser feita a todo tempo, pergunta-se: a) pode ela ser feita, em relação a serviços já explorados pela Companhia, ou só em relação a novas formas de exploração elétrica ou a regiões não atingidas ainda pelas instalações atuais? b) pode a mesma consulta ser feita, sem que se exija do signatário da nova proposta prova de idoneidade financeira?

3º

Qualquer outra concessão não comprometerá a fiel execução da cláusula 5ª, que assegura, findo o prazo do contrato, preferência à Companhia para a continuação dos serviços contratados e gozo das concessões?

4º

Diante dos compromissos resultantes do contrato das instalações feitas e em execução, da inteira regularidade dos serviços da Companhia, que nunca foi multada, é permitido à Câmara deferir o requerimento ou aceitar a proposta da nova empresa?

5º

A Câmara Municipal pode votar uma lei concedendo a outra empresa a instalação de eletricidade obrigando a Companhia Mineira, com a qual tem contrato, a pronunciar-se no prazo de 10 dias sobre a preferência dos serviços?

6º

Qual o recurso da Companhia Mineira contra a Câmara que infringe assim o seu contrato?

* * *

Vai, nesta data, o meu parecer em vinte e duas páginas manuscritas do meu punho e por mim assinadas.

Rio, 10 de maio, 1913.

a) RUI BARBOSA.



Parecer

I

A consulente, na sua exposição, referindo-se ao contrato, que, há vinte anos, celebrou com a Câmara Municipal de Juiz de Fora, e sobre o qual versa a consulta, observa:

"Sem completas garantias quanto à exploração durante o prazo fixado, a Companhia não poderia executar as instalações até hoje feitas, e nas quais tem dispendido para mais de 1.400 contos. Ainda agora está executando instalações novas, com as quais gastará, no mínimo, 800 contos de réis.

"Tais garantias, porém, só poderiam existir incontrovertidas com a cláusula clara de privilégio. Acontece, porém, que a Constituição Mineira não permite às municipalidades conceder privilégio por mais de 25 anos, e não era possível à Companhia contratar por menos de 35. Procurou-se então, na estipulação do contrato, estipularem-se cláusulas, que de fato assegurassem a exploração dos serviços por parte da Companhia. Sempre se reputou existir inteira segurança, especialmente diante do disposto na cláusula 2ª, § 5º".

Se bem entendo o pensamento contido neste lance, o que nêle se quer dizer, é que, sem embargo do texto constitucional, onde se veda às municipalidades

outorgarem privilégios por mais de vinte e cinco anos, a Companhia Mineira de Eletricidade entende haver, pelas cláusulas do seu contrato, assegurado ao seu privilégio a duração de trinta e cinco.

Ora, neste ponto, a consulente não tem razão.

Realmente, a Constituição do Estado de Minas Gerais, no art. 75, nº XVI, dispõe que

«as Câmaras municipais não poderão conceder privilégios por prazo superior a 25 anos».

Esta é uma das "bases", que essa constituição, no princípio do art. 75, mandou sejam "respeitadas", na "lei especial que regulará a organização dos municípios".

A êstes, portanto, se acha categoricamente interdita, pela lei fundamental do Estado, a concessão de todo e qualquer privilégio, cuja existência ultrapasse o termo de 25 anos.

Mas todo o ato praticado contra uma disposição proibitiva da lei é nulo.

Logo:

ou a concessão dada pela Câmara Municipal de Juiz de Fora à Companhia Mineira de Eletricidade não constitui privilégio, e, então, será válida até ao limite dos 35 anos, por que foi contratada;

ou essa concessão é um privilégio, e, neste caso, não pode validamente exceder o limite constitucional de 25 anos.

A consulente está, pois, neste dilema: ou abre mão do caráter privilegiado, que a essa concessão atribui, para sustentar a sua duração por 35 anos, ou, para salvar o título de privilégio, que reivindica, tem de vê-lo reduzido ao prazo de vinte e cinco.

Esta, a consequência inevitável da proibição constitucional.

Dela não resulta que o privilégio, se privilégio houver, seja nulo em toda a extensão do prazo a êle assinado no ato da concessão, mas que será nulo no que acrescer aos vinte e cinco anos permitidos. A nulidade não abrange a concessão na sua existência total, mas, unicamente, a diferença entre a duração, que se lhe quis dar no ato da outorga, e a duração máxima, que a norma legislativa lhe consentia.

Dentro nos vinte e cinco anos vigorará, porque, nos limites desse período, o privilégio não excede a faculdade, em que a constituição do Estado investe as câmaras municipais. Mas, por isso mesmo, caducará, em chegando a essa extrema, que lhes ela taxou peremptoriamente.

Ora o contrato da Companhia, que me consulta, com a Câmara de Juiz de Fora estipula, na sua cláusula 4ª, que êle "vigorará pelo prazo de 35 anos, contados da data da sua celebração".

Esse contrato, portanto, excede em dez anos o máximo constitucional, caso tenha, realmente, o cunho de privilégio a concessão nêle outorgada. Logo, em tal hipótese, esse contrato não vale, senão até os vinte e cinco anos, que se contarem do dia, em que foi celebrado.

Resta, pois, examinar, respondendo ao 1º quesito, se há, efetivamente privilégio na concessão, tal qual a autorizou a Resolução Municipal nº 179, de 25 de maio de 1893, norma do contrato que se discute.

Privilégio se chama o direito exclusivo, inerente, por lei ou contrato, ao exercício de uma função, ao desempenho de um serviço, à exploração de uma indústria, ou ao uso de uma faculdade.

Quando os privilégios são legítimos, isto é, quando não invadem, como êste não invade, o terri-

tório reservado ao direito individual, a sua concessão pode assumir a forma de um contrato, cujo vínculo de obrigação não será lícito quebrar. "*The grant may assume the form of a contract, the obligation of which must not there after be impaired*". (BLACK: *Construction and Interpretation of the laws*, p. 321).

Mas a intenção de conceder um privilégio ou monopólio nunca se presume. O que, ao contrário, sempre se supõe, é que a autoridade, legislativa ou executiva, não tinha em mente restringir, por êsse modo, a sua ação, ou a dos seus sucessores. "*The intention to grant a monopoly will never be presumed, but on the contrary it will be presumed that the legislature did not intend thus to limit its own power or that of its successors*". (*Ibidem*).

Cessará, porém, essa presunção, quando resultar claramente dos termos da concessão a inferência de que o outorgante lhe quis imprimir o caráter de exclusivismo constitutivo dos privilégios ou monopólios. "*This presumption can be overcome only by clear and satisfactory inference from the terms of the grant*". (*Op. cit.*, p. 322.)

Se dos termos da concessão evidentemente se depreende que o concedente restringiu ou renunciou, de propósito deliberado, o seu direito de conceder a outrem, depois, faculdade semelhante, "*that it was the actual and deliberate intention of the legislature to preclude the State from granting similar franchises to any subsequent corporation*", não se poderá negar o privilégio, ainda que tal nome se lhe não dê no texto da lei, ou do contrato.

Não é, de fato, o emprêgo dêsse vocábulo na contextura verbal das cláusulas contratuais ou legislativas o que dá o ser, a essência, a realidade substancial a um privilégio. É a natureza das concessões fei-

tas, a sua extensão, a sua exclusividade. Se esta for inerente ao caráter dos favores concedidos, ou derivar, inevitavelmente, dos termos absolutos em que eles se exprimirem, a existência do privilégio será inegável, embora se não consigne ali essa denominação.

Vejamos agora que é o que ocorre na espécie vertente.

Se o contrato com a consulente reproduz os termos da resolução nº 179 (só esta acompanha a consulta), nêle não se declara explicitamente que seja privilégio a concessão ali feita.

Mas a condição de privilegiada lhe resulta, óbvia e sensivelmente, da natureza de certas obrigações ali contraídas pela municipalidade para com a concessionária e certos direitos a esta conferidos pela municipalidade.

Na cláusula 2ª, § 5º, a Câmara Municipal se obriga "a não consentir qualquer obra e assentamento congênere ou outro, que de sua concessão dependa, e possa trazer dano aos serviços e instalações da Companhia".

Mediante êste ajuste a municipalidade se compromete, como se vê, a se abster de tôda e qualquer concessão, dela dependente, ou não, nas suas obras e assentamentos, aos assentamentos e obras da Companhia, donde a esta se possa originar prejuízo, quer seja relativamente às suas *instalações*, quer aos seus *serviços*.

Note-se bem. Não se trata só das instalações da empresa; a saber: dos seus encanamentos, das suas usinas, das suas estações e propriedade, do conjunto das suas obras, do acêrvo do seu material, da massa dos seus bens.

Além disso, o contrato inibe, ainda, a Câmara Municipal de consentir ou concorrer em atos ou fatos, que ocasionem dano "aos *serviços*" da Companhia.

Quais vêm a ser os *serviços* da Companhia?

As enunciações do contrato os elevam ao número de três, ali especificados distintamente: um na cláusula 1ª, § 1º e 2º; outro na mesma cláusula, § 9º; o último, enfim, na cláusula subsequente, § 3º.

O primeiro é o da iluminação pública:

A companhia obriga-se a manter a iluminação pública, já estabelecida em virtude de contrato anterior, por meio de lâmpadas incandescentes, e a desenvolver a iluminação pública por todo o perímetro da cidade, para servir às praças, ruas e logradouros públicos em geral.

O segundo é o da iluminação particular. A Companhia se obriga, outrossim,

a fornecer eletricidade para iluminação, particular, dentro de seis meses do pedido de fornecimento, em qualquer ponto do perímetro da cidade, onde existir e funcionar a iluminação pública.

O terceiro serviço, enfim, é o da distribuição, pública ou particular, de energia elétrica. A Câmara Municipal obriga-se

a consentir que a Companhia aproveite a eletricidade também para a transmissão de força no perímetro da cidade e fora.

Os três serviços cometidos à empresa, pois, consistem nas três distribuições, duas de luz e uma de força elétrica, a que o contrato, nos dois primeiros casos, obriga a concessionária e, no terceiro, lhe assegura direito.

A respeito de cada um destes três pontos, a situação jurídica da Companhia nos apresenta dois aspectos. Um vem a ser o dos seus direitos e obrigações quanto aos imóveis, às obras e ao material, por ela criados, adquiridos ou reunidos. É o de que cogita o contrato, quando se lhe refere às "instalações". O outro consiste nos misteres industriais, que ela, por meio dessas instalações, toma a incumbência de exercer. Êsses são "os serviços", que a concessionária presta.

As instalações vêm a ser o *instrumento*, com que opera a indústria contratada. Os *serviços*, a *função* que ela, com êsses meios, desempenha. Instalações, edifícios, canalizações, máquinas, aparelhos; e, criado, com êstes elementos, o seu sistema de ação, o organismo da sua vida econômica e técnica, por meio dêle dá conta dos seus *serviços*, fornecendo eletricidade e luz à população municipal.

Eis por que não se quiseram as partes limitar, na redação do contrato, a garantir, contra a emergência de outras concessões, "as instalações" da Companhia e lhe garantiram também, contra o mesmo risco, "os serviços".

Se o contrato falasse unicamente em "instalações", os direitos da Companhia estariam respeitados inteiramente, desde que as concessões ulteriores, na sua execução, não ofendessem materialmente o material desta companhia, não lhe diminuíssem o valor, não o inutilisassem ou embaraçassem na sua adaptação aos fins para que se destina. Bastaria então que as canalizações rivais não colidissem fisicamente com as desta empresa, que as suas concorrentes a não tolhessem na disposição e uso das suas propriedades, nem as danificassem.

Mas, envolvendo na mesma garantia "os serviços" confiados à Companhia Mineira de Eletricidade, a resolução municipal nº 179 e o contrato dela decorrente tiraram à municipalidade o direito de autorizar, durante o período contratual, a quaisquer outras empresas todo e qualquer ato, que importe em dano, ou possa causar, ao ministério industrial encarregado a esta companhia, embaraçando a exploração, que lhe foi concedida, reduzindo a sua importância, cerceando as suas vantagens.

A indústria constituída em empresa e o serviço que a ela se entregou por um ato do poder público, estão identificados; visto que essa indústria vive d'este serviço, e êste serviço não se realiza senão mediante essa indústria. Ela se desvalia, e, desvaliando-se, *ipso facto* se enfraquece, em se lhe cortando os lucros, em se lhe estreitando o rendimento. Ora o modo mais direto, mais seguro e mais completo de lhe causar êsse mal, está em lhe suscitar a ela concorrentes.

A execução dos serviços, que uma associação industrial toma a seu cargo para com a população de um território mais ou menos considerável depende essencialmente dos seus recursos pecuniários, e os seus recursos pecuniários da receita que a execução dêsses serviços lhe proporcionar. As empresas constituídas para a distribuição pública de luz, eletricidade, água, meios de transporte e outros artigos de necessidade comum nos centros populosos demandam capitais muito avultados, cuja amortização e juros, somados às despesas de custeio do fornecimento contratado elevam enormemente a importância financeira dos seus compromissos.

Claro está, pois, que, se a êles não puderem satisfazer as companhias, os serviços, de que elas forem encarregadas, decairão em qualidade, sofrerão

na sua continuidade e regularidade, acabarão, afinal, por se suspender e cessar totalmente. O maior dano, portanto, com que se pode ferir *um serviço* assim estabelecido, é diminuir-lhe as fontes de receita, com que êle contava, quando se estabeleceu.

Ora nada interessa tão sèriamente as fontes de receita de uma empresa criada em condições tais como a concorrência com ela aberta a outras, autorizadas, com os favores do poder público, a explorarem a mesma indústria, cuja exploração exclusiva ela primitivamente exercia. De todos os danos, portanto, que se podem imaginar "aos serviços" da consulente êsse, indubitavelmente, seria o maior.

Com essa mudança radical na situação, a cuja sombra ela se instituiu, a clientela do município, reunida, até agora, tôda nas suas mãos, passaria a se dividir com outra ou outras companhias, não se sabendo se "os serviços", cuja incumbência a empresa atual assumiu, na esperança de abranger inteira a freguezia daquela área territorial, se poderão manter com o desfalque operado na sua receita pela concorrência de outros fornecedores.

Da maior evidência é, pois, que, quando a Câmara Municipal de Juiz de Fora, na cláusula 2ª § 5º, do contrato que se discute, se obrigou "a não consentir obras ou assentamentos congêneres" aos da consultante, "que possam trazer *dano aos serviços* da Companhia", com isto, implicitamente, se comprometeu a não permitir que, durante o prazo do contrato, outras empresas concorressem com essa nos serviços, de iluminação e suprimento de eletricidade, a ela cometidos.

Êste compromisso ali se acha reforçado com o que a municipalidade contrai, na mesma cláusula, § 1º, quando se obriga

a resguardar, por meio de adequadas providências, nas leis e regulamentos municipais, os postes, fios e canalizações subterrâneas para a colocação dos fios condutores, que convenha à Companhia estabelecer nas suas instalações e serviços.

O espaço aéreo e o subterrâneo, limitados como são nas ruas públicas, especialmente em cidades antigas, onde elas não têm a largura da moderna viação urbana, não oferecem amplitude bastante para a coexistência, mediante linhas paralelas, de canalizações diversas, exploradas por várias companhias sem dano material de umas às outras, nos serviços a que se entregarem. Isso tanto mais quanto a escassa porção de subsolo e espaço aéreo franqueada pelo apêto das ruas ao desenvolvimento de cada um dos serviços municipais de pública distribuição ainda se reduz com a necessidade inevitável de acomodar todos os outros nesses mesmos limites, abrindo lugar, para se canalizarem a luz e a energia elétrica, onde se tem de canalizar também, ou já se acham canalizados, a água, os esgotos, o telégrafo, o telefone.

Eis por que, de ordinário, e quase sempre inevitavelmente, sobretudo nas capitais de segunda e terceira ordem, onde a viação não dispõe de grandes artérias como nas metrópoles de primeira categoria, a cada um desses serviços municipais corresponde um privilégio, um monopólio, legitimado pela inexequibilidade natural da concorrência em tais serviços, ou pela inconciliabilidade prática entre ela e o grau de excelência, em que êles devem ser mantidos.

Que essa era a intenção da Câmara Municipal e a vontade comum das duas partes, no contrato sobre que versa a consulta, ainda se averigua pela sua cláusula 5ª, onde se convencionou que

findo o prazo do contrato, terá a Companhia preferência, em igualdade de condições, para a continuação dos serviços contratados e gozo das concessões, nos mesmos termos ou com cláusulas diversas,

Esta cláusula, como se está vendo, supõe, no termo do contrato, no fim do seu prazo, a existência de uma só companhia, a mesma nêle instituída, com os mesmos serviços ainda por ela desempenhados e usufruídos, numa apropriação e exploração exclusivas.

A essa companhia assegura ela, em condições iguais, "a preferência para a continuação dos serviços contratados" na convenção inicial e para "o gozo das concessões" que ela ajusta. Donde se vê ter ficado excluída, pelo acôrdo mútuo dos contraentes, a hipótese de se encontrarem os serviços, com que se ocupa êsse contrato, na terminação dêste, repartidos entre diferentes companhias.

Esta possibilidade, se fôsse admitida, tornaria vã a cláusula 5ª; e é regra de boa interpretação, aceita assim na hermenêutica das leis como na dos contratos, que não se deve acolher senão quando absolutamente inevitável, a respeito de um texto, legislativo ou contratual, a inteligência que tornar inútil a disposição nêle contida. (TH. SEDGWICK: *The interpret. and construct. of Statutory and constit. Law*, 2nd edition, p. 293, not.)

Concluindo, pois, direi, que, vistas as cláusulas do contrato da Companhia Mineira de Eletricidade no seu complexo e, em particular, a cláusula 2ª, §§ 1º, 4º, 5 e a cláusula 5ª, qualquer outra concessão, antes de ultimados os vinte e cinco anos do privilégio desta, violaria êsse contrato nas cláusulas apontadas.

Tenho assim respondido ao 1º e 3º quesitos.

II

À vista do suposto o que se conclui, quanto ao segundo quesito, é que a consulta prevista na cláusula 2ª, § 6º, não se refere então às concessões, que forem solicitadas, quando houverem cessado os vinte e cinco anos da concessão exclusiva, que esta companhia desfruta.

IV

O quarto quesito está resolvido negativamente pelas respostas dadas aos anteriores.

V

Quanto ao quinto quesito.

Admitida a verdade, que busquei demonstrar, do que expendi, respondendo ao primeiro e terceiro quesitos, óbvio é que a Câmara Municipal, obrigada pelo contrato, cuja análise acabo de fazer, não poderia votar leis, que o transgredissem, intimando a Companhia Mineira a se pronunciar sobre a preferência entre as condições desse contrato e as formuladas agora numa proposta de outra empresa.

VI

A meu ver, infringido assim o contrato, o remédio, que teria de pronto a Companhia Mineira, seria o uso do interdito possessório, para salvaguardar a manutenção do seu privilégio legal.

Mas, como a nossa jurisprudência, em geral, não tem admitido essa doutrina, sustentada no meu opúsculo sobre a posse dos direitos pessoais, o meio jurídico, para a defesa da Companhia contra o atentado,

consistirá em lhe obviar às conseqüências mediante a ação de perdas e danos.

Assim respondo ao último quesito.

Tal o meu parecer.

Ipanema, 10 de maio, 1913.

a) RUI BARBOSA(*)

(*) Cópia autenticada no arquivo da Casa de Rui Barbosa.



II

USUCAPIÃO

PARECER



Empim, Cloris Benilagua :

" Se o possuidor nas puder allegar
boa fé, como no caso de terem sido
as coisas tiradas violentamente ou fur-
tadas por outrem que nas o possuidor,
ou si nas tiver junto titulo, ou se,
finalmente, se tratar de menores e
interdictos, o adquirente recorre á
unuepicio trintennaria. "

(Dec. Ger. do Br. Civ., p. 413.)

Licças analogia em: Correia Teller, Dir. Int.,
I, art. 1342; P. de Rector Consol., not. 7 ao
art. 1325; C. de Carr., Nov. Consol., art. 434;
Proj. de Encomenda Cod. civ. bras. adop. na
camara, art. 556.

Em summa, a unuepicio trintennaria

- 1º) era presume, na ausencia a boa fé,
- 2º) dispensa o junto titulo;
- 3º) prevalece contra maiores e menores.

Na especie a boa fé nas se pode negar.

" Nas vale, pois, contra os trinta e um annos de
pos. tranquilla, incontestada e continua, a
ingruidencia da segundia, que o adquirente
nas colhecia, nem o privilegio de restituicao
de menores, que se allega.

Rio, 21 de junho, 913.

Ruy Barbosa

Parte final do manuscrito a respeito de Usucapião.
(Exemplar da Casa de Rui Barbosa).

Parecer

Concordo com o parecer do Dr. Gusmão Lima em tôdas as suas conclusões. Mas, a meu ver, há que acrescentar ainda uma consideração de relevância capital para o caso.

Na hipótese vertente a posse data de 1882. Tem pois, mais de trinta anos cumpridos. Assim que não cabe ao possuidor alegar só a prescrição aquisitiva ordinária, mas ainda a extraordinária, que se autoriza com trinta anos de posse. E a usucapião trintenária não requer justo título, envolve a presunção de boa-fé, e pode ser alegada em relação aos bens de menores e interditos.

Esta regra decorre originariamente da Const. 8, § 1, Cod. *De praescriptione XXX vel XL annorum* (VII, 37), nas palavras:

«nisi ipse injustus possessor triginta vel quadraginta annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui et vicit, ea possessive cecidit, exceptione munitus est.» (*Dir. das cous.*, I, § 44, p. 225.)

As leis pátrias adotaram êsse direito desde a Ord. L. IV, t. 3, § 1º, onde se dispõe:

«E vindo a cousa obrigada a poder do possuidor *sem título algum*, poder-lhe-á a demanda ser feita pelo credor *até trinta anos cumpridos*.»

SILVA, *Ad. Ord. lib. IV, t. 3, § 1º*, explana este texto dizendo:

«Ad hanc praescriptionem non requiritur probatio bonae fidei, quia praesumitur ex lapsu triginta annorum, nisi de mala fide constet.»

(Tom. IV, p. 157, nº 22.)

No mesmo sentido se exprime MELO FREIRE:

«In praescriptionibus longissimi temporis jure nostro *titulus non requiritur*. Ord. lib. IV, tit. 3, § 1º vers.: *E vindo*.

«Bonam autem fidem et justum titulum possessor probare debet in praescriptione longi temporis; *in longissimi nec titulum, nec bonam fidem probare tenetur*, utrumque enim praesumendum.»

(*Inst. Jur. Civ. Lus.*, L. III, t. 4, §§ 8 e 9. Ed. de 1815, tom. III, p. 26-27.)

COELHO DA ROCHA, desenvolvendo o ponto, acrescenta:

«Recorre-se à posse de trinta anos nos seguintes casos:

1º Quando o possuidor não tem justo título porque a diuturnidade do tempo o faz presumir perdido;

2º Quando as cousas foram antecedentemente furtadas, ou tomadas violentamente, as quais o possuidor de boa-fé mesmo não *as pode prescrever, senão neste espaço*. L. 3 e 1. 8, § 2º Cod. de praescr. 30 ann.

3º Nos bens de menores. L. 3 Cod. quib. non obj. long. temp. praescript.»

(*Inst.*, § 463.)

Mais clara se enuncia ainda a doutrina e mais cabal na obra de LAFAYETTE:

«Se a prescrição *ordinária* não prevalece no caso occorrente, por lhe faltar algum dos seus requisitos peculiares (*justo título* ou causa hábil, § 64), pode ser suprida *pela extraordinária*, uma vez que o possuidor esteja de boa-fé, que a coisa seja prescriptível, e que a posse tenha durado *por trinta anos*.»

«A *extraordinária* ... dispensa *justo título*.»

Semelhantemente ensina o Dr. LACERDA DE ALMEIDA:

«Suprir a ausência do título ao possuidor de boa-fé, e sanar os defeitos da aquisição — eis a função da prescrição *extraordinária*, complemento e subsidio da *ordinária*. Para operar tais efeitos, exige a prescrição *extraordinária* posse durante *trinta* ou *quarenta* anos.»

Enfim, CLÓVIS BEVILÁQUA:

«Se o possuidor *não puder alegar boa-fé*, como no caso de terem sido as cousas tiradas violentamente ou furtadas por outrem que não o possuidor, ou se *não tiver justo título*, ou se, finalmente, se tratar de *menores e interditos*, o adquirente recorre à usucapião *trintenária*.»

(*Teor. ger. do Dir. Civ.*, p. 413.)

Lição análoga em CORREIA TELES, *Dig. Port.*, I, art. 1342; T. DE FREITAS, *Consol.*, not. 7 ao artigo 1325; C. DE CARV., *Nov. Consol.*, art. 431; *Proj. de Cod. civ. bras. adopº na Câmara*, art. 556.

Em suma, a usucapião *trintenária*

- 1º) ora se presume, ora escusa a boa fé;
- 2º) dispensa o justo título;
- 3º) prevalece contra maiores e menores.

Na espécie a boa-fé não se pode negar. Não vale, pois, contra os trinta e um anos de posse tranqüila, incontestada e contínua, a injuridicidade da aquisição, que o adquirente não conhecia, nem o privilégio de restituição de menores, que se alega.

Rio, 21 de junho, 1913.

a) RUI BARBOSA (*)

(*) Ms. do arquivo da Casa de Rui Barbosa.

III

CAUSA HORÁCIO SABINO
e CINCINATO BRAGA

X

MARTINHO FERRAZ

(adv. Alfredo Pujol)

Tribunal de S. Paulo — (Embargos 7211)

PARECER



Parecer

O fato sôbre que se suscita a questão exposta na consulta, é da maior simplicidade.

Estando em via de organização uma sociedade anônima, destinada a negociar em terrenos, prédios, construções e outros melhoramentos na capital de S. Paulo, os drs. H. e C., seus promotores, receberam do coronel M., em terrenos, a soma de trinta contos de réis, cujo pagamento se obrigaram, mediante escritura legal de contrato, assinada pelas duas partes, a efetuar, até ao 1º de maio de 1912, com ações integralizadas da companhia que se viesse a constituir, na importância do seu valor nominal, sob pena, se excedessem êsse prazo, de se considerar de pleno direito vencida a obrigação, para o efeito de poder logo o credor exigir o seu reembolso em moeda, com os juros e multa ali convencionados.

O instrumento de contrato deixava aos devedores opção entre essa maneira de solver o débito e o alvitre de o remirem, se lhes aprouvesse, em moeda corrente, aumentado, em tal caso, com os juros de 12% ao ano pelo tempo decorrido.

Mas esta alternativa não se verificou; porquanto, havendo-se incorporado a sociedade projetada, comunicaram os drs. H. e C. ao coronel M., em janeiro de 1912, que optavam pelo pagamento em ações.

Como, porém, a companhia tinha a sua sede em Londres, só ali se poderiam elas transferir; e por isso,

na mesma ocasião em que o avisavam da opção adotada, lhe davam ciência de que cumpria estabelecer o credor naquela cidade um procurador, para ultimar a transferência e receber as ações.

Aquiescendo nisto, o coronel M., em 30 de janeiro de 1912, mediante instrumento lavrado em cartório, constituiu procurador a um advogado estabelecido em Londres, para "receber dos drs. H. e C. a transferência de 300 ações integralizadas de £ 10 cada uma, da S. Paulo Real Estate Co., Ltd., sociedade anônima com sede em Londres, *ações essas que os outorgantes se obrigam a receber dos referidos doutores, pelo seu valor nominal, em pagamento da dívida que estes tinham para com eles, conforme documentos que entregaram aos outorgantes.*"

Aqui se fala, pluralizadamente, em *outorgantes*, por concorrer, na outorga da procuração, com o coronel M., o doutor A., que fizera com os drs. H. e C. o mesmo negócio, entrando, em terrenos, para a sociedade com a quantia de quinze contos, sob as mesmas condições, e que, para aceitar a transferência das ações estipuladas, conferia poderes, em Londres, ao mesmo advogado nomeado pelo coronel M.

Este firmou o escrito de mandato aos 30 de janeiro de 1912, o que não fez o outro outorgante, o dr. A., senão em 2 de maio de 1912.

Mas esta circunstância não altera a situação jurídica dos fatos contra os drs. H. e C. O concurso do dr. A. na mesma procuração outorgada pelo coronel M. era um episódio accidental, que nenhuma relação vinha a estabelecer entre o crédito do segundo e o do primeiro. Depois, se o documento procuratório não foi assinado em tempo útil pelo dr. A., que só o subscreveu no dia subsequente ao vencimento do prazo, não acontece o mesmo com a assinatura do

coronel M., que, dada três meses antes, deixou, pela sua parte, consumada a outorga do mandato.

Fôsse, ou não, o seu instrumento solene ter às mãos do mandatário, para dêle usar oportunamente, esta circunstância, a cujo respeito não nos informa a consulta, não influi para a solução. Se o procurador não recebeu a procuração em tempo de funcionar, como cumpria, no 1º de maio de 1912, do atraso tôda a culpa corre por conta do credor, o coronel M., a quem competia habilitar com a devida antecipação o seu representante, para haver as ações no termo aprazado.

Pela sua parte, os devedores tinham esgotado tudo o que lhes cabia, desde que, mais de três meses antes do vencimento da dívida, notificaram o credor, o coronel M., de que as ações convencionadas aguardavam em Londres o comparecimento do seu representante, legalmente constituído, para lhe serem entregues, a êsse credor, o coronel M., assentindo, sem objeção alguma, se dera pressa em fazer lavrar e assinar, no mesmo mês de janeiro, a procuração requerida.

Se êsse instrumento não foi encaminhado ao seu destino, nada lhe faltava, da parte dêsse outorgante, para ser completo, recebendo imediatamente a aplicação, a que se reservava; e, em todo o caso, a sua mera presença nos livros do cartório, onde se lavrara, com as declarações, autenticadas pela assinatura do coronel M., que no seu texto se continham, bastava, para atestar, não só que o credor estava ciente da opção adotada pelos devedores, mas também que com êles se achava de absoluto acôrdo nas condições, modo, espécie e lugar do reembolso.

Esta consideração, a meu ver, por si só, resolve terminante e inelutavelmente a controvérsia. O con-

trato dava aos devedores o direito de saldar o seu débito em ações da companhia, segundo o seu valor nominal, num prazo fixado. Por essa maneira de pagamento optaram os devedores, inteirando o credor, muito a tempo, da sua escolha, e prevenindo-o de que, tendo a companhia a sua localização jurídica em Londres, ali se efetuaría a entrega dos títulos prometidos em resgate da obrigação. Avisado, o credor não reclama, não objeta, não discute: ao contrário, imediatamente, por um ato notarial, a que põe a sua firma, designa o procurador, que, na metrópole inglesa, receberá por êle, as ações oferecidas em pagamento.

Diante disto, que mais restava aos devedores, senão aguardar, na sede legal da companhia, o procurador nomeado, para se desempenharem do compromisso, em que o credor solenemente aquiescera, de lhe entregar os títulos propostos e aceitos?

Para lhos receber, onde anuíra em que lhe fôsem entregues, dispunha de mais de três meses, e a remessa da procuração ao lugar onde tinha de servir não demandava senão a sexta parte desse tempo. Todo êle, porém, decorre, sem que ela chegue ao sítio, onde era esperada. Quem por essa demora há de responder, senão o credor, cuja negligência deixou inadvertidamente acabar o prazo convencional, ou cuja escassez de escrúpulos não o quis utilizar, para, depois, inverter contra os devedores inocentes e pontuais a culpa?

Esta não poderia ser mais clara, mais visível, mais grosseira. Admitir que os seus responsáveis se isentem das suas conseqüências indiscutíveis, explorando-as, ainda em cima, contra os inculpadados, seria desconhecer os princípios elementares neste assunto.

Se o credor não concordava com o pagamento em Londres, com o pagamento na espécie em que se lhe anunciava, ou com o pagamento no modo como se lhe propunha, o espaço de mais de três meses, mediante entre a comunicação dos devedores em janeiro e o dia terminal do prazo em maio, lhe proporcionava as mais largas ensanchas, para se opor à solução que lhe êles alvitram. Mas, longe de o fazer, conveio, não tácita, mas declarada, formal e solenemente, instituindo, mediante uma procuração tabeliada, onde se expressa a sua aquiescência em todos os pontos, o mandatário especial, que por êle devia ultimar em Londres a operação do seu reembolso nos termos precisos do aviso expedido pelos devedores.

Isto feito, êstes só poderiam incorrer em mora se, até o 1º de maio de 1912, o credor, em pessoa, ou pelo seu procurador, se houvesse apresentado, em Londres, à administração da companhia, e esta lhe não desse as ações prometidas.

Tal, porém, não ocorreu. Bem ao contrário, em vez de se limitarem, como era direito seu, os devedores a aguardar em Londres o comparecimento do credor, para lhe fazerem boa a entrega dos títulos devidos, o dr. H. antecipou-se a isso, fazendo transferir diretamente ao coronel M., pelo banqueiro F., responsável a êsse incorporador da companhia por número maior de ações, as duzentas correspondentes ao crédito do dito coronel.

De fato, pois, a transferência já se achava, até, realizada, na parte que dos devedores dependia, faltando-lhe só o que tocava ao credor, para se achar completa. Se esta condição não se verificou, os devedores, que, do que lhes tocava, tudo absolutamente envidaram, por não incorrer em impontualidade, não

é que não de responder pela impontualidade, voluntária, ou não, do credor.

A consulta acrescenta que o documento dessa transferência foi depositado nas mãos da companhia em 29 de abril de 1912, telegrafando, no dia seguinte, de Londres, o Dr. H. ao coronel M. que o ato, já concluído, até onde cabia aos devedores, aguardava unicamente a assinatura do representante do credor. Ainda se lhe davam, assim, dois dias, para acudir telegraficamente, de modo que o pagamento lhe estivesse nas mãos antes de vencido o prazo do contrato.

Não o fez, não se moveu, não respondeu coisa nenhuma, para, dias depois, dando por não cumprido o ajuste do pagamento em Londres nos títulos estipulados, exigir o reembolso aqui, e mais tarde pleiteá-lo judicialmente em dinheiro, com juros e pena convencional, sob o pretexto de não haver recebido as ações no lugar do seu domicílio, como era de direito, no silêncio do contrato.

Mas esta alegação não procede.

Desde que o contrato autorizava os devedores a saldar, se quisessem, o débito com ações da companhia em via de organização, implicitamente reconhecia aos devedores o direito de efetuar fora daqui o pagamento, se a sociedade se constituísse no estrangeiro, e lá tivesse a sua sede; pois, em tal caso, só ali se poderiam transferir as ações, sendo elas nominativas.

Sujeitando-se a receber o pagamento em títulos dessa natureza, o credor *ipso facto* se sujeitou a aceitá-lo onde êsses títulos lhe pudessem vir a ser entregues; e, não podendo êles passar ao seu domínio senão por transferência na sede social, de acôrdo com a lei do país, onde a companhia se constituiu,

claro está que, assentindo a lhe ser pago o seu crédito em ações da sociedade, o credor assentiu em o receber, fora do seu domínio, no lugar onde ela tem o domicílio social.

A norma já firmada entre nós pelo consenso de várias autoridades e agora formuladas no projeto de código civil remetido pela Câmara ao Senado, estatui que

o pagamento deve ser feito no domicílio do devedor, salvo convenção das partes, ou se as circunstâncias, a própria natureza da obrigação, ou determinação da lei dispuserem o contrário.

— CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.): *Doutr. e Prat. das Obrigações*, 2ª ed., V. I, nº 251, p. 474; *Proj. de cod. civ. brasil.*, art. 953. —

A obrigação, pois, de entregar em pagamento ações de uma companhia organizada no estrangeiro, estabelecida no estrangeiro, sujeitas às leis estrangeiras, e por estas adstricta à regra de não transferir as suas ações senão no lugar de sua sede, é uma das hipóteses, que, nos termos da norma consagrada ao princípio geral do pagamento no domicílio do credor, lhe abrem exceção reconhecida.

Aqui se aplica o critério definido por CROME, quando nos diz:

Às vêzes o lugar de cumprimento da obrigação é estabelecido no contrato, ainda sem convenção expressa ou tácita, pelo fato de ser tal a natureza da prestação, que não seria possível executá-la noutro lugar.

(*Teorie fondamentali delle obbligazioni nel dirit. franc.*, § 13, p. 130).

Se o contrato não especifica o lugar do pagamento (e é o que ocorre na espécie), em regra se-

subentende o do domicílio do credor. Mas o preceito geral está subordinado às atenuações ou modificações resultantes da fórmula superior, em virtude da qual "o lugar do cumprimento do contrato se determina pelo conteúdo especial da obrigação". (*Ibid.*, p. 128)

Não é necessária, como bem o observa êsse grande mestre, "uma indicação explícita. Mas deve, a êste respeito, observar-se a vontade pressunta dos contraentes, que se há de interpretar segundo o princípio geral da boa fé e dos usos comerciais." (*Ibidem.*)

Ora nem os usos comerciais nem a boa fé permitiriam que, quando um devedor se compromete a saldar o seu débito em ações de uma companhia intransferível fora do lugar da sede, se considere assumida por êle a obrigação de realizar o pagamento na residência do credor, domiciliado noutro lugar.

Demais, ainda a supormos que na espécie o contrato não autorizasse os devedores ao pagamento no lugar do domicílio social, das circunstâncias teria, posteriormente, resultado uma convenção, que alterava, a tal respeito, o contrato.

A convenção que altera o lugar de pagamento pode ser expressa sem, entretanto, demandar formas especiais, ou tácitamente feita.

— CARVALHO DE MENDONÇA: *Op. cit.*, v. I, nº 251, p. 475. —

Ora o que se dá, quando, como nos exemplos aí apontados, a obrigação é de praticar certos atos num imóvel determinado, porque o imóvel não se remove do solo a que adere, igualmente sucede, quando se trata de tranferir uma propriedade, como

a das ações aludidas, que, conquanto móvel, não é suscetível de transferência senão em certo e determinado lugar.

Demos que o coronel M., ao assinar o contrato de 30 de maio de 1911, não soubesse que a companhia, cujas ações declarava aceitar em pagamento, ia ser estrangeira, e ter a sua sede em Londres. Figuremos que, longe disso, a imaginava nacional, não se comprometendo senão por isso a lhe receber em paga as ações.

Mas depois que a companhia se incorporou na capital britânica, e adotou por domicílio social aquela cidade, disso lhe deram conhecimento os dois devedores, o Dr. H. e o Dr. C., informando-o de que era indispensável constituir procurador na metrópole inglesa, para receber a transferência das ações.

Aí bastaria o silêncio do credor, para traduzir o seu assentimento, para significar essa "convenção tácita", a que alude CARVALHO DE MENDONÇA como suficiente meio de alterar a convenção anterior sobre o lugar do pagamento. É uma das emergências, em que tem cabida o apotegma jurídico dos romanos: *Quis tacet, consentire videtur*. (C. 43, de *regulis juris*, V, 12.)

Mas o credor não se limitou a consentir pelo silêncio: consentiu por atos formais, lavrando em cartório um instrumento público, no qual nomeava mandatário, para aceitar em Londres, na sede social da companhia estrangeira, a transferência das ações convencionadas como pagamento. Da celebração desse ato, dos termos do seu contexto, da solene anuência que nêle se continha ao convite dos devedores para a ultimção da transferência das ações em Londres, tiveram eles conhecimento; e, em conse-

quência, certos do assenso do credor, ali aguardaram o seu representante, já constituído, para lhe transmitir as ações ajustadas.

O lugar do pagamento, sobre o qual era mudo o contrato originário, estava agora explicitamente designado por êsse ato peremptório e terminante do credor, adstrito, daí em diante, a receber as ações na capital estrangeira, que aceitava.

Nesse lugar estavam as ações, antes do termo do prazo, à espera do credor, ou seu mandatário, que as fôsse receber. Não as recebeu o credor, porque as não foi, nem as mandou buscar. Tudo culpa sua.

Logo, os Drs. H. e C. não estão em mora, e dêles não pode haver o credor senão o pagamento mediante as ações, que por culpa unicamente sua não embolsou na época estipulada.

Rio, 25 de outubro de 1913.

RUI BARBOSA.

IV

BANCO HIPOTECÁRIO DO
BRASIL

PARECER



Banco Hypothecario do Brazil

Parecer

do

St. Conselheiro Ruy Barbosa



RIO DE JANEIRO
TYPOGRAPHIA LEUZINGER

1914

Fôlha de rosto do Memorial do Banco impresso em 1914.
Tamanho original — Biblioteca da Casa de Rui Barbosa.

CONSULTA

1º

O Banco Hipotecário do Brasil é a mesma pessoa jurídica Banco Colonial do Brasil e Banco de Crédito Popular do Brasil?

2º

A isenção de que trata o art. 14 do Dec. 1.036-B de 14 de novembro de 1890 estende-se a todas as contribuições — federais, estaduais, municipais — em que possa incidir o Banco no exercício de suas funções? O acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 11 de abril de 1908, restringiu de qualquer modo essa isenção, ou a julgou ampla e geral? É lícito ao Governo Federal e aos outros poderes administrativos dos Estados e Municípios desconhecer a autoridade desse julgamento?

3º

Não tendo o Banco sofrido interpelação judicial alguma por parte do Governo Federal, nem de qualquer Estado da União, constituindo-o em mora por falta acaso cometida, tem fundamento legal e justo qualquer declaração de caducidade da concessão?

4º

O recente acôrdo de 11 de dezembro de 1911, celebrado pelo Governo com o Banco, é um ato legal e vantajoso à União, aos Estados e Municípios? E não importa êle, por parte do Governo, em mais um ato de reconhecimento dos favores e privilégios do Banco?

5º

Podia o ministro da Fazenda *suspender* (portaria de 4 de setembro de 1912) os favores e isenções do Banco? Tão arbitrário procedimento não legitima uma ação pelos prejuízos e danos causados?

Parecer

Pôsto como está na consulta, é essencial e exclusivamente jurídico o caso, de que se trata. Formulado nesses termos, não posso ter dúvida em emitir sobre êle o meu juízo, uma vez que não se cogita senão de resolver questões de mero direito, em relação às quais êste me parece claro, ante as circunstâncias expostas na consulta e a sua concludente documentação.

Ouvidos já sobre o assunto os mais eminentes jurisconsultos do nosso fôro, quase nada adiantará, de certo, o meu parecer. Mas a conformidade, em que êste se acha com o consenso unânime dessas autoridades respeitáveis, me anima a confiar no acêrto da minha opinião, e a dá-la sem receio.

I

"O Banco Hipotecário do Brasil", inquire o primeiro quesito, "é a mesma pessoa jurídica Banco Colonial do Brasil e Banco de Crédito Popular do Brasil?"

As companhias ou sociedades anônimas, diz o Cód. Com., art. 295, "são designadas pelo objeto ou empresa, a que se destinam". Quer isto dizer que sociedades, não de pessoas, mas de capitais, as companhias, em qualquer momento de sua existência, se

distingüem entre si, não pelos indivíduos em cuja posse estão as suas ações, mas pelo objeto a que elas se entregam e pela denominação coletiva que adotam.

Mas daí não se conclui que uma sociedade anônima não possa jamais variar de nome, e ampliar ou modificar o seu objeto, continuando a ser a mesma sociedade, se assim o delibera ela na plenitude regular dos elementos competentes, para lhe modificar os atos de constituição social, e a alteração do objeto a não desnatura, privando-a dos seus direitos, e exonerando-a dos seus encargos.

Ora, enquanto se conserva assim, pela vontade social, essa identidade, a pessoa jurídica subsiste a mesma, com a sociedade cuja expressão constitui.

A origem primitiva da sociedade anônima, sobre que versa a consulta, se encontra num ato do Governo Provisório: o Decreto nº 1.036-B, de 14 de novembro de 1890. Nesse decreto, art. 1º, se declara que “é concedido ao Banco Colonial do Brasil e a Artur Ferreira Tôrres autorização para organizarem uma companhia com a denominação do *Banco de Crédito Popular do Brasil*, tendo a sua sede na Capital Federal, caixas filiais nas principais cidades da República e agências nos povoados de mais de cem famílias.”

Nos termos da concessão assim definida se constituiu a companhia, que ela tinha em mira, e cujos estatutos, aprovados pelo Decreto nº 1.208 do mês subsequente, estabelecem, no seu primeiro artigo:

“É constituída na cidade do Rio de Janeiro uma sociedade anônima sob a denominação de *Banco de Crédito Popular do Brasil*, para execução do Decreto nº 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, que fará parte dos seus estatutos”.

Esse mesmo artigo, no seu § 4º, autorizava logo a incorporação do novo estabelecimento com o banco, a quem, juntamente com Artur Ferreira Tôrres, outorgara a concessão o decreto de 14 de novembro:

“O Banco, conservada a sua denominação, poderá incorporar-se ao Banco Colonial do Brasil, se assim for resolvido pela assembléia geral dêste”.

A operação aqui prevista e previamente autorizada no decreto de 14 de novembro em termos expressos, não era a fusão dos dois bancos numa nova sociedade, mas a *absorção* de um deles, o Banco Colonial do Brasil, no outro, o Banco de Crédito Popular do Brasil.

Nem sempre “a fusão de duas sociedades anônimas numa só” se pode considerar “constituição de nova sociedade”, como pretende o decreto expedido pelo Poder Executivo em 4 de julho de 1891. (Artigo 213.)

Esse ato regulamentar, aliás posterior à incorporação do Banco Colonial no Banco de Crédito Popular, não tem fundamento, neste ponto, em nenhum dos atos legislativos consagrados, entre nós, às sociedades anônimas: a Lei nº 3.150, de 1882, e o decreto nº 164, de 17 de janeiro de 1890; e contraria a doutrina geralmente aceita.

Segundo esta, há dois tipos de fusão distintos e inconfundíveis: um, em que as duas sociedades fundidas se extinguem ambas numa sociedade nova; outro, no qual só uma delas expira, absorvida na outra, que subsiste, modificada especialmente quanto à importância do capital e ao número dos associados.

Neste último caso só a sociedade absorvida se dissolve e desaparece: a outra perdura, com a sua personalidade idêntica, ileso, intacta.

Às hipóteses abrangidas neste gênero reservam os juristas o nome de *absorção*, ou *anexação*, ficando o de *fusão*, propriamente dita, às espécies em que do consórcio entre as duas companhias resulta um organismo diverso e uma personalidade nova.

A anexação ou absorção

«a pour effect d'entraîner la dissolution de la première société. La seconde survit *avec le même être moral*; il y a seulement, pour elle, accroissement du fond social par suite de l'apport.

«Cette sorte de fusion est donc régie, en ce qui concerne la société survivante, par les règles relatives à l'augmentation du capital social».

(C. HOUPIN: *Des sociétés*, tom. I, pgs. 357-352, ns. 456, 452.)

Esta é a lição unânime dos mais abalizados mestres:

P. PONT: *Des Sociétés Civiles et comm.*, tom. II, ns. 1090, 1093, pgs. 216, 218.

A. VAVASSEUR: *Des Sociétés civ. et comm.*, t. I (4ª ed.) ns. 431-2, p. 235-6.

LYON-CAEN et RENAULT: *Traité de dr. comm.* (2ª ed.) tom. II, ns. 337-40, pgs. 225-6. *Manuel de Dr. comm.* (ed. de 1910), nº 357 bis, p. 282-3.

ROD. ROUSSEAU: *Des Sociétés commerciales*, tom. II (1902), p. 13, ns. 2622-3

A. SIVILLE: *Des Sociétés Anonym. belg.*, tom. II, p. 95, nº 1436 bis.

F. ARTHUYS: *Traité des sociét. commerc.*, t. II (1906), p. 87, 89, nº 620.

NOAILLAT: *Étude sur la fusion des sociétés*, p. 21.

L. CELLÉRIER: *Étude sur les sociét. anonymes en France* (1905), nº 600, p. 543-4.

Pandectes Franç., vº *Sociétés*, ns. 13.702-13.704.

VIVANTE: *Tratt. di Diritto Comm.*, v. II (3ª ed.), ns. 763 e 765, pgs. 605, 608 e not.

Na espécie o Banco Colonial do Brasil foi o absorvido, o Banco de Crédito Popular o absorvente. A entidade jurídica do primeiro se dissolveu e extinguiu na do segundo. O que sobreviveu à operação, foi a pessoa jurídica do Banco de Crédito Popular.

Dois anos depois, tendo êsse banco requerido ao Governo faculdade, para emitir letras hipotecárias e títulos ou bilhetes de crédito móvel, na forma do decreto nº 169-A, de 17 de janeiro de 1890, o poder executivo assentiu, conferindo-lhe, pelo decreto nº 1.312, de 10 de março de 1893, autorização, para se transformar em banco hipotecário.

Mas os novos estatutos, aprovados pelo decreto nº 1.361, de 20 de abril de 1893 e pela provisão de 7 de maio subsequente, definiram o em que consistia essa transformação. Subsistia o mesmo Banco de Crédito Popular, com uma designação nova e mais uma carteira adicional aos serviços anteriores do estabelecimento.

É o que se torna óbvio logo no artigo 1º, onde se estatui:

«A sociedade anônima fundada na cidade do Rio de Janeiro com a denominação de *Banco de Crédito Popular do Brasil*, regida por estatutos aprovados pelo Governo da República dos Estados Unidos do Brasil, por Decreto nº 1.208, de 23 de dezembro de 1890, para execução do decreto n. ro 1.036-B, de 14 de novembro de 1890, continua a funcionar sob a denominação de *Banco Hipotecário do Brasil*».



O Banco Hipotecário do Brasil, pois, era o mesmo Banco de Crédito Popular do Brasil que continuava a funcionar sob este e o outro nome. A sociedade não mudara: subsistia a mesma, debaixo de um novo apelido. Assim o deliberaram, os que tinham a competência de o deliberar, a saber: os associados, com a sanção da autoridade competente para o sancionar: o governo da União.

Ora, se mudando de nome, não mudara de entidade a associação; se por consenso geral dos sócios, subsistia a sociedade primitiva, não podia haver inovação da pessoa jurídica, visto como a pessoa jurídica não é senão a expressão orgânica da sociedade.

Outras disposições dos estatutos de 1893 confirmam, reforçam e certificam este assêto.

No artigo 10, por exemplo, determinando-se que "o banco se comporá de duas carteiras, as quais terão escrituração completamente distinta", inscreve-se acima da carteira hipotecária a carteira de crédito popular.

No artigo 12 se estipula que "a carteira de crédito popular se destina às operações mencionadas no Decreto nº 1.036-B de 14 de novembro de 1890, bem como às operações de crédito móvel concernentes aos bilhetes de mercadorias, conforme o Decreto nº 165-B, de 17 de janeiro de 1890".

No artigo 77 se reproduz o disposto no artigo 12 do Decreto nº 1.036-B, de 1890, estabelecendo-se que para as operações de coparticipação que este decreto, nesse artigo, prescreve, se deduzirão anualmente 15% nos lucros líquidos da carteira de crédito popular.

No artigo 80, enfim, se convencionou que "os casos omissos nestes estatutos serão regulados pelas

leis em vigor e nomeadamente pelo Decreto nº 1.036-B, de 14 de novembro de 1890" — fórmula onde se renova a exarada no artigo 41 dos estatutos primitivos.

Depois, ainda na provisão acresce uma circunstância terminante. O governo, pela Diretoria Geral do Contencioso, declara que a companhia

«não paga sêlo em vista do disposto no art. 14 do Decreto 1.036-B, de 14 de novembro de 1890».

Considerando-se que o disposto no artigo 14 dêse decreto, onde se outorgou a concessão do Banco de Crédito Popular do Brasil, é que êsse *banco* "terá isenção do sêlo de seus documentos e capital", claro está que, ainda nesse ato, considerando como devida ao Banco Hipotecário do Brasil uma imunidade ali concedida exclusivamente ao Banco de Crédito Popular do Brasil, reconheceu o Governo Federal mais uma vez cobrir a nova denominação, adotada em 1893, a mesma sociedade que o ato de 1890 beneficiara com a dispensa daqueles tributos.

É isto, de mais a mais, o que, na cláusula terminal da carta de aprovação e autorização, formalmente consigna o Governo, encerrando-a com estas palavras:

«O ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, em nome do vice-presidente da República, declara que foram aprovados, com as alterações do mesmo decreto constantes, os estatutos do Banco Hipotecário do Brasil, *antigo Banco de Crédito Popular do Brasil*.»

Mais tarde interveio o Governo Federal outra vez na existência dêse estabelecimento, expedindo, aos 5 de dezembro de 1895, o decreto nº 2 185, no

qual aprovava diferentes modificações aos estatutos da companhia.

Nenhuma dessas modificações, porém, tocava no art. 7º, no art. 10, no art. 12, no art. 77, § 1º, no art. 80, em nenhum dos textos, em suma, onde, como se acaba de ver, se reconhecia a identidade jurídica entre o Banco Hipotecário do Brasil e o Banco de Crédito Popular, identidade que, afinal, a nova carta de aprovação, lavrada aos 9 de dezembro de 1895. atestava de novo com a nota: "Não paga sêlo, *em vista do disposto no art. 14 do Decreto nº 1.036-B, de 14 de novembro de 1890.*"

Dá a dez anos o Banco Hipotecário do Brasil reformava novamente os seus estatutos. O Governo da União sancionou essa reforma, em 29 de julho de 1905, mediante o Decreto n. 5.614. Mas não se mudou uma letra às antigas disposições, nas quais, desde a reforma de 1893, se declarava, pelo consenso das duas partes, a companhia e o Governo, ser o Banco Hipotecário do Brasil, não obstante a diferença entre os dois nomes, uma continuação do Banco de Crédito Popular.

O artigo 1º dos estatutos de 1893, reiterados nos de 1895, se reproduz *ipsis verbis* nos de 1905:

«A sociedade anônima fundada na cidade do Rio de Janeiro com a denominação de *Banco de Crédito Popular do Brasil*, regida por estatutos aprovados pelo Governo da República dos Estados Unidos do Brasil *por decreto nº 1 208, de 23 de dezembro de 1890, para execução do decreto número 1 036-B, de 14 de novembro de 1890, continua a funcionar sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil.*

Todos os demais tópicos (os arts. 10, 12, 77, § 1º, e 80) onde se renovava a afirmação dessa

identidade subsistiram inalterados; e a provisão approbatória, lavrada em 31 de agosto de 1905, acabava, como a de 1893 e a de 1895, com esta ressalva:

«Não está sujeito a sêlo, de acôrdo com o despacho do Sr. Ministro, de 29 do corrente mês, proferido sôbre consulta feita pela Recebedoria do Rio de Janeiro.»

Através, pois, de tôdas as alterações, por que passou, em três reformas, no curso de treze anos, a lei social, não cessou de se manter no tópo do seu articulado, como texto fundamental entre todos e absolutamente invariável, a categórica estipulação, em cujos têrmos,

sob a denominação de Banco Hipotecário do Brasil, continua a funcionar a sociedade anônima, fundada na cidade do Rio de Janeiro com a denominação de Banco de Crédito Popular do Brasil, *para execução do Decreto nº 1.036-B, de 14 de novembro de 1890.*

A identidade, sob as duas denominações, no ente coletivo que trocou a primeira na segunda, se evidencia, inquestionavelmente, pelo concurso das duas condições que em direito a determinam: 1º) a vontade, aqui declarada, peremptória e iterativa, do ente jurídico, sancionada pela da autoridade competente; 2º) a permanência do mesmo objeto social.

Dêstes dois requisitos, aliás, só o primeiro é indispensável.

Uma sociedade pode variar de objeto, sem deixar de ser a mesma sociedade, isto é, de conservar os mesmos membros, o mesmo organismo, a mesma pessoa jurídica, se assim apraz aos associados, e para a mudança do fim social se observam as exigências da lei.

Esta a melhor doutrina, que um dos melhores e mais modernos autores, ULISSES MANARA, assim expôs no seu grande tratado *Das sociedades*:

Tomada por base de uma classificação e distinção entre as sociedades comerciais a diversidade no gênero e a variedade na espécie das operações comerciais, que constituem o objeto de cada uma, claro está que o variar do gênero e da espécie, nessas operações, determinará na classificação ou discriminação estabelecida sobre tal base a passagem de uma espécie para outra.

Noutros termos: dada a distinção das sociedades comerciais em várias espécies, consoante ao gênero das operações comerciais que essas sociedades abraçarem como seu objeto, a mudança no gênero de tais operações é também mudança na espécie da sociedade; e, pois, a espécie da sociedade poderá variar, *sem que cesse de modo algum a antiga sociedade (senza che cessi del tutto la vecchia societtà)*, se puder variar o gênero das operações comerciais, isto é, o objeto, em sentido estrito, do contrato de sociedade comercial, sem que se extinga a antiga sociedade, e seja de necessidade constituir-se outra, absolutamente nova.

Ora, certamente se pode modificar o objeto, em sentido estrito, do contrato de sociedade comercial, a saber, podem os sócios modificar e trocar as operações mercantis, com que traçam conseguir os seus lucros, sem que semelhante mudança importe em dissolução da sociedade originária, em terminação dela e constituição de uma sociedade a todos os respeito nova. A sociedade originária pode continuar, embora alterado ou mudado o seu objeto. (*Benzi può la originaria societtà continuare modificato o cambiato il suo oggetto.*)

É o que se acha expressamente admitido nos arts. 96, 100 e 158, n. 6 do Cód. do Com.; pelo que não me parece dever insistir neste ponto.

Nem para essas mutações no objeto social impõe a lei restrição ou limitação nenhuma; possível

é, em princípio, a mais radical das mudanças no objeto social, sem que, só por tal motivo, se deva, necessariamente, haver por dissolvida a antiga sociedade e constituída uma de todo nova.

U. MANARA: *Delle società e delle assoc. commerciali*, vol. I, n. 314, pags. 725-726.

Ora, na hipótese, nem houve substituição ou mudança no objeto principal da companhia: as operações de crédito popular. Houve apenas *acrescentamento, adição*, a êsse, de um ramo de operações novas, as de crédito real, que não exclui, dificulta, ou prejudica o anterior.

Por outra; o estabelecimento criado pelo Decreto nº 1 036-B, além das funções de banco de crédito popular, tinha as de banco emissor até a importância dos vinte mil contos do seu capital, um quarto sobre apólices e três sobre oiro. Perdendo, em 1892, essa faculdade, pelo decreto n. 1.167, de 17 de dezembro, adquiriu, em 1893, pelo de 10 de março, n. 1.312, a de emitir letras hipotecárias e títulos de crédito móvel. Foi, portanto, entre essas duas categorias de operações bancárias que houve substituição. À função emissora, que se extinguiu, sucedeu a função hipotecária.

Mas os compromissos e os direitos relativos ao crédito popular não sofreram quebra nem alteração alguma. A sociedade continuou a declarar-se constituída para execução do Decreto nº 1 036-B de 1890. Êste decreto continuou a ser designado, nos estatutos da companhia, como a sua lei suplementar, o seu direito subsidiário para a solução dos casos omissos no ato social. Através de tôdas as reformas a que êste foi submetido, continuaram no seu estado originário tôdas as cláusulas primitivas sobre a missão

de crédito popular, a que o ato de criação do estabelecimento o adscrevia. A subsistência da antiga instituição debaixo de outro nome é, por conseguinte, incontestável.

Não se lhe mudou o objeto, nem a lei que o regia. Mas, quando houvesse variado o objeto, a firmeza da sociedade anônima em não transmutar a sua entidade jurídica, em mantê-la idêntica a si mesma, em continuar a ser a mesma sociedade, bastaria, para se lhe preservar intacta a personalidade.

Adicionar, porém, ao objeto originário da sociedade outro objeto não incompatível com o primeiro, é, simplesmente, abrir-lhe uma esfera nova de operações, e não mudar-lhe, não substituir-lhe, não alterar-lhe a primitiva.

Regulando as sociedades de crédito real, o Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 286, admite expressamente a coexistência, no mesmo estabelecimento, da *carteira hipotecária* com outras "*carteiras especiais, completamente distintas*" dessa, para outras operações bancárias de caráter absolutamente diverso. Por admitirem uma dessas carteiras de operações de crédito móvel, não perdem as sociedades de crédito real esta sua qualidade. Semelhantemente, não perdeu a sua o Banco de Crédito Popular, juntando à sua carteira primitiva a de crédito real, que em 1893 se lhe adicionou.

Nada, conseguintemente, se opõe, na lei ou na doutrina, à deliberação persistente desta companhia em ser, sob a designação de Banco Hipotecário, a mesma instituição que era sob o nome de Banco de Crédito Popular, sem se libertar de nenhuma das obrigações, nem decair de nenhum dos direitos inerentes ao seu estado inicial.

Portanto, juridicamente, o Banco Hipotecário do Brasil é a mesma pessoa que o Banco de Crédito Popular do Brasil.

II

"A isenção de que trata o art. 14 do Decreto nº 1 036-B, de 14 de novembro de 1890, estende-se a todas as contribuições, federais, estaduais e municipais, em que possa incidir o Banco no exercício das suas funções?"

O art. 14 do Decreto n. 1.036-B, apontado neste quesito, reza assim:

«O Banco terá isenção de imposto sobre o dividendo, do selo de seus documentos e capital, bem como de qualquer outra contribuição.»

Os considerandos preliminares ao decreto, de que é membro este artigo, explicam os motivos, que inspiraram ao Governo de então essa liberalidade exagerada. Acreditaram os seus autores que a nova instituição vinha satisfazer a um grande reclamo dos interesses populares. Persuadiam-se de que só aco- roçoando-lhe com extraordinárias vantagens a iniciativa, seria de esperar que vingasse, em solo tão mal- desbravado e ingrato como o dos nossos costumes, profundamente refratários ao uso de certos instru- mentos essenciais do desenvolvimento econômico nos países mais civilizados. Viam, ainda naqueles onde mais florescia o crédito popular, buscar a lei animá-lo com favores excepcionais. Pouco antes um dos mais célebres economistas e homens de Estado italianos celebrava como auspiciosíssima criação de uma época de renascimento o régimen de isenções tributárias e outras imunidades legais, com que, recentemente, se haviam beneficiado os institutos, pelos quais se co- gita de levar as utilidades de crédito ao nível das mais modestas condições sociais.

“Com a promulgação do novo Código de Comércio”, dizia LUZZATTI, num dos seus relatórios como presidente da Associação dos Bancos de Crédito Popular Italianos, “as nossas sociedades cooperativas de crédito popular adquirem o direito de cidade, tão longamente esperado, nas pátrias leis . . . Como é sabido, o novo Código liberta os nossos bancos da autorização do Governo, assunto de longas e fastidiosas reclamações, exonera das taxas de registro, selo e publicidade legal os seus atos constitutivos, consente-lhes no benefício inestimável do capital ilimitado e variável, não os constrange a subscreverem e realizarem um capital determinado no ato da sua constituição, nem à realização de todas as suas ações emitidas, antes de emitirem outras.” (LUIGI LUZZATTI: *Il credito popolare in Italia e le condizioni delle banche popolari italiane nel 1880*. Roma, 1882, Pg. V.)

Não acreditando que, entre nós, tais estímulos bastassem, e que um sistema de favores gerais desperdasse, em tal assunto, aqui, iniciativas particulares, o Governo de 1890 imaginou criar uma instituição central, altamente beneficiada, e, entre as vantagens com que supôs robustecê-la, a dotou com uma isenção total de impostos. Era, não há dúvida, exceder a medida. Mas, se a tentativa surtisse os frutos ambicionados, não teria sido caro obtê-los a êsse preço. E, se desse mostras de estéril, o decreto que lhe deu o ser, o mesmo Decreto n. 1.036-B de 1890, deixava armado o Governo com o meio seguro para eliminar a instituição abortiva.

O meio de que falo, é o acautelado no art. 13 dêsse decreto, onde se estatui:

Se o Banco, passados seis meses da data da intimação, que, para fundar caixas filiais, lhe fôr feita, de acôrdo com o Governo Federal, pelo Go-

vêrno de qualquer Estado deixar de estabelecer pelo menos uma dessas caixas, perderá, no mesmo Estado, o gozo dos favores, que lhe são concedidos no presente decreto.

Com a influência ilimitada e a pressão irresistível que sôbre os governos estaduais tem exercido sempre o Govêrno da União, não lhe custaria muito induzi-los a requisitarem a criação das caixas filiais prometidas nas cidades principais de cada Estado, e apertar, destarte, o Banco de Crédito Popular entre as duas alternativas de realizar para logo êsses melhoramentos, ou perder, sucessiva, senão simultâneamente, Estado por Estado, em todo ou quase todo o território brasileiro, os favores do seu decreto.

Se desse execução ao compromisso, os benefícios sentidos no país com a ramificação do crédito popular pelas cidades principais de todos os Estados, acabariam por compensar à Fazenda, nacional, estadual e municipal, o sacrifício dos tributos, que ao banco se relevavam. Se não atendesse, no semestre estipulado, às requisições, em breve tempo as mercês do Decreto 1 036-B estariam de todo em todo extintas, remediando-se assim, por um caminho indireto, mas certo, ao mal do seu excesso.

Mas os governos que se têm sucedido na União não advertiram no valor dessa garantia prática, instituída no decreto original. Ficou o Banco, dêste jeito, em plena liberdade, para não estabelecer as filiais, porque nenhuma requisição em tal sentido se lhe dirigiu; não se verificando, assim, a condição tutelar, mediante a qual, segundo tôdas as probabilidades, teria brevemente caducado a concessão de 1890.

O que fizeram êsses governos, ao contrário, foi agraciar com outros favores o Banco de Crédito Popular.

Pelo Decreto n. 1.312, de 10 de março de 1893, teve o banco autorização, para criar a carteira hipotecária, entregando-se às operações de crédito real e emitindo, assim letras hipotecárias, como títulos ou bilhetes de crédito móvel.

No outorgar dessa mercê, usava o Govêrno de uma faculdade, que declaradamente lhe assistia pelo Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 278. Das suas faculdades legais exorbitou, porém, quando, pelo Decreto n. 1.361, de 20 de abril de 1893, aprovando os novos estatutos, prorrogou à sociedade o têrmo da sua concessão. Dêle já tinham decorrido, a êsse tempo, dois anos e meio, quando os estatutos de 1893 o renovaram integralmente, mandando, no art. 3º, contar da sua data os cinqüenta anos da concessão primitiva.

Esta mesma liberalidade se reiterou na reforma de 1895. Uma das alterações que nela se admitiram, alteração explicitamente aprovada no Decreto n. 2.185 dêsse ano, foi a que modificou o art. 17 dos estatutos, para determinar que as sucursais, a cujo respeito vigorava a obrigação estabelecida no art. 13 do Decreto nº 1 036-B, sob pena de caducidade, que essas sucursais, o Banco as criaria, "quando entendessee conveniente".

A êsse favor, que violava diretamente a lei, se juntava outro, igualmente ilegal: a prorrogação por mais dois anos do prazo da concessão, mandado, pelo art. 3º dos novos estatutos, contar da sua data, quando, contado, como cumpria, de 1890, já tinha vencido cinco anos.

Daí a dez se reformavam, pela terceira vez, os estatutos; e, com essa reforma, aprovada pelo decr. n. 5.614, de 29 de julho de 1905, lucrou o estabelecimento mais dez anos de prorrogação, mandando o

art. 3º dos últimos estatutos contar da sua data os cinqüenta outorgados à companhia, quando esta já perdera quinze da sua concessão legal.

Essas ampliações da concessão inicial eram, evidentemente, nulas, porquanto as administrações Floriano Peixoto, Prudente de Moraes e Rodrigues Alves, que as outorgaram, não dispunham, como o Governo Provisório, de autoridade legislativa.

A situação legal do Banco de Crédito Popular atualmente é, portanto, a que lhe assegurou o Decreto n. 1.036-B, de 1890, com o encargo impôsto no seu art. 13º à companhia e os cinqüenta anos do art. 2º, reduzidos hoje, pelo correr do tempo, a vinte e sete.

Nestes limites, excessiva ou não, conveniente ou inconveniente, a concessão há de reger-se pelos termos do decreto legislativo que a outorgou.

Esse decreto, no art. 14, exime o Banco ao impôsto sôbre o dividendo, ao sêlo, assim do seu capital como dos seus documentos, e a qualquer outra contribuição.

Quais são os ônus ou tributos, que nesta palavra se abrangem?

Parece que todos.

PARIEU, no seu tratado clássico dos impostos, bem claro o deixa, quando nos diz:

«Lorsqu'il y a lieu d'opérer sur les membres de la communauté des perceptions successives pour les besoins publics, on appelle cette ressource *la contribution ou l'impôt*.»

ESQUIR. DE PARIEU: *Traité des Impôts*, tom. I, pg. 2.

Se querem autoridade mais moderna, temos a das *Pandectas Belgas*, onde se nos ensina:

«Sous le titre *d'impôts ou contributions*, on comprend *tout* ce qui se perçoit au profit *du Trésor de l'Etat*, de la *caisse des provinces et des communes* pour faire face aux charges publiques....

«Les *contributions* sont des charges imposées aux citoyens pour subvenir aux dépenses de la vie commune ou sociale. Aussi, sous des formes et des noms divers, on trouve les *impôts* chez tous les peuples et dans toutes les sociétés. Ce sont: la capitation, la corvée, le cens, la dîme, la taille, les aides et subsides, les *contributions* enfin, qui forment, selon l'état social et politique de chaque nation, la part contributoire de chacun selon ses moyens proportionnels aux dépenses communes.»

Pand. Belg., v. *Contributions*, ns. 3 e 4. Tom. XXVI, cols. 88-89.

Mais recentemente ainda nos responde à inter-
rogação uma autoridade nacional, o Sr. AMARO CA-
VALCANTI, no seu livro técnico sobre o assunto:

«Na linguagem comum, assim como na *lin-
guagem financeira e na técnica fiscal*, são vários
os sinônimos da palavra *impôsto*.

«Encontram-se indistintamente empregados,
como de significação equivalente, os vocábulos —
contribuições, direitos, tributos e taxas, sem aten-
der-se às diferenças, etimológicas ou históricas, que
cada um de tais vocábulos contém ou exprime.

«A palavra *contribuição* (é o autor quem a
sublinha), «guardando a sua simples etimologia,
quer dizer repartição de uma cousa por muitas pes-
soas; e, em *matéria financeira*, se entende por ela
todo o gênero de imposições».

Elementos de Finanças, 1896. Pg. 169.

O uso não variou desde PEREIRA E SOUSA, que,
no seu *Esbôço de um Dicionár. Juríd.*, tom. I, *in verbo*
Contribuição, a define, declarando que, “em *matéria*

de finanças, esta palavra se entende de *todo o gênero de imposições*".

O vocábulo corresponde, no inglês, a *taxes, taxation*. *Taxation* é o conjunto das *taxes*; e de *taxes* a explicação técnica, que se nos depara nos autores americanos, vem a ser a de que êsse nome abarca todos os encargos e imposições lançados, no exercício do poder tributário, para acudir aos interesses da coletividade:

"The word *taxes* is very comprehensive; and properly includes, as indicated in the foregoing definition, all burdens, charges and impositions by virtue of the taxing power with the object of raising money for public purposes." (*The American and English Encyclopaedia of Law*, vol. 27, p. 579.)

A definição anterior, "*the foregoing definition*", aqui aludida, se enuncia assim:

"*Taxes* are generally defined as burdens or charges imposed by legislative authority on persons or property to raise money for public purposes, or, more briefly, an imposition for the supply of the public treasury". (*Ibid.*, pg. 578.)

Tem, pois, a qualificação de *taxes todos os impostos (any imposition)* decretados pela autoridade legislativa para suprir de recurso o tesouro público; isto é o tesouro nacional, estadual, ou provincial e municipal.

De modo que, em ocorrendo uma isenção *geral* de tributos e contribuições (*taxes*), se entendem abrangerem-se na imunidade, não só as taxas do Estado, mas também as das localidades e quaisquer outras.

Tal é, como vamos ver, a noção em voga na jurisprudência e doutrina americanas, onde, ao mesmo tempo, se estabelece que a isenção é *geral (general exemption)*, isto é, encerra em si *tôdas as contri-*

buições (includes all taxes), quando na outorga se estipula que o beneficiado será isento de *tôdas as contribuições (from all taxes)*, ou simplesmente, que será isento de *contribuições (from taxation)*.

Eis o texto comprobativo:

«GENERAL EXEMPTION. — *Includes all taxes. — A general exemption, «from taxation» or «from all taxes», or in similar words, extends and relieves from all taxes, whether state, municipal, or of any other kind.»*

The Amer. and Engl. Encycl. of Law, vol. XII, pg. 313, in v. — *Exemptions from taxation.*

Já se está vendo, portanto, que, nos Estados Unidos, não se desconhece a possibilidade financeira e jurídica de uma entidade beneficiada, por ato legislativo, com uma isenção geral de impostos: "*General exemption extends to all charges.*" (*Ibid.*, not. 4.)

Mas isto, para depois.

Aqui o que primeiro importa, é deixar assentado que, segundo o ensino comum aos diferentes países:

1º) a palavra contribuição é sinônima de gravame tributário, qualquer que ele seja;

2º) que as expressões "qualquer contribuição" envolvem todos os gêneros de tributos ou impostos;

3º) que, sendo empregada, sem restrição alguma quanto ao território a que se estenda, por uma autoridade legislativa, abrange todo o território submetido à competência legislativa dessa autoridade.

Ora, a competência legislativa do Governo Provisório se estendia assim à União, como aos Estados e aos Municípios, cujas esferas jurídicas de ação estavam por discriminar, e só se discriminaram com a Constituição de 1891 e o advento do governo constitucional.

Logo, a isenção prescrita no art. 14 do decr. n. 1.036-B de 1890 inclui, necessariamente, com os impostos gerais, os estaduais e os municipais.

Mas pode o Estado, pode o legislador, a quem, como seu órgão, incumbe a função tributária, renunciar, em relação a um indivíduo, ou a uma sociedade, o direito de os tributar? Não há dúvida nenhuma que sim. Não há, pelo menos, dúvida nenhuma, quanto ao direito americano, onde o nosso régimen tem as suas fontes.

O que ali se exige, é que a outorga de semelhante benefício pela autoridade a quem caiba outorgá-lo, seja clara e formal. O que não se admite, é que se conclua por *inferências ou presunções*.

Na causa *Providence Bank v. Billing*, julgada em 1830, na Suprema Corte Federal, ainda sob a presidência de JOHN MARSHALL, autor da sentença que ali a decidiu, o que se debatia era a constitucionalidade do ato, votado, anos antes, pela legislatura do Estado de Rhod Island, criando certos impostos, a que o *Providence Bank* se queria subtrair, alegando uma imunidade fundada na inteligência, que dava, à sua carta de incorporação.

A Suprema Corte Federal, na sentença redigida por MARSHALL, não reconheceu a imunidade. Mas só a não reconheceu, porque ela não resultava indubitável dos termos da carta de incorporação do Banco, declarando, porém, que, se a carta, outorgada pelo congresso do Estado, consignasse essa isenção, legítimo seria êsse ato, e a justiça o deveria manter.

Esta questão, dizia o acórdão,

«há de se julgar pela própria carta. Ora, esta não contém estipulação alguma, que prometa isenção de tributos. O Estado, pois, não entrou em contrato

expresso, que haja infringido com o ato, de que se queixam os Autores. Nem se encontram, na carta, palavras, cujo sentido justificasse o conceito de que a intenção de qualquer das duas partes visasse o poder de tributar, e de que, suposto em termos não explícitos, se houvesse acordado no intuito de uma isenção a seu respeito.»

The Providence Bank v. Billings, 4. Peters 561, 7 L. Ed. 956.

É nesta consideração que estriba e insiste o julgado. "A renúncia dêsse poder nunca se subentende. *It would seem that the relinquishment of such a power is never to be assumed.*" (*Ibidem.*)

Muitas vezes repetida no texto do acórdão, ela se acentua em expressões frisantes na súmula oficial que precede à exposição do feito: "O objeto principal da incorporação está em comunicar o caráter e os atributos de personalidade a um corpo coletivo e variável de indivíduos. Os privilégios que o possam isentar dos ônus comuns a todos os indivíduos, não derivam necessariamente da carta: *ou hão de estar expressos nela, ou não existem.*" (*Ib.* 4 Peters 514, 7 L. Ed. 939.)

Mas, continua a sentença,

«não diremos que o Estado não possa renunciar ao exercício dêsse poder, que não possam existir considerações de valia bastante para o moverem a abrir mão parcialmente dêsse poder. Sòmente, como toda a comunidade é interessada em o reter intacto, essa comunidade tem o direito de insistir em que o abandono dêle não se presuma, quando no caso não se manifestar neste sentido o deliberado propósito do Estado».

Ib., 4 Peters 561, 7 L. Ed. 956.

Muitas outras decisões têm mantido essa doutrina. Uma das mais citadas é a que pronunciou o

Chief-justice TANEY, em 1850, na causa *Philadelphia and Willibington Railroad Co. v. Maryland*.

Ai se diz:

«Por muitas vêzes tem sustentado esta côrte que nunca se presume dar de mão o Estado ao seu poder de tributar, *senão quando se declara em óbvios e inequívocos têrmos a deliberação de o não usar (unless the intention to relinquish it is declared in in clear and unambiguous terms).*»

— 10 Howard 377, 393. 13 L. Ed. 462, 468. —

Dá as fórmulas com que na linguagem dos autores e julgados se consagra o axioma de que a isenção tributária não se admite, quando não manifesta no texto do instrumento: *Surrender of exempting power never implied. Presumption is against exemptions. Intent to exempt must be clear. Doubt must be solved in favor of power to tax. (Americ. and Engl. Encycl. of Law, vol. XII, pgs. 274, 265, 288, 292. Giren v. Wright, 177 U. S., 655. FRED. JUDSON: A Treatise on the Power of Taxation, 1903, p. 46, not., p. 47.)*

Todos êsses arestos, porém, como os mais que ainda veremos sôbre o assunto, são unânimes em que, verificando-se com clareza no texto constitucional ou legislativo o intento da isenção, os tribunais não hesitariam em a reconhecer e guardar. "*When the language of a constitution or statute clearly shows an intent to grant an exemption, the courts will not hesitate to give it force and effect.*" (*Am. and Engl. Encycl. of Law, vol. XII, p. 282-3.*)

Na causa *Piqua Branch Bank v. Knoop*, o acórdão unânime da Suprema Côrte Federal, citando a decisão adotada no caso *The Providence Bank v. Billings*. (4 Peters 561; 7 L. Ed. 956) contra a her-

menêutica ilativa em matéria de imunidades tributárias, acrescentava:

«Tal foi a opinião unânime dos juizes; mas nenhum dêles duvidava que a legislatura tivesse o arbítrio de, mediante a carta de incorporação ou de outro modo, por motivo de conveniência pública (*public policy*) isentar o banco de impostos (*to exempt the bank from taxation*).»

16 Howard 387. 14 L. Ed. 985. —

No litígio *Home of the Friendless v. House* tratava-se de uma isenção tributária concedida, por ato legislativo, a uma sociedade, cuja carta de incorporação textualmente declarava isentos de impostos os seus bens. "*All property of said corporation shall be exempt from taxation.*" (8 Wallace 430, 19 L. Ed. 495.

Contra a concessão alegava, entre outros argumentos, o coletor das rendas que o legislador não podia isentar de impostos a indivíduos ou companhias. Mas a Côrte Suprema Federal, invocando nada menos de oito arestos seus, respondeu na sentença a essa objeção contra a subsistência do ato legislativo:

«A essa alegação a resposta é que a matéria já não pode sofrer controvérsia aqui (*the question is no longer open for argument here*), pois está resolvido pelas reiteradas sentenças desta côrte que o Estado pode, mediante contrato, estribado num interesse, eximir de impostos os bens de um indivíduo ou uma companhia, durante um período limitado ou perpétuamente (*that the State may, by contract based on a consideration, exempt the property of an individual or corporation from taxation for a specified period or permanently*).»

8 Wall, 439. 19 L. ed. 498. —

Esse pleito já foi julgado em 1869. Mas já muitos anos antes, no caso *Jefferson Branch Bank v. Skelly*, a mesma Suprema Corte Federal declarara:

«A opinião desta corte... é, *presentemente*, e *sempre* foi que as legislaturas dos Estados, quando as suas constituições lho não vedem expressamente, podem contratar, mediante ato legislativo, não exercer o seu poder tributário sobre uma coisa determinada, uma corporação, uma pessoa, segundo o que nesse ato se estipular, e que a opinião contrária a esta *não tem sido admitida a exame ou debate* (*has not been open to inquiry or argument*) na Suprema Corte dos Estados Unidos».

1 Black, 436 — JUDSON: *Op. cit.*, p. 49.

COOLEY, no seu grande tratado sobre o direito tributário, consolida a substância dessa jurisprudência larga e constante, firmando-a em um ponto de vista superior, não só como atributo do Poder Legislativo nos *Estados*, mas como predicado universal da *autoridade do legislador, onde quer que se exerça*.

«O direito de *abrir isenções* está compreendido no direito de eleger os objetos tributáveis, distribuindo entre eles os encargos públicos, e se deve considerar existente *no poder legislativo*, onde quer que de modo explícito se lhe não tenha subtraído... Quando a constituição não estabelecer regras acerca de tais isenções, o arbítrio de as decretar não se limita à tributação geral, senão que autoriza o corpo legislativo a isentar do alcance do poder tributário sob qualquer das suas formas, como, por exemplo, das taxas de consignação especial para melhoramentos locais. Uma vez competentemente estatuídas, essas isenções se hão de regular segundo a discricção legislativa, que aliás não é arbitrária, pois o seu exercício deve assentar sempre nalgum princípio de utilidade geral.»

— *A Treatise on the Law of Taxation*, 3ª ed. 1903. Vol. I, Pg. 343. —

Nestas citações temos visto aludirem os textos a "contratos legislativos" e atos do legislador "mediante contratos"; porque ninguém duvida, no direito americano, que as concessões sejam contratos. "*A grant is a contract executed.*" (*Fletcher v. Peck*. 6 Cranch. 87, 123, 136-7. 3 L. Ed. 162, 174, 178.) E, se é o legislador quem as faz, não perdem, com isto, o caráter contratual, inerente à natureza e às condições do ato jurídico, antes revestem esse caráter com solenidade ainda maior, se no fato se reúnem os elementos, de cujo concurso derivam as convenções.

É assim que, na jurisprudência americana, as cartas de incorporação dos bancos são qualificadas como contratos. "*A chart incorporating a bank is a contract.*" (*Providence Bank v. Billings*. 4 Peters. 514. 7. L. Ed. 939.)

Da mesma sorte são havidos ali como contratos os atos das legislaturas, que isentam de impostos qualquer companhia, mediante a carta de incorporação ou qualquer outra forma.

Uma lei de Maryland, em 1821, determinava que os bancos, dos quais se obtivesse o assentimento às exigências desse ato legislativo, o Estado se obrigava a não os onerar mais com impôsto algum, enquanto eles existissem sob as suas cartas. Podia o Estado nunca mais tributá-los? A Suprema Côrte dos Estados Unidos, julgando, em 1845, os feitos *Gordon v. The Appeal Tax Court* e *Cheston v. the Appeal Tax Court*, decidiu que não. "*That is a trato entre o Estado e os bancos.*" (3 How. 133, 146. 11 L. Ed. 529, 535.)

(3 How. 133, 146. 11 L. Ed. 529, 535.)

Semelhantemente, em 1869, na causa *Home of the Friendless v. Rouse*, a Suprema Côrte dos Es-

tados Unidos decidiu: "A cláusula da carta de incorporação, onde se diz que "os bens da sociedade serão isentos de impostos (*exempt from taxation*)" é um contrato entre o Estado e os incorporadores". (8 Wall. 430. 19 L. Ed. 495.)

No caso *Washington University v. Rouse*, em que se pleiteava acêrca de uma isenção análoga, a Suprema Côrte adotou o mesmo julgamento: "Neste caso ocorre o mesmo contrato (*the same contract*) de isenção perpétua de impostos (*of permanent exemption from taxation*) que na carta de *Home of the Friendless*", "O Estado contratou", diz a sentença, "não tributar o patrimônio da sociedade." (8 Wallace 439, 19 L., Ed. 499.)

No caso *Pacific Railroad Co. v. Maguire*, julgado em 1873, se decidiu, também, que "o ato, pelo qual um Estado exime de impostos os bens de uma sociedade, sob certas condições, uma vez aceito pela companhia, é um contrato, que o Estado não pode quebrar ainda mediante reforma constitucional. "*Is a contract, that the State cannot impair even by a constitutional amendment.*" (20. Wall. 36. 45. 22 L. Ed. 282 - 287. 3 L. Ed. 162, not., 2ª col.)

Êste último ponto foi objeto de especial exame nas questões litigadas a respeito da *Home of the Friendless* e da *Washington University*, que dos tribunais do Estado do Missouri subiram à Suprema Côrte dos Estados Unidos. Aí se discutiu "muito profundamente", observa JUDSON (*op. cit.*, p. 49-50), a inviolabilidade das isenções estipuladas nas cartas de incorporação" das companhias, ficando solenemente assentado que essa inviolabilidade subsiste não só contra o arbítrio legislativo, mas ainda contra as reformas supervenientes da constituição.

Ambas essas sociedades gozavam pelas suas cartas de incorporação, legislativamente outorgadas

pelo congresso estadual, isenção de impostos quanto às suas propriedades. Mas, como a constituição adotada em 1865 no Missouri proibisse em absoluto as isenções tributárias, a Suprema Corte daquele Estado sentenciou que tais propriedades eram tributáveis, argumentando assim no caso *Washington University*:

“Quando se outorgou a carta da companhia, o legislador podia ter considerado razoável estimulá-la e animá-la na sua infância, conferindo-lhe privilégios e imunidades que a favorecessem na luta do começo da sua vida. Mas ali não há cláusula, onde em termos expressos se disponha, ou donde por ilação razoável se colha que essas imunidades seriam *perpétuas*, ou teriam o efeito de subtrair ao impôsto bens acrescentes depois *na importância de milhões*. Em 1853 os tributos eram leves, a dívida do Estado exígua, e, pois, não havia muito detrimento na outorga dessas isenções. Mas, posteriormente, o Estado embarcou num falaz e ruinoso sistema de emprestar o seu crédito a corporações, contraindo, em consequência, um débito imenso; e a isso ainda sucedeu a guerra civil, que lhe aumentou os seus já gravosos compromissos, tornando-se, em resultado, excessivamente onerosos os impostos. Postas as coisas nesta situação, houve e por de bom conselho obrigar todos os bens compreendidos na jurisdição do Estado e beneficiados com a proteção das suas leis a contribuirem na proporção do seu valor para os encargos comuns. Era uma deliberação, que assentava na autoridade discricionária do ramo legislativo do governo, e ao exercício desse poder não se nos deparou objeção.” (JUDSON: *Op. cit.*, p. 50).

Mas a Suprema Corte dos Estados Unidos, rejeitando êsses argumentos, reformou as duas sentenças, decidindo, em enérgicas expressões, já transcritas

neste parecer, que a matéria não podia mais ser objeto de controvérsia naquêl tribunal, que o Estado usara do seu direito quando excluía do impôsto os bens daquelas sociedades, e que essa isenção, revestindo, segundo a boa inteligência dos têrmos da carta, o caráter de *perpetuidade*, punha as companhias favorecidas ao abrigo de qualquer tributação ulterior. (8 Wallace 438-9. 19 L. Ed. 497-8).

Alegava-se que, para valer como contrato o ato do Estado, necessário seria que êste recebesse uma compensação dos benefícios que ali outorgava. Como respondeu a esta objeção a Suprema Côrte?

«Objeta-se que não há retribuição, consignada no ato, pela dispensa de impostos que êle outorga; o que se pretende seria mister, para dar validade ao contrato. Mas é uma idéia errônea sôbre o direito vigente no assunto.

«Sendo *legislativo o contrato* (*for a legislative contract*), não há necessidade nenhuma de se lhe buscar outra compensação onde estribe, além dos fins para que a companhia se criou. (*There is no necessity of looking for the consideration outside of the objects for which the corporation was created.*)

«Entendia o legislador que os fins, o objeto da associação eram vantajosos à comunidade, e êsse benefício constitui a retribuição, que o contrato teve em mira, sem que de outra se haja mister, para o legitimar (*and no other is required to support it*). Esta a doutrina bem firmada neste tribunal sôbre a matéria desde o pleito *Dartmouth College v. Woodward*. (4 Wheat. 519.)

8 Wall. 438. 19 L. Ed. 497.

Em têrmos semelhantes se exprimia, sucessivamente, na mesma data (20 nov. 1869), a sentença proferida no caso *Washington University v. Rouse*:

"*The public purposes to be attained in each case constituted the consideration on which the contracts were based. As vantagens públicas, que, em cada um dos dois casos, se esperavam, constituíam o interesse determinante dos contratos*". (8 Wall. 439. 19 L. Ed. 498).

Nem importa, em tais casos, aos tribunais investigar se a concessão é realmente compensadora para o Estado, que a fêz; se o contrato em que ela se traduz, assegura ao concedente uma equivalência real dos favores, que outorgou; se, em suma, os lucros embolsados, ou os benefícios obtidos são relevantes ou irrelevantes, avultados ou mesquinhos. É o que bem assente ficou, ali, no julgamento do caso *The Piqua Branch Bank v. Knoop*:

«Saber se a compensação, com que entraram os bancos (*the consideration paid by the banks*), era grande, ou pequena, entendemos nós que não competia ao tribunal (*was not a matter for court*); porquanto não é lícito pesar, como elementos que influam na validade do ato, os motivos ou vantagens, que induziram um Estado soberano a celebrar um contrato.»

16 Howard 387. 14 L. Ed. 984.

Alegava-se, nos casos da *Home of the Friendless* e da *Washington University* que a isenção concedida a essas companhias era incompatível com o direito posteriormente criado pela nova constituição, pela qual os favores dêste gênero eram categoricamente proibidos. Mas a Suprema Côrte respondeu que, "quando se lavrara a carta, de que se tratava, não havia, a tal respeito, restrição constitucional, à autoridade da legislatura". (8 Wall. 439. 19 L. Ed. 498).

O princípio é que, quando uma lei constitui, de sua natureza, um contrato, e cria direitos adquiridos,

uma lei posterior não pode anular tais direitos. (*Fletcher v. Peck*. 6 Cranch 87, 132-6, 8 L. Ed. 162, texto e nota, 176 *in fine* a 178. *The State of New Jersey v. Wilson*. 7 Cranch 164, 166, 167. 3 L. Ed. 303, 304).

Ora, a constituição de um Estado é também uma lei, e, como tal, não pode resilir obrigações criadas por contratos. "*State constitution is a law, and State cannot by it impair obligation of contracts*". (3 L. Ed. 162 not. *Railroad C^o v. Mc. Clure*. 10 Wallace 511. 19 L. Ed. 997).

Alegava-se, outrossim, que "os contratos legislativos se hão de interpretar no sentido mais favorável ao Estado"; que as regras de hermenêutica aplicáveis a tais contratos são mais estritas do que as concernentes às convenções entre particulares; que as dúvidas suscitadas na inteligência daqueles se devem solver sempre a favor do interesse público; e que, portanto, não se poderia considerar "*perpétua (perpetual)*" a isenção outorgada às duas sociedades, a *Home of the Friendless* e a *Washington University*, desde que a não declararam tal, explicitamente, as duas cartas. (8 Wall. 438, 19 L. Ed. 497). O tribunal supremo, porém, ilidiu todo êsse raciocínio, aliás, à primeira vista, concludente, respondendo que todo o contrato se há de interpretar de modo que realize a intenção dos contraentes, e que, não havendo ambigüidade quanto à intenção, os tribunais são obrigados a mantê-la, tal qual resulta clara do instrumento do contrato, como se êste fôsse entre particulares. As cartas de incorporação, na espécie, não ligavam em termos explícitos à isenção de impostos a cláusula de perpetuidade. Mas essa intenção era óbvia no seu contexto. As cartas isentavam de impostos *todos* os bens dessas instituições, com o pensamento, evidentemente, de fazer às companhias, que as re-

presentavam, uma concessão valiosa (*a valuable franchise*). Ora de bem mesquinho valor seria ela, se a legislatura, que a outorgara, pudesse, a seu talante, suprimi-la, tributando quanto lhe parecesse, essas sociedades. Daí decorria, para a Suprema Côrte, a certeza de que se não podia entender senão como perpétua essa imunidade. (8 Wall. 438, 19 L. Ed. 497, 498).

A doutrina de que o poder legislativo tem o direito de conceder isenções de impostos *perpétuos e irrevogáveis* (*perpetual and irrepealable*) assenta, ali, na mais vasta jurisprudência, estadual e federal. Dos Estados são inúmeros os arestos mencionados por WALKER MAGRATH na sua monografia sôbre as "*Exemptions from Taxation*" (*Am. and. Engl. Encycl. of Law*, vol. XII, pg. 384, not. 2), elevando-se a não menos de quinze os da Suprema Côrte. (*Ibidem*).

«It is well established by authority that, in the absence of constitutional restrictions, it is entirely within the power of the legislatures to grant *absolute or limited exemptions*» (conceder isenções de impostos limitadas ou absolutas) «*from taxation, either for a limited time or in perpetuity*» (*de duração perpétua*), «*which it is beyond the power of succeeding legislatures to repeal*» (*que as legislaturas posteriores não podem revogar*).»

(*Ibidem.*)

Esta doutrina, sustentada pela jurisprudência predominante nos Estados, vai, como se vê, muito além da necessária ao caso do Banco de Crédito Popular, onde não se trata de uma isenção *perpétua* de impostos, mas de uma isenção por cinquenta anos, hoje reduzidos a vinte e sete.

Ainda se alegava, nas duas causas em cuja análise me tenho demorado, pela relevância dos princí-

pios que nesses arestos se firmam em relação ao assunto da consulta, — ainda se alegava, naqueles pleitos, contra as isenções tributárias concedidas às companhias, o abuso, que os concessionários podiam fazer das suas imunidades.

Mas o tribunal supremo rebateu essa impugnação dêste modo: "Pretende-se que a sociedade, não tendo limite ao seu direito de adquirir bens, pode fazer aquisição de propriedades além das necessárias às suas legítimas precisões, abusando assim da mercê legislativa, e, afinal, vir a tornar-se perigosa com a sua riqueza e influência. Cremos que será mais imaginário do que real o fundamento a tais apreensões.... Mas, se êsses receios chegassem, algum dia, a ser confirmados, verificando-se que a companhia enveredava por êsse rumo, seria oportunidade, então, de apurar, ante essa nova situação das coisas, os direitos das partes neste contrato." (8 Wall 439. 19 L. Ed. 499.)

No que toca, em especial, às isenções tributárias concedidas a bancos, a Suprema Côrte as tem julgado subsistentes, para exonerar de impostos, não só a indústria dos bancos, o direito de a explorar (*the franchise*), mas ainda os seus acionistas, individualmente (*the stockholders*), quanto às quotas (*the parts*), que no capital bancário (*the banking capital*) possuírem. (3 Howard 133. 147, 150. 11 L. Ed. 529, 536, 537. — JUDSON: *Taxation*, p. 48 *in princ.*)

Conhecida assim, pelo texto mesmo dos seus arestos, a jurisprudência dos Estados Unidos sobre êste assunto, não será difícil apurar-lhe as noções capitais:

1º) Não são desconhecidas ao direito americano as isenções de impostos, concedidas a indivíduos ou companhias.

2º) Essas isenções podem ser parciais ou *totais*, temporárias ou *perpétuas*.

3º) Quando outorgadas pela autoridade competente, o poder legislativo, e aceitas pelos concessionários, *tais isenções constituem verdadeiros contratos*.

4º) Nesta qualidade estão, *como os contratos entre particulares*, abrigadas, pela norma constitucional da irretroatividade das leis, contra o arbítrio do Poder Legislativo, que não as pode revogar.

5º) Escudadas nessa garantia, nem mesmo a superveniência de uma nova constituição as pode cassar ou alterar.

6º) Contra a validade jurídica de tais contratos não procede nem o argumento de que a autoridade legislativa não pode abrir mão do seu poder de tributar, nem o de que uma legislatura não pode tolher a liberdade às suas sucessoras. (*Am. and Engl. Encycl. of Law*, v. XII, p. 384), nem o da insuficiência das vantagens, a trôco das quais se concedeu a imunidade, nem o de ser esta arriscada, por parte do concessionário, a excessos e abusos.

Submetido à jurisdição dos tribunais um contrato dêste gênero, não lhes cabe senão mantê-lo tão inteiramente quanto se fôsse um contrato particular. "Este é o seu dever", diz a Suprema Côrte dos Estados Unidos. "*It is as much the duty of the court to up hold and sustain it as if it were a contract between private persons.*" (8 Wallace 430, 19 L. Ed. 493 *in princ.*).

Foi de acôrdo com as lições dessa incomparável autoridade que procedeu, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar, em 11 de abril de 1908, o acórdão unânime, que pronunciou.

As questões postas ao tribunal se reduziram a três:

1º) Tinha o Govêrno de 1890 autoridade, *para outorgar a isenção de contribuições, que outorgou no Decreto n. 1.036-B?*

2º) Abrangia essa imunidade *tôdas as contribuições*, em que o Banco pudesse vir a incorrer, gerais, estaduais e municipais?

3º) *Era essa concessão revogável* por leis ulteriores, ou *caducara* ante as disposições da constituição de 1891?

O Supremo Tribunal Federal não podia responder a essas três questões senão como o direito evidentemente lhes respondia.

A competência do Govêrno de 1890 para fazer a concessão era inegável.

O texto do ato não permite dúvidas que a imunidade se estenda, assim às contribuições federais, como às estaduais e municipais.

Nem a legislação nem a constituição a êle posteriores o podiam rescindir.

Foi o que decidiu, com uma clareza e uma precisão magistrais, sendo relator o Ministro Epitácio Pessoa, êsse acórdão, solenizado pela *sua unanimidade*, numa assentada a que eram presentes onze juizes, além do presidente e do procurador geral.

Nos mesmos têrmos se pronunciou depois, em 12 de julho de 1909, *também unânimemente*, a primeira Câmara da Côrte de Apelação, e, mais tarde, aos 28 de dezembro de 1910, esta Côrte, em câmaras reunidas, *com a mesma circunstância de unanimidade*, por dôze votos.

O Supremo Tribunal, no seu julgado, estabelece que

o art. 14 do Decreto nº 1.036-B, pelos têrmos absolutos em que está escrito, compreende todo o gênero de contribuições federais ou estaduais: o que aliás

é corroborado pelo final da disposição anterior, o art. 13, no qual se prevê a hipótese do Banco perder no Estado o gozo dos favores, que lhe eram concedidos.

Depois, referindo-se, designadamente, aos impostos municipais, acrescenta, no seu penúltimo fundamento, que,

se o Banco não tem cumprido as cláusulas, a que se obrigou, será isto razão para que o Governo Federal o chame a contas ou promova a cassação do seu privilégio, mas não para que simples câmaras municipais se julguem com o direito de anular esse privilégio.

Nos termos, pois, deste acórdão, a isenção doada ao Banco abrange, declaradamente, *“todo o gênero de contribuições, federais, estaduais e municipais”*.

Incontestável é, portanto, que não “restringiu de qualquer modo essa isenção”; antes, na linguagem mais peremptória, “a julgou ampla e geral”.

Isto pôsto, é a ocasião de responder ao segundo quesito, na sua última parte:

“É lícito ao Governo Federal e aos outros poderes administrativos dos Estados e Municípios desconhecer a autoridade dêsse julgamento?”

Evidentemente não.

A matéria da pergunta é rudimentar. Ninguém, neste regímen, desde os governos municipais até o federal, pode, legitimamente, desconhecer a autoridade suprema de uma decisão do Supremo Tribunal.

No direito constitucional americano e, portanto, no nosso, cuja substância dêle se trasladou, “o princípio fundamental é que o que impera não são os homens, mas as leis”, e que quem reconhece a existência, a validade e o conteúdo real das leis, são os

tribunais de justiça. (WILLOUGHBY: *The Constitutional Law of the Un. States*, 1910. Vol. I, p. 7 e segs.)

São êles os que definem a lei. A lei não é senão a norma jurídica, interpretada em última alçada pelos tribunais judiciários. São êles os que, divergindo os particulares, ou sendo controversos os atos dos outros dois poderes, decidem soberanamente qual a lei em vigor e o que essa lei determina. *A lei*, isto é, os atos ordinários da legislatura e a *constituição*. Sujeito a esta, o poder legislativo declara *a lei que há de ser*. Mas *a lei que é*, a lei atual, a lei em vigor, quem a declara é a justiça, ou verse a questão sôbre a lei feita pelo poder legislativo, ou sôbre a lei superior a essa, a que o poder legislativo está sujeito.

Ora, da justiça o órgão supremo, neste sistema de govêrno, é o Supremo Tribunal Federal. Tôdas as vêzes que entre em jôgo uma lei federal, ou a constituição federal, tôdas as leis possíveis com a nossa organização lhe estão submetidas a êle, para lhes conhecer da expressão e legitimidade, quando se discutir sôbre os direitos, a que essas leis interessam, e que têm garantias na legislação geral, ou na carta fundamental do regímen. De modo que, em falando, nos litígios de tal natureza, o Supremo Tribunal Federal, quer se trave a lide entre particulares, quer entre êstes e os Estados ou a União, quer entre a União e os Estados, *causa finita est*.

Das suas sentenças não há apêlo admissível, senão para a soberania nacional, intervindo esta segundo as normas constitucionais, para alterar a constituição do país. Juridicamente, pois, sob o nosso regímen, nem o Poder Executivo, nem o Legislativo podem, seja qual for o motivo, ou pretexto, desatender a uma decisão dêsse Tribunal.

Esta verdade, elementar no direito brasileiro, não resulta sòmente da essência do sistema e da sua jurisprudência ultra-secular na mãe pátria das nossas instituições, os Estados Unidos da América, mas também do texto mesmo da nossa constituição, da sua letra explícita, quando, regulando, nos arts. 59 e 60, o ramo das funções da soberania nacional delegadas à justiça, estatui, no segundo, que aos juizes federais compete julgar as causas, nas quais "alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal", e, no primeiro comete ao Supremo Tribunal Federal, privativamente, "julgar, em grau de recurso, as questões esolvidas pelos tribunais federais".

Ora, como entre estas se incluem "tôdas as causas propostas contra o Govêrno da União", quando estribadas em disposições constitucionais, leis, regulamentos, ou contratos com o Poder Executivo claro está que, tratando-se na espécie de um ato, como o decr. n. 1.036-B, de 1890, que é, ao mesmo tempo, legislativo e contratual, contrato e lei do Govêrno da União, claro está que, tendo-se pronunciado a seu respeito, em sentença definitiva, o Supremo Tribunal Federal, não pode ninguém, neste país, desconhecer o alcance decisório de tal julgado.

Verdade é que, não tendo sido a União parte na lide, onde êle se proferiu, e não sendo as sentenças obrigatórias senão quanto às partes, contra quem se proferiram, a sentença do Supremo Tribunal Federal numa causa entre o Banco Hipotecário do Brasil e uma das nossas municipalidades não pode, evidentemente, ser *executada* contra o Govêrno da União.

Mas, se o não obriga direta e executòriamente, em boa-fé o deve obrigar, até que por êle provocada,

como lhe cumpre a êle, se tem fundamentos para demandar a rescisão do contrato, a suprema justiça daquêle tribunal, num pleito entre a União e o Banco, exonere a fazenda pública das obrigações criadas por êsse ato legislativo de caráter contratual.

III

Já se viu que as concessões da natureza desta entram na categoria dos atos contratuais, se bem que outorgadas legislativamente.

Ora as disposições que, na constituição americana e na brasileira, protegem os atos jurídicos dêste gênero, não só contra o arbítrio administrativo, senão até contra as prerrogativas da legislatura, abrangem na sua ação tutelar os contratos entre o Estado e particulares, tanto quanto os contratos de particulares uns com outros.

This provision of the constitution extends to contracts to which a State is a party, as well as to contracts between individuals.

New Jersey v. Wilson. 7 Cranch 166. 3 L. Ed. 303.

Fletcher v. Peck. 6 Cranch. 87. 3 L. Ed. 162.

It has been settled that a contract entered into *between a State and an individual* is as fully protected by the prohibition contained in the tenth section first article of the Constitution as a *contract between two individuals*.

Providence Bank v. Billings. 4 Peters 514. 7 L. Ed. 939.

Dáí a conseqüência, definida noutros arestos; de que, "quando o Poder Legislativo do Estado renunciar, mediante contrato, ao seu poder tributário em relação aos bens *de uma companhia bancária*, se

uma lei depois violar tal contrato, sujeitando-a a impostos, essa lei será *inconstitucional e nula*.

Where a State legislature has, by contract, relinquished its power of taxation with reference to the property of a *banking corporation*, a subsequent law which violates this contracts by an imposition of taxes, is *unconstitutional and void*.

Jefferson Branch Bank v. Skelly. 1 Black 436. 17 L. Ed. 173. 179.

Franklin Branch Bank v. Ohio. 1. Black 474. 17 L. Ed. 180. 7 L. Ed. 939 *ad notam*.

The Piqua Bank v. Knoop. 16 How. 369. 14 L. Ed. 977.

Dodge v. Woolsey. 59 U.S. (18 How.) 331. 15 L. Ed. 401.

Mechanics' and Traders' Bank v. Thomas. 59 U.S. (18 (How.) 384. 15 L. Ed. 460.

Wright v. Sill. 2 Black 544. 17 L. Ed. 333.

Se, pois, êsses atos legislativos importam em contratos, equiparados, por uma jurisprudência constante, uniforme e invariável, aos contratos entre indivíduos, e que outros atos legislativos não podem, ulteriormente, revogar ou alterar, sem incorrer na sanção constitucional da nulidade, que invalida a retroação das leis, estaduais ou federais, em prejuízo de quaisquer direitos adquiridos, com maioria de razão (claro está) não os pode romper ou modificar a vontade do Poder Executivo.

Ora, se os poderes públicos, quando contratam, se nivelam, a respeito das suas convenções, com o outro contraente, como já o reconhecia, sob o Império, a própria jurisprudência administrativa, em consultas do Conselho de Estado e resoluções imperiais (AMARO CAVALCANTI, *Respons. Civ. do Est.*,

p. 528 e segs.), óbvio é que as relações procedentes de tais contratos e a interpretação das suas cláusulas se regem pelas mesmas normas admitidas quanto aos contratos entre particulares.

Mas o decr. n. 1.036-B, de 1890, assento do contrato entre a União e o Banco, só estabelece um caso de caducidade dos favores a êle concedidos, isto é, um caso em que o Banco decaia dêsses favores *ipso facto* do não cumprimento de obrigações ali determinadas: o de não criar êle as caixas filiais, ou bancos populares, nas capitais e cidades principais dos Estados, que o exigirem, de acôrdo com o Governo Federal, dentro em seis meses da intimação para êsse efeito dirigida à companhia. (Art. 13.).

Em tal hipótese a caducidade, geogrâficamente circunscrita pelo contrato, se consumaria, contra o Banco, a respeito de cada um dos Estados a que êle desatendesse, pelo fato mesmo da inobservância da intimação no semestre aprazado.

Poderia o Governo, em caso tal, pronunciar a caducidade, independentemente de sentença?

Em direito francês é matéria debatida, em que as opiniões se dividem, sem solução positiva, entre as melhores autoridades, se o pacto comissório expresso nos contratos atua de pleno direito, embora em tal não conviessem expressamente os contratantes. (MENDONÇA: *Obrigações*, 2ª ed., vol. II, p. 339, n. 649. FILOTTI: *La condition résolutoire en dr. rom. et en dr. franç.*, p. 51 e segs.).

Mas, entre nós, a opinião geralmente seguida é pela regra absoluta de que os contratos sinalagmáticos só se rescindem mediante sentença. (JOÃO MONTEIRO: *Aplicações do Direito*, p. 352. — MENDONÇA: *Op. cit.*, v. I, nº 122 *in fine*, p. 274. — C. DE CARVALHO: *Nova Consolidaç.*, art. 960.).

Como quer que seja, porém, dada, como se dá, no art. 13 do decr. n. 1.036-B de 1890, a condição resolutiva expressa, "o recurso aos tribunais só terá por fim a *verificação de um efeito anteriormente produzido, que só deve ser declarado.*" (MENDONÇA: *Ibid.*, n. 122 p. 273.)

Todavia, como não se realizou o caso da condição resolutória, expressa nesse decreto, com fundamento nessa cláusula, nem sequer tem o Governo entrada para demandar a companhia, quanto mais para a fulminar por decreto com a caducidade.

Agora, se o de que se cogita, é da arguição, irrogada à companhia, de não ter cumprido outras obrigações do seu contrato, de não haver correspondido aos intuitos da concessão que a criou, evidentemente só em uma ação judicial poderia o Governo chegar juridicamente à dissolução dos seus vínculos contratuais com aquela entidade.

Mas, seguindo o Direito Romano, o Direito Brasileiro não conhece o pacto comissório subentendido, isto é, em falta de cláusula contratual neste sentido, não autoriza a rescisão do contrato por uma das partes, com o fundamento de não haver a outra cumprido as suas obrigações.

O descumprimento dos contratos, entre nós, se resolve na condenação judicial às perdas e danos. É ainda este o princípio, que abraçou, no art. 1.059, o Projeto de Cód. Civil adotado pela Câmara dos Deputados. Mas aí, quando se trata de contratos bilaterais, o art. 1.096, parágrafo único, admite a parte prejudicada com o não cumprimento a "requerer a rescisão do contrato com perdas e danos," isto é, a promover estas duas soluções *judicialmente*.

Em suma: a declaração de caducidade por ato do Poder Executivo é indefensável. Qualquer que

seja o remédio legal para a situação, de que êle se queixa, não se obtendo mediante acôrdo entre as partes, só se pode ir buscar nos tribunais.

É o que, ainda recentemente, no seu relatório do ano passado, reconhecia o Ministro da Fazenda, articulando estas considerações:

Como a caducidade da concessão não poderia, em caso nenhum, ser decretada senão pelo Poder Judiciário, prossegui nas negociações com o Banco, para obter uma solução grandemente favorável aos interesses do Tesouro Federal e aos dos Estados, alcançando uma restrição aos pesados ônus da concessão, que, se eram justificados no momento de sua decretação, se tornavam odiosos posteriormente e destoantes do regimen de igualdade, que é fundamental no espírito das nossas instituições.

(Relat. do Ministro da Faz. em 1912. v. I, p. 117.)

IV

Não pode haver dúvida nenhuma que o acôrdo celebrado, aos 11 de dezembro de 1911, entre o Govêrno da União e o Banco Hipotecário do Brasil é um ato legal, visto como, nessa convenção, livremente concluída entre as duas partes, nenhum favor outorgava o Govêrno ao Banco, e o Banco renunciava a direitos de suma importância, cuja legalidade lhe estava reconhecida pelas mais altas decisões do Poder Judiciário, nos tribunais locais e nos federais.

Por essa transação, com efeito, renunciou o Banco às isenções, de que gozava, quanto

a) aos impostos de importação, quando não tiverem por objeto o material destinado a vivendas para as classes operárias e os maquinismos ou instrumentos de lavoura destinados às propriedades

agrícolas do estabelecimento e à respectiva colonização:

- b) aos impostos de exportação;
- c) aos de consumo;
- d) à taxa de água neste distrito;
- e) aos impostos que de futuro se criarem, não sendo sucedâneos dos atuais, a cujo respeito o Banco reserva a sua imunidade.

Se tais isenções eram ônus para a fazenda pública, de cuja receita importavam em diminuição, bradaria contra o senso comum negar que o acôrdo é vantajoso para o Tesouro da União, dos Estados e dos Municípios na proporção da receita, que lhes aumenta.

Tão pouco se poderia contestar (e dêste modo respondo à segunda interrogação do questionário no seu quarto artigo), tão pouco se poderia contestar, repito, que tal acôrdo "importe em mais um reconhecimento, por parte do Govêrno, dos favores e privilégios do Banco".

Esse reconhecimento é formal no têrmo do acôrdo, onde se diz:

O Govêrno reconhece como subsistentes e em pleno vigor os privilégios do decreto citado, n. 1 036-B, de 14 de novembro de 1890, que não estiverem incluídos na renúncia feita nas cláusulas acima, correspondentes aos ônus nêle estabelecidos, que o Banco se obriga cumprir.

(Relatório do Min. da Faz. em 1912, p. 121.)

Mas com esta declaração não fêz o Govêrno ao Banco mercê nenhuma: apenas lavrou um ato de obediência à interpretação dada à lei, em última instância, pelas justiças nacionais. Ao passo que o Banco, pelo contrário, se desfez de vantagens po-

sitivas, que essa mesma interpretação da lei pelos tribunais lhe assegurava.

Os benefícios resultantes, portanto, dêsse acôrdo, à administração pública, são líquidos e inegáveis.

V

Suspender um dos contraentes as vantagens, a que pelo contrato se comprometeu para com o outro contratante, importa em violar e romper o contrato.

Ora a verdade jurídica a êste respeito é que

o outorgante num contrato não pode invalidar o seu próprio ato, ainda quando êsse outorgante seja um Estado soberano. *A part to a contract cannot pronounce its own deed invalid, although that party be a sovereign state.*

Cranch 87, 132, 3 L. Ed. 162. 176 *in fine*.

Na hipótese, tratando-se de uma convenção que estipula obrigações reciprocas, o Govêrno, se a descumprir, desta ou de outra maneira, se sujeita a ser acionado pela outra parte, em ressarcimento das perdas e danos que lhe resultarem.

O cabimento do pleito é inegável, tocando aos tribunais federais julgarem-lhe dos fundamentos, no debate que regularmente se instaurar entre as alegações da sociedade prejudicada com a deliberação do Govêrno e a exceção *non adimpleti contractus*, com que êste naturalmente se defenderá.

Rio de Janeiro, 5 de novembro de 1913.

RUI BARBOSA.



V

INTEGRALIZAÇÃO DE
CAPITAL SOCIAL

COMP. DOCAS DA BAHIA

PARECER



CONSULTA

A assembléia geral dos acionistas da sociedade anônima A, depois de avaliados os bens e direitos sociais por três louvados também nomeados em assembléia geral dos mesmos acionistas, resolveu integralizar o capital social, representado por ações, com o valor estimado de tais bens e direitos.

Nessa conformidade foram integralizadas as ações que já tinham realizado em dinheiro $22\frac{1}{2}\%$ do seu valor nominal, e, ainda anteriormente, também por deliberação da sociedade, tiveram considerados, como prestação do capital, mais $27\frac{1}{2}\%$ do seu valor nominal pela estimação dos bens e direitos sociais.

A sociedade anônima A, que tem por objeto a realização de melhoramentos materiais concedidos pelo Governo Federal, sob garantia pública de juros (Dec. nº 434, de 1890, artigo 27) e que, antes de efetuada a integralização das suas ações, teve estas mesmas ações admitidas à negociação e à cotação na Bolsa d'este Distrito Federal, como ações com o capital realizado de 50%, sempre esteve e continua a estar *in bonis*, e, anteriormente àquela assembléia geral, contraiu um empréstimo em *debêntures*, garantido com a hipoteca dos bens sociais, e na regência do qual, sem protesto algum, já aumentara de $27\frac{1}{2}\%$, na forma acima referida, o capital das ações sociais.

Isto pôsto, pergunta-se:

1º

É legal o modo pelo qual foram integralizadas as ações da sociedade anônima A?

2º

No caso afirmativo, é lícito aos debenturistas oporem-se à referida integralização?

3º

Pode a Câmara Sindical dos Corretores de Fundos Públicos, neste Distrito Federal, e nos limites fixados pelos arts. 73, letra *d*, e 89 do Decreto nº 2.475, de 13 de março de 1897, proibir e suspender a negociação e a cotação em Bolsa das ações havidas como integralizadas?

4º

Se proibir e suspender essa negociação e essa cotação, quais os recursos legais que competem, quer à sociedade anônima *A*, quer aos seus acionistas?

Parecer

A nossa legislação estabelece que o "capital das sociedades anônimas pode consistir em dinheiro, bens, cousas ou direitos" (Decreto n. 8.824, de 30 de dezembro de 1882, art. 7º; Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, art. 17).

É, por outras palavras a regra, instituída no Código Civil francês e generalizada nas leis, civis e comerciais, de outros países, conforme a qual pode constituir objeto das entradas sociais (*aportes, conferimento*) tudo o que é suscetível de servir de objeto a uma obrigação, (*Pandectes Françaises*, v. Sociétés, ns. 370, 397, 770 e segs., 1952. — VAVASSEUR, Sociétés, vol. I, nº 76, pág. 50.)

Não se traça limite à proporção, em que o capital em bens, cousas ou direitos (*apports en nature*) deva concorrer, na formação do patrimônio social, com o capital em dinheiro, capital em espécie, capital em numerário.

A doutrina e jurisprudência não rejeitam a hipótese de que os fundadores de uma sociedade anônima se reduzam a pôr em comum, unicamente, "imóveis e material, repartindo entre si o seu valor representativo mediante as ações que se atribuírem". (SIVILLE, *Sociétés Anonymes Belges*, tom. 1, p. 90, nº 241.)

A liberdade, que destarte, lhes deixa o legislador, para constituírem o capital das companhias em bens, cousas, ou direitos, em vez de numerário, não encontra, entre nós, restrição, a não ser na cláusula,

pela qual as sociedades anônimas não se podem constituir definitivamente, senão depois de efetivamente depositada a décima parte em dinheiro do capital subscrito. (Dec. n. 164, de 1890, art. 8º — Dec. n. 850, do mesmo ano, art. 5º, Decr. n. 434, de 1891, art. 65.)

Só o que se exige, para que o capital social se possa estabelecer validamente debaixo de tal forma, vem a ser:

1º que os bens, cousas e direitos sejam estimados por três avaliadores, nomeados pela assembléia geral dos acionistas na sua primeira reunião (Decr. n. 164, n. 850, do mesmo ano, art. 5º, Decr. n. 434, de 1891, art. 17);

2º que essa avaliação receba, depois, a aprovação dos acionistas noutra assembléia geral (Decr. n. 164, de 1890, art. 3º, 2, cláusula 2ª; Decr. número 4; Decr. n. 434, de 1891, art. 131.)

3º que a assembléia geral onde se aprovar a avaliação dos bens, cousas ou direitos, represente, nos acionistas que a constituírem, dous têrços, pelo menos, do capital social (Decr. n. 164, de 1890, art. 15, 4; Decreto nº 434, de 1891, art. 131.)

O de que se trata com especialidade, nessas disposições, é de fixar as condições impostas às entradas não consistentes em moeda, para serem admitidas, na constituição das sociedades anônimas, como elementos do patrimônio social.

Mas o princípio que exprime a substância dessas normas regulamentares, que as anima, as dita, e as molda, é que os bens, cousas ou direitos podem entrar com a mesma legitimidade que o dinheiro, na constituição do capital dessas sociedades.

Ora, conquanto as sociedades anônimas, não se possam constituir definitivamente senão depois de

subscrito o capital social todo (Decr. n. 164, de 1890, art. 8; Dec. n.º 434, de 1891, art. 65), êsse capital, de ordinário, só se realiza em parcelas, à medida que as necessidades sociais o requerem.

Às chamadas sucessivas tem de responder os acionistas com as quotas do capital, que lhes tocarem. Essas quotas, normalmente, se realizarão em dinheiro.

Mas, se, em vez de as receber, nessa espécie, convier ao legítimos interêsses da sociedade arrecadá-las em bens, cousas ou direitos equivalentes, não faria ela assim procedendo, senão usar da mesma faculdade expressamente autorizada quando se trata da gestação da companhia na sua fase constitutiva, mas que implicitamente, pela identidade óbvia do seu motivo, se estende aos atos ulteriores, pelos quais se haja de consumir a integração do capital, que as prestações iniciais deixaram por completar.

Realmente, se uma companhia se pode criar, realizando, logo no seu ato constitutivo, os nove décimos do seu capital em bens, cousas, ou direitos, não se compreende porque se não poderia, igualmente, realizar em bens, cousas ou direitos, quando a sua integração ocorrer parcelarmente, mediante entradas sucessivas.

Pode suceder, porém, ainda, que o princípio resultante daqueles textos revista a mais inegável aplicabilidade em outras hipóteses, a êle subordinadas pelo rigor da analogia.

Os direitos, cousas e bens, que, ao constituir-se a sociedade, se computaram meramente como fração do seu capital estipulado, como a sua primeira entrada, podem, com o tempo, as circunstâncias, ou a ação da sua própria fôrça reprodutiva, crescer de tal modo em valia, exceder com largueza tal o seu valor primitivo, que operem da maneira mais natural.

sólida e vantajosamente, a integração do capital convencionado.

Nesse caso, avaliando-se com a mesma solenidade que no período constitutivo da sociedade a importância do valor acrescido aos seus bens, cousas e direitos, a deliberação coletiva, que proclama integralizado o capital, não faz senão reconhecer lisamente um fato de ordem natural e realidade inquestionável.

Outras vezes pôde acontecer que aos bens, cousas e direitos, originariamente incorporados ao capital social, se venham, mais tarde, a juntar, por novas aquisições ou desdobramento regular dessas, outros direitos, cousas ou bens, que, pelo seu vulto comercial e manifesta equivalência em dinheiro, preencham notoriamente a diferença entre o capital realizado e o capital subscrito.

Nessa emergência a integração do capital ajustado se operou menos realmente com essas adições ao cabedal não pecuniário da Companhia, do que se novas entradas, por ela exigidas aos acionistas, lhe concorressem para os cofres, em dinheiro, com o valor das prestações reclamáveis.

O capital social está, na realidade, formado integralmente. A intervenção dos avaliadores, pois, não vem senão verificar um fato positivo, e a declaração da assembléia geral imprimir-lhe a sanção da sua autoridade soberana.

Dir-se-á que, em todo caso, integralizar o capital independentemente das entradas o mesmo é que eximir da obrigação de as efetuar os sócios da Companhia, e que a esta liberalidade se opõe o disposto na Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, art. 53.

Mas tal não há.

Os termos dêsse preceito legislativo são êstes: "Os acionistas das sociedades anônimas e outros sócios de responsabilidade limitada são obrigados a integralizar as ações ou quotas, que subscreverem para o fundo social, não obstante quaisquer restrições, limitações ou condições estabelecidas nos estatutos ou contrato da sociedade".

Se o não fizerem "amigavelmente, quando avisados", prossegue o texto, "os liquidatários proporão contra êles ação executiva".

Do próprio contexto dêste enunciado, pois, se vê que o legislador não proíbe às sociedades anônimas o estabelecerem "restrições, limitações ou condições" à obrigação, contraída pelos seus membros, de integralizarem o capital subscrito. Ao contrário, reconhece essa possibilidade, e não a veda.

Vedá-lo-ia, se declarasse que a tais sociedades não é lícito sujeitar a "restrições, limitações ou condições" o compromisso, assumido pelos acionistas, de realizarem integralmente as suas quotas no capital social.

Abstendo-se dessa interdição geral, e autorizando o uso dessas "restrições, limitações ou condições" com a própria solenidade que lhe comunica, mencionando-o nos textos legislativos, sem o prescrever, ou condenar, a legislação mercantil apenas formula uma reserva: *quanto às sociedades, que falirem*.

É numa lei consagrada ao processo das falências que ela se articula, numa lei restrita a essa especialidade, e, para maior especialização ainda, na secção dessa lei, que unicamente se ocupa, segundo a sua rubrica incisiva, "dos efeitos *quanto aos contratos do falido*".

Só a respeito de tais casos provê a Lei nº 2.024, armando os liquidatários das sociedades *falidas* com a ação executiva do reg. n. 737, arts. 300 a 307.

Fora dessas hipóteses restritas, a norma geral, dominante em matéria de sociedades mercantis, é que os sócios não podem ser executados, nos seus bens particulares, por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais (Cod. Com., art. 350; reg. n. 737, arts. 497 e 531 § 1º), e a regra peculiar às sociedades anônimas é que só a estas cabe ação de pagamento contra os subscritores e cessionários, para obrigar os acionistas a efetuarem as suas entradas. (Dec. nº 850, de 13 de outubro de 1890, art. 4º parte 1 — Decreto nº 434, de 1891, arts. 32 e 33).

É à sociedade unicamente que a lei confere ação, para constranger o associado remisso a se desempenhar da obrigação, por êle contraída para com ela, de inteirar as suas entradas.

À sociedade só: não aos credores sociais. Êstes, para êsse efeito, só dispõem de remédio legal, se a Companhia quebrar, e entrar em liquidação, cabendo, *exclusivamente, em tal caso*, aos liquidantes um executivo especial, para forçar os acionistas à integração do capital ainda não realizado.

Enquanto, portanto, a sociedade se achar *in bonis*, a realização do capital social não sai da categoria dos fatos abrangidos nas relações da sociedade com os seus membros, subordinadas aos órgãos pelos quais exerce a sua autoridade, culminante na assembléia geral, e à lei convencional dos seus estatutos.

Nada, pois, obsta a que êstes submetam a integralização das ações ou quotas subscritas às "*restrições, limitações ou condições*" aludidas no art.

53 da Lei nº 2.024, sem que, com isso, periclite o interesse dos credores, uma vez que os direitos dêstes, na hipótese de insolvência social, estão salvaguardados pelo recurso extremo, que essa disposição lhes assegura, em falindo a sociedade.

Assim que os estatutos da sociedade, sobre cujos atos versa a consulta, não incorriam em censura, absolutamente nenhuma, de ilegalidade, quando no seu artigo 6º, depois de consignarem achar-se realizada a entrada inicial de 20% sobre o valor nominal das ações, prescreveram que as demais seriam chamadas "a juízo da diretoria", com intervalos de que apenas se lhe fixava o mínimo e prévia consulta do conselho fiscal acrescentando, em seguida:

"O disposto sobre chamadas, no caso da Companhia realizar empréstimo no exterior para a construção das docas, *fica sem valor, não podendo a diretoria fazer chamada sem que uma assembléia geral extraordinária resolva a respeito.*"

Cinco anos depois, a Companhia Internacional de Docas, alterando a sua denominação, manteve no art. 6º dos novos estatutos o estatuído nos anteriores:

"As chamadas de capital serão feitas a juízo da diretoria, com os intervalos que esta julgar convenientes e prévia consulta ao conselho fiscal. O disposto sobre chamadas será na forma que a diretoria resolver e, dado o caso da Companhia realizar empréstimo no exterior para a construção das docas, *não será feita nova chamada de capital sem que uma assembléia geral resolva a respeito.*"

Os associados, como se vê, reunindo-se em companhia, afim de explorarem uma concessão a que o desenvolvimento econômico do país e a opulência do Estado que lhe coubera por sede asseguraram

incalculável futuro, meteram em linha de cálculos, discretamente, essa expectativa, imaginando que, obtido, por uma operação de crédito no estrangeiro, o capital necessário à realização das obras ajustadas, o desenvolvimento natural da empresa, auxiliado talvez até por novos favores, poderia habilitá-la a dispensar os acionistas de uma parte das entradas por fazer.

É o que não raro acontece na indústria moderna (particularmente com as empresas consagradas à exploração de serviços públicos), onde os empréstimos por obrigações "têm assumido na formação do capital das sociedades anônimas parte tão preponderante quanto as ações". (BRANDEY: *De la protection des obligataires*, pág. 7.)

E os dados estatísticos em que os avaliadores estribam as suas avaliações, nas duas assembléias gerais onde se resolveu a integração do capital da Companhia Cessionária das Docas do Pôrto da Bahia demonstram quanto aquelas previsões eram acertadas.

No laudo apresentando à assembléia geral de 26 de fevereiro de 1907 os peritos, depois de acen- tuarem que a Companhia tinha já um capital reali- zado na importância de 11.250.000 \$; que o em- préstimo contratado na Europa, com os banqueiros Etienne Müller & C., bastava para a execução das obras contratadas; que o produto das taxas autori- zadas nos decretos de concessão, produzindo, mais de mil contos de réis, ouro, cobriria os serviços dos juros desse débito, e que, resgatado êle, como tinha de ser, em cinqüenta anos, as obras, com o seu ma- terial, ficariam, desde então até 1973, entregues sem encargos ao gozo da empresa, — orçaram os bens, cousas e direitos compreendidos nesta concessão em

13.760:000\$000, advertindo, porém, que em tal avaliação convinham, não como definitiva, mas

sem prejuízo de nova estimativa, quanto fôr possível verificar de modo mais positivo as vantagens da Companhia, decorrentes da execução do seu contrato com o Governo. (*Diário Oficial*, 22 de março de 1907, pág. 1 992.)

Sobre essas conclusões se pronunciou a assembléia geral, aprovando o laudo, e resolvendo que

a importância da avaliação nêle consignada, ou seja a quantia de réis 13.750:000\$, ficasse, *sem prejuízo do novo arbitramento*, considerada como prestação do capital, por conta e em amortização das responsabilidades dos acionistas. (*Ibidem*.)

Seis anos mais tarde as circunstâncias estavam indicando a conveniência da nova avaliação. A importação aumentara em grau considerável. Com a frequência crescente da navegação, o desenvolvimento da tonelagem, a multiplicação do expediente aduaneiro, a expansão da rede ferroviária pelos novos contratos, a concessão outorgada à empresa avultara enormemente em valor atual e em perspectivas de futuro.

Além disso, o Decreto nº 9 293, de 3 de janeiro de 1912, liberalizara à Companhia outras concessões, estendendo-lhe a noventa anos o prazo de gozo do seu privilégio, que, de 31 de dezembro de 1912, passaria a terminar em 30 de junho de 1995, e doara, em plena propriedade, à concessionária, os terrenos, assim desapropriados, como acrescidos.

Sobre estas bases, os avaliadores nomeados na assembléia geral de 14 de janeiro de 1913 avaliaram, na assembléia geral de 29 dêsse mês, os haveres sociais em bens; cousas e direitos, na soma de ...

26.000:000\$ ouro, duplo do cálculo adotado na estimação anterior.

Desta sorte o capital da sociedade, que a primeira avaliação fixara em 50% da soma subscrita, estava, pela segunda avaliação, realmente elevado à importância total do valor que as ações deviam representar.

A valia do patrimônio social dobrara, efetiva e materialmente.

Dobrara, não só pelo aumento da capacidade produtiva dos bens, cousas e direitos, devida à expansão econômica do meio onde se desenvolvem as operações industriais da Companhia, senão também por efeito dessas duas enormes aquisições acrescentes ao acêrvo do seu ativo: os vinte e três anos de gôzo, adicionais à duração do seu privilégio, e o domínio dos terrenos, desapropriados ou acrescidos, que o governo gratuitamente lhe cedeu.

De per si sós, êstes dois últimos valores, apesar de outorgados como acessórios da concessão principal, constituíam, dado o seu alcance econômico e a sua monta pecuniária, duas grandes concessões, qual a qual de mais preço, sobrepostas à primeira.

Necessário era registrar-lhe a adição ao capital realizado. Foi o que fêz a segunda avaliação, verificando e atestando que êle duplicara.

De modo que a resolução da assembléia geral, declarando integralizado o capital-ações, tão sòmente vinha dar ao fato averiguado a sanção da autoridade competente para o reconhecer.

Isto se consumou tanto mais regularmente, quanto no processo de averiguação e deliberação observado, assim da primeira, como da segunda vez, se ateve o órgão da vontade social, com o mais escru-

puloso rigor, às exigências instituídas na lei, para estimar o capital das sociedades anônimas não consistente em dinheiro, quando elas se houveram de constituir.

Cada uma das suas avaliações foi cometida a três avaliadores nomeados em assembléia geral.

Cada um dos dois laudos recebeu a aprovação, unânime em ambos os casos, numa assembléia geral posterior.

Cada uma das quatro assembléias gerais, enfim, onde se nomearam os seis louvados e se votaram os seus dois laudos, em 20 de janeiro e 26 de fevereiro de 1907, em 14 e 29 de janeiro de 1913, representava mais de dois terços do capital social.

Ninguém negará que, a tratar-se de constituir a sociedade, essas avaliações preencheriam todos os requisitos legais, para ser o meio específico de apurar e certificar a importância do capital em bens, cousas e direitos, com que se inaugurasse a Companhia. A autoridade, pois, que a êsse meio de verificação não se pode recusar quando se trata do ato fundamental da Companhia, como desconhecer-lha nas suas fases ulteriores? Seria concebível que a lei fôsse menos severa com a verificação do capital inicial nas sociedades anônimas, que com a das suas entradas posteriores?

Claro está que não.

Isto pôsto, respondendo ao primeiro quesito, não hesito em dizer que o modo como a Companhia Cessionária das Docas do Pôrto da Bahia procedeu à integração das suas ações, satisfaz à lei social, e não transgride a mercantil.

Essa integração, portanto, a meu ver, é indubitavelmente legal.

II

Quanto ao segundo quesito:

1º) Tanto os primeiros como os segundos estatutos da sociedade, uns e outros anteriores ao contrato de empréstimo sobre obrigações, firmado em 18 de outubro de 1909, entre ela e a *Caisse Commerciale et Industrielle de Paris*, contêm, no seu art. 6º, a determinação social, que, dado o caso da Companhia efetuar empréstimo no exterior para a construção das docas, manda, suspender as chamadas de capital, não as permitindo mais sem nova deliberação da assembléia geral a tal respeito.

Essa prescrição do contrato social, como já notei, implícita, mas clara e indiscutivelmente, envolve, para a assembléia geral, a discricionária autorização de não chamar os acionistas a novas prestações do capital subscrito, e, conseqüentemente, a dar por concluída a sua integração com as chamadas anteriores.

Ora êsses estatutos, de 5 de novembro de 1902 e 26 de fevereiro de 1907, arquivados na Junta Commercial, os primeiros sob o nº 2.827, os segundos sob o nº 3.126, tiveram a devida publicação.

A *Caisse Commerciale*, pois, tinha conhecimento de que a assembléia geral da sociedade estava armada, pelos seus estatutos, com a faculdade soberana de pôr termo às chamadas e isso justamente no caso preciso, especial e único, de se levar a efeito o mútuo, em que êsses banqueiros consentiram.

2º) Os estatutos da sociedade são a lei social, *alegável*, em tal caráter, *nas relações com terceiros*, como fonte de obrigações e direitos entre êles e ela, quando arquivados e revestidos solenemente da publicidade legal. (Código Com., art. 301, parte final. — Decreto n. 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 3º.

§§ 4º e 5º e art. 6º, princ. — Decreto n. 434, de 1891, art. 47, § 1º, arts. 79, 80, 81, 82 e 91).

Ora, “terceiros”, quando o vocábulo se contrapõe à menção de sócios, não são, nem podem ser outros senão os *credores* ou devedores sociais, (MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, parte gen., vol. II, seção 1ª, nº 417, pág. 307; secção 2ª, nº 500, pág. 102, texto e nota 5).

3º) Demais o contrato definitivo entre a Companhia e os banqueiros Etienne Müller & Comp., celebrado em 19 de outubro de 1907, contrato em cujas obrigações e direitos sucedeu a *Caisse Commerciale* pela escritura de 18 de outubro de 1909, explicitamente se refere à ata da assembléia geral de 10 de setembro de 1906, onde se reformaram os estatutos, preservando-se a disposição que, realizado o empréstimo externo, entregava ao arbitrio da assembléia geral proceder, ou não, a novas chamadas.

Essa escritura (a de 18 de outubro de 1909) consigna, na sua seção preambular que

a *Caisse Commerciale* fica, a partir dessa data, em relação à Companhia Docas, substituindo o Banco Etienne Müller & Comp., para os efeitos dos acordos existentes entre este Banco e aquela Companhia antes de 25 de março de 1909.

Entre êstes se inclui, por consequência, o de 19 de outubro de 1907, no qual Etienne Müller & Comp., aludindo à assembléia, que mantivera, nos estatutos reformados, à assembléia geral direito absoluto quanto à suspensão ou continuação das chamadas, na hipótese de se ultimar o empréstimo externo, evidentemente se submetia à autoridade convencional dessa estipulação.

4º) Mais. A primeira vez que a assembléia geral, interpretando o sentido transparente dessa faculdade, elevou de 22 a 50% o capital social, sem chamada alguma, apenas mediante avaliação dos bens, cousas e direitos já existentes no patrimônio da Companhia, foi, em 26 de fevereiro de 1907, isto é, antes dos acordos por ela concluídos com Etienne Müller & Cia. em 25 de março de 1909; acordos que a *Caisse Commerciale* ratificou pela escritura de 18 de outubro de 1909, sem que nem da parte da *Caisse Commerciale* neste ato de ratificação, nem da de Etienne Müller & C. nas convenções ratificadas, se enunciasse, ou insinuasse, de qualquer modo, a mínima censura ou ressalva quanto ao uso, pela assembléia geral, daquela atribuição como extensiva ao arbítrio de integrar pela valorização do capital realizado o capital subscrito, independentemente de novas entradas.

Nessa atitude, pois, quer de Etienne Müller & C., quer da *Caisse Commerciale*, sua sucessora, temos a aquiescência manifesta, assim dos antigos credores como dos credores atuais, à inteligência atribuída pela assembléia geral da Companhia ao art. 6º dos estatutos. E os que não objetaram a essa hermenêutica em 26 de fevereiro de 1907, sendo já credores da Companhia pelos contratos de 6 de março e 10 de setembro de 1906, quando a assembléia geral de tal interpretação usava, para elevar, sem novas entradas, o capital de 22 a 50%, não têm o direito de a impugnar hoje, quando a autoridade social, com elementos ainda mais sérios para outra avaliação, lança mão da mesma faculdade para integralizar o capital da Companhia.

5º) Verdade seja que, no contrato de 18 de outubro de 1909, a Companhia

se obriga a não fazer, durante o prazo dêsse contrato, modificação alguma *que possa prejudicar as obrigações, bem como a não diminuir as rendas especialmente afetadas ao serviço das anuidades do empréstimo, sem as substituir* por outras de igual valor,

de acôrdo com os portadores das suas obrigações.

Mas essa estipulação da cláusula 21ª na escritura do contrato que rege o empréstimo contraído em 1909, como quer que se entenda, na sua expressão natural, na sua intenção possível, ou na sua apreciação jurídica, não pode ter sentido contrário à deliberação social, de que se trata.

6º) Primeiramente, se o intuito dos contraentes fôsse desarmar a assembléia geral do arbítrio outorgado pelo art. 6º dos estatutos, obstando a que ela continuasse a exonerar os acionistas das entradas correspondentes aos cinqüenta por cento restantes do capital subscrito, não se concebe que, em vez de articularem declaradamente êsse ajuste em têrmos explícitos, o envolvessem numa fórmula vaga, num rodeio obscuro, recorrendo a enunciação indistintas, equivocáveis e discutíveis como as que se encontram no texto do instrumento contratual.

Porque, em tal caso, não convencionar positivamente que a sociedade renunciava ao abítrio utilizado na assembléia geral de 26 de fevereiro de 1907, e que a metade por entrar do capital subscrito se realizaria integralmente mediante novas prestações de capital pelos acionistas?

7º) Mas, ou se redigisse nesses têrmos, ou redigida nos em que está, importasse no mesmo, como se pretende, a cláusula envolveria derrogação da lei social, reforma dos estatutos; e esta não se poderia consumir por obra de um contrato com terceiros.

sem as solenidades extraordinárias, que a legislação das sociedades anônimas estabelece como condição essencial para qualquer modificação no regímen convencional dessas sociedades.

8º) Por outro lado, a integração do capital social votada em 29 de janeiro de 1913 teve por fundamento a superveniência das aquisições outorgadas, generosa e imprevistamente, à Companhia pelo Dec. nº 9.293, de 3 de janeiro de 1912. Dessas apropriações valiosas e inesperadas, consequentemente não podia, nem de longe, cogitar o contrato, três anos anterior, de 18 de outubro de 1909, a que aquela cláusula pertence.

9ª) Considere-se agora nos termos da cláusula 21ª, onde se estriba a objeção aduzida. Que reza êsse tópico do contrato, na sua linguagem textual?

Em primeiro lugar, assenta que a Companhia se obriga a "não fazer modificação alguma, que possa prejudicar as obrigações". Mas onde o prejuízo às obrigações, isto é, a diminuição da garantia assegurada aos credores debenturistas com o substituir-se o resto do capital eventualmente realizável em dinheiro, parcela a parcela, mediante entradas futuras, pela integração efetiva, total e imediata do capital em valores industriais da mais alta monta e da mais iquestionável seriedade? Onde?

Numa hipótese (a que se evitou) a garantia, legalmente apenas *subsidiária*, seria, na realidade, fracionária, contingente e, por ventura, falível. Na outra (a que se verificou), é inteiriça, segura e cabal.

Em vez de aguardar uma série de entradas graduais, que a assembléia geral poderia ir arbitrando no mínimo autorizado pelos estatutos e dilatar indefinidamente, os credores viram entrar na sociedade todo um patrimônio nôvo, de vasta

importância comercial e financeira. Em que é que, desta maneira, se causou *prejuízo às obrigações?*

Em seguida, a cláusula 21ª obriga a Companhia “a não diminuir *as rendas especialmente afetas ao serviço das anuidades do empréstimo.*”

Ora, claro está que nesta categoria de recursos não se incluem as prestações de capital dos acionistas, as suas entradas. Estas apenas constituem *frações do patrimônio* da sociedade, ao passo que “*as rendas*” vêm a ser o produto, a frutificação, dêsse capital. “*Rendas especialmente afetas ao serviço das anuidades do empréstimo*” são as enumeradas nos arts. 10 e 11 do seu contrato, artigos onde não se toca nas entradas de capital nem a elas se alude.

10º) A garantia que a *Caisse Commerciale* contratou em favor dos títulos do seu mútuo à Companhia, consiste na primeira hipoteca sobre os bens desta sociedade e todo o seu ativo, de acôrdo com a Lei nº 177 A, de 15 de setembro de 1893. É o que estatui, no art. 10, o instrumento do contrato.

Por êle, como efeito do ônus real, na forma dessa lei, art. 1º § 2º, ficam “fora de comércio” os bens dados em segurança da obrigação. Mas estar uma propriedade *fora de comércio* quer dizer, simplesmente, que ela não pode sair das mãos do seu dono, passar a outro domínio, por doação, venda, transação, permuta, sucessão ou prescrição, que não se pode comerciar, que não circula. (*Pandect. Belges*, V. XIII, v. *Biens*, col. 331, nº 11.)

Ora, onde e como infringiu a Companhia êsse vínculo contratual e legal, integrando com os bens hipotecados, mediante uma avaliação exata da sua importância, o capital social? Como e onde, se êsses bens, valorizados, mas imobilizados, se conservam no patrimônio da sociedade, entre os elementos do

seu capital, abroquelando ali, com o ônus hipotecário, o direito dos credores?

A hipoteca sempre grava os bens hipotecados, sim; e a *Caisse Commerciale* tem hipoteca sobre os bens desta Companhia. Mas gravar não quer dizer ferir de paralisia e de morte.

Os bens hipotecados podem crescer em favor no patrimônio de seus donos; e, se dêles se compõe o capital de uma companhia, o seu destino está justamente em se multiplicarem com a exploração que os prospera. Sua vocação consiste em medrarem, fecundados pela ação industrial; e, se medram, não é em benefício do credor hipotecário, mas do devedor onerado.

O credor tem unicamente direito, além da restituição do capital mutuado, ao interesse fixo no contrato, ao passo que o devedor absorve os lucros da empresa, variáveis, crescentes, imprevistos, e, com êles, os desdobramentos do capital, as suas acessões, as suas conquistas.

Da sua valorização, pois, lhe cabe colher as vantagens maiores, e, conseqüentemente, estimulá-la, apurá-la, utilizá-la por todos os meios legais.

Foi o de que, legítimamente, se aproveitou a Companhia das Docas da Bahia, mandando estimar de novo a importância real do seu patrimônio, aumentada em larga escala pelo valor das suas novas aquisições.

11º) Ainda quando, porém, não houvesse no ativo social aquisições novas, mas, simplesmente, ascensão no valor das estimadas seis anos antes, o voto da assembléia geral era irrepreensível, por quanto, alteando os bens sociais em utilidade e preço, de tal modo que realizem, total e indubitável-

mente, a importância do capital subscrito, absurdo seria negar à sociedade o direito de integralizá-lo com essa expansão natural do valor das suas propriedades.

E por quê?

Por se recearem da fraude na operação verificativa, por lhe não confiarem na sinceridade e lisura?

Mas se o processo da verificação vier a ser, como foi no caso vertente, idêntico ao estabelecido na lei para a avaliação inicial das entradas em bens, cousas e direitos, quando a sociedade anônima se organiza, onde a razão para lhe crer, em uma hipótese, na moralidade, que noutra se lhe questiona?

Os comercialistas admitem, nas suas melhores lições, que se pôde aumentar a estimação do patrimônio social, elevando correspondentemente o valor das ações, ou distribuindo gratuitamente outras aos acionistas.

São de VIVANTE as palavras:

allorquando si aumenta la valutazione del patrimonio sociale, elevando in modo corrispondente il valore delle azioni, o distribuendo gratuitamente le azioni novellamente emesse fra i soci. (*Trattato*, 3ª edição, vol. II, nº 517, pags. 309-310.)

12º) Ora, se o fato é juridicamente admissível, tendo sido êle, na espécie, deliberado em forma regular pela autoridade social, competente, sem lesão ou ameaça aos direitos dos credores, não sei a que título justificar a intromissão dêstes num caso de administração da sociedade, alçada exclusiva dos seus acionistas.

Êstes não podem ser obrigados senão ao que os estatutos sociais os obrigam.

Nem para esbulhar aquela de uma faculdade, em que êles claramente a investem, bastaria amolgar a um interesse de bolsa o fraseado equívoco de uma cláusula contratual, dando ao instrumento, que o contém, ação derogatória contra a lei da Companhia.

Os direitos dos credores não são menos respeitáveis do que os dos acionistas.

Mas, ainda quando obrigacionistas e hipotecários, as duas situações não se confundem, e o melhor dos créditos não habilita o seu portador a suplantar a lei orgânica da sociedade, que devia conhecer, ou conhecia, quando ela entrou em relações contratuais.

Isto pôsto, óbvio é que, no caso da consulta, não será lícito aos debenturistas impugnarem a integração do capital social.

III

Respondendo a uma consulta da Câmara Sindical dos Corretores desta praça, o Ministério da Fazenda, em 5 de março de 1898, lhe declarou que a essa autoridade cabe, não só "proceder ao exame e verificação das formalidades exigidas por lei para os títulos admitidos à Bolsa", mas ainda "apreciar a nulidade e depreciação dêsses títulos, se a houver", isto é, entrar-lhes "na apreciação quanto à substância, investigando a sua origem e outros efeitos que os inquinem". (*O Direito*, vol. 77, pág. 459.)

Esta interpretação, que recorda o vêzo imperial de legislar por avisos, é radicalmente injurídica e inconstitucional.

Não se podem entender assim o art. 7º, letra c, do Decreto Legislativo nº 354, de 16 de dezembro de 1895, e o art. 73, letra d, do Reg. nº 2.475, de

13 de março de 1897, sem converter a Câmara Sindical dos Corretores num verdadeiro tribunal de justiça.

Para os assuntos que entendem com o direito de propriedade na sua substância, os contratos, a indústria, o comércio, a associação, a liberdade e a fortuna dos indivíduos no exercício dessas profissões, criou o regímen constitucional, desde que entre nós existem os juízos singulares e coletivos, com os múltiplos remédios e as sólidas garantias das formas processuais, além das que se reúnem, segundo o consenso da mais antiga experiência, para nos assegurar a capacidade, a independência e desinterêsse da magistratura.

De tôdas estas noções elementares se esqueceu a hermenêutica da Secretaria da Fazenda, segundo os louváveis hábitos da nossa autocracia administrativa, eminentemente refratária ao direito, não tendo, ao menos, em mente a disposição rudimentar do Decreto nº 164, de 1890, onde se declara que

são de exclusiva competência do *juízo comercial* as questões relativas à existência das companhias aos *direitos e obrigações* dos sócios entre si, ou entre *êles e a sociedade*. (Art. 2º § 3º.)

Na questão de que se trata, por exemplo, o que se controverte, é se as relações jurídicas entre uma companhia e os seus acionistas os têm na obrigação de integrar, mediante novas entradas, o capital subscrito, depois de averiguadamente liquidado que êsse capital chegou, de fato, à sua integração pelo desenvolvimento do patrimônio social.

É o crédito de uma sociedade mercantil, a honra dos seus administradores, a autoridade da sua assembléia geral, a fortuna dos seus acionistas, que se

entregam à administração de uma junta administrativa, sem formas nem recursos judiciários, tendo por árbitro o critério apressado e suspeito de cidadãos, sem dúvida respeitáveis, mas a quem falta a vocação da justiça, e cujos interesses andam em contacto habitual com os que se pleiteiam em litígios desta natureza.

São duas missões absolutamente distintas, no caráter das aptidões que requerem, nas ocasiões de abuso a que se expõem, no grau de confiança que envolvem, — a de verificar, nos papéis de crédito comerciais, a observância das solenidades externas, que lhes exige a lei para a sua validade ou negociabilidade, e a de penetrar, além dessa camada superficial, na substancialidade complexa e grave das questões, que a vida jurídica das sociedades emisoras, os atos dos seus órgãos, as suas relações com os seus membros ou com terceiros podem suscitar no tocante à circulação desses valores.

A primeira, não entendendo senão com circunstâncias de ordem material, visíveis na face dos títulos emitidos e nas declarações formais dos documentos que lhes explicam a emissão, cabe, na esfera das atribuições confiáveis, sem risco e com vantagem, à intuição de um grupo de homens práticos no mister, como os corretores de fundos.

A outra, devassando os fatos de ordem melindrosa e complicada, que obscurecem a origem desses títulos, os árduos problemas que interessam à essência dos direitos com êles entrelaçados, entra, necessariamente, na competência privativa da magistratura.

A jurisprudência que troca e balburdia estas verdades axiomáticas, entregaria, se vingasse, ao caos do arbítrio a sorte das sociedades mercantis.

Que seria delas, se as controvérsias de alta indagação jurídica levantadas nesse difícilíssimo terreno, cometidas agora à soberania de uma classe de funcionários sem investidura judicial e interessados, pela natureza mesma do seu ofício, nesses assuntos, houvessem de ser decididas por tais árbitros, numa só instância, sem processo nem apêlo?

A lógica jurídica está invertida, portanto, na doutrina do Ministério da Fazenda. Se, como alega o aviso de 5 de março, "a Lei nº 354, de 14 de dezembro de 1895, e o respectivo regulamento, dando atribuições à Câmara Sindical, para autorizar, suspender e proibir a negociação e cotação de quaisquer valores, podendo exigir das sociedades emissoras de títulos negociáveis na Bolsa os esclarecimentos precisos para a sua admissão, não fêz restrições sobre o assunto", — o que daqui se segue, é justamente o contrário do que a teoria ministerial conclui.

A lei não fêz restrição, porque as restrições feitas estavam na essência mesma das cousas.

Não há que distinguir, onde a lei não distingue: mas isto se a distinção não existe na própria natureza do assunto.

Em matéria jurídica, há discriminações fundamentais, que se pressupõem sempre, e muitas vezes não se exprimem, por ociosas.

Entre elas se acha a que reserva em absoluto para a esfera judiciária as questões que entendem com a substância dos direitos individuais.

Para se abrir exceção a uma norma universal como esta é que será imprescindivelmente necessária a clareza explícita dos textos legislativos.

Se êstes se não pronunciam declaradamente, o que se colige, é subsistir intacta a regra geral.

Desde que a lei de 1895, pois, e o regulamento de 1897, atribuindo a função, de que se trata, aos corretores da Câmara Sindical, não diz se ela está circunscrita ao exame das formalidades externas dos títulos emitidos, ou se na sua competência também se abrange a solução das questões jurídicas relativas à substância da emissão e à existência das sociedades emissoras, teremos de rejeitar, sem vacilação, esta competência, anormal como seria, *justamente por não a encontrarmos definida, em termos categóricos, no texto.*

Supô-la, na ausência dessa expressão formal, seria admitir que por mera inferência, sem uma enunciação indubitável da vontade legislativa, se pudesse considerar desfalcada a alçada constitucional dos tribunais e derogado o art. 2º § 3º do Decreto Legislativo nº 164, de 1890 acima transcrito.

Logo, desde que as ações da Companhia não apresentam omissão ou vício nas suas condições formais de validade, não pode a Câmara Sindical tolher-lhes a negociação e cotação em Bolsa.

Com esta solução não se lesa aos prejudicados, se os houver, pelo ato social da integralização das ações, porque a êsses, para a liquidação do seu direito, caso exista, abre a justiça as suas portas.

IV

O Decreto nº 2.475, de 13 de março de 1897, art. 89, reconhece o princípio da responsabilidade civil da Câmara Sindical dos Corretores; e, se essa responsabilidade existe, como ali se acha declarado, pelo consentimento com que autorizar a cotação de títulos, que não devam ser cotados, *ipso jure* poderá deixar de existir, quando se oponha à cotação de títulos, a que ela seja devida.

Assim, dada a proibição ou suspensão que se figura no 3º quesito e 4º, a companhia lesada, bem como os seus acionistas, podem responsabilizar judicialmente pelas perdas e danos os autores do abuso.

Outrossim, tem a sociedade, e, com ela, os seus membros, ação incontestável, para demandar nos tribunais a nulidade do ato da Câmara Sindical e, até, a da Lei nº 354, de 1895, nesta parte, se vingar o suposto de que ela autorize a Câmara Sindical a invadir a competência da justiça.

Sobre estas duas proposições não creio que, seriamente, se possa oferecer debate.

Mas há, ainda, outra conclusão clara e segura.

Dando à Câmara Sindical de Corretores as funções, que lhe deram, as leis e regulamentos da União, a incorporaram no organismo da administração pública.

Os seus atos, pois, quando atentarem contra direitos individuais, envolvem a responsabilidade civil do Estado, e dão lugar à ação especial da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, para verificação da sua nulidade e liquidação dos prejuízos ocorrentes.

Os interessados poderão, também, tentar a via administrativa, mediante representação ao Ministério da Fazenda, pôsto não haja para este, na lei, recurso formalmente instituído.

Assim penso.

Rio, 10 de junho de 1913.

RUI BARBOSA.

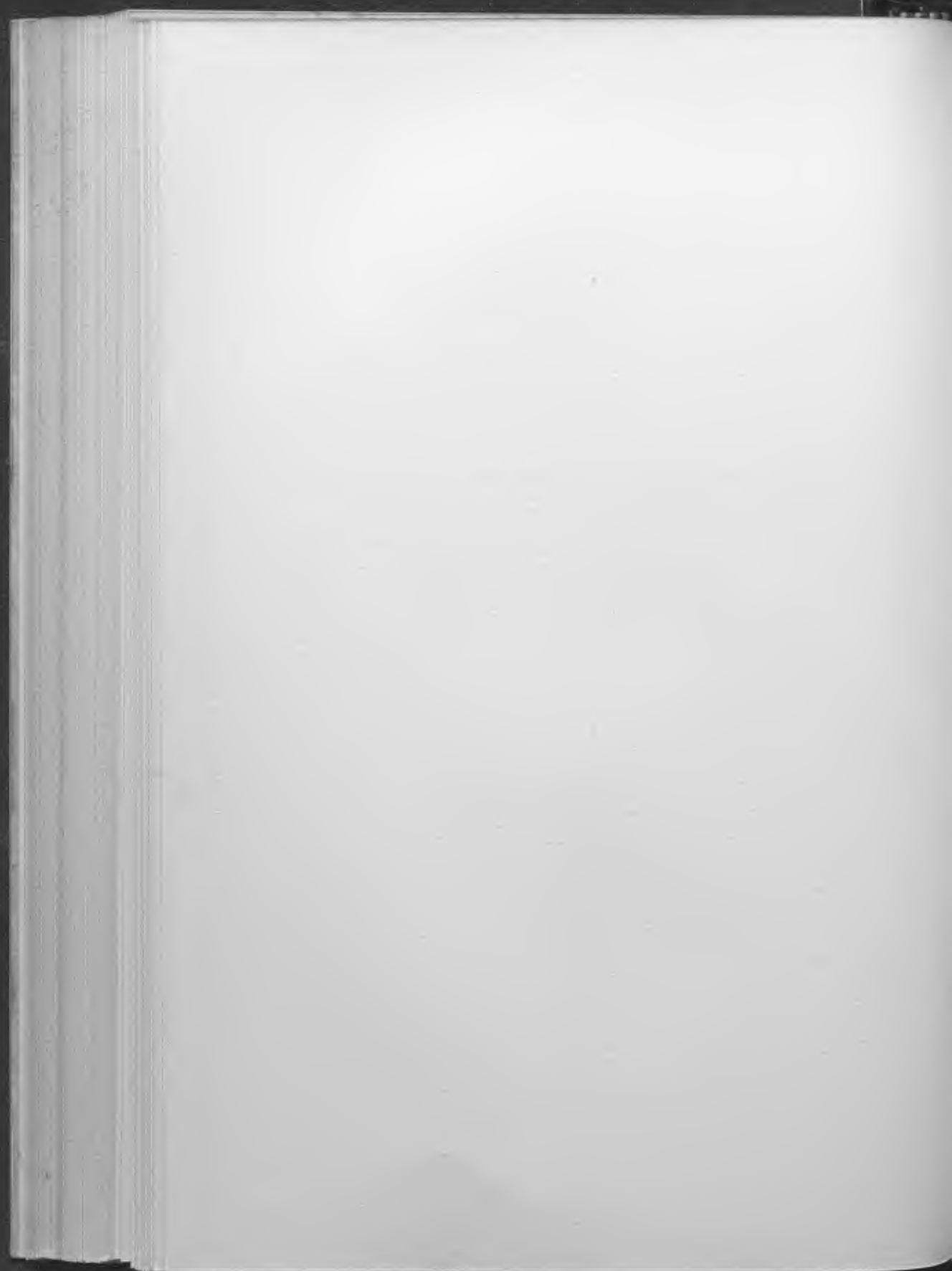


VI

DISCIPLINA ESCOLAR

O CASO DOS ESTUDANTES DE MEDICINA
DE S. PAULO

PARECER



Parecer

A Faculdade de Medicina e Cirurgia de São Paulo é um estabelecimento que deve a sua existência, exclusivamente, a leis dêsse Estado. Criada por essas leis, a instituição está sob o regímen, que elas decretaram, e cujas normas se acham formuladas no regulamento, também estadual, como não podia deixar de ser, que ali baixou com o dec. nº 2.344, de 31 de janeiro dêste ano, cujo texto tenho presente em um exemplar do *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, nº 29, de 7 de fevereiro.

Os direitos, pois, quer do corpo docente, quer do corpo discente dessa Escola, assim como as obrigações de um e de outro, nascem das leis e atos estaduais, que a fundaram e a moldam, regendo-se unicamente por êsses atos e leis. As autoridades, que presidem à execução dessas leis e dêsses atos, são as autoridades estaduais. Consequentemente, pela mesma razão, as justiças a quem incumbe guardar os direitos decorrentes dêsses atos e leis, assim como deveres por êles impostos, são as justiças do Estado.

Ante estas é que se há de usar dos remédios judiciais, seja qual fôr a sua natureza, cabíveis aos prejudicados ou interessados, contra os excessos, infrações e abusos das autoridades estaduais, que, de qualquer forma, contrariarem os direitos adquiridos sob o império das leis e regulamentos, sujeita aos quais vive aquela instituição, que o Estado erigiu, e o Estado mantém. Porque a Constituição da República

determinou (art. 63) que, "respeitados os princípios constitucionais da União" "*cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis, que adotar*".

Sendo incontestável, perante o disposto nos arts. 35, nº 3, e 65, nº 2, combinados, a faculdade, que aos Estados assiste, de criar, cada qual no seu território, institutos de ensino superior, os que cada um criar, estarão submetidos, só e unicamente, aos poderes constitucionais do Estado, suas deliberações, atos e sentenças, enquanto êstes não contrariarem a Constituição Federal.

Ora, não se poderia dizer, nem os ofendidos alegaram, que os atos do diretor ou da Congregação da Faculdade de Medicina e Cirurgia de São Paulo, pelos quais foram postos fora do seu curso por dois anos, mais de cem alunos, violem a Constituição da República, ou alguma das suas leis. O que contra êsses atos articulam os prejudicados, é que as autoridades escolares transgrediram o regulamento da Escola. Logo, os poderes competentes para conhecer do agravo irrogado por tais atos às suas vítimas são os poderes do Estado: a sua administração, os seus juizes, o seu corpo legislativo.

Verdade seja que segundo a Constituição da República, art. 61, "as decisões dos juizes e tribunais dos Estados, nas matérias da sua competência", não põem termo aos processos e questões, quando se tratar de *habeas corpus*.

Mas, esta exceção não tem lugar, senão quando as autoridades estaduais, exercendo funções da sua competência, houverem perpetrado violência, ou coação, ilegalidade ou abuso, contra os direitos, de que são base as leis federais e guardas supremos os tribunais da União. Se, por exemplo, as leis estaduais que estabeleceram em São Paulo essa Facul-

dade, invadissem o território do Código Penal excedendo o limite da repressão disciplinar, as violências, coações e abusos daí derivantes justificariam e exigiriam interferência dos tribunais da União em defesa das leis federais, assim conculcadas.

O que se alega, porém, é tão somente a quebra de um regulamento ou lei estadual. Não há, portanto, matéria de intervenção da magistratura federal, originariamente, ou em grau de recurso.

Eis por que me não posso incumbir de pleitear o que para o Supremo Tribunal Federal interpuseram os alunos da Faculdade de Medicina e Cirurgia de S. Paulo, ofendidos pelos atos de que se queixam, e contra os quais o Tribunal de Justiça do Estado lhes negou o *habeas corpus* requerido.

Mas que houve, no caso, atentado contra o régimen legal da Escola, não há dúvida nenhuma.

O Regul. nº 2.344, dêste ano, que o formula, autorizando as penas disciplinares, no capítulo onde se ocupa "da polícia escolar", opôs certos limites restritivos ao arbítrio ali confiado às autoridades escolares.

Faculta êle, no art. 211, "aplicarem-se *de pronto*" as "penas de advertência e exclusão da aula". Daí, evidentemente, resulta que as outras duas, a suspensão por tempo determinado e a eliminação, não se podem aplicar senão mediante um processo qualquer, que revista as medidas repressivas de um caráter de decência, reflexão e justiça.

Ora, destas condições essenciais à razoabilidade e ao decôro da expiação infligida se prescindiu inteiramente, sujeitando-se à suspensão por dois anos inteiros todos, ou quase todos, os alunos de um dos anos do curso, sem o menor exame da responsabilidade, que se lhes atribuía, no ato desrespeitoso, do qual foram dados todos como autores, só por se

acharem presentes à aula, quando se produziu o desacato.

Nessa fulminação coletiva e tumultuária se deu como presente um grande número de ausentes, em relação a trinta e três dos quais, dias depois, se declarou sem efeito a suspensão, continuando, porém, a subsistir em relação a outros, que também, notória e provadamente, na data do delito, não compareceram às aulas.

Evidentemente, um estabelecimento de ensino superior não pode subsistir sob um régimen de suspeita, arbítrio e iniquidade, como o que em tão odioso fato se denuncia. Em vez de se limitar a dois, a suspensão poderia estender-se a quatro, oito, ou dôze anos; porque, falando em "tempo determinado", o regulamento não determinou limites a essa grave severidade. A congregação, quando suspender os alunos, determinará o tempo da suspensão infligida; mas poderá suspendê-los, ilimitadamente, pelo tempo que lhe aprover.

Com esta elasticidade, a suspensão pode equivaler à eliminação, e a eliminação impor-se com o nome de suspensão, abstraindo-se de toda a forma de processo, de toda a sindicância, de toda a verificação de responsabilidade e de toda aparência de justiça.

Se é dêste modo que se imagina resguardar e elevar a autoridade no ensino, os resultados de tamanho êrro serão miseráveis. Não pode haver autoridade fora da justiça. Não há disciplina que resista a um régimen de inquisição e suspeita. Os mestres se fazem respeitáveis, não pelo terror, mas pela serenidade e pela razão. Abolindo o direito, confundindo no mesmo castigo inocentes e culpados, arma-se à intimidação; mas só se colhe a revolta. Não se cultiva a ciência, abatendo a consciência. Uma casa de ins-

trução superior não corresponde aos intuitos da sua missão, ofendendo o senso moral dos seus alunos.

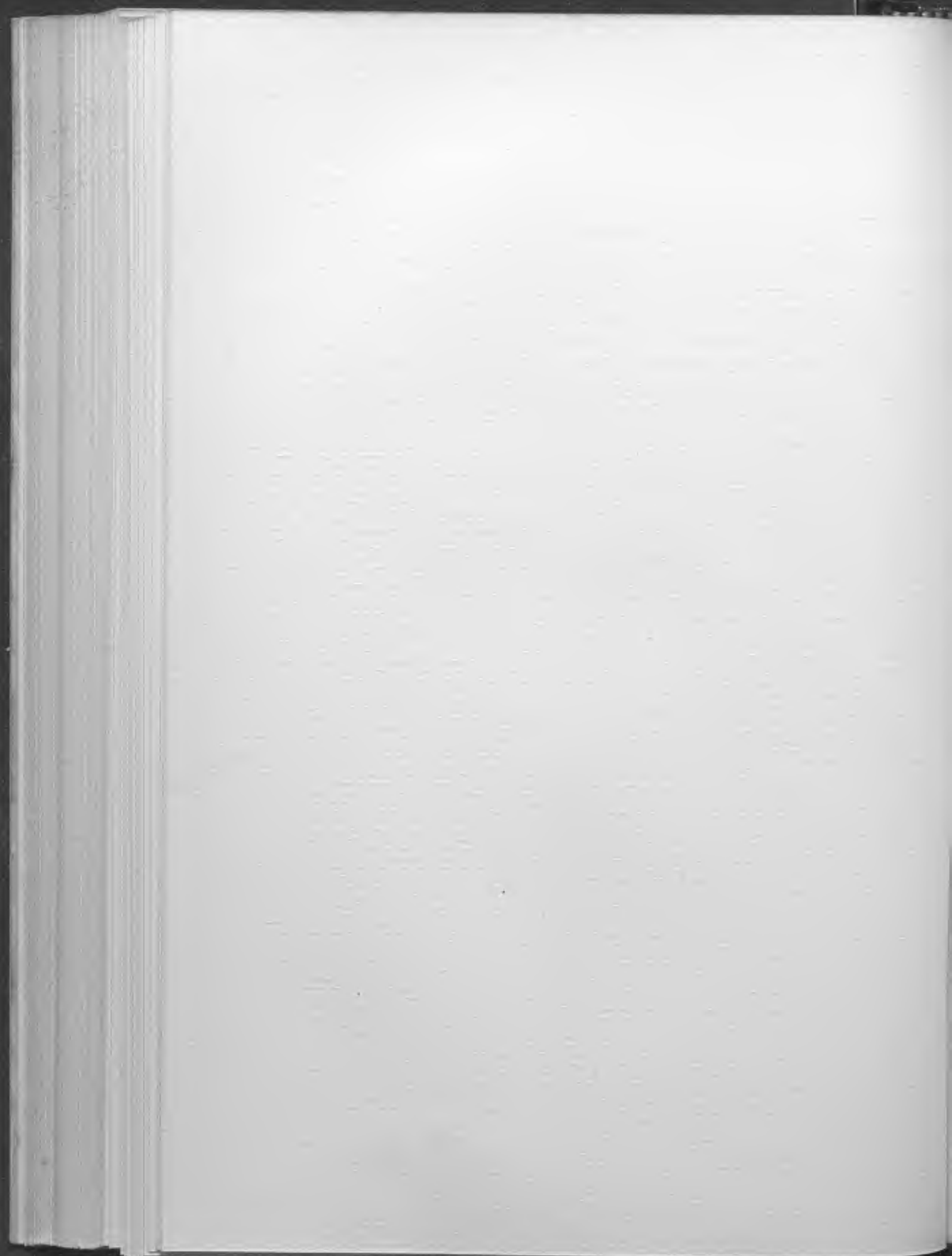
No mecanismo das leis do Estado há de existir, necessariamente, socorro contra êste ato de fôrça. Baldados todos os recursos para a justiça, resta ainda a administração e, por fim, o Congresso, a equidade legislativa, último abrigo, em tal caso, contra os inconvenientes da lei mal acabada ou mal executada.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1913(*)

RUI BARBOSA.

Correio da Manhã, 31 de outubro de 1913.

(*) Original oferecido à Casa de Rui Barbosa pelo professor Waldemar Ferreira.



VII

NULIDADE E RESCISÃO
DE SENTENÇAS

COMPANHIA AGRÍCOLA E COMERCIAL
DO BRASIL

PARECER



NOTA DO REVISOR

A Companhia Agrícola e Comercial do Brasil intentou no fôro do Distrito Federal, nos últimos anos do século passado, ação cumulativa de nulidade e reivindicação, figurando, como suplicado, o então Banco da República, mais tarde Banco do Brasil S/A.. Pleiteava a Autora haver do Réu, Banco da República, as fazendas *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Manolinho, Santa Emilia, Quilombo, Santa Paula, São Sebastião e Santo Antônio*, situadas em São Paulo, adquiridas por um de seus sócios, o Coronel Gentil de Castro, que as transferira ao Banco, em pagamento de uma dívida de que era credor esse estabelecimento, na quantia de Rs. 2.298:464\$000, sendo ele, então, Presidente da Companhia. A ação foi julgada improcedente, por decisão de 29 de outubro de 1900, da Câmara Civil do Tribunal local do então Distrito Federal. Interposta apelação, foi pela Côrte de Apelação a ela negado provimento, segundo se verifica de acórdão proferido a 5 de agosto de 1901, por maioria de votos. Opostos embargos, cabíveis, em virtude de não ter sido unânime a decisão, foram eles desprezados, mediante acórdão de 10 de dezembro de 1903, das Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação.

Pretendendo a parte vencida, a Autora, obter rescisão do acórdão que lhe fôra desfavorável, proferido em grau de embargos, ouviu RUI BARBOSA, que emitiu o longo parecer ora constituindo parte dêste apúsculo (VII), na sua parte principal. Mais tarde, foi o próprio RUI constituído patrono da Autora, acompanhando a rescisória na Justiça local, e,

neste sentido, se dispunha a sustentar oralmente a pretensão ajuizada, não chegando a fazê-lo, em virtude de não lhe ser permitido ultrapassar o prazo regimental, em que, quanto a êle, habitualmente se transigia, quer no Supremo Tribunal Federal, quer noutros órgãos colegiados. Presidia então aos trabalhos das Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação o Desembargador Celso Aprígio Guimarães. Por acórdão de 16 de outubro de 1913, decidiram as Câmaras Reunidas julgar improcedente a ação rescisória, mantidas, assim, as decisões impugnadas, condenada a Autora nas custas processuais. Foram votos vencidos os Desembargadores Miranda Montenegro e Tavares Bastos.

Foram as decisões proferidas, na sua íntegra, publicadas na *Revista de Direito*, vol. XXXI, págs. 520 a 564.

O parecer que constitui a primeira parte da matéria adiante publicada foi divulgado em 1911, através da Tip. do *Jornal do Comércio*, de Rodrigues & Cia., em duas tiragens: uma delas de 68 páginas; a outra, de 77 págs., além de índice, naquela omitida boa parte do que se contém na segunda sc. págs. 8 a 17 [141 a 150 atual]. Utilizou-se, como é óbvio, a mais completa. Ambas saíram em 1911, sendo a mesma a composição, salvo na parte omitida ou acrescentada numa delas.

Não ficou encerrada, ainda, a controvérsia, na Justiça local, sendo interposto, pela Autora, apêlo para o Supremo Tribunal Federal, convertido êle no Recurso Extraordinário nº 945, sendo advogado da Companhia Eptácio Pessoa. Em 23 de janeiro de 1918 o Egrégio Tribunal conheceu do recurso e negou-lhe provimento. (*Revista do Supr. Trib.*, vol. XV, 1918, p. 478.)

Não sendo unânime o acórdão, houve embargos de nulidade e infringentes, subscrevendo a sustentação EPITÁCIO PESSOA e RUI BARBOSA.

RUY BARBOSA

NULLIDADE

E

RESCISÃO DE SENTENÇAS



RIO DE JANEIRO

Typ. do "Jornal do Commercio", de Rodrigues & C.

1914

Frontispício da edição original do parecer, de 1911.
Tamanho original — 77 pgs. — Biblioteca da Casa de Rui Barbosa.
(Há outra edição com a mesma composição e com a mesma data,
onde se omitiram vários parágrafos — 68 pgs.)

I---Parecer

Não compreendo como os julgados, cuja rescisão agora se demanda, puderam resistir à evidência das enormes e sucessivas nulidades visíveis nos atos e contratos aos quais a Companhia Agrícola e Comercial do Brasil opôs a ação cumulativa de nulidade e reivindicação, intentada contra o Banco da República no caso sôbre que sou consultado.

Essas decisões foram proferidas tantas vêzes contra direito expresso e terminante disposição de lei que, se uma hipótese tal não é a da *retractatio sententiæ*, a do *judicium rescindens*, admitida no direito pátrio sob o nome de ação rescisória, não sei onde é que logrará caber, contra o êrro e o arbítrio dos tribunais, êsse remédio supremo, consagrado no Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 681, § 4º, como meio de anular as sentenças.

A consulente não dispõe, certamente, de outro, para se desagrar de um esbulho, cuja monstruosidade espanta. Mas êsse meio lhe assiste de um modo tão irrecusável que não vejo como alguém, sèriamente, se anime a lho desconhecer.

I

NOÇÃO GERAL DA ESPÉCIE

Nos embargos de nulidade opostos pela Autora às sentenças rescindendas o desembargador procurador-geral do distrito, o venerando Sr. Manuel Vila-

boim, antes de formular as suas conclusões, de todo em todo favoráveis ao recurso interposto, esboçou em poucas linhas, com alguns traços característicos, a feição capital da causa, nesta síntese:

Gentil de Castro era devedor, ao banco embargado, da quantia de Rs. 2.298:464\$000. Não tinha com que pagar. Porém era presidente da Companhia embargante, que possuía dez fazendas agrícolas de café. Ao mesmo tempo, o Banco embargado tinha em seu poder ações da embargante, que caucionavam a predita dívida de Gentil de Castro e outros.

Foi engendrado o plano de pagar Gentil de Castro, com essas dez fazendas, ao banco, recebendo a companhia em troca as ações caucionadas.

Concebido o plano, convocou-se uma assembléia geral para a reforma dos estatutos e redução do capital, a qual resolvesse a troca das ações pelas fazendas. Assim dito e assim feito. Os acionistas, porém, que constituíram a assembléia geral, não representavam dois terços do capital social...

(Autos em apenso, fls. 502.)

Aí está debuxado o conluio, cuja consumação os autos dêste pleito atestam, com irrefragáveis documentos, em episódios nada vulgares. O devedor do Banco era o presidente da Companhia. As propriedades agrícolas por esta possuídas eram valores reais, sólidos e consideráveis. (1) As ações da Companhia, caucionadas pelo seu presidente ao Banco, eram títulos desvalorizados. (2) O Banco os não aceitaria em paga do débito do presidente da Companhia. Mas aceitava, com satisfação cabal do seu crédito contra êle, as dez fazendas. Como, porém, estas não lhe pertenciam, necessário era que lhe passassem às mãos.

(1) Deu-lhes o Banco da República do Brasil o valor de 3.700:000\$000 (Autos apensos, fls. 117 v. e fls. 121 v.)

(2) Valiam 10\$000 cada uma (Autos apensos, fls. 344.)

Havia, entretanto, uma dificuldade, não ligeira. O presidente da Companhia não tinha dinheiro, com que lhe comprar a ela as suas fazendas. (3) Comprar-lhas-ia com as ações retidas em penhor no Banco. Desta sorte as ações, que não eram moeda para o Banco, se-lo-iam para a Companhia. Esta perdia os valiosos imóveis agrícolas, a trôco de um lote das próprias ações, que nem de longe correspondia à importância dos bens de raiz alienados, ao passo que o Banco, descartando-se de uma dívida mal garantida em papéis desvaliados(4), obtinha inteiro o seu resgate em boas propriedades.

Que o estabelecimento bancário entrasse facilmente nas seduções dêste negócio, bem se concebe. A conveniência era tôda sua. Mas da Companhia não era imaginável que se alcançasse o assentimento, senão conculcando as garantias, com que a lei resguarda, na vida jurídica dessas associações, os seus interesses.

Foi o que se perpetrou, dando àquela, cuja lesão assim se urdia, um falso órgão na assembléia geral, reunida para adotar a operação ilegal e dolosa, com que, à custa do patrimônio da Companhia, o seu presidente ia saldar as suas contas particulares no Banco.

Quando os autos nos dessem a prova unicamente dêsses atentados jurídicos, já sobejava isso, para que a ação rescisória tivesse os melhores fundamentos.

(3) Também não tinha ações «pois tôdas as que possuía achavam-se caucionadas ao Banco do Brasil» (7º enunciado da sentença de 1ª instância a fls. 390 v. dos autos em apenso; fls. 13 do 1º vol e fls. 2 do anexo nº 5).

(4) Os títulos caucionados em garantia da dívida de 2.298:464\$080. valiam 289:000\$000 (laudo dos peritos a fls. 237 e certidão da Câmara Sindical dos Corretores de Fundos a fls. 344 dos autos em apenso.)

Aqui, porém, a assembléia geral e a sua deliberação, ambas crassamente ilegais, constituem apenas a matriz de uma série de nulidades, tôdas igualmente grosseiras e palpáveis, graças às quais se ultimou judicialmente o esbulho, contra cujas conseqüências a ação rescisória é o único valedouro ora remanescente à esbulhada.

Delas considerarei as principais, começando pelas duas iniciais, donde as outras decorrem.

II

O NEGÓCIO DAS AÇÕES

Na assembléia geral de 4 de outubro de 1892(5), a diretoria da Companhia Agrícola submeteu à sua aprovação uma proposta, reduzindo-lhe a 2.000:000\$000 o capital, substituindo por ações integralizadas, à razão de duas por uma, as cautelas das suas ações, até então realizadas sòmente em 50% do seu valor, e determinando que a redução do capital, na importância de Rs. 1.750:000\$000, se efetuará mediante o pagamento em dinheiro ou *bens*.

Tinha por fim esta operação, evidentemente, ir ao encontro da proposta apresentada à diretoria, em 28 do mês anterior, pelo seu próprio presidente, nestes termos:

Gentil José de Castro propõe à Companhia Agrícola e Comercial do Brasil adquirir as dez fazendas, que a mesma companhia possui no Estado de São Paulo, pela soma total de 2.500:000\$000, sendo o pagamento efetuado do seguinte modo: 1.500:000\$000 em ações da própria companhia, ao par, sem direito aos dividendos vencidos ou a

(5) Autos apensos, fls. 61: II vol., fls. III.

vencer, e 1.000:000\$000 em letras semestrais de 100:000\$000 cada uma, juros computados nas mesmas letras à razão de 8% ao ano, garantidas com os remanescentes da primeira hipoteca das mesmas fazendas, compreendendo-se no trespasse tudo quanto constitui a secção agrícola da Companhia. (6)

Essas duas propostas, nas quais assentiu o parecer do conselho fiscal, obtiveram o consenso da assembléia.

Mas a assembléia geral não podia aquiescer a essas duas propostas; visto como uma e outra contravinham a duas expressas disposições de lei.

Primeiramente, em qualquer hipótese, era inadmissível a transação alvitada pelo presidente da companhia, em dano desta e benefício daquele; porquanto uma tal operação infringia o estatuído na lei das sociedades anônimas, onde se determina:

«É proibido às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações».

(Decr. nº 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 31, pr.

— Decr. nº 434, de 4 de julho de 1891, art. 40, pr.

— Lei nº 3 150, de 4 de novembro de 1882, art. 31.

— Decr. nº 8 821, de 30 de dez. de 1882, art. 20.)

No comprar e vender as próprias ações evidentemente se inclui o trocar as próprias ações, já porque os dois contratos são intimamente congêneres e, em última análise, idênticos, já porque o segundo cai sob a mesma razão que ditou ao legislador a norma proibitiva do primeiro.

Na legislação romana era corrente, não só a essencial analogia da permuta com a compra e venda, *permutatio vicina est emptio* (Fr. 2 D. de verum

(6) Autos apensos, fls. 59; II vol., fls. 118.

permut., XIX, 4), mas a noção de que a primeira não raro faz as vezes da segunda:

Permutationem . . . vicem emptionis obtinere non est juris incogniti. (L. 2 Cód. de res. permutat., IV, 64.)

Se para os economistas venda e permuta são uma e a mesma coisa (PLANIOL, II, 3ª ed., nº 1 658), embora entre elas a identidade não seja completa sempre aos olhos dos juristas, são, todavia, dois contratos da mesma natureza. POTHIER já lhes notava essa homogeneidade como assinalada pela consideração fundamental de que a troca origina em cada um dos permutantes a mesma obrigação de garantia produzida no vendedor pela venda. (*De la vente*, nº 620.) “Hoje”, dizem BAUDRY-LACANTINERIE e SAIGNAT, “são dois contratos da mesma natureza a venda e a troca. Eles constituem os dois tipos das convenções translativas da propriedade a título oneroso. A transmissão faz-se, em ambos os casos, mediante um equivalente, que substitui, no patrimônio do alienador, a coisa alienada.” (*De la vente et de l'échange*, nº 1.)

A venda é uma evolução da troca. Desta nasceu aquela. *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit.* (Fr. 1, D. de contrahenda emptione.) Filha da troca, a venda a substitui, meramente como um gênero de troca aperfeiçoada e simplificada, onde, em vez de uma coisa por outra, *rem pro re*, dá o adquirente, pela coisa, o seu preço, *pretium pro re*. (Fr. I pr. D. de contrahenda emp., XVIII, I. — GUILLOUARD: *De la vente*, nº 1 e 62. — BAUDRY-LACANT, e SAIGNAT: *Op. cit.*, nº 2, p. 2.)

Nem por isto, contudo, a venda poderá deixar de ser permuta. Permuta será sempre, no sentido mais amplo, “todo o contrato, em que alguém se obrigue a dar a outrem um objeto como equivalente de outro objeto, dado pelo segundo contraente ao primeiro”;

e, nesta acepção," a compra e venda é uma permuta, a mais comum e importante" (ARNDTS-SERAFINI: *Pandette*, II, § 308, p. 323.)

O contrato de troca "outra coisa não é", escrevia DENISART, "que um duplo contrato de venda. Le contrat d'échange n'est rien autre chose qu'un double contrat de vente, dans le quel ce que chacun donne est regardé comme le payement entier de ce qu'il reçoit, suivant l'estimation qu'il en a fait lui-même". (*Collect. de décis. nouvel.*, v. Echange, n° 1-2.)

Mas por que recorrer a estrangeiros? O nosso próprio Código Comercial estabelece que a troca é simplesmente uma dúplice venda. Eis os termos do art. 221:

O contrato de troca ou escambo mercantil opera ao mesmo tempo *duas verdadeiras* vendas, servindo as coisas trocadas *de preço* e compensação recíproca.

Claro está, pois, que, se a troca o mesmo é que uma venda repetida e duplicada, não se pode admitir e tolerar duplicado e repetido, em forma de troca, o que, praticado uma vez, se condena e proíbe na venda. De modo que, vedando às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações, dobrada, ainda que implicitamente, lhes veda a lei mercantil o trocá-las.

Tanto mais assim é, quanto as mesmas normas, que regem a venda, vigoram, por via de regra, quanto à troca. (ZACHARIAE CROME: *Man. di diritto civ.* Trad. BARASSI. II, § 340, pags. 523-4. — *Cod. civ. franc.* art. 1707. — BAUDRY e SAIGNAT: *Op. cit.*, n. 967 — PLANIOL: *Op. cit.*, n° 1659. — GUILLOUARD: *Op. cit.*, II, n° 913, pgs. 461) "Les règles sont, presque en tout point", dizia o tribuno FAURE, "les mêmes pour les deux contrats."

A este respeito não são menos positivas, entre nós, a doutrina e a legislação.

Da nossa doutrina testemunho concludente nos dá o projeto de Código Civil adotado na Câmara dos Deputados, o qual, no art. 1.167, excetuando apenas duas regras, ali mesmo estipuladas, quanto às despesas com o instrumento da permuta e às trocas desiguais entre ascendentes e descendentes, prescreve que, em tudo o mais,

se aplicam à troca as disposições referentes à compra e venda.

(*Trabalh. da commiss. espec. da câmara dos dep.*, vol. VIII, p. 1.888.)

Da nossa legislação em vigor temos a expressão no que dispõe o Cód. Comercial, arts. 222 a 225. No primeiro dêesses artigos se exime da prestação convencionalizada o permutante, que prove não ser dono o outro da coisa trocada, e lha restitua. No segundo se regulam os direitos do permutante vencido na evicção da coisa recebida em troca. No terceiro se dá por cessante o contrato, quando, sem culpa do que a devia dar, perecer a coisa prometida em escambo. E, postas estas três ressalvas, estatui, em seguida, o art. 225:

Em tudo o mais as trocas mercantis regulam-se pelas disposições do tit. VIII. Da compra e venda mercantil.

Ora, se, salvo quanto às particularidades consideradas nos arts. 222, 223 e 224 do Cód. Comercial, manda êste que o contrato de troca obedeça ao disposto sobre o de compra e venda, claro está que o determinado sobre a compra e venda, quando recair sobre ações de sociedades anônimas por elas mesmas negociadas, igual e necessariamente se aplica à sua troca.

Logo, nas disposições da lei mercantil que vedam a essas sociedades comprar e vender as próprias ações, implicitamente lhes é vedado o permutá-las.

Mas não é tudo.

Entre a compra e venda e a troca a diferença, mais superficial que substancial, verdadeiramente está em que, na venda, a coisa vendida corresponde à estipulação do preço em numerário, ao passo que, na troca, há duas coisas, que servem de preço uma à outra. (BAUDRY-LACANT. e SAIGNAC: *Op. cit.*, p. 848, nº 968).

Mas o essencial é só que o preço do objeto seja estimado em numerário, para se verificar a compra e venda.

Em princípio, o preço há de ser determinado em dinheiro, por ser o dinheiro o sinal representativo do valor das coisas. Mas não é indispensável que consista exclusivamente em dinheiro sob a espécie de moeda. O só essencial está em que a prestação estipulada como equivalente da coisa vendida possa representá-la pecuniariamente, seja facilmente apreciável em dinheiro, e permita avaliar se é sério o preço.

(DALLOZ: *Recueil Périodique*, 1883, I, p. 453.)

Nesta conformidade ensinam os mestres que o preço, uma vez fixado em dinheiro, pode realmente consistir:

1º) em uma renda vitalícia de prestações anuais convencionadas (*Pandectes Franç.* vol. 59, pg. 73, nº 794; — BIOT: *Trait. de dr. commerc.*, t. II, p. 179; — GASCA: *Compra vendita*, v. I, p. 177; — GUILLOARD: *Op. cit.*, I, nº 94; — TROPLONG: *Vente*. I, nº 148).

2º) no pagamento de uma pensão alimentar ao vendedor (*Pandect. Fr. ib.*, pg. 73, nº 795; — TROP-LONG: *Op. cit.*, nº 148);

3º) na entrega de artigos o umercadorias facilmente estimáveis em dinheiro, (GASCA: *Op. cit.*, *ibidem* — SIREY: *Recueil*, 1886, p. 66, nota. — MASSÉ e VERGÉ a ZACHARIAE, t. IV., p. 270, nota).

As palavras de MASSÉ e VERGÉ são:

De que o preço deve ser fixado em dinheiro não resulta que se não possa fixar em gêneros facilmente apreciáveis em dinheiro, os quais façam as vezes dêste, no sentido que com o dinheiro por êles representado o vendedor teria obtido a soma de gêneros estipulada e recebida.

As do grande repertório de SIREY, por ser obra muito menos ao alcance de todos para a verificação do texto, aqui darei no idioma original:

La plupart des auteurs enseignent que le prix de la vente peut consister en denrées dont la valeur est fixée par les mercuriales [cotações do mercado], ou est facilement appréciable. [Loco cit.].

Ora entre os artigos de comércio, cujo valor não somente se aprecia com facilidade em dinheiro, mas também se encontra fixado nas cotações da bolsa, estão as ações das sociedades anônimas.

De acôrdo com esta doutrina, o Tribunal de Cassação, na França, em dois arestos de 26 de fevereiro de 1883, aos quais aludem AUBRY e RAU (5ª ed. t. V, pag. 256, nota 2, estabeleceu a doutrina de que

a aquisição de um imóvel mediante um preço consistente parte em uma quantia pecuniária, parte em ações, pelo valor que tiverem ao tempo de se reali-

zar o pagamento efetivo, constitui, não *um contrato misto de venda e troca, mas uma venda (mais une vente)*, na qual parte do preço tem de ser paga em um valor variável.

(SIREY, 1886, I. p. 66 — DALLOZ, 1883, I, p. 453.)

Em ambos os repertórios franceses, nos lugares que acabo de indicar, se poderá ler o texto dessa decisão, cujo antepenúltimo considerando, na primeira das duas sentenças, assim se enuncia:

Attendu que l'arrêt attaqué a vu à tort, dans l'acte litigieux, un contrat mixte de vente et d'échange; que ce contrat contient uniquement les éléments constitutifs d'une vente, à savoir, le consentement des contractants, une chose et un prix, dont une partie, dans l'espèce, devait être payée par une valeur variable.

Esta solução não varia, quando o preço, estipulado em certa soma se representar, não só parcial, mas totalmente em ações de uma sociedade:

On n'aperçoit pour quel motif il en serait différemment, lorsque le prix ou une partie du prix consiste en actions d'une société industrielle, qui sont facilement négociables et, se convertissent en argent aussi rapidement qu'une lettre de change ou un billet à ordre.

(DALLOZ, *ibid.*, not. 1.)

Ora, que é o que ocorre na espécie da consulta?

Avaliadas as dez fazendas, que a Companhia Agrícola possuía em S. Paulo, na importância de 2.500:000\$000, Gentil as adquire por êsse preço, decompondo-o numa parcela de 1.000:000\$000, que

paga em dinheiro, mediante letras semestrais, e outra de 1.500:000\$000, que salda em ações da própria companhia.

O pagamento não se efetua inteiramente em ações: sòmente três quintos do preço realiza nesses títulos o adquirente. O resto, em numerário.

É, pois, exatamente um caso idêntico aos julgados nos dois arestos da Côrte de Cassação, que declarou não ser o contrato em tal hipótese, um misto de venda e troca, mas, realmente, e na sua totalidade, uma compra e venda.

Em refôrço desta conclusão temos o abalizado juízo de ENDEMANN, o famoso professor de Bonn, na sua grande obra sôbre o direito mercantil. Aí, discorrendo acêrca do preço, diz o insigne jurisconsulto:

Se o comprador se obriga para com o vendedor, além do pagamento (ou cômputo de uma soma em dinheiro), a outras prestações, não perde o negócio, dêste modo, a sua validade *nem a natureza de contrato de compra (nè la natura di un contratto di compra)*, como quer que essas outras prestações estejam assentadas (*qualora queste altere prestazioni siano stabilite*).

(*Manual di dir. commerc.*, vers. ital., vol. II, § 261 pág. 697).

Para a caracterização da venda o ponto essencial está na estipulação do preço em dinheiro. Nas trocas não há importância estipulada. Escamba-se uma coisa por outra, seja qual for a valia, absoluta e relativa, das duas. Eis, por que, nesse contrato, *não se admite a rescisão por lesão*. Em havendo, portanto, um preço fixado em numerário, o contrato se define como venda, embora as partes convençionem

realizar-lhe o pagamento em valores de outra ordem, conversíveis, mais ou menos facilmente, em dinheiro.

É o que já ensinava o clássico DOMAT:

Conquanto só se possa fazer uma venda a preço de numerário, é lícito, *no próprio contrato (par le même contrat)* dar, em pagamento do preço da venda, móveis, dívidas ou outros valores (*effets*). São, em tal caso, como que duas vendas, as quais se há mister discernir: a primeira, onde o preço não se paga em dinheiro de contado; a segunda onde o indivíduo, a quem incumbe o débito dêsse preço, faz de vendedor do objeto, que dá em seu pagamento. Mas, se bem sejam duas vendas com efeito ou correntes entre as mesmas pessoas, por evitar muitos atos, consideram-se como um só, em que elas se confundem, eclipsando-se a segunda venda na primeira; e, reduzindo-se, dest'arte, as idéias, que as discriminam, se tomam por uma única as duas vendas. Isto porque se apura ser a mesma soma o preço de ambas, saldando cada um dos compradores o preço do que se lhe vende, sem desembolso pecuniário, com a coisa mesma, de que, pela sua parte, faz venda.

(*Les Lois civiles*, t. II, secç. 4, § I Ed. de 1777, tom. I, p. 33).

Entre os mais modernos e, dentre êstes, os mais acatados, VIVANTE, explanando o mesmo assunto, no seu tratado magistral, depois de assentar que não há venda sem o preço em dinheiro, e, faltando o acôrdo sôbre o preço, não se verifica êsse contrato, assim conclui:

A compensação da coisa adquirida tem de ser determinada em dinheiro, pôsto seja indiferente que se pague à vista ou em títulos de crédito, se escripture em conta corrente, ou se *satisfaça em outros artigos de comércio (sodisfatto con altre merci)*. A estimação da equivalência em dinheiro (*la determi-*

nazione del corrispettivo in denaro) é que é necessária, para constituir o contrato de compra e venda; não a sua maneira de pagamento.

(Trat. di Diritto Commerc., 3ª ed. v. IV, nº 1.669, pág. 189).

A espécie da consulta realiza precisamente o gênero de compra e venda estudado na obra de DOMAT e indicado na de VIVANTE. O ajuste estima as dez fazendas num preço *em dinheiro*: a soma de 2.500:000\$000, pela qual a Companhia Agrícola cederia a Gentil de Castro, essas propriedades. Mas, dêsse preço, no mesmo contrato, se avença que 1.000:000\$000 serão pagos em numerário, a prazos, e, 1.500:000\$000 em ações da mesma sociedade, isto é, *em artigos de comércio*, convencionalmente *representativos dêsse valor*.

Não é logo, *pròpriamente*, uma simples troca, mas, na realidade, uma compra e venda, o que aqui temos.

A ser permuta, não haveria que estimar, como nesse contrato se estima, o valor das propriedades alienadas, fixar, como ali se fixa, nesse valor o seu preço, dar em pagamento dêste os dois quintos em numerário e os três em bens de valor ali igualmente determinado.

Estas condições não são as do escambo, onde não há preço, nem se olha ao valor dos objetos permutados, mas as de uma verdadeira compra e venda.

Mas, compra e venda, troca ou *dação in solutum* o ato cai sempre sob a interdição legal, que recusa às sociedades faculdade, para comprar e vender as próprias ações.

Neste sentido se têm pronunciado as nossas maiores autoridades forenses. Assim opinaram, neste

mesmo litígio, os conselheiros LAFAYETTE(7) e FERREIRA VIANA(8), os d^{rs}. JOSÉ HIGINO(9), BULHÕES CARVALHO(10) e CLÓVIS BEVILÁQUA(11).

Mas já antes, em questão análoga, haviam dado o mesmo parecer, dois luminares da nossa praxe de julgar: o conselheiro VISCONDE DE OURO PRÊTO e o Dr. SOUSA RIBEIRO.

O VISCONDE DE OURO PRÊTO, doutamente se exprime nestes termos:

É lícito à assembléia geral autorizar a diretoria a *receber em pagamento as próprias ações?*

Não; a dação *in solutum* equivale à compra e venda; e às associações anônimas é vedado a compra de suas ações, salvo para amortizá-las, contanto que a compra e venda se faça com *fundos disponíveis*...

Releva ponderar que a operação cogitada na consulta foi permitida recentemente a dois estabelecimentos de crédito desta cidade *por um ato ditatorial*. O fato, porém, confirma a doutrina, que expendo.

(O Direito, vol. 67, pág. 20).

Da mesma forma, o Dr. SOUSA RIBEIRO:

A lei que proíbe às sociedades anônimas comprar e vender as suas próprias ações, *milita igualmente contra a dação in solutum, equiparada à compra e venda*.

(O Direito, vol. 67, pág. 14).

Os motivos desta proibição constam dos próprios trabalhos parlamentares, que a originaram.

(7) Anexo nº 1, pág. 55.

(8) Anexo nº 1, pág. 67.

(9) Anexo nº 2, pág. 1.

(10) Anexo nº 1, pág. 4.

(11) Anexo nº 4, pág. 6.

Tem ela a sua fonte na lei de 4 de novembro de 1882, art. 31, donde se trasladou ao art. 31 do decr. de 17 de janeiro de 1890, consolidado no art. 40 do regulamento de 4 de julho de 1891. Mas foi por emenda arbitrada ao projeto da Câmara que as comissões de fazenda e justiça, no Senado, lhe aditaram essa disposição. Ora o parecer, onde essas comissões aconselharam e justificaram o acréscimo sugerido, aponta como seus fundamentos a necessidade, mostrada pela experiência, de obviar às altas e baixas de ações, provocadas, na bolsa, com a sua compra e venda pelos administradores das próprias companhias, bem como a conveniência de acautelar o direito dos credores contra o desvio do capital social em beneficio ilegítimo dos acionistas. (*Parecer das comiss. do sen. na sess. de 17 de abril, 1882. O Direito*, v. 67, pgs. 23.)

Ao primeiro dêesses abusos (a especulação dos administradores de companhias no mercado, para lhes valorizar ou depreciar ficticiamente as ações) serve de meio a sua compra e venda pelas próprias sociedades, cujo capital elas representam.

Sendo essa, das prevaricações dêste gênero, a que tem foros de habitualidade, a ela especialmente aludiu a lei nas palavras "comprar e vender", segundo a regra: *Ad ea quae frequentius accidunt jura adaptantur*.

Mas não estava menos declaradamente no propósito do legislador, como nos mostra o texto dêsse parecer, o empenho de atalhar o outro desvio: o de se empregar o capital social em pagar a acionistas o valor das suas ações, desfalcando-se a garantia dos credores da sociedade. E esta imoralidade é mediante a troca das próprias ações, ou a sua aceitação em pa-

gamento pela administração da sociedade, que se praticaria.

Tão proibidas são, pois, as transações destas duas espécies, a dação *in solutum* e a permuta, quanto as daqueloutra, a compra e venda.

Dos atentados, que, com essa proibição, quis a lei prevenir, ao mesmo tempo contra as sociedades e os seus credores, o caso de que se trata nos oferece o tipo mais perfeito, numa combinação que despoja uma companhia anônima, para lhe locupletar o presidente, das jóias do seu patrimônio, avaliadas pelo adquirente mesmo em 2.500:000\$000, a trôco de ações suas, depreciadíssimas, recebidas ao par.

III

A AMORTIZAÇÃO DO CAPITAL

A consideração com que acabo de concluir, basta para evidenciar que o outro alvitre adotado na mesma assembléia geral, isto é, a redução do capital da companhia, transgride a lei tão flagrantemente como o primeiro.

À interdição contida no art. 31 (40 do Reg. nº 434) abriu, no mesmo artigo, o Decr. nº 164 uma exceção, declarando:

Nesta proibição não se compreende a amortização das ações, uma vez que seja realizada *com fundos disponíveis e sem ofensa do capital*.

As duas frases sucessivas "com fundos disponíveis" e "sem ofensa do capital", não se podendo, razoavelmente, haver como redundantes, exprimem duas condições distintas, postas, no texto, ao arbí-

trio, que se admite às companhias, de reduzirem as suas ações.

Esse arbítrio está subordinado:

pela primeira condição, a que haja sobra de fundos;

pela segunda, a que o capital se ache inteiro, isto é, a que tenha sido totalmente realizado.

Na hipótese nenhuma das duas condições estava satisfeita.

Do capital de 5.000:000\$000 estavam realizados apenas 3.750:000\$000.

Quanto a recursos disponíveis, está materialmente provado nos autos que não existiam.

Fundos ou recursos *disponíveis* são, manifestamente, os que sobejam, uma vez contrabalançadas as obrigações da sociedade com os meios existentes de as saldar. São os lucros reais e líquidos, assim apurados e verificados pela administração da companhia, como ensinam os comentadores da lei belga, na qual se inspirou o legislador brasileiro. (GUILLE-
RY: *Des sociétés commerc.*, 2ª ed. t. III, nº 1.307 — 1.308. — DE VOS e VAN MEENEN: *Comment. des lois sur les soc. commerc.*, t. III, pg. 301 e segs.).

A lei belga de 1873, no art. 134, não tolera o resgate das ações das companhias "se ce n'est au moyen d'un prélèvement net sur les bénéfices". É o que o legislador brasileiro, em 1882, verteu por *fundos disponíveis*".

Fundos disponíveis são os valores em caixa, desobrigados inteiramente de encargos e, por isso, à mercê da aplicação, que lhes queira dar o comerciante.

Foi com elementos desta natureza que se realizou a operação?

Não. Foi alienando as propriedades agrícolas da Companhia, com os seus estabelecimentos comerciais, nesta praça e na de Santos, dispondo, portanto, dos haveres, que constituíam a substância do seu capital, que lhe imprimiam realidade, e, destarte, praticando justamente o que a letra formal da lei lhe tolhia.

A valores apurados em caixa, moeda, créditos e títulos comerciais, *fundos*, em suma, *disponíveis*, não se recorreu; *porque os não havia*.

Nessa categoria não podia caber o fundo de reserva(12), que aliás, no plano da transação, foi explicitamente ressalvado.

Também nela não se envolveram os dividendos, que a diretoria excluiu, declaradamente, dêsse movimento.(13)

A operação versou, assim, unicamente sobre os valores, que os balanços de 31 de dezembro de 1891 e 30 de junho de 1892 inscrevem na conta de capital como os elementos fundamentais do patrimônio da sociedade: a seção agrícola, na importância, ali expressa, de 2.500:000\$000, e a sucursal de Santos, no valor de 1.000:000\$000, coincidindo ambas estas estimativas com a das alienações, que a assembléia geral autorizou, acedendo às propostas de Gentil de Castro e Ferreira de Figueiredo.

Nem de outros meios, para êsses negócios, podia

(12) O «Fundo de reserva» atingia apenas a 200:000\$000 e tinha destino certo pelos estatutos a fls. 62 dos autos em apenso, art. 29, parágrafo único:

— «Este fundo é destinado a fazer face às perdas do capital e para o substituir.»

(13) Não havia dividendo a distribuir. (Laudo dos peritos a fls. 256, dos autos em apenso e fls. 273 do II vol.)

a sociedade lançar mão; porquanto fundos em disponibilidade não possuía. (14)

Com efeito, o balanço de 30 de junho de 1892, apenas três meses anterior à assembléia geral, descobre e certifica a insolvência da Companhia àquele tempo.

Regista êle, de fato:

em letras a pagar.....	1.126:762\$440
em saldos de contas correntes à disposição dos depositantes	778:133\$090
em letras por dinheiro a prêmio	214:762\$440
	2.119:657\$970

Para acudir a êsses compromissos, todos immediata ou pròximamente exigíveis, só se encontravam em caixa 339:021\$088. (15)

A diferença contra a companhia era, portanto, de 1.780:636\$882.

Não se pode negar, pois, que estava arruinada, insolvente, não lhe restando, para honrar a sua firma, e pagar aos seus credores, senão essas propriedades, dentre as quais as mais importantes, no valor de 2.500:000\$000, ela resolvia entregar ao seu presidente, aceitando-lhe em paga as suas ações pelo valor nominal delas, 1.499:000\$000, quando a certidão, existente nos autos (fls. 344), dada pela Câmara Sindical dos Corretores, mostra que valiam apenas 74:950\$000. (16)

(14) Laudo dos peritos a fls. 256 dos autos em apenso e fls. 274 v. do II vol.

(15) Autos apensos. fls. 255; II vol., fls. 273 v.

(16) Há profunda divergência entre a escritura de 31 de dezembro de 1892, a fls. 72 e o laudo dos peritos a fls. 237 dos autos em apenso, quanto à forma de pagamento das seis primeiras fazendas: *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emilia e Quilombo.*

Dêste modo, só por aí, sofria o capital social, garantia dos acionistas e dos credores, uma lesão, materialmente demonstrada e incontestável, de 1.424:450\$000.

Logo, além de pecar às escâncaras contra as noções mais elementares de moralidade, como negócio leonino em benefício do presidente da companhia, e de contravir às normas essenciais de igualdade entre os sócios, que obrigam o resgate de ações, nas sociedades anônimas, a se efetuar mediante o reembolso, *pro rata*, da importância da redução a todos os acionistas, esta operação, concluída *sem fundos nenhuns disponíveis*, constitui uma verdadeira subtração do capital social, em grande parte incompensadamente absorvido.

Pela segunda vez, consequentemente, neste caso, a transgressão da lei é positiva, direta e grosseira.

Vejamos agora o que se segue.

IV

A ASSEMBLÉIA GERAL

Figure-se, por um momento, que não seja, como é, absolutamente contrário à lei expressa o arranjo das fazendas e ações entre a Companhia e o seu presidente e palpavelmente inconciliável como a lei expressa a amortização das ações, tal qual se ultimou, sem recursos disponíveis e com ofensa do capital. Ainda assim, para autorizar as duas operações, a primeira das quais depende necessariamente da segunda, necessário seria uma deliberação regular da assembléia geral.

Ora, para que essa assembléia geral fôsse regular, cumpriria observar-se o disposto no decr. nº 8.821, de 30 de dezembro de 1882, art. 20, e decr.

nº 434, de 4 de julho de 1891, art. 40, parte terceira, os quais, um e outro, nos mesmos termos, prescrevem:

A amortização não pode ser feita senão por deliberação da assembléia geral, estando presente um número de sócios, que represente, pelo menos, dois terços do capital.

Na primeira parte veda o artigo a aquisição das próprias ações pelas companhias.

Na segunda excetua da regra essa operação, quando se fizer, em certas circunstâncias, para amortizar as ações.

Na terceira estabelece as garantias, a que fica adstrita a assembléia geral, para adotar válidamente uma resolução dessa natureza.

Respeitaram-se, no caso vertente, essas garantias?

Não.

O capital da Companhia importava em 5.000:000\$000, distribuídos por 25.000 ações de 200\$000 cada uma. (17)

À assembléia geral extraordinária de 4 de outubro de 1892 concorreram 21.855 ações, umas com a presença dos seus donos, outras mediante procuradores. (18)

(17) «Das 25.000 ações do valor de 200\$000 cada uma, perfazendo um total de 5.000:000\$000 que era o capital da Companhia, 12.500 ações estavam integradas e as demais 12.500 apenas com 50% realizados. Isto pôsto, para a integralização do capital da Companhia Autora, na data a que se refere o quesito, faltava, a importância de 1.250:000\$000.» (Laudo dos peritos a fls. 255 v dos autos em apenso e fls. 274 do II vol.)

(18) Acentuaram os peritos em seu laudo que um dos acionistas que compareceram à assembléia geral aludida, possuidor de 200 ações, assinou o livro de presença em *duplicata*, e que as procurações de 9 acionistas possuidores de 1.990 ações, que se fizeram representar por um diretor da Companhia, «não tem poderes especiais de representação em assembléias gerais, como exige o art. 133 do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891» (fls. 261 e fls. 267).

Das procurações correspondentes a estas últimas, porém, muitas couberam a um diretor da Companhia, muitas a um membro do seu conselho fiscal. Tudo isto consta da ata e dos documentos, pelo miúdo, com os nomes de ambos êsses funcionários sociais, respectivamente, os números das ações, que um e outro representavam.

O diretor M. Castro	2.570
O fiscal Alegria	2.800
Ao todo	5.370

Ora, a legislação das sociedades anônimas, permitindo, para as eleições, e as deliberações de qualquer natureza, os votos por procuração, exige peremptoriamente

que estes não sejam conferidos a administradores e fiscais.

(L. nº 3.150 de 4 de novembro de 1882, art. 15, § 8. — Dec. nº 8.821, de 30 de dezembro de 1882, art. 67. — L. nº 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 15, § 8º — Dec. nº 434, de 4 de julho de 1891, art. 133.)

Temos portanto:

ações inválidamente representadas	5.370
+ ações não representadas (ou diferença entre 25.000 e 21.856)	3.145
Total	8.515

Logo, sendo o total das ações 25.000, subtraídas a êle as 8.515, que ou não se representaram, ou se representaram ilegalmente, o que equivale a não se

representarem, temos que os sufrágios apuráveis nessa deliberação correspondem a 16.485.

Mas os dois terços de 25.000 são 16.666.

Logo, votando apenas 16.485 ações, não reuniu a deliberação os dois terços, de que a lei não prescinde para a sua validade.

Faltando êles, não estava, para o ato dessa deliberação, constituída a assembléia geral.

Para êsse efeito, pois, ela não existia. Logo, o voto, que com êsse objeto adotou, é como se não existisse.

Êsse voto não exprime um ato da Companhia, uma vez que, para estar ela representada nessa função, devia preencher uma condição essencial, a que aquela assembléia geral não satisfaz.

O Cód. Comercial, art. 129, nº II, declara que

“São nulos todos os contratos comerciais que recaírem sôbre objetos proibidos pela lei.”

A lei expressamente proíbe aos acionistas, nas sociedades anônimas, o mandato a administradores e fiscais, para votar nas eleições e deliberações sociais.

Logo, nulos são os mandatos, *ex-vi* dos quais se computaram 5.370 votos, na assembléia geral, que deliberou a transação com Gentil de Castro.

Logo, nula é, por não autorizada, a transação.

Mas a enormidade ainda sobe de ponto, se bem atentarmos nas declarações da ata e mais documentos.

Eram, como vimos, 16.485 as ações válidamente presentes.

Delas, entretanto, pertenciam :

— a Gentil de Castro, signatário de uma das propostas aprovadas	7.325
— a A. M. de Miranda Castro, signatário de outra	6.670
— a M. de Miranda Castro, F. Ramos Paz e J. F. Alegria, membros do conselho fiscal, de cujo parecer a assembléia votava as conclusões	325
Ou, por tudo	14.320

Ora, a lei dispõe :

Não podem votar nas assembléias gerais, os administradores, para aprovarem seus balanços, contas e inventários, os *fiscais*, os *seus pareceres*, e os *acionistas quaisquer vantagens* estipuladas nos estatutos ou contrato social.

(L. nº 3.150, de 1882, art. 15, § 10º — Decr. nº 8.821, de 1882, art. 70. — L. nº 164, de 1890, art. 15, § 10º — Reg. nº 434, de 1891, art. 142).

Buscando acautelar-se das conseqüências dêste preceito, declara, mui de leve, a ata da assembléia de 4 de outubro que, submetidas as conclusões do parecer “a votação, pela ordem em que são formuladas, *se abstêm de votar as partes interessadas*”.

Ora, *partes interessadas* eram, primeiramente, a respeito de *tôdas* as conclusões do parecer do conselho fiscal, os três membros dêsse conselho que representavam 325 ações; visto como o citado texto das nossas leis os inabilita de todo, para votarem em seus pareceres.

Em segundo lugar, *partes interessadas* eram, na forma dêsse mesmo texto os outros dois acionistas acima nomeados, não só quanto às duas conclusões (a primeira e a terceira) do parecer, designadamente relativas às suas duas propostas, mas ainda quanto à quarta e à oitava, a primeira concernente à redução do capital, a última ao mandato para a execução de tôdas essas medidas, visto como, evidentemente, essas quatro conclusões formam entre si um só corpo, de membros inseparáveis.

Sendo assim, pois,

— considerando que as ações legalmente representadas foram	16.485
— mas que, não podendo legalmente votar nem os três fiscais com as suas 325 ações, nem aquêles dois acionistas, com as suas 13.995, temos de abater àquela soma	14.320
— o resto serão	2.165

É menos de uma undécima parte do capital social, constituído por 25.000 ações. De modo que, naquela assembléia, não se reunia nem uma undécima parte do capital social com capacidade jurídica para autorizar a troca dos bens da companhia por ações suas, e lhe reformar os estatutos, reduzindo-lhe o capital.

Ora, essa permuta, antes compra e venda, importava no resgate das ações havidas em trôco das propriedades, e, portanto, dependia essencialmente da redução do capital, deliberada no mesmo ato.

Mas, segundo a legislação das sociedades anônimas, a assembléia geral, que houver de resolver sobre alteração dos estatutos, ou contrato social, “carece para válidamente se constituir, da presença de

acionistas, que, no mínimo, representem dois terços do capital social". (L. nº 3.150, de 1882, art. 15, § 4º — Dec. nº 8.821, de 1882, art. 65. — L. nº 164, de 1890, art. 15 § 4º — Reg. nº 434, de 1891, art. 131.)

Todavia a reforma de estatutos, que, determinando a amortização das ações, tornou possível a aquisição das de Gentil de Castro, em trôco das propriedades agrícolas da Companhia, foi deliberada, estando presentes, como já se verificou, ações em número correspondente a menos de dois terços do capital.

Dentre 25.000 ações estavam legalmente presentes apenas 16.485, e destas só 2.165 poderiam legalmente votar.

Admitindo que esta segunda consideração não envolva a nulidade absoluta do que se adotou (admitindo isto, contra o meu sentir), essa nulidade resulta, inevitavelmente, da primeira consideração: não estarem legalmente representados na assembléia dois terços, ao menos, do capital social.

V

INFRAÇÕES DA LEI EXPRESSA

Os atos da assembléia extraordinária, no caso de que se trata, como se vê do até aqui expendido, violam, reiterada e materialmente, os mais explícitos textos legislativos.

1º) Violam a disposição expressa da lei, que proíbe às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações. (Dec. nº 434, de 1891, art. 40, parte primeira.)

2º) Violam a determinação explícita da lei, que proíbe resolver a amortização das ações, em assembleias onde não esteja representado, quando menos, dois terços do capital social (Decr. nº 434, art. 40, parte terceira).

3º) Violam a prescrição terminante da lei, que proíbe deliberar a reforma de estatutos, nas sociedades anônimas, não se achando representados, pelo menos, dois terços do capital social na primeira assembleia com êsse fim convocada. (Dec. nº 434, art. 131, pr.)

4º) Violam o preceito formal da lei, que, nas assembleias gerais dessas sociedades, proíbe aos administradores e fiscais deliberarem como procuradores. (Dec. nº 434, artigo 133).

5º) Violam, por último, a regra peremptória da lei, que veda aos fiscais votarem os seus pareceres e aos acionistas, em geral, participarem do voto, nos assuntos em que têm direto interesse pessoal (Decr. nº 434, art. 142).

Destas cinco disposições violadas, três são *textualmente* proibitivas: a primeira e a terceira parte do art. 40 e o artigo 142.

Como se distinguem as leis proibitivas? Antes de tudo, quando elas explicitamente proíbem. O modo mais natural e usual do proibir se dá com a anteposição da negativa ao verbo *poder*. "A expressão *não pode*, ensinava DUMOULIN, "tolhe todo o poder de direito e fato, tornando o ato absolutamente impossível. *Negativa preposita verbo potest tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem precisam, designans actum impossibilem*". (Ad. leg. Iam. de verb. Obligat., nº 2.) "Basta que o legislador diga, como é comum nas leis 'tais pessoas *não podem* pra-

ticar tais atos', ou 'tal coisa *não se pode fazer*', para que o ato deixe de ter autoridade legal." (MARTINHO GARCÊS: *Nulidades dos at. juríd.*, 2ª ed., v. I, pág. 145).

Ora, o art. 40 do Dec. nº 434, como os textos por êle consolidados nesse artigo, diz, na primeira parte: "É *proibido* às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações." Diz, na segunda: "A amortização *não pode* ser feita...". O art. 142, não menos formalmente: "*Não podem votar...*"

Mas a regra é que são nulos os atos praticados em transgressão da lei proibitiva. "*Quando lex aliquid prohibet simpliciter, intelligitur opponere clausulam annullativam, si contra fiat.*" (SILVA, Ord. III, 24, § 35.) "*Si lex prohibet, est omnino nullus omnis actus qui operatur contra prohibitionem legis etiamsi ipsa lex expresse non annulet.*" (*Repert. das Orden.* III, *ad verb.* Nullos são todos, pág. 361, ed. de 1857, BORGES CARNEIRO: *Dir. civ.*, I, § 10, nº 18 — CLÓVIS: *Dir. civ.*, p. 336. — *Projeto CLÓVIS*, art. 156, nº 2).

Uma das autoridades mais novas nesta especialidade escreve:

Il dire che un dato atto *non può farsi*, evidentemente si traduce nel dire che quel dato atto per legge NON PUÒ ESISTERE; e ciò che non può legalmente esistere, non può esser valido.

(SALVATORE LA ROSA: *Sistema delle nullità* 1901, p. 54, nº 53.)

A esta norma se abre exceção, por se revelar então ser outra a vontade legislativa, quando a lei, não pronunciando a nulidade, comina expressamente à infração do texto proibitivo pena diversa. (*Ib.* nº 54, pgs. 54-5).

Em nulidade incorrem, portanto, as violações acima apontadas, com relação ao caso vertente, sob os ns. 1, 2 e 5.

Pelo que toca à terceira, a nulidade está pronunciada no texto mesmo, onde se diz:

A assembléia geral, que tem de deliberar... sobre as modificações e alterações dos estatutos, ou contrato social, carece, *para válidamente se constituir*, da presença de acionistas, que, no mínimo representem dois terços do capital social.

(Dcc. nº 434, art. 131, pr.).

Da cláusula “para *válidamente se constituir*” resulta, com absoluta necessidade, que, não se representando, pelo menos, dois terços do capital, a assembléia *não está constituída válidamente*; o que, em direito, equivale, a *não estar constituída*. O que não está constituído, não existe. É um caso, por consequente, de verdadeira *inexistência* jurídica o de uma assembléia geral, reunida para reformar os estatutos da sociedade sem o concurso de dois terços do seu capital.

Resta a espécie do art. 133, contemplada, na enumeração, em quarto lugar.

Ainda aí, porém, é claro o caráter *proibitivo* do estatuído; visto como a lei, declarando “admitidos os votos por procuração, *contanto que êstes não sejam conferidos a administradores e fiscais*”, outra coisa não faz senão *proibir* que a fiscais e administradores se dê procuração, para votar em tais assembléias.

Mas a tudo o que se acaba de ver ainda se sobrepõe uma consideração, que envolve tôdas as demais, uma nulidade, que a tôdas as outras domina.

Tôda essa máquina de atentados contra as mais expressas disposições legislativas obedece a um só intuito, e provém de um só ato, cuja execução operou: a compra das ações da sociedade por ela mesma, no contrato deliberado e concluído com Gentil de Castro.

A lei proibiu categoricamente essa espécie de contrato, vedando às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações. (Dec. nº 434, art. 40).

O contrato, de que se trata, portanto, recai sobre objeto proibido por lei; e, segundo a determinação expressa do Cód. Comercial, art. 129, nº II, os contratos, "*que recaírem sobre objetos proibidos por lei*", "*são nulos*".

A lei, que os anula, é *expressa*.

Não reconhecendo, pois, esta nulidade, as sentenças cuja rescisão se pleiteia, incorreram na sanção fulminada pela nossa lei do processo, quando estatui:

A sentença é nula:

Sendo proferida contra a expressa disposição da legislação comercial.

(Reg. n. 737, d e1850, art. 680 § 2º.)

E, ressentindo-se desta nulidade, essas decisões, pelo art. 681, § 4º, da mesma lei, estão no caso da ação rescisória.

VI

ALEGAÇÃO DAS NULIDADES

Êsses julgados sentenciam abertamente contra as leis expressas, sem contestar que a elas vão de encontro. Confessam as violações da lei, e pronunciam contra ela, sancionando-as, graças ao sofisma de re-

cusarem à vítima dessas violações o direito de as alegar.

"Se a assembléia geral, que decretou êsse ato" (a compra das ações), diz o primeiro acórdão, "*violou a lei*, e se esta assembléia e as outras, que aprovaram êsse ato, *têm vícios* na sua constituição, não cabe à Autora, *que não é terceiro prejudicado*, alegar, como fundamento de pedir, êsses atos viciados, ou nulos, *por ela própria praticados*; pois que ninguém se pode aproveitar da *sua própria torpeza*". (19)

O segundo acórdão, que confirmou, pelos seus fundamentos, o anterior, substituiu "torpeza" por "culpa" e "má fé."

A companhia não tem, segundo êle, "o direito de pedir a rescisão do *seu próprio ato*, alegando *má fé contra si mesma*, pelo princípio de que *ninguém pode tirar proveito de sua própria culpa*". (20)

Culpa, má fé, ou torpeza, de nada valeria discutir aqui o merecimento dos qualificativos e sua variação. O que importa, é considerar o *novum jus*, criado por essas sentenças, contra expressas disposições legislativas, de que os atos de uma assembléia, confessadamente viciosa na sua constituição e, portanto, nula de sua origem, são atos da sociedade, em cujo nome procede.

Nunca vi mais temerária ofensa ao direito.

Ninguém pode confundir uma corporação com um ajuntamento dos seus membros, ainda que êles se reúnam em sua totalidade, e obrem unânimemente (SAVIGNY, *Dr. rom.* trad. GUENOUX, § 90, vol. II, pág. 283).

(19) Autos apensos, fls. 391; I vol. fls. 24; Anexo n° 5, pág. 9.

(20) Autos apensos, fls. 455 v.; I vol., fls. 27; Anexo n° 5, pág. II.

As assembleias gerais não são a sociedade, mas órgãos seus.

Numa sociedade anônima a assembleia geral dos acionistas, o conselho de administração, os administradores delegados são órgãos.

(L. MICHOD: *De la personnalité morale*, part. II, 1909, nº 189, pg. 45).

Como tal, a assembleia geral personifica a sociedade, representa nela o mais alto poder, a síntese da sua ação coletiva (MARGHERI: *Il cod. di commerc. ital. coment.*, vol. II, pág. 329).

Mas, se, nesse caráter, a lei a considera como o órgão supremo da consciência e da vontade social (VIVANTE: *Op. cit.*, v. II, pág. 283), é sob a condição de que o órgão seja órgão, isto é, esteja como tal constituído, e, nos seus atos, nem saia da sua competência, nem contravenha às proibições legais.

Se o órgão não está, juridicamente, constituído, órgão não é; porquanto o em que consiste o órgão, é na representação jurídica do organismo. Quando a lei estabelece que certos atos, a sociedade os não poderá deliberar senão em uma assembleia geral, constituída com certos e determinados requisitos, se tais requisitos não se guardaram no formar a assembleia constituída não será ela, e, conseqüentemente, não será, para aquelas deliberações, o órgão da sociedade. Mas, se não é, para elas, o órgão social, não são atos da sociedade os que uma tal assembleia praticar ou resolver.

A outra condição não é menos impreterível. Deixarei às autoridades o expô-la.

Para as pessoas morais, diz MICHOD, "a consciência e a vontade do seu órgão se consideram sempre como a sua mesma consciência e a sua vontade

mesma, contanto que o órgão haja procedido nessa qualidade e nos limites da sua competência". (*Op. cit.*, part. I, p. 133).

Adiante, insistindo, ensina ainda o eminente expositor a mesma coisa, advertindo que, se o órgão pode regular a existência da pessoa moral, alterá-la, dissolve-la, é "*à condition de rester dans la limite de ses fonctions, et de ne pas enfreindre les prohibitions légales*". (*Ib.* p. 143).

GIORGIO GIORGI, explanando a mesma noção, reflexiona: "Em tôdas as sociedades por ações as deliberações tomadas legalmente pela maioria dos acionistas em assembléia geral representam a vontade do ente coletivo". (*Delle persone giuridiche*, v. VI, p. 384, n.º 179). Não representam, pois, o ente coletivo as resoluções da assembléia geral, quando tomadas ilegalmente.

Se a representação do ente moral exorbita da esfera de ação, que se lhe assina, os seus atos, como os do mandatário que excede as forças do mandato, não vinculam o representado, e contra este não têm ação os terceiros, a quem cumpria saber da situação jurídica da pessoa, com quem contrataram. "*Se i rappresentanti esorbiteranno dalla sfera d'azione a loro prefissa, essi, precisamente come il mandatario che agisce oltre il mandato, non vincoleranno, in modo alcuno l'ente rappresentato. . . Il terzo, che curiosus esse debet conditions eius cum quo contrahit, non potrà in tal caso sollevare pretesa alcuna contro il corpo morale*". (AMADEO: *Della capacità di diritto privato dei corpi morali*, 1904, pgs. 276).

Aqui há um princípio inconcusso, um rudimento de legalidade, que juizes não podem ignorar. Se a assembléia geral constitui o órgão supremo da vontade social, é sob a cláusula absoluta de que se man-

tenha nas raías da lei e dois estatutos: "*purchè resti nei limiti della legge e dello statuto*". (VIVANTE: *Op. cit.*, v. II p. 284).

Fora dessas raías o ajustamento de acionistas não é assembléia geral, não consitui órgão da sociedade, e, portanto, não a personifica não a representa, não a vincula.

Para os atos de que se trata, a amortização das ações da companhia e a sua compra, a assembléia de 4 de outubro de 1892 não era a assembléia geral da sociedade: porque não reunia dois têtços do capital social. (Decr. nº 434, arts. 40 e 131).

Se se deu ares de o ser, foi computando ações, que a lei não considerava presentes, por terem uma representação flagrantemente contrária à lei. (Decr. nº 434, art. 133.)

Nula na sua constituição, essa assembléia é nula nos seus atos; visto como as suas deliberações resolveram o que a lei proíbe, e foram adotadas graças ao concurso de votos, que a lei exclui. (Decr. nº 434, de 1891, art. 40, parte prim., e art. 142.)

Logo, aquela assembléia não era órgão da Companhia. Logo, não eram atos da Companhia, as resoluções daquela assembléia.

As sentenças rescindendas, pois, giram num estupendo círculo vicioso e numa contradição flagrante, quando, admitindo que a assembléia "*tem vícios na sua constituição*", e "*violou a lei*", decidem que os seus atos "*são praticados pela própria Companhia*".

O que precisamente se conclui da verificação de nulidades na constituição da assembléia e da infração de leis expressas nas suas deliberações, uma e outra coisa reconhecidas nesses dois julgados, vem a ser ao revés da conclusão dêles, que essas deliberações

não são atos da Companhia; porquanto a representação, que não fôr válidamente constituída, não é representação, e os atos do representante, que exorbitem da competência legal do mandato, não são atos do representado.

Êsses atos, por consequência, em relação à Companhia, são *res inter alios gesta*, atos entre estranhos e atos entre estranhos os contratos, que dêles emanaram. Com relação a êles, pois, a Companhia é sem dúvida nenhuma, *terceiro prejudicado*; porque terceiro prejudicado é todo aquêlê a quem advém prejuízo de atos ou contratos entre outrem celebrados.

Mas ainda aqui pecam os dois julgados contra lei expressa, desconhecendo o caráter das nulidades ocorrentes e das suas consequências legais.

São, ou não, *de pleno direito* essas nulidades? Indubitavelmente são.

Nula é de pleno direito a compra das ações da companhia por ela mesma.

Com efeito:

O Cod. Comercial, art. 129, § 2º, declara

nulos todos os contratos comerciais que recaírem sobre objetos proibidos pela lei.

A lei (Decr. nº 434, art. 40) estatui que

é proibido às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações.

Ora o Decr. nº 737, de 1850, art. 684, § 1º, declarando

nulidade *de pleno direito* aquelas que a lei formalmente pronuncia em razão da manifesta preterição de solenidades, visível pelo mesmo instrumento.

nas referências que especificadamente aí exara ao alcance dêste preceito, a primeira é, justamente, ao art. 129, §§ 1º e 2º do Cód. Comercial.

Em segundo lugar, é igualmente nula *de pleno direito* a resolução da assembléia, que autorizou essa compra de ações.

Realmente, para a tomar, se preteriram solenidades essenciais à existência do contrato e aos fins da lei, quando o regula, desde que, exigindo o *quorum* de dois terços, vedando aos administradores, como aos fiscais, a função de procuradores na assembléia geral, e excluindo o sufrágio dos interessados nas deliberações (Decr. nº 434, art. 40, parte 3ª, 131, 133 e 142), a lei estabelece condições de capacidade e moralidade, que interessam à essência do ato regulado, tornando-o *ipso facto* inexistente, quando tais condições não se verificam.

Incorrendo nesta falta, o ato de que se trata, caiu sob o disposto no Decr. nº 737, de 1850, art. 684, § 2º, onde se institui:

São nulidades *de pleno direito*: As que, pôsto não expressas na lei, se subentendem, por ser a solenidade, que se preteriu, substancial para existência do ato e fim da lei.

Quando a lei estatui que uma coletividade não poderá funcionar sem o concurso de certo *quorum*, e recusa capacidade a certos votos, para neste se incluírem, a inclusão de tais votos no *quorum* e a insuficiência dêle geram a incapacidade e a inexistência legal do corpo deliberante. Às suas deliberações falece, desde então, a solenidade mais substancial de toda a existência do ato e ao intuito do legislador : a inteireza do número legal para a cons-

tituição da entidade, em cujo seio se produz a ação coletiva.

Tôdas essas nulidades, pois, são de *pleno direito*.

Das nulidades desta categoria o nosso direito enumera como causas entre várias outras :

o objeto ilícito;

a preterição de solenidade substancial à existência do ato;

a transgressão de lei proibitiva. (MART. GARCÊS: *Nulidades*, p. 89. — CLÓVIS: *Op. cit.*, p. 336, 338, 345).

Ora, em primeiro lugar,

a nulidade de pleno direito pode ser alegada *independentemente da prova de prejuízo*. (Reg. nº 737, de 1850, art. 686, § 2º.)

Logo, os acórdãos impugnados julgaram contra direito expresso, decidindo não poder alegar tais nulidades quem não seja terceiro *prejudicado*.

(Aliás não pode haver prejuízo mais estrondosamente manifesto que o de uma companhia despojada inteiramente das suas propriedades, avaliadas no próprio ato da lesão em 2.500.000\$000, pelas deliberações de uma assembléia ilegal e inexistente em direito).

Em segundo lugar,

a nulidade de pleno direito pode ser alegada por todos aquêles, que provarem *interesse na sua declaração* (Decr. nº 737, de 1850, artigo 686, § 5º.)

Logo, os acórdãos sentenciaram contra direito expresso, negando à proprietária, interessada como

tal, evidentemente, na rescisão do ato espoliatório, direito de alegar essas nulidades.

Em terceiro lugar, os atos,

em os quais se dão as nulidades de pleno direito, consideram-se nulos, e *não têm valor*, sendo produzidos *para qualquer efeito jurídico*. (Decr. nº 737, de 1850, art. 686, § 1º)

Logo, essas decisões resolveram contra direito expresse, declarando *terem valor* os atos incursos nessas nulidades, *em certos casos contra pessoas*.

Em quarto lugar,

a nulidade de pleno direito não pode ser relevada *pelo juiz, que a deve pronunciar*, se ela consta do instrumento ou da prova literal. (Reg. nº 737, de 1850, art. 686, § 3º).

O juiz não tem aqui deliberação. "O seu papel é passivo : limita-se a ver a prova, e declarar a nulidade". (M. GARCÊS: *Op. cit.*, pág. 82).

Ora, dos instrumentos e provas literais reunidas nos autos constam materialmente as nulidades articuladas : a compra das ações, a deliberação dêsse ato e da amortização por uma assembléia ilegal, a constituição da maioria deliberante à custa de sufrágio, vedados por lei expressa.

Logo, os acórdãos contestados violam direito expresse, *relevando* essas nulidades, irrecusáveis uma vez alegadas, e até *ex-officio* pronunciáveis. (Reg. nº 737, art. 689).

Não menos de quatro vezes, pois, violam a lei expressa os acórdãos rescindendos.

Ainda, porém, não é tudo.

VII

INTERÊSSE NA REIVINDICAÇÃO

A sentença de primeira instância, confirmada pela da segunda, nega segunda vez à Companhia o direito de alegar as verificadas nulidades, por uma razão não menos subversiva de todo o direito concernente ao assunto que as anteriores.

Ao que sustenta êsse julgado, no seu derradeiro considerando, embora existam essas nulidades,

A Autôra [a Companhia] *nenhum interêsse tem, para alegá-las*; pois que, só dizendo respeito aos terceiros, que figuram nestes atos, ou aos seus herdeiros e representantes, mesmo provadas estas nulidades, nem por isto voltariam as fazendas ao patrimônio da Autôra. (21')

Com esta curiosa tese é todo o sistema da ação de reivindicação, desde os romanos até hoje, que cai por terra, ao golpe de uma sentença inconsiderada.

A ação da reivindicação nasce do domínio, para o dono da coisa, que a deixou de possuir, contra o seu injusto detentor. "*Ex domino vero et pleno reivindicatio datur domino adversus possessorem quemcumque ad rem cum omni causa et fructibus restituendam*". (MELO FREIRE: *Inst. jur. civ.*, IV, N, § 10.)

Compete ela, pois, ao senhor da coisa, para havê-la do que injustamente a detém. (LAFAYETTE: *Direito das coisas*, I, § 82, p. 215.)

Tem por causa o domínio, perfeito, ou imperfeito.

(21) Autos apensos, fls. 395 v.; I vol., fls. 25 v.; Anexo nº 5, pág. 10.

Não pode ser exercida senão por quem o tem.
Para a exercer, tem o autor de provar:

- 1º) Que o domínio da coisa é seu
- 2º) Que o réu a retém. (LAFAYETTE: *ibidem*.
— C. TELLES: *Doutr. das acç.*, § 32 — BATISTA:
Proc. civ., § 11.)

As condições da reivindicação, portanto, são:

- 1º) Que o autor seja o proprietário da coisa.
“*Qui agit, dominus sit necesse est.*” (MUHLEM-
BRUCH, II, § 272.)

- 2º) Que seja seu possuidor ou detentor o réu.
“*Conveniri potest quicumque possidet rem.* (*ibidem*)

Todo aquêlê, por conseguinte, que alega o domínio de uma coisa contra outro, em cujo poder ela está, é competente, em direito, para a reivindicar.

O único interêsse exigível daquele que semelhante ação intenta, é o de proprietário: e não sei que o possa haver maior.

As pessoas cujo interêsse, em tal espécie de ações, nunca se poderá contestar, são a que do seu domínio se diz esbulhada e a que se argúi de o haver usurpado.

Outras, excepcionalmente, poderão ter ingresso nessas ações, como acontece, quando o réu alega ser êle mero detentor, e outro o que está de posse; caso no qual se deve citar o nomeado por aquêlê, que afirma possuir apenas em nome de terceiro. (T. DE FREITAS: *Consolid.* art. 922. — Ord. III, 45, § 10.) Êstes terão interêsse, ou não, em acudir à citação, e entrar no pleito.

O réu mesmo, se, mostrando não ser o verdadeiro possuidor, para êste desviar a ação, deixa de ser parte na causa, que daí em diante correrá contra

aquêle, em cujo nome possuía. E, neste caso cessou o seu interêsse: já não pode ser ouvido na lide.

Mas ao autor, ao que articula o domínio, e pleiteia contra a sua espoliação, não se poderá negar direito à ação proposta, senão em se mostrando não ser o dono da coisa reivindicada. Se êle, *portanto*, exhibe provas de que o é, reais ou aparentes, ou se demonstrará que as suas provas não são cabais, ou se lhe restituirá o objeto demandado. Qualificá-lo, porém, de *não interessado*, quando êle com provas que se não conseguem destruir, alega o domínio, e certifica o esbulho, é sancionar judicialmente a extorsão, judicialmente reconhecida.

Na hipótese, nem o réu chamou quem quer que fôsse a autoria, nem houve quem quer que fôsse admitido na causa a impugnar os títulos da autora.

Destarte, só existem, no litígio, duas entidades: a reivindicante das fazendas e o seu possuidor, a Companhia Agrícola e o Banco da República.

Se dêste não se pode negar o *interêsse*, como detentor e pretendo dono dos imóveis, tão pouco lho poderão negar àquela como alegante da propriedade, com títulos mediante os quais se pretende mostrar a verdadeira dona.

Ou êsses títulos não justificam a intenção da autora; e, neste caso, as sentenças a deviam ter condenado, por carecer de base a reivindicação na prova do domínio ou do esbulho.

Ou, se neste fundamento não se puderam estribar, para denegar a ação à Companhia, é que não acharam por onde lhe contestar nem a prova do domínio, nem a do esbulho alegados; e, neste caso, as sentenças, negando o interêsse na reivindicação a quem não lograram negar o domínio da coisa rei-

vindicada, não só resvalam ao mais extraordinário dos absurdos, mas desafiam, nesta matéria, uma verdade legal nunca desconhecida.

Porque a nossa lei é que aquêle, de quem se provar o domínio, não se pode ilidir a reivindicação; sendo a tal ponto rigorosa esta norma que,

para obter vencimento, *basta que o autor prove o seu domínio presuntivamente.*

(Consol. das leis civ., arts. 918 e 914. Op. III, 53 § 3º.)

Isto é: provando que uma vez o adquiriu, presume-se, até prova em contrário, que o continua a ter.

Provou-se, na hipótese, que o domínio sobre as fazendas era da Companhia.

Em segundo lugar se provou que êle não lhe saiu das mãos; porque os inculcados atos de alheação dessas propriedades são todos nulos.

A reivindicação, portanto, nos seus dois elementos, direito do autor e não-direito do réu, está legitimada, não mediante as provas *presuntivas*, de que a nossa lei já se contentaria, mas com provas diretas e solenes. Todavia as sentenças acharam meio de não reconhecer o *interêsse* e, como não *interessada*, excluir dos direitos de reivindicante àquela cujos títulos de propriedade não ousaram discutir e rejeitar.

Note-se bem. A reivindicação assentava na insubsistência dos contratos, pelos quais o réu inculcava ter adquirido as fazendas. A Companhia reivindicante argüia êsses atos de *nulos*. Demonstrar, pois, esta nulidade era demonstrar a injustiça dos títulos do réu. E é isto o que as sentenças lhe não permitiram, negando-lhe *interêsse*, para o fazer.

Como se, dada a natureza da questão, houvesse, para a autora, outro meio jurídico de comprovar o domínio, que pleiteava.

A reivindicação é inerente ao direito de propriedade: "*Dominus dicitur qui rei vindicationem habet*". Negá-la a quem, com provas o alega, é, seja qual fôr o pretexto de que se use, negar o próprio direito, desconhecê-lo nos seus predicados essenciais, ofendê-lo nas mais expressas das leis que o asseguram.

Foi o que praticaram as duas sentenças contestadas.

VIII

EXCESSO DE MANDATO

Nula a assembléia de 4 de outubro de 1892 e nulas as suas deliberações, nulos são, por êste mal da sua procedência comum, até à última escritura, todos os demais atos, nesta causa discutidos, pelos quais chamou Gentil de Castro ao seu poder, e dêle se transferiram ao do Banco as propriedades agrícolas da Companhia.

Mas, quando todos êles se não invalidassem por êsse vício da sua primitiva origem, inválidos seriam todos por outros defeitos posteriores, igualmente substanciais, que sucessivamente os inquinam.

Tem o primeiro lugar, na série dêsses atos, a escritura de 14 de novembro de 1892.(22)

Na ata de 4 do mês anterior se acha exarada a proposta de compra e venda, submetida por Gentil de Castro.

(22) Autos apensos, fls. 66; II vol., fls. 165.

Dá igualmente consta haver sido nos termos dessa proposta que a assembléia, aliás nula, aprovou e autorizou o contrato.

Ora, o que aí se estipulava, era a aquisição das fazendas pelo proponente.

sendo o pagamento efetuado

1.500:000\$000 em ações da própria Companhia ao par, sem direito aos dividendos vencidos ou a vencer, e

1.000:000\$000 em letras semestrais de
100:000\$000 cada uma.

O que aos mandatários da Companhia, portanto, cabia fazer, era não levarem a efeito a venda, entregando os imóveis, senão mediante o pagamento à vista, nas ações e letras ajustadas.

Em vez disto, porém, a diretoria e a comissão especial, incumbidas pela assembléia de ultimar êsse negócio firmaram a escritura de 14 de novembro, que se chama "de ajuste de compra e venda", onde esta se consuma para o comprador, que para logo recebe, pela cláusula 3ª, a posse das fazendas, ao passo que o vendedor (a Companhia) fica sem compensação nem garantia alguma, não embolsando nem as letras, nem as ações. (23)

Evidentemente êsse contrato desigual, em que efeitos da compra se realizaram incontinenti para o comprador, sem que para o vendedor se operem os da venda, é inteiramente diverso do que a assembléia geral deliberara.

Esta conviera numa compra e venda perfeita, em que o vendedor e o comprador se efetuassem si-

(23) Autos apensos, fls. 68 v.; II vol., fls. 109 v.

multâneamente as vantagens recíprocas do contrato, recebendo um dos contraentes a coisa, e embolsando o outro o seu preço.

Mas o que se ultimou, sob o nome de promessa de venda, foi uma verdadeira venda a crédito, em que o comprador entrou imediatamente no gôzo das propriedades agrícolas, com os seus frutos e rendimentos, não recebendo o vendedor em trôco valores ou garantias de espécie nenhuma.

O mandato, que aos procuradores se conferira, era para celebrar o contrato nas suas condições naturais de simultaneidade entre os seus efeitos de parte a parte. O contrato que celebraram, inteiramente outro, alterou essas condições, dando ao comprador tudo o que a venda ultimada lhe podia dar, enquanto ao vendedor não dava nada sequer do a que, em caução das vantagens adiantadas ao outro contratante, lhe assistia direito imediato.

Para tal não receberam podêres os mandatários. Obraram, portanto, de todo em todo fora do mandato.

Ora, pelo Cód. Comercial, art. 149, o comitente só é responsável pelos atos do mandatário "dentro dos limites do mandato".

Tôda a vez, portanto, que o mandatário proceder *ultra vires mandati*, os seus atos, a respeito do mandante, são como se não existissem. Nenhuma obrigação por êles contrai o mandante, e nenhum prejuízo dêles pode receber. (L. 10 C., I, II, t. 13. — POTHIER, *Mandat.* n° 93).

É um contrato "inútil" o que, em casos tais, se faz, diz PLANIOL, (II, n° 2.256.) "Deve ter-se como não celebrado. *Per quanto riguarda il mandante, deve aversi come non concluso.*" (ZACHARIAE-CROME, II,

§ 395, pgs. 685, not. 2.) “Serão nulos”, diz BEVILÁQUA, “em relação ao constituinte os contratos realizados”. (*Obrigações*, § 122, p. 305.)

No mesmo sentido se exprimem DURANTON (XVIII, nº 260), AUBRY e RAU (IV, § 415), LAURENT (XXVIII, nº 64). SURVILLE (II, nº 1 309), CHIRONI (II, § 352). Por todos citarei a GUILLOUARD, que escreve assim:

Os atos assim praticados pelo mandatário (com excesso dos seus poderes) são *absolutamente nulos, com respeito ao mandante*; e este, como a doutrina geral o reconhece, *nem há mister de intentar ação*, para os invalidar, porque *relativamente a ele, êsses atos não têm existência: são res inter alios gesta*.

(*Mandat.* p. 525, nº 194.)

Êsse direito universal, que é o nosso direito, acima de tudo estabelece, quanto aos atos excessivos do mandato, a sua *inexistência* em relação ao mandante. A inexistência lhes resulta, a êles, de que lhes falta a substância mesma do seu ser, a outorga da representação, circunscrita aos poderes do mandato e alheia a todo o ato dêles exorbitante.

Pois bem: as sentenças rescindendas, para sustentar a escritura, original e radicalmente nula, de 14 de novembro, assentam a tese contrária de que, nos casos de excesso de mandato, o comitente só tem ação de responsabilidade civil contra os administradores. (24)

Em abono desta extravagância apenas citam o Decreto nº 434, art. 109, § n. 2, onde se diz que “os administradores são responsáveis à sociedade e aos terceiros prejudicados, pelo excesso de mandato”.

(24) Autos apensos, fls. 394 v.; fls. 23; Anexo nº 5, pág. 8.

Ora, em primeiro lugar, dizendo respeito unicamente, como nêle se exprime, aos "administradores", êsse texto claro está não se refere senão ao mandato geral de administração. Não cogita dos atos, que nesta espécie de mandato se não abrangem, e que requerem outorga especial.

Em segundo lugar a responsabilidade, em que incorre o mandatário infiel pelo dano causado ao comitente, não exclui a nulidade jurídica do seu ato (*Direito*, v. 78, página 265.) (25)

As duas sanções podem atuar paralelamente, havendo prejuizos, que a nulidade jurídica do ato não evita, ou repara. Ao contrário, pode acontecer que o prejudicado, com direito a ambas, não se valha senão de uma, demandando ou a inexistência do ato do mandatário, ou as perdas e danos, em que incorreu.

É assim que SERAFINI, anotando a ARNDTS com um aresto da Cassação de Nápoles, observa:

O mandatário, que excede os confins do mandato, não se pode subtrair à condenação de perdas e danos para com o mandante *com o fundamento de que êste pode fazer anular os atos contraídos com terceiros.*

(*Pandette*, II, § 293, p. 274, nº 3.)

Inversamente, os terceiros, com quem celebrou o mandatário contratos atentatórios do mandato, não se podem eximir à declaração da sua nulidade, pleiteada pelo mandante, com o pretexto do direito, que

(25) «A responsabilidade dos administradores por excesso de mandato para com a sociedade e terceiros não prejudica o direito à anulação dos atos praticados com transgressão da lei, como no caso vertente.» (Acórdãos da Câmara Comercial do Tribunal Civil e Criminal, da Câmara Civil da Corte de Apelação e das Câmaras Reunidas da mesma Corte, cit. vol.).

a este caiba, de responsabilizar o mandatário pelo dano.

As duas ações, com objetos distintos, se endereçam a pessoas diversas, diversamente envolvidas no ato insubsistente: uma ao mandatário culpado, a fim de o demandar pelos prejuízos materiais decorrentes da sua culpa; outra ao terceiro, parte no contrato para contestar o vínculo da obrigação com êle contraída em nome do mandante.

O art. 109 do Reg. nº 434, ainda quando fôsse uma disposição genérica a respeito do mandato, não revogou o art. 149 do código comercial, que, declarando,

responsável o comitente por todos os atos praticados pelo mandatário *dentro dos limites do mandato*,

implicitamente o declarou irresponsável pelos atos do mandatário não incluídos nos limites do instrumento dos seus poderes, e destarte, estabeleceu que êsses atos, não o obrigando, são a respeito dêle, inexistentes.

Mais uma vez, pois, as sentenças, aqui, decidem contra direito expresso.

No mesmo vício incorre, por não menos divergente dos termos do mandato, a escritura de 31 de dezembro de 1892. (fl. 72.)

Esta aberrava ainda mais gravemente da fidelidade às leis dêste contrato que a de 14 de novembro.

Entre o estipulado na escritura de 14 de novembro e o autorizado na assembléia de 4 de outubro havia concordância exata quanto à coisa, o preço e o gênero de valores em que êste se aceitou. A desarmonia veio a ser nas condições que favoreceram o

comprador e desfavoreceram o vendedor em termos não outorgados na procuração investindo o adquirente da posse imediata da coisa, sem que o alienante lhe embolsasse o preço.

Mas entre o convencionado na segunda escritura, em 31 de dezembro, e o resolvido, em 4 de outubro, na assembléia geral tudo é diverso: coisa, preço, condições.

No contrato aceito pela assembléia geral o objeto era a venda englobada e conjunta das dez fazendas; o preço indiscriminado, pela aquisição total dessas propriedades, 2.500:000\$000, o pagamento, dois quintos em dinheiro, mediante letras semestrais de 8%, e três em ações da companhia vendedora.

A escritura de 14 de novembro renovou e reforçou êsse ajuste, declarando, na sua primeira cláusula, *"definitiva e irrevogavelmente ajustada a venda das aludidas fazendas, sitas no município de S. Carlos, Estado de S. Paulo, pelo preço e sob as condições constantes da proposta transcrita na ata da assembléia dos acionistas, que a aceitou e aprovou não sendo lícito a nenhuma das partes arrepender-se ou mesmo alterar qualquer das cláusulas nela incluídas"*. (26)

Ora, é precisamente o que se faz, daí a mês e meio, na escritura subsequente.

Aí se revogou a escritura anterior no tocante às quatro fazendas Santa Paula, Santo Antônio, S. Sebastião e Jativoca, as quais se destacaram do todo, sobre que recaíra o assentimento da assembléia geral, para constituir objeto de venda especial depois de ultimado o pleito que a respeito delas travara Joaquim da Cunha Bueno com a Companhia, sem que,

(26) Autos apensos, fls. 67; II vol., fls. 168 v.

entretanto, deixassem de continuar na posse de Gentil de Castro.

Circunscreveu-se, desta sorte, a venda às outras seis propriedades: Santa Maria, Liberdade, Santa Emília, Quilombo, Boa Vista e Monjolinho. (Cláusula 1^a.) (27)

A estas, por alvedrio seu, estimaram e ajustaram o preço de 1.650:000\$000. (Cláus. 5^a.)

Quanto ao pagamento, enfim, deliberaram que a Companhia recebesse logo inteira a parte em ações na importância, ao par, de 1.500:000\$000; com o que o remanescente, por ela embolsado em dinheiro, se reduziria a 150:000\$000. (*Ibidem.*) (28)

Não há, bem se vê, uma só das cláusulas dêste contrato, que coincida com alguma das da procuração, formuladas na assembléia de 4 de outubro e confirmadas na escritura de 14 de novembro.

Já preexistia, à primeira escritura, como se declara expressamente na sua cláusula 5^a, o litígio (29), alegado na segunda escritura como razão para se não lavar logo o instrumento definitivo da compra e venda.

Esse litígio não obstava a que, na escritura de 14 de novembro, se entregasse logo a Gentil de Castro a posse das quatro fazendas litigiosas, nem obstou a que dessas mesmas quatro fazendas litigiosas se lhe mantivesse a posse na escritura de 31 de dezembro. Por uma e outra houve, pois, o empossado, sobre aquelas quatro propriedades, tôdas as vantagens, que, como comprador, poderia haver.

(27) Autos apensos, fls. 73; II vol., fls. 176.

(28) Autos apensos, fls. 75; II vol., fls. 178.

(29) Autos apensos, fls. 69; II vol., fls. 170 v.

Só o a que se opunha a demanda invocada, era a que a Companhia recebesse o preço dos quatro imóveis, cuja posse e fruição alienava; isto quando êsse preço, como na segunda escritura se confessa, montava à soma de 850:000\$000, cuja importância denuncia o valor dêsses estabelecimentos agrícolas, transferidos, sem compensação nenhuma, das mãos da sociedade às do seu presidente. (30)

Se o litígio, de que eram objeto as quatro fazendas, constituía, realmente, o embaraço legal agora argüido à ultimação do contrato em têrmos definitivos, ante as leis que entre nós vedam a compra e venda em bens litigiosos, o que se devia seguir, era que, verificada essa impossibilidade, a diretoria, não podendo concluir a transação aceita pela assembléia geral, nem tendo faculdades, para a modificar, não a realizasse, e, apelando para a Companhia, aguardasse novas deliberações.

Desde que, porém, os mandatários da assembléia geral haviam, não obstante o litígio pendente sobre quatro das fazendas, transferido àquele com quem ajustaram a venda, a posse de tôdas as dez, e transferida a mantinham, a consequência era haverem do adquirente o preço convencionado, sob o compromisso de se firmar o instrumento definitivo da alienação, quando se resolvesse a demanda.

O que não se concebe, é que o litígio não fôsse estôrvo à transmissão da posse ao comprador, e o fôsse ao recebimento do preço pelo vendedor.

Como quer que se encare, porém, quanto à sua incongruência e iniquidade, a segunda escritura, ainda mais visivelmente do que a primeira, nos têrmos em que se estipulou, foi estipulada sem procuração, que

(30) Autos apensos, fls. 76; II vol., fls. 179.

a autorizasse; visto como os poderes conferidos pela assembléia geral estão com os termos desse contrato em contradição flagrante.

Ao contrato de 31 de dezembro, conseguintemente, falece a mais essencial das solenidades: o instrumento do mandato, donde lhe venham as forças; pois o a que a escritura se arrima, invocando as deliberações da assembléia geral de 4 de outubro, não encerra os poderes, de que ali usaram os mandatários da companhia.

Ora, a preterição desta solenidade é *visível no próprio instrumento* e mediante a *prova literal* de que ele depende. A saber: consta *da mesma escritura*, cotejada com a *ata da assembléia geral*, onde se recebeu a proposta, se decidiu a venda, e se lhe taxaram as condições.

Logo, este contrato é nulo *de pleno direito*; por isso que de pleno direito são as nulidades,

que a lei formalmente pronuncia em razão da manifesta preterição de solenidades, *visível pelo mesmo instrumento ou por prova literal*.

(Reg. nº 737, de 1850, art. 684, § 1º.)

Visível, na hipótese, tanto pelo mesmo instrumento (a escritura) como por prova literal, (a ata), a nulidade indigitada é uma das "*que a lei formalmente pronuncia*".

Com efeito, o Cód. Comercial, art. 129, estabelece que

São nulos todos os contratos comerciais:

I. Que forem celebrados entre pessoas *inâbeis para contratar*.

Ora, pessoa inábil para contratar é o *procurador não bastante*, como se sabe, não só pela doutrina cor-

rente e inconcussa, mas ainda por textos expressos da nossa legislação, entre os quais o decr. número 737, de 1850, art. 672, § I, onde se dispõe serem nulos os atos, quando

as partes ou algumas delas são incompetentes e não legítimas (inâbeis), como o falso e não bastante procurador.

Logo, recusando-se a pronunciar essa nulidade, as sentenças rescindendas contravêm, outra vez, o direito explícito no decr. n° 737, art. 686, § 3°, onde se estatui que o juiz não pode relevar as nulidades dêste gênero, e as deve pronunciar, "*se constarem do instrumento, ou da prova literal*".

IX

RATIFICAÇÃO

Alegam, todavia, êsses julgados que a sociedade ratificou êsse ato, desde que na assemblêia geral de 12 de junho de 1893, foi votado o parecer do Conselho Fiscal, que concluiu pela aprovação das *contas* encerradas em 31 de dezembro de 1892, e de todos os atos *administrativos*, além de que, na assemblêia geral de 30 de maio de 1898, foram aprovados todos os atos da *diretoria* até 31 de março de 1898. (31)

Mas:

1º) O que a assemblêia geral de 12 de junho de 1893 aprovou, como dos próprios termos do julgado se acaba de ver, foram "*as contas e os atos administrativos*"; e os contratos de *alienação de bens de raiz* da sociedade não são nem *atos administrativos nem contas*.

(31) Autos apensos, fls. 394; I vol., fls. 23; Anexo n° 5, pág. 9.

2º) O a que se refere o parecer do Conselho Fiscal, apresentado na assembléia geral de 30 de maio de 1898(32), parecer que concluía pela aprovação de "todos os atos e contas da diretoria", vê-se que eram evidentemente as contas e os atos *da sua administração*, nos quais se não abrange a alheação do patrimônio da Companhia, ato desta, e não dos administradores, cuja participação em tais contratos não se exerceu, nem se podia exercer, no caráter *de administradores*, ou diretores, mas unicamente no de mandatários especiais, com êsse fim especial constituídos.

3º) Que nenhum dêses dois contratos foi *ato da diretoria*, o próprio texto de ambos o demonstra; pois, assim na escritura de 14 de novembro, como na de 31 de dezembro de 1892, o mandato da sociedade foi exercido por uma comissão composta da diretoria e *mais dois acionistas*, a ela estranhos, nomeados pela assembléia geral.

²²²² 4º) Nem cabia na competência do Conselho Fiscal em exercício do ano de 1898, por nomeação do presidente da Junta Comercial (decr. nº 434, art. 125), conhecer de atos praticados *seis anos antes*; porquanto a lei taxa ao Conselho Fiscal dar parecer "sôbre os negócios e operações *do ano*". (Decr. nº 8.821, de 1882, art. 57 — Decr. número 434, de 1891, art. 122).

Depois, se as nulidades apontadas são de *pleno direito*, não podem ser ratificadas; pois a nossa lei, dividindo as nulidades em "de pleno direito" e "dependentes de rescisão" (Decr. nº 737, de 1850, art. 686), estabelece que

(32) Autos apensos, fls. 362; III vol., fls. 568.

só as nulidades *dependentes de rescisão* podem ser ratificadas.

(Reg. nº 737, art. 689.)

Os atos nulos de pleno direito, pois, são irratificáveis. (GARCÊS: *Nulidades*, p. 82, 319-322. — CANNADA-BARTOLI: *La ratifica*, pgs. 26, 27-32, 36-7, 199.)

Ora, quando o contrato é irratificável, por ser inexistente ou nulo de pleno direito, o meio de dar existência ao que com êle se pretendia, é renová-lo, ou refazê-lo, com a observância dos requisitos legais omitidos ou violados no primeiro ato. Não basta a ação indireta da companhia vendedora, aprovando, com o voto da sua assembléia, um parecer genérico do conselho fiscal, para dar realidade jurídica a uma venda nula por vícios substanciais.

Se êsses vícios eram de forma, haviam de se reparar mediante um nôvo contrato, dêles estreme. Mas no caso os vícios eram essenciais.

Ninguém pode ratificar o que não pode fazer. Além da invalidade por excesso *na execução do mandato*, o caso nos apresenta a nulidade substancial *do mandato* pela impossibilidade jurídica do seu objeto. Não era lícito à sociedade comprar as próprias ações. Logo, se a assembléia de 4 de outubro de 1892 não podia autorizar êsse contrato, por ilegal, tão pouco o poderia ratificar a assembléia de 30 de março de 1898.

Admita-se agora que a operação verificada entre a Companhia e Gentil de Castro não fôsse a compra ilegal das próprias ações, mas a amortização de ações, que a lei permite, para a redução do seu capital, com reforma dos seus estatutos. Em tal caso, a autorização para êsse contrato, dada nulamente na assem-

bléia de 4 de outubro de 1892, por não estarem nela representados, ao menos, dois terços do seu capital (decr. nº 434, arts. 40 e 131), com exclusão dos votos inábeis (arts. 133 e 142), só poderia ser ratificada por uma assembléia, que não incorresse na mesma incapacidade, isto é, onde se votasse, não apurando êsses sufrágios, e concorressem dois terços, pelo menos, do capital social, coisa que da ata de 30 de maio de 1898 não consta se houvesse observado na assembléia geral dessa data.

Isso no pressuposto de que atos tais sejam suscetíveis de ratificação. Mas não podem ser. O da assembléia geral de 4 de outubro, donde tudo nesta causa procede, não o era; porque a sua dupla nulidade, na substância e na forma, pela natureza ilícita do contrato e pela irrita constituição da assembléia onde foi deliberado, é de *pleno direito*. Não se pode sanar mediante ratificação. Pertence ao número das a cujo respeito, num estudo especial sôbre as deliberações das sociedades anônimas, escreveu ANTONIO SCIALOJA: "*La verità è che le deliberazioni nulle sono insanabili senza possibilità di alcuna distinzione*". (*Rivista di Diritto Comm.*, v. I, parte primª, p. 214-215.)

X

A HIPOTECA

Não pode hipotecar senão quem pode alhear. (Decr. nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 2º, § 40.) A hipoteca é um desmembramento do domínio. Só quem tem o domínio o poderá desmembrar. A hipoteca, portanto, é um ato do proprietário, sôbre a coisa de que é dono. (LAFAYETTE: *Dir. das cois.*, II, § 175, p. 40 § 217, p. 177.)

Ora, Gentil de Castro não tinha domínio sobre os imóveis, cuja reivindicação a Companhia pleiteia; porquanto as escrituras de 14 de novembro e 31 de dezembro de 1892, mediante as quais pretendeu adquiri-los, são como acima evidenciei, nulas de pleno direito.

Logo, nula é, igualmente, de pleno direito, a escritura, pela qual Gentil de Castro hipotecou ao Banco do Brasil seis dêsses imóveis.

A hipoteca é nula, quando nula a obrigação, que se destina a garantir, ou quando a própria convenção hipotecária se ressentir de vício substancial, interno ou externo. Entre os vícios substanciais *internos* está o ocorrente, quando a hipoteca é constituída por pessoa incapaz. (LAFAYETTE II, § 274, p. 438.) Ora a maior das incapacidades, neste contrato, é a da pessoa a quem falte a primeira qualidade, para o celebrar: o de dono da coisa hipotecada.

Gentil de Castro não adquirira domínio sobre as seis fazendas que hipotecou. Não podia, pois, transferir direitos, que não possuía. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.* (Fr. 54 D. de Reg. Juris., 4, 17.)

Outro motivo de nulidade. Gentil de Castro era casado. A procuração da mulher está na escritura da hipoteca. Ela apenas outorga poderes ao marido, para hipotecar as fazendas "em substituição da caução dada à dívida do seu casal para com o Banco".(33) Ora, essa caução era de 1.419:229\$930(34) como se averigúa da própria escritura. Logo, não se podia

(33) Autos apensos, fls. 94; II vol., fls. 199 v.

(34) Autos apensos, fls. 83; II vol., fls. 186 v.

constituir a hipoteca sobre o débito de 2.661:000\$000, em relação ao qual ali se estipulou essa garantia. (35)

Em terceiro lugar, nula é ainda, a garantia hipotecária, por não estar legalmente representada no seu instrumento a mulher do outorgante. A ord. 1. IV, t. 48, princ., estatui que, nos atos de alheação de bens de raiz, o consentimento da mulher casada não se poderá provar senão por escritura pública; e, vendendo, ou alheando o marido bens de raiz sem essa outorga, assim, provada, tudo "será nenhum". Onde se conclui que, sendo a escritura pública não menos essencial à hipoteca do que ao alheamento de imóveis (Dec. nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 130) porque, do mesmo modo que a alheação, a hipoteca se não pode constituir, convencionalmente, senão por escritura dessa natureza, também, só por instrumento público se faz, nos contratos de hipoteca, a prova do concurso da mulher casada.

Esta a doutrina corrente e irrefragável.

Logo, assim como, nos contratos por onde se alheiam bens de raiz, a omissão do consentimento da mulher mediante instrumento público anula a alienação, da mesma sorte anula a hipoteca a outorga da mulher por instrumento particular. Elemento orgânico da hipoteca, a intervenção da mulher casada há de ter necessariamente a mesma solenidade que o instrumento do contrato.

Ora, na hipótese de que se trata, o assentimento da mulher outorgante foi dado em procuração do próprio punho, e a procuração do próprio punho é instrumento particular. (Lei nº 79, de 23 de agosto de 1892, art. 1º.)

(35) Autos apensos, fls. 93; II vol., fls. 199.

Esta nulidade é de pleno direito, visto estar, ante a Ord. l IV, t. 48, e o Dec. nº 370, art. 130, na classe daquelas, que "pôsto não expressa na lei, se subentendem, por ser a nulidade, que se preteriu, substancial para a existência do contrato e fins da lei". (Reg. nº 737, de 1850, art. 684, § 2º.)

Contudo, as sentenças não a reconhecem.

XI

AS FAZENDAS LITIGIOSAS

Estando em litígio quatro das fazendas, sôbre que versa a escritura promissória de 14 de novembro de 1892 e, em 31 de dezembro seguinte, a escritura de compra, com relação a essas quatro propriedades (Santa Paula, Santo Antônio, S. Sebastião e Jatavoca) se obrigou Gentil de Castro a fazer boa à Companhia a venda, que delas lhe fizera como gerente da firma Gentil, Sygmaringa & C., e readquirindo-se, como as intentava readquirir, por êsses dois contratos, por elas, no instrumento definitivo de compra, lhe embolsar a soma de 850:000\$000.

Para se iludir esta obrigação, burlando o domínio da Companhia sôbre os quatro imóveis, recorreu-se a um artifício dos mais curiosos.

Consistia o litígio, a que aludo, numa execução movida por Joaquim da Cunha Bueno contra Joaquim Inácio de Matos, seu devedor. (36) Nela interveio a Companhia com os seu embargos de terceiro (37), e devia intervir Gentil de Castro, para se de-

(36) Para cobrança de uma «Nota Promissória» de 34:000\$000 de capital, 407\$400 de custas e 275:920\$636 de juros!! Autos apensos, fls. 189 v.; III vol., fls. 457.

(37) Pública-forma a fls. 326 e certidão a fls. 325 dos autos em apenso.

sempenhar do ajustado na cláusula 5ª da escritura de 14 de novembro e ratificado na estipulação final da de 31 de dezembro onde se comprometera a "fazer boa a venda e acompanhar a execução, para defender os direitos da Companhia outorgante". (38)

Ao revés disto, interveio, por interposta pessoa, mas abertamente, para consumir a subtração dêsses direitos.

Por suspeito à política do marechal Floriano, estava Gentil de Castro detido nas prisões do Estado. Mas Barros Junior, seu genro, seu procurador e administrador geral dos seus bens (39), com Ferreira de Figueiredo, depositário judicial das propriedades exequêndas (40), entraram em avença com o exequente, e, mediante a escritura de 9 de junho de 1894, dêle houveram por cessão todos os seus direitos creditórios sobre aquêles bens, pagando ao cessionário a quantia de 330:000\$000 em diferentes valores. (41)

Daí, evidentemente, resulta que Barros Junior obrava como gestor de negócios do sogro. Mas, imprimindo cunho de certeza ao testemunho irrecusável das circunstâncias, a própria escritura de cessão declaradamente o confessa, dizendo, na sua estipulação final:

Pelos outorgados cessionários foi, finalmente, dito que aceitam a presente escritura de cessão nos termos supra e retro declarados, e que desde já se obrigam a fazer transferência dos direitos oriundos da referida cessão ao coronel Gentil José de Castro,

(38) Autos apensos, fls. 69; II vol., fls. 170 v.

(39) Autos apensos, fls. 315 e 316.

(40) Autos apensos, fls. 332 v.

(41) Autos apensos, fls. 96; II vol, fls. 206.

conforme combinaram oportunamente, com os mesmos ônus desta escritura.

(Fl. 96.)

Aqui é manifesta a simulação, punida com a nulidade do ato simulado pela Ord. 1 IV, t. 71, pelo Cód. Comerc., art. 129, nº IV, e pelo Dec. nº 737, de 1850, art. 685, §2º.

Posta como se acaba de ver a situação jurídica do caso, o que se seguia, se nesses atos houvesse boa fé, era que, saindo, como saiu, da prisão Gentil de Castro, se lhe transferisse a cessão dos direitos creditórios com destino expresso a êle comprados por seu genro na escritura de 9 de junho.

Feito isto, realmente, cessava a execução; visto como o exequente passaria então a ser o próprio Gentil de Castro, que, contra essa penhora, se obrigara, pelas duas escrituras de novembro e dezembro de 1892, a manter os direitos dominicais da Companhia sobre as quatro fazendas executadas, pagando-lhe por elas o preço da compra, que nesses dois instrumentos se acha fixado e aceito.

Mas, ao contrário, restituído, como foi, à liberdade, Gentil de Castro, longe de pôr termo à execução por êsse meio, só dêle dependente, deixou-a prosseguir, e, chamado à autoria, em vez de embaraçar a ação do exequente, seu genro e representante em todo êsse negócio, consentiu em que êle levasse as fazendas à praça, onde, estando avaliadas em 911:150\$000 (42), as arrematou pelo terço do seu valor (43).

De passo em passo a combinação dolosa vai-se tornando cada vez mais clara.

(42) Autos apensos, fls. 196; III vol., fls. 469.

(43) Autos apensos, fls. 197; III vol., fls. 471.

Senhor, por êsse título aparente, das quatro fazendas, o genro de Gentil de Castro, por escritura de 20 de abril, transfere uma delas, a *Jativoca*, a E. O. de Melo Franco, por 600:000\$000, quatrocentos dos quais em duas prestações de duzentos cada uma, com hipoteca da propriedade vendida (44), e, pouco mais tarde, em 9 de junho do mesmo ano, outorga ao sogro procuração em causa própria, a fim de receber as prestações hipotecárias (40).

Com essa procuração, que, evidentemente, não importava em transferência da hipoteca, só transferível mediante escritura pública ou termo nos autos (Dec. nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 13, e Dec. nº 370, de 2 de maio do mesmo ano, art. 122), transferiu Gentil de Castro a garantia hipotecária, por cessão em escritura de 15 de junho de 1896, a Floriano Ferreira & Irmão, declarando receber no ato os 400:000\$000, da sua importância em dinheiro. (46)

Restavam as três fazendas *S. Sebastião, Santo Antônio e Santa Paula*.

Estas vendeu-as o genro de Gentil de Castro, por escritura de 3 de agosto de 1895, ao Banco da República do Brasil, pagando-se em títulos no valor de 900:000\$000. (Fl. 115)

Manifestamente esta operação estava entrelaçada à que, *no mesmo dia*, concluía, com o mesmo estabelecimento bancário, Gentil de Castro por uma escritura de dação *in solutum*. (Fl. 120)

Por êsse instrumento devolvia o Banco a Gentil 5.000 ações do Banco Construtor e Agrícola de São

(44) Autos apensos, fls. III; II vol. fls., 216.

(45) Autos apensos, fls. 618, IV vol.

(46) IV vol., fls. 615.

Paulo, ali caucionadas em garantia do débito caucionante.

Esse débito montava em 3.457:818\$150 (47), e o devedor o remia, entregando ao Banco as seis fazendas, por êle nulamente compradas à Companhia no valor de Rs. 2.800:000\$000, representados nesses imóveis. Entre o montante da dívida, pois e o das propriedades entregues em pagamento, havia uma diferença *contra* o Banco, de Rs. 657:818\$150. Seria uma transação lesiva ao grande estabelecimento de crédito, se êle não se ressarcisse do prejuízo com a aquisição, na *mesma data*, por 900.000\$000 em títulos das outras três fazendas.

Tôdas as circunstâncias, pois, se entretecem numa urdidura cerrada onde o caráter simulativo de todos êsses contratos e a conivência do Banco nas simulações avultam com uma palpabilidade inquestionável. A demonstração está feita, com a lógica irresistível dos fatos, pelo Dr. BULHÕES CAVALHO no seu parecer de 22 de novembro de 1899 sôbre o assunto. (48) Seria ocioso insistir num trabalho, que êle deixou esgotado.

A fraude contra terceiros, isto é, contra a Companhia, nessas transações entre Gentil, seu genro e o Banco, anula todos os contratos dela eivados. (T. DE FREITAS: *Consol.*, art. 358, nº 17. Código Com., art. 129, nº IV. Dec. nº 737 art. 685).

O ato simulado, não será nulo entre as partes, mas ainda a sua ineficácia, particularmente, se estenderá e comunicará a tôda a indefinida cadeia de atos jurídicos, que nêle estribarem, em obediência ao princípio de que *nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet*.

(47) Autos apensos, fls. 121; II vol., fls. 233.

(48) Anexo nº I, págs., 36 a 54.

(FERRARA: *Della simulazione dei negozi giuridici*, 1905, p. 233.)

XII

A ESCRITURA DE 1895

A Ord. l. I, t. 78, § 4º, manda, a respeito das escrituras, que, como sejam feitas, logo as leiam os escrevões perante as partes e testemunhas. Donde resulta que das mesmas escrituras deve constar, necessariamente, o haverem sido assim lidas; porquanto, se não consta, nem as testemunhas do ato, nem os notários podem ser admitidos a depor, atestando a observância desta solenidade, segundo o princípio de que contra ou além do conteúdo no instrumento não se admite esse genero de prova. "*Contra escriptum testimonium non escriptum testimonium non fertur.*" (L. 1 C *de testibus*. DONAT: *Lois Civ.* 1ª *part.*, L. III, t. 6, secç. 7 POTHIER: *Obligat.* ns. 796-7)..

Ora esta formalidade interessa a existência do contrato; pois a lei a instituiu como garantia da sinceridade do instrumento contratual, querendo assegurar-se, por essa declaração no seu próprio contexto, de que contraentes incautos e de boa fé não se expusessem a subscrever, na escritura, coisa diversa do que era seu intento. Por isto, desde MORAIS e CORREIA TELES até TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE, sempre se houve por nulidade a inobservância dêste requisito, nas escrituras públicas, após a estipulação contratual.

Basta citar o estabelecido na *Consol. das l. civ.*, art. 386, § 4º:

As escrituras... para sua solenidade e validade, devem conter:

A (declaração) de ter sido lido o contrato, depois de escrito, perante as partes e as duas testemunhas.

No seu livro *Do tabelionato*, comentando o autor do *Manual do Tabelião*, diz, ainda o nosso grande civilista:

Que a falta de leitura da escritura *induz nulidade* informa, *com razão*, o autor na nota ao seu § 4º.

E, sendo “essencial para a existência do contrato e fim da lei” esta solenidade, pois se destina a tornar certa a realidade da convenção, a harmonia entre o seu texto e o seu ajuste, óbvio é que a nulidade emanante da preterição dessa exigência fundamental se classifica na categoria das *de pleno direito*. (Decr. nº 737, de 1850, art. 684, § 2º.)

Logo nula é de pleno direito a escritura de 3 de agosto de 1895, na qual não se encontra a menção de se ter lido às partes e testemunhas (49). E, sendo nula essa escritura, nula é a aquisição, que mediante ela obteve o Banco, das três fazendas.

XIII

A EXECUÇÃO

Ainda não cessou de vigorar entre nós a regra da Ord: I, III, t. 27 § 2º, e t. 82, pr., pela qual “tanto que uma das partes se fina, logo, cessa o juízo e instância”, e “não se procederá mais pelo feito em diante, até que sejam chamados os herdeiros do defunto”.

Em consequência,

é nulo tudo o que se faça na causa, depois de constar a morte em juízo.

(49) Autos apensos, fls. 119; II vol., fls. 229.

(PER. E SOUSA e T. DE FREITAS: *Prim. linha* nº 287 ao § 124, tom. I, pág. 117.)

Ora, na execução pela qual Barros Junior se apossou das quatro fazendas litigiosas, tendo falecido o executado Joaquim Inácio de Matos, não houve renovação da instância com habilitação e citação dos herdeiros (50).

Outra nulidade notória na execução é a de não haverem sido guardados os intervalos legais de oito dias entre as três praças (51).

Ora:

o dec. nº 737 de 1850, que me parece vigorar em São Paulo, no art. 637, § 72, enumera, entre “as formas e termos essenciais do processo”, os prazos legais para a arrematação.

o mesmo decreto no art. 672, § 2º, estatui que “São nulos os processos, faltando-lhe alguma forma ou termo essencial”,

e, depois, no art. 674, determina que essas nulidades “podem ser alegadas em qualquer tempo ou instância, anulam o processo, desde o termo em que se deram”, e “não podem ser supridas pelo juiz”.

Consequentemente, Barros Junior houve as quatro fazendas por uma execução nula; e, sendo nulo o título da sua aquisição, como ninguém pode alhear o que não tem, nulos são, ainda por este lado, os títulos de aquisição desses imóveis pelo Banco da República do Brasil.

Estas nulidades, materialmente visíveis, não se podem contestar.

(50) Da pretensa carta de arrematação de fls. 138 dos autos em apenso e fls. 361 do III vol. não consta renovação da instância nem habilitação de herdeiros.

(51) Consta da pública-forma a fls. 338 dos autos em apenso que a primeira praça foi a 13 de dezembro de 1894; a segunda a 19 de janeiro de 1895 e a terceira a 29 de janeiro do mesmo ano.

XIV

INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO

Nos acórdãos impugnados se declara incompetente aquêlê juízo, para conhecer das nulidades argüidas no processo de execução contra as quatro fazendas penhoradas por Joaquim da Cunha Bueno.

Mas, em primeiro lugar, essas nulidades são das que o art. 674 do Dec. nº 734 declarou alegáveis "em qualquer tempo e instância".

Em segundo lugar, desde que elas interessam a realidade do título de domínio, a sua existência legal, não podem ser recusadas como fundamento de julgar na ação de reivindicação, cuja esfera legal está em conhecer da atualidade e legalidade do domínio, examinando-lhe a regularidade e subsistência da origem.

Em terceiro lugar, o que os acórdãos fizeram, assim decidindo, foi porem-se em contradição consigo mesmos; pois, dêste modo, como evidenciou o Doutor BULHÕES DE CARVALHO no seu último parecer "*anularam um ato terminante do processo com a declaração contraditória da incompetência para o julgar*". (52)

O processo, juridicamente, devia findar com a transação constante da escritura de 9 de junho de 1894, mediante a qual, como bem diz o Sr. CLÓVIS BEVILÁQUA (parecer, IV) (53), Barros Júnior "adquiriu para o coronel Gentil de Castro os direitos do exeqüente". Essa transação era definitiva e irretratável em tôdas as suas cláusulas, a última das quais expressamente assinala que o adquirente, na escritura, dos direitos creditórios do exeqüente não

(52) Anexo nº 2, pág. 22.

(53) Anexo nº 4, págs. 15 a 16.

o era senão como intermediário de seu sogro, para os entregar a quem ali efetuava o genro a sua compra.

Os direitos do exeqüente confundiam-se, destarte, numa só individualidade com os do executado. O executado e o exeqüente fundiam-se numa só pessoa. Daí avante não havia senão "*um pleito fictício do réu cessionário contra si mesmo*".

É entre o fato jurídico da ultimação do litígio pela transação legal entre os pleiteantes e o fato injurídico da sobrevivência dêle a si mesmo, não obstante a transação efetuada, que se tinham de pronunciar, inevitavelmente, os honrados prolores das sentenças rescindendas.

Fôsse qual fôsse, dos dois, o sentido, em que se pronunciasse, intervinham nesse processo (do qual se dizem incompetentes para conhecer), ou reconhecendo-lhe o têrmo necessário pela transação operada, ou admitindo-lhe, após esta, a extravagante e ilegítima continuação.

Mas não podiam deixar de conhecer da transação, para lhe conhecer das conseqüências em relação ao processo, a que ela diz respeito.

Ora, se com a transação o que se operava era a aquisição, por interposta pessoa, para Gentil de Castro, dos direitos do exequente, — o que daí imediatamente resultava, era a confirmação da Companhia nos direitos de senhora, a ela provenientes da compra, que Gentil de Castro, nas escrituras de 14 de novembro e 31 de dezembro de 1892, se comprometera a lhe fazer boa. (54)

Em vez de "acompanhar a execução", como nelas estipulara, para assegurar êsses direitos da Companhia, intervém Gentil de Castro, sob o nome

(54) Autos apensos fls. 69 e 76; II vol., fls. 170 e 179.

do genro, mas sem dissimular que êste o representava, nessa execução, para esbulhar a Companhia dêsses direitos, chamar ao seu poder os imóveis, sôbre que êles recaem, e com êsses bens, pelos quais, em duas escrituras solenes, contratara pagar-lhe a ela 850:000\$000, com êsses bens, a cujo respeito, naqueles títulos, reconhecera, confessara, prometera manter o domínio da Companhia, com esses bens, hàbilmente extorquidos, ultimar o resgate do seu débito pessoal no Banco.

As sentenças rescindendas teriam obstado a esta desmarcada iniquidade, optando pelos efeitos jurídicos da transação. Preferiram sustentar o atentado, optando pelo seguimento do pleito, que a transação encerrava. De sorte que julgando-se incompetentes, para conhecer do processo, dêle efetivamente conheceram, para eleger, dos dois caminhos que oferecia ao julgamento, o contrário ao direito.

XV

O RELATÓRIO

Não sei, pois, como explicar o tópico, anexo à consulta do relatório do ano passado, onde a diretoria dessa grande instituição de crédito, dando conta de tais fatos aos seus acionistas, diz:

Companhia Agrícola e Comercial do Brasil
Por sentença passada em julgado, foram os bens *desta companhia vendidos, para pagar ao Banco, seu credor hipotecário.*

Agora pretende a Companhia, por seus representantes, *rescindir aquela sentença e anular a escritura de hipoteca* por meio da presente ação rescisória, já arrazoada para sentença de primeira instância.

Não há, nesta série de frases, uma só verdade.

Tôdas elas induzirão em erros materialmente grosseiros contra os documentos dos autos as pessoas, a quem se dirige essa exposição de um negócio tão grave.

Os bens da Companhia nunca "*foram vendidos*", para pagar ao Banco, *seu credor hipotecário.*"

Primeiramente, o Banco não era credor hipotecário da Companhia. Era credor hipotecário de *Gentil de Castro*.

Em segundo lugar as hipotecas existentes sobre os imóveis da Companhia não foram feitas por ela, mas por *Gentil José de Castro* ao Banco, *credor dêste e não daquela*. E é precisamente a consideração de serem essas hipotecas e os demais atos de transmissão estipulados por quem não era dono dos bens, *a non domino*, o que radicalmente anula tais contratos, e lhes tolhe de todo os efeitos.

Em terceiro lugar, também não é exato que êsses bens fôsem vendidos em pagamento de um débito da Companhia *por efeito de uma sentença*. Das fazendas que a Companhia reivindica, apenas houve sentença de execução contra quatro: *Santa Paula, Santo Antônio, S. Sebastião e Jativoca*. Mas essa execução não foi por débito da Companhia, mas por débito de Joaquim Inácio de Matos, em penhora de seu credor Joaquim da Cunha Bueno, que se presumia com direito a essas propriedades, anteriormente vendidas à Companhia por uma firma comercial, de que *Gentil de Castro* era gerente.

Adquirindo, por uma arrematação nula e mediante a interposição judicial de seu genro, essas fazendas, *Gentil de Castro*, que, pelas duas escrituras de novembro e dezembro de 1892, ratificando a venda, que delas fizera, como representante daquela razão social, à Companhia, se obrigara a lhas re-

comprar por 850:000\$000 em letras semestrais, rompeu êsse compromisso, e as entregou ao Banco, não em pagamento de somas que a êste devesse a Companhia, mas em resgate da dívida que *êle* devia a êsse estabelecimento.

As outras seis, das nove fazendas sôbre que pende a ação, *nunca foram executadas, nem vendidas em solução de débitos* de ninguém. Foram, sim, voluntariamente vendidas, por deliberação nula de uma nula assembléia geral da Companhia, a Gentil de Castro, que em 3 de agosto de 1895, mediante escritura de dação *in solutum* (fl. 120), as deu ao Banco em pago de um débito do próprio Gentil de Castro, e não da Companhia.

Tampouco é verdade que a ação rescisória pendente agora tenha por objeto rescindir a sentença, em cumprimento da qual se venderam em praça as quatro fazendas acima nomeadas. As sentenças que se trata de rescindir, não são as dessa execução, terminada, com arrematação dessas fazendas, aos 29 de janeiro de 1895, mas os dois acórdãos, proferidos muito mais tarde, na ação de reivindicação da Companhia contra o Banco, em 29 de outubro de 1900 e 5 de agosto de 1901.

Em suma, o que caracteriza esta questão é que o Banco absorveu os nove importantes imóveis da Companhia, sem ter contra esta nenhum direito creditório, que para com *êle* a constituísse em obrigação.

O caso recomenda-se ao estudo como o exemplo da mais insólita e artificiosa trama imaginada para saldar os compromissos de uma pessoa com os bens de outra.

Eis o que, a bem do nome dêsse estabelecimento, deve chamar para a matéria a atenção dos respeitáveis caracteres que o dirigem, convindo

advertirem que a causa tem uma só instância, e não duas, como se inculca, erradamente, no trecho do relatório supratranscrito.

XVI

A PRESCRIÇÃO

Recursos há, de que não lançam mão as boas causas, e cujo emprêgo basta, para se qualificarem as más.

São estas as que, em falta de outros meios, buscam enganar a justiça, cuidando que os juizes não lêem os autos, ou os lêem desatentamente.

Só assim tem explicação, na hipótese, a evasiva da prescrição, alegada nas razões finais, cuja cópia instrui a consulta (55)

O que dêste modo se faz, não é suscitar uma questão, mas simplesmente atribuir aos julgadores da causa a negligência de não compulsarem as folhas iniciais dos autos.

A prescrição invocada, com feito, é a instituída pelo Dec. nº 1.445, de 30 de dezembro de 1905, art. 12, § único, onde se diz que

serão consideradas prescritas tôdas as ações judiciais, que não forem *intentadas* contra o extinto Banco da República do Brasil até o dia 15 de junho de 1906.

Esta lei, aliás, rematadamente inconstitucional, que derogou, em matéria de prescrição, a favor de um estabelecimento bancário, o nosso direito civil e comercial, é, não tem dúvida nenhuma, como nêsse

(55) Autos (IV vol.) fls. 622.

arrazoado lhe chamam "formal, positiva, peremptória, clara e absoluta" na disposição invocada.

Mas, por isso mesmo, não se aplica ao caso vertente.

Para que se lhe applicasse, nos termos do seu texto, era mister que a ação pendente se houvesse *intentado* após a data nêle fixada, isto é, *depois de 15 de junho de 1906.*

Quando foi "*intentada*" a ação?

Intenta-se a ação, desde que a petição inicial é submetida ao juiz e por êste despachada.

Ora, a petição inicial, aqui, datada de 12 de junho de 1906, recebeu o despacho do juiz no outro dia (autos fls. 3), isto é, dois dias antes do termo legal.

Mas, se não quizerem que desde aí se haja por "*intentada*" a ação judicial e interrompida a prescrição, certo é, pelo menos, que o estará com a *citação do réu.*

Porque o Dec. nº 737, de 25 de novembro de 1850, artigo 59, que a Lei nº 1.445, de 1905, não derogou, estatui:

"A citação interrompe a prescrição".

Na espécie, os mesmos autos, e no mesmo lugar (fls. 3), contêm a declaração do official de justiça, onde vem certificado que intimou os dois diretores do Banco sobre a petição inicial, de que se deram por cientes.

Esta certidão é precisamente *de 15 de junho* de 1906, último dia do termo estipulado no ato legislativo, onde assenta o privilégio do Banco.

As datas, portanto, respondem à coarctada.

É simplesmente abrirem-se os autos.

XVII

SEGUNDA RESCISÓRIA

Do mesmo gênero que essa é a outra fantasia jurídica a que, nessas alegações, tenta arrimar-se o réu, quando afirma que o "intuito da Companhia é *rescindir acórdãos proferidos em ação rescisória* (56).

Se assim fôsse, teria razão, com efeito, o réu, em increpar a Autora de querer "reduzir ainda o caso *soberanamente julgado*".

Caso *soberanamente julgado* é, em verdade, na linguagem de um dos nossos maiores juristas, "aquêle que não pende mais de recursos *nem de ação rescisória*". (Apont. sobre o Proc. Civ. nº 185.)

A ação rescisória não se repete. Se, portanto, havendo já intentado uma, promovesse outra agora a Companhia, a segunda seria uma tolice, e o caso estaria *soberanamente julgado*.

Mas o assêrto de que a Companhia, antes desta, já moveu ao Banco *outra* ação rescisória constitui o mais palmar dos falsos testemunhos contra os próprios autos.

Dêles consta autenticamente, até pelo texto dos acórdãos cuja rescisão ora se promove, que a ação anterior foi *de reivindicação*.

Dar a uma ação *de reivindicação* o nome de ação rescisória só por gracejo se concebe.

* * *

Eis o meu parecer.

Os fundamentos da ação rescisória são exuberantes.

Para êles contribui, em alto grau, o Banco da República do Brasil com a parte, inexplicável num

(56) Autos (IV vol.), fls. 624 v.

estabelecimento da sua respeitabilidade, que, teve, cientemente, nos autos pelos quais, contra tôda a justiça e tôda a razão, se transferiram à sua posse os nove imóveis da Companhia.

Rio, 29 de julho, 1911.

RUI BARBOSA.

2 — Discurso

a ser proferido na sessão de 16 outubro de 1913 da
Côrte de Âpelação do Distrito Federal

Srs. Juizes:

Já houve quem escrevesse a *Arte de Furtar*, e com tal esmêro na pena, que lhe quiseram ver no trabalho o capricho de um dos grandes gênios da palavra. (*) Mas ainda ninguém descobrira, para o formular em compêndio, o segrêdo, almejado, há séculos de séculos, pelos que têm credores, e não têm dinheiro, de pagar o que devem com a fortuna alheia, contra a vontade do seu dono. Dêsse achado imprevisto, senhores, se nos oferece agora a chave, o método e a praxe consumada no caso de cujo direito ides julgar em sentença final, legitimando com a vossa alta sanção, ou embargando com o vosso veto a somente indígena da maior das revoluções jurídicas nas leis da propriedade, seu comércio e sua honra.

Eis a maravilha, que o vosso regimento me obriga ao milagre de esboçar em poucos minutos. Já vêdes que a miniatura não pode conter a verdade tôda. Podeis estar certos, porém, de que não sairá da verdade. Não abrangereis no relance dolhos, tôdas as proporções do monstro. Mas as que encontrardes no debuxo, não serão infieis, senão em estar aquêm da sua realidade estupenda.

Estai comigo, senhores juizes.

A Companhia Agrícola e Comercial do Brasil possuía dez fazendas de café desempenhadas,

(*) Pe. Antônio Vieira.

e não devia um real ao Banco da República do Brasil. Mas o presidente dessa Companhia estava em débito de 2.298 contos de réis a êsse estabelecimento, que, em caução desta dívida, feita por êsse devedor, retinha ações da dita companhia. Que tinha a Companhia, da qual não era credor o seu presidente, com as dívidas particulares dêste? Certo que nada.

Pois bem: o que se concebeu, foi, ao contrário, justamente, saldar os débitos individuais do presidente da Companhia ao Banco com as propriedades agrícolas da Companhia, que nem ao Banco nem ao seu devedor devia coisa nenhuma. Qual era, nessa trampolina jurídica, o quinhão de cada uma das três partes? O Banco lucrava o domínio de valiosos imóveis. Seu devedor ganhava a exoneração de pesados encargos. E a Companhia, que obtinha ela em troca das suas fazendas? Um lote das suas depreciadas ações, recebidas à taxa do seu valor nominal, como dinheiro de contado.

Aí está, na sua súmula, o conluio, cuja execução os autos do pleito atestam com irrefragáveis documentos.

O devedor do Banco era o presidente da Companhia. As propriedades rurais desta eram valores sólidos e de vulto. O Banco mesmo as estimou em 3.700 contos. As ações da Companhia, caucionadas pelo seu presidente, eram títulos desvalidos. O mercado as cotava em 10\$000 réis cada uma. De se pagar com tais ações não se poderia falar ao Banco, senão zombando. Mas de receber em paga as dez fazendas só podia êle ter satisfação e vantagem. Por quê sortilégio, porém, se transportariam êsses imóveis das mãos da Companhia, sua dona, às do presidente, seu guarda e responsável?

Não era leve a dificuldade. O presidente da Companhia, não dispunha de cabedal, com que lhos

comprar a ela, como também ações não tinha; pois tôdas as suas se achavam dadas em penhor ao Banco. Com estas, porém, as já retidas em caução no Banco, ia o devedor comprar à Companhia as fazendas, que ao Banco daria em pagamento. Tais ações, valendo então (dizem-no os peritos e a Câmara Sindical) apenas 298 contos, não eram moeda, com que remir ao Banco os 2.298 contos, que o presidente daquela associação lhe devia a êle; mas moedas haviam de ser para substituir, na carteira da Companhia, os 3.700 contos, que valiam as suas fazendas. Desta sorte se despojava a Companhia dos seus importantes bens de raiz, em troca de certo número das próprias ações, ridículo em comparação do valor dos imóveis alienados, ao passo que o Banco, desentalando-se dos riscos de um crédito garantido com papéis depreciados, alcançava o seu total resgate em propriedades excelentes.

Melhor negócio, nunca houve devedor e credor que o fizessem. Mas a Companhia, que com as relações dessa dívida nada tinha, só lhe entrava, simuladamente representada, por um falso mandato, na solução, para sair do cambalacho espoliada, arruinada e morta.

Que o estabelecimento bancário se entregasse às tentações dessa baldroca, ainda que com esfoladuras na sua moralidade, bem se explica. A conveniência era tôda sua. Mas que da Companhia se lograsse o assentimento a êste suicídio por estupidez não cabia nos limites do crível, senão supondo falsificada a expressão da sua vontade, mediante a mais grosseira anulação das garantias, com que a lei resguarda os direitos dessas sociedades.

Foi o que se pôs em efeito, dando à sociedade, cuja lesão destarte se tramava, um órgão espúrio na assembléia geral congregada para deliberar a ope-

ração proibida e dolosa, com que, à custa do patrimônio da Companhia, o seu presidente ia saldar as suas contas particulares no Banco.

Bastava a prova, cabal nos autos, dêsses atentados, para dar à ação rescisória os fundamentos mais decisivos.

Aqui, porém, a assembléia geral e a sua deliberação, ambas crassamente ilegais, constituem a matriz de outras nulidades, tôdas igualmente palpáveis e grosseiras, graças à série das quais se ultimou, judicialmente, o esbulho, contra cuja iniquidade a ação rescisória é o único escape hoje remanescente à esbulhada.

Dessas nulidades a primeira é a que nos apresenta o negócio das ações, elo inicial nessa cadeia de abusos.

Convocou-se, para 4 de outubro de 1892, uma assembléia geral da companhia, que nela recebeu duas propostas: uma da sua diretoria, para que o capital social se reduzisse de 3.750 a 2.000 contos, substituindo-se cada duas ações, realizadas em metade do seu valor, por uma integralizada, e efetuando-se a redução mediante paga em dinheiro ou bens; outra do seu presidente, para adquirir tôda a secção agrícola da companhia, com as suas dez fazendas, por 2.500 contos, a ela pagos, 1.500 contos em ações da própria companhia, e 1.000 contos em dez letras semestrais de 100 contos cada uma.

Como se vê, as duas propostas respondem uma à outra. Mas essas duas propostas constituem um diálogo do presidente da companhia consigo mesmo; porque, parte exclusiva, numa delas, onde, como pretendente, oferece adquirir os imóveis da companhia, é êle mesmo quem, como presidente desta, alvitra na outra proposta, onde sobressai como parte domi-

nante o meio de satisfazer a sua própria pretensão. De modo que, a um tempo, interessado contra a companhia, cujos bens cobiça, e guarda legal dos interesses desta, o mesmo indivíduo, postulante e presidente, solicita e despacha, requer e defere, propõe e atende, gera e batiza no mais imoral e indecente dos conchavos.

A operação assim engenhada se decompunha em duas:

- 1º) a redução do capital da companhia;
- 2º) a troca das suas propriedades pelas suas próprias ações.

Podia esta associação trocar pelas suas próprias ações as suas propriedades?

Não. No Decreto de 17 de janeiro de 1890, artigo 31, está que

"É proibido às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações."

Ora, diz SOUSA RIBEIRO (*Dir.*, v. 67, pág. 14), "a lei, que proíbe às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações, milita, igualmente, contra a dação *in solutum*, equiparada à compra e venda".

No mesmo sentido ensina OURO PRÊTO (*Dir.*, *ibid.*, p. 20):

"É lícito à assembléia geral autorizar a directoria a receber em pagamento as próprias ações? Não; a dação in solutum equivale à compra e venda; e às associações anônimas é vedada a compra de suas ações."

Dêste modo se tem pronunciado, e se pronunciaram em especial a respeito desta lide as nossas maiores autoridades forenses: LAFAYETTE; FERREIRA VIANA; BEVILÁQUA; BULHÕES CARVALHO; JOSÉ HIGINO. Os seus pareceres, formais e categóricos, estão nos autos.

Estribando essas opiniões conforme as dos grandes mestres estrangeiros, cujos textos se acham transcritos nas páginas dêste feito, franceses, italianos, alemães, desde DENISART, POTHIER e DALLOZ, até SIREY, AUBRY e RAU, GUILHOUARD, LACANTINERIE e PLANIOL, desde SERAFINI até VIVANTE, desde ARNDTS e ZACHARIAS até ENDEMANN e CROME. Esse conselho de sumidades estabelece a doutrina geral.

Segundo esta, a permuta, de que vem a ser uma das espécies a dação *in solutum*, equivale à venda. A venda não é senão uma permuta. Os dois contratos são intimamente congêneres, ou antes substancialmente idênticos um a outro. Na venda, mera evolução da troca, temos apenas uma troca simplificada. Já no Cód. Justinianeu se estatuiu "*permutationem vicem emptionis obtineri*". Na troca, por outra parte, não há mais que uma venda em duplicata. Di-lo expressamente o nosso Cód. Comercial, art. 221:

"O contrato *de troca* ou escambo mercantil opera, ao mesmo tempo, *duas verdadeiras vendas*, servindo as coisas trocadas *de preço* e compensação recíproca."

Se, pois, às sociedades anônimas é defesa a compra das suas próprias ações, com maioria de razão lhes há-de ser defeso entrar, sôbre elas, em um contrato, no qual o de compra se verifica, não uma só, mas duas vêzes.

Demais, é ainda o nosso Cód. Com. que, depois de ressalvar, nos arts. 222, 223 e 224, três particularidades, nenhuma das quais tem lugar na hipótese dos autos, determina, no art. 225:

"*Em tudo o mais as trocas mercantis se regulam pelas disposições da compra e venda mercantil.*"

Por tanto, as disposições mercantis, que tolhem às sociedades anônimas adquirir por compra as suas ações, igualmente, atento o dispositivo no art. 225, lhes proibem adquiri-las por troca.

À vista, por consequência, do que o Cód. Commercial literalmente estatui nos arts. 222 e 225, o ato da Companhia Agrícola reavendo por troca as suas ações incorre na interdição com que o art. 31 do Dec. de 1890 lhe vedava reavê-las por compra.

Para iludir a rigidez dêsse texto, engenharam os espoliadores da companhia abrigar-se à exceção que lhe abriu o Dec. nº 164, de 1891, declarando que “nesta proibição não se compreende a amortização das ações, quando realizava *com fundos disponíveis e sem ofensa do capital*”.

Mas “fundos ou recursos disponíveis” são os lucros líquidos que sobram, quando contrabalançadas as obrigações da sociedade com os meios existentes de as saldar.

Dessa categoria se exclui o fundo de reserva, que aliás, na espécie, montava apenas a 200 contos, e, pelo art. 29 dos estatutos, estava adstrito a um destino especial.

Não existiam absolutamente valores em caixa. Atestam os peritos, nos autos, não haver dividendo que distribuir. Outrossim, nos certificam eles (fl. 256 do apenso e fl. 274 do v. II), com o balanço de 30 de junho de 92, que, três meses antes da assembléia geral, a companhia estava em grave insolvência, devendo por letras e contas correntes imediatamente exigíveis 2.119 contos, e não tendo senão 339 contos, para honrar a êsses compromissos.

A diferença contra ela era de 1.780 contos. Para se desembaraçar dos seus encargos, só lhe restavam as suas propriedades. E eram as mais valiosas

destas, na importância de 2.500 contos, que a sociedade ia entregar ao seu presidente, recebendo em paga as suas *próprias ações* estimadas, *pelo seu valor nominal*, em 1.499 contos, quando provado está pela certidão da Câmara Sindical, que apenas valiam 74 contos, isto é, *menos de vinte vezes menos*.

Não era, pois, com *recursos disponíveis* que se operava a amortização das ações: era com uma lesão infligida ao *capital social*, garantia dos acionistas e credores, lesão montante a 1.424 contos, diferença entre o valor real das ações e o em que eram encampadas à companhia.

Concluída, assim, *sem fundos nenhuns disponíveis*, esta operação criminosa, verdadeira empalmação do capital social, atentava ainda, materialmente contra a proibição legislativa, que não consente às sociedades anônimas negociarem, por compra, troca ou dação *in solutum*, sobre as próprias ações.

Pela segunda vez, pois, aqui, a transgressão da lei é positiva, direta e crassa.

Quando mesmo, porém, não fôsse, como é, absolutamente contrário à lei expressa o arranjo das fazendas e ações entre a companhia e o seu presidente e palpavelmente inconciliável com a lei expressa a amortização das ações sem recursos disponíveis, com desfalque do capital social, — para autorizar as duas operações, das quais a primeira depende especialmente da segunda, necessário seria, ao menos, uma reliberação regular da assembleia geral.

A troca ou venda projetada importava em resgate das ações da própria companhia a ela dadas em pagamento. Logo, envolvia, implicitamente, em uma redução do capital social e, portanto, uma alteração dos estatutos.

Mas, quer para a alteração dos Estatutos, nas sociedades anônimas, quer para a amortização das suas ações, determinam peremptoriamente as nossas leis, de 1882, 1890 e 1891, que a assembléia geral não se constitui válidamente, se não reunir dois terços, pelo menos, do capital social.

Ora o capital desta Companhia era de 5.000:000\$, em 25.000 ações de 200\$000. Dois terços de 25.000 são 16.666. Esse devia ser, pois, o número de ações concorrentes. Mas não compareceram senão 16.285; porquanto das 21.856, computadas na ata, 5.370 eram de acionistas ausentes, representados por um *fiscal* e um *diretor* da companhia, aos quais a legislação das sociedades anônimas nega em absoluto esse direito de representação, e 200 exprimem o acréscimo fraudulento a lista por um acionista, que assinou duas vezes insinuado de presença (Fls. 261v. e 267).

Além de não estar válidamente constituída, porém, a assembléia geral, a deliberação que nela se adotou, representa apenas 1.965 ações com direito de voto; pois tal direito não assistiu nem às 325 dos dois fiscais, que não podem votar a aprovação dos seus pareceres, nem os 13.000 dos acionistas Gentil de Castro e Miranda Castro, que não podiam votar, tratando-se de alterar em seu proveito os estatutos sociais. (Dec. nº 434, de 1891, art. 142.)

Temos, assim, a redução do capital de uma companhia e a derrogação dos seus estatutos deliberados, numa assembléia geral que não reuniu os dois terços do capital social, por um voto que se apoiava tão somente na décima têrça parte das suas ações, isto é, em um têrço desse capital.

Destarte os atos daquela assembléia violam os mais explícitos textos legislativos.

1º) Violam a disposição expressa da lei, que proíbe às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações. (Decreto nº 434, de 1891, art. 40, parte primeira.)

2º) Violam a determinação formal da lei, que proíbe resolver sobre a amortização das ações em assembléias que não reúnam dois terços quando menos, do capital social. (Decr. nº 434, art. 40, parte terceira.)

3º) Violam a prescrição terminante da lei, que proíbe deliberar a reforma dos estatutos, sem o concurso, na primeira assembléia, de dois terços, pelo menos, do capital social. (Decr. 434, art. 131.)

Ora essas três disposições violadas (não falo agora nas outras) são *textualmente* proibitivas.

Mas a sanção dos atos contrários às leis proibitivas é a sua nulidade, quando elas não cominarem a tais atos pena diversa; o que não sucede a respeito das transgressões indicadas. Em nulidade, pois, incorrem, aqui, as três violações apontadas.

A estas considerações tôdas, porém, se sobrepõe uma, que a tôdas as outras domina.

Tôda essa mole de atentados contra os mais categóricos textos legislativos se resume num só ato, cuja execução consumaram: a compra das ações da sociedade por ela mesma.

A lei proibiu desenganadamente às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações. (Decreto 434, art. 40.)

O contrato de que se trata, portanto, entre a Companhia e Gentil de Castro, seu presidente, recai sobre objeto defeso por lei; e, segundo o preceito explícito do Cód. Com., art. 129, nº 2, os contratos, "que recaírem sobre objeto proibido por lei. São nulos".

A lei que os nulifica, é expressa.

Não reconhecendo, pois, esta nulidade, as sentenças, cuja rescisão pleiteamos, incorrem na sanção fulminada pela nossa lei do processo, quando estatui, no Dec. nº 737, de 1850, art. 680, § 2º: "A sentença é nula, sendo proferida contra expressa disposição da legislação comercial".

E, ressentindo-se de nulidade tal, essas decisões, pelo art. 681, § 4º do mesmo decreto, estão no caso da ação rescisória.

Êsses julgados reconhecem as violações da lei, que alegamos. Mas pronunciam contra a lei violada, sancionando essas violações com o audaz sofisma de que não as podemos alegar, a pretexto de que a Autora não é terceira prejudicada, visto como, sendo "por ela mesma praticados" os atos viciosos, não lhe será lícito argüir em que proveito a sua própria culpa, má fé e torpeza.

Mais vale, senhores juizes, negar rosto a rosto a lei do que burlá-la com esta irrisão.

Confessam essas decisões que as assembleias gerais, onde se votou a pilhagem dos bens da companhia, não reuniam as condições de legalidade, para serem assembleias gerais, e, ao mesmo tempo, lhes atribuem autoridade legal de órgãos da sociedade, para considerar como atos desta os crimes dêsses ilícitos ajuntamentos.

Êsse direito nôvo estabeleceria a lição inaudita de que os atos de uma assembleia confessadamente viciosa na sua constituição e, portanto, nula de sua origem, são atos da sociedade, cuja representação usurpa.

Que são as assembleias gerais? Órgãos, sim, da sociedade. Mas a personificação da sociedade no seu órgão e a expressão da vontade social nos atos dêste não se verificam senão sob a condição absoluta de

que o órgão seja órgão, isto é, esteja como tal constituído, e de que nos seus atos não saia da sua competência, nem contravenha às proibições legais. Fora dessas raías uma reunião de acionistas não é assembléia geral, não constitui órgão da sociedade, e, portanto, não a personifica, não a representa, não a vincula.

Se o órgão não está juridicamente formado, órgão não é; portanto o em que consiste o órgão, é na representação jurídica do organismo. Se o órgão exorbita da sua esfera da ação, os seus atos, como os do mandatário que excede as forças do mandato, não obrigam o representado. Se o órgão transcende os limites da lei e dos estatutos, alienou o seu caráter representativo, como qualquer autoridade que ultrapassou os termos da sua delegação.

São rudimentos da legalidade êstes, que os nossos juizes não podem ignorar.

Para os atos de que se trata, a assembléia de 4 de outubro de 1892 não era a assembléia geral da sociedade. (Dec. nº 434, arts. 40 e 131).

Se inculcou sê-lo, foi computando ações, que a lei não considerava presentes, por terem uma representação flagrantemente contrária à lei (Dec. número 434, art. 133).

Nula na sua constituição, nula é aquela assembléia nos seus atos; visto como êles resolveram o que a lei proíbe, e resultaram de votos, que a lei exclui. (Dec. nº 434, art. 142).

Logo, aquela assembléia não era órgão da Companhia. Logo, não eram atos da Companhia as resoluções daquela assembléia. Logo, êsses atos, em relação à Companhia, são *res inter alios gesta*. Logo, se terceiro prejudicado é todo o que sofre prejuízo com atos praticados ou contratos celebrados

entre outros, a Companhia é, sem dúvida nenhuma, terceiro prejudicado no caso vertente.

Depois, ante o art. 684, §§ 1º e 2º, do Reg. número 737, as nulidades aqui ocorrentes, na compra das ações da Companhia por ela mesma e na resolução da assembléia que a autorizou, são de pleno direito.

Ora, em primeiro lugar, "a nulidade de pleno direito pode ser alegada *independentemente da prova de prejuízo*." (Reg. nº 737, art. 686, § 2º).

Logo, os acórdãos rescindendo julgaram *contra direito expresso*, decidindo não poder alegar tais nulidades quem não seja terceiro prejudicado.

Em segundo lugar, "a nulidade de pleno direito pode ser alegada por todos aquêles, que provarem *interêsse* na sua declaração". (Reg. 737, art. 686, § 5º).

Logo, êsses acórdãos sentencaram *contra direito expresso*, negando à proprietária, evidentemente interessada, *como tal*, na rescisão do ato lesivo, o direito de alegar tais nulidades.

Em terceiro lugar, os atos "nos quais se dão as nulidades de pleno direito, consideram-se nulos, e *não têm valor*, sendo produzidos *para qualquer efeito*". (Reg. 737, art. 686, § 1º.)

Logo, essas decisões resolveram *contra direito expresso*, declarando *terem valor* os atos incursos nessas nulidades, *em certos casos e contra certas pessoas*.

Em quarto lugar, "a nulidade de pleno direito *não pode ser relevada pelo juiz, que a deve pronunciar*, se ela consta do instrumento, ou da prova literal". (Reg. 737, art. 686, § 3º.)

Logo, constando, como constam, de instrumentos e provas literais como as atas da assembléia geral as nulidades apontadas, os acórdãos controversos decidem *contra direito expresso, relevando* essas nulidades, irrecusáveis uma vez articuladas e até *ex-officio* pronunciáveis.

Mas as duas sentenças, de primeira e segunda instância, vão ainda mais longe, negando, na ação de reivindicação, à companhia reivindicante o direito de alegar essas nulidades, a pretexto de que *ela nenhum interesse tem para as alegar*.

Todo o sistema da ação de reivindicação iria, com esta novidade, à terra, todo êle, desde os romanos até hoje.

A ação de reivindicação nasce da propriedade para o dono da coisa, que a deixou de possuir, contra o seu injusto detentor. Só duas condições exige: que o autor seja o proprietário da coisa; que o réu seja seu possuidor ou detentor. Se o autor prova o domínio, e certifica o seu esbulho, *ipso facto* provado tem o seu interesse na lide; porquanto maior interesse que o do proprietário não se conhece, não se concebe, não pode haver.

Ao que articula o domínio, e pleiteia contra a sua espoliação, não se poderá negar nunca direito à proposta, senão em se mostrando não ser o dono da coisa reivindicada. Se êle, portanto, aduz provas de que o é, ou se lhe demonstrará que tais provas não são concludentes, ou se lhe restituirá o objeto demandado. Qualificá-lo, porém, de *não interessado*, quando êle, com provas que se não conseguem destruir, alega o domínio, e certifica o esbulho, é sancionar judicialmente a extorsão, judicialmente reconhecida.

Só existem, neste litígio, duas entidades: a Companhia, reivindicante das fazendas, e o Banco da

República, seu possuidor. Se dêste não se pode negar o *interêsse*, como detentor e pretenso dono dos imóveis, muito menos lho poderão negar àquela, como alegante da propriedade, com títulos mediante os quais se mostra a verdadeira dona.

Ou êsses títulos não justificam a alegação da autora; e, neste caso, as sentenças a deviam ter condenado, *por carência de prova quanto ao domínio ou o esbulho*. Ou, se nem a prova do domínio, nem a do esbulho lhe alcançaram contestar, em tal caso, negando o interêsse na reivindicação a quem não puderam negar o domínio da coisa reivindicada, além de resvalarem na inconseqüência mais pasmosa, renegam uma verdade legal nunca desconhecida.

Provou-se, na hipótese, que o domínio das fazendas era da Companhia.

Em segundo lugar se provou que êle não lhe saiu das mãos; porque os inculcados atos de alheação dêsses imóveis são todos nulos. Está, pois, legitimada a reivindicação nos seus dois elementos: direito do autor e não direito do réu. Todavia, as sentenças acharam meio de não reconhecer *interêsse* na reivindicação à espoliada, e, como *não interessada*, excluir dos direitos de reivindicante aquela, cujos títulos de propriedade não ousaram discutir e rejeitar. É incrível!

Nula a assembléia geral de 4 de outubro de 1892 e nulas as suas deliberações, nulos são, por êste mal comum da sua origem, até à última escritura, todos os demais atos nesta causa debatidos.

Mas, quando todos se não invalidassem por êsse vício primordial, inválidos seriam todos por outros defeitos posteriores, igualmente substanciais.

Na série, tem o primeiro lugar a escritura de 14 de novembro de 1892; porque a assembléia autorizou a venda, mediante a entrega, à vista, de 1.500

contos em ações da companhia e 1.000 contos em letras, ao passo que êsse instrumento de alienação transferiu os imóveis ao comprador, *sem que a vendedora recebesse nem as letras, nem as ações*.

Evidentemente os mandatários da companhia, com essa venda a crédito sem garantias, excederam os termos formais do mandato, que só o permitia *com o pagamento a vista e garantido*. Ora, pelo art. 149 do Cód. Com., só "dentro dos limites do mandato" é que os atos do mandatário obrigam o mandante. Ante a lei, pois, e a lição unânime dos mestres, o contrato inicial desta espoliação "deve ter-se por não celebrado". Êsse contrato, em relação à Companhia, "não tem existência": "é absolutamente nulo".

Tais as expressões consagradas pelo consenso universal.

Para sustentar, porém, o aleijão, não trepidaram as sentenças rescindendas em engendrar, em contrário, a tese inaudita de que, nos casos de excesso de mandato, o comitente só tem ação de responsabilidade civil contra os administradores. Isso, porque no Dec. nº 434, art. 109, nº 2, se estatui que "os administradores são responsáveis à sociedade pelo excesso do mandato". Quando, em primeiro lugar, êsse texto, peculiar aos administradores, só alude ao mandato geral de administração. Quando, em segundo lugar, a nossa jurisprudência, com o concurso, aqui, da câmara comercial, da câmara civil e das câmaras reunidas da Corte de Apelação, tem estabelecido que a responsabilidade do mandatário infiel, pelo dano causado ao comitente não exclui a nulidade jurídica do seu ato. São duas ações diversas, diversamente originárias do ato insubsistente. E, ainda que o art. 109 do decr. nº 434 contivesse uma disposição genérica a respeito do mandato, o seu contexto, responsabilizando o mandatário para

com o mandante, não revogaria o art. 149 do Cód. Comercial que exonera de todo o vínculo para com terceiros o comitente pelos atos do mandatário infiel.

Mais uma decisão, pois, *contra direito expresso*. Ainda maior é, porém, a enormidade com a escritura de 31 de dezembro.

Entre o ajustado na de 14 de novembro e o deliberado na assembléia de 4 de outubro a desarmonia era só quanto às condições do contrato. Entre o resolvido, porém, naquela assembléia e o convencionado na segunda escritura não há nada, que não diversifique: condições, coisa, preço. Ela escolhe, separa e aliena seis das dez fazendas, cuja venda englobada essa assembléia votara; arbitra-lhe, a seu belprazer, o valor em 1.650 contos, e altera a proporção mútua de três para dois quintos entre a parte em ações e a parte em dinheiro, diminuindo, *a bem do comprador*, esta, com aumento daquela. Nem uma só, portanto, das cláusulas dêste contrato, respeitava as adotadas na assembléia, que autorizou a venda.

Por êle se vendeu o que essa assembléia não autorizara, a um preço diverso do da autorização e em condições absolutamente desautorizadas.

Ao contrato de 31 de dezembro, conseguintemente, falece o requisito sôbre todo essencial: o instrumento do mandato, donde lhe viessem as fôrças; e a preterição desta solenidade é *visível no próprio instrumento*, mediante a sua *prova literal*; isto é: consta da mesma escritura, cotejada com a ata da assembléia geral:

O mandatário era *inâbil* para semelhante contrato. Êsse contrato, pois, é dos que o Cód. Comercial, art. 129, nº I, *formalmente* declara nulos, visto como "são nulos todos os contratos comerciais, que

forem celebrados entre pessoas *inâbeis para contratar*". *Inâbeis*, de feito, equivale a *não legítimas*, e o Reg. n.º 737, de 1850, art. 672, § 1.º, declara nulos todos os atos, quando "alguma das partes é incompetente e não legítima, com o *falso e não bastante procurador*".

Logo, recusando-se a pronunciar essa nulidade, que é *de pleno direito*, as sentenças rescindendas contravêm, outra vez, o *direito explícito* no Reg. n.º 737, de 1850, art. 686, § 3.º, onde se estatui que tais nulidades, o juiz não as pode relevar, e as deve pronunciar, "*se constarem do instrumento, ou da prova literal*".

Todavia, alegam êsses julgados que a sociedade

"ratificou êsse ato, desde que, na assembléia geral de 12 de junho de 1893, foi votado o parecer do conselho fiscal, que concluiu pela aprovação das *contas encerradas em 31 de dezembro de 1892*, e todos os atos da diretoria até 31 de março de 1898."

Como? Mas o que a assembléia de 12 de junho aprovou (e os próprios têrmos desta sentença nã-lo acabam de mostrar) foram "*as contas e os atos administrativos*"; e não são nem *contas* nem *atos de administração* os contratos *alienatórios de bens de raiz*.

Que! Como? Mas se votou, votando o parecer do conselho fiscal apresentado na assembléia de 30 de maio, foi "*a aprovação dos atos e contas da diretoria*"; e, se na administração de uma sociedade não se abrange a alheação do seu patrimônio, claro está que só nessa aprovação não se podia incluir a de um contrato, pelo qual se desapossou a Companhia de todos os seus imóveis.

Como? Mas que nenhum dêses dois contratos foi ato da *diretoria*, o texto mesmo de ambos nos evidencia; pois, assim no de 14 de novembro, como no de 31 de dezembro, quem representou a sociedade, foi *uma comissão*, na qual aos diretores se reuniam dois acionistas estranhos à *diretoria*.

Como ainda? Um conselho fiscal em exercício no ano de 1898 não podia conhecer de atos consumados seis anos antes; pois a lei restringe a missão do conselho fiscal a dar parecer "sobre os negócios e operações do ano". (Decr. 434, de 1891, art. 122)

Quando, porém, tudo isto assim não fôsse, quando mesmo a assembléia de 12 de junho de 1892 houvesse querido sanar a êsses contratos os seus defeitos, não o poderia. Atos como o da assembléia de 4 de outubro de 1892, donde tudo nesta causa procede, são, pela natureza ilícita de contrato, nulos *de pleno direito*; e as nulidades desta categoria são irratificáveis; porquanto o reg. nº 737, dividindo, no art. 686, as nulidades em "dependentes de rescisão" e "de pleno direito", estabelece, no art. 689, que "só as nulidades *dependentes de rescisão e as relativas* podem ser ratificadas".

Se, pois, é insanavelmente nula a venda, que êsses contratos exprimem, como é que, não tendo Gentil de Castro adquirido, nem podendo adquirir, nessas condições, domínio sobre os imóveis da Companhia, os podia dar ao Banco em hipoteca, dá-los nessa hipoteca, donde hoje, resultam a êsse estabelecimento os seus inculcados títulos de propriedade sobre tais bens? Pois já se teria desaprendido entre nós, também, que só o dono da coisa a pode alienar, e que quem não pode alienar, não pode hipotecar?

Eis, senhores juizes, onde tem as suas turvas e adulterinas origens os pretensos direitos do Banco do Brasil à substância da espoliada companhia. Vêde se pode haver mais ilegítima apropriação do alheio.

Mas ainda não é tudo. Gentil de Castro era casado. Na escritura de hipoteca se lhe encontra a procuração da mulher. Mas na sua outorga apenas se autoriza o marido a hipotecar as fazendas "em substituição da caução dada à dívida do casal para com o Banco". Ora, essa caução da própria escritura consta que era de 1.419 contos. Logo, não se podia, com ela, constituir a hipoteca em garantia ao débito de 2.661 contos, a favor do qual ali se estipulou esse ônus.

Mais, ainda, se, nas alheações de bens de raiz o consentimento da mulher casada não se prova senão mediante escritura pública (Ord. L. IV, t. 48, pr.), e se a escritura pública é não menos essencial à hipoteca do que à alienação de imóveis (Decreto nº 370, de 1890, art. 130), evidentemente só por escritura pública se pode fazer a prova do concurso da mulher casada nos contratos de hipoteca. Ora, na hipótese de que se trata, o consentimento da mulher outorgante foi dado em instrumento particular.

Três nulidades, pois, e tôdas incontestavelmente *de pleno direito*, aniquilam esse contrato. As sentenças rescindendas, contudo, não as reconhecem, e, a despeito delas, atribuem existência ao abôrto monstruoso.

Daqui em diante os conluios fraudulentos recrudesçam numa teia cada vez mais cerrada, que o tempo regimental, já excedido, não me permitia desfiar.

O modo como quatro das fazendas, postas em condição litigiosa, caíram no domínio do presidente da Companhia, para daí se transferirem três ao do Banco da República, é uma série de habilidades prodigiosas, cujo lavor delicado e complexo não se analisa em minutos. Em todo êsse negócio o presidente da Companhia teve por seu agente e representante um genro, que, mediante escritura pública, se obrigara a lhe transferir os direitos simuladamente adquiridos em nome do parente.

Obtidas em praça, pelo têrço do seu valor, essas quatro fazendas, que se avaliavam em 911 contos, para logo vendia o adquirente uma delas, a *Jativoca*, por 600 contos, com hipoteca da propriedade vendida, outorgando, pouco mais de um mês depois, ao sogro, presidente da Companhia, procuração em causa própria, para receber as prestações hipotecárias, e delas, com essa procuração, se embolsou êle, transferindo a outrem a hipoteca.

Das outras três fazendas se descartou o gestor do presidente da Companhia, vamos ver como.

Em 3 de agosto de 1895 Gentil de Castro celebrava com o Banco da República uma escritura de dação *in solutum*, na qual, reavendo 5.000 ações do Banco Construtor e Agrícola de S. Paulo, caucionadas àquele estabelecimento, entregava ao seu credor as seis fazendas nulamente compradas à Companhia, no valor de 2.800 contos. Sendo, pois, de 3.457 contos o débito, em que Gentil de Castro estava para com o Banco de República, havia, na transação, *contra êste*, uma diferença de 657 contos. De modo que o negócio, caso a isto se reduzisse, infligiria ao Banco da República uma grande lesão.

Mas, *no mesmo dia*, o genro de Gentil vendia ao Banco da República as outras três fazendas, arti-

ficiosamente subtraídas também ao patrimônio da mesma sociedade, por 900 contos, de que recebeu *em títulos* o pagamento. Dêste modo se ressarcia o grande estabelecimento dos 657 contos, que a dação *in solutum*, concluída *na mesma data*, deixava por saldar no débito do presidente da Companhia.

Tôdas as circunstâncias, pois, se entretecem num plano cerrado, onde o caráter simulativo de todos êsses contratos e a conivência do Banco nas simulações avultam com uma palpabilidade quase material. A demonstração está feita, com a lógica irresistível dos fatos, pelo Dr. BULHÕES CARVALHO no seu parecer de 22 de novembro de 1899 sôbre o assunto.

Ora a fraude contra terceiros, isto é, aqui, contra a Companhia, nessas transações entre Gentil, seu genro e o Banco, anula todos os contratos dela eivados, e, portanto, nulificaria inteiramente a aquisição dêsses nove imóveis pelo Banco da República, se ela já não fôsse nula de muito mais longe, pelos vícios radicais e insanáveis, que invalidam as duas assembléias gerais, as resoluções que nelas se adotaram, todos os atos que delas decorrem.

Eis, nas suas feições características, o quadro, absolutamente exato, da questão. A Companhia Agrícola não devia nada ao seu presidente. Nada, igualmente, devia ela ao Banco da República. Entretanto, graças a um concurso de atentados contra a honestidade, mais vulgar e o direito mais solenemente expresso, o patrimônio imóvel da Companhia Agrícola, no valor de milhares de contos de réis, se sumiu totalmente, sorvido em dois tragos por um débito individual do seu presidente à carteira dêsse estabelecimento.

O grande banco nacional andou, sem escrúpulo nenhum, de mãos dadas com o seu cúmplice, pelos caminhos escusos dêste negócio odioso, no lucro de cujos resultados se locupleta, e depois, arrostando com escândalo a tremenda imponência dos fatos, cuida suprimi-los, como suprimiu os bens da sua vítima, escrevendo, no seu relatório de 1910: "Por sentença *passada em julgado*, foram os bens desta Companhia vendidos, *para pagar ao Banco, seu credor hipotecário*. Agora pretende a Companhia, por seus representantes, *rescindir aquela sentença*, e anular a *escritura de hipoteca*, por meio da ação rescisória pendente".

É quase uma invenção por cada palavra.

O banco não era *credor hipotecário da Companhia*, mas de Gentil de Castro. As hipotecas sobre os imóveis da Companhia não foram convencionadas *por ela*, mas por Gentil de Castro ao Banco, *credor seu*, e não dela. Os bens em litígio não se venderam em solução de um débito da Companhia, *por efeito de uma sentença*. Apenas contra quatro das fazendas reivindicadas houve sentença, *mas não por débito da Companhia*, e sim *de terceiro*, que, indevidamente, se inculcava de seu dono. As outras *seis nunca foram executadas, nem vendidas* em remissão de dívidas sociais, mas entregues ao Banco, por deliberações nulas de uma assembléia geral, em resgate de obrigações *particulares* do presidente da Companhia. Nem as sentenças, cuja rescisão demandamos, são as que, em 1895, levaram à praça as quatro fazendas executadas, mas os acórdãos proferidos, cinco anos depois, na ação reivindicatória da Companhia contra o Banco.

Em suma: o que dá o tipo a esta questão, é que o banco engoliu os nove importantes imóveis da

Companhia, sem ter contra esta nenhum direito creditório, que para com êle a obrigasse. O caso recomenda-se a estudo como a mais insólita e refinada trapaçaria jamais urdida no intuito de solver os compromissos de uma pessoa com os bens da outra. E, para encobrir fraudes tais, tôdas as falsidades são poucas.

Agora o que resta ver, é se a lei da mentira, abraçada à lei do roubo, suplantará definitivamente nos tribunais brasileiros, as leis da propriedade e da justiça.

É o que, por honra vossa e nossa, ninguém poderá crer.

I

ACÓRDÃO — Vistos, etc.

Em seus artigos a fls. 4, alega a Autora, em liquidação amigável, representada por uma comissão liquidante investida dos poderes de administração:

— que a Autora em 31 de dezembro de 1891 possuía, além de outros bens, as fazendas denominadas *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emília, Quilombo, Santa Paula, Santo Antônio, S. Sebastião e Jativoca*, todas em S. Carlos do Pinhal, Estado de São Paulo;

— que a Companhia autora, cujo estado era próspero, naquela época, encontrava-se já em 30 de junho seguinte em más condições, pois que, para fazer face ao pagamento de obrigações em importância superior a 2.700:000\$000, dispunha apenas de um saldo em caixa de cerca de 360:000\$000;

— que nesta situação, o presidente da Companhia, Coronel Gentil José de Castro, que era devedor, ao Banco do Brasil, hoje Banco da República do Brasil, de 1.680:000\$000 por empréstimo mal garantido, planejou, de acordo com este Banco, a reforma dos estatutos da Companhia, no intuito de apropriar-se dos seus melhores bens, as aludidas fazendas, para o dito Banco, por sua vez, adquiri-las de Gentil, em pagamento do débito deste;

— que a reforma dos estatutos foi feita no sentido de reduzir-se o capital da Autora a soma de 2.000:000\$000, o que é nulo de *pleno direito*, porque a Companhia não tinha «fundos disponíveis» e nem ao menos havia integrado o seu capital;

— que também é nula a aceitação da proposta de Gentil de Castro para aquisição das fazendas da Companhia pela quantia de 2.500:000\$000, sendo 1.500:000\$000 pagos em

ações da própria Companhia e 1.000:000\$000 em letras semestrais de 100:000\$000 a juros de 8% ao ano;

— que reformados os estatutos e aceita a proposta em 4 de outubro de 1892, apossou-se desde logo Gentil de Castro das aludidas fazendas, sem ter aceito as letras a favor da Companhia e mesmo sem ter-lhe entregue ações no valor de 1.500:000\$000, pois tôdas as que possuía, achavam-se caucionadas ao Banco do Brasil;

— que em 14 de novembro seguinte obtinha Gentil, dos diretores da Companhia, um escritura de ajuste de compra e venda e promessa do respectivo instrumento, relativamente às ditas fazendas;

— que a diretoria, com êsse ato, cometeu abuso e excesso de mandato, pois que, estipulando que Gentil continuaria na posse dos bens, que ainda não lhe pertenciam, conseguiu no desvio de uma colheita de café, que montava a muitas centenas de contos de réis, contentando-se com o juro de 8% ao ano, oferecido por Gentil, até que efetuassee, êle, o pagametno dos bens, que dizia já ter adquirido;

— que em 31 de dezembro de 1892 obtinha Gentil, dos diretores da Companhia, uma nova escritura de venda das fazendas Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emília e Quilombo, com tôdas as suas benfeitorias e pertences, pelo preço de 1.650:000\$000, sendo 1.500:000\$000 representados em ações das que constituíam o capital da Companhia, e 150:000\$000 em dinheiro, estipulando-se também nessa escritura que, achando-se as outras aludidas fazendas em litígio, obrigavam-se reciprocamente os outorgantes e o outorgado a passar e receber em tempo oportuno o instrumento definitivo de venda ao outorgado Gentil José de Castro, pela quantia de 850:000\$000, que completavam os 2.500:000\$000 da proposta aceita, e que seriam pagos em nove letras a juros de 8% ao ano;

— que além de não ter a Companhia recebido, naquela data, de Gentil, os 1.500:000\$000 em ações e 150:000\$000 em dinheiro, adiantou-lhe, ao contrário, diversas somas;

— que com êsse ato de 31 de dezembro a diretoria desprezou a resolução da assembleia geral dos acionistas de 4 de outubro de 1892, arbitrando, sem competência, um preço para as seis fazendas, quando a proposta aceita tinha sido para a compra em globo;

— que em 6 de janeiro de 1893 Gentil de Castro deu em hipoteca, ao Banco do Brasil, não só aquelas seis fazendas, assim adquiridas, como outras duas denominadas *Jaguari* e *Pituba*, que êle, falsamente, dizia ter comprado à Autora, e, mais ainda, fazia promessa de hipotecar ao Banco as outras quatro fazendas, assim que estivesse terminado o pleito;

— que esta escritura de hipoteca é nula, porque a procuração passada pela mulher de Gentil não lhe dava poderes para hipotecar as fazendas, senão com a condição de que a hipoteca fôsse feita em substituição da caução dada à dívida do seu casal, para com o Banco do Brasil, e, como essa caução era de réis 1.419:229\$930, é claro que só por esta soma podia ter sido feita a hipoteca, e não pelo confessado e falso débito de 2.661:000\$000, além da obrigação assumida de entrar para o Banco com mais 850:000\$000, caso não lhe hipotecasse as quatro restantes fazendas, em pleito;

— que a escritura de hipoteca é ainda nula, porque a procuração da mulher de Gentil não podia ser passada pelo próprio punho, e porque, tendo sido datada de 28 de dezembro de 1892, é anterior à data em que Gentil obteve a escritura de compra das seis fazendas;

— que o Banco, aceitando a declaração do imaginário débito de Gentil de Castro, usou de *dolo e má-fé*, para lesar a Companhia Autora, tanto assim, que, não pôdia o Banco aceitar em hipoteca as seis fazendas, em 6 de janeiro de 1893, seis dias depois da escritura de compra, quando ainda não tinha tido Gentil tempo de fazer, em S. Carlos do Pinhal, a transcrição da escritura de compra, formalidade essencial para poder negociar os imóveis;

— que o *dolo, fraude e má-fé*, de Gentil de Castro e do Banco ainda mais se patenteiam, pelo modo por que procederam para aquisição das fazendas *Santa Paula*, *Santo Antônio* e *S. Sebastião*;

— que estando as referidas fazendas, conjuntamente com a *Jativoca*, penhoradas em execução movida por Joaquim da Cunha Bueno, e urgindo evitar-se que elas fôsem levadas à praça, e não podendo Gentil de Castro agir naquele sentido, por se achar detido, apareceram o Coronel José Ferreira de Figueiredo, depositário judicial das fazendas e o Capitão Antônio Ferreira de Barros Júnior, genro de Gentil e encarregado dos seus negócios, e entraram em acôrdo com o credor

exequente, adquirindo por 330:000\$000 a cessão de todo o direito e ação constantes da referida execução, e obrigando-se a fazer transferência dêles ao Coronel Gentil José de Castro;

— que saindo Gentil da prisão, em vez de dar cumprimento às cláusulas daquela escritura, para aceitar, por sua vez, da Companhia, o instrumento definitivo de venda das aludidas fazendas, pelo preço certo e ajustado de 850:000\$000, fez com que o seu genro prosseguisse na execução e levasse à praça as quatro aludidas fazendas que, avaliadas por 911:150\$000, foram arrematadas pelo mesmo seu genro, pela terça parte do seu valor, em uma praça que é nula;

— que o referido Capitão Barros Júnior, depois de ter vendido a terceiro, pelo preço de 600:000\$000, uma só das fazendas, a *Jativoca*, continuando em conluio com Gentil, passou ao Banco escritura de venda das três restantes fazendas, pelo preço de 900:000\$000, escritura esta que também é nula de *pleno direito*, por não ter sido lida às partes e às testemunhas;

— que naquele mesmo dia, 3 de agosto de 1895, o Coronel Gentil de Castro passava ao Banco uma escritura de dação *in solutum* das fazendas que lhe hipotecara em 6 de Janeiro de 1893, escritura esta, que também é nula, em virtude da nulidade da escritura de hipoteca, de que ela se originou;

— que sendo assim nula a resolução da assembléia geral dos acionistas, de 4 de outubro de 1892, na parte em que deliberou receber a Companhia as saus próprias ações em pagamento da venda a Gentil de Castro das dez fazendas, nula também é a escritura de 14 de novembro, bem como são nulas as de 31 de dezembro e as de hipoteca e de dação *in solutum*;

— que também sendo ilegal e nula a praça em que foram arrematadas pelo Capitão Barros Júnior as quatro referidas fazendas, nula também é a escritura de venda das três primeiras ao Banco;

— que nestes termos, deve o Banco ser condenado a restituir à Companhia Autora as aludidas nove fazendas, com tudo que nelas se achar, e mais a importância dos frutos e rendimentos percebidos dêste à data injusta posse, os quais serão liquidados na execução, juros e custas.

A Autora ajustou os documentos de fls. 10 a 129.

A fls. 136 o Réu, contestando a ação, alega :

— que por escritura de 3 de agosto de 1895, Gentil de Castro deu ao Réu, em pagamento, as fazendas *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emília, Quilombo, Jaguari e Pituba*;

— que essas fazendas tinham sido adquiridas por Gentil de Castro, por compra feita à Autora, por escritura de 31 de dezembro de 1892, na qual a Companhia vendedora foi representada por seus diretores legais Dr. Afonso Celso de Assis Figueiredo, presidente; Comendador José Ferreira Alegria, secretário; Antônio Monteiro de Miranda Castro, tesoureiro; e pelos acionistas Angelino José da Costa Simões e Joaquim Monteiro de Queiroz, dos quais, o terceiro, que é um dos liquidantes, figurou nos negócios entre o Banco da República do Brasil e o Coronel Gentil José de Castro;

— que a venda das ditas fazendas, a Gentil de Castro, foi feita por autorização da assembléia geral, votada por unanimidade, contando-se entre os que votaram, Antônio Monteiro de Miranda Castro que, ora como liquidante, é um dos que promovem a presente ação;

— que tendo sido aquela primeira escritura de dação *in solutum* passada com tôdas as formalidades legais, e no mesmo caso se achando a escritura de venda pela qual o domínio e posse das fazendas foram transferidas pela Companhia a Gentil de Castro, nada tem que ver o Réu com as relações entre Gentil de Castro e a mesma Companhia, anteriores à data das escrituras, ou resultantes delas;

— que Antônio Ferreira de Barros Júnior era legítimo senhor e possuidor das fazendas vendidas ao Banco por escritura de 3 de agosto de 1895, por havê-las arrematado em praça.

O Réu ajuntou o doc. de fls. 138 a 199.

Replicada, por negação, foi a causa posta em prova; constando na respectiva dilação o depoimento do presidente do Banco (fls. 207), do liquidante da Autora (fls. 215 e 302), inquirição de testemunhas do Réu (fls. 219, 223, 224, 232), e exame de livros do Réu e da Autora (fls. 231 e 267).

A autora arrazoou afinal a fls. 270, a juntando documentos e o Réu a fls. 352, também juntando documentos, sobre os quais a Autora disse a fls. 364.

A fls. 369 foi deferida uma diligência requerida pela Autora, e ainda a fls. 381 converteu-se o julgamento em diligência para mandar que se satisfizesse o requerido pela Autora, no final de suas razões, o que foi deferido.

Em tempo foi paga a taxa judiciária.

O que tudo visto e examinado :

Considerando que a Autora quer reivindicar as nove fazendas, a que se refere o seu libelo, e que se acham no domínio e posse do Réu;

Considerando que reivindicar é tirar cousa nossa de quem injustamente a possui e que ao autor, nesta ação, compete alegar e provar o domínio da cousa reivindicada (CORREIA TELES — *Doutr. das aç.*, § 234);

Considerando que a Autora não tem domínio sobre as aludidas fazendas, porque, por escritura de 31 de dezembro de 1892, a Companhia, por seus diretores, vendeu ao Coronel Gentil José de Castro as suas fazendas denominadas *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emilia e Quilombo* (fls. 72), e as outras fazendas *Santa Paula, Santo Antônio e S. Sebastião*, foram arrematadas em praça do Juízo em São Carlos do Pinhal, na execução movida por Joaquim da Cunha Bueno, conforme a carta de fôlha 138, passada a favor do Capitão Antônio Ferreira de Barros Júnior.

Considerando que a Autora funda o seu pedido na alegação de serem ilegais e nulos, portanto, êsses atos de transferência de propriedade;

Quanto à escritura de venda :

Considerando que êste contrato, realizado pelos administradores da Companhia Autora, quando mesmo importe uma violação da lei, é válido para a Autora, e ela carecedora de ação para pedir, por sua comissão liquidante, a nulidade dêsse ato;

Considerando que os administradores nenhuma obrigação pessoal assumem nos atos, que realizam no exercício do seu mandato, sendo por êles obrigada a sociedade de que são mandatários (decr. nº 434, de 1891, art. 108);

Considerando que os administradores da Companhia Autora, com mais dois acionistas, praticaram êsse ato no exercício do seu mandato, porquanto êle foi resolvido por unanimidade de votos em assembléia geral de 4 de outubro de 1892 (ata a fls. 61);

Considerando que, se houver *excesso de mandato*, ou mesmo violação da lei, na realização dêsse ato, a sociedade, ou os terceiros prejudicados, só teriam direito a haver, por ação competente, a efetiva responsabilidade dêsses administradores (decr. cit. art. 109, n.º 2 e 3);

Considerando que nem esta ação regressiva contra os administradores a sociedade teria direito a propor, porque:

a) ela não representa terceiros prejudicados, não representa credores, porém, os próprios acionistas, desde que a Companhia não se acha em liquidação judicial;

b) a sociedade que ela representa, ratificou êsse ato, desde que, na assembléia geral de 12 de junho de 1893, foi votado o parecer do Conselho Fiscal, que concluiu pela aprovação das contas encerradas em 31 de dezembro de 1892, e de todos os atos administrativos (ata a fls. 317) e que, mais ainda, na assembléia geral de 30 de maio de 1898, foram aprovados todos os atos da diretoria até 31 de março de 1898 (ata a fls. 362);

c) indubitavelmente, como simples acionistas, tendo êles concorrido não só para a resolução dêsse ato, como para a sua provação nas referidas assembléias gerais, acha-se dirimido o seu direito de ação, pois que a lei, determinando que a aprovação, pela assembléia geral, dos atos que importem violação da lei e dos estatutos, não dirime a ação dos sócios ausentes e dos que não houverem concorrido com seus votos para tal aprovação, *ipso facto* exclui os *presentes*, que tiverem aprovado (decr. n.º 434, de 1891, art. 146);

Considerando que, se a assembléia geral que decretou êsse ato, violou a lei, e que se esta assembléia e as outras, que aprovaram êsse ato, tem vícios na sua constituição, não cabe à Autora, que não é terceiro prejudicado, alegar, como fundamento de pedir, êsses atos viciados ou nulos, por ela própria praticados, pois qu einguém pode se aproveitar da sua própria torpeza.

Quanto à carta de arrematação:

Considerando que incompetente é este juízo para conhecer das nulidades argüidas no processo de execução movida em S. Carlos do Pinhal, Estado de São Paulo, e na praça aí realizada, que pôs termo ao mesmo processo, e em virtude da qual se passou a respectiva carta de arrematação; tanto mais que:

Considerando que a própria Autora confessa ter feito valer os seus direitos, naquele processo, por meio de embargos de terceiro senhor e possuidor, que foram afinal rejeitados (razões finais a fls. 282 v.).

Finalmente:

Considerando que, se existem nulidades nos atos pelos quais o Réu adquiriu as nove fazendas reivindicandas, a Autora nenhum interesse tem para alegá-las, pois que, só dizendo respeito aos terceiros, que figuram nestes atos, ou aos seus herdeiros e representantes, quando mesmo ficassem provadas estas nulidades, nem por isso voltariam estas fazendas ao patrimônio da Autora;

Acordam em Câmara Civil, julgar, como de fato julgam, improcedente a ação e condenar a Autora nas custas.

Rio, 29 de outubro de 1900. — *Segurado*, presidente. — *B. Pedreira*. — *Viveiros de Castro*. — *Nabuco de Abreu*.

II

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos os autos em Câmara Civil da Corte de Apelação, acórdão negar provimento à apelação interposta da decisão de fls. 390, que confirmam, por seus fundamentos, conformes a direito e à prova dos autos.

Não podendo ser decretada, por falta de prova, a ilegitimidade da comissão liquidante, para propor a ação, procedem os fundamentos desta decisão:

1º, porque as fazendas reivindicandas foram vendidas pela Apelante, representada por seus diretores legais, ao Coronel Gentil José de Castro, e, assim sendo, não tem a mesma pessoa jurídica o direito de pedir a rescisão do seu próprio ato, alegando má-fé contra si mesma, pelo princípio de que ninguém pode tirar proveito da sua própria culpa, acrescendo que o próprio liquidante atual, Miranda Castro, então tesoureiro da mesma, subscreveu a deliberação dessa diretoria;

2º, porque a Apelante não provou vício *intrínseco* das escrituras, com que se efetuaram as diversas operações, cuja validade é hoje impugnada, para dar lugar à pedida reivindicação; e os vícios *extrínsecos* consistem no dolo, do qual, a ser êle real, seria co-participante a mesma Apelante, que, mesmo nessa hipótese, não é parte legítima para reivindicar direitos de terceiros prejudicados.

Assim julgando, condenam a Apelante nas custas.

Rio, 5 de agosto de 1901. — *F. Pinheiro*, vice-presidente. — *Pitanga*, — *Guilherme Cintra*, vencido, — *Salvador Muniz*, vencido. Votei no sentido de dar provimento à apelação por termo a fls. 397 v., julgando procedente a ação;

1.º, não foram válidas as deliberações dos acionistas da Companhia apelante, na assembléia geral de 4 de outubro de 1892, na parte em que resolveram reduzir o capital, recebem-

do em suas próprias ações, integradas e por integrar, ao par, o pagamento dos bens sociais que vendeu, visto que, na conformidade do decreto n.º 434, de 1891, art. 40, é proibido às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações, somente sendo permitido a tais sociedades, amortizar estas ações, uma vez que a amortização seja realizada com fundos disponíveis e sem ofensa do capital.

Ora, autorizando a assembléia geral de 4 de outubro de 1892, a transação efetuada, autorizou a compra das próprias ações, ou adquiridas em troca de bens sociais, fato este que é proibido por lei, sendo que, no caso sujeito, não ocorre a hipótese da exceção que admite essa operação, quando ela tiver por fim a amortização de um certo número de ações, com fundos disponíveis e sem ofensa do capital, que é a garantia dos credores.

Suposto se tratasse de amortização determinada pela redução do capital, entretanto, a Companhia apelante, não estando solvável, porque entrou em liquidação, por este motivo e em vista do balanço de 30 de Junho de 1892, não tinha fundos disponíveis, e, portanto, em tais circunstâncias, a aquisição das ações em troca de bens sociais, de sua propriedade, importou em pagar as próprias ações, e em subtrair, em benefício dos acionistas, a garantia dos credores.

2º, ainda que válida a deliberação da assembléia geral de 4 de outubro de 1892, é nula a escritura pública de 14 de novembro de 1892 (fls. 66), por virtude da qual o Coronel Gentil de Castro entrou na posse das dez fazendas da Companhia apelante e de tudo quanto nelas se continha, inclusive a safra de café, sem ter aceito as letras, na importância de 1.000:000\$000, em favor da Companhia apelante, e sem ter-lhe entregue, também, a quantia de 1.500:000\$, em ações, na conformidade da proposta aferecida e aceita na assembléia geral de 4 de outubro de 1892, não obstante a sua qualidade de presidente da Companhia.

O ajuste da compra e venda estava realizado, em vista da deliberação da assembléia geral, com o fato da proposta, tendo-se acordado na cousa, no preço e nas condições, como preceitua o Código Comercial art. 191.

Assim ajustado e contratado, ficou virtualmente prometido o respectivo instrumento do contrato de compra e venda, que devia conter a proposta do Coronel Gentil de Castro e

a deliberação da assembléia geral da Companhia apelante de 4 de outubro de 1892, e, por conseguinte, a escritura de 14 de novembro de 1892, não poderia revestir outra qualidade senão a de instrumento do contrato deliberado e ajustado, e pela forma que o havia sido, visto que ela se transformou de escritura de compra e venda e promessa do respectivo instrumento, em uma venda a crédito.

Houve, portanto, *excesso de mandato* por parte dos representantes da Companhia apelante, convencionando coisa diferente, como convencionaram com o Coronel Gentil de Castro, no que importavam a parte principal do negócio, que, relativamente à Companhia apelante, torna nulas tôdas as obrigações assumidas pelos mandatários, em nome dela, *ex-vi do Cód. Com., art. 149.*

3º, a escritura pública de 31 de dezembro de 1892, também é nula por *excesso de mandato*, porque não era lícito à diretoria e à comissão de acionistas, nomeados na assembléia geral de 4 de outubro de 1892, para realizar a deliberação da Companhia apelante, alterar os termos do que foi deliberado, e vender seis das principais fazendas pela quantia de 1.650:000\$000, pagos em ações de sua emissão, e 150:000\$000 em dinheiro, continuando o Coronel Gentil de Castro na posse de tôdas as fazendas, em número de dez, efetuando a colheita, quando o que foi proposto e aceito, era a venda *em globo*, das dez fazendas, recebendo a Companhia 60% do preço em suas próprias ações.

As cláusulas desta escritura importam na alteração essencial dos termos do mandato, e esta circunstância constitui, certamente, um motivo de nulidade do ato, e, portanto, todos os atos derivados dêste contrato nulo de *pleno direito* devem ser considerados em direito inexistentes, como igualmente nulos de *pleno direito*. «*Cum principalis causa consistit, ne eaquidem quae sequuntur locum habent.*» (PAULO: *Dig.*, liv. 50, tit. 17, fr. 129, § 1º). — «*Unius cujusquae spectandum est et causa.*» (ULPIANO: *Dig.*, liv. 17, tit. 1º, fr. 8, pr.).

4º, da nulidade da venda das fazendas ao Coronel Gentil de Castro, resulta a nulidade da hipoteca, que das mesmas fazendas fez êste ao Banco apelado, porque é nula a hipoteca feita por quem não é legítimo senhor e possuidor da coisa, de que faz objeto a hipoteca.

Sendo nula de *pleno direito*, como vimos, a escritura de 31 de dezembro de 1892, não pode ter valor para qualquer

efeito jurídico, a hipoteca das seis fazendas, feita pelo comprador, Coronel Gentil de Castro, ao Banco apelado, porque aquêle hipotecou a êste cousa de que não era proprietário.

Estivesse o Banco apelado de má fé ou de boa fé, não podia adquirir direitos transmitidos por quem não os tinha sôbre os imóveis hipotecados ou prometidos em hipoteca. «*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*». (ULPIANO: *Dig.*, liv. 50, tit. 17, fr. 54.)

A escritura de hipoteca é também nula porque, sendo uma espécie de alienação o contrato de hipoteca, e só podendo hipotecar, quem pode alienar, não podia o Coronel Gentil de Castro, hipotecar bens imóveis sem o consentimento de sua mulher, expresso em forma legal, isto é, por instrumento público, em observância da Lei nº 79, de 23 de agosto de 1892, art. 1º.

5º, José Ferreira de Figueiredo e Antônio Ferreira de Barros Júnior, adquirindo os direitos do credor exeqüente, Joaquim da Cunha Bueno, o fizeram para defender interesses do Coronel Gentil de Castro, e tanto assim, que, na mesma escritura, se obrigaram a transferir-lhe os seus direitos, com os mesmos ônus, conforme combinassem oportunamente.

Dos têrmos da escritura pública de 9 de junho de 1894 (fl. 96) e carta de 12 do mesmo mês e ano (fls. 100), depreende-se que, José Ferreira de Figueiredo e Antônio Ferreira de Barros Júnior, adquirindo os direitos do exeqüente, contrataram para Gentil, mas como êste não foi parte no contrato, o estipulado com relação a êle, só poderia produzir efeito, mediante o seu consentimento.

6º, provado, porém, que José Ferreira de Figueiredo e Antônio Ferreira de Barros Júnior, levando à praça as fazendas litigiosas, arrematando-as, figuraram, como pessoas interpostas do Coronel Gentil de Castro, e os fatos constantes dos documentos juntos aos autos, induzem à convicção da existência de um conluio entre Gentil de Castro e seu genro Antônio Ferreira de Barros Júnior, para arrematação das quatro fazendas mencionadas, e conseqüente venda das mesmas, no intuito de liquidar o Coronel Gentil de Castro o seu débito com o Banco apelado, subtraindo as mesmas fazendas às responsabilidades contraídas nas escrituras de 14 de novembro e 31 de dezembro de 1892 (fls. 66 e 72).

Tendo o Banco apelado conhecimento destes fatos, como certificam os documentos dos autos, é fora de dúvida que assiste à Companhia apelante a ação competente para anular as escrituras de 3 de agosto de 1895, celebradas pelo Banco apelado, sendo uma com o Coronel Gentil José de Castro e outra com Antônio Ferreira de Barros Júnior, porquanto, são anuláveis os contratos feitos com fraude, em prejuízo de terceiros. (Ord. liv. 3º, tit. 59; TEIXEIRA DE FREITAS: *Cons. das leis civis*, art. 358, not. 17)

Nestes termos, é bem de ver, que à Companhia apelante compete a ação que intentou contra o Banco apelado, para reivindicar os imóveis de sua propriedade, porque foram vendidos nula e ilegalmente, do poder de quem os detém atualmente, com os seus frutos e rendimentos, a contar da data da posse ilegítima, devendo, no entretanto, restituir as ações adquiridas como preço da venda.

É o caso de nulidade do contrato, pronunciada por expressa disposição da lei, nos termos do decr. nº 737, de 1850, art. 682, § 1º, por ser o objeto da operação proibido por lei (*Cód. Com.*, art. 129, nº 2).

Não procede a alegação de ilegitimidade da Apelante, para pedir, que constitui um dos fundamentos do acórdão supra, e, em todo caso, o direito dos acionistas, para o mesmo fim, se nos atos praticados houve violação da lei e dos estatutos, ocasionando prejuízo e inquinando de nulidade de pleno direito tais atos.

Dos autos se conclui, evidentemente:

— que a deliberação da assembléia geral de 4 de outubro de 1892 é nula de *pleno direito*, porque autorizou, contra o preceito do decr. nº 434, de 1891, art. 40, a aquisição de ações da própria Companhia, mediante a permuta de fazendas, de sua propriedade, não tendo fundos disponíveis para resgatar as mencionadas ações, e, pelo contrário, estava insolvente, como se vê do doc. de fls. 53;

— que a operação realizada, não resultou de uma deliberação de acionistas representando dois terços do capital social, porquanto, da ata de fls. 61 e laudo de fls. 261, se vê, que foram contados votos em duplicata e que 5.370 ações foram ilegalmente representadas por procuradores, que eram, um diretor da Companhia e um membro do conselho fiscal, infringindo-se o preceito do decr. cit., art. 133, e a disposição dos estatutos juntos a fls. 62, art. 23, § 2º;

— que a operação ainda que não fôsse realizada com manifesta infração da lei e dos estatutos, e não tivesse importado em lesão *enormíssima*, os atos constantes das escrituras públicas de 14 de novembro e 31 de dezembro de 1892, foram celebrados com *excesso de mandato* por parte dos diretores e da comissão de acionistas, e, por conseguinte, se tornaram anuláveis, ainda, nos termos do Cód. Com., art. 149, sendo que a escritura de hipoteca de 6 de janeiro de 1893, também é nula, por ter sido feita a *non dominio*, e sem outorga legal da mulher do Coronel Gentil de Castro, nos termos da Lei nº 79, de 23 de agosto de 1892, art. 10;

— que outros atos ainda se praticaram que induzem a nulidade dos mesmos, que, sendo, de *pleno direito*, não pode ser relevada pelo juiz que a deve pronunciar, se ela consta, como acontece, do instrumento (decr. nº 737, de 1850, art. 686, § 3º).

Isto pôsto, entendi que a a reforma do acórdão apelado se impunha, no sentido do meu voto acima explicado. —
Lima Drummond. — Miranda.

III

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos os autos em Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação, acordam rejeitar os embargos opostos à decisão de fls. 455, que confirmam, por seus fundamentos, cuja procedência jurídica subsiste, não obstante as razões ulteriormente aduzidas pela Embargante, a quem condenam nas custas.

Rio, 2 de junho de 1902. — *F. Pinheiro*, vice-presidente. *Pitanga*. — *Lima Drumond*. — *Miranda*. — *Espinola*. — *Dias Lima*. — *Salvador Muniz*, vencido, na conformidade do meu voto, vencido, a fls. 456 *us-que* 463. — *Tavares Bastos*, vencido. — *Miranda Ribeiro*, vencido, na conformidade do voto do Sr. Desembargador Salvador Muniz. — *Guilherme Cintra*, vencido, Reformava o acórdão embargado, adotando para isso os fundamentos do parecer do desembargador Procurador-Geral, constante de fls. 502 a 503.



IV

ACÓRDÃO — Visto em mesa, relatados e discutidos os autos em Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação, acordam desprezar os embargos de declaração a fls. 507, visto não haver no acórdão embargado antinomia, ambigüidade, ou omissão que justifique êsse recurso, que não tem, aliás relação de analogia com a hipótese invocada pela Embargante em suas razões de fls. 507.

Custas pela Embargante.

Rio, 10 de dezembro de 1903. — *F. Pinheiro*, vicepresidente. — *Pitanga*. — *Guilherme Cintra*, vencido. — *Salvador Muniz*, vencido, na conformidade do meu voto vencido a fls. 456. — *Espinola*. — *Dias Lima*. — *Miranda Ribeiro*, vencido. — *Lima Drumond*. — *Tavares Bastos*.



V

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória, em que são partes — A. a Companhia Agrícola e Comercial do Brasil e R. o Banco do Brasil:

I. Reproduzindo o mesmo articulado de uma ação proposta perante a Câmara Civil do extinto Tribunal Civil e Criminal, a A. pede que sejam anulados — o acórdão então proferido pela referida Câmara, Câmara Civil e Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação, que o confirmaram, juntos a fls. 11, 46, e, bem assim, a assembléia geral dela A. realizada em 4 de outubro de 1892, e, escrituras em virtude das quais o R. adquiriu as fazendas *Santa Maria, Liberdade, Boa Vista, Monjolinho, Santa Emília, Quilombo, Santa Paula, Santo Antônio e S. Sebastião* e, como consequência, que o mesmo R. seja condenado a restituir-lhe essas fazendas, com os seus móveis, semoventes, pertences e utensílios nelas existentes, e mais a importância dos frutos e rendimentos percebidos desde o começo da posse conforme fôr liquidado na execução.

Alega como fundamento do seu pedido *vide* conclusão das razões finais a fls. 614) que tais acórdãos violaram o direito expresso estabelecido:

nos arts. 40, 131 e 133 do decr. nº 434, de 4 de julho de 1891;

nos arts. 129, nº 4, e 149 do *Cód. Com.*;

nos arts. 74, 76 e 686, § 3º, do *Regul.* nº 737, de 1850.

O R. contesta por negação (fls. 51).

Mas, nas razões finais (fls. 622) antes de pedir a improcedência da ação pela falta de fundamento da mesma, alega:

a) que o caso está soberanamente julgado e, sendo assim, não pode dar lugar à presente ação rescisória;

b) que, quando assim não seja, está prescrito o direito da A, *ex-vi* do disposto no art. 1º, parágrafo único, do Dcr. nº 1.455, de 30 de dezembro de 1905.

Ouvido o Dr. Procurador-Geral opinou pela improcedência da ação (fls. 647).

II. O que tudo devidamente examinado:

a) Quanto à preliminar:

1ª Os acórdãos rescindendo (fls. 11 e 46) foram proferidos numa ação de reivindicação; e na presente trata-se de anular êsses acórdãos sob o fundamento de terem êles violado expressas disposições de lei.

Vê-se, pois, que as duas ações não podem ser consideradas com o mesmo objeto.

A ação rescisória está prevista no nosso direito como um meio para anulação da sentença passada em julgado (*Regul.* nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 681, § 4º), uma vez provado que ela incorreu em algum dos casos especificados no art. 680, § 2º, do *Regul.* citado.

Dessa regra o art. 681, § 4º, cit., apenas excetuou a sentença proferida em grau de revista.

Mas o recurso de revista desapareceu com a extinção do Supremo Tribunal de Justiça; e, sendo assim, não mais pode ser invocado o caso soberanamente julgado para o efeito de excluir a ação rescisória.

2º A disposição invocada pelo R. (decr. nº 1.455, de 30 de dezembro de 1905, art. 1º, parágrafo único) estabelece, que «serão consideradas prescritas tôdas as ações judiciais, que não fore mintentadas contra o extinto Banco da República do Brasil até o dia 15 de junho de 1906».

Consta, porém, dos autos, que a petição inicial foi apresentada em juízo no dia 13 de junho de 1906 (fls. 2) e no dia 15 efetuada a citação do R. (fls. 3).

É verdade que a citação só foi acusada na audiência de 18 de junho (fls. 1) e que só dessa data a ação pode ser considerada proposta (*Regul. cit.*, arts. 68 e 73).

Mas, é verdade também, que «a citação inicial da causa, salvo sendo nula ou circunduta, torna a cousa litigiosa e interrompe a prescrição. (*Regul.* 737 cit., art. 59).

Foi a citação a fls. 3 que serviu a propositura da ação; e, por conseguinte, é sem procedência a alegação de estar prescrita a mesma ação.

b) *De meritis*:

1º A A. funda a sua ação no fato de terem os acórdãos rescindendo violado expressas disposições de lei, caso previsto no art. 680, § 2º, como motivo de nulidade da sentença.

A Ord. já dispunha, que a sentença dada *contra direito expresso* era nenhuma (liv. 3º, tit. 75 pr.) caso diverso da proferida *contra o direito da parte* (tit. cit., § 2º).

Fundado nisso, PEREIRA E SOUSA: *Prim. linh. sobre o proc. civ.*, estabeleceu a distinção entre o direito *em tese* e o direito *em hipótese* (not. 566) aceita e desenvolvida por PIMENTA BUENO: *Formal. do proc. civ.*, 2ª ed., pág. 91.

Essa distinção foi também observada pelo Regul. 737 cit., quando exigiu — «a ilegalidade da decisão e não dos motivos e enunciado dela» (al. ao art. 680, § 2º cit.).

Nenhuma legislação estrangeira permite a ação rescisória por violação do direito, só a admitindo nos casos excepcionais de vício substancial da sentença — falta de jurisdição (incompetência e suspeição) ou ato criminoso do julgador (peita e suborno) ou erro de fato (instrumento e depoimentos falsos, etc.).

O exemplo das legislações estrangeiras levou PIMENTA BUENO a se insurgir contra a ação rescisória pela violação do direito expresso (obr. cit., pág. 93).

Entretanto, estudadas as disposições da Ord. e do Regul. 737 vê-se, que o direito expresso a que se refere a legislação brasileira nenhum inconveniente pode trazer à autoridade do caso julgado.

Nas legislações estrangeiras, o erro de direito não pode dar lugar à ação rescisória, porque nelas se considera proferida contra direito expresso — não só a violação da lei (direito em tese) com a sua falsa aplicação (direito em hipótese), cabendo em ambos os casos o recurso de «cassação» ou o equivalente, conforme o nome que lhe dão os respectivos códigos.

Mas, o mesmo não sucede entre nós.

A Ord. não se limitou às palavras «direito expresso» e exemplificou: «assim como se o juiz julgasse que o menor de 14 anos podia fazer testamento» (Liv. 3º, tit. 75 pr.).

Como se não bastasse, declarou que se, em vez de dizer que o menor de 14 anos podia fazer testamento, o juiz dis-

sesse que era maior de 14 anos aquêles que ficou provado ter menos de 14 anos, a sentença não era proferida contra direito expresso e sòmente contra o direito de parte» e, como tal, não podia ser considerada nula, mas valiosa (tit. 75, cit. § 2º).

Atendendo a essas disposições o *Regul. 737* cit. precisou, que «a ilegalidade da decisão e não dos motivos e enunciado dela» constitui a nulidade por violação da lei (art. 680, § e al.).

Consoantes ao *Regul. 737* o decr. 6.142, de 10 de março de 1876, que regulou o modo por que deviam ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça, preceituou que, para ter lugar a tomada dos assentos era indispensável que «a divergência do julgamento tivesse por objeto o direito em tese ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação, proveniente da variedade dos fatos» (art. 2º, parágrafo único, nº 2).

Sendo assim, o direito expresso é uma questão de simples inspeção e, como consequência, incompatível com a apreciação da boa ou má aplicação da lei.

Assim o compreendeu a própria Ord., quando prescreveu «vendo a Chanceler, pela decisão da carta, ou sentença, que vai expressamente contra as ordenações, ou direito, sendo dito êrro expresso, por onde conste pela mesma carta ou sentença, ser em si nula, a não selará, e por-lhe sua glosa» (tit. 4º, § 1º).

2º Em nenhum dos considerandos do acórdão proferido pela Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal (fls. 11), confirmando por seus fundamentos pela Câmara Civil (fls. 27), e pelas Câmaras Reunidas da Còrte de Apelação (fls. 43-v.), existe uma violação de direito expresso.

Para considerar-se violada a disposição do art. 40 do Decreto nº 434, de 1891, era necessário que os acórdãos rescindendo decidissem que «é permitido a sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações fora do caso da amortização» ou que «essa amortização pode ser feita em assembléia geral com representantes de menos de 2/3 do capital social».

Para considerar-se violada a disposição do art. 131 do decreto citado, era necessário que os acórdãos rescindendo decidissem que «a assembléia geral que tem de deliberar sobre a reforma dos estatutos pode ter lugar com acionistas representando menos de 2/3 do capital social».

Mas, nada disso disseram os acórdãos rescindendo; e, por conseguinte, não pode ser invocada a violação do «direito expresso» e apenas a do «direito da parte», matéria estranha à ação rescisória.

A mesma conclusão pode ser aplicada à violação dos arts. 129 ns. 4 e 149 do Cód. Com. e do art. 686, § 3º do Regul. nº 737, de 1850.

Quanto aos arts. 74 e 76 do Regul. citado.

Estas disposições regulam os casos e o processo das exceções e, portanto, nenhuma aplicação tem ao caso dos autos, uma vez que os acórdãos rescindendo não julgaram incompetente a justiça dêste Distrito para conhecer da ação, e, ao contrário, decidiram *de meritis*, julgando-a improcedente.

É verdade que num dos seus fundamentos o acórdão de fls. 11 considerou a justiça dêste Distrito incompetente para conhecer das nulidades argüidas no processo de arrematação efetuada na comarca de S. Carlos de Pinhal.

Mas, não devia ser de outro modo: trata-se de execução de bens de raiz situados no Estado de S. Paulo e, como consequência, de atos regidos pelo direito judiciário daquele Estado e, como tais, sujeitos à sua justiça (*Const. Fed.*, art. 66, nº 1).

III. Em vista do exposto.

Acordam as Câmaras Reunidas da Córte de Apelação julgar improcedente a ação e condenar a A. nas custas.

Rio, 16 de outubro de 1913. — Celso Guimarães, presidente. Miranda, relator. — Pitanga. — Lima Drumond. — Diogo de Andrade. — Nestor Meira. — Lamounier Júnior. — Cicero Seabra. — T. de Figueiredo. — Geminiano da Franca. — Francelino Guimarães. — Montenegro, vencido; a ação rescisória, reconhece o voto vencedor, ser meio hábil para anular a «sentença proferida contra a expressa disposição da lei»; assim qualificada, porém, a «decisão contrária a sua tese ou preceito abstrato», nos termos restritos da Ord. liv. 3º, tit. 75 e do art. 680, § 2º do Reg. 737 de 1850. Vício em que não incorrem os acórdãos rescindendo, porquanto «em nenhum dos *considerandos* existe uma violação do *direito expresso*, quesito de *simples inspeção*, incompatível com a boa ou má aplicação da lei, ou direito em hipótese». Sendo necessário para que «se considerassem violadas» as disposi-

ções dos arts. 40, 131 e 133 do decr. nº 434, de 1891, que os acórdãos rescindendo *decidissem* — «ser permitido às sociedades anônimas comprar e vender as próprias ações, fora do caso da amortização votada pela assembléia geral»; que as deliberações, para essa amortização e reforma dos estatutos, «podem ser tomadas sem a presença de acionistas representando 2/3 do capital social»; que os administradores e fiscais «podem ser constituídos procuradores para optar nas assembléias gerais».

Mas, que *decidiram* os acórdãos rescindendo, «*absolvendo* o réu da instância da reivindicação», senão violarem disposições textualmente proibitivas do decreto de 1891, sancionando e validando deliberações de pseudo assembléias gerais, sem os necessários requisitos e virtuais condições de legalidade para a personificação da sociedade e sua legítima autoridade de órgão representativo?

Validando atos substancialmente nulos, de nenhum valor para quaisquer efeitos de direito, e relevando nulidade *absoluta*, de *pleno direito*, insuprível, imprescritível e de pronunciamento *ex-officio*, constando, como consta, de *instrumento* e prova *literal*, o que decidiram os referidos acórdãos, sancionando violações de leis proibitivas e de preceitos absolutos da regulamentação especial a que estão subordinadas as associações anônimas, precisamente no intuito de prevenir os abusos e fraudes a que se presta a sua forma, senão «julgar contra direito expresso», contravindo flagrante e diretamente a literal disposição da lei (art. 686, §§ 2º e 5º do Reg. de 1850), no tocante à «omissão de prova do prejuízo e interesse da autora na declaração da nulidade»; e do § 3º que, determinando «não poder ser relevada pelo juiz, que a deve pronunciar», exclui toda a autoridade, faculdade ou possibilidade de provimento ou *decisão* em contrário?

A Companhia autora pleiteou a reivindicação de nove fazendas agrícolas de café, alheadas, ao seu diretor presidente, por meio de uma sua proposta para adquiri-las em troca, dação *in solutum*, ou compra e venda de suas *próprias* ações, facilitada por uma outra da diretoria para que se reduzisse o capital social, ainda não integrado de 50%, aprovadas em assembléia geral, para êsse fim convocada, pelos votos dos próprios interessados na operação, e de um administrador e um fiscal, com poderes conferidos por procuração; imóveis êsses que o adquirente transferiu ao réu, em

solução e pagamento de dívida individual, com a garantia das ações permutadas.

Os acórdãos rescindendo, não obstante reconhecerem as violações da lei nas deliberações e atos translativos da propriedade das fazendas, negam, entretanto, à autora, qualidade para arguir a nulidade e demandar a rescisão, «por isso que haviam sido por ela mesma praticados e a ninguém ser lícito tirar proveito da sua própria culpa, é má-fé, e terem sido eles ratificados por deliberações posteriores, aprovando todos os atos da diretoria».

Julgando improcedente a ação, se nenhum dos *considerandos* dos aludidos acórdãos, que são os «elementos objetivos ou *motivos* da *decisão* proferida», *enunciam* preceitos contrários à tese da lei ou direito expresso, o «dispositivo ou conclusão», que é propriamente a *sentença*, «absolvendo o réu da reivindicação», pronuncia e decide literalmente contra a lei, violada em seus preceitos explícitos e textualmente proibitivos, sancionando a compra e venda das ações pela própria companhia emissora dos títulos e a reforma dos estatutos, reduzindo o capital social, resultantes de votos em assembleia geral, nula na sua constituição e nos seus atos, e consequentemente sem as condições de órgão representativo da companhia.

Se não enunciam os *considerandos* «serem ratificáveis as nulidades de *pleno direito*, absolutas ou substanciais, e ser lícito ao juiz relevá-las», a *decisão*, «absolvendo o réu», viola *direito expresso*, não pronunciando nulidades *visíveis das respectivas atas*, questão, portanto, de *simples inspeção*, ante o texto da lei, que não faculta as partes ratificarem e ao juiz proíbe relevá-las, ordenando que as pronuncie, e declarando nulos e de nenhum valor, para produzirem quaisquer efeitos, os atos e contratos em que elas se derem. Dispensando, outrossim, da prova do prejuízo, para serem alegadas ou propostas por todos aqueles a quem interessarem ou prejudicarem.

A ilegalidade das decisões foi demonstrada na promoção (fls. 502 dos autos apensos) do Desembargador Procurador-Geral, representante do Ministério Público, salientando a injustiça notória e a ofensa ao direito da parte.

Restringindo a qualificação de sentença «proferida contra a lei ou direito expresso» ao conceito da Ord. liv. 3ª, tit. 75, figurado nos dois exemplos — um em que o juiz

«julgasse que o menor de 14 anos podia fazer testamento, ser testemunha, ou coisa semelhante, que seja contra as nossas ordenações»; e outro em que «se fôsse contenda sôbre um testamento, dizendo-se por uma parte que o testador era menor de 14 anos ao tempo em que fêz, e da outra se dissesse que era maior, o juiz julgasse de maior idade o testador, que pelas inquirições ficou provado o contrário»; restrição essa em manifesta discordância da interpretação e doutrina do acórdão das Câmaras reunidas — «considerando *incorrer nessa censura não só o julgado que proclama em princípio contrário ao que estatui o texto legal, mas também o que nega sua aplicabilidade quando êle rege o caso dos autos, ou ofende com interpretação errônea, sacrificando-se, em qualquer destas hipóteses, a tese jurídica que o legislador adotou*» (Revista de Direito, vol. 9º, pág. 493), conclui contraproducentemente o voto vencedor pela improcedência da presente ação, não pela ilegalidade do julgamento ou *decisão proferida*, mas da dos seus motivos ou razões de decidir, consoantes a direito e às provas dos autos!

Mas, a questão não é de conflito de provas, ou êrro na sua apreciação, e sim do da sentença dada por falsa causa, *em relação a direito*, interpretando e aplicando a lei *em contravenção direta e formal ao seu teor ou disposição*.

Caso outrora de «revista», em que o tribunal verificava se a lei havia sido exata e fielmente aplicada aos fatos tais e quais figurados qualificados.

Negando à autora o direito e interêsse na reivindicação das fazendas e sancionando judicialmente o tentado do esbulho e ilegítima apropriação pelo réu, absolvido da instância no falso suposto de terem sido praticados pela autora os atos da alheação, cuja nulidade, aliás, reconhecem, por lamentável confusão dos julgados em considerar «arguição de dolo» e da *inexistência jurídica* do ato deliberativo da assembléia geral e do exercício de ações ou meios judiciais distintos — *ut universi*, afetando a sociedade *integritatus* e *ut singuli*, originárias do quase-delito, de interêsse individual ou privado, os referidos acórdãos violaram, reiterada e materialmente, textos explícitos da lei, decidindo diretamente o contrário das suas prescrições, interpretadas e aplicadas por forma a tornar ilusórias as solenidades interessando a essência e substância das deliberações das assembléias gerais, como poder soberano da sociedade e dos atos de seus administra-

dores, no exercício do mandato social, vinculando a companhia autora por deliberações e atos de terceiros, que não a personificam, não a representam e, conseqüentemente, a desobrigam, por terem resolvido o que a lei proíbe e com o concurso de votos que a lei exclui.

A nulidade insanável e imprescritível da compra e venda das ações, vício originário da alienação dos imóveis, afetando os demais atos posteriores da sua execução, quando outros alegados e igualmente substanciais não os invalidassem, bastaria para legitimar o exercício da presente ação rescisória, meio habil, em nosso direito, para anular a sentença, isto é, a decisão proferida *contra a disposição literal e expressa da lei*.

Considerar a lei ou o direito da sua tese *em abstrato ou lei*, e conseqüentemente contra o erro manifesto da *interpretação judiciária* no julgamento da causa.

Considerar a lei ou o direito da sua tese *em abstrato* ou no seu império *intelectual* era função do Supremo Tribunal de Justiça, que *não julgava*, delegando essa função a uma Relação revisora, que *decidia* da ilegalidade ou legalidade *da aplicação da sua tese*.

Os exemplos figurados na Ord. liv. 3^o tit. 75, para distinguir o julgamento contra a tese ou direito da lei e o da parte não incompatibilizam o exercício da ação rescisória ou da nulidade da sentença, relativamente a *decisão* e não aos *motivos e enunciados dela*, que é o critério legal ou o elemento *constitutivo* da nulidade do julgado.

Em contenda sobre um testamento, em que fôsse questão controvertida a «menoridade do testador», não é *decisão*, que possa ser argüida de nula, o enunciado ou considerando da sentença sobre a *prova* da idade do testador, e sim o *julgamento* da sua validade ou invalidade para os efeitos da *execução*, ante o preceito da lei, que veda ao menor de 14 anos válidamente testar.

Assim também, em relação aos acórdãos rescindendo, não são os «*motivos ou considerandos*» dos julgados para validar os atos translativos dos imóveis de propriedade da autora, mas a *ilegalidade* da «*compra e venda de ações da companhia pela própria companhia e o modo por que foi deliberada e executada*», visível a «*simples inspeção*» das

atas e escrituras respectivas, sancionada pela *decisão*, contravindo a *tese proibitiva* da lei e reicindindo em *contravenção da relevância*, o objeto da nulidade argüida contra as aludidas sentenças.

Isto pôsto, votei *de meritis* pela procedência da ação.

Quanto às preliminares, fui voto vencedor: aditando aos fundamentos expostos quanto a *prescrição*, a inconstitucionalidade do *decr. nº 1.455, de 1905, art. 1º, parágrafo único*, regidos como são os contratos, «no que respeita a sua forma, meios de prova condições para a sua validade, mutabilidade ou imutabilidade e efeitos, nos quais se incluem as causas da sua revogação ou resolução», pela lei em vigor ao tempo em que se formam. Tendo assim já se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, na *apelação cível nº 2.076, relativamente à prescrição alegada sob aquêlê fundamento. — Tavares Bastos, vencido. — Foi voto vencedor o Sr. Desembargador Lamounier Júnior. — Miranda.*

VIII

EXTENSÃO DO PRIVILÉGIO
DAS
LINHAS DE TRANSPORTES
DE PASSAGEIROS

(The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Lta.)

PARECER



Parecer

I

A questão formulada no primeiro quesito da consulta anexa à carta, que em 14 do corrente me endereçou o sr. vice-presidente da Rio de Janeiro T., Light & Power, (*) me foi entregue ontem, está claramente resolvida, a meu ver, no contrato de 6 de novembro de 1907, cláusula 6ª, § único, onde a municipalidade estipula que

Durante o prazo do privilégio só as ditas Companhias ou Empresas poderão explorar o serviço de transporte de passageiros e cargas *sobre trilhos nos logradouros públicos, dentro das respectivas zonas.*

As companhias ou empresas a que esta cláusula se refere, são a de Carris S. Cristóvão, a de Carris Urbanos e a de Vila Isabel, de cujas linhas a Prefeitura do Distrito Federal, nesse ato, conven-

(*) A carta é a seguinte: «Rio, 14 de agosto de 1913. Exmº Sr. Conselheiro Rui Barbosa. ... Cumprimentando a V. Ex. tenho a honra de remeter a inclusa consulta, acompanhada do contrato celebrado com a Prefeitura, a fim de que V. Ex. se digne emitir o seu valioso parecer sobre essa questão. Como existem pedidos de diversas concessões para linhas aéreas e subterrâneas, animo-me a solicitar de V. Ex. a opinião, para nós imprescindível, com a possível brevidade. Aproveito a oportunidade [etc. ...] F.A. Hamilton, vice-presidente.

(Do arquivo da Casa de Rui Barbosa).

cionou com essas três associações a unificação, a eletrificação e o desenvolvimento.

Depois de assentar êsse acôrdo na cláusula 1ª, declara o instrumento contratual, na subsequente, qual o perímetro, cuja área "continuará a ser considerada zona privilegiada da Companhia de Carris Urbanos", e, logo após, definindo a natureza e limites de tal privilégio, estabelece:

Continuará a ser vedado estabelecer, em qualquer ponto do perímetro acima descrito, *outras linhas férreas, de bitola estreita ou larga*, quer pertençam às atuais companhias, *quer sejam novas concessões feitas a outros, empresários, enquanto vigorar o privilégio*, a que se refere a cláusula 6ª do presente contrato.

Na clausula 3ª se descreve o perímetro da área assegurada à Companhia de São Cristóvão, ajustando-se que, para ela, essa região "continuará a ser considerada zona privilegiada".

Na 4ª cláusula se traça "a zona especial da Companhia Ferro Carril de Vila Isabel", limitada mediante paralelas correntes a certa distância das suas linhas, acordando-se desistir essa companhia do disposto no contrato de 8 de julho de 1899, onde "se proíbe à municipalidade fazer, na sua vigência, concessões, que prejudiquem os interesses da mesma".

Ao que acrescenta o novo contrato, nessa cláusula: "A mesma regra se aplicará aos prolongamentos e ramais, que devem ser contruídos, nos termos dêste contrato, *fora das zonas descritas nas cláusulas segunda e terceira, e às concessões que se incorporarem à rêde, ou representarem seu desenvolvimento.*"

Assim, a renúncia, em que as três companhias co-contratantes anuíram, ao direito de impugnar ulteriores concessões municipais, que lhes prejudiquem "os interesses", está precisamente circunscrita, pela formal linguagem da cláusula 4ª,

1º) às linhas da Companhia Vila Isabel;

2º) aos prolongamentos e ramais que se constituírem, segundo o ajustado nesse contrato, "*fora das zonas descritas nas cláusulas segunda e terceira*";

3º) às concessões, não previstas nesse contrato, que de futuro se incorporarem à rede nêle deliberada;

4º) às que representarem desenvolvimentos dessa rede.

A respeito das linhas abrangidas nestas quatro restrições as três companhias co-associadas na uni-ficação já não gozam do direito que a sua situação contratual anterior lhe assegurava, de se oporem a concessões municipais, onde fôssem prejudicados "os seus interesses".

Essa renúncia, portanto, não se estende nem às linhas da Companhia de Carris Urbanos, nem às da Companhia de São Cristóvão, por isso que umas e outras se acham textualmente reservadas pelos termos da exclusiva: "*fora das zonas descritas nas cláusulas segunda e terceira*", visto como as zonas descritas nestas duas cláusulas são justamente as da São Cristóvão e as da Carris Urbanos.

Mas, renunciando a obstar às concessões futuras, que se contrapusessem aos seus "*interesses*", as companhias não se obrigaram a consentir nas que lhes lesassem os *direitos*; pois, evidentemente, o campo dos *interesses* é mais amplo que o dos *direitos*. Uma concessão pode ofender os *interesses* das três

companhias, sem lhes contrariar aos *direitos* definidos no contrato.

Admitir que elas houvessem renunciado a impugnar tais concessões, quando estas violarem os *direitos* das companhias, tais quais o contrato os estipula, seria imaginar o absurdo intolerável de que, no mesmo contrato, se contratassem e descontratassem, a respeito dos mesmos contraentes, os mesmos direitos.

Logo, não se poderia supor que as disposições da cláusula quarta derroguem ou restrinjam o estatuído na cláusula sexta.

Não se poderia,

1º) porque uma disposição genêricamente relativa a "*interesses*" não pode restringir ou derogar uma disposição especial e taxativa relativa a *direitos*;

2º) porque a seqüência em que se acham, no contrato, as duas cláusulas, permitiria que a sexta cerceasse ou ampliasse a quarta, e não que a quarta modificasse ou limitasse a sexta.

Nesta, portanto, é que está, incontestavelmente, o assento da matéria e a chave da questão.

Aliás, ao menos quanto à Companhia de Carris Urbanos, já os termos da cláusula 2ª peremptoriamente a dirimem, prescrevendo que, na zona privilegiada a essa companhia, enquanto vigorar o privilégio a que se refere a cláusula 6ª, continuam a ser vedadas quaisquer concessões novas, a outros empresários, de linhas férreas, seja qual for a sua bitola, e por onde quer que hajam de passar no perímetro descrito.

Mas a estipulação terminal da cláusula 6ª é geral: alcança as três companhias; porquanto essa cláusula, extensiva às três companhias em cada uma

das três estipulações, que se sucedem no corpo do seu texto, não inclui nenhuma das três no do parágrafo único, a elas subsequente.

Depois de convencionar que “os prazos dos privilégios *das três companhias*” serão unificados, terminando numa só data, em 1940; que numa só data, em 1970, findarão os das três concessões, e que, nessa época, os bens “*das três companhias*” reverterão à municipalidade, acrescenta, rematando, no parágrafo aludido :

Durante o prazo do privilégio, só *as ditas companhias ou empresas* poderão explorar o serviço de transporte de passageiros e cargas sobre trilhos, nos logradouros públicos, dentro das respectivas zonas.

A garantia aqui estabelecida, pois, aproveita, não só à Companhia de Carris Urbanos e à de São Cristóvão, mas ainda, e nos mesmos termos, à de Vila Isabel.

Ora, essa garantia limita às três companhias beneficiadas o privilégio de

- a) explorar o serviço “*de transporte de passageiros e cargas*”, desde que
- b) ele se opere “*sobre trilhos*”, e seja
- c) “*nos logradouros públicos dentro das respectivas zonas*”.

Mas o serviço de *tramways*, aéreos ou subterrâneos, se destina a transportar *passageiros e cargas*.

Em segundo lugar, é *sobre trilhos* que ele se efetua.

Em terceiro, tem de se utilizar, necessariamente, de *logradouros públicos*.

Logradoiros públicos são, de feito, as ruas e praças, não só nas áreas superficiais que de ordinário as constituem, senão também no espaço aéreo e no subterrâneo, que, por meio de vias sobrejacentes ou subjacentes, se franquearem ao tráfego e à circulação pública.

Lograr é gozar, desfrutar, usar. (Ord. L. 4, t. 43, § 9 *post med.*, §§ 10, 11, 12, 14 e 15. PEREIRA E SOUSA: *Dic.-Jurid.*, in *vº Logramento*; BLUTEAU: *Vocabul.*, v. V, p. 175) *Logradouro* vem a ser pois, o lugar ou sítio gozado ou suscetível de ser gozado por alguém. (MORAIS, *in hoc verb.*) *Logradouros públicos* se chamam, portanto, os lugares destinados ao gozo do público, dos habitantes de uma cidade, vila, ou país, da população em geral. Sob êsse nome, consequentemente, se designam, não só os caminhos usuais da viação pública, as ruas, praças, jardins, estradas, mas ainda o subsolo e o espaço aéreo, quando os órgãos legais da autoridade resolverem estender por meio de vias aéreas ou subterrâneas a viação pública do município ou do Estado.

Logo, a exploração de tranvias, subterrâneas ou aéreas, *para o transporte de cargas e passageiros por sobre trilhos*, cai sob a interdição a que se sujeitou o governo do Distrito Federal, subscrevendo a cláusula 6ª, parágrafo único, do contrato de 6 de novembro de 1907.

Não pode, por consequência, esta municipalidade fazer concessões de natureza tal a terceiros nas zonas de privilégio reservadas pelo seu contrato às Companhias de Carris Urbanos, S. Cristóvão e Vila Isabel.

Fica, destarte, solvido o primeiro quesito e prejudicados os dois imediatos.

II

Os meios judiciais, de que, na hipótese figurada, se poderão servir as companhias prejudicadas ou ameaçadas, para salvaguardar os seus direitos, são:

1º) Ação para anular a concessão, com que a municipalidade transgredir o seu contrato.

2ª) Perdas e danos em reparação aos prejuízos que sofrerem.

3º) Uso dos interditos possessórios, para se manterem nos seus direitos, e obstarem ao atentado.

Rio., 18 de agosto, 1913.

RUI BARBOSA.

ANEXOS AO PARECER DO ADVOGADO RUI BARBOSA
SÔBRE A QUESTÃO DA PREFEITURA COM A
LIGHT & POWER

acêrca da interpretação do seu contrato quanto à supressão
de linhas

I Exposição dos fatos por

H. BARTHÉLEMY,

profess. da Faculdade de Direito na Universidade de Paris

(Reprodução textual)

(*) Manuscrito do punho de Rui Barbosa, no arquivo da Casa de Rui Barbosa.



I

EXPOSIÇÃO DOS FATOS

Désirant doter la ville de Bucarest d'un réseau homogène de tramways électriques, la municipalité de cette ville a conçu une combinaison qui faisait appel à l'industrie privée, tout en intéressant le Trésor municipal au succès de l'opération. Ce système de régie intéressée n'étant pas en harmonie avec les principes ordinaires du droit administratif roumain, une loi spéciale fut sollicitée. Cette loi, promulguée le 14 avril 1909, autorisait le conseil municipal de Bucarest à fixer par ses délibérations les statuts de la société future, à faire appel au crédit public sous forme d'émission d'actions, à déterminer enfin, — sous réserve de l'autorisation du gouvernement, — les conditions de détails du fonctionnement de l'entreprise.

Conformément à cette loi, les statuts de la Société des tramways de Bucarest ont été rédigés par la municipalité, adoptés par le conseil municipal, approuvés par le conseil des ministres; la souscription aux actions a été plusieurs fois couverte; le conseil d'administration et la commission de contrôle ont été constitués selon les dispositions statutaires; la firme sociale a été inscrite sur les registres officiels en exécution des règles du code de commerce.

Pourvue de l'intégralité de ses organes, la Société municipale a commencé l'exécution des travaux qui lui étaient confiés. Elle a construit dans les rues de la capitale environ 15 kilomètres de lignes, dont plus de la moitié sont actuellement en état d'être mises en exploitation. Le matériel roulant nécessaire a été acheté pour l'ensemble du réseau. L'administration municipale, cointéressée à l'exploitation, a connu et approuvé tous les actes accomplis; elle a effectué le versement des sommes représentant la part de la ville dans la première émission de titres; elle a fait avec la société une

convention pour la vente du courant électrique, et cette convention a été approuvée par le ministère de l'intérieur, en juillet 1911.

Sur ces entrefaites, le cours des événements politiques a amené une modification profonde dans le personnel municipal de Bucarest et dans le personnel gouvernemental roumain.

Le grand succès qu'avait eu l'opération ci-dessus décrite portait ombrage à la municipalité nouvelle. Il fut vite décidé qu'avec l'appui du nouveau ministère on s'efforcerait de combattre les efforts et de contester la validité de la société. L'occasion s'en présenta vite. La Société municipale se heurtait à l'opposition des anciennes compagnies dont elle avait à traverser les voies. Elle réclama le concours de l'Administration. Ce concours lui fut refusé. Le nouveau maire, intervenant dans le procès destiné à vaincre la résistance des sociétés anciennes, fit déclarer devant le tribunal de commerce qu'il refusait toute garantie à la Société municipale, par la raison qu'il la tenait pour dépourvue d'existence légale.

En même temps le conseil des ministres était sollicité d'abroger la loi du 14 avril 1909, celle-là même qui avait ordonné et facilité la constitution de la société.

Sans obtempérer d'abord à cette singulière requête, le nouveau ministre se borna à annuler l'approbation qu'avait été donnée aux statuts par le gouvernement précédent. Le ministre de l'intérieur, par mesure de police, fit, en outre, arrêter les travaux en cours d'exécution dans les rues de Bucarest.

L'illégalité de cette mesure n'était pas douteuse. *Il n'était pas admissible que l'Administration nouvelle pût se dérober, à par sa seule volonté, à l'observation d'engagements légalement souscrits par l'Administration précédente, et confirmés par l'autorité gouvernementale.* Le ministère ne pouvait pas davantage, en revenant sur des mesures de tutelle administrative régulièrement prises, supprimer l'efficacité des homologations et des autorisations précédemment accordées.

D'énergiques protestations s'élèverent contre les actes ainsi accomplis et annoncés. *Elles furent appuyées par des consultations nombreuses et concordantes de M. M. BARTHÉLEMY (20 oct. 1911), VON GIERKE (22 oct. 1911), de Berlin, NARGHIÈRE, de Naples (7 nov. 1911) SCIALOJA, de Rome (6 nov. 1911). Une consultation collective de M. M. les*

professeurs ALGLAVE, LARNAUDE, NASSIGLI, CHAVEGRIN et SALEILLES vint justifier les opinions précédemment invoquées.

Les choses en étaient a ce point, lorsqu'une disposition, que nous ne craignons pas d'assimiler à un véritable coup d'Etat, vint brusquer le dénouement. *Une loi de circonstance fut votée pour décider que dans le conflit engagé, la nouvelle municipalité, appuyée par le nouveau ministère, devait avoir gain de cause. C'est la loi spéciale du 18 déc. 1911.*

Dans l'exposé de motifs qui la précède, la loi du 18 déc. 1911 est présentée comme une disposition interprétative de la loi du 14 avril 1909. Elle a pour objet «d'en combler les lacunes...», «d'en faire disparaître les incertitudes...», «de mettre fin à la double série de difficultés qui en sont nées», d'abord «en attribuant à la société la personnalité civile qu'on lui conteste», ensuite, en dépouillant la société «d'avantages exceptionnels et exorbitants que les anciens status lui conféraient, par suite d'une interprétation erronée et abusive de la loi de 1909».

Pour atteindre ce but, le législateur se garda bien de supprimer la société, dont on contestait jusqu'alors l'existence légale; il n'abrogea pas la loi de 1909, dont il déclare même (avant dernier alinéa de l'exposé de motifs) «maintenir les principes intacts.»

Il assigne seulement à la société des statuts nouveaux, qu'il rédige lui même. Naturellement, des dispositions transitoires sont prises pour léser le moins possible le droit des actionnaires. Il faut bien prévoir cependant le cas où ils n'accepteraient pas les conditions qu'on leur impose. Dans cette hypothèse la loi donne à la ville la faculté de racheter au prix de revient les installations et le matériel de la société.

La Société municipale des tramways n'eut pas de peine à démontrer que la loi du 18 déc. 1911 n'était pas un texte interprétatif, qu'elle contenait des dispositions nouvelles nullement rétroactives, qu'elle laissait intégralement subsister les textes dont l'application avait soulevé le litige engagé devant les tribunaux.

Ses défenseurs plaidaient devant les juges l'inconstitutionnalité d'un tel acte.

Inconstitutionnel, en effet, ce texte l'était doublement.

.....
(SIREY, 1912, IV, 9, not.)

II

Resumo dos fatos pelo Repertório Sirey

Une loi du 14 avril 1909 avait autorisé le conseil municipal de Bucarest (Roumanie) à traiter avec une société, dont les statuts devaient être fixés par les délibérations du conseil municipal, pour la constitution d'un réseau de tramways électriques.

En exécution de cette loi, il est intervenu, entre la ville de Bucarest et la Société commune des tramways de Bucarest, un traité, qui a été approuvé par le gouvernement roumain, et qui confiait à cette société l'entreprise des tramways.

Alors que les travaux étaient en cours d'exécution, et qu'une partie des lignes étaient sur le point d'être livrées à l'exploitation, la municipalité de Bucarest a mis tout en oeuvre pour empêcher la société de fonctionner, en obtenant du ministère, d'abord le retrait de l'autorisation précédemment donnée aux statuts, puis un ordre de suspension des travaux en cours.

L'illégalité de ces mesures ayant provoqué des protestations de la part de la société, le gouvernement, pour éviter à la municipalité de Bucarest les conséquences judiciaires qu'elles pouvaient avoir, a fait voter, le 18 déc. 1911, une loi, *présentée comme loi interprétative*, qui déclarait que la loi ne pouvait continuer à fonctionner qu'en conformité des nouveaux statuts qui étaient annexés à la loi du 18 déc. 1911, et remplaceraient les statuts précédemment approuvés, et qu'en cas de non-acceptation des nouveaux statuts par les actionnaires, ceux-ci auraient seulement le droit de se pourvoir à fin de dommages — intérêts, ou de recevoir le montant nominal de leurs actions, si la ville voulait les acheter.

La Société des tramways de Bucarest a assigné la ville de Bucarest pour voir déclarer la nullité, comme inconstitutionnelle, de la loi du 18 déc. 1911, et elle a appelé au procès la ministre de l'intérieur, aux fins de s'entendre condamner à rapporter l'ordre de suspension des travaux et à des dommages-intérêts pour le préjudice causé.

(*Recueil Général des Lois et des Arrêts, de Sirey. Année 1912. Part. IV, pg. 10-12, texto.*)

III

Narração do Caso no livro de Lambert-Ribot.

Le problème qui fait l'objet de cette étude s'est posé également devant les tribunaux étrangers, à propos d'une affaire célèbre, l'affaire des tramways de Bucarest, pour laquelle d'importantes consultations ont été données par Mrs. Larnaude, Alglave, Nassigli, Chavegrin, Saleilles et Barthélemy, professeurs à la Faculté de Droit de Paris.

Dans le but d'organiser en régie cointéressée un service de tramways dans la ville de Bucarest, le Conseil municipal avait sollicité et obtenue des pouvoirs publics l'émission d'une loi spéciale, promulguée le 14 avril 1909, déterminant les conditions de fonctionnement de l'entreprise projetée.

Conformément aux prescriptions de cette loi, les statuts avaient été rédigés par la municipalité, adoptés par le Conseil municipal et approuvés par le Conseil des Ministres, le 23 mai suivant.

Or, à la suite de circonstances politiques que nous n'avons pas à rapporter ici, la municipalité, pour faire pièce à la société municipale, qui avait été constituée et qui avait commencé l'exécution des travaux nécessaires à l'exploitation concédée, arguait de nullité les actes administratifs précédemment intervenus, et soutenait que l'existence de la société, à la création de laquelle toutes les autorités régulièrement instituées avaient cependant participé, était entachée d'illégalité; et pour donner une valeur effective et en quelque sorte positive à cette prétention, elle sollicitait, le 8 juillet 1911, des pouvoirs publics une décision tendant à provoquer la révocation de ses propres engagements.

Par décision en date du 18 juillet 1911, le Conseil des Ministres déclarait annuler retroactivement l'approbation qu'il avait donnée aux statuts, et une nouvelle loi, du 18 déc. 1911, prétendait, en interprétant celle du 14 avril 1909, fixer à nouveau le régime juridique de la Société des Tramways, et mettre fin aux difficultés qui s'étaient produites.

Le problème était donc de savoir si la situation créée au profit de la Société municipale l'avait été légalement, et, dans le cas contraire, s'il appartenait aux pouvoirs publics, soit par le retrait des approbations précédemment données, soit par

l'émission d'une nouvelle loi prétendue interprétative, de revenir sur des droits antérieurement créés...

Le tribunal d'Ilfov, consulté sur la question de savoir si la loi du 18 déc. 1911, qui imposait à la Compagnie des Tramways de Bucarest de nouveaux statuts, pouvait être considérée comme une loi interprétative de la loi de 1909, ou si, au contraire, elle était anticonstitutionnelle, a rendu son jugement le 2 février 1912. (SIREY, 1912. IV, 14.)

Il a estimé que, si la loi de 1909 était nulle, c'était au juge qu'il appartenait de prononcer cette nullité, et que le législateur n'avait pu se substituer à lui.

(LAMBERT-RIBOT: *Des moyens dont dispose l'administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées*. 1913. Pg. 37-38, not.)

IX

SEGRÊDO PROFISSIONAL

(Caso de Emília Barbatte de Sousa)

PARECER



Parecer

Tendo acompanhado com atenção os debates de que nos dão notícia os jornais, sôbre o caso do Dr. Gregório Seabra, lendo tudo quanto se tem escrito por parte dêle e da justiça, não hesito em dar a minha opinião, declarando que o meu honrado colega procedeu, e continua a proceder, como era da sua obrigação mais estrita.

Eu não me haveria de outro modo, se me visse na mesma conjuntura.

Nenhum advogado, em circunstâncias tais, poderia ter procedimento diverso, sem romper com os deveres da honra profissional, inabilitando-se para merecer nunca mais, no seu officio, a confiança de quem quer que fôsse. E estou certo que, em qualquer país culto, onde espécie igual se oferecesse, não haveria homem de bem, que comprehendesse diferentemente os devers do patrocínio judicial.

Não está mal à justiça, em casos desta natureza, reconsiderar os seus atos e despachos; porque os atos e despachos da justiça não são definitivos, senão depois de ouvidas as partes, e só o que não lhe assenta bem é persistir em os consumir, depois que a defesa delas esclarece a autoridade e lhe alumia o caminho para a reforma dos seus erros.

Ipanema, 17 de fevereiro de 1913.

RUI BARBOSA.



INDICE ONOMÁSTICO

- ALEGRIA, José Ferreira, ps. 159, 161, 241.
ALGRAVE, ps. 276, 279.
AMADEO, p. 170.
ANDRADE, Diogo de, p. 259.
ARAGÃO, Salvador Antônio Muniz Barreto de, ps. 245, 251, 253.
ARNDTS, Ludwig Arndts Ritter von Arnesberg, ps. 143, 184, 218.
ARTHUYS, F., p. 50.
ASSIS FIGUEIREDO, Afonso Celso de, Visconde de Ouro Preto, ps. 151, 217, 241.
AUBRY, ps. 146, 183, 218,
BARASSI, p. 143.
BARBOSA, Rui, ps. IX, X, XI, XII, 5, 19, 24, 28, 40, 44, 91, 121, 129, 133, 136, 212, 267, 273, 283.
BARROS Júnior, Antônio Ferreira de, ps. 197, 203, 204, 239, 240, 241, 248, 249.
BARTHELÉMY, H., ps. 273, 276, 279.
BARTOLI, Cannada, p. 192.
BAUDRY-LACANTINERIE, G., ps. 142, 143, 145, 218.
BEVILÁQUA, Clóvis, ps. 27, 151, 165, 171, 183, 204, 217.
BIOT, p. 145.
BLACK, Henry Campbell, ps. 10, 71.
BLUTEAU, Rafael, p. 272.
BORGES CARNEIRO, Manuel, p. 165.
BRAGA, Cincinato, ps. X, 29, 31, 32, 39, 40.
BRANDEY, p. 104.
BUENO, Joaquim da Cunha, ps. 196, 204, 207, 239, 242, 248.
BULHÕES CARVALHO, João Evangelista de Saião, ps. 151, 200, 204, 217, 234.
CÂMARA, José Gomes Bezerra, ps. VII, XII.
CARVALHO, Carlos Augusto de, ps. 27, 87.
CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio, ps. 37, 38, 39, 87, 88.
CASTRO, Antônio Monteiro de Miranda, ps. 159, 161, 221, 241, 245.
CASTRO, Gentil José de, ps. 138, 140, 147, 150, 160, 161, 180, 192, 194,

196, 197, 198, 199, 200, 204, 205, 207, 208, 221, 222, 231,
232, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 245, 246,
247, 248, 249.

- CAVALCANTI, Amaro, ps. 64, 86.
CELLÉRIER, L., p. 50.
CHAVEGRIN, ps. 276, 279.
CHIRONI, G., p. 183.
CINTRA, Guilherme Cordeiro Coelho, ps. 245, 251, 253.
COELHO DA ROCHA, Manuel Antônio, p. 26.
COOLEY, Thomas, p. 71.
CORREIA TELES, José Homem,, ps. 27, 201, 202, 242.
CROME, Carl, ps. 37, 182, 218.
DALLOZ, Desiré, ps. 145, 147, 218.
DENISART, p. 218.
DE VOS, p. 154.
DIAS LIMA, Agostinho de Carvalho, ps. 251, 253.
DONAT, ps. 149, 201.
DRUMMOND, João da Costa Lima, ps. 250, 251, 253.
DUMOULIN, p. 164.
DURANTON, p. 182.
ENDEMANN, Friedrich, p. 218.
ENDEMANN, Wilhelm, p. 148.
ESPÍNOLA, Manuel José, p. 251.
ETIENNE MÜLLER & CIA., ps. 104, 109, 110.
FAURE, p. 143.
FERRARA, Francesco, p. 201.
FERRAZ, Martinho, ps. X. 29, 31, 32, 33, 35, 36, 39.
FERREIRA, Waldemar Martins, ps. XI, 129.
FERREIRA VIANA, Antônio, p. 217.
FIGUEIREDO, José Ferreira de, ps. 239, 248, 259.
FILOTTI, p. 87.
FLORIANO FERREIRA & IRMÃO, p. 199.
FRANÇA, Geminiano da, p. 259.
GARCÊS, Martinho, ps. 174, 175, 192.
GASCA, ps. 145, 146.
GENTIL, SYGMARINGA & CIA., p. 196.
GIORGI, Giorgio, p. 170.
GIERKE, Otto Friedrich von, p. 276.
GUENOUX, p. 168.
GUILLERY, p. 154.
GUILLOUARD, ps. 142, 143, 145, 183, 218.
GUIMARÃES, Celso Aprígio, ps. 134, 259.
GUIMRÃES, Francelino, p. 259.

- HAMILTON, F. A., ps. XII, 267.
HIGINO, *vide*: PEREIRA, J.H.D.
HOUPIN, C., p. 50.
HOWARD, ps. 70, 72, 76, 77, 79.
JUDSON, Fred., ps. 71, 73, 74, 79.
LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, p. 27.
LAFAYETTE, *vide*: PEREIRA, L.R.
LAMBERT, p. 280.
LAMMOUNIER JR., José Afonso, p. 264.
LARNAUDE, ps. 276, 279.
LYON-CAEN, p. 50.
LAURENT, F., p. 183.
LIMA, Gusmão, p. 25.
LUZZATTI, Luigi, p. 60.
MAGRATH, Walker, p. 78.
MANARA, Ulisses, ps. 56, 57, 109.
MARGHIERE, Victor, p. 169.
MARSHALL, John, p. 67.
MASSÉ, p. 146.
MELO FRANCO, E.O. de, p. 199.
MELO FREIRE, Pascoal José de, ps. 26, 176.
MICHOU, L., p. 169.
MIRANDA, Afonso Lopes de, ps. 250, 251, 264.
MONTEIRO, João, p. 87.
MONTENEGRO, Caetano Pinto de Miranda, p. 134.
MORAIS, p. 201.
MORAIS SILVA, Antônio de, p. 272.
MUHLEMBRUCH, p. 177.
NABUCO DE ABREU, Pedro de Alcântara, p. 244.
NARGUIERI, p. 276.
NASSIGLI, ps. 276, 279.
NOAILLAT, p. 50.
PARIEU, Esquir, p. 63.
PAULA BATISTA, Francisco de, p. 177.
PAULO, Júlio, p. 247.
PAZ, F. Ramos, p. 161.
PEIXOTO, Floriano Vieira, ps. 63, 197.
MATOS, Joaquim Inácio de, ps. 196, 203, 207.
PENTEADO, Antônio Leite, p. IX.
PEREIRA, José Higino Duarte, ps. 151, 217.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, ps. 27, 151, 176, 193, 194, 201, 217.
PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, ps. 64, 203, 272.
PESSOA, Epitácio da Silva, ps. 81, 134.

- PIMENTA BUENO, José Antônio, p. 257.
PINHEIRO, Luís Antônio Fernandes, ps. 245, 251, 253.
PITANGA, Antônio Ferreira de Sousa, ps. 245, 251, 253.
PLANIOL, Marcel, ps. 142, 143, 182, 218.
PONT, Paul, p. 50.
POTHIER, Robert Joseph, ps. 142, 182, 201, 218.
PRUDENTE DE MORAIS, *vide*: BARROS, p. 63.
PUJOL, Alfredo, ps. X, 29.
QUEIROZ, Joaquim Monteiro de, p. 241.
RAU, ps. 146, 183, 218.
RENAULT, p. 50.
RIBEIRO, José Cesário de Miranda, ps. 251, 253.
RIBOT, p. 280.
RODRIGUES ALVES, Francisco de Paula, p. 63.
RODRIGUES & CIA., ps. XI, 134.
ROSA, Salvatore la, p. 165.
ROUSSEAU, Rodolph, p. 50.
SABINO, Horácio, ps. X, 29, 31, 32, 36, 39, 40.
SAIGNAT, ps. 142, 143, 145.
SALEILLES, Raymond, ps. 276, 279.
SAVIGNY, Friedrich Carl von, p. 168.
SCIALOJA, Antônio, p. 193, 276.
SEABRA, Cícero, p. 259.
SEABRA Júnior, Gregório Garcia, ps. XII, 283.
SEDGWICK, Theodor, p. 17.
SEGURADO, p. 244.
SERAFINI, Filippo, ps. 143, 184, 218.
SILVA, Manuel, ps. 26, 165.
SIMÕES, Angelino José da Costa, p. 241.
SIREY, ps. 146, 147, 218, 278, 280.
SIVILLE, A., ps. 50, 97.
SOUSA, Emilia Barbette de, p. 281.
SOUSA RIBEIRO, João Carlos de, ps. 151, 217.
S. PAULO REAL STATE Co. Ltd., p. 32.
SURVILLE, p. 183.
TANEY, p. 69.
TAVARES BASTOS, José, ps. 134, 251, 253, 264.
TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, ps. 27, 177, 200, 201, 202, 203, 249.
TÔRRES, Artur Ferreira, ps. 48, 49.
TROPLONG, ps. 145, 146.
ULPIANO, Domício, ps. 247, 248.
VAN MEENEN, p. 154.
VAVASSEUR, A., ps. 50, 97.

- VERGÉ, p. 146.
 VIEIRA, Antônio, p. 213.
 VILLABOIM, Manuel Pedro, ps. 137, 138.
 VIVANTE, Cesare, ps. 51, 115, 150, 169, 171, 218.
 VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José, p. 244.
 WALLACE, ps. 73, 75, 76, 77, 78, 19, 80.
 WILLOUGHBY, p. 83.
 ZACHARIAE, Carlo Salomo, ps. 143, 146, 182, 218.



ÍNDICE

PREFÁCIO	IX
I — PRIVILÉGIO MUNICIPAL — SUA DURAÇÃO. (Consulta da Companhia Mineira de Eletricidade).	
Parecer	1
Consulta	3
PARECER	7
II — USUCAPIÃO. Parecer	21
PARECER	25
III — CAUSA HORÁCIO SABINO E CINCINATO BRAGA x MARTINHO FERRAZ (Adv. Alfredo Pujol). Tribunal de S. Paulo (Embargos 7.211). Parecer	29
PARECER	31
IV — BANCO HIPOTECÁRIO DO BRASIL. Parecer	41
Consulta	45
PARECER	47
V — INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. Comp. Docas da Bahia. Parecer	93
Consulta	95
PARECER	97
VI — DISCIPLINA ESCOLAR. O Caso dos Estudantes de Medicina de S. Paulo. Parecer	123
PARECER	125
VII — NULIDADE E RESCISÃO DE SENTENÇAS. Com- panhia Agrícola e Comercial do Brasil. Parecer	131
Nota do Revisor	133
1. PARECER	137
I — Noção Geral da Espécie	137
II — O Negócio das Ações	140
III — A Amortização do Capital	153
IV — A Assembléia Geral	157
V — Infrações da Lei Expressa	163
VI — Alegação das Nulidades	167
VII — Interêsse na Reivindicação	176
VIII — Excesso de Mandato	180

IX — Ratificação	190
X — A Hipoteca	193
XI — As Fazendas Litigiosas	196
XII — A Escritura de 1895	201
XIII — A Execução	202
XIV — Incompetência de Juízo	204
XV — O Relatório	205
XVI — A Prescrição	209
XVII — Segunda Rescisória	211
2. DISCURSO a ser proferido na sessão de 16 de outubro de 1913, da Córte de Apelação do Distrito Federal	213
I — Acórdão	237
II — Acórdão	245
III — Acórdão	251
IV — Acórdão	253
V — Acórdão	255
VIII — EXTENSÃO DO PRIVILÉGIO DAS LINHAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS (<i>The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Ltd.</i>). Parecer	265
PARECER	267
Anexos ao Parecer do Advogado Rui BARBOSA sobre a Questão da Prefeitura com a Light & Power acêrca da Interpretação do seu contrato quanto à supressão de linhas. I — Exposição dos Fatos por H. BARTHÉLEMY, Professor da Faculdade de Direito na Universidade de Paris (Reprodução textual)	273
I — Exposição dos Fatos	275
II — Resumo dos Fatos pelo Repertório Sirey	278
III — Narração do Caso no Livro de Lambert-Ribot ...	279
IX — SEGRÊDO PROFISSIONAL (Caso de Emília Bar- bete de Sousa). Parecer	281
PARECER	283
INDICE ONOMÁSTICO	285

AOS 10 DIAS DO MÊS DE JULHO DO ANO DE
1964, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
PARA A CASA DE RUI BARBOSA,

ÊSTE TOMO TERCEIRO

DO VOLUME XL

DAS

Obras Completas de Rui Barbosa

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

