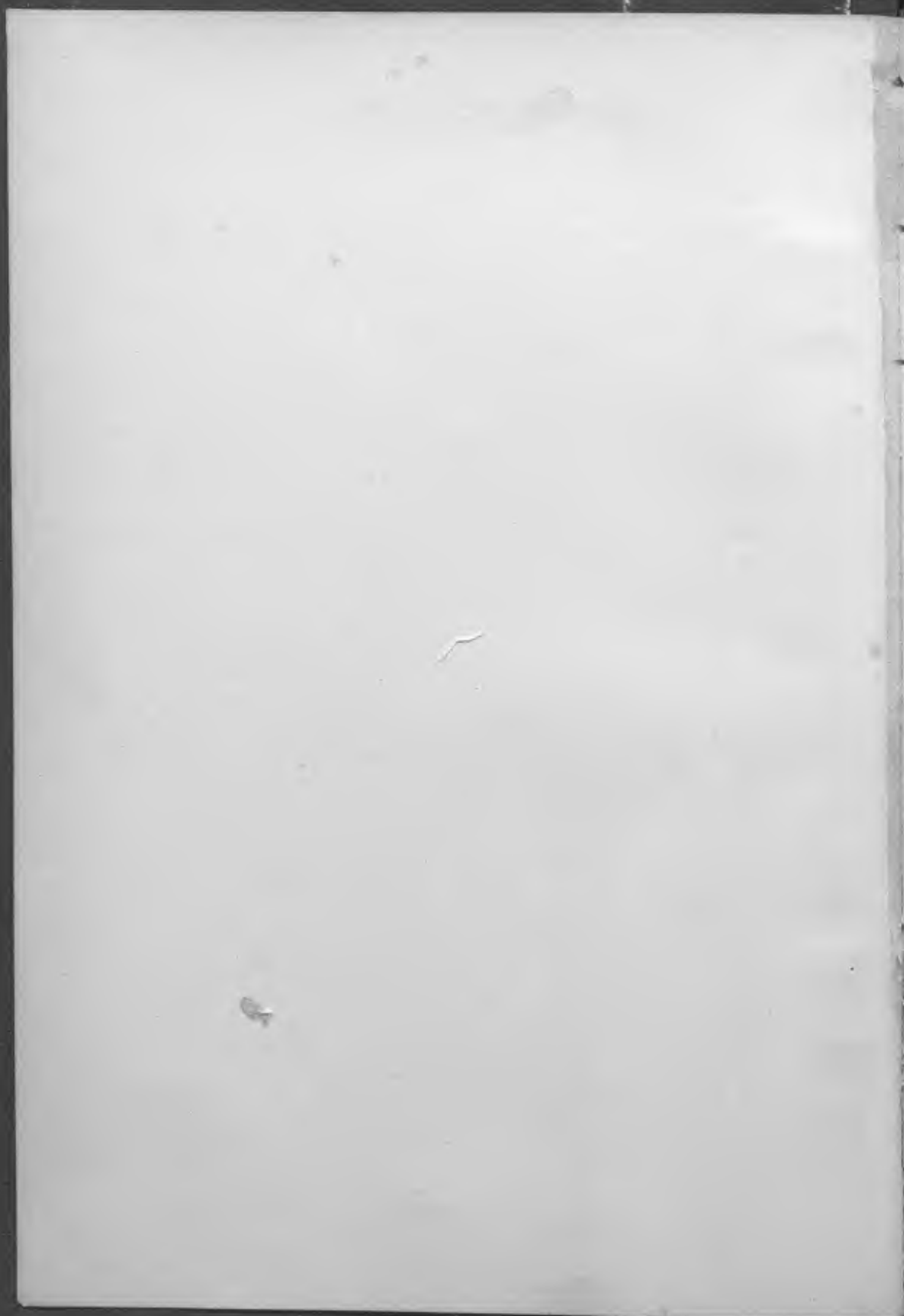
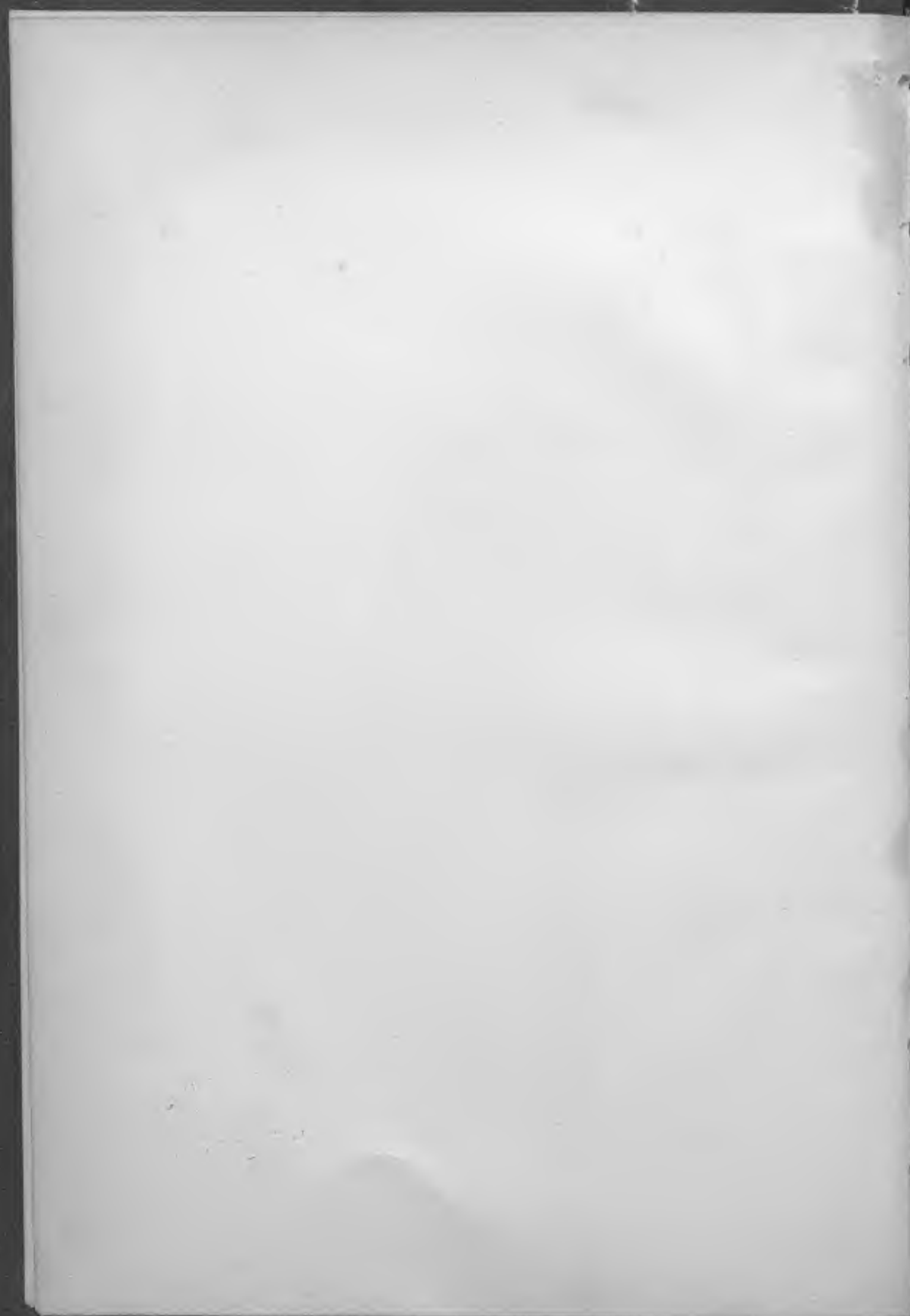




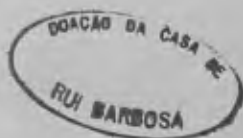


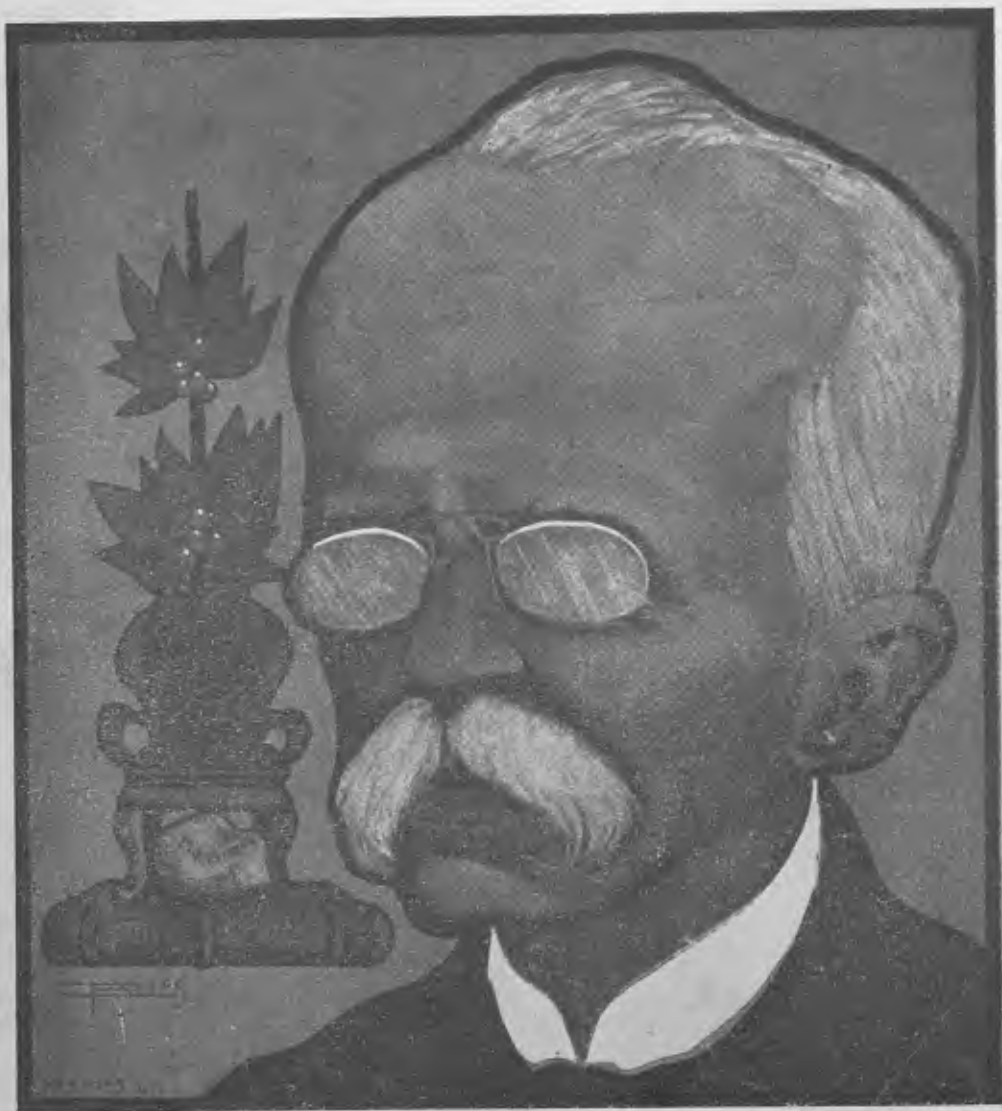


OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXXV

TOMO II



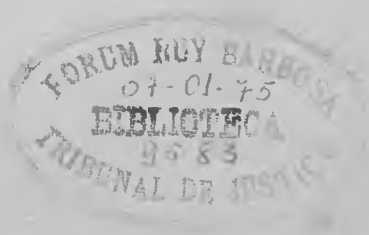


Rui Barbosa. Caricatura da autoria de J. Carlos, na *Careta*, do Rio de Janeiro, em 17 de outubro de 1908, a propósito da eleição de Rui para a Presidência da Academia Brasileira de Letras.

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXXV. 1908
TOMO II

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1963

TOMBO 003974



320,981
B238

CATALOGO 003984

PREFÁCIO E REVISÃO

DE

JOSÉ CÂMARA

Juiz de Direito no Estado da Guanabara



PREFACIO

Publica-se no presente conjunto, que nas OBRAS COMPLETAS de seu Autor constitui o tomo II do volume XXXV, a série dos trabalhos jurídicos de Rui Barbosa, produzidos no ano de 1908.

Tôda a matéria aqui contida, a exceção, ao que se infere, dos opúsculos II, III, VI e VIII, era já impressa, em periódicos ou avulsos, havendo até mesmo casos de mais de uma edição, como ocorre com o estudo a propósito dos privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos da América.

O opúsculo I, que o integra, constituído do parecer solicitado pela diretoria da The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Co., Ltd., (1), teve duas edições: uma em 1908; outra em 1911. A primeira de 58 páginas, in 8º, impressa nas oficinas gráficas do Jornal do Comércio desta Capital; a segunda, em idêntico formato (VI-72 páginas), feita na Empresa Foto-Mecânica do Brasil. Tornou-se rara a edição de 1908, tudo indicando ter sido este o motivo que justificou sua reedição três anos mais tarde. Utilizou-se como texto para a publicação atual o da edição de 1911, que se presume mais completo, além de sensivelmente ampliada.

(1) Subscreeveu a consulta o engenheiro Alfredo Maia, tendo, porém, solicitado diretamente a opinião do Cons^o RUI BARBOSA, e insistido a respeito de alguns pontos que deveriam ser focalizados na sua resposta, um dos patronos da empresa canadense, advogado Francisco de Castro Júnior, cuja correspondência atinente à matéria é hoje conservada no arquivo da Casa de Rui Barbosa.

O título do opúsculo é o que se contém na 2ª edição, aliás, sem alteração assinalável em relação à primeira, de 1908.

Também era matéria divulgada em avulso a do opúsculo IV, na qual acrescentamos o título que o encima, ao que nos parece, comportado pelo seu conteúdo, critério, aliás adotado no concernente aos demais, de números II, III, V, VI, VII e VIII. O texto reproduzido é o do impresso executado por intermédio da Papelaria Americana, em formato 16º, com 54 páginas (Rio de Janeiro, 1908).

Serviu de base ao opúsculo III a cópia dactilografada conservada no arquivo de seu Autor, dêle não se conhecendo qualquer reprodução gráfica. Quanto ao opúsculo II, o manuscrito, de punho do Autor, existente no escritório da Light and Power. Foi utilizado na reprodução do de número V texto impresso conservado na Casa de Rui Barbosa.

A matéria referente à interpretação de certa cláusula contratual, ocasionada por uma consulta formulada pelo representante da Societé Anonyme du Gas de Rio de Janeiro, Alexandre Mackenzie, teve como fonte a cópia dactilografada existente no arquivo de Rui, pertencendo o manuscrito à companhia Light and Power(2).

O escrito integrante do opúsculo VII, elaborado em virtude de uma consulta formulada pelo advogado Juscelino Barbosa, quando tinha curso no Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário nº 557, foi estampada no Jornal do Comércio(3), sendo êsse o texto utilizado para a publicação.

A carta-parecer dirigida ao Barão do Rio Branco, que constitui o opúsculo nº VIII, encontra-se em original no Arquivo Histórico do Itamaraty.

Afora os opúsculos mencionados, é bem possível que outros escritos existam, do gênero, produzidos no ano de 1908, período a que, ex-vi-legis, corresponde a matéria incluída no volume XXXV.

(2) Achava-se doente o Autor, sendo o parecer por êle ditado do leito aonde se havia recolhido.

(3) Edição de 25 de novembro de 1908, pág. 7, cols. 1 e segs.

As falhas resultantes de indicações, ainda que, muitas vezes, imprecisas, a falta de informações seguras, circunstância aliada à ausência de segundas vias dos pareceres e razões elaborados pelo Cons^o Rui Barbosa, constituem problemas dos mais difíceis que se poderiam imaginar na aquisição do imenso e inestimável acervo literário de sua autoria.

No próprio ano de 1908 indica-se um parecer por ele emitido, concernente ao célebre caso da falência de C. Lima & Cia. (4), e que, entretanto, não foi localizado. Um dos advogados dessa questão, Júlio Salusse, fez inserir em edições sucessivas do Jornal do Comércio, a partir de 27 de agosto desse ano, 21 pareceres de diversos juristas pátrios, sendo o de número I de Rui Barbosa (5).

Esse escrito data, entretanto, de 27 de fevereiro de 1902, devendo, ipso facto, figurar no volume XXIX, na parte destinada aos trabalhos jurídicos.

É de presumir-se que, se um segundo pronunciamento houve, por parte de Rui, refira-se o seu conteúdo a outro aspecto da questão, atendendo-se aos vários incidentes surgidos no curso dessa contenda, quer no âmbito processual, quer no extra-processual. (6)

* * *

Nem todas as questões aqui examinadas suscitaram conflitos nos tribunais. A dos privilégios exclusivos (opúsculo I)

(4) Esse caso, com alterações, ocupava os *A pedidos do Jornal do Comércio* de princípios de abril até dezembro de 1908, sendo suficientes os títulos que, de modo recíproco, encimavam os conteúdos dos debates para ter-se uma idéia da veemência e grau de paixões que os inspiravam.

(5) Concordaram com Rui: A. O. Gomes de Castro, Coelho e Campos, M. Martins Torres e Adolfo Gordo.

(6) O Sr. Fernando Nery, (*Catálogo*, pág. 215), menciona a existência de um parecer a respeito da matéria, impresso, com outros, na Tipografia Leuzinger. Não foi, contudo, possível localizá-lo.



XII

concorreu apenas para formar o conflito de jurisdição nº 199, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sessão de 2 de dezembro de 1908 (7), havendo, além disso, ocasionado vibrantes polêmicas, cujos protagonistas foram, de um lado, os srs. Sancho de Barros Pimentel, Francisco de Castro Júnior e outros, e, do ex adverso, srs. José Pires Brandão, Raul Fernandes e certo M. A. (8), esse último com violência jamais usada pelos demais polemistas.

Não se conhecem, por outro lado, pleitos com os quais se identifiquem os pareceres integrantes dos opúsculos V e VI, presumindo-se que tenham sido solucionados os casos que os originaram sem qualquer intervenção do judiciário.

Quanto, porém, aos opúsculos IV e VII, reportam-se as espécies que os individualizam a dois feitos em curso no Supremo Tribunal Federal, quais sejam a apelação cível nº 1.446 e o recurso extraordinário nº 557, cujos dados essenciais concernentes aos fatos que os motivaram e as consequências resultantes dos conflitos que os engendraram foram focalizados nas notas prévias que os antecedem.

* * *

A bibliografia, como sempre, obedeceu ao critério adotado para os demais volumes.

Outros informes peculiares à natureza de cada assunto ou problema examinado, foram inseridos nas notas que acompanham o texto, elaboradas sempre que consideradas úteis,

(7) Nesse conflito não se atacou diretamente o problema dos privilégios exclusivos ou monopólios, invocando-se, como sempre ocorria em casos análogos, o art. 72, § 24 da Constituição federal, matéria já quase pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal, a partir do julgamento da ap. cível nº 1.049, preferindo-se contornar a hipótese de violação do princípio constitucional mediante um conflito de atribuições apontado entre a autoridade federal e a municipal.

(8) Tudo indica pertencer a paternidade desse escrito ao jornalista José de Medeiros e Albuquerque.

ou necessárias ao seu entendimento, segundo os elementos obtidos em fontes insuspeitas.

São estes os esclarecimentos de ordem geral atinentes aos estudos ora publicados como parcela das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.

Rio de Janeiro, 7 de junho de 1948.

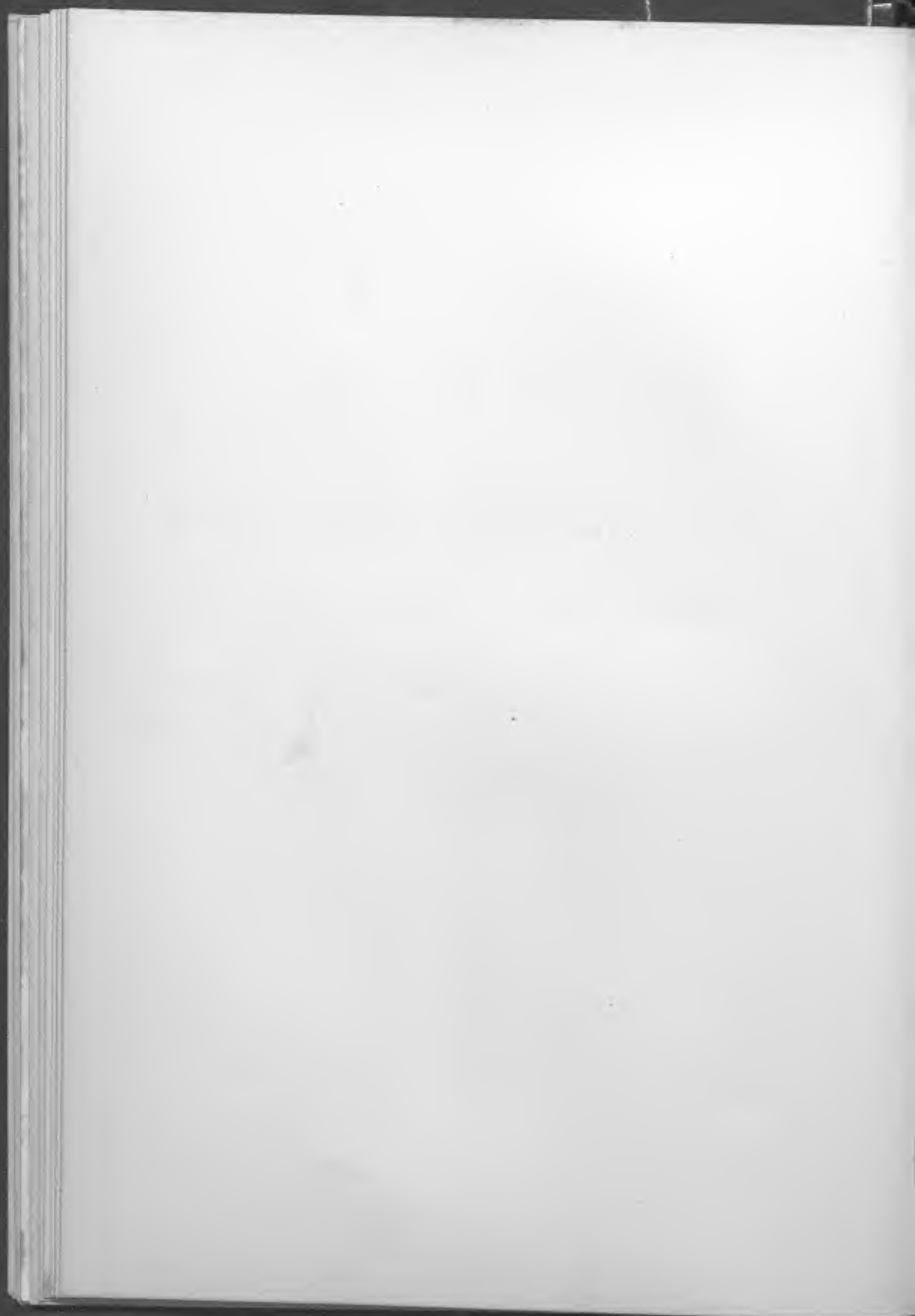
JOSÉ CÂMARA.



I
OS PRIVILÉGIOS EXCLUSIVOS
NA
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
DOS
ESTADOS UNIDOS

* * *

PARECER



RUY BARBOSA

OS

PRIVILEGIOS EXCLUSIVOS

NA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

DOS

ESTADOS UNIDOS

Ruy Barbosa



Empresa Photo-Mechanica do Brasil Rua da Quitanda, 165.

1911



Frontispício do avulso publicado em 1911.
(Exemplar da Casa de Rui Barbosa.
Dimensões: 25 x 16 cms.)

OS PRIVILEGIOS EXCLUSIVOS

NA

Jurisprudencia Americana

PARECER

DO

Conselheiro Ruy Barbosa

The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Co., Ltd.

RIO DE JANEIRO

111, Av. General de Camargo, de Rodrigues & C

1908

Fôlha de rôsto do avulso publicado em 1908 (cf. p. IX).
(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa).
(Dimensões: 27 x 18 cms.).

NOTA DO REVISOR

Em virtude de contrato celebrado aos 20 de maio de 1905, entre a Prefeitura do Distrito Federal e Alexandre Mackenzie, (cessionário do ajuste anterior, firmado entre a Prefeitura e William Reid & Cia., em 7 de junho de 1900) consoante os termos do decreto legislativo nº 734, de 4 de dezembro de 1899 e atos posteriores, tinha a *The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Company Limited* privilégio para fornecimento de energia elétrica, na conformidade das cláusulas constantes do que foi pactuado.

Tendo a firma Guinle & Cia. proposto ao Ministério da Guerra o fornecimento de energia elétrica a estabelecimentos militares, protestou, perante essa secretaria de Estado, a Companhia *Light and Power*, contra qualquer contrato ou acôrdo que porventura viesse a ser ajustado com a mencionada firma para tal serviço, uma vez que lhe havia sido outorgada exclusividade da concessão por ato do poder público, havendo o titular da pasta da guerra tomado em consideração o protesto formulado.

Solicitando o pronunciamento do Consultor Geral da República (1), para o fim de saber-se se, entre outras questões suscitadas, podia o contrato, circunscrito, como era de presumir-se, a serviços puramente municipais, de interesse limitado à população civil da Capital da República, coarctar a administração federal na faculdade de contratar os seus

(1) Era titular desse cargo Tristão de Alencar Araripe Júnior. Vide: *Jornal do Comércio*, edição de 3 de outubro de 1908, pág. 2, cols. 6, 7 e 8, e pág. 3, cols. 1 e 2, onde a matéria foi publicada sob o título — *O Governo da Cidade*. V. ainda *Pareceres do Consultor Geral da República*, tomo II, 1906-1908, págs. 367-392.

com quem quisesse — opinou contrariamente à pretensão da companhia canadense o órgão do Poder Executivo.

Em sua edição de 7 de outubro de 1908, publicou o *Jornal do Comércio* uma nota do representante da *Light and Power*, seguida de longo parecer subscrito por um de seus advogados, o Dr. FRANCISCO DE CASTRO JÚNIOR, onde se refutavam os argumentos aduzidos pelo Consultor Geral da República.

Em successivos artigos, estampados nas edições de 11, 22 e 25 de outubro de 1908, do *Jornal do Comércio*, insistiu o Cons^o ARARIPE JÚNIOR, Consultor Geral da República, nos pontos de vista contidos em seu parecer, publicado a 3 de outubro nesse matutino. Nesses escritos tentou contraditar as ilações do advogado CASTRO JÚNIOR. Entre outras questões suscitadas, mencionou o caso de hipótese recentemente debatida no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo n^o 1.073, em acórdão proferido a 26 de agosto de 1908, e no qual era interessada a Cia. Docas de Santos.

Em face do parecer do Consultor Geral, pediu o Dr. Alfredo Maia, na qualidade de representante da *Light and Power*, o parecer do Cons^o RUI BARBOSA, formulando, além da consulta adiante transcrita, a exposição ora estampada na sua íntegra, para mais completa elucidação dos elementos que originaram a controvérsia (2).

Eis os seus termos:

(2) Em hipótese análoga já havia sido dirimida a controvérsia suscitada, baseada no art. 72, § 24, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, onde se permitia a liberdade de profissões.

Veja-se, entre outras decisões, o acórdão proferido na apelação cível n^o 1.049, em que eram partes a Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, autora, e *Société Anonyme du Gas do Rio de Janeiro*, ré. Muito embora, em primeira instância, por sentença de 17 de setembro de 1904, tenha o juiz PIRES E ALBUQUERQUE anulado a parte impugnada pela autora (cláusula 1^a do contrato ajustado na forma do decreto n^o 3.329, de 1 de julho de 1899), foi tal decisão reformada por acórdão de 16 de junho de 1908 (fls. 97 a 99 v. dos autos), excluindo-se, assim, a hipótese de violação do art. 72, § 24 da Constituição federal, admitida na sentença de primeira instância, e muito discutida naquela época.

EXPOSIÇÃO (*)

A Companhia *Light & Power* é concessionária de um privilégio municipal pelo prazo de sete anos, a findar em 1915, para a distribuição de energia elétrica para qualquer emprêgo, exceto iluminação, que é privilégio da *Société du Gas*, concedido pelo Governo Federal.

Para desempenhar as obrigações que derivam do seu contrato municipal, a Companhia *Light & Power* executou obras de uma importância notável e de custo elevadíssimo, e para fazê-las foi pedir aos mercados financeiros do mundo os recursos necessários.

Concluídas as instalações no prazo contratual, apenas começava a *Light & Power* a explorar a sua indústria de vender força hidro-elétrica, surge uma outra empresa, concessionária de igual serviço no Estado do Rio de Janeiro, pretendendo trazer suas canalizações de energia elétrica para dentro do Distrito Federal, sob pretexto de vir a ser fornecedora do Governo Federal, com o qual aliás não tinha contrato algum.

Para atestar esta circunstância, basta recordar que, à primeira proposta de tal fornecedor ao Ministério da Guerra, a Companhia *Light & Power*, apresentou respeitoso protesto àquele Ministério, que antes de resolver sobre a proposta, submeteu o protesto da *Light & Power* ao estudo do Consultor Geral da República.

Esse ilustre e elevado funcionário, que desempenha no atual regímen grande parte da função que cabia antigamente ao Conselho de Estado, com a autoridade de seu alto cargo, do seu grande saber, e do seu respeitadíssimo nome, emitiu um extenso parecer, publicado no *Jornal do Comércio*, de 3 de outubro último, concluindo pelo desconhecimento quase completo do privilégio municipal da *Light & Power*.

O golpe era cruel, para quem de boa fé havia empregado elevadíssimas somas na execução de obras apenas concluídas, confiado principalmente na validade de um contrato, que havia passado pelos trâmites todos da nossa administração e pelo cadinho da mais ampla discussão e severa crítica.

Não se abateu a *Light & Power*, e, logo quatro dias depois de publicado o parecer do Exmº Sr. Dr. Consultor Geral da República, pôde, pelas mesmas colunas do *Jornal do Comércio*, oferecer-lhe contradita completa e minuciosa, firmada pelo seu advogado Dr. Francisco de Castro Júnior.

Calou tão fundo a contradita a que nos referimos, que o Exmº Sr. Consultor Geral da República achou necessário publicar uma série de artigos em defesa do seu primeiro parecer.

Também os pontos principais dessa réplica já foram contestados pela imprensa diária, e continuam de pé os argumentos em que funda a Companhia a compreensão do seu direito.

Como, porém, o adversário recorresse insistentemente ao Direito americano, para sustentar a sua tese — «*de que as concessões com privilégio são equiparáveis aos odiosos monopólios feudais e constituem embaraço ao progresso dos povos, não os tolerando a Jurisprudência Americana*» entendemos dever submeter esta tese ao estudo do grande juriconsulto nacional, o eminente Sr. Dr. Conselheiro RUI BARBOSA, e a seguir oferecemos ao leitor o primoroso trabalho dêsse incomparável cultor das letras jurídicas.

Rio, 16 de novembro de 1908.

Alfredo Maia

Representante da *Light & Pow.*

(*) No avulso está: *Ao Leitor*, o que não se adaptaria à publicação atual.

CONSULTA

Em presença do parecer do Sr. Consultor Geral da República publicado no *Jornal do Comércio*, de 3 do corrente, pergunta-se:

I

Será certo haver se tornado corrente, na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos, «a doutrina de que as cláusulas de contratos envolvendo monopólios não produzem efeitos jurídicos»?

Será certo que os tribunais americanos «as têm considerado insubsistentes» seja qual for o poder que intervenha na concessão?

II

Como encaram os arestos e autores americanos as concessões de *privilégios exclusivos*, outorgados a empresas particulares, para distribuição de água, luz e força nos distritos urbanos?

Não lhes reconhecem o caráter de *contratos* entre os concessionários e a autoridade concedente, sujeitos aos princípios que regem os atos contratuais?

III

É real que haja perdido toda a importância na jurisprudência dos Estados Unidos a doutrina das garantias individuais em matéria de contratos com o poder público, fornecida por MARSHALL no julgado sobre o caso do Dartmouth College?

IV

Será verdade que o aresto proferido no caso da ponte do Charles River se oponha à concessão de privilégios exclusivos da índole dos acima apontados?

V

Será certo que, na sentença proferida sobre o caso da ponte do Charles River, a Corte Suprema descobrisse traços de *feudais* nos privilégios exclusivos dessa natureza? Que considerasse as corporações concessionárias dêsses privilégios como verdadeiras *barreiras* à circulação das forças da comunidade? Que adotasse para as cartas patentes de tais concessões a sinonímia de «contratos obstrucionistas»?

VI

Quais as conseqüências da teoria da inconstitucionalidade absoluta dos monopólios exclusivos, aplicada às outras concessões desta natureza existentes entre nós?

Parecer

Respondendo aos seis quesitos, de que consta a consulta, cingir-me-ei rigorosamente, conformando-me com o seu objeto, a verificar, no tocante aos pontos ali indicados, segundo as luzes de que disponho, o estado real da jurisprudência e da opinião jurídica nos Estados Unidos.

Antes, porém, de o fazer, por atalhar confusões, que, neste assunto, entre nós, se têm enredado em sipoal, buscarei, mas que rapidamente, reduzir a noção de *monopólio* aos seus elementos reais, na matéria de que se trata.

Na sua acepção natural e primitiva, dão por êsse nome os privilégios, que recaem sobre manifestações da atividade humana comuns ao domínio de todos, mas a êle subtraídas, para constituírem patrimônio exclusivo de um indivíduo ou de uma associação, favorecidos por alguma concessão odiosa do poder. Mediante ela se retiram à livre exploração do trabalho, da iniciativa, do engenho individual certos e determinados ramos do comércio, ou da indústria, que, arredada absolutamente a concorrência natural, se vão concentrar unicamente nas mãos dos privilegiados. Ninguém senão êles, daí em diante, cultivará certas lavouras, manufaturará certos artefatos, ou comerciará em certos produtos.

Eis o monopólio, no sentido injurídico, nefasto, opressivo, condenado pela nossa constituição, quan-

do, no art. 72, nº 24, assegura o livre exercício de qualquer profissão industrial, como pela constituição imperial, no art. 179, nº 24, (mantido pelos arts. 78 e 83 da constituição republicana) quando afiança o respeito a todo o gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio, não oposto aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos.

Mas, por uma extensão que não corresponde à sua origem, se tem ampliado o vocábulo à situação, absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que, não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da administração, no país, no Estado, ou no município, e por ela delegadas, em trôco de certas compensações, a êsses concessionários privativos. É o que se dá com as emprêsas públicas organizadas, para distribuir, nas cidades, a iluminação, a água, os esgotos, a força mecânica. Como a força, os esgotos, a água, o gás iluminante se hão de conduzir, forçosamente, por meio de canalizações, que ocupem o subsolo das ruas, como as transvias lhes ocupam a superfície, e os fios do telégrafo ou do telefone o espaço aéreo, e essa faculdade se não pode entregar à exploração individual, nenhum dêsses cometimentos cabe na esfera do comércio e da indústria protegidos e assegurados aos indivíduos pela garantia constitucional da nossa declaração de direitos.

Cada qual, dentro na sua casa ou nas suas terras, pode assentar ferrovias, telégrafos ou telefones, captar, ou produzir, e transportar para o seu uso a força elétrica, o gás, a água. Mas para o uso dos outros, através das ruas da cidade, cuja estreiti-

teza exige a unificação de cada um desses serviços, ninguém senão a administração pública os pode tomar a seu cargo, ou para os desempenhar ela mesma, ou para os incumbir a empresas, que os desempenhem. Num ou noutro caso, pois, todos esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados.

De modo que são *privilégios exclusivos*, mas não *monopólios* na significação má e funesta da palavra. Contra eles não milita a objeção constitucional; porque, evidentemente, não se obsta a nenhuma profissão industrial, não se arrebatada ao exercício do direito individual nenhum comércio, nenhuma indústria, nenhum trabalho seu, quando se reconhece à administração municipal o direito exclusivo de explorar, diretamente ou por concessionários, a iluminação da cidade, a sua viação férrea, o seu abastecimento de água, ou força motriz, enquanto não houver meio de satisfazer esta necessidade pública, senão ocupando o espaço, a superfície e o subsolo das ruas.

No meu parecer acerca do privilégio do gás(*) desenvolvi e instruí com os melhores documentos jurídicos a demonstração desta verdade, tornando à questão no outro, que, depois, formulei sobre a força elétrica; e vi, com satisfação, que o Supremo Tribunal Federal veio a resolver o pleito suscitado relativamente ao primeiro caso de acordo com a opinião por mim advogada.(**)

(*) Vide Volume XXXI, tomo II, opúsculo X, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA. (N. R.)

(**) Acórdão proferido a 16 de junho de 1906, na apelação cível nº 1.049, confirmado, em grau de embargos, a 14 de setembro de 1907. (N. R.)

Nesses meus dois trabalhos já se encontra cabal resposta a alguns dos quesitos, que ora se me oferecem; porque ali considerei mui atentamente a jurisprudência americana e a doutrina corrente nos Estados Unidos. Novos documentos judiciários e doutrinários, porém, daquela procedência, me habilitam agora a responder à consulta, sem me repetir, atendendo-lhe, nos tópicos por ela frisados, unicamente com os textos doutrinários e judiciários mais autorizados naquela escola do nosso direito constitucional. E, já que isto é principalmente o que de mim se requer nos termos da consulta, não se me há-de levar a mal que, daqui em diante, a minha opinião se retraia, e se reduza a quase nada o meu comentário, para deixar enunciar-se unicamente o testemunho das lições e arestos americanos. Infelizmente a audiência não pode ser breve.

I

Pretendem haver-se tornado "corrente no Estados Unidos, a doutrina de que as cláusulas de contratos envolvendo monopólio" (na última acepção da palavra, na sua acepção benigna) "não produzem efeitos jurídicos", e acrescentam que, ali "os tribunais as têm considerado insubsistentes, seja qual for o poder, que intervenha na concessão".

Eis a tese, que não qualificarei. Que dizem a ela os mestres e as sentenças, nos *Estados Unidos*?

Começarei por tomar a obra magistral de ABBOTT sobre as municipalidades: *A Treatise on the law of municipal corporations*. Neste tratado acerca do direito municipal americano, publicação do ano atrasado, onde se contém, portanto, o estado atual do assunto, nos ensina o autor, em o vol. III, § 922, págs. 2152 a 2155:

A única objeção legal, digna de consideração, contra a concessão de um *privilegio exclusivo* (*exclusive privilege*) é a de que, por êste modo, se estabelece um *monopólio* (*a monopoly*). A idéia original (*the original idea*) de monopólio considerava-o como o privilégio exclusivo de negociar sobre certa e determinada mercadoria (*trade in a particular commodity*) dentro em limites precisos e por um espaço de tempo atermado. Ou, como se tem dito, o vocábulo se refere «a um ramo de negócio, a que todos possuem o direito de se entregar, e em que, de fato, muitos até então se empregavam». Uma licença ou contrato de caráter exclusivo não se torna, em virtude desta concessão, *monopólio* (*is not because of the grant a monopoly*), como primordialmente se êle entendia, e como pròpriamente se define (*and as properly defined*); porquanto o monopólio invariavelmente implica (*invariably includes*) o exercício de um negócio ou ocupação, que, antes de concedida tal mercê, não era suscetível de ser explorada como objeto de um direito universal ou comum a todos (*as a matter of universal or common right*). A concessão de um *privilegio exclusivo* para fornecer água, luz, FÔRÇA»(1) (fôrça, notem bem: fôrça; é o privilégio da *Light & Power*), «ou manter o serviço de telefonos ou telégrafos, ainda por outro motivo não se há-de considerar monopólio; e vem a ser que, se, a respeito de alguns dêsses serviços, o fabrico do produto poderia ser matéria de especulação ordinária, todavia as condições da sua venda e distribuição ao público diversificam inteiramente das em que, a respeito dos outros produtos, se opera a distribuição e a venda. Costuma-se, como já observamos, reputar ilegal a outorga de monopólios, em razão de recaírem sobre um comércio, ou uma ocupação, que, assim pela sua natureza, como pela maneira e situação em que se praticam, podiam ser exercitados por todos os cidadãos da comunidade como objeto de um direito antigo e geral. A concessão de *privilegio exclusivo* para a venda e distribuição dos produtos ou serviços há pouco enumerados não se há-de haver por *monopólio* (*is not to be regarded as the grant of a monopoly*), visto que as ocupações correspondentes, quase tôdas, não poderiam ser exercidas, como objeto de direito comum,

(1) «The granting of an exclusive privilege for a supply of water, light, power, telephone or telegraph service again is not to be regarded as a monopoly, because...»

pela generalidade das pessoas. Para que tais negócios adquirissem foros de profissão legal, nas mãos de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, necessário seria obterem êstes, primeiro, do soberano uma autorização (*a franchise*), no sentido estrito da palavra.

Algumas dessas indústrias, conforme já deixamos ver, se poderiam encarar como objeto de comércio ordinário; mas êste se não pode exercer, atento o modo como e o lugar onde habitualmente se praticam tais explorações. A viação pública está sob a autoridade exclusiva do soberano, ou seus delegados e agentes; e, primeiro que se encetasse a exploração de tal negócio, seria mister alcançar o consentimento do Estado, ou do soberano, como se disse num aresto da Côrte Suprema dos Estados Unidos, no qual se interpreta a concessão *de um direito exclusivo* sobre a produção e suprimento do gás: «As leis dêste caráter *não estão sujeitas à objeção de incorrer em monopólio*, privando os cidadãos de se darem ao exercício de um ramo usual de comércio ou de uma profissão ordinária, francos a todos, como de direito comum, em condições de igualdade; porque o direito de cavar as ruas e outros caminhos de Nova Orléans, assentando ali tubos, para distribuir o gás de consumo público ou particular, constitui uma concessão ou autorização (*a franchise*), cujo privilégio só o pode conferir o Estado, ou a administração municipal da cidade, habilitada mediante outorga legislativa.» (*New Orleans Gas Co. v. Louisiana Light Co.* 115 U.S., 650.) Bem que, portanto, a concessão de um direito exclusivo a canalizar gás pelas ruas de uma cidade pudesse incorrer na taxa de nula, a se lhe atribuir a natureza de monopólio, dada a existência do direito, a todos comum, de fabricar gás, — *monopólio*, contudo, *ai se não pôde enxergar* (*it will not be regarded as a monopoly*), em razão do lugar onde e da maneira como, necessariamente, essa indústria se há-de estabelecer e explorar. Ao poder público, inquestionavelmente, assiste a prerrogativa de dar, ou negar, discricionariamente, com ou sem condições, a indivíduos ou associações particulares, a permissão de obstruir as ruas públicas, excavá-las, ou ocupá-las.

Apóiam estas proposições uma dúzia de arestos, ali indicados, e que eu poderia extratar, recorrendo às minhas colecções da jurisprudência federal e es-

tadual nos Estados Unidos, se não receasse exagerar as proporções dêste trabalho.

Vamos, pois, adiante na audição dos mestres, e venha agora a obra de BEACH, igualmente clássica na especialidade: *A Treatise on the law of monopolies and industrial trusts*. Saiu a lume em 1888. Ainda é assaz nova. Pois ali se nos vão deparar as mesmas noções do livro de ABBOTT, muitas vêzes pelas mesmas palavras. E' no § 117, páginas 358-364:

A concepção primitiva de monopólio era a de um privilégio exclusivo de comerciar num ou mais artigos dentro de um distrito limitado e por certo prazo. BLACKSTONE o define como «uma autorização ou privilégio dado pelo rei para a compra, venda, fabrico, meneio ou uso de alguma coisa, mercê da qual se tolha à generalidade dos súditos a liberdade, que dantes desfrutavam, de a fabricar e negociar.» LORD COKE, semelhantemente, define, no monopólio, a investidura, conferida pelo rei, sob qualquer forma, a pessoas ou corporações, de mercarem elas sós, venderem, manufaturarem, executarem ou utilizarem alguma coisa, privando-se a outras corporações, ou pessoas, de liberdades, ou faculdades, que anteriormente lhes assistiam, ou empecendo-as no seu comércio legal.» Cumpre ter em mente, no definir o monopólio, tal qual primordialmente se liberalizava, e o qualificavam, a êsse tempo, as autoridades, que êle consistia no privilégio, exclusivo de comércio, etc. em um ramo de ocupação ou negócio, não circunscritos a um ou poucos individuos, mas praticados por uma classe considerável de pessoas. Dizia êle respeito a um gênero de negócios, em que todos tinham o direito de ocupar, e muitos até ali se ocupavam. Nem todo o privilégio exclusivo constitui necessariamente monopólio; visto que nem sempre recai o privilégio exclusivo sobre faculdades de que outros estivessem no gozo. O direito de explorar um sistema de barcas de passagem (to operate a ferry), construir uma ponte, abastecer de água ou gás uma cidade é um privilégio exclusivo; mas não será monopólio, no significado, que esta palavra tem, de tirar a uma classe de pessoas uma faculdade, em cuja posse

estivessem. A concessão de privilégio tal é UM CONTRATO» (um CONTRATO, vão advertindo já neste ponto, de que adiante me ocuparei), «é um CONTRATO; presumindo-se que o intuito primordial das autoridades, ao fazê-lo, não será conferir um favor especial à parte, a quem se dispensa a concessão, mas promover o bem geral... Tais concessões de *privilégio exclusivo* NÃO SÃO NULAS, por se terem na conta de monopólios, ante o direito, *nem contravêm ao bem público...*(1) Mas, ao passo que os *privilégios* dêste caráter NÃO SÃO ILEGAIS, tôda a concessão, mediante a qual se habilita o concessionário a criar um monopólio *no sentido próprio do termo*, contraria o bem público, e é nula pelo nosso direito; porque as concessões dêste gênero destroem a liberdade comercial, direito constitucional de todos os cidadãos.»

Igualmente SPELLING, no seu livro *Trusts and Monopolies*, § 100:

Da essência é dos contratos, que criam monopólios (*it is of the essence of a contract creating a monopoly*) o conferirem a uma ou mais pessoas o privilégio exclusivo de praticar o que outras, a não ser o embaraço dêsse contrato, *lograriam o mesmo direito de fazer*. O que os caracteriza, é importarem na invasão de um direito comum. (*It must be an invasion of common right.*)

Não doutrina outra coisa o célebre magistrado e constitucionalista COOLEY, em cujo tratado *On the Law of Torts* lemos:

Também se deve reputar vedado pela constituição conceder o Estado *monopólios* comerciais. Muito há que, em Inglaterra, se declarou serem eles ilegais, e ilegais são igualmente em nosso país. *Todavia, é sem dúvida que o legislador, em outorgando privilégios ou franquias especiais, os pode tornar exclusivos.* (*Still, the legislature, when it grants special privilege or franchises, may undoubtedly make them exclusive.*) A distinção parece consistir nisto: a nossa escolha, entre os diferentes modos ordinários e ne-

(1) «Such grants of exclusive privileges are not void at common law as monopolies, and they are not in contravention of public policy.» *Op. cit.*, pág. 360.

cessários de vida constitui matéria de direito, e não pode estar à mercê do consentimento do Estado, salvo se o negócio oferece incentivo a extraordinários abusos; caso em que poderá ficar adstrito a um régimen peculiar e de exceção, sujeitando-se, até, ao requisito de uma licença. Mas, quando é a permissão do Estado que autoriza uma coisa, ilegítima sem tal permissão, à discrição dêle está o tornar essa concessão exclusiva. (*But when the State gives permission to do something not otherwise lawful, it may in its discretion make the gift exclusive.*) Destarte, poderá conceder um serviço exclusivo de barcas (*ferry*), o direito exclusivo à construção de uma ponte de trânsito sujeito a pedágio (*a toll-bridge*), ou a exploração de uma loteria, sem agravar a ninguém; porquanto ninguém tais faculdades tinha antes da concessão, que de nada, conseguintemente, despojou a quem quer que seja.

1ª ediç. págs. 277-8, 2ª ediç. 327-8.)

Trago agora a depor CHRISTOPHER G. TIEDERMAN. O seu concurso vem mui particularmente ao caso. Direi por que. No parecer acêrca de cujas doutrinas me consultam, com o nome dêsse escritor se joga em prol das opiniões injurídicas ali sustentadas, argüindo-se com algumas reflexões vagas, de todo em todo alheias à questão, que o citador encontrou num opúsculo antigo e corrente dêsse jurista americano sôbre *A constituição não escrita dos Estados Unidos*. Contrapostas a essas palavras, absolutamente estranhas à materia debatida, as que sôbre esta, de modo categórico, escreveu êsse jurisconsulto, será curioso mostrar que TIEDERMAN reconhece, em têrmos expressos, a *legalidade dos privilégios exclusivos*.

Dentre as várias obras *ex-professo* dêsse autor, tenho à mão a mais recente: o seu tratado *On State and Federal Control of Persons and Property in the United States*. Data de 1900, e contém esta lição:

Geralmente se pode conceder que é inconstitucional converter em monopólio uma profissão usual. Mas não basta dizer que todos os monopólios são nulos. Qualquer indivíduo tem, com as limitações razoáveis da lei, o direito de seguir uma das vocações ordinárias da vida, enquanto do seu exercício não provier dano ou risco à sociedade... Quando, porém, o Estado outorga a um ou mais indivíduos o privilégio de explorar um negócio, ou uma profissão, cujo exercício não constitua objeto de um direito naturalmente comum, porque não seria possível exercê-los sem um privilégio regular, *cria-se então um monopólio legal, sem violar o direito de ninguém*(1); visto como, em se abolindo o monopólio assim criado, para logo desapareceria todo o direito à coisa, que se monopolizar. Nunca existira como profissão legal semelhante ocupação. *Tais monopólios são válidos e imunes de toda a objeções constitucionais. (Such monopolies are valid, and free from all constitutional objections.)* A outorga dessas concessões exclusivas é matéria de ocorrência relativamente comum e raro questionada. *(The grant of exclusive franchises is a matter of relatively common occurrence, and is rarely questioned.)*»

(Vol. II, § 127, págs. 560, 562.)

Atente-se bem nestes três últimos espectos: os monopólios que não envolvam matéria livremente comerciável (como o uso das ruas na canalização da água, dos esgotos, da luz, ou da força motriz), *não sofrem objeção constitucional, são de emergência frequente, e raramente passam por contestação.*

É TIEDEMAN quem no-lo diz, o autor da *Unwritten Constitution of the United States*, invocado agora, entre nós, em socorro da teoria absoluta contra os privilégios exclusivos, tão somente por haver dito, nesse opúsculo, que a interpretação dos textos se adapta às modificações do tempo;

(1) «... a lawful monopoly is created, but no right of the individual is violated.» Pág. 562.

como se outra coisa pretendêssemos o que contrapomos aos monopólios antigos, inconciliáveis com o direito, os privilégios exclusivos de hoje, restritos ao campo de certos serviços de ordem pública e coletiva.

Onde quer, pois, que se busque, entre os americanos, o critério discretivo do monopólio na sua verdadeira acepção, vamos dar sempre com o mesmo conceito, cuja fórmula abre um abismo entre aquelas duas entidades, uma fósil, outra cada vez mais atual, com o desenvolvimento das cidades modernas e a conseqüente ampliação, dia a dia maior, do âmbito dos seus serviços de abastecimento coletivo. Nesse mesmo caso, o *Charles River Bridge v. The Warren Bridge et al.*, que ao diante estudarei de vagar, caso onde o documento oficial apontado na consulta imaginou haver descoberto armas em defesa do seu êrro, o juiz MC LEAN dizia:

Monopólios são as concessões, que se outorgam, por exemplo, sôbre o comércio, ou o fabrico de um produto especial, com exclusão de todos os concorrentes. Consiste o monopólio em retirar da comunhão geral o que é de direito comum, transformando-o em privilégio de uma ou mais pessoas, excluídas tôdas as outras. (*It is withdrawing that which is a common right from the community, and vesting it in one or more individuals to the exclusion of all others.*) Êsses é que são os monopólios justamente odiosos.

(11 Peters, 567. L. ed. 9:832.)

Dos textos aduzidos já resulta:

1º que só se verifica o monopólio prôpriamente dito, quando o seu privilégio seqüestra ao direito comum, para os encerrar no domínio exclusivo dos privilegiados, uma indústria, um comércio, um gênero qualquer de trabalho, até então franco a todos, ou naturalmente a todos acessível.



2º que, fora daí, limitando-se o *privilégio exclusivo* à viação pública, à iluminação urbana, ao serviço de telegrafia ou telefonia, ao aprovisionamento de água e força motriz às cidades, bem assim à satisfação de outras necessidades coletivas nos centros populosos, essas concessões administrativas nem incorrem no odioso do monopólio na sua má significação, *nem são inconstitucionais*;

3º que essas concessões se consideram *contratos* legais entre os concessionários e os concedentes;

4º que são freqüentes, nos Estados Unidos, e raramente impugnados.

Assim que poderia eu ter desde já como respondida a consulta nos seus quesitos principais. Convém, todavia, especializá-los, e desenvolvê-los, corroborando-lhes a solução com outras provas.

O que, sobretudo, legitima êsses privilégios, após a consideração de que não subtraem aos indivíduos nenhum direito seu, e representam serviços incumbentes, pela sua natureza, à administração, é a sua necessidade, a sua inevitabilidade.

É o que acentuam muitos autores, BYRON ELLIOT, por exemplo, e WILLIAM ELLIOT, ambos americanos, como todos os demais até aqui citados, no seu *Tratado das estradas e ruas*. Dizem êles, a êste respeito:

Ê de entender que nem tôdas as concessões criam *monopólios*, *ainda quando sejam exclusivas (exclusives)*; porque a concessão pode recair sôbre um privilégio, que de *necessidade* participe, até certo ponto, da natureza dos monopólios (*for the grant may be of a privilege or franchise that is, of necessity, in some measure, of the nature of a monopoly*).

E, depois de apontarem, neste gênero, os privilégios de invenção, êsses escritores exemplificam

ainda os privilégios exclusivos *de natureza necessária* com o caso das vias férreas, nas estradas e nas ruas:

Em grau inferior tal é, igualmente, a verdade, quando se concede o uso de algumas estradas ou ruas para a construção de ferrovias. Nestes casos *é a necessidade* que imprime à concessão o seu caráter de exclusiva (*in such cases it is NECESSITY that impresses the grant with its exclusive character*); e ou se há-de admitir que seja lícito à legislatura conceder um privilégio com certas feições de monopólio, ou se lhe há-de negar de todo à legislatura o arbítrio de fazer concessões em tais serviços.

(*A Treatise on the Law of Roads and streets*. Indianapolis. 1900, § 745, pág. 804.)

O Juiz DILLON, *presidente* (*chief-justice*) na Corte Suprema de Iowa, referindo-se ao provimento de luz e água, distribuídas mediante canalização pelas ruas, concorda em que, nesta espécie de serviços, “a concorrência *é quase impossível*”; aspecto este sob o qual participam essencialmente da natureza do monopólio as concessões respectivas:

It is obvious that the supplying of a city with *light* as well as *water*, through a *distributing plant in the street* (é o autor quem usa, aqui, do itálico) *is essentially a monopoly, and that effective competition is almost impossible.*

(*Commentaries on the Law of Municipal Corporations*, vol. II (4ª ed.), pág. 822, n.)

E, depois de estabelecer, assim, que *é da essência* de tais serviços o *privilégio exclusivo*, qualificado por êle de monopólio, à conta disto, segundo a denominação vulgar, — nota o pendor, que se vai manifestando, para o exercício dessa função monopolizadora pelas próprias municipalidades, e

observa ser êste o alvitre amplamente dominante na Europa: "*This policy largely obtains in Europe.*"

Noutro lugar se estende ainda mais êsse expositor sôbre êste ponto dizendo:

De uso corrente é (it is quite usual) concederem as legislaturas (dos Estados) ou os conselhos municipais, investidos de autorização legislativa, privilégios exclusivos (exclusive privileges) por tempo limitado...

... Considerando que se não pode franquear a todos o uso das ruas para tais serviços (os da natureza do gás e seus congêneres sob êste aspecto); considerando que a outorga de semelhante direitos a uma só pessoa, sob condições judiciosas, pode ser de utilidade ao público; considerando que a essência do privilégio, aí, não consiste no fabricar e fornecer o gás, ou a luz, senão, unicamente, na faculdade para assentar canalizações pelas ruas, faculdade que é da natureza das coisas não poder caber a todos, a *Suprema Côrte dos Estados Unidos* TEM MANTIDO A VALIDADE DESSAS CONCESSÕES, quando não colidirem com alguma provisão especial da constituição do Estado. Noutros tribunais (*elsewhere*) tem sido igualmente confirmadas as leis desta natureza, dado que algumas vêzes se lhe ajam oposto dúvidas ou contradições.

(*Ib.*, § 695, pág. 826.)

Fica, assim, desde aqui sabido que, apesar de "algumas dúvidas e impugnações" (*it has been sometimes denied or doubted*), a validade constitucional dos *privilégios exclusivos*, em concessões que importem na ocupação das ruas, se apoia, ali, na jurisprudência dos tribunais dos Estados e na da *Côrte Suprema dos Estados Unidos*. (1)

Como é, pois, que se vem dizer no Brasil, e em uma consulta oficial, que os tribunais americanos "têm considerado insubsistentes" essas concessões,

(1) O autor, em nota, comprova o assêrto com uma longa série de arestos estaduais e federais.

as concessões de privilégios exclusivos, "seja qual fôr o poder, que nelas intervenha"?

Mas prossigamos, esgotando os meios de prova contrária a êste inexatíssimo testemunho.

ABBOTT pondera também que, em concessões desta ordem, a exclusiva resulta da natureza do serviço privilegiado:

A concessão, outorgada a uma companhia de caminhos de ferro urbanos, para ocupar e explorar as ruas, pode ser *exclusiva*, não só à vista da linguagem empregada na concessão, *mas ainda pelo próprio caráter do serviço executado (but because of the character of the business carried on)*. Uma concessão não exclusiva nos seus termos por tal se julga, ordinariamente, durante o seu prazo. (*A grant not exclusive in its terms is usually regarded as such during its term.*) A ocupação das ruas por uma empresa de via férrea urbana com os seus trilhos e outros meios de execução é necessariamente exclusiva.

(*Op. cit.*, § 931, págs. 2176-77.)

É o que vamos ver ensinado ainda, nos mais peremptórios termos, por outras autoridades, catedráticas no assunto: as dos dois ELLIOTTS:

São suas estas palavras:

Muitos casos há, em que se tem reconhecido por sentenças o direito de conferir privilégios, que, nas suas feições essenciais, são monopolistas. Tem-se sentenciado, por exemplo, ser legítimo conceder o direito exclusivo de manter um mercado. O mesmo princípio encontramos declarado nos arestos onde se sustenta que o poder legislativo se exerce corretamente quando limita aos farmacêuticos, com exclusão de outras quaisquer pessoas, o comércio a retalho das bebidas embriagantes. A concessão do privilégio de explorar uma linha de barcas entre as margens opostas de um rio ou estreito (*ferry*) é *exclusiva por sua natureza mesma (is in its very nature exclusive)*, e, desde os tempos mais remotos do nosso direito comum, *se tem reconhecido como subsistentes essas concessões, sem que NENHUM TRIBUNAL*

SUGERISSE JAMAIS DÚVIDA SÔBRE A SUA VALIDADE (*indeed NO COURT HAS EVER SUGGESTED A DOUBT as to their validity*). Evidentemente há muitas concessões (*there are many grants*), que de modo algum poderão deixar de ser exclusivas (*which cannot be any thing else than exclusive*), e, nessas, o elemento de exclusivismo se deve, não à lei que as confere, mas à própria natureza e ao caráter ingênito da autorização concedida (*but to the inherent nature and character of the franchise granted*).

(*Op. cit.*, § 746, págs. 805-6.)

Êstes textos, além dos exarados nos meus dois pareceres anteriores e dos que adiante se vão ler nas respostas aos outros quesitos da consulta, inequívocos, precisos, terminantes, absolutos, respondem à primeira questão:

1º que, ante a jurisprudência constitucional dos Estados Unidos, as concessões de privilégio exclusivo sôbre serviços públicos, tais como a viação férrea das cidades, a sua iluminação a gás ou elétrica, o seu suprimimento d'água e força motriz, são atos jurídicos de validade incontestável;

2º que os tribunais, ali, as consideram subsistentes, em sendo outorgadas pelo poder a quem compete, isto é: as legislaturas, ou os conselhos municipais, quando habilitados, nas suas cartas, com autoridade para tal.

II

Os arestos e autores americanos reconhecem a essas concessões de privilégios exclusivos, outorgadas a empresas particulares, para a distribuição de água, luz, viação férrea e energia elétrica, o caráter de *contratos*, verdadeiros contratos jurídicos, entre os concessionários e a administração, obrigados às normas que regem os atos contratuais.

Começo, dêste modo, logo pela resposta, que as autoridades invocadas vão sucessivamente justificar.

Digo a *empresas particulares*, a fim de ressaltar a hipótese de concessões análogas feitas por uma legislatura estadual a municipalidades. Nos Estados Unidos estas não são regidas, como entre nós, por leis gerais. Cada uma existe pela sua carta de incorporação, onde se lhe taxam, mais ou menos amplos, os poderes, de que a legislatura do Estado a investe. Pode suceder, pois, que a um município faculte o congresso do seu Estado a exploração privativa de certos serviços locais. Tal, por exemplo, o caso resolvido no pleito *The Town of East Hartford v. The Hartford Bridge Co.* (10 Howard, 511-540. L. ed. 13: 518-30.)

O município de Hartford, sito à margem do rio Connecticut, possuía a concessão legislativa de uma linha transfluvial de transportes (*a ferry*), que outro ato legislativo, em 1818, veio a cassar, em benefício do privilégio, outorgado, antes dessa data, a uma companhia, de construir e explorar uma ponte através do mesmo rio. Daí, em 1850, após uma longa série de incidentes, o litígio apontado, onde a Corte Suprema dos Estados Unidos, numa sentença de que foi relator o juiz WOODBURY, manteve a deliberação revogatória do congresso estadual, pela razão de ser a concessionária, não uma associação de capitais particulares, senão uma municipalidade.

“Os municípios”, rezava o julgado, “incorporaram-se com o fito no bem público, e não em considerações de interesse privado. Ao público se destinam os privilégios e bens, cujo senhorio se lhes permite. Os seus membros não são comanditários nem acionistas num patrimônio coletivo, que possam

vender ou transferir a outrem, e que seja suscetível de execução e adjudicação em resgate de débitos seus. Daqui vem que (*hence*), em geral, as relações entre eles e a legislatura mais quadram à natureza da legislação que à dos contratos, e, dada a sua condição legislativa, não se podem ter como violadas pelas modificações que se estatuíram em leis subseqüentes." (10 Howard, 534. L. ed. 13: 528. DILLON: *Op. cit.*, v. I, p. 97, n.)

No que aí vai dito, já se contém, assaz clara, a noção de que, nas concessões a capitais particulares, a natureza do vínculo é *contratual*.

Vejamos, porém, textos, que positivamente o declarem.

Aqui está por exemplo, êste de DILLON:

A concessão de um privilégio pelo legislador pode constituir UM CONTRATO IRREVOGÁVEL, *an irrevocable contract* (é o autor mesmo quem grifa), cuja obrigação não seja lícito anular, ou alterar (*cannot be destroyed or impaired*) por leis posteriores. *Citizens' Water Co. v. Bridgeport Hydraulic Co.*, 55 Conn. 1, e *arestos aí citados* pelo apelante. Nesse pleito confirmou o tribunal a concessão, feita pelo município a uma companhia, do direito *exclusivo*, ratificado pela legislatura, de canalizar e distribuir água, enquanto a pudesse fornecer pura à cidade, e *declarou ultrapassar as faculdades legislativas um ato ulterior, que concedia a outra empresa direito semelhante*. Ver também o caso *Newport v. Newport Light Co.*, 84 Ky. 167, onde se sustentou que, se a cidade tem poderes, para manter um serviço de gás, pode autorizar o *uso exclusivo* das suas ruas (*it may grant exclusive use of its streets*) durante um determinado número de anos. A outorga do *direito exclusivo, exclusive right* (palavras sublinhadas pelo autor), de suprir gás a uma cidade e seus habitantes, sob a cláusula da execução do serviço pelo concessionário, não infringe o tópico da declaração de direitos da constituição do Kentucky, onde se estatui que ninguém terá jus a vantagens ou privi-

légios exclusivos de ordem pública, senão em trôco de públicos serviços.

(*Municipal Corporations*, v. II, pág. 827, nº)

E alhures:

A concessão legislativa do direito *exclusivo* (itálico do autor) de abastecer de água uma cidade e seus habitantes, mediante a condição de ser realmente desempenhado o ajuste, importa na outorga de um privilégio, em retôrno da prestação de um serviço público, e, prestado êle, é *um CONTRATO* (*is a contract*), no sentido em que se exprime a constituição dos Estados Unidos, quando proíbe aos Estados fazer leis, que violem obrigações contratuais.

(*Ibid.*, pág. 829, n.)

No tratado de ABBOTT não é menos peremptória a caracterização dos privilégios exclusivos, que aqui se estudam, como atos contratuais.

A pág. 2.167 (§ 928) do vol. III, diz essa eminente autoridade:

Bem assentado está, pelas autoridades e princípios exarados nos parágrafos antecedentes, que a concessão, legalmente feita, de um privilégio exclusivo é *um CONTRATO*, cujas obrigações, portanto, se não podem quebrantar *nem pela corporação pública* (a administração municipal), que a dá, nem por aquêle a quem se conferiu a licença ou privilégio. *It is well settled by the authorities and principles given in the preceding sections that the grant of an exclusive legal privilege is A CONTRACT, the obligation of which can not, therefore, be broken by either the public corporation or the one to whom the privilege or license has been given.*

Esteia esta proposição categórica uma longa enumeração de arestos. (Pág. 2.167, nota 2.132.)

Na página subsequente acrescenta o autor:

Em se achando verificada a existência de uma concessão dêste caráter, reconhecido está que qualquer tenta-

tiva, pelas autoridades públicas (municipais), ou pelo Estado, de outorgar a outrem direitos de análoga natureza, *implicará quebra de uma obrigação, e será, portanto, nula (is conceded to be an impairment of the obligation and, therefore, void).*

Páginas adiante, ainda:

Os direitos ou *privilégios exclusivos* são havidos como *propriedade*, que se não pode confiscar ilegal ou arbitrariamente. *Exclusive privileges or rights are regarded as property which cannot be illegally or arbitrarily taken.*

(§ 931, pág. 2.179.)

No caso *Citizens' Water Co. v. Bridgeport Hydraulic Co.* (55 Conn. 1), julgado nos tribunais do Estado, a decisão, citada como autoridade na obra de BEACH, firma a mesma doutrina:

Enquanto esta companhia abastecesse de água copiosa e pura o município, não tinha arbitrio a legislatura, para dar a outra associação o direito de canalizar água pelas ruas para suprimento da cidade. Pôsto o Estado não seja parte, nem tenha interesse em tal CONTRATO, todavia, se investiu a municipalidade, incompetente em lhe faltando a autorização estadual, de poderes para o celebrar, desde então esgotou a legislatura as suas faculdades a êsse respeito. É um CONTRATO *legal, sagrado contra qualquer outra interferência que não a da interpretação judiciária.* (*It is a lawful contract, sacred from any interference other than judicial construction.*) Primeiro que destruir monopólios, *dever é dos tribunais manter a inviolabilidade dos contratos.* (*It is the duty of courts to preserve contracts inviolate rather than to destroy monopolies.*)

(*Op. cit.*, § 118, pág. 365, n.)

No pleito *City of St. Cloud v. Water, Light and Power Co.* (88 Minn. 329, 92 N. W. 1.112) reconheceram os tribunais, do mesmo modo, a natureza absolutamente contratual das concessões de

privilégios exclusivos para o fornecimento de água às cidades por empresas particulares.

Eis alguns trechos do julgado:

As obrigações das partes, como as estabelece o ato municipal (*ordinance*), constituem UM CONTRATO (*constitute a contract*). O município estava autorizado a assumir esse compromisso em virtude dos poderes da sua carta e das leis gerais do Estado, que o dotaram com o direito de organizar ou fazer organizar um serviço de abastecimento de água em benefício dos seus munícipes, exercendo a autoridade concernente às ruas, e podendo contratar sobre o uso delas para a ampliação daquele serviço. No exercício desses poderes entrou a municipalidade *num* CONTRATO (*the city entered into a contract*), concedendo o *privilégio* de assentar e manter um sistema de canalização d'água através das ruas da cidade por trinta anos, com o direito de suprir de água os seus munícipes a certos preços taxados. Em compensação dêste privilégio, convieram os concessionários em estender o serviço adquirido pelo município, fornecendo água de graça para certos fins determinados, e, além de outros encargos, em fornecer diariamente 3.000.000 galões de água pura à população municipal. As obrigações assim contraídas eram mútuas... Nenhuma questão séria se pode suscitar quanto à natureza da obrigação dêste contrato. (*No serious question can arise as to the nature of the contract obligation.*)

(*Apud ABBOTT, op. cit., v. II, pág. 1155, nota 1.115.*)

Mais.

Tão longe vai ali o respeito dêsses contratos que, segundo o voto predominante na jurisprudência e na doutrina, a outorga de uma concessão desta natureza não inibe somente a de concessões análogas a outras empresas, mas ainda tolhe à própria municipalidade concedente o direito de estabelecer qualquer serviço semelhante, ainda quando só para o seu mesmo uso. É o que nos ensina o abalizado tratadista, que acabo de citar, na sua grande obra sobre a especialidade. Uma decisão da Corte Su-

prema, no caso *Helena Waterworks Co. v. City of Helena*, opinara que tal direito não perderia o município, senão quando expressamente dêle abrisse mão. ABBOTT, porém, com outros arestos do mesmo tribunal, restabelece a doutrina jurídica, no lance que passo a transcrever:

O peso das autoridades e os arestos mais bem fundamentados (*the weight of authority and the better considered cases*) estabelecem que o assentar e usar concorrentemente a municipalidade um serviço de igual natureza, ainda que só para se fornecer a si mesma (*even for the sole purpose of supply the public corporation itself*), ou prestar gratuitamente ao público certa utilidade, se considera como infração das obrigações do contrato (*is regarded as impairment of the contract obligation*). Sustentando este princípio, decidiu a Corte Suprema num aresto capital (*in a leading case*): «Na concessão de um direito exclusivo a esta companhia não houve intento de criar um monopólio(1), e a estipulação de que o município não faria obras suas para fornecimento de água se acompanha, no art. 8º do contrato (*of the contract*), do acôrdo que reserva à municipalidade o arbítrio de expropriar, mediante indenização, as obras da empresa, a qualquer tempo, enquanto o contrato (*the contract*), existir. Confrontado o art. 7º com o 8º, significam êles que, se o município quisesse estabelecer um abastecimento d'água seu, teria de o fazer, desapropriando o material da concessionária, e alterando ou desenvolvendo então o seu sistema de distribuição, como lhe parecesse mais útil ao aprovisionamento dos habitantes, mas que não se lançaria em concorrência direta com a companhia, durante o existir do contrato (*during the life of the contract*). E porque uma competência tal seria quase necessariamente ruínosa à empresa, o que destarte, naqueles têrmos, se convencionara, era, pouco mais ou menos, que a cidade EXECUTARIA DE BOA FÉ O CONTRATO (*that the city would carry out the contract in good faith*). Esta convenção resultara naturalmente do intuito essencial do contrato (*was a natural incident to the main purpose of contract*), assim como do poder, outorgado à municipali-

(1) No sentido primitivo e odioso da palavra.

dade pela sua carta, de estabelecer um abastecimento d'água suficiente, e conceder o uso das ruas municipais, necessário para assentar a canalização, a indivíduos ou associações, por termo não passante de vinte e cinco anos. (*City of Walla Walla v. Walla Walla Water Co.* 172 U. S., 1). ... Se o lucro dependesse unicamente do vender água aos consumidores particulares, na grande maioria dos casos o negócio não se poderia levar a efeito senão com prejuízo; de sorte que o *direito de a vender à própria municipalidade se considera, tanto quanto o de a fornecer aos particulares, como parte essencial DO CONTRATO* (*as an essential part of the contract*)

(ABBOTT: *Op. cit.*, v. III, § 928, págs. 2171-74.)

No caso *Southwest Missouri Light Co. v. City of Joplin* (101. Fed. 23), aplicaram os tribunais a mesma norma jurídica à inteligência das concessões feitas pela autoridade municipal a emprêsas de iluminação por eletricidade. (ABBOTT: *Op. cit.*, v. III, págs. 2.171, nota 1.238.)

Este jurisconsulto examina ainda outras decisões judiciais, estas concernentes ao serviço de abastecimento d'água, onde os mesmos princípios receberam consagração formal: no caso *White v. City of Meadville* 177 Pa. 643,35 Atl. 694); no caso *Metzger v. Borough of Beaver Falls* (178 Pa. 1,35 Atl. 1.134); no caso *Welsh v. Beaver Falls Borough* (186 Pa. 578, 40 Atl. 784.)

Nesta última espécie a sentença declara enêrgicamente:

Quando se celebra um contrato com uma companhia particular de abastecimento d'água, autorizando-a, como se costuma, simplesmente a construir as suas obras e assentar o seu material numa situação determinada seria *grosseiramente iníquo* (*grossly inequitable*) pretender que o município, tendo promovido a construção de tais obras e contratado com a companhia o fornecimento d'água, as pudesse

inutilizar depois, criando um serviço seu. Para legitimar tal procedimento da parte das autoridades municipais, necessário será que este direito se lhes dê explicitamente nas leis. Mas, não sendo clara a linguagem destas, por inferência o não poderão subentender.

(ABBOTT: *Op. cit.*, v. III, págs. 2172-3, not. 1.238.)

As proporções necessárias de um papel desta natureza aqui já excedidas, me não permitiram dar a êstes excertos tôda a extensão conveniente ao estudo completo do assunto: porém o que aí está, sobeja, e muito, para derramar luz meridiana sôbre a qualificação jurídica dessas concessões de privilégios exclusivos no direito americano.

Bem longe de constituírem, como se anda a figurar, em prejuízo dos nossos verdadeiros interesses, especialmente o do nosso crédito no estrangeiro, o do respeito à boa fé para com os capitais que dali solicitamos, e de que temos a maior necessidade, bem longe de constituírem terreno franco à ação do arbítrio administrativo, são ali havidas essas concessões como legítimos contratos, escudados com a mais estrita proteção constitucional e invioláveis a qualquer concorrência, assim de competidores privados, como de incursões oficiais. Porque os primeiros concorrentes, a que se entende que essas concessões exclusivas fecham a porta, são as próprias autoridades, que as outorgam.

Ora, sendo, essas concessões atos da competência de tais autoridades, dentro na alçada que o legislador lhes traça, quando elas mesmas não as podem violar, com serem o poder que as dá, ou nega, muito menos o poderão outras autoridades, superiores embora na hierarquia administrativa, mas nem por isto aptas a nulificar, direta ou indiretamente, os

atos legítimos daquelas, na esfera da sua jurisdição privativa.

E de tal modo se afirma, a êste respeito, a impenetrabilidade legal da competência, nas mãos da autoridade local onde reside, que, salvo, como já vimos, nos casos de questões sobre a inteligência do contrato, ou de liberalidade absolutamente gratuita para com a empresa privilegiada (BEACH, *op. cit.*, pág. 361), até aos tribunais se recusa direito de interferência em concessões desta natureza:

The making of contracts for the supply of gas or water is a matter delegated to the governing powers of municipalities, to be exercised according to their own discretion; and in the absence of fraud, while acting within the authority delegated to them, *their action is not subject to review by the courts.*

(*City of Vincennes v. Citizens' Gas Light Co.* 132 Ind. 114, 126. *Apud* BEACH, *op. cit.*, § 118, pág. 364.)

A saber:

A celebração de contratos para o fornecimento de gás ou água é matéria delegada aos poderes administrativos das municipalidades, os quais estas exercem à discrição; e, na ausência de fraude, enquanto elas obrarem nos limites da autoridade emanante dessa delegação, os seus atos não estão sujeitos à revisão dos tribunais.

Não se podia estabelecer de maneira mais categórica a defesa da regra da inviolabilidade dos contratos, aplicada à concessão dos privilégios exclusivos.

III

Será exato que haja "*perdido toda a importância*", na jurisprudência dos Estados Unidos, a doutrina das garantias individuais, no concernente às

concessões contratuais do poder público, formulada por MARSHALL no julgado sobre o caso do *Dartmouth College*?

Não é exato. Nem há nada exato no grupo de apreciações e afirmativas, que vejo surgirem derredor deste erro. Nunca ouvi dizer que MARSHALL vivesse preocupado com o terror da centralização monárquica, nem que tal sentimento atuasse na orientação jurídica das suas decisões, nem que a influência das idéias da revolução francesa constituísse, ali e então, a base da construção interpretativa das leis, ou que a não retroatividade destas se levasse, por aquêles tempos, nos Estados Unidos, quase ao requinte de superstição.

Tão longe estava de se guindar a este exagêro, entre os homens em cujos dias se elaborara a constituição americana, o princípio da irretroatividade das leis, que essa constituição o limitou à legislação penal (*ex post facto laws*) e à observância dos contratos (*laws impairing the obligation of contracts*).

Até onde chegam as minhas poucas luzes, não conheço ninguém, naquele país, que haja pôsto a base da construção interpretativa das leis, entre os juriconsultos americanos, na influência das idéias da revolução francesa. Esta contava ardentes adeptos na escola democrática de JEFFERSON e seu partido. Mas este partido, a sua escola, as suas idéias tinham, justamente, por seu maior antagonista a MARSHALL, que, durante trinta e cinco anos, de 1801 a 1835, foi o árbitro da interpretação constitucional. As origens da interpretação judicial nos Estados Unidos, seu caráter, seu espírito, suas normas são puramente inglêsas, como terá verificado quem cursar os livros, especiais neste assunto, de LIEBER, POMEROY, SUTHERLAND, ENDLICH, BLACK e DILLON.

Não sei donde poderia ter saído a noção de que JOHN MARSHALL vivia "sob o terror da centralização monárquica". Fôssem estas as suas preocupações políticas, e êle estaria entre os descentralizadores da época, entre os democratas jefersonianos, entre os amigos da expansão dos direitos dos Estados. Ora, bem ao contrário, nenhum contraditor mais resoluto encontraram essas tendências, essas opiniões. A sua maior obra, o seu grande serviço "ao país e à sua geração foi assentar o govêrno *nacional* sôbre os mais amplos e sólidos fundamentos", isto é, desenvolver e fortificar pelas suas sentenças os poderes do govêrno central. Singular atitude, para quem vivesse desassossegado com o pesadelo dos terrores da centralização e da monarquia.

Não foi o pavor da centralização monárquica, nem o contágio da revolução francesa o que inspirou a MARSHALL a doutrina consagrada na decisão do *Dartmouth Case*. Foram as circunstâncias do país, as mesmas que haviam ditado aos autores da constituição a cláusula tutelar da inviolabilidade dos contratos. Quem ler MADISON, HAMILTON e MARSHALL, nos debates da convenção constituinte, nas páginas do *Federalista* e nas decisões da Côrte Suprema, verá que a nação estava infestada pela praga da transgressão geral dos contratos, abertamente animada pelas leis estaduais. O mal, não só apodrecia os costumes públicos, senão que abalava a própria união entre os Estados, (ELLIOT'S *Debates*, v. V, pág. 120. *The Federalist*., nº VII. THAYER: *Cases*, pág. 1554.)

Essa propagação deletéria se havia exacerbado em 1818, e mal acabara de se extinguir em 1827, reinando então, em muitos Estados, o mais aceso

conflito “entre as garantias constitucionais dos direitos adquiridos e as medidas legislativas decretadas para exonerar os devedores das obrigações contratuais”. (COTTON; *The constitutional decisions of John Marshall*, 1895, v. I, introd., págs. 22-3.) De sorte que, em 1819, quando se julgava o caso do *Dartmouth College*, bem longe de grassar “a superstição da irretroatividade das leis”, o que lavrava, era a epidemia da *retroatividade*, entretida pela freqüência dos atos das legislaturas estaduais contra a observância dos contratos. “Nesse tempestuoso período”, diz um recente escritor americano, “a Côrte Suprema abroquelou firmemente as garantias constitucionais dos direitos adquiridos, estigmatizando e frustrando a política desonesta dos Estados devedores, sem um momento de hesitação ou fraqueza.” (COTTON, I, intr., pág. 23.)

Ora não é de um ato judicial inspirado em tais princípios e ordenado a tais fins que se poderia dizer hoje: “Os tempos encarregaram-se de modificar êsse conceito, equilibrando a vida do direito entre o interesse coletivo e o individual, entre a soberania e o patrimônio dos particulares.”

No caso *The Trustees of Dartmouth College v. Woodward* o objeto em litígio não era, propriamente, a verificação de um conceito jurídico em que todos convinham, mas a da sua aplicabilidade a um caso particular. É o que adverte HENRY HITCHCOCK, na sua tão citada conferência acêrca da influência de MARSHALL: “Esta é uma das mais célebres decisões de MARSHALL, muitas vêzes invocada como uma das que estabeleceram a inviolabilidade dos contratos sob a constituição. Mas a controvérsia, ali, realmente, como êle próprio notou, versava, não tanto sôbre a verdadeira inteligência da constitui-

ção em abstrato, senão sôbre a sua aplicação à espécie e sôbre a verdadeira interpretação da carta do *Darhmouth College*, para se apurar se esta envolvia uma outorga *de poder político*, reassumível ou modificável à discrição pelo Estado, ou um *contrato*, firmado para a segurança e administração de um patrimônio estabelecido em fundação com intuitos de beneficência. O julgado houve-a como desta última natureza e, em tal caráter, como inviolável, num pleito que “pôs em contribuição a mais nobre eloquência de WEBSTER, junta com as grandes faculdades de MARSHALL, esgotando tôda a ciência do assunto o voto concorrente de STORY.” (*Constitution Hist. of the Un. States as seen in the developm. of Americ. Law*. 1889, Págs. 104-5.)

Desta sentença dizia depois o chanceler KENT que ela, “de per si só, fizera mais do que nenhum outro ato, procedente da autoridade da União, para cercar de uma barreira inexpugnável todos os direitos e franquezas derivantes de concessões do governo, bem como para dar solidez e inviolabilidade às instituições literárias, beneficentes, religiosas e comerciais do país.” (*Commentaries*, I, 415, 418.)

Seria de crer que uma solução jurídica e constitucional, cuja doutrina reúne em tórno de si ao nome incomparável de MARSHALL os de WEBSTER, STORY e KENT, houvesse errado contra a constituição e o direito, passando, logo na geração imediata, por essa revisão total, que se inculca? E isto quando, ainda hoje, o corpo das decisões constitucionais de MARSHALL, o homem aclamado como “*the second maker of the constitution*”, continua a ser, naquele país, o evangelho dos intérpretes na ciência da lei fundamental?

Não. O equívoco, sôbre que me interroga a consulta, nasce do conhecimento superficial do assunto, que, melhor examinado, nos vai descobrir a verdade.

Na edição oficial das sentenças da Côrte Suprema êste feito ocupa não menos de 197 páginas. (4 Wheaton, 517-714.) Na *Laweyers' Edition*, 50 páginas compactas em duas colunas de tipo miúdo, (L. ed. 14: 629-678.) Tanto basta, para se julgar da profunda consideração, com que foi tratado. Nas obras de WEBSTER, o seu discurso por parte dos autores, no pleito, discurso que durou quatro horas, abrange quase quarenta largas páginas. (WEBSTER: *Works*, v. V, ed. de 1851, págs. 462-501.) E, ao cabo, do acórdão adotado apenas dissentiu o mais obscuro dos membros do tribunal: o juiz DUVAL, cujo nome não deixou vestígios duráveis na jurisprudência daquela casa.

O caso, em breves palavras, era êste. A carta de incorporação do *Dartmouth College*, outorgada em 1769, conferia a sua administração a doze pessoas, ali nomeadas, com o direito, para elas e seus sucessores, de proverem as vagas abertas no corpo dos seus membros. Três leis, porém, do New Hampshire, a mais importante das quais se decretou em 1816, elevando-lhe a vinte e um o número dos administradores, cometeram a nomeação de nove ao govêrno do Estado, criando, outrossim, uma junta de superintendentes, por êle igualmente nomeados, com autoridade sôbre os atos mais relevantes da administração. (4 Wheaton, 625. L. ed. 14 : 625.) Esta passava, assim, em última análise, das mãos dos representantes da fundação às do govêrno estadual.

Eis o que MARSHALL, STORY e os seus conjuízes condenaram, na decisão de 1819, como infração da norma de inviolabilidade dos contratos.

Ter-se-ia julgado, hoje, diversamente o *mesmo caso*? Repudiaria a Côrte Suprema dos Estados Unidos, presentemente, a doutrina essência e base dêsse aresto, a doutrina de que as cartas de instituição de sociedades (*corporate charters*), isto é, os estatutos, aprovados pelo poder público, de associações dependentes dessa condição, ou as concessões por êle feitas a certas entidades coletivas de caráter particular, importam *em contratos* entre a pessoa jurídica dos concessionários e a do concedente?

Vou dar as provas de que não: de que êste princípio não foi repudiado ali pela justiça federal; de que um caso idêntico, hoje, provàvelmente, não receberia, ali, solução diversa.

Recorrendo à mais técnica das fontes, as anotações dos acórdãos da Côrte Suprema na *Lawyers' Edition*, aí se me depara, quanto a êste particular, em as notas ao *Dartmouth College Case*, êste depoimento decisivo:

O mais familiar, dentre os princípios que se reputam mais assentados pelo *Dartmouth College Case*, é o de que uma *corporate charter* constitui um contrato (*a contract*) protegido pela constituição federal... A Côrte Suprema» (atenda-se) «a Côrte Suprema tem, SEMPRE E UNIFORMEMENTE (*always and uniformly*), declarado que o caso *Dartmouth College v. Woodward* deixou de *per si* só firmado êste princípio (*did of itself settle this principle*). Esta era a atitude da Côrte há setenta e cinco anos, e de então para cá (*then and since*) tem ela recusado sempre (*always*) e mui enêrgicamente (*and very emphatically*) pôr em questão os fundamentos dêste julgado, ou reconsiderar-lhe a conclusão (*refused to question its reasoning or reconsider its conclusion*). «As doutrinas do *Dartmouth College Case*,

afirmadas por esta Côrte *há mais de sessenta anos*, observava o *chief-justice* WAITE no caso *Stone v. Mississippi* (101 U. S., 816; 25 L. ed., 1.079), «por tal modo se incorporarã (became so imbedded) na jurisprudência, que formam hoje, a todos os respeitos e para todos os efeitos (to all intents and purposes), PARTE DA NOSSA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO.» (Nota bene: era em 1879 que se pronunciava assim o presidente da Côrte Suprema.) E numa das recentíssimas referências dêsse tribunal àquele julgado, ainda em março de 1896, a Suprema Côrte qualificou essa decisão como «CÂNON DA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA». *Pearsall v. Great Northern Ry. Co.*, 161 U. S. 600, 40 L. ed. 843. (4 *Lawyers' ed.*, Notes, pág. 910.)

De modo que, enquanto entre os guias oficiais do nosso constitucionalismo se aponta o caso de Charles River, decidido em 1837, como prova de que já então a Côrte Suprema dos Estados Unidos se penitenciava das doutrinas de MARSHALL no *Dartmouth Case*, a mesma Côrte Suprema, ela própria, e não outrem, em 1879 e em 1896, isto é, ainda sessenta anos após o caso do Charles River, proclamava aqueloutro aresto como “cânion da jurisprudência americana” e, até, como “parte da constituição” nacional.

Não comento: exponho.

Continuando a perlustrar as *Anotações da Lawyers' Edition*, ainda se nos oferece, ao diante, este lance:

Segundo a proposição, tão debatida no fôro, que gerou o nome e fama do caso *Dartmouth College v. Woodward*, as cartas de incorporações ou concessões constituem contratos com o vínculo de obrigação. Não obstante as muitas limitações a que tem sido submetida por decisões ulteriores (daqui a pouco veremos em que consistem essas limitações), continua ela a ser havida como a norma e diretriz geral (*the comprehensive governing principle*) consagrada pelos tribunais como verdadeira, segundo as autoridades ou os

princípios, ou umas e outros, executada como lei do país (and enforced as the law of the land) e qualificada como parte da própria constituição.

(*Ib.*, pág. 914.)

E, na página imediata:

Como disse o juiz GRAY, recentemente, no tribunal de apelação de Nova York: O princípio enunciado no *Dartmouth Case*, a despeito das críticas, *tem sido firmemente sustentado.*

Era em 1901 que assim falava uma autoridade como o anotador da jurisprudência da Corte Suprema na *Lawyers' Edition*, das sentenças dêsse tribunal sôbre êste ponto.

Mas apertemos ainda mais as datas. Tenho aqui um tratado de FREUND, professor de jurisprudência na universidade de Chicago, autoridade que nos vai, a poucos passos, servir de guiador quanto às reservas criadas pelos estilos de julgar à doutrina do *Dartmouth Case*. Ela nos conduz até 1904. Comentando uma sentença do Kentucky sôbre o direito de modificação ulterior, havido por ela como implícito, em certos limites, nesses atos administrativos, diz êsse autor:

Não se vê claro até que ponto se deveria estender êsse poder implícito de os regulamentar, *sem infringir o contrato da concessão (without violating the charter contract)*. Parece que se não podia estender ao grau a que se tentou no caso do *Dartmouth College*, do qual se disse no pleito *Pearsall*. Não era uma emenda em particularidade irrelevante, a eliminação de uma circunstância não essencial na carta, mas uma alteração radical e subversiva da administração da sociedade: a transferência dos seus poderes ao governo estadual e, virtualmente, uma reincorporação com bases totalmente diversas.

(ERNST FREUND: *The Police Power*. Chic., 1909, pág. 363.)

Estas palavras eram precedidas, na sentença do caso *Pearsall*, julgado em 1895, por estoutras, alusivas às leis do New Hampshire, que reformaram a carta do *Dartmouth College*:

Se essa legislação era válida, então o Dartmouth College, tal qual de sua origem estava organizado, cessara de existir, criando-se uma nova instituição de ensino, *que ficava de todo em todo à mercê da legislatura estadual (which was put completely at the mercy of the state legislature.)*

(161 U. S. 661. *Law Ed.* 40 : 843.)

Nesta linguagem, com que o aresto da Corte Suprema, em 1895, no caso *Pearsall*, apreciava o aresto do mesmo tribunal no caso *Dartmouth* em 1819, não se estará vendo, transparentemente, o assentimento dos prolatores do último julgado à solução adotada pelos outros no primeiro?

Como, porém, me não desejo reduzir a uma ilação, que, conquanto manifesta, não evitará contestações dos interessados, seja a própria Corte Suprema quem se pronuncie, e aí mesmo, quanto à sua opinião acêrca da natureza contratual dos direitos adquiridos pelos indivíduos ou pelas pessoas jurídicas no caso do Dartmouth College e seus semelhantes.

A profissão de fé do tribunal lá está, imediatamente depois da passagem transcrita. Com efeito, logo em seguida, prossegue o teor do aresto, revisitando sobre a matéria as tradições da Corte Suprema; e, neste intuito, agrupando em categorias sucessivas os casos consemelhantes, depois de enumerar as concessões de terras e outros títulos de propriedade, bem assim as de isenção, redução ou especialização de impostos, tôdas indicadas como verdadeiros *contratos (contracts)*, inacessíveis ao

arbitrio do legislador (*beyond the reach of destructive legislation*), continua:

Dentro no mesmo princípio se abrangem as concessões do direito exclusivo (*of an exclusive right*) de suprir de gás ou água um município, ou ocupar as ruas com serviços de caminhos de ferro.

Semelhantemente, se for organizada uma companhia com a concessão de estabelecer e manter uma barreira (*turnpike*) ou cancela (*tollgate*), com direito de peagem, êste privilégio *estará sob a proteção constitucional*.

(161 U. S., 662, 663. L. ed., 843-4.)

A estas acrescenta o julgado as concessões privilegiadas, a bancos, de pagarem com as suas notas os seus débitos ao Estado, inclusive os de impostos, e, atribuindo a tôdas elas o caráter de inviolabilidade, atenta a natureza contratual de tôdas, justifica esta garantia, nuns casos com o direito adquirido em relação à propriedade, como consequência do ato de outorga legislativa, nos outros com o vínculo contraído para com os subscritores, capitalistas, ou acionistas cujo concurso assenta na expectativa da inalterabilidade do privilégio durante o têrmo estipulado na carta de incorporação:

In each of the above cases, the title to property had either become vested in the grantee by operation of law, or the exercise of the power granted was so far necessary to the full enjoyment of the main object of the charter, that persons subscribing to the stock might be presumed to take in consideration, and be influenced in their subscriptions by the fact that the corporation was endowed with those privileges during the continuance of the charter.

(161 U. S. 664. L. ed. 40 : 844.)

Eis aí renovada em 1895, setenta e seis anos após o *Dartmouth Case*, o princípio essencial dêste:

a existência do laço contratual nas concessões de direitos e privilégios exclusivos a companhias, fundações ou empresas constituídas sob autorização dos governos estaduais ou locais. Isto é: a mesma reverência aos direitos adquiridos, à irretroatividade das leis e à santidade dos contratos com a administração, que aqui, agora, um sonho histórico imagina extinta, em 1837, pela sentença proferida no *Charles River Case*.

A obra de FREUND, com o aresto que se acaba de estudar, nos trouxe o fio da jurisprudência americana até 1904. O livro de COTTON sobre as decisões constitucionais de MARSHALL é ainda um ano posterior; e, todavia, êsse jurista, depois de enumerar as limitações formuladas por alguns arestos ao do Dartmouth College, observa que elas "*estão mui longe de o destruir (these cases have been very far from destroying it).*"

E acrescenta:

Os tribunais têm-se atido tenazmente à idéa da inviolabilidade das cartas de incorporação (the courts have clung tenaciously to the idea of the sacredness of corporate charters), ainda em tempos de excitação pública e expansão da moderna antipatia às grandes acumulações de capital. Em casos como o de Pople v. O' Brien (111 N.Y., 1) a justiça tem mantido cuidadosamente os interesses das associações; e, na essência, a opinião pública, em geral, está por essas decisões. Tal o grande efeito, o ponto capital dêsse aresto: haver fixado a orientação jurídica e o espírito popular em favor da estabilidade das empresas coletivas e seus valores.

(*Op. cit.*, v. I, pág. 349.)

Mais provas? e igualmente recentes?

Aí as temos no tratado de TIEDEMAN, que, ocupando-se detidamente, num parágrafo especial

(§ 208), com “a inviolabilidade das cartas de incorporação outorgadas a associações particulares”, e aludindo ali, em particular, de modo explícito, ao *Dartmouth Case*, escreve:

A sentença do *chief-justice* MARSHALL, no caso principal, sobre este assunto (*Dartmouth College v. Woodward*) tem sido tantas vezes sustentada, assim pelas justiças federais, como pelas estaduais (as been so often affirmed by the Federal courts, as well as by the State courts), que outorgado a uma companhia de carris urbanos o direito de tráfegar com os seus carros as suas linhas hoje se pode ter como princípio definitivo no direito constitucional (*that it may now be laid down as a settled principle of constitutional law*) ser o ato de incorporação um contrato (*a contract*), entre o Estado e os incorporadores, da categoria dos protegidos pela cláusula da constituição federal, onde se nega aos Estados o arbítrio de atentarem, nas suas leis, contra as obrigações contratuais. Toda a lei, portanto, de qualquer Estado(1), que lesar direitos de associações legalmente incorporadas, ou revogar, nulificar, alterar as cartas de incorporação, contra a vontade dos associados, viola a obrigação de um contrato, e é, conseqüentemente, nula (*impairs the obligation of a contract, and is consequently void.*).

(*State and Feder. Control of Persons and Property*, v. II, págs. 945-46.)

O autor enumera aí não menos de trinta e três arestos em apoio da sua tese. O anotador da *Lawyers' Edition Notes* (v. IV, pág. 914-15) conta vinte e sete. Mas o seu número, em 1901, devia de ser ainda maior, porquanto, já em 1895, se elevavam a vinte e cinco só os da *Côrte Suprema*:

(1) Não se fala aqui em leis da União; porque, na Constituição dos Estados Unidos, o texto, que condena as *ex post facto laws*, e protege as obrigações dos contratos, só se refere aos Estados. (Const. dos Estados Unidos, art. I, § 10.)

In no less than *twenty-five* cases, that have been passed upon by, *the Dartmouth College case has been sustained, either directly or indirectly.*»

(BOUTWELL: *The Const. of the Un. Stat. at the end of the first century*, pág. 257, § 311.)

Já se vê com quanta razão dizia o juiz DILLON, em 1890, que todos os esforços por derribar êsse aresto se têm baldado: *All attempts to overthrow this judgement have failed.*" (*Municipal Corporat.*, v. I, pág. 92, n. 2.) Longe de cair, revive êle, de geração em geração, nas dezenas de julgados que o invocam.

Nem faltam, nos anais da justiça americana, amostras práticas de eficácia vigorosa, renascente, benfazeja dessa tradição judicial na reivindicação de manifestos e inestimáveis direitos contra os mais desmedidos abusos do poder. Aqui é o episódio de uma igreja de negros, regularmente incorporada, ao domínio de outra organização, composta de brancos. Os tribunais, com a regra do caso *Dartmouth*, anulam o decreto da municipalidade, como atentatório da obrigação contratual da carta (*as impairing the obligation of the charter contract*). Ali, o caso de uma companhia municipal de abastecimento, d'água, que, isenta, pela sua carta, de tributos, a trôco de fornecer de graça a municipalidade, vê baixar uma lei do Estado, que, privando-a daquela imunidade, mantém adstrita a empresa ao encargo de continuar gratuitamente o fornecimento. Acolá são as autoridades locais de Nova York, que, tendo outorgado a uma companhia de carris urbanos o direito de tráfegar com os seus carros, as suas linhas por certas ruas da cidade, vêm, mais tarde, impor à concessionária, por cada um dos seus veículos, uma taxa anual de 450 dólares. Ora, é uma legislatura, que, tendo concedido a certos indivíduos certo ter-

reno para um serviço de cais, burla depois esta, mediante outra concessão a outros, a qual vedaria aos primeiros o acesso à água. Ora são umas terras, que um dia se concedem a uma instituição de ensino, para, mais tarde, se darem a outra.

Todos êsses atentados nos expõe o texto americano, com particularidades e designação dos litígios respectivos, nas anotações da jurisprudência da Corte Suprema anexas à *Lawyers Edition*, v. IV, págs. 914-15. E em todos êsses, como em muitos outros, se salva a moralidade pública, se restabelece a justiça, mercê da regra firmada no caso *Dartmouth*.

Tem ela sofrido restrições, com o volver dos anos?

Certamente.

Mas em que têrmos? Tais serão êles, que abalem, realmente, a garantia jurídica dos contratos imanescentes nas concessões e incorporações administrativas, entendida segundo a justiça e a boa razão?

Tôdas as limitações estabelecidas se reduzem à fórmula de que o Estado, nos atos desta natureza, reserva sempre os seus *poderes de polícia* (*police power*) como salvaguarda essencial da higiene pública, da segurança pública e da moral pública, nos casos em que elas forem interessadas.

É DILLON quem nô-lo ensina:

The legislature, however, retains its police power, including the duty to protect the public health, morals, and safety. *New Orleans Gas Co. v. Louisiana Light Co.*, 155 U.S. 650 (1885), *Louisville Gas Co. v. Citizens Gas Co.*, 115 U.S. 683. The same principle applied to a legislative grant of an exclusive right to supply water to a municipality and its inhabitants. *New Orleans Waterworks Co. v. Rivers*, 115 U.S. 674 (1885).

(*Op. cit.*, v. I, pág. 117, n. 1.)



In making an exclusive grant of the right to supply gas to a city and its inhabitants, the legislature does not part with *its police power and duty regarding public health, morals and safety, as they may be effected by the exercise of the franchise.*

(*Ib.*, v. II, pág. 822.)

Ainda mais explicitamente, FREUND:

Tem-se decidido que a doutrina de que as cartas de incorporação constituem contratos não embarga a ação do poder de polícia, enquanto este se exerça resguardando a ordem e segurança comum, a *higiene e os bons costumes (in so far as it is exercised to protect peace, safety, health and morals)*. . . Uma companhia de caminho de ferro, por exemplo, não se poderá servir da sua carta, para escapar ao alcance de uma lei, que lhe prescreva adotar certos meios acautelatórios contra os acidentes, e a autorização, dada a uma empresa de electricidade pela sua carta, de assentar fios subterrâneos pelas ruas, está subordinada às disposições razoáveis dos regulamentos municipais (*to reasonable municipal regulations*), quanto à maneira observada no exercício de tal faculdade. Nem a aprovação dos estatutos (*the charter*) de uma loteria ou de uma fábrica de cerveja obsta a que leis posteriores venham a abolir as loterias, ou proibir o fabrico de bebidas inebriantes. Porque, não sendo lícito ao governo largar por mão as suas atribuições de remediar à desordem, à insalubridade e à corrupção dos costumes, um contrato tendente a estes resultados é *ab initio* nulo, e a respeito de um contrato ilegal não se pode falar em quebra do vínculo dos contratos. As associações estão, portanto, sujeitas à ação do poder de polícia no sentido mais estrito do termo, cumprindo-lhes obedecer às providências regulamentares e restritivas exigidas pela segurança, pela saúde e pelos bons costumes (*called forth by the safety, health or morals*) da comunidade, sem embargo das disposições dos seus estatutos. Tem-se dado a entender, até, em sentenças da Corte Suprema dos Estados Unidos, que nas cartas ou estatutos de todas as associações se subentende a cláusula de sujeição, quanto ao teor geral dos seus negócios, às disposições razoáveis, ulteriormente prescritas nas leis, que, SEM EMBARAÇAR REALMENTE O GÔSTO DOS PRIVILÉGIOS concedidos pelo Estado (*which do not materially interfere*

with the privilege the State has granted), sirvam unicamente de assegurar a execução dos fins, para que foi instituída cada corporação.(1) Assim que uma companhia de seguros não estaria isenta, pela sua carta, das leis posteriores, que lhe exijam certas declarações juradas, ou a submetam a medidas de inspeção.

(*The Police Power*, págs. 361-2.)

Ora nenhuma dessas regras desconhece a legitimidade jurídica dos privilégios exclusivos, ou cerceia o princípio do acatamento à fé dos contratos. Nalguns pontos, até, os que particularmente entendem com as associações de seguros, não armam essas reservas a outro intuito mais que assegurar, da parte das companhias, a fidelidade aos seus compromissos. Os casos do jôgo, encarnado nas loterias, e do álcool são excepcionais. No primeiro são as leis supremas de preservação social que impõem os seus ditames contra um flagelo, de cujas conseqüências a moralidade pública se ressentia por um modo fatal ao bem estar comum. Natural é que, negando ação às dívidas de jôgo, o Estado não dê ação aos anômalos contratos administrativos de proteção ao jôgo organizado. E, no caso das bebidas alcoólicas, é uma necessidade elementar de conservação do homem, a reação do instinto geral da vida contra o veneno etnicida, o destruidor por excelência da espécie humana. Até aí nada tem que ver o aresto do caso Dartmouth, proferido em defesa de uma instituição de ensino particular, criada e mantida mediante contribuições particulares, com intuítos da mais alta moralidade e utilidade, cuja independência o Estado aniquilava, usurpando-lhe a administração, contra as disposições expressas dos seus estatutos, a que a sanção do

(1) «... and serve only to secure the ends for which the corporation was created.»

poder público impusera o sêlo do seu mais solene compromisso.

As outras limitações dizem respeito à manutenção da ordem geral, da hygiene pública e dos bons costumes. Nada mais justo do que a teoria, que tem por implícitas a tôdas as concessões do govêrno, geral, ou local, essas três reservas. O respeito da *ordem pública* é um elemento subentendido a tôdas as relações sociais e sobreposto a todos os direitos adquiridos. A tudo prevalecem as necessidades absolutas. E não há necessidade mais absoluta, na ordem humana, para tôda a sociedade constituída, que a preservação da *salubridade comum*. Quanto aos *bons costumes*, a sua observância é um dos rudimentos do direito das obrigações. Tôdas as legislações civis reputam nulos os contratos imorais. Reservando, pois, o direito de obrigar as companhias a não atentarem contra a moral pública, outra coisa não fêz o Estado que articular uma reserva jurídica implícita a todos os contratos. Logo, em última análise, nas limitações assim formuladas não há nada, que realmente desfalque o princípio da inviolabilidade constitucional dos contratos, declarado por MARSHALL no caso Dartmouth. Os que lerem todo êsse julgado, como eu o li, verão não haver nêle uma proposição, uma cláusula, uma palavra que abrigue sob essa garantia constitucional contratos imorais, contratos anárquicos, contratos incompatíveis com a hygiene pública, ou desconheça, em relação às companhias aprovadas pelo govêrno, o direito dêste a submetê-las aos regulamentos preservadores da hygiene, da ordem e dos bons costumes.

Consagrado um princípio são, sobrevêm sempre, depois, os exageros, que lhe ultrapassam os limites razoáveis, exageros originários dos interesses

empenhados em o explorar. Foi o que sucedeu com a doutrina do caso Dartmouth, corrigida agora nos seus excessos, que não podiam estar no intento, nem estão na linguagem de MARSHALL, mas válida sempre na substância da sua grande verdade constitucional e reproduzida, até hoje, na série incessante de arestos que a proclamam.

A garantia dos direitos adquiridos não sofreu na sua rigidez. Não se passou a ver uma superstição na idéia da irretroatividade das leis. O princípio da inviolabilidade dos contratos com a administração mantém a sua antiga autoridade. Embora, no Brasil oficial, se escreva com sobranceria ou desdém dessas coisas eternas, dessas noções sagradas ante o direito, aos espíritos criados na sua cultura não faltará onde se alentem, refletindo que a ciência política não terá chegado a abjurar a fé nessas tradições liberais, enquanto ainda se escutarem vozes como a do grande jurista, do grande sociólogo, do grande cientista, por cujo órgão a civilização européia fez a apologia do aresto de MARSHALL nestas sábias palavras:

Tenho ouvido murmurar da regra, que nega aos Estados da União o arbítrio de legislarem ferindo o vínculo dos contratos, como se não se tratasse mais de um devaneio econômico. *Mas, de fato, não há, em toda aquela constituição, cláusula mais importante.* Dilatou-lhe muito o princípio uma decisão da Corte Suprema(1), que deve agora interessar a grande número de ingleses, pois é a base do crédito de muitas das grandes companhias de vias férreas americanas. Ora é esta proibição constitucional que, na realidade, tem assegurado livre expansão às forças econômicas, pelas quais se executou o cometimento de cultivar o solo do continente norte-americano, e nela está o baluarte do individualismo americano contra as sofreguidões democráticas e as

(1) O autor cita, aqui, em nota o caso *Dartmouth*.

fantasias socialistas. Podemos sossegar, tendo em mente que, enquanto essa proibição, tal qual a interpretam os tribunais federais, não desaparecer, certos planos comunistas, de origem americana, que se diz haverem caído em graça entre as classes laboriosas de Inglaterra, por se cuidarem gerados no seio de uma nação democrática, não terão melhores esperanças de realização efetiva nos Estados Unidos que as de vermos o passarêdo construir as suas cidades nas nuvens entre o céu e a terra.

(SUMNER MAINE: *Popular Government*, págs. 247-8.)

O Brasil, entretanto, pretende a hegemonia da riqueza na América do Sul. Quer crédito. Apela para os capitais estrangeiros. Solicita a confiança da Europa e da América do Norte. Lança programas de expansão econômica. Mas às emprêsas de caminhos de ferro, àgua, luz, esgotos, eletricidade, a tôdas essas grandes associações de capital, organizadas necessariamente à sombra de concessões privilegiadas, declararia agora que, na edição brasileira da jurisprudência americana, se reputam anacronismos feudais os privilégios exclusivos, se rompeu com a superstição da retroatividade das leis, e o direito público não tolera a rigidez da doutrina ortodoxa em matéria de direitos adquiridos.

Façam-no embora, por sua conta, ou pela nossa, mas deixando em paz, do outro lado, a constituição americana e os seus arestos.

IV

Será verdade que a decisão adotada no caso da ponte do Charles River se oponha à concessão de privilégios exclusivos da índole dos apontados no segundo quesito?

Mas uma vez tenho que responder *não*.

O caso, de que se trata, é o do *Charles River Bridge v. The Warren Bridge et al.* No 11º vol. de Peters, vai de págs. 419 a 650. Na *Lawyers' Edition* abrange as págs. 773 a 865 do vol. 9º. Mas na própria coleção BOYD, donde aqui agora foi citado o aresto, aliás a mais pobre das três que se conhecem, e onde só se acha o acórdão do tribunal, se encontra a evidência de que essa decisão absolutamente não condena os privilégios exclusivos. Sua matéria, sua doutrina são absolutamente outras.

Mal havia dois anos que TANEY sucedera a MARSHALL. A guerra separatista, que não sei porque haviam de envolver agora, aqui, em um episódio tão anterior, estava ainda a vinte e quatro anos de distância no futuro. Não se cogitava em derrocar instituições *feudais*. No país não havia nenhum elemento feudal senão a propriedade servil. E, se “a guerra de secessão teve por objetivo quebrar a unidade nacional, para manter, não as liberdades outorgadas pela constituição federal, mas os feudos dos plantadores do sul e a escravidão”, o maior sustentáculo dela e deles foi precisamente esse TANEY, contraposto agora, aqui, a MARSHALL, não atino por que transfiguração inconcebível, como o chefe da reação judiciária contra as instituições feudais nos Estados Unidos. Naquela grande vida, cheia de serviços ao direito, não há senão êsse eclipse. Mas êle domina todo aquêlo tempo. Seria preciso delir da história americana o quadriênio precedente à ruptura da União, para esquecer o terrível caso *Dred Scott*, julgado em 1857 na Côrte Suprema, sob a presidência de TANEY, relator do acórdão, em defesa do cativo. O Manifesto do feudalismo insurgente foi êsse tremendo julgado, onde TANEY, declarava nulo o compromisso do Missouri, cujo pacto cerrara,

em 1850, os territórios à instituição negra, proclamava a constitucionalidade da escravidão, negava a qualidade jurídica de pessoas aos escravos, recusando-lhes o direito de estar em juízo, qualificava de inconstitucionais tôdas as leis do congresso animadas do intuito de limitar a área ao elemento servil, e impunha ao govêrno dos Estados Unidos a obrigação de perpetuar a segurança a essa forma desumana da propriedade. Essa abominável sentença era a sagração da revolta, e precipitou a luta fratricida, aberta em dezembro de 1860 com a declaração da Carolina do Sul. É o que dizem todos os historiadores, e todos êles opinam que êsse monstruoso conflito foi o apêlo interposto da sentença de TANEY para o Tribunal da Guerra. (CARSON: *The Supreme Court of the U. St.: its history*, v. II, págs. 366, 670.)

Já que, a propósito de TANEY e de *feudos*, nos recomendam ter em memória essa guerra, entre todos os fatos históricos dêsse tempo, eis aí o que ela nos lembra. Contradição maior, não na podia haver do que, reconhecendo-se na guerra americana de 1861 a luta pelo feudalismo da escravidão, indicar-se em TANEY o paladino das idéias novas contra os restos feudais do passado nos Estados Unidos.

Nenhum antagonismo há entre o aresto de TANEY no caso do *Charles River* e o aresto de MARSHALL no caso do *Dartmouth College*.

Tão longe está de se poderem contrapor um ao outro, que TANEY esteia o seu *julgado precisamente em quatro decisões adotadas sob a presidência judicial de MARSHALL*, das quais êste subscreveu três, sendo êle próprio o relator da quarta.

Essas quatro decisões, invocadas por TANEY como *precedentes com que autoriza o seu julgado* (11 Peters, 546-7; 9 Law. ed., 823-4), são:

1º. O caso *Jackson v. Lamphire* (3 Peters, 289; 7 L. ed., 679).

2º. O caso *Beatty v. The Lessee of Knowler* (4 Peters 168; 7 L. ed., 813).

3º. O caso *The United States v. Arredondo* (8 Peters. 738; 8 L. ed. 547).

4º. O caso *The Providence Bank v. Billings & Pittman*. (4 Peters, 514; 7 L. ed., 939.)

Êsses quatro pleitos se julgaram, na Côrte Suprema, em 1830 e 1832. (1) Em todos foi unânime a decisão, menos no terceiro, onde, entretanto, apenas divergiu o voto do juiz THOMPSON. (6 Peters, 749-59. 8 L. ed., 569-72.) Em todos conveyo, pois, o *Chief Justice* MARSHALL. Mas no último enumerado, aliás o penúltimo na ordem do tempo, a sua responsabilidade sobressai; porque até foi êle o autor da sentença. (4 Peters, 554-64. 7 L. ed., 955-6.)

Alegando essas antecedências firmadas por MARSHALL, diz TANEY: "Não nos coube a nós determinar agora pela primeira vez as regras de interpretação das concessões públicas neste país. O assunto já tem sido examinado neste tribunal, ficando plenamente estabelecida a regra de hermenêutica acima exposta (*and the rule of construction, above stated, fully established*). No caso *The United v. Arredondo* (8 Pet., 738) reuniu os arestos capitais na matéria o douto juiz, a quem coube redigir a opinião da Côrte, reconhecendo que, nas conces-

(1) Em 1830 os enumerados no 1º, no 2º e no 4º lugar. Em 1832, o do 3º.

sões da autoridade pública, nada se admite por indução." (11 Peters, 546. 9. L. ed., 823.)

Esta a doutrina que o aresto do caso *Charles River* tomava aos quatro anteriores:

In grants by the public nothing passes by implication.

De todos êles extrai o *chief-justice* TANEY a declaração expressa desta norma. Onde, porém, mais se demora, e justamente naquele, dos quatro arestos, que foi redigido por MARSHALL: o proferido na causa do *Providence Bank* contra *Billings* e *Pittmann*. Aí acentua TANEY que MARSHALL enunciara essa regra "*em linguagem clara e vigorosa, in clear and emphatic language*". (11 Peters, 547, 9 L. ed., 824.)

Isto pôsto, entra imediatamente o prolator da sentença a mostrar a identidade jurídica entre o caso que êle TANEY vai decidir, em nome do tribunal, isto é, o *Charles River Bridge Case*, e aquêle, cujo acórdão MARSHALL formulou anos antes: o do *Providence Bank v. Billings & Pittmann*.

Notem bem: é a consonância entre a doutrina de TANEY e a de MARSHALL confessada e documentada pelo próprio TANEY.

Vejamos:

O litígio ora pendente dêste tribunal é, em princípio, *precisamente o mesmo* (*is, in principle, precisely the same*). É uma carta outorgada por um Estado. O ato da incorporação *cala* a respeito da faculdade contestada. O argumento em favor dos proprietários da ponte do *Charles River* é o mesmo, quase literalmente, que o aduzido pelo *Providence Bank*... A êsse argumento cabe a mesma resposta.

(*Ibidem.*)

E qual a resposta de TANEY?

Exatamente a de MARSHALL no caso invocado, que o seu sucessor declaradamente esposa; a saber: que os privilégios exclusivos deviam ser expressos, não se presumindo que o Estado renuncie o poder de estender a outra pessoa a concessão dos mesmos direitos, quando tal renúncia não conste, manifesta, dos termos daquele ato:

The community have a right to insist, in the language of this court, *above quoted*, «that its abandonment» (são as palavras de MARSHALL) *ought not to be presumed in a case in which the deliberate purpose of the State to abandon its does not appear.*

(11 Peters, 548, 9 L. ed., 824.)

Não contente, e empenhado ainda em fazer cada vez mais sensível que aquela decisão não vinha inaugurar novas doutrinas, mas aplicar ao novo caso a jurisprudência de MARSHALL, insiste TANEY continuando a aludir ao caso do *Providence Bank*, dêste modo:

A *regra de interpretação* ali enunciada por esta Côrte não se confinava ao poder tributário, nem a êsses termos a limita a opinião do tribunal, então proferida. Bem ao contrário, êle a estribou distintamente na consideração de que era do interêsse da comunidade manter intacto êste poder; e, quando quer que se alegue a renúncia ou restrição de um dos poderes do Estado, seja o de tributar, seja qualquer outro, que com o interêsse público entenda, tem de vigorar o mesmo princípio, e a mesma há de ser a *regra de interpretação* (*and the rule of construction must be the same*).

(*Ibidem.*)

E, adiante:

Adotada a *regra de interpretação* acima expendida (a das sentenças de MARSHALL), vamos applicá-la à carta de 1875, obtida pelos donos do ponte do *Charles River*...

O que a carta lhes confere, são as faculdades ordinárias de uma associação, para construírem uma ponte, estabelecendo taxas de passagem, que se autoriza a companhia a cobrar. *Nisto se resume a concessão tôda. Nenhum privilégio exclusivo lhes dá sôbre as águas do Charles River, acima ou abaixo da ponte, nenhum direito a erigirem outra ponte, ou a tolherem que outros a erijam. O Estado não assume ali compromisso nenhum de que se não permitiria concorrência à atual, nem estabeleceria melhoramentos, que lhe diminuíssem a renda. Sôbre todos êstes pontos emudece a carta (the charter is silent).*

... Nem se usam palavras, *donde se depreenda a intenção de outorgar direitos exclusivos.* Para os reconhecer aos autores, necessário seria *inferi-los da natureza da concessão; pois se não podem inferir dos termos do seu contexto.*

(11 Peters, 348-49. 9 ed., 824.)

Não se trata, bem se vê, *de anular um privilégio exclusivo, concedido à companhia pelo Estado, mas, ao contrário, de mostrar que o Estado tal privilégio não concedera, não estando êle nos termos explícitos da concessão, nem se deduzindo por ilação necessária dos seus termos.*

De consideração em consideração, tôdas no mesmo sentido, ocupa a sentença ainda três páginas, até se aproximar da conclusão com estas observações:

Por entre o sem conto de pleitos que têm ocorrido nos derradeiros quarenta ou cinqüenta anos, êste é o primeiro caso, em que se sustenta a existência de um contrato *implícito (an implied contract)*, pretendendo-se que esta Côrte *o infira de um ato ordinário de incorporação, onde nada se contém, senão as estipulações habituais em todos os atos legislativos de semelhante natureza.*

(Peters, 552 9 L. ed. 826.)

Fundou-se, pois, a decisão, não em que fôsse inconstitucional a concessão de privilégios exclusi-

vos, não em que a autoridade pública os não pudesse conceder (ao contrário, todo o raciocínio do julgado pressupõe e reconhece na autoridade pública esta faculdade incontestável), mas em que, segundo alegaram enfaticamente os réus, e a sentença enfaticamente declara, não havia, no instrumento da concessão "*uma palavra sobre privilégios exclusivos*":

There is not a word about any other rights and exclusive privileges.

(11 Peters, 493 : 9 L. ed. 802.)

Um dos advogados nesse pleito, o jurisconsulto GREENLEAF, acentuara, na defesa dos réus, a mesma regra de hermenêutica em matéria de reivindicação de privilégios:

Por uma carta de incorporação, ou por concessão legislativa, a corporação que elas constituem, nada mais recebe do que as faculdades sabidamente essenciais a essas entidades coletivas, *salvo se em termos expressos o declarar a outorga (unless it is contained in express words)*.

(11 Peters, 465, 9 L. ed., 792.)

A nota a esta sentença, na *Laweyrs' Edition*, resume assim as forças do julgado:

Os atos legislativos de concessões a companhias *hão de se interpretar estritamente* de acôrdo com as suas expressões, não adquirindo *por inferência (by implication)* os concessionários direito algum, seja contra a autoridade concedente, seja contra outras corporações ou pessoas.

(9 L. ed., 774.)

Assim entendem êsse aresto, aliás claro e positivo, os jurisconsultos americanos, que o têm analisado.

HAMPTON CARSON, por exemplo, na sua história da Côrte Suprema:

O juiz presidente (*chief-justice*) TANEY fundou a sua decisão no largo princípio de que as concessões públicas se devem interpretar estritamente (*strictly*), e de que nelas nada se outorga por ilação (*by implication*). Não havendo, na espécie, nenhuma concessão explícita de privilégio exclusivo aos autores (*inasmuch as there was no express grant of an exclusive privilege to the plaintiffs*), não era lícito subentender uma convenção implícita em tal sentido (*an implied contract to that effect could not be inferred*).

(*Op. cit.*, v. I, págs. 306-7.)

TIEDEMAN, ainda mais completamente:

Conforme a norma da Côrte Suprema dos Estados Unidos no caso *Charles River Bridge v. Warren River Bridge*, a concessão de um privilégio é unânimemente havida, neste país, como não exclusiva, a menos de se achar *êle expressamente declarado por exclusivo* na carta de incorporação, ou na lei que o confere (*unless it is expressly declared to be exclusive in the charter of incorporation or law*). Nesse caso (o primeiro suposto) lícito será outorgar, paralela e concorrentemente, outras concessões, sem incorrer em violação de direitos adquiridos pela companhia, ainda que, surtindo bem a concorrência às outras, se reduza gravemente, ou se anule de todo o valor da concessão primitiva. Mas, se a outorga se declara exclusiva, em termos explícitos, na lei, ou na carta, a concessão ulterior de outra franqueza em competição com aquela seria inconstitucional (*would be unconstitutional*), como infração das obrigações de um contrato por uma lei posterior (*as an impairment by subsequent law of the obligation of a contract*). É o que se tem decidido reiteradas vezes (*repeatedly*) no caso das vias férreas urbanas, cujas cartas encerrem limitações expressas aos poderes do Estado, ou da municipalidade quanto à concessão de privilégios concorrentes a outras companhias de ferro-carris nas ruas.

(*On State and Federal Control*, v. II, págs. 948-9).

Mais detidamente ainda, BLACK, em comentário ao mesmo aresto do *Charles River*:

A legislatura de um Estado, em parecendo conveniente aos interesses públicos, pode conferir a uma pessoa ou corporação um monopólio, ou privilégio exclusivo, a *monopoly or exclusive franchise* (à noção de privilégio exclusivo, como se vê, se restringe aqui a de monopólio, consoante a minha definição no começo desta consulta), salvo em lho vedando a constituição, e a concessão pode assumir a forma de um contrato, cuja obrigação não será lícito violar. Os monopólios, porém, não são favorecidos pelo direito; razão por que as concessões deste gênero estão sujeitas às seguintes limitações:

1. A concessão há-se de entender estritamente, contra o concessionário, em favor da comunidade. Nada prevalecerá por indução, não se alargando por inferência ou interpretação (*by inference or construction*) a extensão do privilégio concedido. Não se admitirá, pois, que ele iniba a legislatura de outorgar privilégios concorrentes a outras pessoas, senão quando em termos claros (*in plain terms*) a concessão revelar esse intento.

2. A intenção de conceder um monopólio nunca se presume. O que, pelo contrário, se há-de presumir, é que o legislador não tinha a intenção de limitar por esse modo o seu poder, ou o dos seus sucessores. E contra esta presunção não vale senão o sentido manifesto e concludente do texto da outorga. Assim que não se julgarão exclusivos os privilégios dados num ato de incorporação, exceto quando se patentear da carta, em linguagem cuja clareza e precisão não dê azo a equívocos, que a legislatura tinha, real e deliberadamente, o intuito de obstar a concessão ulterior de privilégios semelhantes, pelo Estado, a outras corporações.

(*On the Construct. and Interpret. of the Laws*, n. 119, págs. 321-2.)

No mesmo sentido:

GEORGE BIDDLE: *Const. Hist. of the U. S. as seen in the developm. of Am. Law.*, págs. 129, 133.

COTTON: *Op. cit.*, págs. 348.

SEDGWICK: *Interpretat. and Construction*, 2ª ed. (de POMEROY), págs. 292, 293, 294, 337, 389.

SUTHERLAND: *Statutes and Statutory Construction*, §§ 164, 206, 280, 378.

TIEDEMAN: *Op. cit.*, v. II, pág. 854.

Do caso do Charles River, portanto, se resultou assumir definição mais solene a regra hermenêutica de que os privilégios exclusivos não se subentendem, mais uma declaração judicial veio, por outro lado, confirmar o princípio de que, *concedidos expressamente*, pela autoridade idônea para os conceder, os privilégios exclusivos são contratos legais, constitucionalmente invioláveis.

Tem-se insistido em que à legislatura não assiste faculdade, para outorgar, por ato especial, *privilégios exclusivos*; mas agora se acha *cabalmente estabelecido (well settled)* que o legislador pode fazer concessões *exclusivas (exclusive grants)* de propriedades ou *privilégios*, como, por exemplo, os de pontes, barcas, vias-férreas. *Tais concessões não se reputam monopólios*, no sentido odioso dessa palavra, *senão contratos, no significado constitucional desta, but as contracts within the meaning of the constitution.*

(SEDGWICK: *Op. cit.*, pág. 594.)

Mas o preceito hermenêutico desenvolvido no aresto do Charles River nenhuma novidade continha. Era a regra geral, uniforme e constante do *common law*, do direito consuetudinário, do direito jurisprudencial, nos Estados Unidos e na Grã Bretanha:

... *The common law*, however, in obedience to its instinctive sympathy with equal rights and its jealousy of prerogative, has *always* adopted a widely different⁽¹⁾ and much sounder rule. *The uniform language of the English and American law* is that all grants of privilege are to be

(1) Da do direito civil, que propendia, na Inglaterra, a interpretar liberalmente as concessões da coroa. *Ibid.*, pág. 291.

liberally construed in favor of the public, and as against the grantees of the monopoly, franchise or charter to be strictly interpreted.

(SEDGWICK: *Op. cit.*, pág. 292.)

Esta norma, presentemente, não sofre contestação:

DILLON: *Municipal Corporations*, v. I, págs. 117, 430; v. II, pág. 827, n.

ABBOTT: *Municipal Corporations*, v. III, págs. 2.162, 2.164-5, 2.151.

BEACH: *Monopolies*, págs. 361-3.

BOOTH: *Law of Street Railways*, págs. 157-8.

Todos êstes textos, de jurisprudência, ou doutrina, ao mesmo passo que exigem, para a existência do privilégio exclusivo, a sua outorga manifesta no ato da concessão, verificada a outorga, reconhecem como *jus receptum*, como verdade jurídica absolutamente inconcussa, a natureza contratual e a inviolabilidade constitucional do privilégio exclusivo.

Sobre êste ponto, em que me não canço de insistir, de cada vez com autoridade e documentos novos, atenta a clamorosa alteração que aqui se vai urdindo nesta questão, sobre êste ponto, dizia eu, *todo o pêso da jurisprudência americana* é concorde em admitir a legitimidade jurídica dos privilégios exclusivos, em recaindo êstes sobre matérias, que não sejam do domínio individual, como os serviços municipais de ordem coletiva, dependentes da ocupação e exploração das ruas.

Aí o privilégio não é só legítimo: é, ainda, *natural*: é, muitas vezes, *necessário, inevitável*.

No tratado que consagrou ao estudo *ex-professo* do poder que modera e limita essas concessões, o poder a quem sobre elas se atribuem direitos reser-

vados e inalienáveis, o *police power*, o autor que mais a fundo e mais recentemente o discutiu e comentou, a êste respeito se exprime, sob a rubrica "*monopólios necessários, monopolies of necessity*", nestes peremptórios termos:

O uso *exclusivo* de uma propriedade pública, ou de um poder público delegado, uso que habitualmente se designa pelo nome de privilégio (*franchise*) (1), constitui um *monopólio legal*. Sendo assim que se não pode franquear a todos indiscriminadamente êsse uso de uma propriedade pública, um tal monopólio é NATURAL e INEVITÁVEL, *such a monopoly is natural and inevitable*, a não ser que o Estado ou a municipalidade assumam, êles mesmos, o domínio e administração da empresa. É o que se manifesta na mais importante classe dêsses privilégios (*franchise*): o direito de ocupar os caminhos públicos com trilhos, canalizações, postes ou fios (*with tracks, pipes, poles or wires*), direito cuja outorga, necessariamente, exige seleção e limitação quanto ao número de sujeitos. O mesmo se aplica ao direito de atravessar de pontes os rios públicos. O poder, inerente à função legislativa, de outorgar *privilégios desta natureza*, não é objeto de questão (*the inherent power of the legislature to grant franchises of this nature is not questioned*), nem está constitucionalmente adstrito a abrir lugar à competência de todos, estabelecendo concorrência, e fazendo a concessão ao autor da proposta mais vantajosa. Onde a constituição do Estado proíbe à legislatura o votar leis especiais ou locais, outorgando *privilégios especiais ou exclusivos (special or exclusive privileges)*, poderá ela, todavia, mediante lei geral, delegar às corporações municipais o direito de *conferirem privilégios (privileges) dêste gênero*.

FREUND: *The Police Power*, § 658, págs. 683-4.)

Adiante, mostrando a razão por que a Côrte Suprema, no caso da *Butchers' Union*, julgou revo-

(1) Também poderíamos dizer *franqueza*, mas não tão propriamente. A idéia, aqui, é, rigorosamente, de *privilégio*, como do contexto dêste excerto se verifica. Tanto assim que o autor logo lhe dá por denominação equivalente a de «*monopólio*».

gável o privilégio sobre matadouros, ramo de serviço em que, evidentemente, o privilégio não apresenta o mesmo caráter de necessidade inerente à ocupação das ruas, diz êsse constitucionalista americano, depois de notar que os pleitos decididos, no mesmo tribunal, relativamente a companhias de iluminação, *estabelecem a irrevogabilidade do monopólio do gás (sustain the irrevocability of the gas company)*:

Quando o monopólio não fere o direito de todos, mas diz respeito a um serviço público, lícito é imprimir-lhe caráter *exclusivo*, de modo que se não possam fazer, em concorrência com êle, concessões ulteriores: e isto constitui um contrato (*and this constitutes a contract*). Êsse contrato estará sujeito às disposições regulamentares, que sobrevenham, no interesse da higiene ou segurança geral; mas *nem mesmo considerações de saúde e ordem geral* (1) autorizariam a anulá-lo mediante a concessão a outrem de direitos concorrentes. A revogação ainda inspirada em tais motivos (*the abrogation, even for that purpose*), só se poderia levar a efeito mediante o exercício do poder de desapropriação (*by the exercise of the power of eminent domain*).

(*Ib.*, § 680, págs. 703.)

Os *leading cases* em matéria de privilégios de iluminação a gás são o *New Orleans Gas Light Co. v. Louisiana Light & Co.* (115 U. S. 650-73; 29 L. ed., 516-25) e o *Louisville Gas Co. v. Citizens' Gas Light Co.* (115 U. S., 683-700; 29 L. ed. 510-16.) Em ambos a concessão era de *privilégio exclusivo*, e em ambos declarou a Corte Suprema que a concessão constituía um contrato, cuja quebra ofenderia o princípio constitucional da inviolabilidade dos contratos. E, para se ver a severidade então observada na aplicação desta regra, notarei que, no pri-

(1) «... not even be justified by regard for the public health or safety...»

meiro dêses dois litígios, os impugnadores do privilégio exclusivo argumentavam com um texto da Constituição do Estado, que, posteriormente à concessão, proibira a outorga de privilégios desta natureza. O tribunal, não obstante, respondeu:

Esta alteração no direito público, se bem que manifestada mediante uma determinação constitucional, não alcança os contratos celebrados quando o Estado tinha o poder de os celebrar, e que, portanto, se achavam resguardados, contra a rotura do vínculo contratual, pela constituição dos Estados Unidos. Aos Estados não cabe mais autoridade para dissolver contratos mediante as suas leis orgânicas do que pelos seus atos legislativos. *Leis* são igualmente as suas constituições, no sentido em que fala de leis a cláusula tutelar dos contratos na constituição nacional.

(115 U. S. 672. 29 L. ed., 524.)

De modo que a inviolabilidade constitucional dêses contratos administrativos se impõe até às reformas constitucionais nos Estados. Tal a jurisprudência americana, definida, em 1885, nos *Gas Company Cases*.

De então para cá êses arestos se têm visto assinalar, como precedentes em vigor, numa série de outras decisões, extensivas aos diferentes ramos de serviços locais. Já em 1901 a enumeração delas não era inferior a dezessete, federais e estaduais, que, por me não alongar ainda mais aqui, me absterei de particularizar. Mas pode-se-lhe ver a enfiada na jurisprudência da Corte Suprema, *Lawyers' Edit.*, vol. 29, notas, págs. 1.178.

De modo que, se, como pretende entre nós a ciência oficial, o aresto do Charles River, proferido por TANEY em 1837, houvesse vindo anunciar, nos Estados Unidos, a insubsistência dos privilégios

exclusivos, essa decisão, longe de ter criado jurisprudência e medrado em autoridade, teria, pelo contrário, fenecido sem prole.

Mas a verdade é que no texto dêsse julgado ninguém será capaz de topar com uma expressão, que averbe de inconstitucionalidade ou injuridicidade os privilégios exclusivos. Condena-lhes êle os abusos; reprova-lhes a multiplicação; encarece a conveniência de os circunscrever; mas não toca no princípio da sua proteção constitucional, quando válidamente estabelecidos. Apenas exige, para se êles estabelecerem válidamente, que não se criem por conjecturas interpretativas, e venham diretamente do legislador mediante expressão inequívoca da sua vontade.

Já sete anos antes, porém, no julgamento da causa *Beaty v. The Lessee of Knowler*, a Côrte Suprema, sob a presidência e com o voto de MARSHALL, formulara a exigência legal da enunciação *explícita* da vontade do poder público na outorga das faculdades concedidas a corporações ou companhias:

That a corporation is *strictly limited* to the exercise of those powers *specifically* conferred on it, will not be denied. Não se pode contestar que cada corporação está *rigorosamente* circunscrita aos poderes, que lhe foram *especificadamente* outorgados.

(4 Peters, 168, 7 L. ed., 819.)

Como quer que seja, porém, o mérito da sentença de TANEY no *Charles River Bridge Case*, o seu papel na jurisprudência dos Estados Unidos, não tem consistido senão em acentuar, fortalecer e expandir essa *regra de interpretação*, corrigindo as demasias, com que certos interesses tendiam a desnaturar, em nome da inviolabilidade dos contratos,

a boa doutrina de MARSHALL no caso do colégio Dartmouth.

Mas que o grande sucessor de MARSHALL houvesse pronunciado a insubsistência dos privilégios exclusivos, ainda mesmo circunscritos a serviços públicos de ordem coletiva, quando delegados em termos claros pela autoridade competente, isso não. O insigne *chief-justice* conhecia demais o seu ofício, para cometer contra o direito constitucional de sua terra atentado tal.

V

Será certo que, na sentença que decidiu o caso da ponte do Charles River, a Côrte Suprema descobrisse traços de *feudais* nos privilégios exclusivos, quando limitados à delegação da autoridade local em serviços da sua competência, como o da viação, da água, da luz, da distribuição geral da força motriz nas cidades? que considerasse as corporações concessionárias dêsses privilégios como "verdadeiras barreiras à circulação das forças da comunidade"? que adotasse para as cartas patentes de tais concessões a sinonímia de "*contratos obstrucionistas*"?

Não. Nada mais distante da realidade.

O que a Côrte Suprema flagelou no lanço transcrito da sentença de MARSHALL, não foi a teoria das cartas patentes, quando circunscritas àquelas raias legais: foi tão somente a dos privilégios *implícitos*, em cartas cujo teor os não consignava.

A Côrte Suprema reconhecia a legitimidade constitucional do privilégio exclusivo; mas exigia que fôsse *expresso* e não tolerava *que se subentendesse*.

É o que se vê do próprio extrato estampado na consulta oficial, e ainda melhor se veria, se a transcrição abrangesse inteiro o parágrafo, onde se foi buscar o aludido excerto.

Reduzamos, pois, a coisa à sua expressão real. Na longa nomenclatura das *cartas* possíveis, se dava outrora aos libelos inflamatórios o nome de *cartas de dizer mal*. Não tiremos *carta de dizer mal* contra as cartas de privilégio das companhias.

Vertido em nossa língua o trecho, que o citador, por maior garantia de autenticidade, nos deixou em inglês, diz êle assim:

Esta Côrte se verá obrigada a fixar, mediante alguma regra arbitrária, a largueza dêste nôvo gênero de propriedade na zona de cada estrada; porque, se existe um tal direito de propriedade, não temos luzes, que nos guiem, no precisar-lhe a extensão, salvo se recorrermos às *antigas concessões feudais* e aos direitos exclusivos das barcas de carreira (*ferries*), constituídos, por obra de prescrição, entre os municípios, e nos sentirmos dispostos a resolver que, *em abrindo um caminho de barreira de um município a outro (when a turnpike road from one town to another had been made)*, já se não poderia estabelecer entre êsses dois pontos *via férrea ou canal*. Não se resigna êste tribunal a sancionar princípios, que nos hajam de levar a tais resultados.

(11 Peters, 553. 9 L. ed., 826.)

Nas palavras em caracteres itálicos, antepostas ao período terminal, bem claro está o alvo da sentença. Não admite ela que o privilégio de não permitir *ipso facto* franquearem-se outras vias de comunicação entre dois pontos dados se estabeleça para logo, sem o concurso de títulos decisivos que o autorizem, *em se abrindo* entre êsses dois pontos *um caminho de barreira*.

É o caráter de *exclusiva*, resultando, meramente, unicamente, imediatamente, do *simples fato da concessão*. É a simples construção do caminho outorgado investindo os concessionários do monopólio sobre aquela zona de comunicação, embora na carta de outorga tal exclusiva lhes não conferisse o outorgador. É a teoria dos monopólios *implícitos*, da colação *implícita* de privilégios exclusivos. É isso o que os concessionários da ponte do Charles River reivindicavam, e a Côrte Suprema repelia.

Essa teoria, aplicada ao caso pelos autores no feito *Charles River Bridge v. The Warren Bridge*, era que "a verdadeira interpretação dos atos da legislatura do Massachusetts, outorgando o privilégio" (*não declaradamente exclusivo*) "de construir uma ponte, *necessariamente importava*, da parte do legislador, o compromisso de *não autorizar outra ponte*, especialmente sendo ela de trânsito gratuito, ao lado da do Charles River. *That the true construction of the acts of the Legislature of Massachusetts, granting the privilege to build a bridge, necessarily imported that the Legislature would not autorise another bridge, especially a free one, by the side of the Charles River Bridge.*" (12 Peters, 421, 9 L. ed., 774.) A decisão rejeitou essa doutrina, certamente perigosa e mal fundada, negando que da mera autorização para construir uma ponte se colija o direito de obstar à construção de outras, isto é, não admitindo que *todo o privilégio seja, de sua essência e implicitamente, um privilégio exclusivo*.

E por quê veio à baila a reminiscência das instituições *feudais*? Porque os autores a suscitaram, propondo aplicar-se às concessões de pontes o antigo direito especial às *ferries*, isto é, às barcas de transnavegação nos rios e lagos, direito, ali, origi-

nàriamente *feudal*. Assim o rebateu o advogado DAVIS, que assistia na causa por parte dos réus: "A doutrina aplicável às concessões de barcas (*ferries*) é peculiar a êsse, entre todos os meios de viação (*belongs to ferries alone among highways*). Ela é de origem *feudal* (*it is feudal in its origin*), e nunca se aplicou a barreiras, pontes, canais, vias férreas, ou quaisquer outros sistemas públicos de viação . . . Coberta se acha a Inglaterra de canais, caminhos de ferro, pontes etc.; mas não se aduz um só caso, em que se lhes applicasse a êles semelhante doutrina. Aos nossos tribunais se reservava a honra de estender a tais aplicações um direito *feudal*." (11 Peters, 489, 9 L. ed., 801.)

Aqui está como entrou no debate o velho direito *feudal*. Na jurisprudência *feudal* sôbre as concessões de barcas, a outorga soberana importava o privilégio exclusivo. A terem de se acomodar, sob o regímen constitucional, as leis da antiga feudalidade sôbre concessões de barcas às concessões modernas de pontes, como pretendia a empresa autora na causa, os tribunais da república para lhes definir a elas a extensão, não encontrariam normas no direito contemporâneo, nem se lograriam, portanto, orientar, senão recorrendo ao direito invocado pelos demandantes, o das antigas concessões feudais: "*unless we resort to the old feudal grants.*"

Eis como se explicam estas palavras de TANEY. É verdade que as de DAVIS se não acham nos excertos de BOYD, donde o nosso Consultor da República extraiu a sua citação, nem nos de THAYER, incomparavelmente superiores, nem menos nos de MAC CLAIN, sempre melhores que os do primeiro, e, para dar com elas, seria preciso o trabalho, a que

me não poupei, de verificar os casos alegados na coleção completa dos julgamentos da Côrte Suprema.

Todavia, na própria sentença de TANEY, que o mesmo BOYD estampa integralmente, há o bastante, para se enxergar e palpar que a noção por êsse aresto refugada como *feudal* era a da *inerência necessária e implícita do caráter exclusivo a tôda a concessão administrativa dessa natureza*.

Prová-lo-ei, simplesmente com inteirar o extrato insuficiente, que nos citaram. Aqui estão os períodos, que antecedem, na decisão TANEY, o tópico citado pela consulta oficial, findando precisamente onde esta começa:

Quais seriam os frutos dessa doutrina dos contratos *implícitos* por parte dos Estados, conferindo às associações propriedade sôbre zonas de viação, caso esta Côrte a houvesse de sancionar? A que resultado nos levaria? A têmos de admiti-la na carta desta ponte, o mesmo processo de raciocínio havia de a descobrir nos vários atos, que, durante os últimos quarenta anos, se têm firmado em relação a emprêsas de barreiras. E *que ensanchas se taxariam aos privilégios de exclusão*, para um e outro lado da estrada? O advogado, que tão hábilmente argüiu a causa, não o tentou definir com balizas certas. Que distância então se guardará entre os melhoramentos futuros e os antigos? Quanto se poderia acercar um de outro, sem lhe invadir os direitos na zona privilegiada? Se esta Côrte abraçasse os princípios agora pleiteados, que seria das inúmeras estradas de ferro existentes na mesma direção do caminho das companhias de barreiras, estradas pelas quais as emprêsas de barreiras se viram despojar de todo o seu valor? Uma vez julgado que *tais cartas de concessão implicam, subentendidos, êsses contratos, that such charters carry with them these IMPLIED contracts* (os contratos e privilégio *exclusivo*, não expresso na outorga), e conferem êsse direito e propriedade, ignoto e indefinido, em certa zona e comunicações, admitido que seja isso, não tardareis em ver as antigas companhias de barreiras despertarem do seu sono, para demandar, nesta Côrte, a supressão

dos melhoramentos, que as substituíram. Ver-se-ão em risco os milhões de capitais empregados em caminhos de ferro e canais, nessas zonas dantes ocupadas por companhias de barreiras. Ver-nos-emos, assim, restituídos às obras do século passado, e obrigados a quedar imóveis, até que se dêem por satisfeitas as pretensões das antigas emprêsas de barreiras. até que elas anuem em deixar os Estados utilizarem as luzes da ciência moderna, e participarem desses melhoramentos, cujo benefício desenvolve a riqueza e a prosperidade, os interesses e o conforto por tôdas as demais partes do mundo civilizado.

(11 Peters, 552-3. 9 L. ed., 826.)

Tôda essa longa passagem, que engraza imediatamente com a transcrita em inglês no parecer oficial, expõe, discute, refuta a noção dos privilégios exclusivos *subentendidos* (*implied*), determinativo êste que ali duas vêzes se renova. Trata-se de antigas concessões de barreira, desvalorizadas, extintas com a expansão das estradas de ferro. Estas lograram vingar, porque nenhuma daquelas tinha na letra das suas concessões um título de privilégio exclusivo. Mas, se agora se decidir que o exclusivismo de um privilégio se pode estabelecer *por interpretação*, e pode fazer *implícito* sob o silêncio do texto, então cada uma dessas concessões mortas, com a sua carta muda em punho, virá pedir à Côte Suprema que lho *subentenda*, lho *infira*, lho *construa* dos termos silenciosos da outorga. Eis o perigo denunciado por TANEY e por êle atalhado, quando assentou em definitiva a regra de que, *onde não houver outorga explícita, não haverá privilégio exclusivo*.

É o que o patrono dos réus, um dos patronos, digo, o jurisconsulto DAVIS, em seqüência ao trecho acima vertido, clamando pela extinção dos *privilégios interpretativos, constructive franchises*, em matéria de barcas, e pela resistência à adoção dêsse uso

quanto às concessões de estradas, canais e barreiras, enèrgicamente exorava ao tribunal:

Essa doutrina (a doutrina, a que èle, nesse tópicó, chamava «*feudal*», dos privilégios *por interpretação*, dos privilégios *por indução*, *constructive franchise*, *implied privileges*) «essa doutrina è, positivamente, a doutrina do privilégio contra o direito geral. Falo dèsses acessórios vagos e indemarcados, que se inculca inerirem às concessões de barcas de passagem *por via de inferência e interpretação*, NÃO DO QUE SE OUTORGA EXPRESSAMENTE OU MEDIANTE IMPLICAÇÃO NECESSÁRIA E IRRESISTÍVEL (*not of what is granted in terms, or by necessary and irresistible implication*). Tal doutrina se não deve aceitar, a não ser que se demonstre ser essa indubitavelmente a lei do país; o que os autores não conseguiram.

(11 Peters, 490, 9. L. ed., 801.)

Com estas reivindicações da verdade jurídica se conformou a magistratura suprema, negando absolutamente às funções do intérprete o direito de se substituir à vontade do legislador na criação de privilégios exclusivos, e impondo à teoria, que preconizava esta inversão de leis constitucionais o estigma, que a defesa, no curso dos debates, já lhe applicara, de *feudais*.

Estendê-lo em absoluto aos privilégios exclusivos, fôsem quais fôsem, e viessem donde viessem, não o podia fazer a mesma sentença, que expressamente os reconhecia como válidos, isto è, como constitucionais, quando outorgados por expressão manifesta da vontade legislativa. Seria a mais grosseira das inconseqüências dá-los por subsistentes, sob a constituição, quando explicitamente legislados, e, ao mesmo tempo, acoimá-los de *feudalismo*, isto è, de antipodia ao regímen constitucional.

Entrar *ex professo* nas questões de constitucionalidade, não o quís, mui de indústria, o tribunal.

Agitadas tinham sido elas amplamente, no plenário, pelos quatro advogados das duas partes. Mas o acórdão, no seu termo, logo após o lance transcrito aqui na consulta oficial, declarou que a Corte Suprema se abstinha de as encetar, por havê-lo como supérfluo à decisão da causa:

Muitas outras questões, da mais profunda relevância se suscitaram e ventilaram estudiosamente. Mas a respeito delas não é necessário ao julgamento do litígio expender o que sentimos; e a Corte há por bem retrair-se de aventurar opinião sobre questões, que envolvem a inteligência constitucional, tôda a vez que o caso lhas não imponha, obrigando-nos a resolvê-las.

(11 Peters, 553. 9 L. ed., 826.)

Conquanto, porém, não entrasse diretamente no exame dessas questões, clara, ainda que indiretamente, deixou a Corte Suprema o seu juízo quanto à legitimidade constitucional dos privilégios exclusivos, desde que subordinou a sua validade à condição única de ser formal a sua outorga nas leis de concessão. E, havendo-os então por constitucionais, não os podia haver por feudais.

Esse mesmo trecho da sentença de TANEY, digna de melhor sorte, deu ensejo aqui à história dos "*contratos obstrucionistas*", sobre que, neste mesmo quesito, me pede informações a consulente.

Verdadeiramente que eu lhas não podia dar, se, no texto oficial, se me não deparasse, entre parêntesis, em seguida à menção dos "*privilégios obstrucionistas*", o vocábulo inglês *turnpike*. Esta circunstância me trouxe a decifração pedida na consulta.

A associação parentética dêste nome, sete vezes repetido no fecho da sentença onde se bebeu a ci-

tação oficial, às expressões de "*contratos obstrucionistas*" envolve evidentemente a irmanação de uma a outra idéia, a definição de uma pela outra. Como o inglês *turnpike* dá, em vernáculo pelo nome de *barreira* ou *cancela*, e *cancela* fecha, e *barreira* veda, toma, barra o caminho, sendo tudo em fechar, barrar e obstruir, para se não dizer vulgarmente *contrato* ou *concessão de barreira*, imaginou-se o *contrato obstrucionista*.

Mas a noção de *contratos obstrucionistas*, que a nomenclatura jurídica ainda não conhecia, é uma noção *abstrata* e *genérica*, a de *contrato de barreiras* uma noção *específica* e *material*. Uma designa vagamente, por um vício a todos comum, várias classes de contratos. Outra precisa, determinadamente, um contrato pelo objeto físico, sobre que êle recai. Quando o inglês ou o americano falam em *turnpike grants*, não é para simbolizarem nessas concessões a obstrução econômica do país, senão para designar a circunstância sensível que as caracteriza. Alvarás portugueses de 1791 e 1796, leis nossas muito mais modernas mandaram construir barreiras nas estradas, no intuito de remunerar, com a cobrança das peagens e portagens ali pagas, o custo da sua construção ou conservação. É um serviço cometido ao poder público, e muitas vêzes transferido a empresas particulares, mediante concessão a elas de privilégios, exclusivos, ou não.

A coisa não oferece, no inglês, vulgar ou jurídico, outro significado. Veja-se o grande *Century Dictionary*, vol. VI, págs. 6.542, col. 3ª. Veja-se, para a elucidação quanto ao direito, o *Dictionary of Law*, de BLACK, págs. 1.193, col. 2ª. Da barreira, onde se pagava a taxa de passagem, ficou o nome

de *turnpike roads*, ou simplesmente *turnpikes*, a todas as estradas, mantidas por particulares ou associações particulares, onde o público tem o direito comum de trânsito mediante o desembolso de uma contribuição. (ELLIOT: *Roads and Streets*, págs. 80, § 68.)

Claro está, pois, que o conceito jurídico das *turnpikes* não implica em si mesmo a insinuação de obstrucionismo. É um sistema de especificação tributária, onde o custo da estrada sai da algibeira de cada transeunte, em vez de se resgatar com uma parte no acervo geral dos impostos. O taxá-lo, por isso, de obstrutor, nos autorizaria a irrogar análoga censura à viação férrea; porque nem pessoa nem coisa nenhuma transitam nos veículos da estrada, sem lhe pagar o transporte.

As concessões de *turnpikes* ainda hoje são frequentes nos Estados Unidos. Vários arestos as sustentam como constitucionais. (*St. Clair County Turnpike Co. v. Illinois* U. S., 63. 24 L. ed., 651. *Pearsall v. Great Northern R. Co.* U. S., 161. 40 L. ed. 844.) Na obra de ELLIOTT sobre as estradas e ruas a ela se lhe consagra um capítulo de mais de quarenta páginas, atestando a atualidade persistente e viva dessa antiquíssima instituição no país mais progressista do mundo. (*Roads and Streets*, §§ 68-111, págs. 79-119, §§1, 220-222, 416, 566.)

No tratado de PARSONS (v. III, pág. 508) se qualificam essas concessões como "*contratos protegidos pela constituição dos Estados Unidos*":

That the charters of private civil corporations — of which banks, or insurance, *turnpike* and railroad companies are leading instances — are contracts, protected by this

clause in the Constitution of the United States, seems to be well settled. (1)

Nada, portanto, autorizaria a malsinação de *contratos obstrucionistas*, infligida aqui aos contratos de barreiras, tais quais se praticam nos Estados Unidos, como nada justificaria a censura de *mercês feudais*, irrogada entre nós, agora, aos privilégios exclusivos, enquanto êles observem, como aqui e nos Estados Unidos, os limites constitucionais, circunscrevendo-se a serviços necessariamente concentrados, pela sua natureza, nas mãos da administração pública ou de empresas que a representem.

De maneira que, nesta questão, parta-se donde se partir, sempre, inevitavelmente, se vai ter ao mesmo paradeiro: a distinção entre o privilégio exclusivo de índole odiosa (o *monopólio*, na verdadeira acepção do termo) e o privilégio exclusivo de caráter necessário *da concessão*, no sentido administrativo da palavra). O primeiro, arbitrário, pernicioso, iníquo, abarcando no domínio de um capitalista, de uma companhia, de um sindicato, de um *trust*, por outorga de um governo prepotente, ou efeito de um conluio industrial, um ramo da atividade comum, de livre acesso, até então, ao comércio de todos. (STORY: *The Charles River Bridge v. The Warren Bridge*. 11 Peters, 607-8. 9 L. ed., 847-8.) O segundo, associado à missão do poder público nos serviços industriais da sua alçada, alheios à competência industrial, suprimindo-lhe as forças com o concurso dos cabedais particulares, fecundando-lhe a ação com o estímulo do

(1) Na *American and English Encyclopaedia of Law* se acha tratado o direito concernente à sua legalidade e constitucionalidade nos Estados em uma ampla monografia, que, sob a rubrica de *Turnpikes and toll-roads*, ocupa, no vol. XXIX, as primeiras 31 páginas. (Nota desta edição.)

interêsse privado, na satisfação de certas necessidades coletivas, que não toleram a exploração da concorrência ordinária, e em que as fôrças da administração se não sentem capazes de se subdividir útilmente.

Entre as duas categorias, substancialmente apostas, o critério discriminativo se resolve num quesito assaz simples: recai o privilégio exclusivo em matéria, que, antes dêle, estivesse, ou pudesse estar exposta ao comércio comum? No caso afirmativo temos o monopólio condenado; no outro, a concessão de ordem constitucional. Teria alguém, em qualquer tempo, seja sob que regimen fôr, o livre alvedrio de se aproveitar das estradas, ou das ruas, para assentar vias férreas, ou canalizar água, esgotos, luz, fôrça motriz? Ninguém responderá que sim. Logo, todos êsses cometimentos são, essencialmente, serviços da nação, da província, da municipalidade; e, portanto, nada importa à liberdade comercial, industrial ou profissional que a municipalidade, a província ou a nação os exerçam, ou deleguem, os repartam, ou concentrem.

É o que se disse, na discussão do caso da ponte do *Charles River*, ante a Côrte Suprema:

Monopólio é o privilégio exclusivo, conferido a um indivíduo, ou a uma companhia, de negociar ou traficar sôbre certos e determinados artigos. Tal seria o de comprar e vender açúcar, algodão, ou café, em derrogação do direito comum. Todo o mundo tem o direito de mercar e vender tais produtos. Em se atribuindo, pois, a um só essa faculdade, tem-se instituído um monopólio, como tal justamente detestável. De modo que o monopólio consiste em cercar à posse e gôzo geral uma coisa pertencente ao logradouro de todos, para a entregar a um exclusivamente. Mas a colação de um privilégio não constitui monopólio, quando o seu objeto não faz parte de um direito comum. A ninguém assiste o arbitrio de construir pontes sôbre um rio navegável, ou montar um

serviço público de barcas de passagem fluvial, sem autorização do Estado. Todas essas concessões, portanto, ou de propriedades públicas, ou de públicos direitos, jazem no domínio peculiar do Estado. E, pertencendo ao soberano, quando são outorgadas a indivíduos, ou a corporações, não constituem monopólios em sentido nenhum; porque não fazem ao direito comum derrogação alguma.

(11 Peters; 451, 9 L. ed., 786.)

Quando, no litígio sobre a ponte do *Charles River*, a empresa concessionária deste serviço, alegava, contra a da ponte de Warren, um título de privilégio exclusivo, a decisão famosa de TANEY, tão mal interpretada aqui agora, não contestou que o Estado lho pudesse haver conferido, não afirmou que a constituição nacional recusasse à legistura semelhante faculdade: negou apenas que o legislador estadual a houvesse exercido, que essa cláusula se contivesse na carta de concessão:

Para se mostrar com direito ao remédio pleiteado (in order to entitle themselves to relief), preciso é (it is necessary) mostrar a autora que a legislatura estipulou não praticar o ato de que aquela se queixa, (that the Legislature contracted not to do the act of which they complain), (id est. a concessão de outra ponte, no mesmo rio, lesiva aos interesses da primeira) e prejudicou, ou, por outra, violou essa estipulação, facultando se erigisse a ponte de Warren. O que se inquire, pois, é se a carta encerra, da parte do Estado, um tal contrato (o do privilégio exclusivo, pretendido pela companhia autora), se naquele instrumento se depara essa convenção. The inquiry then is, does the charter contain such a contract on the part of the State? Is there any such stipulation to be found in that instrument?

(*The Charles River v. The Warren Bridge*, 11 Peters, 549. 9 L. ed., 825.)

Se, pois, a companhia concessionária da ponte de *Charles River* houvesse mostrado que, na sua con-

cessão, o Estado se obrigara a não liberalizar a outrem concessão análoga, isto é, a não outorgar dali avante a companhia nenhuma o direito, dado àquela, de construir uma ponte naquele rio, o tribunal teria reconhecido, na outorga depois feita aos concessionários da ponte de Warren sobre o mesmo rio, um ato nulo por violação do primeiro contrato. Por outra: reconhecia a Côrte Suprema que, para existir constitucionalmente o privilégio exclusivo, no caso, em favor da Charles River Bridge Company, bastava que a cláusula de exclusão constasse, declaradamente, da carta de concessão outorgada a essa empresa.

Eis aí, logo, a constitucionalidade dos privilégios exclusivos *subscrita* manifestamente por TANEY, no próprio aresto ora aqui aduzido em certidão autêntica de que TANEY fulminara todos os privilégios exclusivos como insustentáveis, e os removera, para o museu das antiquálias jurídicas da idade média, com o rótulo solene de feudais.

VI

A se haver de tomar a sério, a inaudita doutrina de que os privilégios exclusivos, reduzidos ao grupo de que me tenho ocupado, e a que pertence o da *Light & Power*, são *insubsistentes*, arrazaria, juridicamente, de um golpe, na sua maior parte, a imensa riqueza consolidada em inúmeras empresas, cuja iniciativa representa um elemento capital na obra da nossa civilização e prosperidade.

Tôdas as nossas concessões de caminhos de ferro, gerais ou estaduais, assentam, assentaram sempre, no suposto de que os privilégios exclusivos são subsistentes. Se nesta capital é o govêrno do União quem supre água a população do distrito, a regra

predominante nas outras cidades brasileiras tem estabelecido este serviço por concessões administrativas, que, se não obtivessem o privilégio exclusivo dêsse fornecimento, não se teriam constituído. Mas, se os privilégios exclusivos não têm subsistência legal, por contravirem à liberdade constitucional de comércio, indústria e trabalho; se desta interdição geral se não excluem as indústrias dependentes da apropriação ou exploração das estradas e ruas, neste caso o próprio serviço de abastecimento d'água, aqui, organizado pelo governo federal, não evitaria a inquinação de ilegalidade. Aos interessados caberia o jus de articulá-la no Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio absoluto da insubsistência dos privilégios exclusivos e do direito, comum a quantos preferissem este ramo de negócio, de comerciar em águas canalizadas pelas ruas.

A legitimidade constitucional da concentração do serviço de esgotos numa só empresa não se funda senão na mesma consideração absoluta da necessidade, em que se abrigam tôdas as concessões urbanas privilegiadas, a impossibilidade material de franquear o subsolo ou o sobre-solo das ruas à concorrência livre, e nas relações íntimas dos serviços desta categoria com a hygiene e a segurança geral das cidades. Mas, se tudo quanto fôr suscetível de ser desfrutado lucrativamente, constitui logradouro do direito comum e objeto da liberdade comercial; se desta se não exceptuam nem os serviços gerais de ordem coletiva; se ela repele absolutamente os privilégios exclusivos; se, em obediência a este princípio sem reservas, as condições da segurança e hygiene geral se têm de cingir a medidas regulamentares e inspeccionais sobre a ação individual, livremente exercida em todos os

terrenos, a concessão federal dos esgotos não escapa ao vício de iliberalidade e inconstitucionalidade, atribuído às suas congêneres pela nova teoria oficial.

Do privilégio de iluminação não falemos. Já interesses particulares lhe negaram, formal e diretamente, a legitimidade, que me honro de haver sustentado, cabendo-me o prazer de ver as minhas conclusões sancionadas por duas decisões do Supremo Tribunal Federal. (*) Mas, se os privilégios exclusivos sofrem de insubsistência constitucional, a substancialidade radical dêste vício não se sanou, não se pode sanar. Adotada na sua generalidade inflexível a teoria agora anunciada, será de boa consequência que a administração pública se não continue a envolver em cumplicidade com um monopólio indefensável perante as normas do regime recém-descobertas, e mande entregar ao comércio as ruas da cidade, para serem livremente atravessadas pelas canalizações das várias empresas interessadas em grangear clientela.

Juridicamente, não se poderia encarar como diversa a situação das companhias de vias férreas urbanas. A sua legitimidade sob as nossas instituições pende essencialmente da possibilidade constitucional dos *privilégios exclusivos*. Se com êstes se não conciliam as exigências da liberdade profissional, que a constituição nos assegura; se a declamada insubsistência dos privilégios exclusivos é universal, como acabamos de a ver definir, tôdas as nossas companhias de carris urbanos aqui, tôdas as outras existentes nas demais cidades brasileiras não vivem senão da complacência das municipalidades, dos governos estaduais, do congresso nacional. Os motivos de condescendência poderiam cessar, a questão da inconsti-

(*) Vide vol. XXXI, tomo II, opúsculo X das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.

tucionalidade poderia ser agitada contra elas numa campanha levantada contra os monopólios em nome da teoria agora inaugurada; e, se, realmente, essa teoria encerra a expressão da verdade, o Supremo Tribunal Federal teria que reconsiderar os seus ares-tos, rendendo-se ao prestígio das origens do nôvo direito e à ênfase das suas reivindicações.

O caso da fôrça motriz, da energia elétrica, sôbre que versa a concessão da *Light & Power*, não diver-sifica, juridicamente, dêsses outros. Os seus funda-mentos assentam, igualmente, na inexequibilidade material de se entregar à competência particular dos industriais o subsolo, a superfície e o espaço aéreo das ruas, já tão limitados, subterrâneamente pelas canalizações d'água, esgotos e luz, superficialmente pelas linhas de bondes, aèreamente por estas, pelo telégrafo, pelo telefone. A qualificação de inconsti-tucionalidade que a ferir, como concessão de privilê-gio exclusivo, necessàriamente envolverá também, como a privilégios exclusivos, as que recusam à con-corrência comercial a luz, a água, os esgotos, o tele-fono, a viação férrea, urbana ou geral.

A evidência desta necessidade, juntamente física e jurídica, desorienta os que a sofismam, levando-os a evasivas e confusões estranhas. Tal a da objeção que argumenta com a divisibilidade dêsses serviços. Essa divisibilidade não vem senão confirmar a sub-sistência dos privilégios exclusivos. Quando se re-talha uma cidade em zonas ou distritos, para confe-rir, em cada um, a uma companhia exclusivamente, a distribuição da água, da luz, ou da fôrça motriz, não se nega menos enganadamente, a respeito de cada uma dessas indústrias, a liberdade industrial, do que se o abastecimento de todos êsses distritos ou secções fôsse concentrado, mediante uma concessão total, nas

mãos de uma só companhia. O caráter exclusivo de um privilégio não depende nenhumamente da extensão da área, sobre que êle se exerce. Numa dessas hipóteses há um só privilégio exclusivo abrangendo a cidade toda. Na outra, tantos privilégios exclusivos, quantas as circunscrições, em que a cidade, para êsse efeito, se divide. Juridicamente, porém, de uma para a outra espécie, não existe diferença alguma, a não ser que a faculdade legal de conceder privilégios exclusivos se afirma, em um caso, uma vez, no outro muitas. E não parece que, em se afirmando muitas vezes, essa autoridade se torne menos clara do que afirmada uma vez só.

Estendendo, quanto a um serviço municipal, o privilégio exclusivo de uma empresa à cidade inteira, ou seccionando-o entre muitas, cada uma com o seu território delimitado, usa o poder público de sua discricção administrativa, optando, segundo considerações variáveis de utilidade, entre duas maneiras de exercer a sua prerrogativa. Mas esta ou é num e noutro caso igualmente ilegítima, ou será legítima em ambos. Admitindo que a administração obre constitucionalmente, dividindo o território municipal em frações, para a cada uma delas sobrepor uma concessão privilegiada, claro está que se lhe reconhece o direito de estabelecer privilégios exclusivos; e então, na escolha entre a pluralidade e a unidade, na preferência da unidade à pluralidade, não há senão fatores econômicos e administrativos a que atender.

Nunca se duvidou, entre nós, dessas noções. Nunca se contestou a subsistência dos privilégios exclusivos, no círculo em que os temos considerado. Se não no município neutro, onde a administração o tomou a seu cargo, o abastecimento d'água, noutras municipalidades sob o regímen transacto, se confiou

a emprêsas particulares, constituídas com o benefício de privilégios exclusivos. Com êste mesmo caráter, desde então, se estabeleceram, na capital do império, o serviço de esgotos, o de viação férrea, o da iluminação a gás e elétrica, o do telefone. Os espíritos mais liberais não acharam, àquele tempo, nada que dizer a essa natural solução de problemas, que, aliás, nem os recursos do orçamento imperial nem os orçamentos locais permitiriam resolver de outra forma. Feita a república, não houve o menor deslize dessas tradições. E, quando se outorgou aqui a William Reid & Cia. o privilégio exclusivo da eletricidade no Distrito Federal, outra coisa não se fez que aplicar a jurisprudência constante do país sob as duas formas de governo a um caso homogêneo aos anteriores. Porque, realmente, se não concebe que firmado sem opugnação nenhuma o privilégio exclusivo quanto à distribuição municipal da eletricidade na espécie de luz, houvesse embaraço jurídico à concessão do privilégio exclusivo sobre a eletricidade na espécie de força.

Depois de jazer anos sem fruto nem tentativa de uso nas mãos dos concessionários primitivos, trasladou-se êsse privilégio ao domínio de uma companhia, que entrou na capital do país com a reputação feita pelos seus serviços à transformação da capital de S. Paulo; e, quando, fecundado por essa empresa com dispêndios colossais, frutifica em obras gigantescas, surge contra êle a arguição de inconstitucionalidade num documento de cunho oficial, sob a teoria absoluta da insubsistência dos privilégios exclusivos. Não posso crer que a publicidade imediatamente dada a êsse escrito se deva ao governo da nação; porque não devo admitir que o governo da nação, em cujo seio avultam homens provectoros

no direito e de juízo amadurecido no trato do poder público, chamele instrumentos de propaganda contra o crédito do país, sancionando com a sua responsabilidade esse espantinho aos capitais organizados em empresas e às empresas dependentes de capitais para se organizarem.

Sobe de ponto, ainda por outra consideração, a minha confiança em que com esse acervo de noções anárquicas nenhuma solidariedade tenha o governo nacional. Não concebo, de feito, a dualidade, a que ficaria reduzido o chefe da nação, sustentando, mediante o prefeito, órgão da sua autoridade, os privilégios exclusivos, e denunciando a insubsistência dos privilégios exclusivos, mediante os secretários de Estado, agentes da sua inteira confiança. A existir antagonismo de uma a outra parte, a hostilidade havia de se resolver prontamente por uma ou por outra, mantendo-se com uniformidade a garantia dos contratos da administração, ou abraçando-se com franqueza a teoria da sua resolubilidade por arbítrio de um dos contraentes.

Todavia, a asserção, num papel oficial, divulgado com tanta notoriedade e aqodamento, de teorias tão falsas e desastrosas nos há de expor a equívocos lamentáveis. abrindo ensejo a que os nossos desafetos, cuja vigilância não dorme, e não só a malevolência dêsses, mas ainda a justa inquietação dos interesses ameaçados, propalem no exterior, como expressão da nossa consciência jurídica e da nossa lealdade a fé dos contratos. versões nada correspondentes às idéias e aos sentimentos dos nossos jurisconsultos, magistrados e estadistas.

Felizmente, para contrapor a essas divagações literárias, temos os arestos dos nossos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, onde,

ainda em 6 de maio dêste ano, um acórdão unânime declarou "*lícitas as restrições postas à liberdade de profissão, desde que se trate de serviços, que devem ser EXECUTADOS ou fiscalizados pelo Estado*". (*Revista do Direito*, v. IX, pág. 469.)

Eis, em síntese, o meu parecer acêrca das opiniões, a que se refere a consulta, e das suas consequências naturais.

Rio, 10 de outubro, 08.

RUI BARBOSA.

II

DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA
ELÉTRICA

NO

DISTRITO FEDERAL

Competência Municipal

PARECER

THE JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE

VOL. LXXV. PART 1.

1945.

1945.

Parer.

I

Toda o acto de um ramo do poder publico, na esphera privativa da sua competencia constitucional, limita-se a obrigar a accão dos outros ramos do poder, ainda que estes occupem, na hierarchia administrativa ou politica, uma categoria superior.

Esta superioridade se caracteriza pela vantagem que uns ou outros organos do poder publico tiveram, na importancia das attribuições que a cada qual se distribuem; mas não confere ao que a constituição deitou de funções mais elevadas, mais amplas, ou politicamente mais consideráveis, arbitrio para desobedecer, violar ou invadir a autoridade que elle reserva aos outros. Diferentemente das competencias, umas de grandeza mais alta que outras, não há, porém, de cada uma, todos os poderes têm direito igual ao respeito uns dos outros, visto como nenhum dispõe sobre os outros, que a lei

Primeira lauda manuscrita, do punho do Autor, do parecer ora
divulgado (Original pertencente à *Light and Power* — Cópia
fotostática conservada na Casa de Rui Barbosa).

NOTA DO REVISOR

A matéria de que se cogita no parecer adiante publicado — trabalho até hoje inteiramente inédito — é de tal modo entrosada com a questão dos privilégios exclusivos em face da constituição de 1891, que difícil, senão impossível, sob certos aspectos, será a sua perfeita inteligência sem o conhecimento do alentado estudo a respeito dêsse momentoso tema, debatido mais do que em qualquer outro lugar, no opúsculo I do tomo ora publicado, além de outro incluído no volume XXXI, tomo II(1), bem como num outro elaborado quando, na Bahia, surgiu uma contenda entre a Companhia de Energia Elétrica e outra empresa concessionária da Capital daquele Estado (2).

A controvérsia, como dissemos noutro lugar(3), reporta-se a um contrato de que então se cogitava, entre o Ministério da Guerra e a firma Guinle & Cia., patrocinada esta última pelo advogado Raul Fernandes.

Ajuizada por meio de um conflito de jurisdição, suscitado perante o Supremo Tribunal (conf. de jurisd. nº 199), foi o desfecho da espécie desfavorável à firma Guinle & Cia., após intensos e prolongados debates do assunto em plenário e na imprensa diária.

A consulta do trabalho aqui estampado, na sua íntegra, ao que tudo induz, elaborada pelo advogado José Pires Brandão, infelizmente não foi localizável, não obstante reiteradas buscas no arquivo do Cons. Rui Barbosa.

(1) A pedido do advogado Sancho de Barros Pimentel, quando, no Supremo Tribunal Federal, transitava o processo de apelação civil nº 1.049.

(2) Redigido mediante solicitação de Alexandre Mackenzie.

(3) Cf. págs. 7-8.



Parecer

I

Todo o ato de um ramo do poder público, na esfera privativa da sua competência constitucional, limita e obriga a ação dos outros ramos dêsse poder, ainda que êstes ocupem, na jerarquia administrativa ou política, uma categoria superior.

Esta superioridade se caracteriza pela vantagem que uns a outros órgãos do poder público levam, na importância das atribuições que a cada qual se distribuem; mas não confere ao que a constituição dotou de funções mais elevadas, mais amplas, ou politicamente mais consideráveis, arbítrio para desconhecer, violar ou invadir a autoridade que ela reservou aos outros. Diferentes são as competências, umas de graduação mais alta que outras. Nos limites, porém, de cada uma, todos os poderes têm direito igual ao respeito uns dos outros: visto como nenhum dispõe senão das prerrogativas, que a lei orgânica do país lhe aquinhoou; e esta distribuição precisa, esta delimitação rigorosa, característica do regímen, desapareceria, completamente burlada, se, a título de preeminências na escala da organização constitucional, certos poderes se julgassem desobrigados ao respeito para com os atos legítimos dos outros.

Em tal caso, firmada tal hermenêutica, admitida regra tal, os poderes fortes e armados anulariam e absorveriam os poderes fracos e inermes. Por outra, só aquêles teriam existência real, hanindo-se inteiramente do sistema o princípio, sôbre todos sagrado na matéria, que faz justamente dessa limitação dos primeiros pelos segundos a garantia da legalidade constitucional contra o absolutismo. Se essas barreiras se não guardassem, os Estados seriam aniquilados pela União, os municípios pela União ou pelos Estados. Porque a coexistência dessas diferentes entidades territoriais, tôdas com o seu império distinto, no seio do mesmo organismo, têm, evidentemente, por condição essencial a inviolabilidade recíproca dos seus diferentes campos de ação.

Ainda quando se trate, não da competência constitucional, isto é, da que se acha fixada pela lei orgânica da nação, mas da competência legal, a saber, da que foi traçada pelo legislador, êste mesmo não a poderá negar ou transgredir em relação aos atos praticados enquanto ela existia. Poderes há com efeito, que são criações da lei, investiduras ou delegações suas. Deu-as ela. Ela as pode retirar. Mas, enquanto os mantém, as suas manifestações revestem a fôrça da autoridade pública na sua plenitude. Em consequência, as resoluções que adotam, as ordens que expedem, as concessões que outorgam, os contratos que celebram, são de uma autoridade indiscutível, que a nenhum dos outros poderes será dado contestar. De modo que, se, no exercício dessa autoridade, o órgão público entra em relações de ordem contratual, os direitos daí resultantes para os indivíduos, ou as associações, a quem êsses atos jurídicos aproveitam, são, na mais estrita e absoluta acepção da palavra, direitos adquiridos, que o pró-

prio legislador não poderia infringir, sem incorrer em quebra da proibição constitucional, que nos assegura a irretroatividade das leis.

Na espécie vertente, a matéria pertence, de sua essência mesma, à competência municipal. À municipalidade cabe, pela índole peculiar da sua instituição, da sua missão, do seu destino, dispor das ruas públicas, e, conseqüentemente, exercer, direta ou delegadamente os serviços, que exigem a ocupação e exploração das ruas, coisa de sua natural defesa à indústria particular e reservada à administração local. Um desses serviços vem a ser, inquestionavelmente, a distribuição coletiva da força motriz, gerada pela eletricidade.

Dispõe a constituição federal, art. 67, que, "salvas as restrições especificadas na constituição e nas leis federais, o Distrito Federal é administrado pelas autoridades municipais". Ora, não há, para o caso, restrição nenhuma especificada na constituição. Nas leis federais as restrições até agora especificadas são as que respeitam aos serviços de água, esgotos e iluminação, três monopólios exercidos os dois últimos por empregos de criação federal. o primeiro pelo próprio governo da União. Sendo, portanto, naturalmente municipal, e não havendo sido retirado à competência natural da municipalidade nem pela constituição nem pelas leis federais, o serviço de suprimimento da eletricidade como força motriz a esta capital está, indubitavelmente, na alçada privativa das autoridades locais. É um dos ramos da administração urbana. Como tal, constitui um serviço público municipal. E, neste caráter, podia ser desempenhado pela própria municipalidade ou por ela cometido a uma empresa regular. Optando pelo segundo alvitre, a municipalidade, no uso de uma das suas fa-

culdades mais incontestáveis, delegou a exploração do seu privilégio, mediante ônus compensadores, a uma associação legalmente constituída.

Ato de autoridade, essa delegação revestiu a forma de um contrato, duplamente solene como são os contratos de direito público. Como contrato, obriga êle as suas partes contraentes, vedando à administração municipal o arbítrio de praticar atos, que o contravenham. Como ato de direito público, isto é, como exercício do poder municipal, nas raias que a constituição e as leis lhe têm pôsto, obriga a todos os outros na escala dos poderes constitucionais.

Claro está que, se uma lei, amanhã, reformando a condição atual desta municipalidade, lhe subtrair o direito de fazer concessões semelhantes, chamar ao domínio da administração federal os serviços de distribuição coletiva nesta cidade, ou lhe reservar especialmente o de fornecimento da fôrça elétrica a êste distrito, já não será lícito, de futuro, às nossas autoridades municipais constituírem privilégios como o concedido à *Light & Power*.

Mas, como êste se concedeu, quando a municipalidade o podia conceder, inegável é a sua validade. Ora, tratando-se de um privilégio exclusivo, a sua validade importa a idéia absoluta de exclusão nela contemplada. Na hipótese, a exclusão abrange totalmente o uso das ruas para a canalização de energia elétrica. Dessa exclusão, portanto, não se pode pretender excetuado o governo federal, para, saltando por sôbre a empresa concessionária da municipalidade, suscitar contra ela a concorrência de outra, com a qual repartiria o direito, assegurado exclusivamente àquela por um privilégio legal, de canalizar pelas ruas fôrça motriz.

Não discuto aqui a questão de saber se esse privilégio inibiria o governo federal de se utilizar das ruas para esse efeito, caso o fizesse ele mesmo, com material seu e sob a sua administração, para objeto do seu serviço. Admito que o privilégio não tenha êste alcance; porquanto, na hipótese aqui suposta, se limitaria a administração federal a prover às suas próprias necessidades, sem lesar o concessionário privilegiado com a concorrência de um rival.

Dada, porém, a emergência que se narra na consulta, não obra o governo da União como seu próprio fornecedor. Não. Entra no mercado como cliente. Mas, encontrando o objeto da sua procura nas mãos de uma empresa de serviço público, despreza as leis do poder competente que a constituíram, para lhe opor ao seu privilégio legal a concorrência de uma indústria particular, introduzida expressamente, em flagrante quebra dêle, com êsse intuito.

O caso dobra de estranheza e gravidade, se considerarmos a posição constitucional e legal do governo da União, no Brasil, para com a administração municipal dêste distrito. De uma parte, os ministros de Estado, meros auxiliares do presidente da República, agentes da sua confiança, subscritores dos seus atos (const., art. 49), demissíveis por êle *ad nutum*, não representam senão a vontade do chefe da nação, em um régimen onde sobre êles nenhuma ação tem o parlamento. De outra, o poder executivo municipal é o prefeito, e quem nomeia o prefeito, é o presidente da República. (L. n° 85, de 21 de set. de 1892, arts. 17 e 18.)

Ora, a concessão do privilégio Reid, hoje exercido pela *Light & Power*, assente em três atos legislativos da municipalidade, o dec. n° 734, de 4 de dezembro de 1899, a lei n° 1.112, de 22 de nov. de

1906, e o dec. nº 1.143, de 14 de out. de 1947, todos sancionados pela prefeitura, têm ainda, por não menos de outros três ou quatro vêzes, a co-responsabilidade solene desta, no contrato com o concessionário primitivo, no segundo, com A. Mackenzie, em 20 de maio de 1905, na transferência dêste, em 16 de out. dêsse ano, à companhia atual e, por fim, no contrato ora vigente, com ela celebrado em 25 de junho do ano transato. Acresce que, na observância dêle, o atual prefeito, que o estipulou, havendo antes sancionado a lei, que o autorizara, e sancionando, posteriormente, a que o aprovou, negou licença aos antagonistas dessa companhia, para assentarem tôrres de transmissão de energia hidro-elétrica, e contra êles mandou proceder como infratores de posturas municipais, em razão de as tentarem assentar sem licença.

Ora, sendo essa a atitude continuada, perseverante e solene da prefeitura municipal, cujo órgão é um funcionário de nomeação do presidente, sem a confiança do qual se não poderia manter naquele cargo, não se concebe que secretários do mesmo presidente, instrumentos constitucionais da sua autoridade, órgãos internos da sua confiança, possam estar em contradição declarada, pública e tenaz com os atos do prefeito. Êste, certamente, não teria firmado o contrato atual do privilégio da eletricidade, nem sancionado as leis municipais que o autorizaram e ratificaram, se o chefe da nação, que não podia ignorar a oposição já então altamente agitada contra êsse privilégio, o reprovasse. Êle tem, pois, em seu apoio a solidariedade manifesta do próprio chefe da nação, alguns de cujos ministros agora abertamente o violam.

Este conflito entre dois braços, digamos assim, da autoridade presidencial não favorece à causa dos que argüem de nula a concessão do privilégio municipal da eletricidade, nem tão pouco a dos que, admitindo-lhe a validade, reivindicam, entretanto, para as várias secretarias de Estado, o direito de a não respeitarem, contratando com outras empresas o fornecimento da energia motriz para as dependências de cada um desses ramos da administração federal.

Porque (sob o primeiro ponto de vista), desde que existisse uma concessão municipal, estribada numa série de atos, legislativos e administrativos, do governo local, em matéria incontestavelmente da sua competência, como seja a outorga do privilégio de um serviço dependente do uso das ruas da cidade, força é que todos o respeitem, enquanto não declarado nulo pelo poder competente. E este não são nem as secretarias de Estado, nem ainda a presidência da república, nem mesmo o congresso nacional, senão só e unicamente as justiças da União. Perante estas é que o governo federal teria de pleitear, em ação conveniente, a nulidade do ato municipal; e só declarada esta por sentença definitiva é que se estabeleceria, para o governo federal, o direito de proceder como se a concessão da municipalidade não existisse.

Sob o segundo ponto de vista, não é menos clara a anomalia da jurisprudência administrativa, que se tenta inaugurar. Porque, se não se qualifica de insubsistente o privilégio, e apenas se intenta ressalvar, para cada ministério, a faculdade livre de contratar com outras empresas o suprimento da energia motriz que os seus serviços requererem, — não é diverso o resultado, a que se chega por este rodeio.

Consagrada esta doutrina, cada uma das secretarias de Estado poderia ter o seu fornecedor especial de eletricidade nesta capital. Imagine-se agora uma cidade como esta, onde cada um dos nossos seis ministérios se afreguesasse ao seu produtor de energia hidro-elétrica, ficando êle *ipso jure* habilitado a se utilizar das ruas públicas; calcule-se a situação dessas seis emprêsas, favorecidas, independentemente, cada qual com o privilégio do seu fornecimento especial, disputando entre si as nossas vias de comunicação urbana, a sua superfície, o seu subsolo, o seu espaço aéreo, para as suas desapropriações, o curso das suas linhas, o assentamento dos seus postes e tôrres; e diga-se a que ficariam reduzidos, por um lado, a polícia da municipalidade em matéria tão grave, e, por outro, o privilégio do concessionário municipal. Ninguém, no seu siso e em boa fé, dirá que uma tal perspectiva, se alguém sensatamente a pudesse antever, chamasse a êste país uma associação qualquer de capitais estrangeiros, quanto mais que a levasse a empregar o sacrifício de uma soma de sessenta mil contos, com sete anos apenas de concessão por explorar.

A faculdade, pois, que para os diferentes ministérios se reclama, de se abastecer dêsse produto mediante a emprêsa que eleger, teria, praticamente, como resultado burlar de todo em todo a concessão outorgada à *Light & Power*, ou reduzi-la a têrmos, que ludibriassem a expectativa natural dos seus capitalistas. Necessário é, portanto, antes de mais nada, verificar-se judicialmente que essa expectativa carecia de base jurídica, a saber, que o privilégio ora discutido é nulo, ou que, ainda subsistente, não obsta à concorrência de outras emprêsas, contanto que

cada uma desfrute a preferência de uma secretaria de Estado.

Ora, a última destas duas teorias não resiste à crítica, e a outra já se acha liquidada pelas várias decisões do *supremo tribunal federal*. *que reconhecem a constitucionalidade dos privilégios exclusivos desta natureza. Nem seriamente a poderia contestar o governo federal, que, com esse mesmo caráter de privilégios exclusivos, mantém pelo menos duas concessões suas: a dos esgotos e a da iluminação.*

Respondendo, pois, ao segundo quesito da consulta, que anteponho aos outros por ser a questão ali dominante, direi que, a meu ver, o decreto nela indicado, autorizando outra empresa a assentar linhas de transmissão de energia elétrica dentro no distrito federal, ainda quando só para suprimimento de energia elétrica a serviços públicos federais, constitui grave quebra do vínculo do contrato da municipalidade com a *Light & Power* e do direito, para ela daí resultante, ao respeito geral, assim dos indivíduos, como dos poderes públicos em todos os seus ramos.

II

Ao terceiro quesito.

Desde que a nossa jurisprudência atual, por um movimento de regresso que a põe em contradição com o seu passado, não admite os mandados proibitórios, só resta à companhia lesada, para se restituir do seu direito, mover ao governo da União e aos seus concessionários a ação competente como meio de anular os atos injurídicos, a que esse quesito se refere.

A ação competente seria a ordinária, ou, particularmente, a especial, da lei nº 221, de 1894, art. 13, verificando-se no caso a lesão aos direitos individuais da companhia por atos de autoridades administrativas da União.

Para estear a ação de que trato, sobram fundamentos nos meus pareceres anteriores, nos quais, até onde me chegam as forças, presumo haver esgotado a discussão do assunto, aliás perfeitamente resumida no protesto anexo à consulta.

III

Deixo de examinar a matéria do primeiro quesito, por não relevar juridicamente à questão. A concorrência, a que se êle refere, seria, na espécie, uma condição de curialidade ou conveniência administrativa. Mas não envolve direitos pleiteáveis em juízo. Sem concorrência, ou com ela, não podia o govêrno fazer a concessão de que se trata, colidindo, como colide, com o privilégio exclusivo da *Light & Power*, enquanto êste não fôr julgado nulo, mediante ação regular, no juízo competente.

Eis o que importa.

Tal o meu parecer.

Rio, 1 de novembro, 1908.

RUI BARBOSA.

III

DESAPROPRIAÇÃO POR
UTILIDADE PÚBLICA

Caso de Atribuição Concorrente

PARECER



Tarefas.

I

As desapropriações indicadas na consulta se destinam ao assentamento das linhas de transmissão e às despesas das demais obras concernentes ao serviço de produção e distribuição de energia eléctrica, empresa submetida à Light & Power.

Mediante essa energia, assim obtida e conduzida, a empresa tem de prover a iluminação eléctrica e ao abastecimento de força motriz.

Esta compete a uma concessão municipal. Igualmente, a uma concessão federal.

Uma parte da competência do Distrito Federal. A outra, da competência da União.

De acordo com uma das duas concessões o decr. nº 1.021, de 1933, art. 1º, assegura o direito de desapropriação, para as respectivas obras, pelo novo sistema de concessão, ali organizado.

Orça, as desapropriações de que se

Primeira fôlha manuscrita do parecer adiante reproduzido.
(Cópia fototástica conservada na Casa de Rui Barbosa).

CONSULTA

A Companhia Light, temendo que sejam desprezados os embargos, opostos, na apelação nº 1.306, em que são apelantes John Rudge e sua mulher, logo após a terminação das férias forenses, pois das outras apelações ainda não foi intimada, e possam os interessados intervir junto ao juízo da inferior instância, quer local, quer federal, requerendo mandados de manutenção ou de demolição das obras feitas, cortando as linhas de transmissão, etc., apresentou ao Prefeito um requerimento, pedindo que de acôrdo com a lei municipal que aprovou o novo contrato de fornecimento de energia elétrica, modificativo do de 20 de maio de 1905, lhe aprove as plantas e planos da linha de transmissão e declare urgente a desapropriação dos terrenos e prédios compreendidos nesses planos e plantas para a execução do contrato municipal.

A Companhia Light não ocultou ao Prefeito a melindrosa situação em que se acha, solicitando essa medida da desapropriação que foi outorgada pelo nôvo contrato, como meio de impedir graves perturbações no serviço de fornecimento de energia elétrica, já inaugurado, e enormes prejuizos.

À vista do exposto, pergunta-se:

I

Pode ser expedido o aludido decreto de desapropriação municipal, apesar de ter sido publicado igual decreto de desapropriação pelo govêrno federal e de se acharem ainda pendentes de julgamento algumas apelações, outras com acórdãos proferidos, porém, não passados em julgado, e outra, como a de John Rudge, já em embargos e que desprezados, ficará definitivamente finda?

II

Pode a Companhia iniciar pelo juízo competente dos feitos da fazenda municipal os competentes processos de arbitramento das indenizações contra aquêles mesmos apelantes, sem que tenham sido proferidas sentenças tornando de nenhum valor as imissões de posse dos terrenos em que estão assentes as linhas de transmissão?

Vai a resposta por minha letra, em separado, nesta data. Rio, 27 abr. 1908.

RUI BARBOSA.

Parecer

I

As desapropriações indicadas na consulta se destinam ao assentamento das linhas de transmissão e à execução das demais obras concernentes ao serviço de produção e distribuição da energia elétrica, empresa cometida à *Light & Power*.

Mediante essa energia, assim obtida e conduzida, a empresa tem de prover à iluminação elétrica e ao abastecimento de força motriz.

Este corresponde a uma concessão municipal. Aquela, a uma concessão federal.

Uma nasce da competência do distrito federal. A outra, da competência da União.

Mas a cada uma dessas duas competências o dec. nº 1.021, de 1903, art. 1º, assegura o direito de expropriação, para as respectivas obras, pelo novo sistema de processo, ali organizado.

Ora, as desapropriações de que se trata, beneficiando às obras da empresa fornecedora da energia elétrica, aproveitam juntamente ao serviço da iluminação e ao serviço da força motriz, isto é, à concessão federal e à concessão municipal.

Temos aí, portanto, quanto às desapropriações, em andamento ou projetadas, duas competências concorrentes: a da municipalidade e a da administração federal.

O exercício, por uma delas, do seu direito de pronunciar a desapropriação não tolhe de modo algum à outra o uso do seu, decretando-a igualmente. Aqui, tratando-se de uma atribuição administrativa, inerente a cada um dos dois poderes e independente em ambos, não há prevenções de jurisdição. O governo federal já decretou as desapropriações. O municipal tem o seu direito intacto, para as decretar.

Os acórdãos, a que se alude no 1º quesito, julgando apenas em espécie cada uma das desapropriações autorizadas pelo ato do governo da União, não obsta a que se elas renovem com fundamento em um ato posterior do governo municipal.

II

Parece-me que não seria curial iniciar novas desapropriações, recorrendo ao juízo dos feitos da fazenda municipal, sobre terrenos a cujo respeito ainda esteja pendente o processo instaurado, para o mesmo fim, ante a justiça federal.

Temo que daí resultassem complicações e embaraços facilmente exploráveis pelos interessados em burlar, nesta matéria, a ação da lei, com prejuízo ainda maior para a Companhia.

O novo processo deve seguir-se imediatamente, penso eu, à ultimação do atual.

Rio, 27 de abril, 08.

RUI BARBOSA.

IV

COMPETÊNCIA DO DISTRITO
FEDERAL

*Fornecimento de Energia Elétrica Gerada
por Fôrça Hidráulica. Aplicação do Decreto nº 1.021*

Desapropriação

PARECER



Supremo Tribunal Federal

Da applicação da lei n. 1.021
de 23 de agosto de 1903
aos casos de desappropria-
ção por utilidade publica
promovidos pela RIO DE
JANEIRO TRAMWAY
LIGHT & POWER, COM-
PANY LIMITED.

PARECER

DO

Cons.^{ro} Ruy Barbosa



RIO DE JANEIRO
Papellaria Americana — Rua da Assembléa, 70

1908

Frontispício do folheto divulgado em 1908 — original do texto
ora publicado. — Exemplar da Casa de Rui Barbosa —
Dimensões: 21 x 15 cms.

NOTA DO REVISOR

Em conformidade com o que dispunha o decreto legislativo nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, intentou a *The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Company Limited* a desapropriação do imóvel situado na Rua Santa Alexandrina, nº 23, Distrito Federal, necessário à instalação de linhas de transmissão de energia elétrica e prolongamento das redes respectivas. Eram proprietários do prédio Dr. João Alves Meira e sua mulher, oferecendo a expropriante, como valor da indenização, a quantia de 19:000\$000.

Determinava o ato legislativo aplicáveis a todas as obras de competência da União e do Distrito Federal, executados administrativamente, ou mediante contrato, as disposições contidas no decreto nº 816, de 10 de julho de 1855, com as alterações introduzidas, sendo, assim, invocado o seu contexto pela expropriante Companhia *Light and Power*.

Argüida exceção de incompetência pelos expropriados (fls. 12 a 12 v.), foi esta rejeitada por despacho de 4 de janeiro de 1904 (fls. 13), exarado pelo juiz da 2ª Vara Federal, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque. Arbitrado o preço do imóvel na importância oferecida pela expropriante (19:000\$000), foi o laudo homologado por decisão do juiz do feito (fls. 28), e a *Light and Power* imitada na posse do imóvel por sentença de 24 de janeiro de 1907 (fls. 42).

Inconformados, apelaram os expropriados (fls. 43), sendo o recurso recebido por despacho de 24 de janeiro de 1907.

Convertido o feito na apelação cível nº 1.446, e distribuída ao ministro Amaro Cavalcanti, por despacho de 11 de outubro de 1907 do ministro Pisa e Almeida, presidente (fls. 54), seguiu ritmo normal o processo na suprema instância.

Pela apelada, produziu suas razões (fls. 71 a 78) o advogado Alfredo Bernardes da Silva, funcionando como patrono da apelante o advogado João de Siqueira Campos.

Por acórdão de 15 de janeiro de 1908, contra os votos dos ministros Antônio Augusto Cardoso de Castro, Manuel Espínola e Manuel José Murtinho, resolveu o Supremo Tribunal dar provimento à apelação para, preliminarmente, declarar nula a ação intentada (fls. 80-81v.).

Opostos embargos de nulidade e infringentes de julgado, deduzidos a fls. 85-91, pelo advogado Alfredo Bernardes da Silva, foi, nessa fase, ouvido o Cons. Rui Barbosa, que emitiu o parecer ora publicado.

Sustentados os embargos pelo advogado Francisco de Castro Júnior, patrono da *Light and Power* (fls. 126 a 152) e após audiência do Procurador Geral da República (fls. 154), que se manifestou pela ausência de interesse da Fazenda a defender, foi o recurso submetido a julgamento em sessão de 24 de outubro de 1908 (fl. 155-156). Desprezaram-se os embargos, por entender o Tribunal não se aplicar à espécie o decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, e sim o decreto nº 353, de 12 de junho de 1845, sendo vencidos os ministros Manuel Murtinho e M. Espínola.

Opostos embargos de declaração (fls. 157), dêles não tomou conhecimento o Supremo Tribunal pelo acórdão de 19 de dezembro de 1908 (fls. 166).

* * *

Promovido novo processo de desapropriação, na forma do decreto nº 6.262, de 13 de dezembro de 1906(*), foi

homologado o laudo que fixava em 19:000\$000 o valor do imóvel.

Recorrendo os expropriados, Dr. João Alves Meira e sua mulher (apelação cível nº 1.866), negou o Supremo Tribunal Federal provimento à apelação, por acórdão de 13 de janeiro de 1914.

Foi a Companhia *Light and Power*, nesse último processo, patrocinada pelo advogado Francisco de Castro Júnior.

(*) Por esse ato do Poder Executivo foram aprovados os plano e plantas apresentados pela *The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Co. Ltd.* e declarados desapropriados os prédios e terrenos nêles compreendidos, ainda que não indicados nesse decreto.



Parecer

A três julgados (todos três do Supremo Tribunal Federal) se refere a consulta:

1º) o que se proferiu na apelação nº 1.306, de John Rudge e sua mulher;

2º) o que se pronunciou na apelação nº 1.322, do Dr. Júlio V. Lobato e sua mulher;

3º) o que resolveu a apelação nº 1.446, do Dr. João Alves Meira e sua mulher.

Os três anularam o processo, em três ações de desapropriação intentadas pela *Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited*, nas quais se adotara a forma estabelecida pelo dec. legislativo nº 1.021, de 26 de agosto de 1903.

Por quê?

O primeiro,

por não lhe serem aplicáveis as disposições da lei nº 1.021, de 26 de agosto de 1903 e seu respectivo regulamento; porquanto não consta dos autos que a desapropriação, de que se trata, fôsse reclamada para execução de obras da competência da União ou do Distrito Federal.

O segundo, pelo mesmo fundamento do anterior.

O terceiro, porque

no art. 1º do citado decreto se declara, de modo a não deixar dúvidas, que «são aplicáveis a tôdas as

obras da competência da União e do Distrito Federal, executadas administrativamente ou por contrato, as disposições do decreto legislativo nº 816, de 10 de julho de 1855, com a alteração ali indicada, e diversa é a espécie dos autos, uma vez que a apelada não executa obras da União, nem administrativamente, nem por contrato celebrado com a mesma para esse fim.

Das duas primeiras decisões para a terceira há uma divergência muito para notar.

Naquelas se alega "não constar dos autos que a desapropriação, de que se trata, fôsse reclamada para execução de obras da competência da União ou do Distrito Federal".

Na última, porém, se pretende que a espécie dos autos não se adapta à lei, "uma vez que a apelante não executa obras da União".

Segundo a versão, pois, dos acórdãos nºs. 1.306 e 1.322, cabe o regímen instituído pelo decreto legislativo nº 1.021, de 1903, nas desapropriações efetuadas em proveito das obras de competência da União ou do Distrito Federal.

Pela enunciação do acórdão nº 1.446, diversamente, esse regímen não caberia senão quando se trate de obras da União.

Uma proposição abrange a União e o Distrito Federal.

A outra exclui o Distrito Federal, para incluir tão somente a União.

Mas não é somente no excluir o Distrito Federal que se manifesta o caráter restritivo do último julgado, com relação aos dois anteriores.

Essa operação eliminatória vai ainda além.

Nas duas primeiras sentenças, para determinar a espécie beneficiada pelo novo sistema de expro-

priação, se fala em "obras da *competência* da União ou do Distrito Federal". A *competência* dêste, ou daquele, para fazer, ou mandar fazer as obras, é a circunstância determinante da lei que há de presidir à desapropriação.

Mas na terceira sentença já não é de *competência* para as obras que se cogita. Já se alude exclusivamente às "obras da *União*". O possessivo deslocou-se da idéia de *competência* para "a de *União*". Em vez de "obras da *competência* da União e do Distrito Federal", temos simplesmente "obras da *União*". Assim que a circunstância determinante estaria na posse da União, na apropriação direta das obras por esta, no domínio desta sobre elas. Se as obras não são da *União*, criação direta sua, propriedade sua imediata, embora sejam da sua *competência*, há de se recorrer, para as desapropriações, às normas da lei de 1845.

Ora, em ambas essas restrições, peca o acórdão nº 1.446 palpavelmente contra a letra expressa do decreto legislativo, que pretende aplicar.

O decreto nº 1.021, de 1903, não se refere a "obras da *União*", mas às "obras da *competência* da União e do Distrito Federal".

Eis o seu texto, no art. 1º:

São aplicáveis a tôdas as obras da *competência* da União e do Distrito Federal, executadas administrativamente ou por contrato, as disposições do decreto legislativo nº 816, de 10 de julho de 1855, com a seguinte alteração.

Não se olha, conseqüentemente, à posse ou domínio das obras, mas à *competência* de quem as faz, ou as contrata; e, se quem as executa, ou as ordena, é a União, ou Distrito Federal, o processo de *expropriação* se regerá pelo decreto de 1903.

O próprio acórdão nº 1.446 exara no seu corpo, literal e integralmente, o art. 1º, aqui há pouco transcrito, dêsse decr. legislativo. Não podia, logo, estar na sua intenção mutilá-lo duas vêzes, quando substituiu as expressões textuais "*obras da competência da União e do Distrito Federal*" por "*obras da União*" pura e simplesmente.

Tem lugar, portanto, o régimen do decr. nº 1.021, desde que:

- 1º) as obras em questão se façam sob a autoridade da União, ou sob a do Distrito Federal,
- 2º) sejam *da competência* dela ou dêle, e
- 3º) se executem administrativamente, ou por contrato.

Ora, no caso, todos êsses três requisitos se verificam indubitavelmente.

I

UNIÃO E DISTRITO FEDERAL

Autorizada pelo decr. municipal nº 734, de 4 de dezembro de 1899, a administração do município, por termo de contrato lavrado em 7 de junho de 1900, outorgou a William Reid & Co. o privilégio exclusivo, durante vinte e cinco anos, de fornecer energia elétrica, gerada hidraulicamente, para ser aplicada em força motriz ou noutros misteres industriais.

Traspassada regularmente, mais tarde, pelo contrato de 20 de maio de 1905, que consolidou o anterior, a Alexander Mackenzie, essa concessão veio a se transferir, por termo de 16 de outubro, no mesmo ano, à *Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Co., Limited.*, e posteriormente, em execução

da lei municipal nº 1.112, de 22 de novembro de 1906, passou por modificações, no contrato celebrado, aos 25 de junho de 1907, entre a dita companhia e a prefeitura, *ad referendum* do Conselho Municipal, que o aprovou mediante a lei nº 1.143, dêsse ano.

Até aqui, o *Distrito Federal*.

Agora, a *União*.

A lei federal nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, autorizara o Governo (art. 23) a "promover o aproveitamento da força hidráulica para a transformação em energia elétrica, aplicada a serviços federais, podendo autorizar o emprêgo do excesso da força no desenvolvimento da lavoira, das indústrias ou de outros quaisquer fins, e conceder favores às emprêsas, que se propuserem a fazer êsse serviço".

Para a observância dessa disposição expediu o govêrno da República o decreto nº 5.407, de 27 de dezembro de 1904, estatuinto que o aproveitamento da força hidráulica, na sua transformação em energia elétrica aplicada a serviços federais, se faria *administrativamente* ou *por concessão*.

No mesmo ano o Congresso Nacional tornou ao assunto, de que se ocupara no orçamento do exercício então corrente, consagrando, na lei nº 1.316, de 31 de dezembro, art. 18, novas medidas protetoras à expansão dêsse melhoramento, mediante a concessão *do direito de desapropriar* e outros favores às emprêsas de eletricidade, engendrada por força hidráulica, que se constituíssem para fins de utilidade ou conveniência pública, fôssem federais, estaduais ou municipais os serviços, de que se achas-

sem incumbidas. Para a sua execução expediu o governo federal o dec. nº 5.646, a 22 de agosto de 1905.

Apoiada nesses decretos de caráter legislativo e executivo, a administração federal, pelo decr. de 20 de setembro desse ano, sob o nº 5.690, investiu a *Rio de Janeiro Tramway, Light & Power Co.*, reconhecendo-a como empresa de *utilidade e conveniência pública*, entre outras concessões, na *do direito de desapropriação*, em consequência e para exercício do qual lhe aprovou, aos 15 de dezembro de 1906, pelo dec. nº 6.262, os planos e plantas apresentadas.

Para isso não poderia haver mais amplos fundamentos do que os onde se estribou o ato do Governo.

Bastava, com efeito, que a empresa tivesse a seu cargo serviços de ordem federal, estadual ou municipal.

Ora, a *Light and Power* os tinha de todas essas três categorias.

Serviços municipais, como cessionária da concessão originariamente feita pela municipalidade a William Reid & Cº.

Serviços estaduais, em virtude dos contratos de 12 de maio e 2 de dezembro de 1905, concluídos com essa companhia pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, de conformidade com o decr. administrativo nº 910 e o dec. legislativo nº 717, de 29 de março e 6 de novembro daquele ano, para a captação da força hidráulica das cachoeiras do Rio das Lages e exploração industrial da energia elétrica por esse meio obtida.

Serviços federais, *enfim* porque, mediante contratos de fornecimento que se documentam nos au-

tos, segundo o alegado nos embargos, art. 3º, com indicação numeral das provas, é essa companhia quem supre de eletricidade, em força e em luz, a diferentes serviços e emprêsas federais.

Tríplice era, portanto, o título, que lhe assistia, a ela, em face da legislação de 1904 e 1905, à concessão federal, que alcançou, do direito de desapropriação e dos mais favores legislativamente reservados a tais emprêsas.

Postas, porém, de parte as concessões estaduais, para atentar sòmente no que entende com a letra do estatuído no decreto legislativo nº 1.021, de 1903, art. 1º, apurado temos o fato de que a *Light and Power* explora serviços concedidos, assim pelo Distrito Federal, como pela União.

Resta saber se as obras por onde se exercem tais serviços, preenchem as outras duas condições dêsse texto; a saber:

1º) se são da competência da União, ou do Distrito Federal;

2º) se são executadas administrativamente, ou por contrato.

Averigüemos.

II

COMPETÊNCIA

Reserva o decr. nº 1.021, de 1903, o benefício do processo especial, nêle instituído para as desapropriações, "a tôdas as obras *da competência* da União e do Distrito Federal".

Que vem a ser *obras da competência* da União, obras *da competência* do Distrito Federal? Dependerá o sabê-lo do sentido em que aqui se tome a expressão *competência*.

No seu significado mais lato, *competência* é a qualidade legal, reconhecida a um funcionário, a um poder, ou a uma autoridade qualquer, de resolver sobre certo e determinado assunto.

Nesta acepção amplíssima, todas as obras, que se construírem no território de um município seriam da competência municipal, pois todas se acham sujeitas a leis e posturas da municipalidade, aplicadas por funcionários municipais, que regulam, permitem ou vedam essas construções. Entendido assim, o alcance da palavra *competência*, todas as obras construídas na cidade do Rio de Janeiro entrariam na *competência do Distrito Federal*, nome sob que se designa, em nosso regímen, a organização administrativa dada à capital do país.

Em tal caso, porém, se teria dito simplesmente, naquele texto, que o novo processo regeria todas as desapropriações feitas no Distrito Federal. Mas o legislador obrou diversamente: criou um processo especial, e se propôs a lhe taxar um círculo de aplicação peculiar. Logo, teve um pensamento limitativo, que embebeu nas expressões: "obras da *competência* da União e do Distrito Federal".

A noção de *competência*, pois, corresponde aí a uma intenção restritiva, que não pode ser senão excluir as obras de interesse particular, beneficiando tão somente as de conveniência pública, nacional ou local.

Compreendido desta sorte, o enunciado legislativo, no complemento "a todas as obras da *competência* da União ou do Distrito Federal", designaria: por um lado, as obras, que entendem com o patrimônio da União ou do Distrito Federal; por outro as que interessam ou representam serviços públicos, incumbentes ao Distrito Federal ou à União.

Já sob o primeiro aspecto a situação da *Light & Power* caberia nos termos do decr. nº 1.021; porquanto, segundo os contratos dela com a municipalidade, em 1905, 1906 e 1907, a cláusula da reversão, nêles estipulada, convencionava que, ultimado o prazo da exploração, todos os bens da empresa, móveis e imóveis, em perfeito estado de conservação, cairão sob o domínio municipal, sem indenização alguma.

Dos bens, portanto, que adquira ou crie, das obras que execute, a *Light & Power*, como concessionária do contrato de fornecimento de eletricidade, outra coisa não é que simples usufrutuária. A propriedade dêles e delas toca, sob a reserva dêsse usufruto, à municipalidade. São, consequentemente, obras ligadas, pelo vínculo de direitos, eventuais e atuais, imediatos ou futuros, ao patrimônio municipal, que elas têm de vir a enriquecer no termo de certo número de anos.

Elementos, pois, do patrimônio do Distrito Federal, como se poderia sustentar que na competência do Distrito Federal não se achem essas obras?

Mas deixemos de parte esta entrada à competência, de que trata, para considerar unicamente o outro aspecto, sob que ela se estabelece: o do serviço, a que as obras se destinam.

É um serviço privado, ou público?

É um serviço da União?

É um serviço do Distrito Federal?

Que é um *serviço público*, não sofre dúvida nenhuma: é um serviço público a iluminação da capital, um serviço público o suprimento de energia elétrica à cidade.

Como se definem os serviços públicos?

Serviço público, ensina um dos mestres mais modernos e autorizados,

é toda organização gerida por uma administração pública, ou em nome de uma administração pública, no intuito de satisfazer a uma necessidade coletiva.

(HAURIU: *Préc. de dr. administrat.*, ed. 4ª, pág. 217.)

Depois de considerar a primeira espécie, isto é, os serviços públicos geridos pela pública administração, encara a segunda o eminente expositor:

Serviços públicos há, diz êle, que se gerem, não por uma administração pública, mas, em nome de uma administração pública, por um concessionário. Tais o serviço dos caminhos de ferro, o do abastecimento d'água, o da iluminação pública e particular..

Só constitui, entretanto, serviço público o objeto da exploração, quando é temporária, e, expirando o seu prazo, reverte à administração.

(*Ibid.*, pág. 218.)

Não se poderia frizar de modo mais rigoroso o caso da *Light & Power*, empresária da distribuição de energia elétrica, no Rio de Janeiro, por uma concessão temporária, com reversão, no termo do seu prazo, à municipalidade.

MORELLI, na sua monografia sobre a municipalização dos serviços públicos, não se enuncia menos expressamente:

L'illuminazione, la conduttura dell'acqua, i trasporti in commune in una città, che cosa sono? Si risponde colle prime pagine di questo studio: sono *servizi pubblici*.

(G. A. MORELLI: *La Municipalizzazione dei pubblici servizi*, 1901, pág. 44.)

Nas páginas iniciais do seu sólido trabalho, com efeito, já escrevera MORELLI:

A matéria, a que demos o nome genérico de *serviços públicos* municipais, respeita *de um modo especial* aos grandes serviços urbanos, que, direta ou indiretamente, entendem com a satisfação do bem-estar de todos os que fazem parte da comunidade. Esses *grandes* serviços vêm a ser: o de *iluminação pública e particular*, o do fornecimento geral d'água, o dos transportes em comum.

(*Ibid.*, pág. 8.)

Esta enumeração, porém, não é taxativa. Ela nomeia, apenas demonstrativamente, os *principais* serviços públicos, "*i principali servizi pubblici*" (*ibid.*, pág. 71), os mais comuns, os mais necessários, os mais extensos, os que respondem às exigências mais rudimentares de todos os grandes centros populosos: a água, a circulação e a luz.

Qualquer outra indústria, porém, correspondente a necessidades ou conveniências gerais de um grande núcleo de população, pode ser erigida em *serviço público*:

Toute espèce de service ou d'exploitation peut-être érigée en service public, même une exploitation commerciale ou industrielle.

(HAURIU: *Op. cit.*, pág. 218.)

Ora, entre essas indústrias, imediatamente após a da iluminação, ou lado a lado com ela, avulta a do fornecimento de energia elétrica, objeto, por isso, hoje, nas cidades mais importantes do mundo e em muitas outras, de concessões privilegiadas, ou de exercício direto pelas municipalidades.

Um *serviço público*, pelo menos, exercita, portanto, no Distrito Federal, a companhia *Light & Power*: o suprimento da eletricidade em energia ou força motriz.

Esse serviço é da competência da União?
É da competência do Distrito Federal?

A *Light and Power* sucedeu a William Reid & C^o, como concessionária do fornecimento de energia elétrica, hidráulicamente gerada, a esta cidade.

Como explorar esse privilégio senão sob a forma de *obras*, obras de interesse particular, nas que se executam para a derivação da energia elétrica ao interior das casas, e obras de interesse público nas que se dispõem, a fim de estabelecer o serviço comum da cidade?

A essas *obras* se refere expressamente o contrato de 20 de maio de 1905, onde se define a concessão no seu estado atual: usinas, canalização térrea ou subterrânea, valas, estações e subestações, poços de ligação, câmaras subterrâneas, linhas de transmissão, estações transformadoras.

Pela cláusula 5^a se obriga a concessionária "a executar as *obras* de acôrdo com a resolução da prefeitura". Pela cláusula 7^a se convencionou que "submeterá à aprovação da prefeitura planta detalhada *das obras* a executar", e se acrescenta que "a prefeitura reserva para si o direito de alterar ou modificar o projeto *das obras* no todo ou em parte", acabando-se por estabelecer que "o contratante se obriga a executar *as mesmas obras*" com essas alterações. Aí mesmo, sob a letra *f*, ainda alude o texto às "*obras* dirigidas a contento da prefeitura", ressaltando-se, ao mesmo tempo, os casos em que sem prévio consentimento dela "poderá o contratante executar as *obras* necessárias". A cláusula 9^a prevê a emergência de virem o contratante e o engenheiro-fiscal a divergir "na execução *das obras*". A cláusula 11^a habilita essa autoridade a exigir do concessionário a reparação de "qualquer *obra*" mal conservada ou não executada conforme as plantas, determinando que "o custo *destas obras* será cobrado

ao contratante". A cláusula 13ª acorda em que "a prefeitura providenciará por meio de posturas sobre os danos causados por terceiros às obras feitas pelo contratante". A 19ª cláusula, enfim, cogita das despesas judiciais, em que êle ou a prefeitura incorrerem, no intuito de remover os obstáculos opostos em juízo "à execução das obras, que fazem o objeto dêste contrato".

Temos, pois, no abastecimento da energia elétrica uma empresa, cujo "objeto" é a execução de certas e determinadas obras.

Mas cuja é a competência em relação a tais obras?

Foi o *governo do distrito federal* que as concedeu. Êle as aprova, as requisita, as dirige, as emenda, as fiscaliza, as defende, e, no cabo do prazo estipulado, pela cláusula 35ª da concessão, *as apropria ao seu domínio sem indenização de espécie alguma*. O fato, pois, da concessão, a sua vigência, os seus termos estão indicando, com relação a essas obras, a *competência do Distrito Federal*.

Estará, porventura, o fato em antagonismo com o *direito*, isto é, teria o governo do Distrito Federal usado, acaso, de uma competência, que não possuía?

Evidentemente não: *primo*, porque ainda ninguém articulou a incompetência da administração municipal no tocante ao serviço da energia elétrica na municipalidade; *segundo*, porque, em todos os municípios do mundo, as concessões relativas ao fornecimento local da eletricidade são, reconhecidamente, da *competência municipal*.

Temos, pois, verificada, quanto às obras para distribuição da energia elétrica, a competência do *Distrito Federal*, sob a jurisdição do qual se acham.

Ora as linhas de transmissão, para cujo assentamento se fazem as obras da *Light & Power*, têm por destino suprir juntamente o serviço da energia elétrica e o da iluminação elétrica, ambos cometidos a essa mesma Companhia. Tais linhas são, portanto, comuns ao desempenho dos dois serviços. Logo como obras da competência do Distrito Federal, têm, inquestionavelmente, jus à desapropriação pelas normas do decr. de 1903.

Uma objeção, porém, se poderia aqui excogitar.

Dir-se-ia, talvez, que na intenção do legislador não se trata da competência indireta da União, ou do Distrito Federal, em obras que ele ou ela autorizem, mas da sua competência direta em obras de emprêsas que eles mesmos explorem.

Tal distinção não se enxerga no texto do decr. nº 1.021. Mas, dado que ali se achasse, não alterava a aplicabilidade manifesta dêsse ato legislativo no caso vertente.

Examinemos a questão, pelo lado que se refere à eletricidade no estado de energia transformável em luz. ou aplicável, na condição de força, às várias serventias industriais em que se utiliza.

Poder-se-ia pôr em dúvida aqui a competência municipal?

Seria ignorância imperdoável.

Nos países mais adiantados e livres, na Bélgica, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, para não falarmos na Alemanha, na Itália, na França, os municípios exploram, hoje, diretamente, vários serviços de interesse geral da população, como o abastecimento d'água potável, a iluminação, os carris urbanos, a limpeza pública, os matadouros, os mercados, os telefones. É o movimento de municipalização,

crescente dia a dia em proporções cada vez mais notáveis.

Quais os serviços legítimamente suscetíveis de municipalização?

Um publicista francês, que estudou o assunto a propósito da legislação italiana, discorre assim:

Queles services pourront être municipalisés?

Il est difficile de tracer des limites précises au champ d'action des municipalités, quand le principe de leur intervention a été admis. Dans une importante réunion tenue a Dublin en juin de 1900, l'association des corporations municipales adopta la resolution suivante:

il ne convient pas que l'État fixe les limites de droits à accorder aux corporations municipales, car chaque cas doit être résolu en considération de circonstances particulières.

Cette décision reflète l'opinion admise dans tous les pays où ont été organisées des régiems municipales.

.....

Le législateur devait donc laisserr le champ libre à l'activité communale. C'est ainsi qu'il a compris le rôle de son intervention: toutefois, il a donné, des services qui peuvent être éventuellement municipalisés, une énumération *énonciative et non limitative*. Ce parti transactionnel n'a pas satisfait tous les esprits. A quoi sert donc, a-t-on dit, cette énumération? Elle est ou inutile ou nuisible. Nuisible, si on lui accorde un sens, car ce sens ne peut-être que restrictif; inutile si on ne lui en accorde aucun. Il faut alors la supprimer

.....

Toutefois, il ne nous semble pas qu'il fût impossible de trouver une formule suffisamment large, pour laisser aux municipalités le champ ouvert à toutes leurs aspirations.

Des idées échangées au cours de la discussion devant le Parlement, quelques-unes de ces formules ont été prononcées, et il nous semble qu'on aurait pu ainsi les présenter.

Pourront être municipalisés:

1° — *Les services que la commune livre habituellement à l'entreprise privée par des contrats de concession.*

Dans ces catégories seraient entrés tous les services qui impliquent une autorisation de voirie: l'eau, le gaz, les tramways, le téléphone.

2° — Les services sur lesquels l'autorité municipale exerce un pouvoir de contrôle, de surveillance ou de réglementation. Exemple: les pompes funèbres, les vidanges, l'affichage public, les abattoirs, les marches et halles.

3° — Les services dont l'organisation et le bon fonctionnement sont liés à des intérêts d'ordre collectif ou social, toutes les fois que l'industrie privée n'a pas pourvu à l'organisation du service, ou qu'elle ne le gère pas à la satisfaction de l'intérêt collectif.

(EUG. BRÈS: *De la Municipalisation des services d'intérêt public en Ital.*, 1904, pág. 60-63.)

A lei italiana de 29 de março de 1903 adotou o alvitre da enumeração, que o art. 1º consigna, mas, declaradamente, com o intuito demonstrativo, não limitativo. Entre as averbações dela figura, entre-tanto, sob o nº 16, a,

a produção e distribuição da *energia elétrica* ou hidráulica e a construção das instalações a ela concernentes

Justificando esta especificação, notava o relator do projeto no parlamento existirem, àquele tempo, na Itália, vinte e dois serviços municipais de energia elétrica, muitos dos quais, como os de Verona e Spezzia, utilizados na distribuição de força motriz. (BRÈS, *op. cit.*, pág. 81). Um ano depois esse número era já maior. (*Ib.*, pág. 52.)

Mas já muito antes, desde 1872, o conselho de Estado pronunciara ali uma decisão, reconhecendo

não se opor nenhuma disposição legal a que uma comuna pudesse *gerir qualquer serviço de interesse industrial*, em correspondendo tal serviço a uma precisão de utilidade pública; *jurisprudência que ainda não variou*. (*Ib.*, pág. 61.)

A êste respeito observa alhures o autor, que vamos citando:

S'il s'agit d'une entreprise industrielle dont les services correspondent à un besoin, qui par son universalité s'étend à tous les citoyens, pourquoi la commune ne générerait-elle pas ce service? (*Ib.*, pág. 23.)

Numa obra mais desenvolvida e profunda sôbre a matéria, outro escritor, pouco menos recente, estudando as atribuições da comuna quanto aos grandes serviços públicos locais, reflete:

Parmi ces attributions de la commune figurent précisément *les grands services publics dont nous nous occupons ici*. Il est dans la nature des choses *que ces services lui soient confiés*. Dans ce but elle a des droits de puissance publique. Et voilà comment, au point de vue du droit administratif, est justifié le pouvoir de la commune de créer des monopoles de fait.

E acrescenta, ao diante:

Ces monopoles de fait n'ont donc rien de contraire au droit, *qu'ils soient exercés par la commune ou par un concessionnaire*.

Quais são, porém, êsses grandes serviços públicos, de que se ocupa o autor? Êle os particulariza em seguida, como já o fizera no próprio título da sua monografia:

L'éclairage, la distribution d'eau ou de *force motrice*, les transports.

(PILON: *Monopoles communaux. Éclairage au gas et à l'électric. Distribution d'eau et de force motrice, tramways*. Paris, 1869, págs. 38-9.)

Nos Estados Unidos, em 1899, dos serviços organizados para a distribuição de energia elétrica, 2.572 pertenciam a empresas particulares e 460 a administrações municipais. Na Grã-Bretanha, consideradas as empresas desse gênero de criação mais recente, "*les exploitations communales excédent en nombre les entreprises privées.*"

Ao passo que estas, em 1900, eram 58, aquelas montavam a 124. (BRÈS, *op. cit.*, pág. 70.) Entre as cidades inglesas que exploram diretamente essa indústria, avultam Bradford, Birmingham, Glasgow, Manchester, Liverpool. (GASCON MARIN: *Municipalización de los servicios públicos*. Madrid, 1904, págs. 196-7.)

Com efeito, como reflexiona este ilustre professor de direito administrativo,

admitida la municipalización del abastecimiento de aguas y de lo servicios de producción de gas y electricidad, es consecuencia lógica la admisión de la del suministro a particulares de fuerza motriz. (*Ib.* pág. 194.)

Em suma, diz o ilustre catedrático de Sevilha, todos aquêles serviços de interesse público, que, entregues à indústria particular, tendam por ela ao monopólio de fato,

deben ser municipalizados, *deben ser ejercidos directamente por los municipios*. (*Ib.*, pág. 268.)

Por outra: onde for natural o monopólio de fato, convém que ele toque, não à indústria, particular, mas à municipalidade.

Ora são naturalmente monopólios de fato, inevitavelmente o hão de ser, todos os serviços que ocuparem a superfície, o espaço aéreo ou o subsolo das ruas. Mas, entre estes, como o da água, o dos esgotos, o da iluminação, o das vias férreas urbanas, sobressai o da energia motriz, que demanda

complicadas redes subterrâneas ou suspensas, grossos cabos de transmissão e séries de tôrres destinadas a agüentar as grandes linhas iniciais de transporte da eletricidade.

Demais,

uma de duas: ou o município não tem o direito de se entregar a gestões industriais e mercantis, e então cumpre vedar-lhe tôda e qualquer empresa industrial, até a do fornecimento de água potável; ou êsse direito lhe assiste, como demonstramos, e, em tal caso, não há nenhum obstáculo legal à exploração direta pelo município *de todo e qualquer serviço de interêsse municipal*.

(PILON: *Op. cit.*, pág. 207.)

Outro não é o princípio dominante no direito pátrio, especialmente no que toca ao Distrito Federal, cuja lei orgânica inclui na esfera do seu poder legislativo "*as obras e serviços de interêsse comum*".

A disposição da lei nº 85, de 1892, no art. 15, § 32, incumbe, ao conselho municipal contratar a êste respeito "com um ou mais municípios limítrofes". Ora, claro está que os municípios convizinhos não poderiam pôr em convenções *intermunicipais* senão aquilo que, na administração interior de cada municipalidade, competisse a cada um dos governos municipais. Se aos municípios confinantes assiste capacidade, para entre si contratarem sôbre tôdas "as obras e serviços de interêsse comum", não é senão porque sôbre tais obras e serviços tem privativa competência, em cada municipalidade, o govêrno local.

Mas, imediatamente após a água potável, os esgotos, a iluminação, nenhum serviço entende mais reconhecidamente com o interêsse geral da população, numa localidade importante, que o de produção e subministração da energia elétrica, elemento incomparável de luz, calor e força motriz, para o conforto,

a polícia, a indústria e a circulação dos grandes centros populosos.

No fornecimento, público e particular, dêse gênero de primeira necessidade aos núcleos de população considerável temos um dos serviços coletivos mais relevantes à satisfação das necessidades locais no movimento da vida hodierna, com a exuberância da sua atividade industrial e as complicadas exigências do seu progresso.

Mas todo serviço público local pertence ao círculo de ação das municipalidades, que, a seu livre alvedrio, o poderão organizar mediante concessões a empresas particulares, *ou constituí-los em ramos da administração municipal.*

Presentemente, no Rio de Janeiro, o suprimento da energia elétrica faz objeto de uma concessão municipal. Podia, porém, ter sido estabelecido, à escolha do governo dêste distrito, *como serviço direto da municipalidade.* Devidamente indenizados os concessionários atuais, ela o poderia, ainda agora, desapropriar, e chamá-lo a si, quando lhe conviesse e parecesse.

É, por consequência, na mais rigorosa acepção da palavra, um serviço *da competência do Distrito Federal.* Da sua competência igualmente são, portanto, *as obras* dêste serviço.

Sob êste aspecto, pois, se acham elas, estritamente, na letra do decr. nº 1.021, art. 1º: "*obras da competência do Distrito Federal*".

III

CONTRATO

Essas obras, porém, não são "executadas administrativamente". Só o seriam no caso de exploração direta pela municipalidade. Sê-lo-ão "*por contrato*"?

Indubitavelmente.

Não há outro meio de exercer os serviços públicos desta natureza, senão a administração direta, ou as concessões.

Aqui não se encontra o exercício direto: encontra-se uma concessão. (1)

E que vem a ser as concessões desta categoria?
Contratos.

Já DALLOZ escrevia:

A concessão é um contrato de natureza especial, pelo qual um particular, ou uma companhia, se obriga, para com o Estado, a fazer executar à sua custa, e por sua conta e risco, certas obras, mediante o gozo de um pedágio ou de outras vantagens, estipuladas no ato de concessão. (Cód. civ., 1.101.) É um contrato sinalagmático, porque gera obrigações. (Cód. civ. art. 1.106.) É, enfim, um contrato a título oneroso, visto que o concessionário se compromete a executar as obras, e, de sua parte, a administração se empenha a lhe assegurar o pedágio ou os outros benefícios estipulados. (Cód. civ. art. 1.106.) É, enfim, um contrato aleatório; porquanto sucessos imprevistos poderão influir no custo das obras por executar e no produto do direito concedido pelo governo. (Cód. civ., art. 1.105.) Os princípios gerais de direito civil devem aplicar-se ao contrato de concessão, salvo derrogação expressamente convencionada.

(Répert., V^o Concession adm., n^o 99.)

Trinta e cinco anos depois não variara, em França, a opinião dos competentes, quanto à natureza contratual da concessão administrativa. AUCOC, em 1886, ensinava:

(1) «On entende par concession, dans le langage administratif, l'attribution, à un individu ou à une association, du droit exclusif d'entreprendre un travail public ou de faire un service public déterminé, de se livrer à une exploitation soumise à l'agrément préalable de l'autorité ou de disposer d'une partie du domaine public.» (BÉQUET: Répertoire de droit administratif, v^o Concession et v^o Commune, n^o 3.173.)

O *contrato de concessão* é uma convenção de caráter especial, a que se não depara análoga em direito civil. Muito se avizinha, por certos lados, ao contrato de obras públicas; mas dêle se distancia também por lados essenciais. As mais das vezes não se encontram nos textos legislativos, nem nos regulamentos, as normas que hão de reger *êsse contrato*. É nas convenções ultimadas com os concessionários, ou nos *cahiers de charges* especiais a cada empresa, que em geral se acham essas regras.

(*Conférences sur l'administrat.* v. II, pág. 426, nº 709, 3ª ed.)

Ainda mais tarde se pronunciava no mesmo sentido PERRIQUET:

Le mot *concession* est un terme général servant à désigner divers contrats d'intérêt public, qui rappellent tantôt la vente, tantôt le louage, tantôt la donation, et qui ont pour trait *commun*, soit l'abandon de biens appartenant à l'État ou laissés à la disposition du gouvernement, soit au moins la substitution à certains droits de l'État. (2)

(*Les contracts de l'État*. 1890. Nº 254, pág. 242.)

Na literatura francesa mais recente, a obra capital sobre a matéria é a monografia de J. GUILLOUARD acêrca da natureza jurídica das concessões administrativas. Todo *êsse* trabalho, de longo fôlego, se propõe a levar à evidência a noção *contratual* da concessão administrativa.

O autor o conclui assim:

Nous croyons avoir prouvé... que les *concessions*, les actes que nous avons nommés *concessions*, présentaient toutes les apparences *des contracts*, en ce sens que nous trou-

(2) Citamos as mais das vezes no idioma original as obras, que, menos divulgadas entre nós, menor facilidade oferecem à verificação, por quem a quizer fazer, os trechos citados.

vions en présence de deux volontés libres, capables, assurant l'une envers l'autre des obligations, en un mot, *que les trois conditions requises pour l'existence des contrats, liberté, capacité, objet, étaient ici réunies.*

(*Notion jurid. des autorisat., des concessions et des act. d'exécut.*, 1903, págs. 305-7.)

Ao que ajunta adiante, insistindo:

Trois choses sont exigées pour les contrats: la liberté des consentements, la capacité des contractants, l'objet. Nous avons, croyons-nous, prouvé que ces trois éléments se rencontraient, peut nous importe le reste. (Ib., pág. 312.)

Da teoria italiana, para falarmos sucintamente, adotaremos a síntese, que a seu respeito nos ministra o opúsculo, tão citado no assunto, de RANELETTI:

A teoria que se pode ter por dominante na Itália, nisto se resume: cumpre distinguir as concessões em duas grandes categorias: concessões *unilaterais*, ou concessões-licenças, e concessões bilaterais, ou concessões contratos.

De feito, MANTELLINI, que fala em concessões unilaterais e bilaterais ou contratos, assenta a discriminação no *derivarem*, ou não, da concessão, para o concedente, obrigações semelhantes às contratuais.(3)

.....

GIORGI, outro escritor que encara as concessões a um ponto de vista geral, ... fala em concessões-licenças e concessões-contratos. Estende êle a categoria das concessões-contratos a todos os casos, nos quais o ato de concessão se acompanha de um contrato, que impondo obrigações e direitos recíprocos, muda a índole jurídica da concessão, tornando-a uma figura mista, de situação média entre o ato de autoridade e o contrato. De sorte que a distinção se guia pelo juntar-se, ou não, ao ato de concessão um contrato, que lhe modifique a pureza.(4)

.....

(3) MANTELLINI: *Lo Stato e il cod. civ.*, v. II, pág. 521-5.

(4) GEORGI: *La dottr. delle persone giur.*, vol. II (1891) n° 232, pág. 461 e seg., vol. III (1892), n° 134, pág. 273 e seg.



As espécies que destarte se discriminam, são aparentemente diversas, visto partirem de conceitos diversos à primeira vista; mas, se bem nelas atentarmos, se reduzem ao mesmo princípio fundamental; porque só então podem resultar da concessão, para o concessor, obrigações contratuais (conceito onde MANTELLINI estriba a distinção), quando à concessão fôr adjeto um contrato (conceito em que assenta a distinção de GIORGI).

Estando, pois, assim, mais ou menos de acôrdo com adeptos desta teoria (divergente, nestes limites, da francesa) em que nas concessões domina o caráter de atos de império, igualmente combinam em que,

se se trata de concessões-contratos ou bilaterais, estas apresentam fundidos os dois elementos da concessão e do contrato, associando-se e convergindo ao mesmo escopo.

(RANELLETT: *Teoria gñener. del. autorizaz. e concess. amministr.*, 1894, págs. 47-50.)

Esta é, termina RANELLETTI:

a doutrina prevalecente na Itália. Não falta, porém, quem sustente, como GIANZANA, que *tôdas as concessões são verdadeiros contratos*, obrigados às normas do direito civil comum. (*Ib.*, pág. 51.)

Mas aquêles mesmos, que como GIORGIO GIORGI, na Itália, procuram discernir, abstratamente, entre a concessão e o contrato, confessam que "*na prática hodierna já se não conhece a concessão pura*", que, "o ato soberano ou governativo se costuma acompanhar de um contrato", e que, "de fato, a concessão e o contrato adjeto se consubstanciam num só ato, redutível a uma das conhecidas fórmulas, *do ut facias, facio ut des, do et facio ut des et facias*, o qual encontra os elementos de correlatividade nas obrigações *hinc inde*, assumidas pelo concesssionário e pelo Estado concedente".

No original:

La concessione pura *non è più conosciuta* nella nostra pratica odierna; e l'atto sovrano e governativo *suole essere* oggidi *acompanato da un contratto...*

In fatto, la concessione e il contratto adietto divengono *un atto solo*, che si riduce ad una delle note formule, *do ut facias, facio ut des, do et facio ut des et facias*, e trova gli elementi della corresponsività negli obblighi *hinc inde assumti* dal concessionario e dallo Stato concedente.

(GIORGI: *Op. cit.*, vol. II, n° 232, págs. 461-2.)

Insistindo ainda, ao diante, na observação de que não há, praticamente, concessão sem contrato, "no qual se determinem completamente as obrigações e os direitos recíprocos", o eminente conselheiro de Estado enumera "os pactos mais substanciais, habitualmente envolvidos nessa espécie de concessões": a proibição de transferir, os casos de caducidade, o direito de resgate, a especificação das obras, das vantagens dos preços, dos demais encargos ou privilégios, para concluir que "daí resultam *contratos* mui semelhantes às empreitadas d'obras, mas com diferenças fundamentais."

Essas diferenças, porém, não desclassificam tais atos da categoria de *contratos*: apenas os transportam a uma esfera mais elevada, e lhes imprimem um caráter mais nobre, ao mesmo tempo que lhes traçam um círculo mais amplo.

Ao passo, de feito, que o empreiteiro é mero contratante, o concessionário é, *também*, um subrogado em direitos régios. De outra parte, o Estado, na empreitada, é uma pessoa jurídica, envolvida em obrigações de caráter exclusivamente privado, entretanto que, na concessão, o Estado é o poder público, subrogando, temporária e limitadamente, o

concessionário no exercício de certas prerrogativas reais, a que em aditamento se ajunta a estipulação de obrigações e direitos correlativos.

Demais disso, ao passo que a empreitada se retribui com um preço taxado e a sua resolução se rege substancialmente pelas normas do código civil, a concessão remunera o concessionário com os proventos da exploração do serviço, e se resolve, pela caducidade ou pelo resgate, consoante regras diversas. (GIORGI: *Op. cit.*, II, nº 232, págs. 463-4.)

Depois, muito depois de MANTELLINI (1882) e GIORGI (1891) e RANELLETTI (1894), veio, em 1900, a obra de PIPIA e, em 1901, a já citada monografia de MORELLI.

O primeiro declara peremptoriamente que a concessão do serviço de fornecimento de energia elétrica é sempre um *contrato*, bi-lateral e oneroso:

Qualunque sia la natura del contratto di impianto (elettrico), certo é che esso è sempre un contratto bilaterale, a titolo oneroso; il concessionario si obbliga a fornire determinate prestazioni dietro un corrispettivo, il prezzo. (UMB. PIPIA: *L'elettricità nel diritto*, pág. 164, nº 97.)

Dal contratto di impianto derivano reciproci diritti ed obbligazioni. (*Ib.*, pág. 169, nº 99.)

MORELLI vê na concessão e no contrato dois atos em teoria distintos, mas essencialmente ligados e inevitavelmente sucessivos um ao outro:

Dopo la concessione viene il contratto: quella serve di base a questo; in esso fra commune e concessionario si stipulano rispettivamente oneri e diritti, si dà il consenso reciproco sopra um oggetto determinato e lecito. Qual è questo oggetto? Esso è un servizio, un servizio pubblico. (*Op. cit.*, pág. 57.)

Com êstes dois últimos autores entramos declaradamente no terreno das concessões *municipais*, verificando-se que o aspecto jurídico da questão não

muda com o variar do amplo circuito do Estado para a estreita circunscrição da comuna.

É com relação a esta, particularmente, que se examina a questão, do modo mais largo, na monografia de PILON sobre os *monopólios municipais*. No sentir dêste autor, a concessão, em si mesma, não constitui contrato, mas, *pela convenção que de ordinário se lhe segue, assume a situação contratual*. A comuna, diz êle,

como toda pessoa administrativa, pode-se obrigar por um contrato. É o que se verifica na hipótese da criação de um monopólio de fato, para explorar um grande serviço municipal. (Op. cit., pág. 70.)

Não se perca de vista que tal vem a ser justamente o caso da *Light & Power*, neste distrito, como concessionária do privilégio exclusivo do fornecimento de energia elétrica, mediante um ato municipal.

É um grande serviço público e um monopólio de fato, consagrados em monopólio de direito mediante duas concessões.

Na opinião de PILON a concessão, considerada em si própria como abstratamente distinta do contrato, "*ne crée aucune obligation; elle confère seulement au concessionnaire des droits ou pouvoirs; la commune n'est obligée que par le contrat.*" (Ib., pág. 71.)

Mas êste contrato existe sempre que, adjetivamente à concessão administrativa, se ajustam mutuamente, entre o concesso e o concessionário, obrigações e direitos.

L'acte auquel est adjointe la concession (o ato a que é adjeta a concessão) rentre bien dans les termes de l'art.

1.101 du cod. civil (é justement o art. citado por DALLOZ): il crée pour chaque partie des droits et des obligations; ne parlons donc pas ici d'acte unilatéral de droit privé; car l'entrepreneur est obligé envers la commune à faire certaines choses, et cette obligation a une sanction: la déchéance, dans le cas où elle n'est pas exécutée.

Il reste à déterminer le caractère de ce contrat: est-ce un *contrat* administratif ou de droit public...? est-ce un *contrat* de droit privé...? (*Ib.*, págs. 71-2.)

Ao juízo do autor,

les marchés d'entreprises d'éclairage, de distribution d'eau ou de force motrice sont des *contrats* de droit public. (*Ib.*, pág. 72.)

É o que PILON desenvolve longamente nas páginas subseqüentes. Mas dessa averiguação nos não importa senão o ponto fundamental de que os atos de reciprocidade em direitos e obrigações, celebrados entre as municipalidades e os concessionários, são verdadeiros contratos.

Nous avons démontré, diz êle, le principe que nous avons posés l'acte qui est adjoint à la concession, est un *contrat* de droit public, et ce contrat a pour object une opération de *travaux publics*.

(*Ib.*, pág. 80.)

Esse contrato, que tem por objeto uma "operação de obras públicas", recebe o nome de "emprêsa de obras públicas" no direito francês.

Nesta classificação entra sempre "*l'entreprise d'un grand service communal*."

C'est un contrat de même nature que le marché de *travaux publics*. Qu'est-ce en effet que la *concession*? C'est la rémunération de l'entreprise, c'est le prix. La commune peut faire deux choses: payer en argent directement à l'entrepre-

neur; ou, si elle veut épargner ses finances, «battre monnaie avec ses droits de puissance publique», et en concéder l'exercice à l'entrepreneur.

(*Ib.*, pág. 81.)

Segundo esta lição, pois, em tôda a organização de um grande serviço municipal desta natureza, águas, iluminação, fôrça motriz, confiado à exploração particular, se coadunam dois elementos: o *contrato*, que cria, entre a municipalidade e o concessionário mútuos direitos, mútuas obrigações, e a *concessão*, que, conferindo ao concessionário a subrogação em faculdades do poder público sôbre os beneficiados pelos serviços da empresa, lhe paga a ela nesta moeda a execução *das obras*.

Concessão e contrato são, destarte, atos inseparáveis, concomitantes, complementares um do outro; sendo, até, que, lógicamente, o *contrato* precede à *concessão*, visto como nesta se acha o *preço*, a retribuição daquele.

Mas esta distinção, que aliás, com relação ao objeto do nosso estudo, não faz senão dar realce à importância do elemento *contrato* na concessão administrativa, não adquiriu foros de teoria corrente. EUGÈNE BRÈS escrevendo anos depois, não a adota. A seus olhos, a concessão é *pura e simplesmente, um contrato*.

Sigamô-lo:

Les municipalités recourent en général, pour résoudre les questions complexes, que soulève l'organisation de ces grands services, au système de *concession*. C'est un *contrat* passé entre les entrepreneurs et la ville, dans lequel cette dernière exerce sa capacité administrative pour stipuler, au profit des intérêts purement communaux et dans l'intérêt public, certains avantages déterminés.

(*De la municipalis. des services publics en Italie*, 1894, pág. 12.)

Dans l'intérêt du public, la ville réalise, *par ce contrat*, la continuité du service et la fixité des prix. (*Ib.*, pág. 13.)

Analysons les éléments du *contrat de concession*. Le *contrat de concession* représente en réalité un compromis entre divers intérêts contradictoires. (*Ib.*, pág. 16.)

La plupart des communes (italiennes) ont concédé l'exploitation des services industriels d'utilité publique à l'entreprise privée. Des *contrats de concession* stipulent au profit du concessionnaire un bail. (*Ib.*, pág. 146.)

Quelle que soit la physionomie sous laquelle on envisage le *traité de concession*, qu'on le considère sous l'aspect d'un acte de puissance publique, ou que l'on veuille en faire une convention de droit privé...

Il ne saurait être question de dépouiller les concessionnaires des avantages que le *contrat de concession* avait fait naître. (*Ib.*, pág. 147.)

MAGNERO, no *Dictionnaire du Domaine Public*, definira a concessão:

La concession est un contrat spécial au droit administratif, qui a pour objet de conférer à un particulier, soit la propriété, soit la jouissance d'une portion détachée du domaine public ou en dépendant, et où l'État stipule, non seulement comme un contractant ordinaire, mais de plus comme gardien du domaine public.

BOUCAULT, apoiando como "exata" essa definição, propôs, todavia, modificá-la em termos "mais conformes às tendências modernas" mas que preservava às concessões a noção de contratos (traités):

La concession est un traité, par lequel l'administration compétente donne à un particulier le droit d'occuper le domaine public pendant un temps déterminé, moyennant certains avantages qu'elle stipule en retour au profit des intérêts collectifs, qu'elle représenté légalement.

(*Autorisation et concession adm. pour l'occupat. de voies public. Eclair. électr. Énergie. Tramway. Eau*, 1903, pág. 38.)

Poderíamos aduzir ainda outros jurisconsultos e publicistas franceses, como REGRAY, no seu livro *Des faits de jouissance privative dont le domain public est susceptible*, onde se fala no "contrat de concession" (pág. 120 n° 93) e BERTHÉLEMY, no *Traité élément. de dr. administr.*, onde se diz: A concessão de obras públicas (*travaux publics*)⁽⁵⁾ é um contrato". (Pág. 582.) Mas já nos não temos documentado pouco, para deixar evidenciado que na doutrina corrente dessas duas nações latinas, a França e a Itália, onde principalmente bebemos hoje as nossas idéias em matéria de direito civil e direito administrativo, a concessão é *havida por um contrato*, ou tem num contrato o seu complemento habitual, e nesse contrato, substância dela, ou seu complemento, estribam os direitos e obrigações entre o concessionário e o concedente.

Diversificará dêste padrão a teoria admitida no Brasil?

Para ver que não, bastará ler o copioso trabalho do Dr. CARVALHO DE MENDONÇA dado a lume no *Direito*⁽⁶⁾ há alguns anos, a propósito das concessões relativas a melhoramentos de portos. Ali, estudando os princípios gerais da matéria, consagra o

(5) ... Les services d'une nature industrielle et d'un caractère d'utilité publique; eau, gás, tramways, etc. (*Ib.*, pág. 6.)

Em um estudo publicado no anuário *L'année administrative*, de 1904, pág. 107-127, L. CHÉREAU, estudando as «distribuições coletivas» em relação à água, ao gás e à *eletricidade*, mostra que tôdas elas apresentam os caracteres jurídicos do *serviço público e da empresa de obras públicas*, e são «concessões de obras públicas», seja qual for o aspecto a que se considerem. (Pág. 118-9.) É o que aliás já deixamos ver noutro tópico desta consulta.

(6) Vol. 87, an. 1902, págs. 5-12, 185-209, 385-412, 529-71.

autor um capítulo ao exame especial "das particularidades do *contrato de concessão*." Assim se rubrica o cap. VII, que começa nestes termos:

A concessão é um contrato sui generis, especial ao direito administrativo, que não se confunde com qualquer outro, pautado pela legislação civil . . . Entre a administração e o concessionário se forma um laço jurídico, e o ato, que o forma, reúne todos os elementos constitutivos de um contrato. A concessão, pois, confere a quem a obtém, não uma simples tolerância, mas um direito na verdadeira acepção da palavra. Este direito, diz CHRISTOPHE, tem a sua origem, não em um favor, em um abandono puramente gratuito, mas em um contrato sinalagmático e a título oneroso. (Ib., págs. 400-401.)

Depois a mesma idéia ali se repete e desenvolve:

Os escritores franceses apresentam a concessão de obras públicas *unicamente* como *contratos* (7). Na doutrina italiana, quase todos os autores distinguem as concessões unilaterais, ou concessões-licenças, e as concessões bilaterais, ou *concessões contratos*. Adotamos, nestes *Apontamentos*, *aquêle primeiro sistema que mais se coaduna com as idéias do nosso direito administrativo. A concessão é sempre acompanhada de um contrato impondo direitos e gerando obrigações recíprocas; a fusão destes dois atos de natureza diferente produz o ato de natureza contratual, ao qual chamamos indistintamente concessões. (Ib., pág. 401.)*

A concessão acha-se submetida às regras de direito aplicáveis aos *contratos em geral*. (Ib., pág. 402.)

A concessão é um *contrato sinalagmático ou bilateral*, onde as duas partes se obrigam reciprocamente. (Ib., pág. 405.)

E já no capítulo antecedente afirmara o ilustre jurisconsulto brasileiro:

(7) O autor cita aqui LAFERRIÈRE: *Traité de la jurisdic. admin.*, 2ª ed., vol. II, pág. 604, bem como CHRISTOPHE et AUGER: *Trav. Public.* vol. II, nº 1.458, e BATBIE: *Traité*, vol. VII, nº 256.

Todos estes mestres consideram as concessões administrativas como *contratos*.

O contrato chamado *de concessão* é o mesmo contrato *de empreitada*, com a diferença seguinte: neste se estipula que o custo da obra será pago em dinheiro; naquele, que será pago *em moeda do poder público*, isto é, com o gôzo temporário de direitos que pertencem exclusivamente à administração. (*Ib.*, pág. 385.) (8)

Mas a última prova, a evidência decisiva de que, ao menos na jurisprudência administrativa de nosso país, a *concessão é um contrato*, está no próprio contexto dos atos da administração pública, no teor das suas concessões, em especial naquela onde assenta, para a *Light & Power*, o seu privilégio da eletricidade.

Vejam-se-lhe os termos no contrato municipal, concernente à energia elétrica. Reza êle, no intróito, que, aos 20 de maio de 1905, compareceu "ALEXANDRE MACKENZIE, *cessionário do contrato* de 7 de junho de 1900, celebrado pela Prefeitura com W. Reid & C., e transferido ao mesmo ALEXANDER MACKENZIE, que neste ato será designado pela palavra *contratante*, por termo de 7 de janeiro de 1905, para celebrar o *presente contrato*, que consolida o *primitivo contrato* de 7 de junho de 1900, com as alterações nêle feitas em 22 de fevereiro, 27 do mesmo mês e 22 de março de 1906.

Efetivamente, nas quarenta cláusulas dêsse ato, quatro vêzes se acha êle designado como "o *contrato*" oito pelo "*presente contrato*", treze por "*êste contrato*", chamando-se sempre ao concessionário "o *contratante*", assim como "*partes contratantes*", ou simplesmente "*partes*", a êle e ao govêrno municipal.

(8) Já muito antes o conselheiro CARLOS DE CARVALHO, na sua *Tese de concurso*, págs. 11 e 147, citada pelo consulente em suas razões de sustentação de embargos, pleito Rudge, ensinava que a *concessão é um contrato*.

Como se não bastasse, remata assim:

Para garantia da execução *do presente contrato* continua depositada nos cofres municipais a caução de..... feita pelo primitivo concessionário transferida ao *contratante* ... E, por estarem assim *justos e contratados*, foi lavrado o presente termo, que, lido e achado conforme, é assinado pela *partes contratantes*, pelas testemunhas e... O *contratante* pagou o imposto ...

Assim que o ato, por força do qual a *Light & Power* tem o monopólio da energia elétrica, é *inquestionavelmente um contrato*, na intenção, na ação e na enunciação das partes. Material, característica e absolutamente um contrato.

Mas *êsse contrato* é feito com o *governo do Distrito Federal*.

Ê por *êsse contrato*, com a sua autorização, nos seus limites, sob as suas exigências e condições, que se *executam as obras* de produção e distribuição da força motriz nesta cidade.

Logo, é *por contrato* com o *governo do Distrito Federal* que essa empresa *executa as obras* dêste serviço.

Ora, na segunda parte desta consulta ficou demonstrado que essas obras são *da competência do Distrito Federal*.

Tão de sua competência, que chegam a ser, até, de sua propriedade; visto como, por cláusulas expressas nesse contrato, expirando o seu termo, elas se vão absorver no patrimônio municipal.

O proprietário é o município, sendo a concessionária simples detentora de um usufruto, limitado nas condições e no tempo.

IV

CONCLUSÃO

Recapitulando agora, para concluir, defrontamos com as três proposições demonstradas:

1º As desapropriações de que se questiona, processam-se para a execução *de obras* destinadas à produção e transmissão da eletricidade, as quais têm de servir juntamente à distribuição da luz e da força motriz.

2º Essas obras são *da competência do Distrito Federal*.

3º Elas são *executadas por contrato* com o governo do Distrito Federal.

Ligando, pois, as expressões sublinhadas, que concretizam em si os três assertos sucessivos da nossa dedução, temos que essas desapropriações se requerem no intuito de realizar *obras da competência do Distrito Federal e executadas por via de um contrato*.

Ora, nos termos textuais do decr. legislativo nº 1.021, de 1903, art. 1º, as suas disposições se aplicam a *tôdas as obras da competência da União e do Distrito Federal, executadas* administrativamente ou *por contrato*.

Logo, por determinação expressa, frisante e categórica dêsse texto legislativo, as desapropriações de que se trata hão de ser efetuadas pelo sistema estabelecido no dec. nº 1.021, de 1903.

Já se vê que os acórdãos, com que se ocupa a consulta, e a que se opõem os embargos a ela anexos, laboram em engano manifesto contra os documentos fundamentais do pleito e o *direito expresso* da questão.

O *documento fundamental* do litígio é o contrato, pelo qual, como concessionária, a *Light & Power*, simples usufrutuária dos melhoramentos cometidos à sua indústria, *executa obras da competência do Distrito Federal*.

O *direito expresso* é o que êsses mesmos acórdãos invocam, transcrevendo o art. 1º, no decr. nº 1.021, sem ver como precisamente aí é que assenta, de um modo específico, o título dessa companhia à desapropriação pelo regímen que lhe contestam.

De crer é, pois, que o venerando Tribunal, aprofundando mais atentamente a consideração do assunto, reconsidere o seu julgado, absolutamente insustentável.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1908.

RUI BARBOSA.

V

INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

Critério a Adotar na Hipótese
de
Manifesta Divergência
Entre
Disposições Pactuadas

* * *

PARECER



Parecer

O objeto da consulta é a inteligência de um contrato. Dado um problema desta natureza, em ocorrendo lacuna, obscuridade ou contradição no texto, incongruente, equívoco ou omissivo, há de se resolver o caso pelo exame da intenção das partes. "Puisque l'interpretation légitime d'un acte" diz EMÉRIGON, "ne doit tendre qu'à découvrir la pensée de l'auteur ou des auteurs de cet acte, dès qu'on y rencontre quelque obscurité, il faut rechercher quelle a été vraisemblablement la pensée de ceux qui l'ont dressé, et l'interpréter en conséquence." (*Tr. des Assurances*, ed. de 1827, v. I, c. 2, sec. 7, § 4, pág. 56.)

É mister então buscar o rastro da vontade dos contraentes, onde quer que ela ressaia, em relação direta com o contrato, clara, precisa, concludente. *Semper vestigia voluntatis sequimur*. L. quidam 5 pr. C. de necessar. serv. haered. instit., 6, 27.

Ora muitas vezes nada elucida melhor o sentido a uma convenção do que os atos que a precederam e aparelharam. "Le préambule de l'acte, les actes qui ont précédé, accompagné ou suivi celui qu'il s'agit d'interpréter, pourront fournir d'utiles indices sur la commune intention des parties et manifester le sens et la portée de leurs convention." (LAROMBIÈRE. *Obligations*, ed. 1885, v. 2, pág. 121, art. 1.161.)

O que é essencial então é que tais atos estejam em ligação direta com o instrumento, de cuja interpretação se buscar o fio: "Il faut que ces actes aient rapport direct avec elle." (*Ibid.*)

As duas cartas anexas à consulta nos oferecem, portanto, decisivo subsídio, para julgar, sem receio, do propósito dos contratantes. A primeira é do comprador. A outra dos seus representantes.

Naquela, consignando e mantendo a proposta já por êle feita verbalmente, se estabelecem as condições da compra mais tarde efetuada, taxando-se a forma do pagamento, quer quanto à fábrica, quer quanto ao seu *stock*. A respeito da fábrica estipula que êle consistirá, nas proporções ali definidas, em debêntures das Docas de Santos e numa letra garantida por ações. E, pelo que toca à outra parte da aquisição, declara nitidamente:

O preço do *stock* será em letras sem juros, garantidas pelo penhor mercantil do *stock*.

A carta dos representantes, firmada na mesma data de 20 de abril de 1908, coincidindo com a do seu cliente em termos não menos incisivos, porém mais desenvolvidamente, formula o mesmo ajuste:

Quanto ao *stock* existente nas fábricas, será pago pelo preço do custo (verificado pelos livros da escrituração das fábricas e faturas), acrescido de 10% para o produto manufaturado e de 5% para a matéria prima, sendo êsse pagamento feito em letras diversas, de 2 em 2 meses, até 31 de dezembro do corrente ano, sem juros.

Ora dos termos do contrato, junto por cópia à consulta, se vê que êle, na sua primeira parte, realiza perfeita exatamente a transação que as duas cartas

formulavam. Com efeito, êsse escrito, assinado pelo comprador, reza:

Pela presente, por mim... entrego ao sr. ... ações da companhia ... em caução e garantia de... \$... de que me constituo devedor ao mesmo sr., como resto do preço de... ações, que dêle comprei à razão de ... \$... cada uma, sendo que *a dívida que ora garanto com as ditas ações, está representada por uma letra de ... \$... para 15 de novembro de 1908, por outra de ...*

São 14 as letras enumeradas (em enunciação das respectivas quantias na cópia), tôdas com as datas de seus vencimentos, dos quais o derradeiro se fixa para 31 de dezembro do ano vindouro.

Assim que, de acôrdo com as cartas preliminares, o contrato até aqui estabelece o pagamento a parcelas, em letras sem juros, garantidas por ações.

Nas cartas não se fala absolutamente na alternativa, deixada ao devedor, de substituir por debêntures das fábricas compradas a espécie em que se convencionava o embôlso do preço da compra.

O texto do contrato, igualmente, na sua primeira parte, exclui do modo mais categórico êsse alvitre, cuja admissibilidade se figura na consulta como resultante possível do que o contrato dispõe na sua segunda parte.

Que é, realmente, o pactuado na primeira parte do contrato? Que o remanescente da dívida contraída pelo comprador se resgatará mediante amortizações taxadas e sucessivas, cada qual no vencimento da letra correspondente, começando em 15 de novembro de 1908 e terminando em 31 de dezembro de 1909.

Ora substituída a esta maneira de pagamento a que se regesse pela norma traçada na cláusula B), que o contrato consigna em sua segunda parte, o sis-

tema adotado para remissão do débito do comprador seria absolutamente diverso e oposto, na substância e na forma.

Na substância, porque, em vez de letras garantidas e embólso em dinheiro a prazo, concluindo-se o resgate em moeda num prazo pouco maior de um ano, receberia o vendedor apenas obrigações dos próprios estabelecimentos que vendeu.

Na forma, porque, enquanto, numa hipótese, o pagamento se realizaria mediante amortizações parciais e sucessivas em épocas preestabelecidas, na outra se consumaria de uma vez, em sua totalidade, por meio de uma emissão especialmente feita com êste intuito pelo comprador sôbre as fábricas que comprou.

A contradição entre os dois alvitres é manifesta e grosseira, se entendermos o segundo como objeto de uma faculdade instituída em benefício do comprador e entregue à sua livre opção. Porque, neste caso, parecendo favorecer-se ao comprador com a vantagem do pagamento integral num só embólso, o que realmente se faz, é burlar-lhe as garantias, de que êle se buscara cercar na primeira parte do contrato, burlá-las, ou, pelo menos, reduzi-las enormemente, confiando ao devedor o arbítrio de substituir letras seguras a prazo curto por debêntures das fábricas vendidas. Numa das duas soluções o que se resguarda, são os direitos do vendedor: na outra, as conveniências do adquirente.

Dado êste antagonismo, assim material como jurídico, entre o primeiro e o segundo membro do contrato, como resolvê-lo?

Duas saídas se poderiam oferecer, ambas aliás com o mesmo resultado; uma segundo as regras de

hermenêutica, outra em conformidade com os preceitos da lei.

Em hermenêutica se tem geralmente entendido que, de duas convenções distintas e inconciliáveis, contidas no mesmo ato, se há-de reputar por subsistente a primeira, anulando-se a outra. "La doctrine paraît fixée en ce sens que c'est la clause énoncée la première et qui doit être réputée, avoir été consentée la première et qui doit recevoir tout effet par préférence à la seconde. (GAUGUIER: *Interpretation des actes jurid.* Par., 1898. Págs. 150-151. Bordeaux 5 jan. 1833. SIREY, 1833, 2 col. 188. Pand. Fr. *Chronolog.* 1833, pág. 65. *Pandectes Françaises*, Vº Obligation 11, pág. 124, nº 8.176). Na jurisprudência inglesa e americana, cuja doutrina é de uma riqueza notável em matéria de interpretação de contratos, prevalece a mesma regra: "It is a general proposition, that *where clauses are repugnant and incompatible, the earlier prevails in deeds and other instruments inter vivos*, if the inconsistency be not so great as to avoid the instrument for uncertainly".

(PARSONS, *The Law of Contracts*, 9. ed. by J. M. COULD, Boston, 1904. Vol. pág. 669).

Aplicado à espécie daria em resultado este princípio de interpretação vigorar unicamente a parte inicial do contrato, onde se acorda o pagamento em letras garantidas, considerando-se insubsistente a segunda, onde se substitui esta maneira de resgate pela solução do débito em obrigações preferenciais.

Como, porém, não obstante as autoridades que na jurisprudência e na doutrina o sustentam, esse critério, ainda assim, é de natureza opinativa, não queremos tomá-lo por base da nossa resposta.

Mas ao que se não pode objetar, é a letra expressa das nossas leis. Unâнимes são elas, no ponto

que nos interessa, desde que entre nós se começou a legislar sobre o *debênture*: a lei nº 3.150 de 1882, art. 32, o decr. nº 8.821, do mesmo ano, art. 21; o decr. nº 164, de 17 de janeiro de 1890, art. 32; o decr. nº 434, de 4 de julho de 1891, art. 41; o decr. nº 177-A, de 15 de setembro de 1893, arts. 1º e 2º. Conforme a todos esses textos, dois regulamentares e três legislativos, as emissões de debêntures representam empréstimos contraídos pelas sociedades anônimas, que os subscrevem, mediante prévia deliberação da assembléia geral dos acionistas.

Logo não podia estipular, em satisfação da dívida que contraiu, adquirindo fábricas e ações de uma companhia, uma emissão ulterior de debêntures por essa sociedade; nem a ela caberia o direito de a fazer, para saldar compromissos individuais de S. A convenção firmada por S em tal sentido não o obriga. Menos obriga ainda à sociedade anônima, de que se trata. E, se ela se houvesse por obrigada, realizando a prometida emissão, de nulidade poderia ser esta argüida, pela ilegalidade de seu destino.

Ora, em todo o contrato, as cláusulas contrárias à lei são írritas e inexistentes. Não se pode, pois, haver como existente, no contrato de que nos ocupamos a que ajusta o pagamento do débito de S em uma futura emissão especial de obrigações ao portador pela companhia.

Ao mesmo resultado chegaríamos, se nessa cláusula quiséssemos ver uma obrigação alternativa; porquanto se reputa simples a obrigação, bem que contraída sob a forma alternativa, se uma das duas coisas prometidas não podia constituir objeto de obrigação. (Cód. civ. fr., art. 1.192. C. civ. ital., art. 1.179.

*Proj. do cód. civ. bras., art. 927.) É o que acontece em sendo uma das duas prestações alternativas inexecutável ou ilícita. (POLACCO: *Le obbligazioni* v. I, pág. 109. LACANTINERIE e BARDE: *Des obligations*, v. 2 págs. 195, nº 1.046. LACERDA: *Obrig.*, pág. 99.) Em tais casos desaparece a obrigação nula, para subsistir unicamente a legal; e esta, na hipótese, é a consignada na primeira parte do contrato, onde se convencionou o pagamento em letras, com as seguranças ali indicadas.*

Não há, portanto, a meu ver, dúvida nenhuma que nesta espécie está o comprador obrigado a solver o seu compromisso para com o vendedor, sem que lhe assista direito de exigir do vendedor que lhe receba o pagamento nas *debêntures*, de que se ocupa o contrato em sua parte final.

Óbvio é que ao credor fica sempre o arbítrio de as receber, em lhe aprazendo, sejam quais forem os riscos de prejuízo, em que dêste modo incorra. Ao devedor, porém, não toca o de lhas impor, ainda quando se admita que com tal caráter se pretendeu firmar a cláusula do contrato a isso concernente.

Este é o meu parecer.

Rio, 8-novembro, 1908.

RUI BARBOSA.



VI

INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

(Société Anonyme du Gaz)

*Faculdade Outorgada à Concessionária
para
Emprego do Gás d'Água*

PARECER



NOTA DO REVISOR

Autorizado pelo art. 25, letra *g*, da lei nº 560, de 31 de dezembro de 1898, expediu o poder executivo da República o decreto nº 3.329, de 1 de julho de 1899, inovando o contrato celebrado com a *Société Anonyme du Gas de Rio de Janeiro*, mediante as cláusulas constantes do instrumento firmado a 14 de setembro seguinte entre a União, representada no ato pelo ministro Severino dos Santos Vieira, titular da Secretaria de Estado da Indústria, Viação e Obras Públicas, e Dr. João do Rêgo Barros, representante da empresa concessionária.

Conferia-se à *Société Anonyme du Gas* o privilégio para iluminação da Capital da República por gás corrente e electricidade, devendo terminar a vigência do contrato 15 anos mais tarde, a 15 de setembro de 1915.

Obrigava-se a empresa (cláusula V) a pôr em prática todos os melhoramentos que a experiência indicasse como aplicáveis aos serviços, atendendo-se às finalidades do contrato; por outro lado, estatuiu-se na cláusula XIII que o gás de iluminação seria extraído de carvão de pedra ou de qualquer outra substância capaz de produzir idênticos resultados.

Construiu, assim, uma nova oficina para a qual pediu a aprovação do governo, nos termos da cláusula oitava.

A demora, por parte do governo, em aprovar tal melhoramento criou uma situação difícil para a companhia.

É este o objeto do memorial de seu Presidente e diretor, existente no arquivo da Casa de Rui Barbosa, e do qual extraímos os seguintes tópicos:

A *Société Anonyme du Gas de Rio de Janeiro* tem, pelo seu contrato, o compromisso de fazer o serviço da iluminação pública e particular nas condições e mediante exigências constantes do mesmo. Entre estas estão as que se referem à intensidade da iluminação, preço e outras, todas concernentes a obtenção da melhor luz para o serviço público e particular e as garantias necessárias de consumo por preço estabelecido e tudo sob a fiscalização do Governo.

Para serviço de iluminação a gás dispõe a *Société* de uma usina dotada com aparelhos antigos, porém, capazes de satisfazerem ainda as exigências do atual contrato.

Como é público e notório há cerca de quatro anos apresentou a *Société* uma proposta para modificação de seu contrato, atendendo assim à solicitação do Governo, que desejava reduzir os preços para o fornecimento de luz elétrica e satisfazendo também ao intuito de alterar cláusulas obsoletas nêle contidas.

Em todo esse longo prazo, encontrou-se sempre a *Société* na iminência de fazer de um dia para outro as modificações necessárias, até que em fins da administração passada, depois de ter-se sujeitado a todas as exigências do Ministro da Indústria de então, viu ainda adiada a solução de tão importante questão.

Com o correr dos tempos tornou-se cada vez mais difícil a situação da Usina, por não ser possível fazer nela melhoramentos, devido a má situação do terreno em que se acha edificada e que tornou-se ainda pior com as obras do Pôrto e do Canal do Mangue, que o colocaram em nível inferior, de maneira que por ocasião de enxurradas e inundações tão freqüentes nesta cidade, o serviço de iluminação periga, já tendo sido mais de uma vez as fornalhas das retortas atingidas pelas águas,

Foi reconhecendo tão sérias dificuldades que a *Société* fez construir uma usina de gás d'água, nas proximidades da antiga fábrica, de maneira a achar-se preparada para

qualquer emergência, e uma vez terminada pediu licença ao Governo (então do Sr. Conselheiro Rodrigues Alves) para fazê-la funcionar.

Tal licença não foi concedida pelo Ministro da Indústria, que não obstante não contestar o direito que tínhamos de usar de tão importante melhoramento na indústria de gás, nos declarou que só o permitiria depois de feitas as modificações do contrato.

Semelhante deliberação, por parte do Governo, não chegou a nos impressionar nesta ocasião, porque contávamos ter de um momento para outro a renovação do contrato e, por conseguinte, a solicitada permissão que dela se fazia depender. Como já dissemos, porém, tal não aconteceu, trouxemos junto à nova administração as mesmas questões para resolver e o que é mais sério a situação da nossa fábrica tornou-se mais difícil, pois que ela se mantinha sem melhoramentos, que não comporta, e no entanto tinha que enfrentar com as dificuldades de maior consumo, que nos últimos anos tem aumentado em proporções extraordinárias e nunca vistas.

Nestas condições, não obstante, a capacidade dos aparelhos da nossa Usina ser ainda suficiente para satisfazer as exigências do consumo procuramos tomar providências que nos colocassem a coberto de quaisquer dificuldades, sempre possíveis diante da Usina de que dispomos, sujeita a inundações, e só podendo funcionar com grande pessoal operário, o que nos coloca debaixo da ameaça constante de greves e outras perturbações de um serviço tão importante como seja o da iluminação de uma grande Capital como a do Rio de Janeiro.

De nenhuma providência mais garantidora nos poderíamos socorrer do que a da fabricação de gás d'água, cujos aparelhos se achavam prontos, podendo fazê-los funcionar dentro de uma semana e com pessoal insignificante. Entendíamos não poder encontrar da parte do Governo a menor

dificuldade em nos dar a necessária permissão. Em 1º lugar a nossa situação se tinha agravado devido principalmente às delongas por parte do Govêrno que há ano e meio tem continuado a adiar qualquer solução sôbre a renovação do contrato, tornando difficilima a situação da *Société* que não sabe que resolução tomar diante de tão inexplicável indecisão, se esperar a solução todo dia prometida e todo dia adiada, se deixar de parte qualquer esperança, e aumentar os aparelhos antiquados e obsoletos da Fábrica existente, gastando de 100 a 200 contos em pura perda, pois em qualquer hipótese terá de abandoná-la! Nesta situação e aproximando-se a época de maior consumo resolvemos requerer à Inspetoria de Iluminação autorização para fazer experiências em nossa usina de gás d'água e não obstante ter reiterado nosso pedido, ainda não conseguimos nenhum despacho até hoje, e no entanto é-nos continuamente exigido por aquela Repartição que aumentemos os aparelhos da nossa velha usina apesar do grande sacrificio de dinheiro que nos custará e que será, como já dissemos, pura perda.

A situação em que assim procedendo, nos coloca o Govêrno é de verdadeiro desespero, dadas as nossas responsabilidades diante dos grandes interesses que representamos e a injustiça clamorosa que nos é feita negando-se-nos uma permissão de que temos necessidade para o desempenho de abrigações que nos são impostas pelo nosso contrato, o que já seria intolerável em situação normal e que se torna uma verdadeira violência e mesmo tirania naquella em que nos encontramos, para a qual não concorremos e que sômente é consequência dos adiamentos e indecisões do Govêrno.

É verdade que pela cláusula VIII do nosso contrato devemos sujeitar a aprovação do Govêrno todos os planos de obras que pretendermos executar, é verdade que a sua permissão para tôdas elas é indispensável; será porém possível que tal atribuição por parte do Govêrno o coloque na

posição de tornar-se empecilho para que exploremos a nossa indústria?

Será possível que tal prerrogativa ponha em suas mãos os destinos da empresa que explora o contrato de iluminação, que vê o seu privilégio anulado e a ruína de seus capitais porque uma das partes contratantes se arroga o direito de inutilizar todos os seus esforços intervindo nos processos técnicos de que usa para dar cumprimento às suas obrigações contratuais, e o que é pior não dando nenhuma solução a petições como as que nos referimos, e cujo adiamento podem causar-lhe danos irreparáveis?

Estudando-se com atenção as cláusulas V e XIII chega-se à convicção de que a *Société Anonyme du Gas de Rio de Janeiro*, tem não só direito como obrigação de introduzir melhoramentos nos processos técnicos de que usa e em todo contrato se verifica que não há nenhuma palavra que lhe proíba a fabricação de gás d'água, o que aliás já foi reconhecido pelo Dr. Lauro Müller, quando Ministro da Indústria, em cuja administração foram também apresentadas as plantas referentes à fabricação de gás d'água, e que ficaram na Inspetoria de Iluminação para serem aprovadas, quando se fizessem as modificações a que já nos referimos. Na mesma ocasião nos foi permitido fazer um gasômetro para depósito do mesmo gás e a êle se refere o Exmo. Sr. Dr. Miguel Calmon, em seu último relatório, nos seguintes termos:

No Campo de Marte, junto ao Gasômetro de 33.000 metros cúbicos, a *Société Anonyme du Gas de Rio de Janeiro*, construiu um pequeno reservatório, para completar a instalação de aparelhos geradores de gás d'água.

O estudo da cláusula IV esclarece bem o pensamento do contrato, quanto ao arbítrio por parte do Governo em conceder, ou não, permissão à *Société* para construção de

obras necessárias ao seu serviço. É assim que estabelecendo que uma certa permissão, como seja do uso de motores hidráulicos para produção de energia elétrica, só poderá ser concedida mediante acôrdo para redução dos preços entre as partes contratantes, torna patente que em todos os outros casos a prerrogativa do Governo só se poderá exercer negando ou restringindo aprovação, quando os processos técnicos que a *Société* pretender pôr em execução estiverem em desacôrdo com interêsse público ou do serviço que êste tem a seu cargo.

Não é êste absolutamente o caso da fabricação de gás d'água, que é um processo atualmente adotado em mais de cem cidades do mundo, e considerado o mais notável melhoramento introduzido na indústria do gás.

.....

Rio de Janeiro, 27 de abril de 1908.

(a) *Alexander Mackenzie*
Representante

Êste Memorial ensejou o parecer que segue.

Parecer

A resposta aos dois primeiros quesitos da consulta está, claramente, na cláusula XIII do contrato de 14 de novembro de 1899, assento da situação atual da Sociéte Anonyme du Gas e das suas relações com o Govêrno.

Essa cláusula reza:

O gás da iluminação deverá ser extraído do carvão de pedra, *ou de qualquer outra substância que produza os mesmos resultados.*

A contratante obriga-se a empregar para produção do gás substâncias nacionais, desde que, a juízo do govêrno, se verificar a vantagem da substituição.

No texto que se acaba de ler, temos duas prescrições distintas, cada uma consignada no seu parágrafo especial, sem nenhum vínculo de relação, gramatical ou lógico, que as subordine uma à outra.

A última, inspirada no pensamento de favorecer os produtos do país, dita à companhia a obrigação de os empregar no fabrico do gás, desde que na substituição *haja vantagem, a juízo do Govêrno.*

Em julgando, pois, o Govêrno que há vantagem na substituição, esta se impõe à empresa de um modo absoluto, sem liberdade nenhuma de opção ou recusa. É uma obrigação inevitável para a concessionária, tanto que se verifiquem as duas

condições: vantagem da substituição e declaração dessa vantagem pelo govêrno.

Nenhuma delas, porém, vigora em relação ao preceito exarado no parágrafo primeiro da cláusula transcrita. Aí se determina simplesmente que:

o gás da iluminação deverá ser extraído do carvão de pedra, ou de qualquer outra substância que produza os mesmos resultados.

Não se requer, para a substituição do carvão de pedra por outra substância, que ela acarrete vantagem, nem se confere ao Govêrno o arbítrio de, reconhecendo-a ou desconhecendo-a livremente, livremente autorizar ou vedar a mudança.

Esta não se acha sujeita senão ao requisito de que a nova substância, em que se houver de trocar o carvão de pedra no fabrico do gás, *produza os mesmos resultados*.

Se ela "*produzir os mesmos resultados*", livre escolha tem a Companhia, entre essa substância e o carvão mineral; visto como tôda a sua obrigação é extrair o gás de iluminação do carvão de pedra ou de qualquer outra matéria que os *mesmos resultados* produza.

Tôda a restrição, pois, ao direito, que, nesse texto, se atribui à emprêsa, de preferir outra substância ao carvão de pedra, para a extração do gás, está na ressalva expressa de que a substância preferida "*produza os mesmos resultados*".

Ora, que quererá dizer o contrato, quando exige, para legitimar a substituição, que ela dê "*os mesmos resultados*"?

Em boa fé, não pode haver duas opiniões. Num contrato e numa cláusula cujo objeto consiste em

prover a que se extraia, para a iluminação da cidade, "o gás de iluminação", os resultados a que se visa, outros não podem ser que a extração desse gás. Está, pois, rigorosamente, na letra do contrato, isto é, *produz os mesmos resultados* que o carvão de pedra, tôda a outra substância, que produzir o gás de iluminação. Que êste se produza mediante o carvão de pedra ou por meio de outra qualquer substância capaz de o produzir, indiferente é, desde que num e noutro caso, se produzem os *mesmos resultados*, produzindo-se, num caso como no outro, a iluminação pelo gás, escopo do contrato.

A obrigação é produzir o gás iluminante: "o gás da iluminação deverá ser extraído". Neste "deverá" está o preceito, que se circunscreve à produção do gás iluminante. Daí em diante, porém, ocupando-se com a substância, de que o gás deverá ser extraído, já não é uma obrigação, é um direito o que o texto firma para a concessionária, deixando-lhe a alternativa da preferência entre o carvão mineral e as outras matérias produtoras de gás iluminante, ou do uso cumulativo destas com aquêle.

Ora o gás carburetado, ou o gás d'água, é gás iluminante? Usa-se na iluminação das cidades? Produz, usado nesta serventia, os mesmos resultados que o gás de hulha?

Inegavelmente.

Onde quer que tem chegado o uso do gás de carvão de pedra como meio de iluminação pública, aí, lado a lado com êle, como seu sucedâneo, ou como auxiliar seu, a indústria recorre ao emprêgo do gás d'água. De duas listas que tenho diante dos olhos constam mais de trezentas e trinta instalações fornecidas tão sòmente por duas casas inglêsas a

várias capitais nos dois continentes, desde Shanghai, no extremo oriente e Cap-Town na África austral até Santiago de Cuba e Nova York, nas Antilhas e na América do Norte. Mas de 100 cidades, presentemente, até onde chegam as nossas informações, se utilizam dessa espécie de gás: na Alemanha, na Suécia, na Itália, na Espanha, na Áustria, na França, na Bélgica, na Holanda, nos Estados Unidos. No Brasil mesmo, entre outras cidades, está adotado em São Paulo, onde o serviço leva grande vantagem ao nosso, graças, principalmente à inteligência com que, ali, o governo tem compreendido o seu interesse e o seu dever de não criar dificuldades a um serviço público, de cuja estabilidade e perfeição dependem, no mais alto grau, a polícia, a segurança, e a civilização das capitais em nosso tempo.

Temos à mão o *Livro Azul*, onde se reúnem os frutos do inquérito, a que a administração inglesa mandou proceder, já há nove anos, por uma comissão especial sobre o fabrico e a aplicação do gás d'água: "*Report of the Departmental Committee appointed to enquire into the manufacture and use of water gas and other gases containing a large proportion of carbonic oxide; together with minutes of evidences and appendices. London. 1899*".

Aí, sintetizando as verificações apuradas, relata a comissão que, nos Estados Unidos, *setenta por cento* de todo o gás iluminante produzido, era já em 1896, gás carburetado, e que a distribuição desta espécie de gás aumentara ali rapidamente. Por outro lado atestavam os comissários que, na Grã-Bretanha, em 1898, os aparelhos em serviço no fabrico do gás d'água tinham capacidade para fabricar de 70 a 80 milhões de pés cúbicos por dia.

Se todos êstes gasogéricos operassem até onde chegar a sua força produtora, a produção do gás d'água montaria a 24% da totalidade do gás iluminante consumido anualmente naquele país.

Lugares havia, contudo, onde essa proporção subia até 33,43, a 50, a 60, a 64 por cento.

Assim, em alguns pontos de Londres, em Brighton, em Tottenham e Edmonton, em Belfast em Birkenhead.

Eis, textualmente, as palavras do relator:

In the United States about 70 per cent. of all the illuminating gas supplied was, in 1896, carburetted water-gas, and we are informed that the distribution of this gas is still increasing rapidly. In Great Britain there is as the present time plant capable of making between 70.000.000 and 80.000.000 cubic feet of carburetted water-gas per day.

In this plant were worked to its full capacity every day in the year, it would produce an amount of gas equal to about 24 per cent. of all the illuminating gas supplied in the year 1897 — 8 in Great-Britain... . The proportion of it in the supply of any particular place is often much higher than 24 per cent. For instance, as much as 50 per cent. appears to be ordinarily used at Tottenham and Edmonton, while the proportion is given in the Board of Trade returns as 64 per cent. in Birkenhead, 60 per cent. in Belfast, and 43 in Brighton, and over some part of London it may often be 33 per cent.

(*Ib.*, pág. V-VI.

Dada a rapidez que a comissão inglesa notava no desenvolvimento do uso do gás d'água, bem se pode avaliar quanto de então para cá, em um espaço de 9 anos para a Inglaterra e de d'ôze para os Estados Unidos, não terão avultado essas porcentagens, já tão crescidas em 1899 e 1896.

Acaso, para autorizar essa substituição do gás de carvão de pedra pelo gás d'água, teria sido mis-

ter que cláusulas formais, na lei ou nos contratos, permitissem a mudança? Não. Bastou que nos contratos e nos atos legislativos se falasse pura e simplesmente em gás iluminante, sem discriminação da substância donde houvesse de ser extraído, conquanto, ao tempo dêses atos e contratos, ainda se não achasse em uso outro gás que o de carvão de pedra. Disso temos a prova no testemunho da mesma comissão.

It is to be observed that at present there appears to be no statutory obstacle to an indefinite increase in the use of carburetted water-gas. Parliament has never, we believe, authorised specifically the making and distribution of this type of gas.

But the terms of the public and private Acts, under which all gas-producers with statutory powers proceed, refer to «gas without prescribing the materials or method of manufacture, and so may be taken to authorise the distribution of water-gas, even though that gas was not in use when the general statutes on the subject were passed. (*Ib.*, pág. VI).

Ora, se o mero silêncio dos contratos e da lei quanto à adotabilidade ulterior de novos tipos futuros de gás iluminante foi suficiente para estabelecer, em proveito das empresas incumbidas na Grã-Bretanha dêsse serviço, o direito de substituir a espécie de gás até então usada por outras de uso até então desconhecido, somente porque tôdas levam ao mesmo resultado, isto é, tôdas vêm a ser gás igualmente de iluminação, como pôr em dúvida êsse direito quando o texto explícito de uma convenção autoriza a extrair o gás iluminante do carvão mineral ou de outra substância que produza o mesmo resultado?

Seria ir voluntariamente de encontro ao senso comum, ou romper abertamente com a boa fé. E

tanto menor fôra desculpável essa reação contra a evidência, quanto, entre nós mesmos, na segunda capital do Brasil, temos exemplo do mesmo texto já interpretado pela jurisprudência administrativa no sentido que aqui defendemos, —

No contrato atual do gás de São Paulo, com efeito regulado ali pelo decreto nº 488, de 9 de outubro de 1897, a cláusula IX estipula:

O gás da iluminação será extraído do carvão de pedra ou de outra qualquer substância que o possa produzir nas condições exigidas pelo presente contrato.

Como se vê, esta linguagem é de todo em todo equivalente à da cláusula XIII no contrato desta capital, onde se diz: "O gás da iluminação deverá ser extraído do carvão de pedra ou de qualquer outra substância que produza os mesmos resultados".

Quando no contrato do Rio de Janeiro se fala em "qualquer outra substância que *produza os mesmos resultados*", os resultados que se têm em vista, não são senão os resultados a que o contrato se propõe, a saber, a iluminação da cidade pelo gás. Tanto faz, pois, enunciar-se nos termos dêste contrato, como exprimir-se nos do contrato paulista, quando fala em "outra qualquer substância que possa produzir o gás de iluminação nas condições exigidas pelo presente contrato".

A cláusula paulista, mais copiosa, mais derramada, mas não mais clara, nem mais categórica, modelou-se evidentemente, pela cláusula fluminense, de que é reprodução, levemente alterada no texto mas visivelmente idêntica no sentido.

Ora, sob essa cláusula, a companhia paulista exerce como direito seu o fabrico do gás d'água, e

o fornece à cidade, sem que nunca o governo do Estado lho tolhesse ou objetasse.

Demais, nos próprios atos do governo federal se nos oferece a evidência de que êle reconhece no gás d'água um sucedâneo do gás de carvão de pedra. Sob a administração passada, submeteu a companhia ao governo as plantas para a fabricação do gás d'água, requerendo-lhe, na mesma ocasião, licença de construir um gasômetro destinado a recebê-lo e armazená-lo. Foi-lhe outorgada essa permissão, a Companhia construiu o gasômetro que se acha concluído, e no último relatório do ministério da indústria e viação, registrado está êsse melhoramento, ao qual se refere o secretário de Estado dessa pasta nestas palavras:

No Campo de Marte, junto ao gasômetro de 33,000 metros cúbicos, a *Société Anonyme du Gas de Rio de Janeiro*, construiu um pequeno reservatório, para completar a instalação de aparelhos geradores de gás d'água.

O Governo Federal, pois, autorizou positivamente a construção dêsse Gasômetro para o gás d'água. O Governo, depois, implicitamente a aprovou, quando concluída. Ora, se o gás d'água não fôsse uma das espécies de gás admitidas pela cláusula XIII do contrato, não se concebe que a administração pública permitisse essa construção. Teria sido um ato de leviandade ou perversidade, que não é lícito supor da parte de um Governo esclarecido e consciente, levar uma empresa investida na missão de um serviço público tão importante a despesas consideráveis como esta para um fim determinado, cuja legitimidade se não reconhecesse.

O deferimento do governo a solicitação da companhia, a sua anuência, a construção de um gasômetro e de uma oficina, hoje prontos, para a

extração e distribuição do gás d'água, importam da parte do Governo Federal, uma interpretação precisa do contrato no sentido favorável ao uso do gás d'água, à sua admissibilidade como gás para a iluminação.

Mas, reconhecido que o gás d'água preenche os fins que se requerem da iluminação, reconhecido está, *ipso facto*, que esse gás é um daqueles a que se estende a faculdade outorgada a empresa pela cláusula XIII do seu contrato.

Portanto, em nossa opinião o direito da Companhia ao uso do gás d'água é claro, certo e inelutável.

Mas aqui não se trata somente de um direito assegurado individualmente a uma empresa. Esse direito, de uma pessoa jurídica, encontra reforço em uma necessidade pública, e de tal natureza, que em tais contratos, a criação de oficinas de gás d'água como elemento de precaução e coadjuvação, no serviço geral de iluminação a gás devia ser, em vez de mera faculdade concedida, uma obrigação imposta a semelhantes companhias.

A comissão inglesa de inquérito, a que temos aludido, chamou a atenção dos administradores públicos, na Grã-Bretanha, para a importância considerável, relativamente ao interesse do público em geral, d'este meio de iluminação como auxílio e complemento do serviço ordinário do gás. Os homens abalizados, que compunham essa comissão, tiveram ocasião de verificar a utilidade providencial do gás d'água nas emergências e acidentes, que numa grande cidade, podem reduzir ocasionalmente a insuficiência a produção do gás comum. Dada uma dessas ocorrências, em que se vendo as companhias limitadas ao fabrico pelas retortas, em que se tem

de extrair o gás de carvão de pedra, não poderão satisfazer as exigências do consumo, visto como êsses aparelhos demandam tempo mais ou menos largo para a sua aquisição e assentamento, ao passo que, havendo montado uma oficina de gás d'água, poucas horas bastarão a essa fábrica de sobressalente, para acudir como suprimento necessário aos reclamos da situação.

Eis como se exprime a comissão inglesa:

We do not propose to discuss the economic advantages and disadvantages of water-gas, but we think it right to draw attention to one point which may be of *very considerable importance to the general public. It may be called the emergency value of water-gas.* A sudden increased demand for gas occasioned by fogs or other unforeseen occurrences can be met only—in default of great storage—by putting into operation reserve plant.

If coal-gas retorts alone are available it will take two or three days to bring them into action. If there is carburetted water-gas plant in reserve it can be started in a very few hours, and can be made to produce gas with great rapidity.

(*Ib.*, pág. VI).

À luz, porém, da nossa experiência recente, o papel salutar dessa medida assume alcance incomparavelmente maior. Ali apenas se cogitava de premunir o serviço de iluminação contra certos acidentes naturais, de ocorrência mais ou menos rara. Aqui temos de o acautelar contra perturbações, que o arbítrio de certo número de homens pode multiplicar e dilatar a seu talante. De todos os serviços de distribuição coletiva numa cidade, o da iluminação, é, provavelmente, o que mais entende com a polícia e tranqüilidade geral e a segurança de todos os direitos. Uma cidade às escuras é uma cidade entregue à desordem, à pilhagem e ao crime sob as suas

piores formas. Contra êsse risco, pois, a administração pública se deve precaver com tôdas as seguranças cabíveis na previsão humana.

O gás d'água, extraído mediante um processo quase exclusivamente mecânico, mui pouco pessoal exige, e êsse mesmo fácil de renovar. O fabrico do gás de carvão de pedra, ao contrário, demanda um pessoal considerável, afeito ao serviço, industriado nêle e, portanto, impossível de se substituir instantaneamente. A consequência é que êsse pessoal, de algumas centenas de homens, dispõe da iluminação pública e, consequentemente da tranqüilidade comum, da ordem geral numa grande cidade.

Destarte a segurança de um milhão de almas, que povoam esta capital, se acha entregue à mercê de trezentos operários, que se empregam aqui na extração do gás.

Ora, é absurdo, é insensato, é monstruoso que os interesses e os direitos de um milhão de indivíduos estejam nas mãos de trezentos.

É um perigo tremendo e uma insofrível tirania, que só não se deveria remover, se para isso absolutamente não houvesse meio descoberto ou imaginável.

Ora o meio existe, conhecido, apontado e fácil, no serviço auxiliar do gás d'água.

Nem sequer o poderiam argüir de que tenda a privar êsses trezentos homens do seu meio de viver. Não; porque êste serviço complementar não dispensa, não exclui o outro. Ainda se não trata de substituir inteiramente o gás de carvão de pedra pelo gás d'água. Quando mesmo se tratasse, a objeção não seria decisiva. Não seria difícil deparar outro emprêgo a êsses trezentos homens. A administração pública não tem recuado muitas vezes

ante consideração análoga, em proporções muito mais vastas, quando, por exigências de ordem financeira ou de outra natureza, reduz o pessoal dos seus arsenais, ou suspende a continuação de obras, às quais havia atraído milhares e milhares de trabalhadores. A lógica não podia ser outra, quando se houvesse de escolher entre o bem de algumas centenas de pessoas e o da população inteira da maior capital do país.

Mas a verdade é que não se intenta abolir o fabrico do gás de carvão mineral, que, portanto o seu operariado não perderá êsse meio de subsistência, mas apenas de criar, para as deficiências dessa produção, o serviço complementar e acautelatório do gás d'água. O com que se acaba pois, é com a liberdade assegurada pela situação atual a duzentos ou trezentos homens, de interromperem, quando lhes aprouver, a iluminação pública reduzindo, por dias, semanas ou meses, a população da grande capital brasileira ao regímen das trevas, com as suas conseqüências funestas e incalculáveis.

Assim que, se a instituição desta nova oficina envolve, para a companhia, alguma redução na despesa, o que não deixa de ser razoável, nem prejudica de modo algum ao govêrno, indubitável e incomparavelmente maiores são os interêsses dêste no assentimento a essa pretensão, que viria, aliviar-nos de um pesadelo desafogando a população fluminense da contínua iminência de perigo tamanho.

Se houvesse um govêrno que o não compreendesse êle seria o cúmplice ou inconsciente, da anarquia e o responsável pelos seus resultados. E, se entre êstes se viesse a produzir a ruína da empresa, sobre a administração pública recairia, juridicamen-

te, a culpa do desastre, com a obrigação de o indenizar, visto haver faltado, para com a companhia, a cláusula expressa do seu contrato e, além dêsse dever convencional, não ter satisfeito aos deveres gerais de tôda a administração constituída prevenindo, na esfera de suas atribuições, as ocasiões de desordem, espoliação e tumulto.

O assunto nos está ditando outras reflexões e argumentos em justificação do nosso parecer. Infelizmente, porém, doente e de cama como hoje nós achamos, escrevendo por mão alheia, mal podemos chegar ao cabo do que vai dito, reservando para amanhã ou depois, se convier, e a saúde nos permitir, a exposição, em aditamento, de quanto se nos oferece ainda aduzir com relevância para a solução do caso.

II

Do que expendido fica, entretanto, sobram fundamentos para a nossa conclusão, que resumiremos, solvendo os três quesitos propostos dêste modo:

1º — Em face do contrato de 14 de setembro de 1899, para a iluminação desta capital, a *Compagnie Anonyme du Gas de Rio de Janeiro*, está no direito irrecusável de recorrer ao fabrico do gás d'água.

2º — Nem fundado na cláusula VIII, nem noutra qualquer do contrato pode o Govêrno embaraçar à companhia o desempenho de obrigações ou o exercício de direitos contratuais, neste ou noutra qualquer ponto do serviço cometido a sua responsabilidade, salvo militando, para isso, motivos superiores de hygiene pública, ou segurança geral, mas em qualquer destas duas hipóteses, mediante

nôvo ajuste com a empresa e compensação dos seus prejuízos.

3º — Negada à Companhia permissão ou licença para o fabrico do gás d'água, não obstante a evidência da cláusula contratual, numa ocasião em que seria o meio de obviar a um conluio entre a gente do serviço e, em consequência, à cessação d'êlê, não só não caberia ao govêrno o arbítrio de multar ou punir de qualquer outra sorte a empresa inocente dessa falta, senão que a êle é que tocaria, para com ela, a responsabilidade pelo seu detrimento, com a obrigação jurídica de o ressarcir.

Êste é o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio, 28 de maio, 08.

RUI BARBOSA.

VII

TRIBUTAÇÃO CUMULATIVA
ENTRE O ESTADO E AS
MUNICIPALIDADES

Inconstitucionalidade da Lei Estadual que a Estabelece
Cabimento de Recurso Extraordinário

* * *

PARECER



NOTA DO REVISOR

Perante o juízo municipal de Juiz de Fora propôs a Fazenda estadual de Minas Gerais um executivo fiscal contra o cidadão Afonso Calucci, a fim de haver a exequente a importância de 274\$032, proveniente de imposto de indústrias e profissões e adicionais, devido pelo executado nos termos da legislação tributária local atinente à matéria.

Tendo o executado oferecido em tempo oportuno embargos à penhora, mandou o juiz do feito que corressem estes nos próprios autos, interpondo a fazenda estadual agravo desse despacho (fls. 18a 25 v.), ao qual, por decisão de 11 de dezembro de 1907, do juiz de Direito da Comarca de Juiz de Fora, foi negado provimento, para o fim de ser mantido o despacho agravado em todos os seus termos.

De acôrdo com a sentença prolatada a 25 de janeiro de 1908 (fls. 56 a 58 v.), do juiz municipal, José Marcelino de Oliveira, foram julgados provados os embargos opostos e improcedente o executivo intentado pela fazenda estadual, recorrendo, *ex-officio*, de sua decisão, o seu prolator.

Conhecendo do recurso interposto, resolveu o juiz Braz Bernardino Loureiro Tavares (fls. 84-85), conforme sentença de 13 de março de 1908, reformar a decisão apelada, para julgar provada a dívida ajuizada e subsistente a penhora.

Conhecida a decisão reformatória, manifestou o executado recurso extraordinário, que ,recebido no egrégio Su-

premo Tribunal Federal, tomou o número 557, sendo distribuído ao ministro Joaquim Xavier Guimarães Natal (despacho de fls. 94).

Foi solicitada, nessa fase, a opinião de Rui Barbosa, que emitiu a respeito da matéria o parecer adiante reproduzido. (*)

Por acórdão de 1º de setembro de 1909 (fls. 95v. a 97v.) resolveu a suprema corte conhecer do recurso extraordinário, para, entretanto, negar-lhe provimento, por entender da competência do Estado a tributação dos impostos decretados, cuja inconstitucionalidade se argüia desde a reforma da Constituição do Estado, ultimada em julho de 1905.

Foi unânime a decisão, passando esta em julgado.

(*) Quando, em 1904, se discutia na assembléia de Minas Gerais, o projeto nº 64 de 1904, e de que resultou a lei estadual nº 392, de 19 de setembro de 1904, a respeito de questões de tributos cumulativos em face da Constituição da República, foi pedida a opinião de Rui Barbosa. Examinando o assunto, ofereceu, então, o seu parecer, cujo conteúdo constitui o opúsculo VI, inserido no volume XXXI, tomo II, das OBRAS COMPLETAS, correspondente ao ano de 1904.

CONSULTA

Em Minas Gerais o impôsto de indústrias e profissões cedido aos Estados pela Constituição Federal foi transferido aos municípios; recentemente, porém, foi reformada a Constituição estadual e o impôsto passou a ser cobrado cumulativamente pelo fisco estadual e dos municípios.

Em recurso extraordinário interposto numa ação executiva movida pela Fazenda do Estado em Juiz de Fora, alega-se que a lei mineira que criou o impôsto como renda estadual é inconstitucional.

a) porque a reforma da Constituição mineira não obedeceu aos trâmites prescritos para a revisão de suas disposições;

b) porque ofende princípios constitucionais da União em matéria de rendas públicas por ser a taxaço cumulatativa proibida na Constituição de 24 de fevereiro.

À vista do exposto, do memorial e pareceres oferecidos, pergunta-se:

1º A matéria alegada pode ser objeto de recurso extraordinário ou foi soberanamente julgada pela justiça do Estado?

2º A Constituição federal proíbe a taxaço cumulatativa do impôsto de indústrias e profissões pelo Estado e pelos municípios?

3º Tal cobrança ofende ao menos o sistema constitucional de impostos, ou é em princípio admitida quando a Constituição permite sejam criadas novas fontes de receita pela União e pelos Estados *cumulativamente* ou não?

Rio de Janeiro, 6 de julho de 1908. — *Juscelino Barbosa*, advogado.

Só agora me foi possível examinar o assunto desta consulta, sôbre a qual vai o parecer, de meu punho, em separado, nesta data.

Rio, 16 de novembro de 1908.

RUI BARBOSA.

Parecer

No intuito de melhor responder aos quesitos propostos, inverterei a ordem da sua disposição na consulta, respondendo primeiro ao segundo, em seguida ao terceiro, e ao primeiro em último lugar.

I

A Constituição federal proíbe a arrecadação cumulativa do imposto de indústrias e profissões pelo Estado e pelos municípios?

Confesso que, se não fôsem os papéis anexos à consulta, não atinaria com o fundamento à dúvida, que êste quesito denota, supõe ou exprime. Tão pouco fácil me parece descobrir-lhe base a ela nos textos da nossa Constituição, embora atentamente examinados.

Não há, de feito, uma cláusula sua, onde se legisle sobre a distribuição de impostos entre os Estados e as municipalidades. Tão pouco ali se encontra artigo, parágrafo, número ou frase, onde se aluda à tributação municipal. Nem sequer, dentre as regras tributárias estatuídas acerca da União e dos Estados, alguma existe, onde se perceba o intento de atuar igualmente sobre a legislação municipal. Neste sentido só um princípio se abstrai evidentemente do conjunto das normas constitucionais em matéria tributária: o de que às municipalidades

são defesos os impostos reservados à União pela lei constitucional, não lhes cabendo senão recorrer aos que ela deixa à ação dos Estados.

Mas dos impressos apensos à consulta constam sentenças e pareceres, firmados por nomes respeitáveis, onde se averba de inconstitucionalidade, perante a lei orgânica da Nação, a emenda à Constituição de Minas Gerais, que, em julho de 1905, declarou "da competência cumulativa do Estado e do município o impôsto de indústrias e profissões".

Êsses pareceres, entretanto, em número de sete, subscritos por nomes dos mais ilustres no fôro, êsses pareceres, dizia eu, quanto ao seu conteúdo, se reduzem todos a um, o primeiro, ao qual se reportam os outros seis, sem nada lhe acrescentarem. Ora, buscando ali a opinião matriz, a que as demais se limitaram a aderir, se apurará que a impugnação da lei mineira se vem a cifrar nesta consideração:

O art. 12 da Constituição Federal permite a criação cumulativa, ou não, de outras fontes de receita, mas não a acumulação de impostos em fontes de receita já determinadas na mesma Constituição. Êste princípio deve dominar também o sistema tributário entre os Estados e os municípios; deve dominar também o sistema tributário entre os Estados e os municípios; de sorte que a cumulação de impostos em fontes de receita já distribuídas pelas Constituições estaduais aos municípios não pode ser constitucionalmente admitida. Neste sentido é que a lei nº 418 está eivada de inconstitucionalidade; porque vai de encontro a um princípio constitucional reconhecido pela União, ferindo assim o ar. 63 da Constituição Federal.

E mais não se contém sôbre o assunto, quer neste parecer, quer nos que o acompanham.

Ora, em que me pese, e muito, divergir de tão eminentes autoridades, não posso conformar com o seu, o meu juízo. Cingida aos breves têrmos que

se acabam de ler, a contestação da lei mineira, a meu ver, não resiste ao estudo reflexivo do art. 12 da Constituição Federal, encarado no seu complexo com as disposições concomitantes que o antecedem, preparam, completam e elucidam.

Inseparável é, com efeito, êle dos arts. 7º e 9º, a que expressamente se refere. Os três constituem uma unidade orgânica, em cujo todo se há de buscar o pensamento dominante em cada um dos seus membros. E, aprofundando assim na combinação das suas partes, na síntese dos seus elementos, em que é que cogita êsse grupo de textos constitucionais? Em estabelecer *uma discriminação de competências*, em separar a da União e a dos Estados, no que toca a impostos.

Fácil é mostrá-lo.

No art. 7º a Constituição Brasileira declara "*da competência exclusiva da União decretar*" os impostos, direitos e taxas nêle enumerados: os impostos sobre a importação estrangeira; os direitos sobre navios, à sua entrada, saída, ou estada; as taxas de sêlo, telégrafo e correio federais.

No art. 9º estatui que "*é da competência exclusiva dos Estados decretar impostos sobre*" os objetos ali especificados; a saber: a exportação dos seus próprios produtos, os imóveis, a transmissão da propriedade, as indústrias e profissões, bem como as taxas de sêlo sobre os atos estaduais e as contribuições relativas aos seus telégrafos e correios.

De sorte que, no primeiro dêsses dois artigos, traçou a competência federal, no outro demarcou a competência estadual, e entre as duas descreveu uma linha insuperável, qualificando ambas essas

competências como absolutamente exclusivas. São duas competências estritas, entre si contrapostas, limitativas uma da outra e reciprocamente intranspassáveis. Eis o que determinam as duas normas constitucionais, o que delas resulta, e o que elas tiveram em mente. Não se pensa em vedar a *cumulação de impostos*, de procedências diversas, sobre o mesmo objeto, mas em obstar acumulações de *competência*, de poderes diferentes, sobre o mesmo tributo.

A distinção é substancial, e vai servir-nos decisivamente na solução do problema. Porque, num caso, era a defesa individual contra os excessos da ação tributária o que se teria tido em mira; no outro, a simples distribuição de rendas entre os vários membros da União. Numa hipótese, não se trataria senão de assentar barreiras às demasias do impôsto. Na outra o de que se trata, é simplesmente de baliçar raia à jurisdição das autoridades tributantes. Dada a interpretação a que me oponho, êsses dois textos seriam, no pensamento constitucional, uma salvaguarda posta ao interesse dos contribuintes. Dada a inteligência que lhes eu atribuo, são outras tantas garantias asseguradas, respectivamente, às finanças dos Estados e às da nação.

Se o fito do legislador constituinte não estivesse em atalhar o *curso de competência*, mas em tolher a *duplicação do impôsto*, desta se havia ocupado explicitamente, para a condenar. Mas, tendo se restringido, numa e noutra fórmula, de um lado, a deferir uma competência privativa para a União, do outro a circunscrever uma competência privativa para os Estados, claro está que outro objeto não teve, lindando a cada uma o seu território reservado, senão prevenir a invasão da competên-

cia da União pelos Estados, bem como a dos Estados pela União.

Precisadas assim essas duas esferas de jurisdição exclusiva, o art. 12, posterior àqueles dois, traça as raías a um terreno, onde a jurisdição tributária cabe em comum à União e aos Estados. Reza assim, nesse texto, o enunciado:

Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito à União, como aos Estados, cumulativamente, ou não, criar outros quaisquer, não contravindo o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, nº 1.

Depois de individuar os tributos, a cujo respeito a competência da União é exclusiva, e particularizar, em seguida, aquêles em relação aos quais é exclusiva a competência dos Estados, prescreve a constituição que, no tocante às demais fontes de receita, a competência é, a um tempo, dos Estados e da União. Quanto às que ficaram discriminadas para a União e para os Estados, a competência não se pode exercer cumulativamente, isto é, por êles e por ela, visto ser exclusivamente dela, ou exclusivamente dêles. Mas sôbre as outras fontes de receita, englobadas na generalidade ampla do art. 12, tanto é dos Estados como da União a competência, e, conseqüentemente, lícito é que se exerça, ora por ela, ora por êles, ora ao mesmo tempo, por êles e ela. Eis o que significa a frase: "cumulativamente, ou não".

Daqui, em boa lógica, resulta, com efeito, a conclusão que nem sôbre as fontes de renda indicadas no art. 7º, nem sôbre as designadas no art. 9º, se pode lançar *cumulativamente*. Mas a quem se endereça a proibição de tributar cumulativamente essas fontes de rendas, é à União e aos Estados. A saber:

nem os Estados podem recorrer às fontes de renda aquinhoadas pelo art. 7º à União; nem a União pode utilizar as fontes de renda consignadas aos Estados tanto é dos Estados como da União a competência, por ela, visto ser exclusivamente dela, ou exclusivamente dêles. Mas sobre as outras fontes de receita, englobadas na generalidade ampla do art. 12, pelo art. 9º.

Mas daí absolutamente não se conclui, não se pode concluir, com relação a estas últimas, que, pelo fato de ser defeso à União o invadi-las, aos Estados seja defeso admitir a elas as municipalidades. Só por um arbítrio, que nem a interpretação lógica nem a gramatical autorizam, se poderia ampliar do primeiro ao segundo caso a regra proibitiva. Quando o texto constitucional interdiz à União os recursos reservados pelo art. 9º aos Estados, é unicamente por garantir a êstes, contra aquela, os meios financeiros, que lhes estipula como domínio exclusivo da legislação estadual.

Atribuídas tais fontes de renda à competência exclusiva dos Estados, caem elas, necessariamente, sob a soberania dêles, e *ipso jure* se tornam objeto da sua discrição legislativa. Contanto que não saiam, pois, da órbita da administração estadual, traçada pelas suas leis, estarão sempre nos limites, que a Constituição da República lhes determinou. O que ela não quis, foi deixar aí a liberdade ao governo federal, para concorrer com o dos Estados no uso dêsses impostos. Mas aos Estados não embargou, de modo nenhum, a de os submeter ao regimen, que o seu critério lhes ditasse.

Entregar certos e determinados recursos tributários à competência exclusiva da União ou dos Estados, é fazer da soberania ou do poder a quem se

investe dessa competência o árbitro na escolha do sistema para a organização desses recursos e na eleição dos meios convenientes à sua exploração mais proveitosa. Quando, portanto, esse poder vem a ser o dos Estados, como se dá com os tributos individuados no art. 9º, é a eles que pertence decidir, na sua autoridade mais discricionária, o como tirar dessas fontes de receita os melhores resultados: se reservando-as por inteiro à administração estadual; se distribuindo-as entre esta e as administrações locais em que se subdivide o corpo do Estado; se autorizando a ação concorrente destas com aquela no campo desses recursos.

Caso a Constituição Federal pretendesse excluir este derradeiro alvitre das faculdades outorgadas ao Governo dos Estados, art. 9º, cumpriria que o fizesse em termos quanto aos impostos que lhes sorteou nos textos expressos, (*) como o fez, sobre todos os pontos em que lhe aprouve estabelecer restrições, nos §§ 1º, 2º e 3º desse artigo. Bem longe disso, porém, quanto à particularidade que se discute, não exprime o texto constitucional ressalva alguma, deixando subsistir em todo o seu alcance as consequências manifestas da "competência exclusiva" que ali se declara. Ora, declarar exclusiva, em qualquer matéria, a competência de um poder, importa não somente excluir a qualquer outro de toda a co-participação nessa competência, mas ainda negar de todo a outro qualquer direito de superintender e limitar.

Quando a Constituição, pelo disposto no art. 9º, proibiu à União cumular com os Estados a competência relativa aos tributos ali expressos, foi, sem

(*) No original: *nos..... expressos.* (N.R.)

dúvida, porque, de uma parte, havia por suficientes à União os meios de renda, cujo gôzo exclusivo lhe quinhoara no art. 7º, e, de outra, porque reputava necessário assegurar totalmente aos Estados as fontes de receita que lhes arbitrava no art. 9º. Tanto mais era de excluir aqui a partilha com o poder federal, quanto à pressão dêste, dada a superioridade incomparável da sua fôrça, intervindo a título de concorrência, poderia acabar por eliminar os concorrentes.

Mas essa contingência, que a lei fundamental quis evitar, de prejuízo aos Estados, de nulificação do seu domínio constitucional na partilha das rendas, nunca se poderá verificar, enquanto a cumulação for por êles mesmos autorizada, não à União, entidade superior, cuja situação avantajada os poderia, afinal, deslocar do terreno onde com êles concorresse, mas às municipalidades, meras frações do todo estadual, fatores essenciais do seu desenvolvimento, entes territoriais subalternos à sua soberania. Facultar-lhes a êles a competência concorrente sôbre uma das fontes de renda, em matéria tributária, será, da parte do Estado que o fizer, o mesmo que dividir entre si e essas comunidades subordinadas à sua lei, o impôsto de que a Constituição Federal lhes confiou a livre disposição. E não se concebe que, podendo exercer essa distribuição de um dos dois modos exeqüíveis, não o possa do outro, análogo na razão, nos fins e nos resultados.

Eu me explico talvez melhor ainda. A administração de um Estado compõe-se essencialmente da ação estadual e da ação municipal. Suas finanças não são mais que o conjunto das finanças estaduais com as finanças municipais. Da extensão deixada à iniciativa municipal nas finanças e na administra-

ção os árbitros são os Estados, perante o art. 68 da Constituição, que apenas se limitou a lhes recomendar numa forma indefinida, "a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse."

Ora, quanto mais os Estados alargarem, na interpretação desta fórmula, a autonomia municipal, mais há de crescer, na proporção dos serviços cometidos às municipalidades, o peso dos seus encargos. E, como, aumentando êstes, na mesma razão devem decrescer os dos Estados, fôrça é que êstes vão alargando, proporcionalmente, aos municípios os recursos financeiros. Daí a necessidade natural de os chamarem a compartilhar com a administração estadual os impostos que constitucionalmente lhe foram adjudicados.

De duas maneiras, porém, se pode estabelecer esta comparticipação: ou reservando exclusivamente a si o Governo do Estado a cobrança do impôsto, para o repartir depois com as municipalidades; ou, como faz a atual Constituição mineira a respeito do impôsto de indústrias e profissões, habilitando as municipalidades a arrecadá-lo cumulativamente com a administração estadual. As duas formas são, na realidade, equivalentes. Porque, no primeiro caso, a importância do ônus estadual avultará, para se lhe dividir o produto com os municípios, e, no segundo, terá de ser reduzir, para tornar possível a concorrência da contribuição municipal. Ora, se se não contesta aos Estados, na federação brasileira, o arbítrio de elevarem, quanto lhes pareça, uma contribuição da sua competência exclusiva, para dividir ao depois com as municipalidades a sobra arrecadada, por quê supormos que a Constituição lhes tolhesse a êles vingar o mesmo efeito de outra sorte,

autorizando as municipalidades a cumulativamente com elles participarem na cobrança dêsse impôsto?

O que nesta hipótese claramente se verifica é *uma delegação*, aos municípios, do poder conferido pela Constituição do Estado, sobre um impôsto. Pode o delegante delegar inteiro o direito, de que dispõe, ou, sem abrir mão do seu uso, associar, *concomitantemente*, a elle o seu delegado. Em tais casos todo o ponto está em saber se a *delegação* não é proibida. Ora, a questão se acha resolvida, justamente a respeito do assunto que ora se ventila, pela jurisprudência americana. Nos Estados Unidos é dogma constitucional que a autoridade tributária, especialmente legislativa, *não se delega*; mas a esta regra se tem pôsto uma exceção, igualmente axiomática, para outorgar a *delegação nos municípios das faculdades tributárias, deixadas pela Constituição aos Estados*.

Justificarei as duas proposições cada uma com a sua prova em autoridade irrefragável.

Primeira: o poder constitucional de taxar é, em regra, indelegável.

A lição está em COOLEY, no seu tratado especial dos impostos:

Regra geral é, em direito constitucional, que um poder soberano, conferido pelo povo a um ramo ou órgão do Governo, não pode ser por êste delegado a outro. Esta norma permeia todo o nosso sistema político, e, entendida como se deve, não admite exceção (*and when properly understood, admits of no exception*). Ora, ela se impõe com particular energia aos casos de impostos.

THOMAS COOLEY: *A Treatise on the Law of Taxation*. Chic., 1903. Vol. I, págs. 99-100.

Mas, para que esta regra seja entendida "*como se deve*", entendida convenientemente, acertadamente entendida (*properly understood*), é êste mes-

mo insigne constitucionalista quem o declara, cumpre que dela se excetuem as *delegações* de poder tributário feitas pelos *Estados às municipalidades*:

Há, todavia, uma exceção claramente definida à regra de que a legislatura não delegará porção alguma da sua legislatura, não delegará porção alguma da sua autoridade. (There is, nevertheless, one clearly defined exception to the rule that the legislature shall not delegate any portion of its authority). Esta exceção, entretanto, se acha em estrita harmonia com as feições gerais do nosso sistema político, e assenta numa presunção concludente da aquiescência do povo. DIZ RESPEITO A EXCEÇÃO, de que se trata, ao caso DAS MUNICIPALIDADES. (*This exception relates to municipal corporations.*) O uso imemorial, que, tácita ou expressamente, se tem vindo incorporando nas Constituições estaduais, vê naquelas organizações um elemento necessário ao mecanismo geral do Governo dos Estados, outorgando-lhes a elas ampla autoridade em matérias de administração local, e permitindo-lhes, em proporções consideráveis, legislar para as suas localidades. Esta exceção tem se estendido aos assuntos de ordem tributária (*into matters of taxation*), pouco mais se reservando o Estado, em muitos casos, que o direito de estatuir normas limitativas, dentro das quais as autoridades locais podem lançar impostos, ficando-lhe todavia, a êle mantido o arbítrio de restringir ou revogar a seu talante a delegação. A legislatura do Estado, no entanto, ao delegar, destarte, a sua autoridade tributária, há de o fazer à própria municipalidade, provendo a que os poderes, que delega, não sejam exercidos senão pelos próprios órgãos legisladores municipais.

(*Ib.*, págs. 101-102).

Fica assim provada a segunda proposição: que o poder tributário conferido aos Estados é *delegável por êles às municipalidades*, isto é, que a estas podem os Estados ceder, no todo ou em parte, os impostos, que lhes pertencem.

Mas, na doutrina do régimen federativo, que acabamos de ver expendida por COOLEY, dois tra-

ços adquirem relêvo, pelo contraste com a que se quer estabelecer para o caso mineiro aqui em discussão. Primeiro, que essa delegação ou cessão de impostos do Estado ao município ali se opera mediante simples deliberação das legislaturas. Segundo, que ao delegante se considera implicitamente reservado sempre o arbítrio de modificar ou cassar a delegação. Ao passo que, nos Estados Unidos, pois, essas delegações se consumam habitualmente por mero arbítrio das legislaturas estaduais, aqui no caso mineiro da consulta, não se tolera que elas se realizem nem por um ato da Constituição do Estado. De outra parte, enquanto, na jurisprudência americana, a legislatura estadual que cede certos impostos a um município, mantém o direito de lhes reassumir o uso, aqui, na espécie proposta, não se admite que um impôsto outorgado por uma Constituição estadual às municipalidades, venha, por uma reforma constitucional, a entrar cumulativamente no domínio tributário dos municípios e do Estado.

Isto por que? Porque a Constituição Brasileira vede o lançamento cumulativo dêsse tributo pelo Estado e *pelo município*? Não: porque a Constituição Brasileira se opõe ao uso cumulativo dêsse impôsto pelos Estados e a *União*.

Nos arts. 7º, 9º e 12, o que se encontra, é que o impôsto de indústria e profissões, inscrito, na competência exclusiva dos Estados, não pode, *eo ipso*, caber cumulativamente na *da União*. E simplesmente porque dessa participação cumulativa a lei constitucional exclui a União, pretendem intérpretes coligar que excluiu igualmente *as municipalidades*.

Ora, da União para o município, aqui, não há nenhum vínculo de ilação possível. Ao contrário,

na matéria de que se trata, as razões, que militam para excluir a União, não subsistem para excluir a Municipalidade. É o que já mostrei. Nos Estados Unidos onde, como há pouco verificamos, aos Estados assiste pleníssima liberdade, para ceder aos municípios as taxas de competência estadual, destas se exclui absolutamente a União.

Os poderes estaduais e os nacionais são mutuamente exclusivos, ensinam os constitucionalistas americanos: "*National and State Powers are exclusive*" (TH. COOLEY: *Op. cit.*, vol. I, pág. 129). Se assim não fôsse, pondera esta grande autoridade, "nem o govêrno do Estado, nem o da Nação teriam a devida supremacia, no exercício das atribuições que a cada um se separaram como da sua esfera exclusiva, ficando cada qual perpétuamente exposto a se ver tolhido, contrafeito e, talvez, de todo em todo frustrado na sua ação, ao sabor ou capricho dos detentores da autoridade no outro. Que o exercício do poder de tributar pode chegar a tais efeitos, óbvio é em se atentando no caráter dêste poder . . . Ora, tendo o Estado e a Nação cada qual a sua esfera separada e distinta, onde a uma e a outro cabe, segundo a lei fundamental, exercer autoridade independente, o princípio geral que exclui de tôda a participação na alçada tributária de uma soberania as demais soberanias, se impõe com a mesma justeza, na União Americana, aos poderes dos Estados e da Nação respectivamente, em matéria de impostos." (*Ibid.*, págs. 129-30.)

Nada mais claro. A situação do regímen americano, a êste respeito, em matéria de legislação tributária, corresponde estritamente à do nosso. Ali, como aqui, no tocante a certos impostos, a União

tem um círculo de competências exclusivo. Lá, como cá, no concernente a certos outros, têm, por outro lado, um âmbito de jurisdição privativa os Estados. E, porque tão exclusiva é a esfera da autoridade num como no outro caso, nem os Estados podem entrar cumulativamente na da União, nem a União ingerir-se cumulativamente na dos Estados. Mas, por isso mesmo, sendo tão soberanos êstes quanto aquela, no perimetro da sua competência constitucionalmente exclusiva em assuntos de impostos, dos que a Constituição reservou aos Estados, podem êstes chamar as municipalidades à co-participação, ou mediante transferência total, ou mediante ação cumulativa.

Nem se conceberia, sensatamente, outra coisa. Os Estados não seriam autônomos, isto é, senhores da sua independência constitucional, se a lei orgânica do regímen lhes não assegurasse em certas fontes de receita, em certos meios de subsistência financeira, um domínio unicamente seu. Por isso é que êsse domínio se lhes declara exclusivo, a saber, defeso à interferência da União. Mas, por isso mesmo, sendo exclusivamente dos Estados, aos Estados compete dêles dispor soberanamente. E, se dispõem soberanamente dos impostos da sua competência exclusiva, nenhum motivo há, para que desta autoridade ilimitada só se exclua, em relação a cada um dêles, o direito de o cobrar cumulativamente com as municipalidades.

Poder-me-iam objetar que a cumulação, importando a ação concorrente de duas autoridades tributantes do mesmo campo tributário, seria ocasião de excessos.

Respondo, em primeiro lugar, observando que, se de tal risco é que houvesse cogitado a Constitui-

ção nos arts. 7º, 9º e 12, teria formulado uma regra geral proibitiva contra a anulação de impostos em vez de traçar apenas uma discriminação de competências fiscais entre a União e os Estados, sem a mais leve alusão às municipalidades.

Depois, excluída a hipótese da ação cumulativa entre estas e os Estados, em nada absolutamente se resguarda melhor de tais excessos o contribuinte. Porquanto, já o disse, ilimitado é o poder tributário do Estado sobre as fontes de renda inscritas na sua competência privativa. O poder de tributar, disse MARSHALL formulando uma noção, que tem foros de axioma o *poder de tributar envolve o de destroy*. *McCullock v. Maryland*, 4 Wheaton, 431, 4º L., ed. 607. "O direito de lançar um impôsto, em existindo", sentenciara ainda, noutro julgado, o oráculo do constitucionalismo americano, "é um direito que, de sua natureza, não conhece extremos: pode ser ditado, nos confins da jurisdição do Estado ou do município que o estabelece, até onde ela ou êle, à sua vontade, o deliberarem. "If the right to impose the tax exists, it is a right which in its nature acknowledges no limits. It may be carried to any existent, within the jurisdictions of the State or corporation which imposes it, which the will of each State and corporation may prescribe". *Weston v. City of Charleston*, 2 PETERS, 466, 7º L., ed. 487.

Não se enunciam de outro modo os mais abalizados e modernos expositores da teoria e da jurisprudência na União Americana. Basta citar COOLEY, em cujo tratado das limitações constitucionais, última edição, se lê: "A faculdade tributária tão ilimitada é na sua fôrça e tão ampla no seu alcance (*so unlimited in force and so searching in extent*), que os tribunais mal se aventariam a lhe

admitir quaisquer critérios da autoridade que a exerce. (*any restrictions whatever, except such as rest in the discretion of the authority which exercises it.*) *Constitutional Limitat.*, 7ª ed., 1903. Página 678.

Os autores mais recentes continuam a reproduzir a doutrina firmada por MARSHALL no primeiro dos casos precitados, onde o grande juiz mostrou que, contra os excessos no peso dos tributos decretados pelo poder competente, não há remédio na proteção dos tribunais:

O poder de tributar o povo e seus haveres ... pode ser legitimamente exercido, sobre a matéria onde caiba, até ao último extremo aonde aprouver ao governo levá-lo (*to the utmost extent to which the government may choose to carry it.*) Contra o abuso deste poder só se encontra garantia na própria estrutura do governo. Criando um imposto, a legislatura atua sobre os seus constituintes. Nisto só haverá, em geral, salvaguarda bastante contra imposições errôneas e opressivas. O povo de um Estado confere ao seu governo o arbítrio de o tributar a ele e aos seus bens; e, não havendo como limitar-lhe de antemão as exigências da necessidade, claro está que ao exercício desse direito lhe não prescreve limites, confiando o seu resguardo contra abusos ao próprio interesse do legislador e à influência do eleitorado sobre os seus representantes. *MacMulloch v. Maryland*, 4 Wheaton, 431, 4º L., ed. 607.

Ainda em outro pleito célebre declara MARSHALL: "Suscetível é de abusos este poder vital. Mas a Constituição dos Estados Unidos não teve em mira subministrar corretivos a todos os abusos de poder, que possam vir a ser cometidos pelos governos dos Estados. O interesse, o saber e a justiça do corpo representativo, bem assim a sua dependência para com os seus constituintes, fornecem a garantia única, em falta de estipulação expressa,

contra os tributos injustos e excessivos, como, em geral, contra quaisquer leis mal avisadas." *The Providence Bank v. Billings*. 4 Peters, 563, 7º L. ed., 956.

Justamente por ser absoluto o poder de taxar, em relação a cada objeto sobre que legitimamente recai, é que, a respeito de certo número de impostos, havidos por necessários ao governo da União, ou ao dos Estados, a competência dêles, ou dela não podia deixar de ser exclusiva. Nos limites da mesma jurisdição não poderiam caber dois poderes igualmente ilimitados.

Deduzir daí a intenção, tão diversa, de acautelar o contribuinte contra a exageração dos tributos pela ação cumulativa de dois poderes tributantes seria ligar o princípio constitucional a um pensamento inconciliável com a natureza de soberania em matéria de impostos. Relativamente aos que o direito constitucional lhe confia, êle não tem raías, a não ser na própria discrição. Onde o Estado possa tributar, poderá vedar, ou destruir. E, se tal extensão pode receber o impôsto, que *proíba*, ou *destrua*, ao arbítrio do Estado que o lança, como negar, ao que pode o mais, a faculdade do menos? Como, não se lhe recusando o arbítrio de levar o impôsto até ao grau proibitivo, como, não se desconhecendo que o possa converter num instrumento eliminatório, supor que se escude o contribuinte contra demasias tributárias, com tolher ao Estado o direito de associar à sua competência as municipalidades na cobrança de um tributo?

Tolhendo-se a competência cumulativa, por deliberação do próprio Estado, entre êste e os seus municípios, nem sequer se obstaria àquele o emprego do impôsto, cumulativamente, em benefício

das municipalidades. Desde que houvesse por indispensável servir com êle, ao mesmo tempo, a administração estadual e a municipal, agravaria, quanto conviesse, a taxa da contribuição arrecadada pelo Estado, para distribuir ulteriormente com os municípios. Inepta seria, portanto, como providência ofensiva do contribuinte, a proibição da competência cumulativa às municipalidades, quando resolvida pelo próprio Estado sôbre um impôsto da sua competência exclusiva.

Mas, se não é uma providência defensiva do contribuinte, o princípio das competências exclusivas, contido nos arts. 7º e 9º e reforçado pelo art. 12, se reduz ao intuito de resguardar a União contra os Estados e os Estados contra a União, cada qual na posse de certas fontes de receita. Logo, não se infringe, antes se confirma e desenvolve êsse princípio, quando, no tocante aos impostos do domínio do Estado, se lhe permitir dividi-lo com as suas circunscrições territoriais, dando-lhes, para exploração dêsses recursos financeiros, competência cumulativa com a sua.

Ainda outra consideração me acode. A respeito das fontes de receita não taxadas nos arts. 7º e 9º, os impugnadores do impôsto mineiro que se discute, admitem a ação cumulativa dos municípios com os Estados. Haverá, porém, na índole dessas fontes de receita alguma qualidade peculiar, que as torne cumulativamente tributáveis pelas municipalidades e pelos Estados? Haverá, por outro lado, nas fontes de renda que o art. 9º quinhoeira aos Estados, alguma particularidade substancial, alguma característica da sua natureza, que exclua, a seu respeito, a cumulação de competência entre os Es-

tados e as municipalidades? Evidentemente não. Logo, nada obsta a que os Estados, senhores da sua competência, *exclusiva contra a União*, a tornem cumulativa com os municípios de que cada um, respectivamente, se compõe.

O segundo quesito da consulta se resolve, pois, negativamente: *a Constituição Federal não proíbe a tributação cumulativa do imposto de indústria e profissões pelo Estado e suas municipalidades.*

II

O terceiro está igualmente resolvido no mesmo sentido pela argumentação, que acabo de expender.

Quando a Constituição da República, no art. 12, permite à União e aos Estados criar, *cumulativamente, ou não*, outras fontes de renda além das instituídas nos artigos 7º e 9º, mais não faz do que insistir na regra das competências exclusivas quanto aos impostos enumerados em cada um desses dois textos, estatuinto a respeito dos outros impostos admissíveis, a competência concorrente dos Estados com a União.

Mas nem, de uma parte, nos arts. 7º e 9º, nem, da outra, no art. 12, quando aqui se estabelece a cumulação das competências, ou quando ali se firma a sua exclusão, nem num nem noutro caso legisla o texto constitucional senão *para a União e os Estados*. Das municipalidades não cogita.

Pelo que a estas respeita, a possibilidade jurídica da competência cumulativa com os Estados resulta do arbítrio soberano destes quantos aos impostos da sua competência privativa.

III

Dispõe a nossa Constituição, art. 59, § 1º, que:

Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Um constituição estadual é *lei do Estado*? Indubitavelmente. Por ser a *lei das leis*, uma constituição não deixa de ser *lei*; nem deixa de ser *lei do Estado* a que é a sua *lei fundamental*.

Ante a Constituição Federal, no respeito que se lhe deve, tôdas as *leis do Estado*, *ordinárias* ou *constitucionais*, são igualmente *leis*, para os efeitos da subordinação em que, relativamente àquela, se acham.

A ação onde surgiu o recurso extraordinário a que se refere o 1º quesito da consulta nasce da lei adicional nº 6, de 27 de julho de 1905, que determinou ser da competência cumulativa do Estado e dos municípios, em Minas Gerais, o impôsto de indústrias e profissão, reformando assim a Constituição daquele Estado, cujo art. 76 o declara exclusivamente municipal.

Lei do Estado de Minas Gerais, essa reforma da Constituição foi argüida, nas justiças estaduais, de contrária à Constituição Federal, e o litígio findou nos tribunais mineiros por uma sentença que considera válida a contestada lei de reforma constitucional.

Sob êste aspecto, logo o caso está rigorosamente nos termos da Constituição Federal, art. 59,

§ 1º, letra *b*, e o recurso extraordinário é de uma legitimidade incontestável.

Não cabe nêle, entretanto, nem pode nêle ser discutida ou tomada em consideração pelo Supremo Tribunal Federal a matéria, aí também alegada pelo recorrente, de não ter a alteração constitucional a que se alude observado os trâmites estabelecidos pela Constituição Mineira para a sua reforma. Porque as violações de leis ou constituições estaduais se julgam definitivamente nos tribunais dos Estados: não ministram base, perante a Constituição Federal, para o recurso extraordinário do art. 59, § 1º, remédio exclusivo em garantia do direito consagrado na Constituição, nos tratados e nas leis nacionais contra os atos dos governos ou das justiças dos Estados que os transgredirem.

Tal o meu parecer.

Rio, 16 de novembro, 1908.

RUI BARBOSA.



VIII

CARGO DIPLOMÁTICO
NÃO REMUNERADO

Necessidade de sua criação pelo Legislativo

PARECER



NOTA DO REVISOR

A 5 de maio Rio-Branco solicitou de Rui um parecer acêrca de um ponto curioso de direito constitucional:

Exmo. Amigo e Sr. Senador Rui Barbosa

Desde 1884 exerce as funções de Cônsul-Geral do Brasil no Egito o Sr. J.B. Debbané, homem de grande fortuna, naturalizado Brasileiro e que ali representa com grande brilho o Brasil, sem dispêndio algum para os cofres públicos, acolhendo sempre com muita distinção e amizade os brasileiros de passagem. Sucedeu êle nesse emprêgo a um tio, o Conde Miguel Debbané, que por muitos anos, desde 1863, exerceu com igual brilho êsse cargo.

Toços os Cônsules Gerais estrangeiros no Egito têm ao mesmo tempo a denominação de «Agentes Diplomáticos» ou «Agentes Políticos», menos o de Portugal, que tem também o título de Encarregado de Negócios. Isso coloca em posição de inferioridade o nosso Cônsul Geral, recomendado sempre com muitos louvores por todos os viajantes brasileiros que visitam Alexandria e Cairo e por todos os comandantes de navios de guerra brasileiros que têm passado pelo canal de Suez ou tocado em Alexandria.

Dentro de poucos meses passará por aquêlê canal e estacionará alguns dias em Alexandria o nosso navio-escola *Benjamin Constant*.

O Governo deseja acreditar o Sr. J. Debbané como «Agente Diplomático» ou como «Encarregado de Negócios» sem vencimentos, preferindo um dos dois títulos conforme o resultado da investigação a que está procedendo.

Não se tratando de um cargo político, digo, de um cargo diplomático remunerado, com dotação no Orçamento, penso que é desnecessário pedir a criação do emprêgo ao Congresso, como não costumamos pedir a criação de lugares de Agentes Diplomáticos em missão especial, e que bastará submeter o decreto de nomeação à aprovação do Senado.

Rogando a V. Excia. o favor de me dar o seu parecer sobre este ponto, susbrevo-me, como sempre,

De V. Excia.

Admirador, amigo atento mtº obrº

RIO BRANCO.

Rio, 5 de maio de 1908

Acudiu imediatamente Rui Barbosa com o seguinte parecer, inédito, que se encontra no Arquivo Histórico do Itamarati.

Com êle se conformou inteiramente o ministro do Exterior como se vê da carta seguinte:

Exmo. Amigo e Sr. Senador Rui Barbosa

Agradeço muito a V. Excia. o seu tão prudente e acertado parecer sobre o caso da nossa representação no Egito. Vou submeter ao Presidente um projeto de Mensagem ao Congresso e estou persuadido de que antes do fim do mês poderá o assunto ficar resolvido.

Com os meus agradecimentos, que V. Excia. receber também os protestos da mui alta estima com que sou, como sempre,

Amigo, atº e admor. obrº

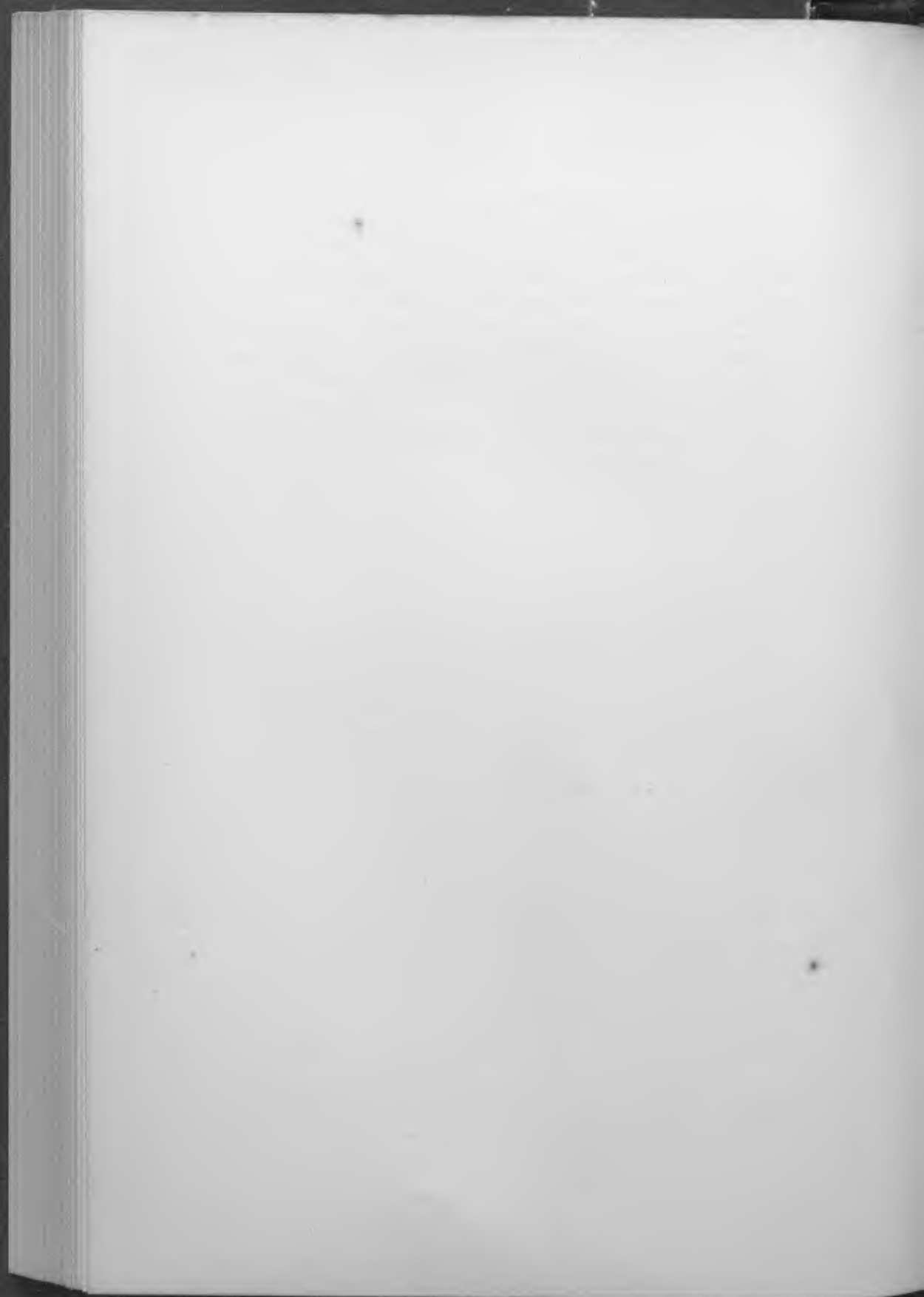
RIO-BRANCO

Rio, 9 de maio de 1908

Mas o otimismo dos prognósticos do Barão, de ver resolvido em um mês o assunto que o preocupava, não se confirmou, por motivos que ignoramos.

De fato, só a 21 de setembro de 1910, mais de dois anos após êsse bilhete, foi assinado pelo presidente Nilo Peçanha, e referendado pelo Barão do Rio-Branco, o Decreto nº 2.259, que sancionou a resolução legislativa dando ao Cônsul-Geral no Egito o caráter de agente político, ou diplomático, sem vencimentos. (*)

(*) RAUL ADALBERTO DE CAMPOS: *Legislação Internacional do Brasil*. Rio, 1929. Vol. II, pág. 182.



Parecer

Rio, 7 de maio, 08.

Exmo. Amº Sr. Barão do Rio-Branco

Estava ontem de cama, incomodado, às 9 horas da noite, quando recebi a sua carta datada de ante-ontem. Hoje me correu todo o dia impedido. Por isto só a horas da noite posso ter a satisfação de lhe dar a minha resposta, que V. Ex. receberá amanhã.

Muito justa me parece a medida, que V. Excia. está resolvido a tomar em relação ao nosso cônsul no Egito, recompensando-lhe tão bons e desinteressados serviços com elevá-lo à posição de agente diplomático ou encarregado de negócios; no que, juntamente, se consulta ao nosso interêsse de colocar o nosso representante ali em situação igual ao dos outros cônsules gerais naquele país.

Tenho, porém, dúvidas sôbre o objeto de consulta, que V. Excia. me faz; isto é, sôbre se o governo poderá levar a efeito essa deliberação mediante simples ato do poder executivo, visto não se tratar de um cargo remunerado, à semelhança do que se costuma com os lugares de agentes diplomáticos em missão especial.

Creio que, no tocante aos agentes diplomáticos em missão especial, a faculdade exercida pelo poder executivo, com o assenso do congresso, resulta das atribuições, dadas ao presidente da repúbli-

ca pela constituição, art. 48, ns. 7 e 16, de "declarar a guerra, fazer a paz, entabolar negociações diplomáticas e celebrar ajustes, convenções ou tratados". Entende-se, conforme a lição americana, que, quando a constituição confere expressamente um poder, nêle se consideram implicitamente conferidos todos os poderes necessários ao uso e eficácia dêsse. O agente diplomático em missão especial é o instrumento, de que pode haver mister o chefe da nação, para encetar essas negociações e concluir êsses convênios, cuja celebração o texto constitucional lhe incumbe. Donde a ilação que esta faculdade abrange aquela.

Mas, na espécie vertente, o de que se trata, é de criar um cargo de agente diplomático ou encarregado de negócios no Egito, função de *ordem permanente*, que não cabe, a meu ver, na matéria daquela disposição constitucional: declarar guerra, celebrar paz, travar negociações, firmar ajustes internacionais. Sendo assim, o caso, onde vai ficar, é sob o estatuído no art. 34, nº 25, da constituição, no qual se reserva privativamente ao congresso nacional o "criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições, e estipular-lhes os vencimentos".

Dir-se-ia que, em não havendo vencimentos, não existe o emprego público, de que o legislador constituinte cogitou? Não vejo base, para esta inferência, nem no contexto gramatical, nem na inteligência jurídica da disposição transcrita.

Verdade seja que, segundo A. MILTON, "*emprego* compreende, em sua acepção jurídica, todos os cargos remunerados". (*A Const. do Bras.*, pág. 172.) Quererá êle, porém, dizer que só os cargos

remunerados? Penso que não; mas, se o quisesse dizer, não me pareceria incontestável a tese.

A constituição do Império, art. 15, nº 17, continha cláusula semelhante; e o nosso clássico PIMENTA BUENO, comentando-a, ensinava, à pág. 102, nº 120, do seu *Direito Públ. Brasil.*: "A criação dos empregos não importa sòmente despesa pública; importa também autoridade ou funções. É, pois, *a lei, e só a lei*, quem deve fixar o número dêles, determinar as qualidades ou habilitações dos pretendentes, suas obrigações, responsabilidades e vencimentos".

Assim que não é sòmente a dotação orçamentária o que estabelece a competência legislativa. Esta nasce igualmente da consideração de que todo emprêgo público envolve elementos ou funções da pública autoridade, e de que esta, constitucionalmente, não se pode instituir, ou destruir, senão por ato do legislador, ou de conformidade com as regras por êle postas.

Salvo melhor juízo, portanto, que V. Excia. retificará com mais atenta reflexão, estudo mais desenvolvido e mais competentes auxiliares, o que se me afiguraria mais seguro, era promover a criação do cargo pelo congresso, onde o projeto não toparia dificuldades, e em poucos dias poderia estar convertido em lei. Em todo o caso, repito, não dou a minha opinião como *definitiva*. Aconselho sòmente o que me parece mais bem avisado.

Sempre de V. Excia.

O mesmo admor. amº e obrº e crº

RUI BARBOSA.



Bibliografia

OS PRIVILÉGIOS EXCLUSIVOS

NA

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS UNIDOS

PARECER

- ABBOTT, Howard S. — *A Treatise on the Law of Municipal Corporations*. St. Paul, 1905-1906.
- The American and English Encyclopedia of Law*. Vol. XXIX. 1896-1908.
- BEACH, Charles Fisk. — *A Treatise on the Law of Monopolies and Industrial Trust as Administrated in England and in the United States*. St. Louis, 1898.
- BIDDLE, George W. — Vide: COOLEY, T.M. — *Constitution History of the United States as seen the Development of American Law*. 1889.
- BLACK, Henry Campbell. — *A Dictionary of Law*. St. Paul, 1891.
- BLACK, Henry Campbell. — *Handbook on the Construction und Interpretation of Laws*. St. Paul, 1896.
- BOOTH, Henry J. — *A Treatise on the Law of Street Railways*. Philadelphia, 1892.
- CARSON, Hampton L. — *The Supreme Court of the United States. Its History, and its Centennial Celebration*. Philadelphia, 1892.
- The Century Dictionary*. An Encyclopedic Lexicon of the English Language. Prepared under the Superintendence of William D. Whitney. London, 1889.
- COOLEY, Thomas Mc Intyre. — *A Treatise on the Law of Torts, or the Wrongs, Which Arise Independent of Contract*. 2nd. edition. Chicago, 1888.

- COOLEY, Thomas McIntyre. — *Constitutional History of the United States as seen in the Development of American Law. A Course of Lectures.* New York & London, 1889.
- COTTON Jr., Joseph P. — *Vide: MARSHALL, John, in op. cit.*
- DILLON, John F. — *Commentaries on the Law of Municipal Corporations.* 4th. edition. Boston, 1890.
- O Direito. Revista Mensal de Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Vol IX.
- ELLIOT, Byron. — *A Treatise on the Law of Roads and Streets.* Indianapolis, 1900.
- ELLIOT'S, Jonathan. — *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution.* Philadelphia, 1891.
- ENDLICH, G. A. — *A Commentary on the Interpretation of Statutes. Founded on the Treatise of Sir PETER BENSON MAXWELL.* Jersey City, 1888.
- FREUND, Ernst. — *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights.* Chicago, 1904.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John and MADISON, James. — *The Federalist. A Commentary on the Constitution at the United States.* Edited by HENRY CABOT LODGE. London, 1888.
- HITCH-COCK, Henry. — *Vide: COOLEY, Constitutional History of the United States as seen in the Development of American Law.*
- JAY, John. — *Vide: HAMILTON, Alexander, in op. cit.*
- KENT, James. — *Commentaries on American Law.* 11th. edition. Boston, 1867.
- Lawyers' Reports, Annotated.* All Current Cases of General Value and Importance, with full Annotation. Rochester, 1888-1908.
- LIEBER, Francis. — *Legal and Politic Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction Law and Politics.* With Remarks on Precedents and Authorities. St. Louis, 1880.
- MADISON, James. — *Vide: HAMILTON, Alexander, in op. cit.*
- MARSHALL, John. — *The Writing upon the Federal Constitution.* Boston, 1839.
- POMEROY, John Norton. — *An Introduction to the Constitutional Law of the United States.* Especially designed for Students. Boston, 1888.

- SEDGWICK, Theodore. — *A Treatise on the Interpretation and Rules which Govern the Construction of Statutory and Constitutional Law*. Second Edition with Numerous Additional Notes by JOHN NORTON POMEROY. New York, 1874.
- SPELLING. — *Trusts and Monopolies*.
- STORY, Joseph. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. 5th. Edition. Boston, 1891.
- SUMNER-MAINE, Henry. — *Popular Government*. Four Essays. Second Edition. London, 1886.
- SUTHERLAND, J.G. — *Statutes and Statutory Construction*. Chicago, 1891.
- THAYER, James Braddley. — *Cases on Constitutional Law*. With Notes. Cambridge, 1894-1895.
- TIEDEMAN, Christopher G. — *A Treatise on State and Federal Control of Persons and Property in the United States*. Considered from Both a Civil and Criminal Standpoint. St. Louis, 1900.
- TIEDEMAN, Christopher G. — *The Unwritten Constitution of the United States*. New York and London, 1890.
- TIFFAY, Joel. — *A Treatise on Government and Constitutional Law*. Being an Inquiry into the Source and Limitation of Government at Authority, according to the American Theory. Albany, 1867.
- WEBSTER, Daniel. — *The Works*. Boston, 1851.
- WEBSTER, Daniel. — *Vide*: TIFFANY, Joel. *in op. cit.*

II

SERVIÇO PÚBLICO DADO EM CONCESSÃO
E SUA NATUREZA JURÍDICA

PARECER

L'Année Administrative. 1904.

- AUCOC, Léon. — *Conférence sur l'Administration et le Droit Administratif faites à l'École des Pontes et Chaussées*, Paris, 1882-85.
- BATBIE, A. — *Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif*. Paris, 1885.

- BÉQUET. — *Répertoire de Droit Administratif*.
- BERTHÉLEMY, H. — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, 1901.
- BOUCAULT. — *Autorisation et Concession Administrative pour l'Occupation des Voies Publiques*. Ed de 1903.
- BRÈS, Eugène de. — *De la Municipalisation des Services d'Intérêt Public en Italie*. Thèse. Paris, 1904.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. — *Tese de Concurso*.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. — *Direito e Legislação sobre Melhoramentos dos Portos Nacionais e Serviços a Cargo das Empresas ou Companhias de Docas*. IN *O Direito*, Vol. 87, páginas 5-22.
- CHRISTOPHE. — *Travaux Publiques*. Apud CARVALHO, J. X. op. cit.
- DALLOZ. — *Répertoire Méthodique et Alfabétique de Législation et de Jurisprudence*. Paris, 1847-18... V^e Concession.
- GIORGI, Giorgio. — *La Dottrina delle Persone Giuridiche o Corpi Morali*. Firenze, 1894.
- GUILLOUARD, Jean. — *Notion Juridique des Autorisations, des Concessions et des Actes d'Exécutif*. Paris, 1903.
- HAURIQU, Maurice. — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 4^{me} édition. Paris, 1901.
- LAFERRIÈRE, E. — *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris, 1896.
- MAGNERO. — *Dictionnaire du Domaine Public*.
- MANTellini, Giuseppe. — *Lo Stato e il Codice Civile*. Firenze, 1883.
- MARIN, Gascon. — *Municipalización de los Servicios Públicos*. Madrid, 1904.
- MORELLI, G.A. — *La Municipalizzazione dei Publici Servizi*. Torino, 1901.
- PERRIQUET, E. — *Les Contrats de l'Etat et Travaux Publics*. Deuxième édition. Paris, 1890.
- PILON, Eustache. — *Monopoles Communaux*. Paris, 1899.
- PIPIA, Umberto. — *L'Elettricità nel Diritto*. Milano, 1900.
- RANELLETTI, Oreste. — *Teoria Generale delle Autorizzazione e Concessione Amministrative*. Torino, 1894.

ROGRAY. — *Des Faits de Jussance Privative dont le Domaine Public est Susceptible.*

III

INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULA CONTRATUAL

PARECER

BARDE, L. — *Vide*: BAUDRY-LACANTINÉRIE, G., *op. cit.*

BAUDRY-LACANTINÉRIE, G. & BARDE, L. — *Des Obligations [Traité Théorique et Pratique de Droit Civil]*. Paris, 1879-1905.

Code Civil [Napoléon]

Codice Civile del Regno d'Italia.

EMÉRIGON — *Traité des Assurances*. Ed. de 1827.

GAUGUIER, Jules. — *De l'Interprétation des Actes Juridiques*. Thèse. Paris, 1898.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. — *Obrigações*. Exposição Sistemática desta Parte do Direito Civil Pátrio em Seguimento aos *Direitos de Família e Direito das Causas* do Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA. Rio de Janeiro, 1897.

LAROMBIÈRE, L. — *Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code Civil*. Paris, 1885.

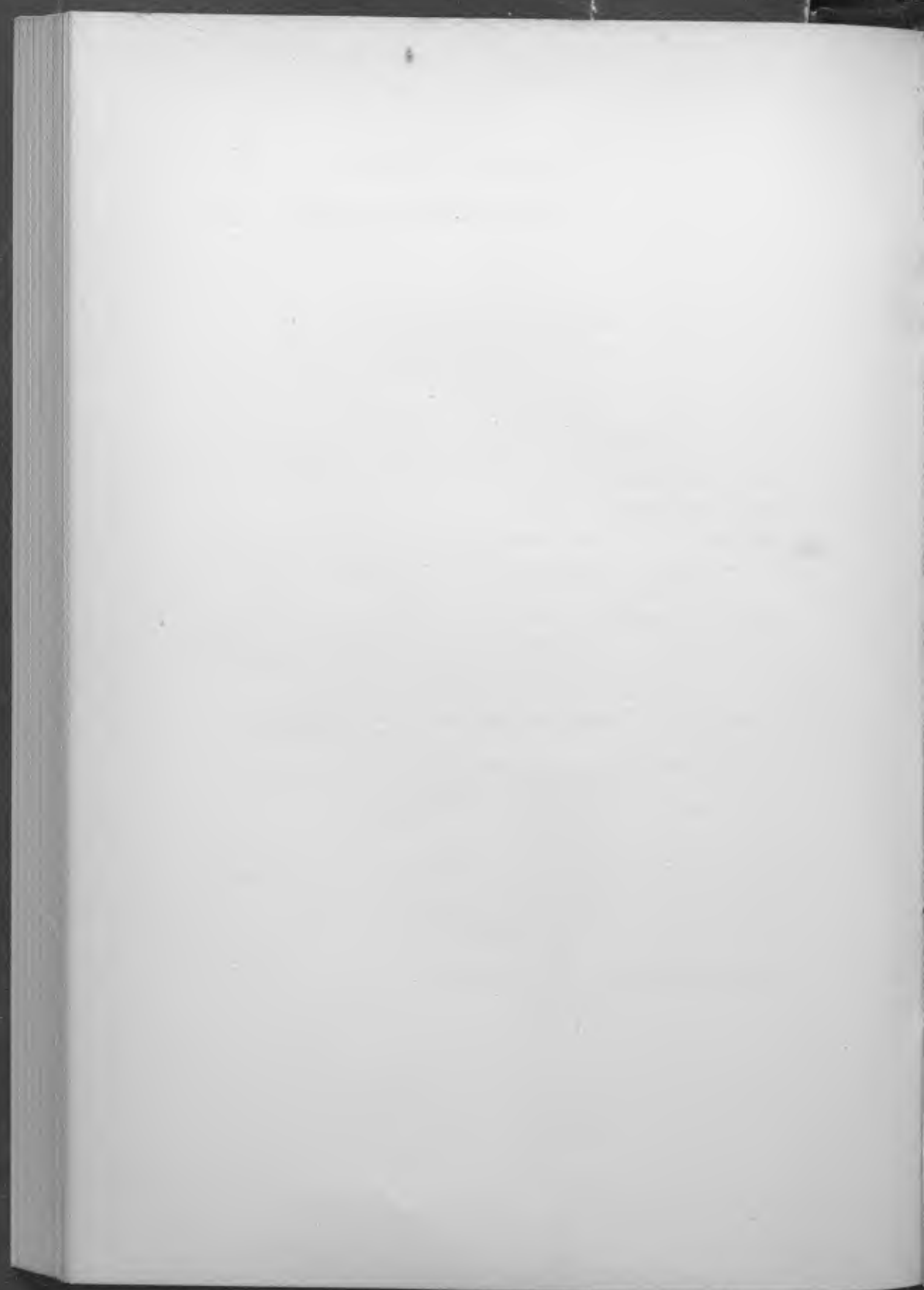
Pandectes Chronologiques ou Collection Nouvelle resumant la Jurisprudence de 1789 a 1886. Recueil Mensuel par RUBEN DE COUDER. Paris, 1887-1893.

Idem V^o Obligation.

PARSONS, Theophilus. — *The Law of Contracts*. 9th. edition. Boston, 1904.

POLACO, Vittorio. — *Le Obligazioni nel Diritto Civile Italiano*. Corso di Lezione. Verona, Padova, 1898.

Projeto de Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 1900.



ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABBOTT, Howard S., ps. 19, 27, 31, 33, 34, 35, 36, 67.
ARARIPE JÚNIOR, Tristão de Alencar, ps. 7, 8.
AUCOC, Léon, p. 145.
AUGER, p. 157.
BARBOSA, Juscelino, p. 199.
BARBOSA, Rui, ps. IX, XI, XIII, 4, 6, 8, 10, 15, 87, 92, 96, 97, 108, 112, 114, 116, 120, 122, 160, 161, 173, 192, 196, 198, 219, 223, 224 e 229.
BARDE, L., p. 169.
BATBIE, A., p. 156.
BAUDRIE-LACANTINERIE, G., p. 169.
BEACH, Charles Fisk, ps. 19, 37, 67.
BÉQUET, p. 145.
BERTHÉLEMY, H., p. 155.
BIDDLE, Georg, p. 65.
BLACK, Henry Campbell, ps. 38, 64, 80.
BLACKSTONE, William, p. 19.
BOOTH, Henry J., p. 67.
BOUCAULT, p. 154.
BOUTWELL, p. 50.
BOYD, ps. 57, 75, 76.
BRANDÃO, José Pires, p. 97.
BRÈS, Eugène de, ps. 140, 141, 142, 158.
C. LIMA & CIA., p. XI.
CALMON, Miguel [Miguel Calmon du Pin e Almeida] p. 177.
CALUCCI, Afonso, p. 195.
CÂMARA, José Gomes Bezerra, p. XIII.
CAMPOS, Coelho, p. XI.
CAMPOS, Raul Adalberto de, p. 225.
CARSON, Hampton L., ps. 58, 63.
CARVALHO, Carlos Augusto de, p. 157.
CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, p. 155.
CASTRO, A.C. Gomes de, p. XI.

- CASTRO, Antônio Augusto Cardoso de, p. 122.
CASTRO JÚNIOR, Francisco de, ps. XII, 8, 10, 123.
CAVALCANTI, Amaro, p. 122.
CHÉREAU, L., p. 155.
CHRISTOPHE, p. 155.
COKE, p. 19.
COOLEY, Thomas Mc Intyre, ps. 20, 208, 209, 211, 213.
COTTON Jr., Joseph P., ps. 40, 48, 65.
COULD, J. M., p. 167.
DALLOZ, Désiré, ps. 145, 152.
DAVIS, ps. 75, 77.
DEBBANÉ, Miguel, Conde, ps. 223.
DILLON, John F., ps. 25, 30, 38, 50, 51, 67.
DUVAL, p. 42.
ELLIOT, Byron, ps. 24, 27, 39, 81.
ELLIOT, William, ps. 24, 27, 39, 81.
EMÉRIGON, p. 163.
ENDLICH, p. 38.
ESPÍNDOLA, Manoel José, p. 122.
FERNANDES, Raul, ps. XII, 97.
FREUND, Ernst, ps. 45, 48, 52, 68.
GAUGUIER, Jules, p. 167.
GIANZANA, p. 148.
GIORGI, Giorgio, ps. 147, 148, 149, 150.
GORDO, Adolfo, p. XI.
GREENLEAF, p. 63.
GREY, p. 45.
GUILLOUARD, Jean, p. 146.
GUIMARÃES NATAL, Joaquim Xavier, p. 196.
GUINLE & CIA., ps. 7, 97.
HAMILTON, Alexander, p. 39.
HAURIOL, Maurice, ps. 134, 135.
HITCH COKE, Henry, p. 40.
JACKSON v. LAMPHERE, p. 59.
JAY, John, p. 39.
JEFFERSSON, Thomas, p. 38.
KENT, James, p. 41.
LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, p. 169.
LAFERRIÈRE, E., p. 156.
LAROMBIÈRE, L., p. 163.
LIEBER, Francis, p. 38.
LOBATO, Júlio V., p. 125.

- MACKENZIE, Alexander, ps. X, 7, 97, 103, 128, 157, 178.
MADISON, James, p. 39.
MAGNERO, p. 154.
MAIA, Alfredo, ps. IX, 8, 10.
MANTELLINI, Giuseppe, ps. 147, 148, 150.
MARIN, Gascon, p. 142.
MARSHALL, John, ps. 11, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 48, 49, 54, 55; 57;
58, 59, 60, 61, 71, 72, 213, 214.
McCLAIN, p. 75.
Mc. CULLOCK, ps. 213, 214.
McLEAN, p. 23.
MEDEIROS E ALBUQUERQUE, José de, p. XII.
MEIRA, João Alves, ps. 121, 123, 125.
MILTON, Aristides, p. 228.
MORELLI, G.A., ps. 134, 150.
MÜLLER, Lauro, p. 177.
MURTINHO, Manoel José, p. 122.
NERY, Fernando, p. XI.
OLIVEIRA, José Marcelino de, p. 195.
PARSONS, Theophilus, p. 81, 167.
PERRIQUET, E., p. 146.
PETERS, ps. 57, 61, 62, 63, 73, 77, 78, 79, 84, 213, 215.
PILON, Eustache, ps. 141, 143, 151, 152.
PIMENTA BUENO, José Antônio, p. 229.
PIMENTEL, Sancho de Barros, ps. XII, 97.
PIPIA, Umberto, p. 150.
PIRES E ALBUQUERQUE, Antônio Joaquim de Carvalho, ps. 8, 121.
PISA E ALMEIDA, Antônio Joaquim de Toledo, p. 122.
POLACCO, Vittorio, p. 169.
POMEROY, John Norton, ps. 38, 65.
RANELLETTI, Oreste, ps. 147, 148, 150.
RÊGO BARROS, João do, p. 173.
REGRAY, p. 155.
RIO BRANCO, José Maria da Silva Paranhos, Barão do, ps. X, 223, 224,
225, 227.
RODRIGUES ALVES, Francisco de Paula, p. 175.
RUDGE, John, ps. 113, 125, 157.
SALUSSE, Júlio Maria, p. XI.
SEDGWICK, Theodore, ps. 65, 66, 67.
SILVA, Alfredo Bernardes da, p. 122.
SIREY, p. 167.
SPELLING, p. 20.

- STORY, Joseph, ps. 41, 43, 82.
SUMNER MAINE, Henry, p. 56.
SUTHERLAND, J. G., ps. 38, 66.
TANEY, ps. 57, 58, 59, 60, 61, 64, 70, 71, 75, 76, 77, 79; 84; 85.
TAVARES, Braz Bernardino Loureiro, p. 195.
THAYER, James Braddley, p. 75.
THOMPSON, p. 59.
TIEDEMAN, Christopher G., ps. 21, 22, 48, 64, 66.
TÔRRES, Martins, p. XI.
VIEIRA, Severino dos Santos, p. 173.
WAITE, p. 44.
WEBSTER, Daniel, ps. 41, 42.
WILLIAM REID & CIA, ps. 7, 90, 103, 128, 130, 136, 157.
WOODBURY, p. 29.

ÍNDICE

PREFÁCIO	IX
I. OS PRIVILÉGIOS EXCLUSIVOS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS UNIDOS. Parecer	1
Nota do Revisor	7
Exposição	9
Consulta	11
PARECER	13
II. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO DISTRITO FEDERAL. Competência Municipal. Parecer ..	93
Nota do Revisor	97
PARECER	99
III. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA.	
Caso de Atribuição concorrente. Parecer	109
Consulta	113
PARECER	115
IV. COMPETÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL. Fornecimento de Energia Elétrica gerada por Força Hidráulica.	
Aplicação do Decreto nº 1.021. Desapropriação. Parecer ..	117
Nota do Revisor	121
PARECER	125
I — União e Distrito Federal	128
II — Competência	131
III — Contrato	144
IV — Conclusão	159
V. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL.	
Critério a adotar na Hipótese de Manifesta Divergência entre Disposições pactuadas. Parecer	161
PARECER	163

VI. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL	
<i>(Société Anonyme du Gas)</i> . Faculdade outorgada à Con-	
cessionária para Emprêgo do Gás d'Água. Parecer	171
Nota do Revisor	173
PARECER	179
VII. TRIBUTAÇÃO CUMULATIVA ENTRE O ESTADO	
E AS MUNICIPALIDADES. Inconstitucionalidade da	
Lei Estadual que a Estabelece. Cabimento de Recurso	
Extraordinário. Parecer	193
Nota do Revisor	195
Consulta	197
PARECER	199
VIII. CARGO DIPLOMÁTICO NÃO REMUNERADO. Ne-	
cessidade de sua Criação pelo Legislativo. Parecer	221
Nota do Revisor	223
PARECER	227
BIBLIOGRAFIA	231
ÍNDICE ONOMÁSTICO	237

AOS 24 DIAS DO MÊS DE JULHO DO ANO DE
1963, 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 SEGUNDO

DO VOLUME XXXV

DAS

Obras Completas de Rui Barbosa

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÊRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

DEPARTAMENTO DE IMPRENSA NACIONAL
1963



