







OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA

VOLUME XXXI

TOMO II

*Foram impressos três mil exemplares em papel
vergé do presente volume das Obras Completas
de Rui Barbosa mandadas publicar, sob os aus-
pícios do Governo Federal, pelo ministro Gustavo
Capanema, dentro do plano aprovado pelo decreto
lei 3.668, de 30 de setembro de 1941, baixado pelo
Presidente Getúlio Vargas, e de acordo com o de-
creto n. 21.182, de 27 de maio de 1946, promulga-
do pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra e referen-
dado pelo ministro Ernesto de Sousa Campos*

- Emphyteuse =

- As minas w. os fatores. Thiry I, p. 749.
(Conti. Anexo I, p. 567.) Dernante II, n.º 421 Adol
Lau I, n.º 612. Lafay., I, n.º 259, 258, 262
- N.º que determina o valor do predio:
~~Thiry I, 843.~~ Lau. VIII, p. 535, 538,
541. Flancol II, p. 556. Pand. B., v. 35, p.c. 609,
col. 616, n.º 170. v. 29, col. 1025. Pand. F., v. 29,
p. 644, n.º 112., 645, n.º 135.
- O direito confere w. poder extrair os prod. das min-
as, salvo se já estiveram em explorações
~~Thiry I, p. 843~~ (anal. com wuf. p. 749-50)
Lau.: Supl. III, p. 41. ~~L. test. belg. 10 Jan~~
~~1824, a. 3.~~ C. em. Holl., a. 768.
Flancol. II, n.º 4824. Pand. B., v. 35, col. 616;
v. 22, col. 1084. Pand. F., v. 29, p. 645, n.º 126.

Uma página dos apontamentos para a redação do parecer acerca
das Arcias Monazíticas

(Arquivo da Casa de Rui Barbosa)



OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXXI. 1904
TOMO II

TRABALHOS JURÍDICOS
PARECERES



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE
RIO DE JANEIRO - 1952

18:004012

TOMB 0003897



320.981
B238

CATALOGO 003905

PREFÁCIO E REVISÃO

DE

JOSÉ CÂMARA

Advogado no Distrito Federal



P R E F Á C I O

Integram os trabalhos ora reproduzidos o tomo II do volume XXXI, das OBRAS COMPLETAS, correspondente a 1904, na forma do decreto lei nº 3.668, de 30 de setembro de 1941.

Com a presente série de escritos jurídicos do Conselheiro Rui Barbosa continuamos a publicação dos trabalhos dêsse gênero por êle produzidos no ano de 1904.

Constitui essa quadra, no âmbito de trabalhos do juris-consulto, uma das fases mais fecundas de sua existência. Dos estudos aqui reunidos, porém, nenhum dêles se refere a atividade estritamente forense, consistindo o seu conteúdo em pareceres suscitados em consultas, das quais muitas não foram localizadas.

Reservou-se aos três tomos que a êste se seguem a matéria consistente em arrazoados perante os tribunais.

Muito embora multiforme seja o caráter dos temas ora publicados, justo é salientar o ramo jurídico predominante — o constitucional — que permitiu, sem dúvida, ordenar numa só unidade a maioria de teses debatidas.

São os seguintes os opúsculos constantes do presente Tomo:

I — Renúncia ao direito de recorrer mediante compromisso. *Competência privativa da União para regular a matéria. Sua natureza.*

II — Reforma constitucional. *Requisitos exigidos pela Constituição de Minas Gerais.*

- III — Irredutibilidade dos vencimentos de magistrados. *A Constituição da Bahia e a inobservância do princípio. Juízo competente para conhecer da hipótese.*
- IV — Areias monazíticas. *Sua exploração em terrenos de marinha aforados pela União. Rescisão por ato viado. Competência para declará-lo.*
- V — Impôsto territorial. *Imóvel não sujeito a sua incidência.*
- VI — Impôsto estadual sobre agências de companhias de navegação. *Sua inconstitucionalidade.*
- VII — Impôsto sobre o álcool. *Competência tributária da União e dos Estados. Atribuição privativa do Poder Legislativo. Art. 34, nº 23 da Constituição.*
- VIII — Impôsto sobre transações comerciais. *Sua inconstitucionalidade em face da Constituição de Minas Gerais. Remédio jurídico. Oportunidade.*
- IX — Levante de 14 de novembro de 1904. *Foro competente para conhecer dos fatos criminosos praticados. Delito militar.*
- X — Fornecimento de gás e energia elétrica. *Privilégio do concessionário em face da Constituição da República.*
- XI — Hipoteca de estrada de ferro. *Natureza dos direitos outorgados pelo Estado ao concessionário de ferrovia.*
- XII — Assembléias provinciais do Império. *Situação jurídica dos antigos funcionários aposentados.*
- XIII — Cargo público vitalício em face da lei ordinária. *Natureza contratual da função pública.*

* * *

Como quase sempre tem ocorrido, foram utilizados na cópia dos opúsculos ora textos impressos, ora manuscritos.

Verificada a última hipótese, nem sempre significa isto tratar-se de inédito. Sucedem, às vezes, não se conhecer qualquer reprodução.

Materia impressa, sabidamente, é a contida nos opúsculos III, IV, VII, VIII, IX, X, XI e XII.

O escrito que integra o opúsculo I, ao que se infere, não foi publicado (1).

O parecer que constitui o opúsculo III, concernente a irreduzibilidade de vencimentos de magistrados, em face da Constituição da Bahia, foi publicado no Diário de Notícias desse Estado, em sua edição de 30 de março de 1905, servindo, não obstante, de fonte, o texto manuscrito, conservado no arquivo particular de seu Autor.

O de número IV, que diz respeito à exploração de areias monazíticas em terrenos de marinha aforados pela União, cujo conteúdo abrange dois pareceres elaborados num só ano em resposta a duas consultas diferentes, formuladas pelo advogado Pedro Lago, foi todo ele impresso no avulso publicado nesta Capital (Rio de Janeiro, Tip. Leuzinger, 1904), por esse causídico (2), onde ocupa as páginas 56-65 e 89 a 118, do avulso.

O trabalho que constitui o opúsculo VII, atinente a imposto sobre transações comerciais, e suscitado pela discussão do projeto nº 64 — de 1904 (Câmara dos Deputados de Minas Gerais) teve como base o texto estampado no Comércio Mineiro, dessa época, não se conhecendo o manuscrito original. Copiado de um recorte existente na Casa de Rui Barbosa, parece ter sido transcrito em outro jornal.

(1) Original manuscrito, no arquivo da Casa de Rui Barbosa. Existem, igualmente, manuscritos, dos opúsculos II, III, V, VI, VIII, XI e XIII.

(2) Um dos pareceres, o que vai incluído nas págs. 51 a 63, do presente tomo, saiu publicado na *Revista Predial*, Vol. I, págs. 196 a 206. Rio de Janeiro, 1913.

A questão do impôsto sobre o álcool, motivada pelo conflito em expectativa, surgido com a expedição de alguns atos do governo baiano, em face das constituições federal e estadual, deu ensejo à matéria do opúsculo VIII, publicado, na sua íntegra, no Relatório da Diretoria da Associação Commercial da Bahia, em 1905.

A controvérsia a fim de saber-se qual o foro competente para julgar os implicados no levante de 14 de novembro de 1904, ocasionou, entre outros, o parecer de Rui Barbosa, constituindo sua resposta ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores o opúsculo IX. Utilizou-se para a publicação o avulso feito na Imprensa Nacional (3).

O parecer dado ao advogado Sancho de Barros Pimentel, referente ao litígio S/A. do Gás do Rio de Janeiro versus Comp. de Carris Jardim Botânico teve duas edições, ou melhor duas tiragens: a primeira, em 1904, com o avulso em que se contêm as razões de apelação do primeiro dos litigantes (Rio de Janeiro, 1904, págs. 20 a 55); a segunda, promovida em 1905, com ligeiras modificações, sendo aproveitada em grande parte a composição anteriormente empregada. Este trabalho foi também reproduzido nos jornais Gazeta do Povo, da Bahia, e A Bahia, edições de 7 e 10 de julho de 1906, respectivamente.

* * *

Os demais opúsculos, quais sejam os de números I, II, V, VI, XI e XII, tiveram como fonte manuscritos conservados na Casa de Rui Barbosa, sendo o de número XI de próprio punho do Autor (4). Os outros, manuscritos ou dactilo-

(3) Publicado igualmente em *O Direito*, vol. XC, págs. 49 e segs., na *Revista dos Tribunais*, desta Capital, vol. II, págs. 113-125, e no *Jornal do Comércio*, edições de 26 e 27 de dezembro de 1904.

(4) Publicado, em sua íntegra, na *Gazeta Jurídica, Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência do Estado de São Paulo* (Vol. XXXVII, págs. 5 a 44), sendo, não obstante, utilizado o manuscrito original, obtido e cedido à CASA DE RUI BARBOSA pelo Sr. Antônio Gontijo de Carvalho. Do impresso, copiou-se apenas a consulta que ocasionou o parecer.

grafados, estão autenticados com a rubrica do Conselheiro Rui Barbosa (5).

Quanto ao parecer incluído sob o número XIII, que trata da vitaliciedade [estabilidade] de funcionário público, foi o seu texto obtido pelo Dr. Gontijo Carvalho, não nos constando qualquer reprodução de seu conteúdo. O original, em manuscrito do próprio Rui, pertence hoje ao professor Ulpiano de Sousa, que gentilmente forneceu cópia fielmente reproduzida na publicação ora entregue ao público (6).

* * *

Não contêm os quatro tomos de Trabalhos Jurídicos do vol. XXXI, ora divulgados, tódas as produções dêste gênero elaboradas em 1904. Um parecer, que segundo apontamentos teria sido elaborado a respeito de cobrança de multas fiscais pelos Estados, datado de 16 de junho de 1904, e bem assim uma petição de habeas-corpus, não foram encontrados, ficando, nesta parte, mutilada a coleção.

Afora os casos apontados, outros possivelmente existem, dos quais não possuímos roteiros seguros (7).

* * *

(5) Não conseguimos obter informações seguras pertinentes aos opúsculos V e VI, sem embargo das providências intentadas. Do último, tudo quanto obtivemos, consistiu no teor da consulta, encontrada na correspondência do autor.

(6) Refere-se o conteúdo dêsse escrito à questão da estabilidade dos funcionários públicos, muito embora Rui Barbosa denomine vitaliciedade a tal forma de garantia — noção modernamente restrita, por assim dizer, aos cargos da magistratura, do magistério e titulares de ofícios de justiça. Ainda que genérico o conceito emitido, ativemo-nos, quando o rotulamos ao título mais condizente com as próprias expressões do Autor, adstritos, como nos achamos, a enunciar com o máximo de precisão e fidelidade ao nosso alcance, o assunto contido em cada trabalho ainda sem designação literária adequada.

Foi este, aliás, o critério invariavelmente seguido, pois, com exceção do opúsculo IV, que concerne à célebre lide a respeito de areias monazíticas, cujo título primitivo foi apenas apostilado a fim de mais facilmente adaptar-se ao sistema — todos receberam rótulos próprios.

(7) Além dessas peças jurídicas, cumpre mencionar ainda a cordância de RUI BARBOSA com um parecer do visconde de OURO PRÊTO,

Vão precedidos de notas explicativas, focalizando sucintamente os fatos relacionados com a matéria, os opúsculos cujo histórico foi possível investigar.

As notas de pé de página numeradas com algarismos arábicos são do próprio Autor; tôdas as demais, assinaladas com asterisco, pertencem ao revisor.

Insere-se no fim do tomo a bibliografia dos trabalhos cuja elaboração exigiu intensa indagação jurídica ou doutrinária.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro, 1947.

JOSÉ CÂMARA

datada de 2 de setembro de 1904, e publicada na *Revista Forense*, vol. III, pág. 135.

Consistia a questão suscitada em saber:

- a) se tinha o testador o poder de, no ato de aprovação do testamento, modificá-lo, e
- b) se induzia a nulidade a omissão das palavras *— bom, firme e valioso*, a que aludiam as Ordenações do Reino, Liv. IV, Tit. 80, § 1.

O visconde de OURO PRÊTO opinou no sentido de considerar-se válida a declaração de última vontade, nestas condições manifestada.

Havia sido a matéria ventilada na Relação de Minas Gerais, quando, em grau de recurso (apelação n. 1.872, originária da Comarca de Caeté), se debatia uma ação de divisão de terras. Por desempate, em acórdão relatado pelo desembargador Edmundo Lins, entendeu o Tribunal que não cabia declarar a nulidade no feito, atendendo-se ao seu caráter específico, considerando-se, assim, válida a instituição dos herdeiros. Foi voto vencido o desembargador Hermenegildo de Barros. (Cf. *Revista Forense*, vol. III, págs. 145-160.)

Em grau de embargos, foi a decisão confirmada.



RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER

Mediante Compromisso

*Competência Privativa da União
para
Regular a Matéria
Sua Natureza*

PARECER



NOTA DO REVISOR

O decreto nº 3.900, de junho de 1867, que regulou o juízo arbitral do comércio, previu a inclusão da cláusula — *sem recurso* — a que ficava condicionada a instituição dêsse juízo. (Art. 62.)

Facultava-se às partes apelar da sentença arbitral, ainda que houvesse ficado expressa essa cláusula, cabendo ao juízo *ad quem* (tribunal superior), decidir a matéria.

Dispunha o art. 65 que a renúncia ao direito de recorrer, manifestada na cláusula *sem recurso*, não obstava a apelação, desde que se verificasse qualquer dos seguintes vícios:

- a) nulidade ou extinção do compromisso;
- b) excesso dos poderes conferidos aos árbitros;
- c) preterição, pelos árbitros, das formalidades essenciais do processo.

A constituição de 24 de fevereiro de 1891, conferindo, ainda que implicitamente, aos Estados, a atribuição de legislar a respeito de Direito processual, reservou-se a competência para dispor acerca do Direito substantivo.

Suscitando-se questão para o fim de saber se o compromisso, na acepção contida na lei de 1867, envolvia matéria de Direito substantivo, ou adjetivo, foi pedido o pronunciamento do Consº Rui Barbosa, que elaborou o parecer adiante publicado.

Foi a consulta apresentada por Teixeira de Andrade, conforme documento hoje conservado no arquivo da Casa de Rui Barbosa, sendo formulada nos seguintes termos:

Se cabe nos limites próprios da legislação processual, reservada entre nós aos Estados, revogar o art. 65 do decreto nº 3.900, de 1867, isto é, reconhecer efeitos absolutos à cláusula do compromisso pela qual os compromitentes renunciam ao direito de recorrer.

Parecer

Respondo negativamente (*).

Entre o direito substantivo e o direito adjetivo matérias há, que constituem uma como zona de fronteira, com dependências e elementos para uma e outra parte, que cumpriria discernir, que em teoria mais ou menos facilmente se discernem, mas que na prática das codificações, muita vez se confundem.

Não há nessa confusão inconvenientes apreciáveis, onde quer que a prerrogativa de legislar sobre o direito substantivo e o direito adjetivo se concentre nas mãos da mesma soberania, como sucede quase em todos os países. Em certos Estados, porém, de organização federativa, como o nosso, onde a União deixa aos Estados a legislação processual, reservando-se o direito substantivo nas leis civis, comerciais e penais, releva que se proceda com o maior rigor à discriminação.

O compromisso é uma dessas instituições, que, entendendo com as duas competências, tocam, por um lado, ao código civil, por outro ao do processo. Nos países onde ambos êsses códigos são emanações da mesma autoridade, qualquer dêles poderia avocar a si toda a matéria do compromisso, atenta a dificuldade, em certos pontos, de traçar a linha divisória entre a parte de um e a do outro com a devida nitidez. Como, porém, o código do processo pressupõe o có-

(*) Vide, na Nota do Revisor, os têrmos da consulta formulada.

digo civil, e êste não poderia antecipar à matéria daquele, natural era que a absorção se levasse a efeito em benefício do código do processo, deixando a êste o código civil a tarefa de regular, no concernente à jurisdição de um e outro, tôda a matéria do compromisso.

Deduzir daí, portanto, citando os exemplos europeus, que tôda a legislação relativa ao compromisso caiba na alçada processual, pertencendo assim, entre nós, aos Estados, seria êrro imperdoável. A todos êsses exemplos se estende, com o mesmo fundamento, o que se tem reflexionado, no tocante ao cód. civil italiano e ao francês, quanto ao título rubricado neste com o nome de *arbitrage*, naquele com o de *compromesso*. O legislador aí abrangeu conjuntamente "due cose che devono invece essere tenute distinte; ha voluto significare tanto la convenzione cui addivengono le parti per sottoporre la controversia alla giurisdizione degli arbitri, renunciando a quella delle autorità giuriziarie, quanto il giudizio arbitrale, che è il complesso di quegli atti delle parti e degli arbitri che devono condurre alla decisione della controversia". (MARIANO MARIANI: *Compromesso. Digesto Ital.* vol. VII, parte III p. 544, n.º 2.)

Ao tratar, pois, do arbitramento ou compromisso, os códigos do processo civil europeus enfeixaram nas suas disposições, com o assunto que lhes competia, o que tocava a competência inegável dos códigos civis. É o que expressamente adverte, entre outros, além do autor que acabamos de citar, um jurisconsulto que tratou com especial atenção êste ponto. "Trattando degli arbitramenti" diz êle, "il codice di procedura viene in certo modo adempiendo alle parti del codice civile; perocchè intende non solo a designare la forma del giudizio arbitramentale, ma

a regolare la sostanza e la forma del compromesso, nel quale si scorgono i caratteri di un vero contratto" (TRIANI : *Studi ed appunti di diritto giudiziario civile. Del compromesso.* Bologna, 1883, pág. 274).

Ora, se o compromisso é um contrato, pertence, como tal, ao direito das obrigações, e, nesta qualidade, não pode entrar no domínio do código do processo.

Mas em que o compromisso é um verdadeiro contrato, tendente aos efeitos dos contratos, subordinado às regras dos contratos, adstrito às condições gerais das obrigações, todos os votos são contestes. Ninguém jamais o negou. (CARRÉ : *Comment.* art. 1.003 — DALLOZ : *Repert.* v. IV, p. 484, n.º 375-6. — LESSONA : *Arbitramento. Enciclop. Giuridica Ital.* v. I, parte III, pág. 565, n.º 2, 586 n.º 29. — *Digesto Italiano*, v. VII, parte III pág. 547, números 14-15, e 590 n.º 156. — *Pandectes Françaises*, v. VIII, pág. 39, n.º 101. — ARNDTS-SERAFINI : *Pandette*, § 270 v. II pág. 214. — LAURENT : *Princíp.* v. XXVII, n.º 330. — GARSONNET : *Cod. de procéd.*, v. VII, págs. 317, 323, 334, 339, 356. — DIAS FERREIRA : *Proc. civil*, v. I, pág. 106. — GALDI : *Sul Commentar. del Cod. de Proced. Civ. di Pisanello, Scialoja e Mancini*, v. I, págs. 93, 94, 101. — MAGNI : *Cod. di Proced. Civ.*, v. I, pág. 4. — BOITARD : *Code de Procéd. Civ.*, v. II, pág. 348. — MORTARA : *Man. della Proced. Civ.*, v. II, pág. 476 n.º 1.036. — GARGIULO : *Il Cod. di Proc. Civ.*, v. I, págs. 56-7, 61. — CODOVILLA : *Del compromesso*, págs. 3-5, 19. — *Pandectes Belges*, v. XXII, col. 424, n.º 110, col. 428 n.º 130).

Não me permitindo os limites desta nota reproduzir a linguagem dessas autoridades tôdas, tôdas expressas e categóricas no formular desta noção, e

muitas outras, que fácil me fôra nomear, limitar-me-ei a transcrever as palavras de algumas, que se encontrarão nos lugares supra-indicados.

As de DALLOZ, por exemplo :

Le compromis étant un véritable contrat, il en produit les effets et est soumis aux règles des contrats en général, ainsi que TOULLIER, t. 6, n.º 827, et CARRÉ, art. 1.003 en font la remarque. Comme Contrat, le compromis est assujetti aux conditions générales des obligations.

As de GALDI (que traduzem literalmente as de DALLOZ) :

Il compromesso essendo un vero contratto, ne produce gli effetti, ed è soggetto alle regole dei contratti in generale. Quindi, come contratto il compromesso è soggetto alle condizioni generali delle obbligazioni.

As de BOITARD :

Le compromis, ou la convention par laquelle les parties soumettent une cause à des arbitres, n'est au fond qu'une aliénation, qu'une obligation, qu'une libération conditionnelle.

As de DIAS FERREIRA :

O compromisso é verdadeiro contrato.

As das Pandectas Belgas:

Le compromis étant un contrat est soumis aux règles générales des contrats et des obligations conventionnelles.

As de MORTARA, enfim, como o mais recente de todos na 3.^a ed. do seu livro :

Che esso (il compromesso) sia un contratto, non lo si può discutere.

E, com efeito, não se pode. Não se poderia controvertê o caráter de contrato ao compromisso, sem

dar cópia de ignorância grosseira sobre o em que consiste a idéia jurídica de contrato.

Mas, se é inegável o constituir o compromisso arbitral um verdadeiro contrato, tão pouco seria lícito duvidar que a êsse contrato pertença, que entre os dêsses contrato seja um dos elementos, que faça parte dêsses contrato, a cláusula de renúncia ao recurso legal outorgado contra a sentença dos árbitros.

Essa cláusula faz parte do compromisso. E por duas razões.

Primeira, porque é no compromisso que se estipula. (Reg. n.º 737, de 25 de nov. 1850, art. 430 § 2.º. — Decr. n.º 3.900 de 26 de junho 1867, art. 10 § 29. — Decr. n.º 3.084 de 5 nov. 1898, parte III, art. 775, b.) Nem se pode estipular fora dêle.

Segunda, porque é uma estipulação que interessa em sua essência o compromisso, modificando profundamente as condições do juízo arbitral, objeto dêsses contrato. Essa cláusula, de feito, limita severamente o direito das partes contratantes, que, não a adotando, se teriam reservado os remédios ordinários contra as sentenças impugnáveis, e, adotando-a, pelo contrário, se despojariam dêsses direitos preciosíssimo, conferindo ao laudo arbitral o privilégio absoluto da irrecorribilidade. (BORSARI : *Il cod. it. di proc. civ.* v. I, pág. 53.)

A faculdade, portanto, de manter ou renunciar êsse jus pertence ao Direito das obrigações, objeto do código civil, não das leis do processo. Quando, por conseguinte, as nossas leis, admitindo essa faculdade, a restringem, estatuindo que a cláusula *sem recurso*, isto é, a cláusula renunciativa do recurso, não obsta à apelação, quando se trate de compromisso nulo, de compromisso extinto, ou de sentença arbi-

tral que exorbite do compromisso, o que se faz nessa disposição, é limitar, por motivos superiores, aos compromitentes a liberdade natural de contratarem. Ora a definição dessa liberdade, suas condições, seus limites, compete, na esfera legislativa, ao direito das obrigações. É conseqüentemente, matéria do código civil. Logo, não cabe aos Estados tocá-la.

Esta verdade se impõe com tão manifesta evidência, que, apenas se tratou entre nós, organizado o régimen político atual, de fixar, em matéria de compromisso, a delimitação entre o poder legislativo estadual e o federal, para logo se reconheceu pertencer ao domínio dêste o ponto regulado no decr. n.º 737 de 1850, art. 469, no decr. n.º 3.900, de 1867, art. 65, e no decr. n.º 3.084 de 1898 art. 829.

Com efeito, já no *Projeto do cód. civ.* pelo Dr. COELHO RODRIGUES se encontra consignado o preceito daqueles decretos, que assegura aos compromitentes o direito à apelação, não obstante a cláusula "sem recurso". (Art. 697.)

No projeto Clóvis BEVILÁQUA, igualmente o art. 1.179, mantém sempre à parte, que se não conformar com a decisão arbitral, o remédio de apelar, no caso de ser nulo o compromisso, ou de ter o árbitro ultrapassado os seus poderes. (*Trab. da Com. Esp. da Câm.*, vol. I, p. 117).

Procedendo-se à revisão dêsse projeto pela comissão dos cinco, para a qual o Supremo Tribunal concorreu com três dos seus atuais ou antigos membros, um dos quais é o seu presidente, e com o seu presidente o Instituto dos Advogados, reforçou-se, no art. 1.194 do revisto, aquela disposição do projeto primitivo, com a declaração expressa: "Ainda que o compromisso contenha a cláusula — sem

recurso — e pena convencional contra a parte discordante".

Incumbido pelo Instituto dos Advogados de relatar sôbre essa parte do projeto, o Sr. AMARO CAVALCANTI opinou, sustentando o acerto das provisões ali contidas acérca do compromisso. (*Trabalh. da Com. da Cam.*, v. II, págs. 179-80).

Na Câmara dos Deputados a comissão especial dos vinte e um foi unânimemente dêsse parecer, não havendo quem se opusesse ao art. 1.194 do projeto revisto, que se conservou tal qual no projeto parlamentar sob o n.º 1.088. (*Trab. da com.*, v. VII, p. 144).

Submetido, enfim, êsse projeto da comissão especial à Câmara dos Deputados, esta o aprovou sem alteração nessa parte, figurando hoje intacta aquela disposição no projeto definitivo (art. 1.049) agora entregue ao senado (*Trab. da com.*, v. VIII, pág. 176.)

Portanto, a opinião que reserva à competência legislativa federal a matéria do compromisso e, especialmente, da renúncia pelos compromitentes ao direito de recorrer, tem por si o sentir unânime dos nossos codificadores, o do presidente do Supremo Tribunal Federal (*), o do Instituto dos Advogados e o de uma das casas do congresso, não havendo probabilidade aparente de que a outra rompa essa cadeia universal de autoridades. Que mais lhe faltará, para que o consideremos, pois, como uma espécie de *jus receptum*? E êste ficou tanto mais claramente definido, quanto no projeto dos cinco revisores, no dos vinte e um e no da câmara, um parágrafo único, acrescentado ao artigo, acautela o direito dos Estados, prescrevendo que o recurso admissível às partes.

(*) Conselheiro Olegário Herculano de Aquino e Castro.

no caso em que renunciado houverem ao arbitrio de recorrer "será regulado por lei processual".

E ainda bem que se compreendeu, aqui, a necessidade grave de traçar a raia entre o direito substantivo e o adjetivo. Porque o fato de já se quebrar, em legislações estaduais, a nossa excelente tradição, consagrada nos decrs. de 1850, 1867 e 1898 atribuindo à cláusula renunciatória o efeito de obstar absolutamente ao recurso, ainda nas hipóteses de nulidade manifesta no compromisso e excesso de poder na sentença arbitral, está mostrando a sorte desastrosa que aguardaria essa instituição, se os legisladores federais a entregassem, no concernente ao vínculo contractual, sua extensão e seus efeitos, ao tumultuário legislar dos Estados.

Não se pode conceber, realmente, que uma legislação esclarecida valide a renúncia convencional do recurso, quando êste assente a sua necessidade em interesses superiores aos dos contraentes. Suponhamos um compromisso firmado entre incapazes de comprometer, um compromisso ajustado sobre matéria insuscetível de solução arbitral. Suponhamos ainda, um laudo arbitral que condene a parte a um ato ilícito, que seja proferido por quem não podia ser árbitro, que se pronuncie sem representação legal dos compromitentes no processo, que resolva assuntos não abrangidos no compromisso, que pretira solenidades impostas às sentenças sob a pena absoluta de nulidade. Em tais eventualidades, a sentença arbitral *violou a ordem pública.* (*GLASSON : Précis th. et prat. de proc. civ., v. II, pág. 640.*) Como, pois, tolerar sensatamente que uma convenção particular tenha a fôrça de legitimá-la ?

Nenhuma legislação, que sirva de exemplar às outras, o tem feito. Todos admitem, nos casos de nu-

lidade radical, a revogação do laudo, não obstante qualquer renúncia dos compromitentes nos seus recursos. (C. do proc. civ. fr., arts. 1.027, 1.028. C. proc. civ. ital., art. 32. — C. proc. civ. alemão, art. 867. — *P. Frans.*, v. VIII, pág. 139, ns. 1.725-27, pág. 138, ns. 1.710-1.712. — *Enciclop. Giur. Ital.*, v. I, parte III, pág. 625. — GALDI : *Op. cit.*, v. I, pág. 162. — MAGNI : *Op. cit.*, v. I, pág. 24. — BORSARI : *Op. cit.*, v. I, pág. 73. — GARGIULO : *Op. cit.*, v. I, págs. 85, 95, 98. — CODOVILLA : *Op. cit.*, pág. 587. — MATTIROLO: *Diritto Giud. Civ. Ital.*, v. I, n.º 799. — GLASSON : *Ibid.* — CUZZERI : *Il Cod. Ital. di proced. civ.*, v. I, pág. 78. — BLACKSTONE : *Commentaries*. Ed. Lewis. L. III, pág. 1.038).

Rio, 14 de setembro, 1904.

RUI BARBOSA



II

REFORMA CONSTITUCIONAL

REQUISITOS EXIGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO
DE
MINAS GERAIS

PARECER



NOTA DO REVISOR

A constituição política do Estado de Minas Gerais, promulgada a 15 de junho de 1891, dispunha em seu art. 121 que sómente poderia ser reformada por iniciativa do congresso ou das câmaras municipais.

Considerava-se proposta a reforma, quando, apresentada por uma terça parte, no mínimo, dos membros do congresso, devendo presumir-se aceita se, em três discussões, tivesse a proposição o sufrágio de dois terços dos votos dos presentes numa ou noutra casa do congresso, ou, quando solicitada, em dois anos consecutivos, pela maioria das câmaras municipais do Estado. (§ 1º.)

Adotada no ano seguinte, tinha-se como aprovada a proposta, uma vez que assim deliberasse o plenário em três discussões, por maioria de dois terços nas duas casas do congresso. (§ 2º.)

Cogitando-se, em 1904, de reformar a constituição do Estado, na parte referente aos impostos de indústrias e profissões, e predial, foi pedido, a respeito, o pronunciamento do Cons^o Rui Barbosa, consoante os termos da consulta adiante transcrita. Em resposta, foi elaborado o parecer ora publicado.

Discutida a matéria no congresso, foi, afinal, aprovada, convertendo-se na Lei Adicional nº 6, de 27 de julho de 1905, em cujo art. 1º se conferia ao Estado e ao município competência cumulativa para decretar e arrecadar impôsto de indústrias e profissões.

A questão da constitucionalidade desse texto foi largamente debatida, entendendo-se contrariar o seu conteúdo o

disposto no art. 9º, inciso 4º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

Mereceu a controvérsia exame do próprio judiciário.

Em executivo intentado na comarca de Juiz de Fora, Minas Gerais, ventilou-se a hipótese, surgindo, então, o recurso extraordinário nº 557, em que era recorrente Afonso Calucci, e recorrida a fazenda estadual (*).

Julgando o feito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 1 de setembro de 1909, conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, por entender que pertencia ao Estado a competência para tributação dos impostos decretados, *ex-vi* da mencionada Lei Adicional de 27 de julho de 1905.

(*) Vide, a propósito da controvérsia, a opinião de Rui Barbosa, contida em parecer publicado no *Jornal do Comércio* de 25 de novembro de 1908, e incluído em suas OBRAS COMPLETAS, Vol. XXXV (1908), tomo II (*Trabalhos Jurídicos*), opúsculo V.

CONSULTA

A Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe :

«Artigo 121 — A Constituição poderá ser reformada por iniciativa do Congresso ou das câmaras municipais.

§ 1º Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma terça parte, pelo menos, dos membros de qualquer das câmaras do Congresso, for aceita, em três discussões, por dous terços dos votos presentes, numa e noutra câmara, ou quando for solicitada, em dous anos consecutivos, pela maioria das câmaras municipais do Estado.

§ 2º Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte for adotada mediante três discussões, por maioria de dous terços dos votos nas duas câmaras do Congresso.

§ 3º A proposta aprovada será publicada com assinaturas dos presidentes e secretários das duas câmaras e incorporada à Constituição como parte integrante dela.»

PERGUNTA-SE

I

Em face do artigo 121 da Constituição Mineira pode a reforma constitucional ser iniciada, indiferentemente, em sessão ordinária ou extraordinária ?

II

É indispensável que medie o intervalo de um ano entre a primeira e a segunda aceitação da reforma pelas duas casas do Congresso ?

III

Iniciada e aceita a reforma em sessão extraordinária, em dezembro, por exemplo, pode regular e constitucionalmente,

ser completada, isto é, passar pelo segundo turno de discussões em sessão extraordinária do ano seguinte?

Rio, 8 de novembro de 1904.

Antero Botelho

Vai a resposta em separado, por minha letra, nesta data.
Rio, 6 de dezembro, 904.

Rui BARBOSA

Parecer

I

Ubi lex non distinguit et non nos distinguere possumus, diz uma parêmia corrente em matéria de interpretação : onde a lei não distingue, não nos é lícito distinguir. Na hipótese a lei não distingue nem explicita, nem implicitamente.

Não distingue explicitamente; porquanto a constituição de Minas Gerais, no art. 121 § 1.º, se limita a determinar, quanto às reformas constitucionais, que “se considerará proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma terça parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso, for aceita, em três discussões, por dois terços dos votos presentes, numa e noutra Câmara”. O texto, pois, não restringe o exercício dessa atribuição legislativa às sessões ordinárias. Não há, logo, razão expressa, para o não admitir nas extraordinárias.

Implicitamente não distingue, também, visto como não se descobre no espírito dessa disposição, ou no sistema e na harmonia da lei constitucional, onde tal disposição se encontra, motivo razoável para circunscrever às sessões ordinárias o uso daquela atribuição legislativa.

Não é de todo em todo impossível que assuma caráter de urgência a iniciativa de uma alteração constitucional, e então, achando-se reunido extraor-

dinàriamente o Congresso do Estado, bem é que lhe assista o direito de a promover.

Para sair do texto constitucional, impondo-lhe hermenêuticamente uma restrição, e de tal natureza, que êle não consigna, seria mister que ela se ditasse, ou se pudesse haver como subentendida, por consideração de ordem superior e manifesta. Porque, além do mais, no regimen das constituições do gênero da nossa, a interpretação, por via de regra, deve ser estrita. É o que acentua, discutindo os princípios reitantes no assunto, um grande publicista americano :

"The more a constitution partakes of the character of a solemn compact, the closer its construction must be; for we have no right to construe or interpret otherwise, if there are several parties. Construction of federal constitutions therefore ought to be close". (FR. LIEBER : *Legal and political hermeneutics*. 3rd edit. 1880. P. 175).

Assim que sou obrigado a responder :

Em face da constituição mineira, art. 121, as reformas constitucionais podem ser iniciadas, indiferentemente em sessão ordinária ou extraordinária.

II

O art. 121 dessa constituição, no seu § 2.^º, estatui que, feita a proposta nas condições do anterior. "se dará por aprovada, se no ano seguinte for adotada, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas câmaras do congresso". Nos térmos em que aqui o empregam, o vocábulo *ano* significa o ano civil, começado em janeiro e ultimado em dezembro. Se outro fôra o intuito do legislador constitucional, outra seria a sua linguagem.

Nesse caso teria dito, por exemplo : "Daí a um ano" ou "um ano depois de feita a proposta" ou ainda, "passado um ano a contar da proposta". Em vez disso, porém, ou de outra frase equivalente, o que disse foi : "Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no *ano seguinte* for adotada".

Não há, pois, necessidade absolutamente nenhuma de que, entre o primeiro e o segundo ato da reforma, corra o espaço de um ano.

Basta que o ato da proposta se dê em um ano, e, no *ano seguinte* a ele se consuma o ato da aprovação. Aqui, a única restrição que me parece resultar implicitamente da intenção do legislador, é que os dois atos não se possam efetuar na mesma sessão.

Se uma sessão, transpondo o mês terminal do ano, se estender pelo subseqüente, não nos parece que dentro dela mesma, tendo se votado a proposta, seja lícito votar a aprovação.

III

De acordo com a solução dada aos dois quesitos precedentes, não duvido responder afirmativamente ao terceiro.

Embora aceita a proposta de reforma em dezembro, e numa sessão extraordinária, em sessão ordinária ou extraordinária, poderá ser adotada no *ano seguinte*. Porque, então, se preencheram as duas condições impostas: votar-se cada um dos atos da reforma em uma sessão legislativa, e verificarem-se as duas sessões legislativas em dois anos, consecutivos um ao outro.

Eis o meu parecer.

Rio, 6 de dezembro, 04.

RUI BARBOSA



III

IRREDUTIBILIDADE DOS VEN- CIMENTOS DE MAGISTRADOS

*A Constituição da Bahia e a Inobservância
do
Princípio*

Juízo Competente para conhecer da Hipótese

PARECER



NOTA DO REVISOR

No sistema federativo de alguns países foram deixadas as questões atinentes a vitaliciedade, ou temporariedade de funções dos magistrados, bem como a forma dos respectivos proventos, à legislação ordinária. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário, em seu art. 57, assegurou, de modo preciso e categórico (1), não só a vitaliciedade, mas também a irredutibilidade de vencimentos como um dogma inerente, por assim dizer, ao nosso régimen.

Imitando a constituição da República, que nesta parte foi seguida pelas de 1934 e de 1946, a carta política do Estado da Bahia, promulgada a 2 de julho de 1891, a exemplo de outras unidades da federação, consagrou o princípio, no

(1) Sem embargo dessa feição peremptória, houve controvérsias a princípio, entre as quais a resultante do decreto nº 2.056, anulado posteriormente por acórdão do Supremo Tribunal, proferido na ap. cível nº 215, além de outros casos bastante expressivos na história de nossa jurisprudência.

O marechal Conrado Jacob de Niemeyer e outros, todos juízes do Supremo Tribunal Militar, pleitearam na justiça federal a anulação de certo preceito contido numa lei orçamentária, cuja aplicação implicara na redução vedada pelo texto constitucional. Embora vencedores em primeira instância, foi a sentença reformada por acórdão de 9 de novembro de 1898, proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apelação cível nº 373 (fls. 67-72), sendo os autores julgados carecedores da ação.

Em outra ação ordinária, em defesa do mesmo princípio, foi a União demandada pelo Almte. Elisiário José Barbosa e outros, sendo seu patrono o Cons^o RUI BARBOSA. Seguindo a lide seu curso regular, foi, por sentença de 5 de dezembro de 1903, do juiz M. CLEMENTINO DO MONTE, julgada procedente, para o fim de haverem os autores a diferença de vencimentos reclamada, e anulados os artigos impugnados em virtude de sua evidente constitucionalidade. Interposto recurso (ap. cível nº 1.083), resolveu o Supremo Tribunal, por acórdão de 24 de janeiro de 1912, negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, firmando, *ipso*

art. 70, na parte concernente aos membros do Tribunal de Apelação (2), estendendo-se aos juízes de Direito do Estado pelo disposto no art. 79 dêsse estatuto.

Omitindo-se na lei orgânica do Estado a ressalva segundo a qual, ainda que irredutíveis, os proventos da atividade, ficariam sujeitos os magistrados a impostos gerais, como o faria mais tarde a constituição de 18 de setembro de 1946, entendeu o legislador ordinário que não estavam os membros do poder judiciário excluídos do impôsto de 7%, a que foram obrigados os servidores do Estado, consoante o disposto em sucessivas leis orçamentárias a partir do exercício de 1901.

Suscitou a aplicação da lei de meios, quanto a êsse aspecto, protesto do Tribunal de Apelação, tendo o governador do Estado respondido não considerar os magistrados excluídos da taxação impugnada. Agitada a matéria no congresso local, e após vivos e acalorados debates, prevaleceu o ponto de vista defendido pelo executivo, entendendo-se, assim, não se acharem os juízes isentos da taxação decretada.

Tendo, em 1904, o juiz de Direito da Comarca de Maramagogipe, bacharel Horácio Lucatelli Dória, solicitado restituição da importância de 758\$000, descontada pelo tesouro do Estado, em virtude das disposições contidas nas leis orçamentárias, desde 1901, foi indeferido o pedido por despacho do secretário da fazenda, Dr. João Pedro dos Santos.

Antevendo a magnitude da questão, proferiu o titular da fazenda longa fundamentação de seu ato, que, publicado no *Diário da Bahia*, suscitou alguns reparos no *Diário de No-*

facto, o princípio defendido pelo cons.^º Rui Barbosa. Opostos embargos, foram êstes rejeitados por decisão de 11 de junho de 1913.

(*Vide*, a respeito, OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, vol. XXVII, tomo II, opúsculo XII).

Tendo em vista o desfecho da lide, intentaram os herdeiros do marechal Niemeyer rescisão do acórdão (ação rescisória n.^º 28), sendo seu patrono o advogado ULISSES DE CAPVALHO SOARES BRANDÃO.

(2) A reforma de 1915 conservou inalterável a matéria.

ticias (3), refutados dias mais tarde pelo titular da secretaria de Estado. Quer no despacho, quer na nota fornecida à imprensa, o agente do poder executivo local não discutiu jamais, o preceito impugnado, mas sim, e sobretudo, a forma de sua defesa, salientando que

— O recurso de que havia lançado mão o peticionário para reintegrar o direito constitucional, qual o de não se poder por lei ordinária taxar e diminuir os seus vencimentos de magistrado, era inadequado, impróprio, inidôneo à consecução do fim almejado.

Seria até irrisório — adiantava — se um despacho de mero caráter administrativo pudesse sustar os efeitos de uma lei sob pretexto de ser esta inconstitucional.

Em seu despacho não exclui o secretário de Estado a hipótese de inconstitucionalidade, de que foram inquinados os atos do Congresso local, mas, ao que induzem os têrmos de sua fundamentação, outra alternativa não lhe assistia, adstrito, como se achava, a mero executor das leis.

Patente a controvérsia, ouviu-se o Cons^o RUI BARBOSA, que elaborou o parecer que se segue, sem qualquer remuneração pelo seu trabalho, segundo anotação de seu próprio punho.

(3) Edição de 1 de junho de 1904.



CONSULTA

A Constituição da Bahia, referindo-se no art. 70 aos membros do Tribunal de Apelação e Revista, prescreve que «os seus vencimentos uma vez fixados não podem ser diminuídos» preceito este que no art. 79 ela manda aplicar também aos juízes de Direito.

Não obstante esta disposição constitucional, o legislativo do Estado já em quatro orçamentos sucessivos tem feito recair sobre os vencimentos destes funcionários o impôsto de 7%.

Atendendo à modicidade do tributo e às dificuldades do Tesouro, os magistrados limitaram-se a protestar com o fim único de resguardar o citado preceito constitucional que o impôsto viola, sem cogitarem de reaver por meio de uma ação o que indevidamente lhes têm tirado os orçamentos do Estado.

Acontece, porém, que acaba de ser apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de lei reduzindo os vencimentos dos membros do Poder Judiciário em 20 e 15%, o que leva alguns deles a extrema penúria, razão pela qual estão resolvidos a reagir contra o citado impôsto sobre os seus vencimentos por meio de um pleito regular contra o Estado.

Mas, a organização judiciária da Bahia oferece a esta ação sérias dificuldades, se é que não a torna impossível.

Realmente, dous são os graus de jurisdição reconhecidos pela Carta do Estado na administração da justiça, o da 1^a e o da 2^a instância (art. 77 da Constituição da Bahia).

Na 1^a instância a justiça tem por órgão para o caso os juízes de Direito nas comarcas e na sua falta ou impedimento os preparadores (art. 19 da lei de 15 de julho de 1892, art. 90 da citada Constituição).

Na 2^a instância são órgãos da justiça, o *Tribunal de Apelação e Revista*, cujos membros são substituídos pelos juízes

de Direito da Comarca da Capital e das demais do Estado, e o *Tribunal de Conflitos e Administrativo*, que tem organização especial.

De feito, êste Tribunal é composto de cinco membros, que representam os três grandes poderes do Estado.

Um, o que representa o poder executivo, é nomeado pelo Governador e serve como Presidente no Tribunal; dous outros, que representam o poder legislativo, são eleitos: um pelo Senado e outro pela Câmara dos Deputados, dentre os jurisconsultos notáveis do Estado; e os dous últimos que representam o poder judiciário são eleitos pelo Tribunal de Revista.

A êstes últimos a lei concede quatro substitutos, que, como os dous a quem êles substituem, são eleitos dentre os Membros do Tribunal de Revista (art. 71 da Constituição da Bahia).

Ora, proposta a ação perante o respectivo Juiz de Direito, êle necessariamente se dará por suspeito como interessado na causa, pois a êle também afeta diretamente a exigência orçamentária que se procura anular.

Mas, esta dificuldade pode ser facilmente removida pela regular substituição do Juiz de Direito pelo preparador.

Julgada, porém, a causa na 1.^a instância por êste juiz, o recurso não se fará esperar por parte dos magistrados ou do fisco, conforme a sentença seja favorável a êste ou a aquêles.

Interposta e recebida a apelação, a sentença apelada fica suspensa, sem que sobre ela se possa manifestar nenhum dos dois tribunais de 2.^a instância.

Não pode o de Apelação e Revista, porque todos os seus membros bem como os seus suplentes ou substitutos, os juízes de Direito do Estado, são suspeitos; não pode o de Conflitos e Administrativo, porque «só podendo funcionar com a presença pelo menos de um membro representante de cada poder» (art. 18 da Lei nº 94, de 5 de agosto de 1895), indispensável é que figure na sessão pelo menos um dos dous representantes de poder judiciário, e qualquer dêles, quer os dous efetivos, quer os quatro substitutos, são membros do Tribunal de Revista e, portanto, suspeitos, interessados na causa também.

Assim evidente fica uma falha na organização judiciária do Estado, pois uma espécie de causas existe para a qual não se encontra órgão competente na 2.^a instância.

Em vista do que, e não sendo também possível a intervenção do judiciário federal por meio de recurso extraordinário, porque este pressupõe decisão em última instância da justiça do Estado;

Pergunta-se :

— Podem os magistrados prejudicados com o aludido impôsto intentar ação contra o Estado perante o Juiz Seccional ?

— O preceito estatuído pela Constituição Estadual de que «uma vez fixados os vencimentos dos magistrados não poderão ser diminuídos» decorre implicitamente de princípios da Constituição Federal e das instituições que nos regem ?



Parecer

Desde as origens da constituição americana grande preocupação foi dos seus autores a dependência essencial entre a função dos juízes neste regímen e a segurança dos seus vencimentos. Sob as constituições em cujo sistema a legislatura é o intérprete supremo da constituição, e os juízes são obrigados a executar as leis ordinárias, sem indagar da conformidade entre estas e aquela, é únicamente contra as invasões do executivo que se pode abrigar a independência dos tribunais.

O legislativo tem o direito de lhes impor os seus atos. Estes, portanto, não podem sofrer limites ao seu arbítrio geral, em benefício únicamente dos vencimentos da magistratura.

Num regímen, porém, cujo plano a faz árbitra suprema da constitucionalidade dos atos legislativos, admitir ao legislador a mesma faculdade que no outro de dispor do salário dos juízes, fôra anular o sistema constitucional pela sua base. Porque, dispondo a seu talante do salário do juiz, da sua independência disporia igualmente o Poder Legislativo. E juízes dependentes do Poder Legislativo não poderiam sentenciar da validade das leis. É o que os fundadores da constituição americana enxergaram, e consagraram no seu texto, declarando (art. I, secç. 2.^a) que os juízes

«shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which *shall not be diminished during their continuance in office*».

Enquanto essa disposição constitucional, ainda por votar, dependia ali da aquiescência dos Estados, por duas vezes com esse particular se ocuparam os escritores do *Federalista*: uma no L. I — número dessa publicação, redigido não se sabe se por HAMILTON, ou por MADISON; outra no L. XXIX, devido à pena de HAMILTON.

No primeiro desses lanços observa o grande publicista :

It is equally evident, that the members of each department should be as little dependent as possible on those of the others, *for the emoluments annexed to their offices*. Were the executive magistrate, or the judges, not independent of the legislature in this particular, their independence in every other would be merely nominal.

(*The Federalist*. Ed. CABOT LODGE, 1888. Pág. 323).

Isto é : se quanto aos vencimentos dos seus cargos os juízes não fôssem independentes do Poder Legislativo, a independência dêles, *a todos os respeitos seria meramente nominal*.

Na segunda passagem do *Federalista* a célebre autoridade americana assim desenvolve aquela ponderação :

Next to permanency in office, nothing can contribute more to the independence of the judges than a fixed provision for their support. The remark made in relation to the President is equally applicable here. In the general course of human nature, *a power over a man's subsistence amounts to a power over his will*.

(*Ib.*, pág. 491).

É o próprio HAMILTON quem no texto original grifa esta derradeira sentença, para acentuar a sua tese de que *aquêle que dispõe da subsistência de um homem, por via de regra lhe dispõe da vontade.*

Ao que acrescenta :

And we can never hope to see realised in practice the complete separation of the judicial from the legislative power, in any system which leaves the former dependent for pecuniary resources on the occasional grants of the latter.
(Ibidem).

O que significa, em vulgar, que não há, praticamente, verdadeira separação entre o poder judiciário e o legislativo, onde quer que do arbitrio ocasional deste dependerem os recursos pecuniários do outro.

STORY, transcrevendo as páginas do *Federalista* consagradas a esta questão, faz suas as opiniões dos imortais publicistas que o escreveram, sublinhando, como êles, a proposição de que o domínio sobre a subsistência de um individuo importa no domínio sobre a sua vontade. E, comentando a cláusula da constituição do seu país, na qual se proíbe diminuir os vencimentos dos magistrados, lhe caracteriza o valor constitucional com esta energia :

Without this provision, the other, as to the tenure of office, would have been utterly negatory, and indeed a mere mockery.

(Commentaries, § 1.628. Ed. de 1873, v. II, pág. 424).

A saber : se não fôra esta precaução, a outra, que assegura a vitaliciedade aos magistrados, seria absolutamente vã, reduzindo-se, de fato, a mera zombaria.

Temos, portanto, que, sem a garantia da irreduzibilidade dos vencimentos,

- a inamovibilidade da magistratura se reduz a burla e irrisão;
- não há realmente separação entre o poder judiciário e o legislativo;
- a autonomia do primeiro fica nas mãos do segundo, mercê do arbítrio exercido por este sobre a subsistência daquele;
- a independência da magistratura, em suma, vem a tornar-se puramente *nominal*.

Logo,

nas disposições constitucionais que estabelecem a inamovibilidade da magistratura;

nas que lhe proclamam a independência;

nas que firmam a separação entre o poder judiciário e o legislativo;

e, principalmente naquelas que atribuem à justiça o arbítrio supremo quanto à validade constitucional dos atos da legislatura,

se acha implicitamente contida a garantia da irreduzibilidade aos vencimentos dos magistrados.

Demais, o arbítrio de reduzir é, por sua natureza, discricionário. A redução corre o risco de se exagerar ao ponto de nulificar os vencimentos reduzidos. Praticamente, quem pode reduzir, pode suprimir. E é o que especialmente se verifica em relação à autoridade tributária. “*O poder de taxar*”, disse MARSHALL “envolve o de aniquilar : *the power to taxe involves the power to destroy*”. Mc Culloch *v.* Maryland, 4 Wheat. 316, 431. Proposição que é, hoje em dia, verdade corrente na jurisprudência constitucional. (COOLEY : *Constit. Limitations* — Ed. de 1883, págs. 593-99. — COOLEY : *A Treatise on Taxation*. Ed. de 1886, pág. 582).

Mas, no Brasil, a constituição republicana, art. 57, § 1.º, declara terminantemente que os venci-

mentos dos juízes federais não poderão ser diminuídos; e, na Bahia, a sua constituição, art. 70, expressamente determina, quanto aos juízes estaduais, que os

"seus vencimentos, uma vez fixados, não podem ser diminuídos".

Logo, todo ato legislativo que tais vencimentos diminuir, ou seja mediante redução direta, ou seja mediante impôsto, atentará flagrantemente contra a Constituição do Estado, incorrendo em nulidade substancial.

Mas qual a autoridade competente, para declarar essa nulidade?

Ao próprio poder judicial, a quem, pela constituição do Estado, compete conhecer "da validade das leis", quando se alegue serem "contrárias à constituição", e "concluir pela constitucionalidade" delas (art. 73). Essas decisões, ante êsse artigo, tocam, em grau de recurso, ao Tribunal de Conflitos; mas, em primeira instância, estão na competência de todos os tribunais.

Nada importa que a redução de que trata a consulta, se estenda a todos os membros do poder judiciário. Intentada a ação por qualquer deles, nenhum dos outros se poderá dar por suspeito. A natureza da causa repele a exceção de suspeição, figurada na consulta.

Embora na lide se envolva, com efeito, um interesse individual do pleiteante, idêntico ao dos julgadores, o que a determina, fundamenta e caracteriza, é *uma imunidade constitucional do Poder Judiciário*. E êste não se pode recusar ao exercício de sua autoridade em qualquer litígio, onde um ato do

Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, contravier à ordem dos direitos constitucionais.

Em segundo lugar, se a imunidade é do Poder Judicial, *por isso mesmo* lhe é privativa a competência de entender nos abusos que a essa imunidade interessarem. Cada uma das câmaras do congresso é o juiz das suas imunidades, embora os atos que ferirem a liberdade pessoal de cada um dos seus membros entendam virtualmente com a de todos.

Não há, pois, como se supõe na consulta, "uma falha na organização judiciária do Estado". Da mesma *falha* se poderia argüir, *mas igualmente sem base*, a organização judiciária da União. Se o Congresso Nacional, como o Congresso Baiano, legisasse uma redução geral de vencimentos para todos os membros do judiciário federal, haveria para o caso, uma lacuna em a Constituição da república? Não teríamos juízes para essa inconstitucionalidade? Certo que os tínhamos. Seriam os mesmos juízes e tribunais federais, ainda que a redução inconstitucional os agravasse a todos. Porquanto, resolvendo nesses pleitos, o que essa magistratura sustentaria, não era o interesse particular dos litigantes, mas as imunidades constitucionais de um dos órgãos da soberania nacional.

Respondo, pois, aos quesitos.

1.º O preceito da irredutibilidade dos vencimentos dos membros do Poder Judicial decorre, a meu ver, implicitamente dos princípios da constituição federal e das instituições que nos regem.

2.º Não obstante, como o atentado fere diretamente a constituição do Estado nas imunidades que esta confere ao Poder Judicial, a êste cabe, em primeiro lugar, pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade, sem que lhe possam articular suspeição.

3.º Caso os tribunais do Estado se reconheçam suspeitos, ou desconheçam a constitucionalidade, como esta, a meu juízo, ofende as leis essenciais do sistema, caberá, para o Supremo Tribunal Federal, o recurso da Constituição da República, art. 59, § 1.º, b.

Éste é o meu parecer.

Rio, 21 de dezembro, 04.

RUI BARBOSA



IV

AREIAS MONAZÍTICAS

*Sua Exploração em Terrenos de Marinha
Aforados pela União. Rescisão
por
Ato Viciado — Competência
para
Declarar-la*

PARECERES



AS
AREIAS MONAZITICAS
E SUA EXPLORAÇÃO
EM TERRENOS DE MARINHA
AFORADOS PELA UNIÃO

RIO DE JANEIRO
TYPOGRAPHIA LEUZINGER

4846

1904

Fôlha de rosto da 1.^a edição do opúsculo em que ocorre o parecer
seguinte.

(Tamanho natural)

(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

A lei nº 741, de 26 de dezembro de 1900, autorizou o governo federal a arrendar a exploração de areias monazíticas ou outras que contivessem substâncias ou metais preciosos e se encontrassem em terrenos pertencentes ao domínio da União. Orçando a receita para o exercício de 1903, foi renovada a autorização com a lei nº 953, de 29 de dezembro de 1902, em seu art. 2º nº VIII, a fim de ser arrendada, mediante concorrência pública e a quem melhores vantagens oferecesse, a exploração, podendo, todavia, a União revalidar um contrato já existente desde 31 de dezembro de 1901, ou entrar em acôrdo com os governos dos Estados da Bahia e Espírito-Santo, para ajustar-se com êstes a exploração, em comum, dos minérios, existentes nos respectivos territórios.

Não foi executado o contrato de 31 de dezembro. Precedendo a necessária concorrência, porém, foi celebrado aos 12 de dezembro de 1903 um outro, entre o engenheiro Mauricio Israelson, súdito russo e a União, representada no ato pelo diretor do Contencioso do Tesouro Nacional, Carlos Augusto Naylor, pelo qual era concedida ao primeiro, mediante as cláusulas contidas no têrmo assinado, autorização para extrair areias monazíticas encontradas em terrenos de marinha e outros da União, situados no Estado do Espírito-Santo.

A proposta havia sido regularmente processada, com prévia publicação de editais, e revestida de todos os requisitos legais (*).

(*) Publicado edital no *Diário Oficial* da República, contendo as condições para exploração do minério nos dois Estados, a que se referiam os diplomas acima citados, e ainda na conformidade do decreto

Facultava-se na cláusula 19^a do contrato, ao concessionário, comunicar ao Tesouro Nacional «a existência de qualquer intruso que procurasse ocupar terrenos de marinhas do domínio federal onde existissem areias monazíticas», devendo o Ministério da Fazenda sustar a ocupação. A extração do minério em qualquer outro Estado da União, na vigência do contrato, só seria permitida mediante concorrência pública, dando-se preferência, em igualdade de condições, ao concessionário Maurício Israelson.

* * *

Desde 5 de maio de 1898 era foreiro de terrenos de marinhas, no município de Prado, Estado da Bahia, o cidadão norte americano John Gordon. Tendo êste legalmente a posse, uso e gôzo dos terrenos aforados, a partir daquela data extraía areias monazíticas dos terrenos de que se apossara, remetendo para o exterior sucessivos carregamentos do minério, atendidas tôdas as exigências alfandegárias. Obstada a exportação, por ordem do Tesouro Nacional, protestou por

imperial nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, cogitaram os Estados da Bahia e do Espírito Santo de reivindicar os terrenos em cuja superfície existiam tais minérios.

Conferindo os necessários poderes ao advogado Herculano Marcos Inglês de Sousa, foi intentada a lide perante o Supremo Tribunal Federal (ação civil originária nº 8), para o fim de serem reconhecidos aos AA. o domínio e posse dos terrenos devolutos, visto como nêles se incluiam os terrenos de marinha, e, além disso, à União sómente poderiam caber porções de território indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, nos termos do art. 64 da Constituição federal.

Autuada a 10 de novembro de 1903, seguiu a lide o seu curso regular, sendo julgada improcedente por acórdão de 31 de janeiro de 1905 (fls. 132 a 140, dos autos), refatado pelo Ministro Ribeiro de Almeida. Defendeu a União, Ré, o Procurador Geral da República, Ministro Epitácio da Silva Pessoa.

Opostos embargos, déles não conheceu o Tribunal, por acórdão de 29 de agosto de 1906 (fls. 215 v. a 216).

Encontram-se arquivados no egrégio Supremo Tribunal os autos da causa, onde os compulsamos, graças à dedicação de um servidor exemplar, o Sr. José de Carvalho.

perdas e danos, perante o Juízo seccional, o cidadão Gordon, por intermédio de seu advogado Consº Antônio Carneiro da Rocha.

Alegando achar-se o fôro concedido ao cidadão John Gordon viciado por lesão enoríssima, dada a existência de grande quantidade de óxido de thorium nos terrenos empregados, requereu Maurício Israelson, por seu advogado, Pedro Francisco Rodrigues Lago, as providências que, a seu ver, exigia o caso, para o fim de ser fielmente cumprido o contrato de 12 de dezembro.

Pedida a opinião do Consº RUI BARBOSA, nos têrmos das duas consultas formuladas, elaborou êle os dois pareceres ora publicados; foram ainda ouvidos os jurisconsultos Antônio Coelho Rodrigues, Carlos Augusto de Carvalho, Dídimó Agapito da Veiga, Joaquim da Costa Barradas e visconde de Ouro Prêto.

* * *

Não sendo atendido pelo Ministro da Fazenda, na sua reclamação, intentou Maurício Israelson uma ação ordinária contra a União, perante o juízo seccional da Segunda Vara do Distrito Federal, exigindo a indenização da quantia de £ 282.908.5.2, equívalente à estimação dos prejuízos com a violação da cláusula 19º.

Seguidos os trâmites regulares, foi a ação julgada procedente, para o fim de ser condenada a Ré a pagar ao Autor, não a quantia pedida, mas aquela que se liquidasse na execução, recorrendo *ex-officio* o juiz prolator da decisão (*).

Convertido o feito na apelação cível nº 2.525, e submetido a julgamento em sessão de 24 de maio de 1919, decidiu o Supremo Tribunal, por acórdão dessa data, relatado pelo ministro Edmundo Pereira Lins, dar provimento ao recurso

(*) Sentença do juiz Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, proferida a 19 de setembro de 1913, sendo publicada na *Revista Predial*, vol. I, págs. 399-401.

para julgar improcedente, *in totum*, a apelação interposta (fls. 184-186).

Opostos embargos pelo autor, foram êstes desprezados, conforme acórdão proferido a fls. 233, na sessão de 20 de abril de 1923, funcionando como relator da matéria o ministro Edmundo Lins.

1

CONSULTA

Examinada a carta de aforamento constante da cópia junta, pergunta-se :

I

Está de acôrdo com as instruções de 14 de novembro de 1832, a Ordem de 10 de janeiro de 1837, a Portaria de 12 de dezembro de 1837, o Aviso de 20 de julho de 1838, e o Aviso de 24 de janeiro de 1848 ? Obedeceu à circular de 18 de abril de 1836 ?

O dec. nº 4.105 de 22 de fevereiro de 1868 manteve expressa ou virtualmente os atos acima citados ? Estão ainda, em vigor, salvo quanto à competência, nos têrmos das circulares de 31 de outubro de 1892 (1) e n.º 17 de 28 de fevereiro de 1895?

II

Não tendo sido denunciada pelo requerente da concessão de terrenos de marinha a existência nêles de jazidas ou minas de óxido de thorium, de que tinha conhecimento, e, depois de obtida a concessão, fazendo consistir o aproveitamento de tais terrenos exclusivamente, na exploração dessas jazidas ou minas, procedeu êle com ob e subrepção ? Constitui isso causa de rescisão do aforamento por haver sido concedido por fraude e lesão ?

III

Tendo o terreno de marinha, que foi aforado a extensão de quatro quilômetros, oitocentos e cinqüenta e um metros,

(1) A circular de 31 de outubro de 1892, encontra-se no Diário Oficial nº 301 de 6 de novembro de 1892, pág. 407.



sem designação de fundos, respeitou a concessão o espírito da legislação sobre terrenos de Marinha e o interesse do Fisco?

IV

Em face dos dispositivos legais citados e dos aplicáveis à espécie é válida a concessão constante da carta de aforamento cuja cópia vai junta?

CÓPIA

Término de contrato de enfiteuse, que assina o cidadão f..... de um terreno de marinhas na cidade de.....

Aos cinco dias do mês de maio de 1898 nesta Delegacia Fiscal do Estado de presente o cidadão Delegado Fiscal compareceu o cidadão F..... e disse que vinha assinar termo de contrato de enfiteuse mandado lavrar por despacho do mesmo senhor Delegado, nos termos do art. 17 do dec. nº 2.807 de 31 de janeiro do corrente ano, para aforamento de um terreno de marinha, na cidade de entre o riacho e o rio medindo quatro mil, oitocentos e cinqüenta e um metros de frente de acordo com o termo de medição, demarcação e averbação procedido pelo senhor o qual termo fica registrado nesta repartição e serve de base à expedição do respectivo título de foreiro. O concessionário obriga-se a pagar anualmente, a título de foro a importância de um conto duzentos e cinqüenta mil réis (Rs. 1:250\$000), na razão de dous e meio por cento (2 1/2%) calculado sobre cinqüenta contos de réis (Rs. 50:000\$) em que foram avaliados os terrenos, sendo o valor de cada metro dez mil trezentos e sete réis (Rs. 10\$307) sujeitando-se igualmente ao pagamento do laudêmio de quarenta e um no caso de venda ou escambo do dito terreno ou de quaisquer de suas benfeitorias, que, aliás, não poderá vender ou escambar, sem que notifique o senhorio direto do mesmo para pagar a necessária licença, quando não convenha tomar-se tanto por tanto para a Fazenda Nacional; sendo o aforamento por despacho desta Repartição em dezenove de janeiro deste ano, e aprovado pelo Ministério da Fazenda conforme a ordem da Diretoria Geral das Rendas Públicas de nº 1 de 15 de março. E para constar, lavrou-se o presente termo que vai assinado pelo Sr. Delegado Fiscal e o referido concessionário, e eu F....., segundo escriturário adido à mesma Delegacia o escrevi.

Estava selado etc.

Parecer

I.

A escritura pública é da substância de contrato nas enfeiteuses (C. TELES, III, n.º 896). C. DA ROCHA, II, § 539, cingindo-se ao disposto na Ord. I. IV, tit. 19 pr. limitava o preceito ao aforamento de bens eclesiásticos. O antigo legislador português reproduzira o estatuído por Justiniano na aut. 120, c. 6, § 2. (ARNDTS, I, § 198). Mas a nossa jurisprudência, obedecendo à lei da analogia invocada pelo autor do *Digesto Português*, estendeu essa exigência a todos os emprazamentos. É o que reconhece T. DE FREITAS, que, anotando o art. 367, § 2.º da sua *Consolidação*, escreve : "Na prática reputa-se a escritura pública como substancial de todos os aforamentos". (Ed. de 1896, p. 255) (1). Assim determinam também vários códigos civis modernos, como o espanhol, art. 1.628, e o português, art. 1.655, sendo que outros, como o holandês, art. 767, o italiano, art. 1.932, n.º 1, e a lei belga de 1824, art. 1.º, equivalentemente, impõem a esse contrato a publicidade solene pela transcrição. Em tôdas, pois, o ato escrito, com as formas que lhe dita a lei, se requer,

(1) O mesmo diz C. DA ROCHA, em nota ao parágrafo supracitado, acrescentando : «E muito se arriscará aquêle, que prescindir desta solenidade.»

não *probationis*, mas *solemnitatis causa*. Quer dizer que à inobservância delas se comina a pena de nulidade. (*Digesto Ital.*, v. X, p. 433, n.º 20).

Mas, respeito aos aforamentos de bens nacionais, essas formas são estabelecidas por atos do governo, que as regulam. T. DE FREITAS, consolidando-as resumidamente, assinala o seu alcance no régimen desses contratos. "Estas regras", diz ele, "pôsto que extraídas de decisões do governo, fazem parte do direito civil, e são da maior importância". (*Consolid.*, n. 18 ao art. 613). "As concessões que o Estado faz de terrenos de marinha", escreve LA-FAYETTE, "e outros, por aforamento, estão sujeitas a um processo administrativo especial, marcado nos regulamentos do governo". "Essas enfiteuses", acrescenta em nota, "entram, depois de constituídas, para o direito civil: o processo da concessão pertence ao direito administrativo". (*Dir. das Cous.*, I, p. 394).

As formalidades, pois, a que essas concessões e esses contratos estão adscritos pelos atos administrativos, são substanciais à validade jurídica do aforamento, quando celebrado a respeito de bens nacionais. A solução, portanto, que se adote em resposta ao primeiro quesito, interessa vitalmente o aforamento indicado.

O decr. n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, não contém disposição revogatória quanto aos atos anteriores do governo sobre aforamento de terras públicas. Referindo-se a várias prescrições legislativas, em que se estriba, não abroga as administrativas, que o precederam. Na mente desse decreto se deve, logo, presumir que estava mantê-las, em tudo quanto nelas o não contradisse.

A circular n.º 17, expedida pelo Ministério da Fazenda em 26 de fevereiro de 1895, confirma esta

inteligência do assunto, determinando que o processo de aforamento, no concernente a terrenos de marinha, "se regulará pelo decr. n.º 4.105, de 1868, e *mais disposições a respeito*". Donde se vê que não se reputava consubstanciado nesse decreto todo o direito administrativo atinente à forma das concessões e do instrumento da enfiteuse, no que respeita a terrenos de marinhais.

Entre outras determinações, a circular de 1895 contém esta : "Quando os terrenos forem situados em localidades onde não seja possível a fiscalização direta por parte do Ministério da Fazenda, deverão as medições, depois de revistas de acordo com a alteração primeira, ser visadas pela câmara municipal do lugar do terreno e assinadas pelos confrontantes; sendo os térmos lavrados na repartição de fazenda competente e assinados pelo respectivo chefe e pela parte, ou seu procurador legalmente constituído; mencionando-se no término o nome do fiscal da medição, o do revisor, o do engenheiro que a tiver feito, o da municipalidade que a tiver visado, os dos confrontantes, que a assinarem, e os dos que se tiverem recusado a fazê-lo, declarando-se quanto a êstes, o motivo da recusa, se for possível".

Destarte o régimen instituído nos atos do governo, que regem o assunto, conciliava os interesses gerais, municipais e individuais, exigindo a intervenção da municipalidade e dos confrontantes na escritura, que êstes e aquela haviam de assinar, mencionando-se-lhe no texto o nome do engenheiro, que houvesse procedido à medição, mais o do revisor, quando se tivesse dado a revisão autorizada na cláusula 1.^a da circular. Essa revisão ficava, nos térmos desta cláusula, à discrição dos inspetores das alfândegas e delegados fiscais do Tesouro, nos Estados.

Mas todos os demais requisitos ali se estabelecem imperativamente, e, por conseqüência, não se podem omitir sem quebra da inteireza legal do instrumento do contrato, cuja validade está subordinada à do escrito que o exara.

No térmo, entretanto, do contrato de enfiteuse anexo, por traslado particular, à consulta não consta, sequer, tivesse havido a audiência dos confrontantes, nem a das câmaras municipais. Apenas se mencionam "a medição, demarcação e avaliação procedida pelo Sr. F.", cujo térmo "fica registado" na delegacia fiscal, "e serve de base à expedição do título de foreiro." De maneira que o trabalho submetido à repartição fiscal pelo postulante serviu de fundamento exclusivo à concessão, dispensando-se, não só a revisão indicada na cláusula 1.^a da circular n.^o 17, de 1895, mas ainda tôdas as garantias que nela se taxaram, para acautelar os direitos da fazenda pública, não ofender os da particular, e retificar, nas pretensões dos interessados, os erros e artifícios do interesse.

Tamanha foi a confiança neste, com que se procedeu num aforamento, cuja vastidão abarca perto de cinco quilômetros de praia.

O aviso de 24 de janeiro de 1848, expedido pelo Ministério da Fazenda, se exprimia assim: "Fique V. na inteligência de que semelhantes concessões de grandes extensões de terrenos exorbitantes dos têrmos da lei, regulamentos e ordens existentes a respeito dêles, se não devem fazer, ou aprovar; e, quando nas concessões regularmente feitas se estabelecerem foros diminutos em resultado de avaliações manifestamente lesivas, em atenção às qualidades e circunstâncias dos terrenos, se deverão

desatender essas avaliações, e mandar proceder a outras mais regulares e razoáveis”.

Já se vê quão longe está do espírito e da letra dos atos administrativos sobre o assunto um contrato de emprazamento, onde se assenta na fé implícita do pretendente a medição de cinco quilômetros de litoral, e se aceita do interessado a avaliação de tão extensas marinhas.

Depois, na ordem de 10 de janeiro de 1837, declara o Ministério da Fazenda que “os aforamentos até agora concedidos não têm sido expedidos com regularidade, segundo a letra e espírito das instruções de 14 de novembro de 1832 e das ordens a respeito; pois que êles se têm dado com declaração sómente da extensão da frente, sem designar se é para o mar ou para a terra, não especificando quanto têm de fundos compreendidos, nas quinze braças de marinha, como é necessário, para evitar qualquer alteração futura em prejuízo da fazenda nacional, ou de terceiro, e a que é indispensável atender-se para que seja justa a avaliação, por que se regula o foro; e que, por conseguinte, não só se deve proceder de ora em diante desta maneira, especificando-se, para a avaliação do terreno, regulamento do foro e expedição do título, tanto a extensão da frente como a dos fundos, mas também se deve fazer a devida declaração, nesta conformidade, nos TÍTULOS dos terrenos já concedidos”.

Igual preceito se estatui na portaria de 12 de dezembro de 1837; sendo para notar, porém, que a mesma norma já se achava praticamente consignada no modelo dado pela circular de 18 de abril de 1836 aos títulos de aforamento de terrenos de marinhas.

Tôdas essas garantias administrativas da legalidade, sinceridade, moralidade e estabilidade nesses

contratos estão indubitavelmente em vigor, e não foram observadas no de que trata a consulta.

II

A discrição com que, ao solicitar êsse aforamento, ocultou o postulante ao governo o fato capital de existirem areias monazíticas nas praias, cuja enfiteuse requeria, constitui uma reticência condenável. Não se pode admitir que fôsse involuntária, ou inocente, isto é, que o interessado o ignorasse, ou lhe não compreendesse o valor. Desde que entrou na posse da concessão enfiteutica, a ação do foreiro sobre os terrenos aforados se tem reduzido à exploração daquelas areias preciosas. Óbvio é, pois, que não tinha em mira outro objeto, ao requerer o prazo.

Temos caracterizado, pois, aqui o dolo, a saber, “*o engano intencional, absichtlicher Täuschung*”. (DERNBURG : *Pandekten II*, § 136. Ed. de 1900). “*Le dol n'est en effet qu'une erreur causée à dessein*”, diz VAREILLE-SOMMIÈRES, “*une falsification de la vérité destinée à attirer une personne dans les liens d'un contrat. Le dolus ou fraud résulte ordinairement d'une acte positif, mais peut aussi résulter d'un acte purement négatif* : par exemple la connaissance chez le vendeur de la fausseté du motif qui pousse l'acheteur à contracter, pourrait suffire pour constituer un dol; *il n'a pas provoqué l'erreur, mais il s'en est rendu complice par son silence.*” (*Étude sur l'erreur*, p. 37, n.º 41).

Dá-se o êrro no motivo determinante do contrato, quando, naquele que o celebra, falece a idéia exata do estado das coisas, sobre que o contrato versa : “*der Irrthum, d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge.*” (WIND-

SCHEID : *Pand. I.*, § 78. Ed. de 1900, p. 343.) Esse êrro pode ser “*fraudulentamente provocado*” numa das partes (*ibid.*) pelo silêncio da outra : “*Er auch durch Verschweigen begangen werden kann*”. (*Ib.*, n.º 4, p. 344. — Fr. 1 § 2 D. de *dolo*, 4, 3, fr. 7 § 9 D. de *pact.*, 2, 14. fr. 43 § 2 D. de *contr. empt.* 18, 1.)

Dolo há, desde que se induz intencionalmente em êrro uma pessoa, “para a determinar a concluir certo ato jurídico, de que lhe resulte dano. (SCHAFF : *De l'infl. de l'erreur, du dol et de la viol. sur l'acte jur.* 1902. P. 64-5).

Para compor o dolo, pois, se requer :

- 1 — O intento de enganar.
- 2 — A ação determinante do engano sobre a conclusão do ato jurídico.
- 3 — A autoria da parte, com quem contratou a vítima dêsse ato.
- 4 — O prejuízo daquele que o impugna.

Na espécie todos êsses caracteres se manifestam do modo mais claro. O impetrante não ignorava que a exploração de minas, em terras do domínio público, depende legalmente da autorização administrativa para minerar. Não ignorava que essa autorização o sujeitaria a encargos e contribuições, de que o aforamento o eximia. Não ignorava que, calando a existência de metais preciosos no solo, cujo emprazamento requeria, lhe amesquinhava a uma cotação mímina o valor, cuja importância a declaração da verdade elevaria enormemente. Não ignorava, pois, que ante a administração pública, a declaração da verdade arredaria a cômoda hipótese da enfiteuse, e estabeleceria a necessidade onerosa da licença para minerar.

Por outro lado, claro está que, não se podendo ter a administração nacional sob a suspeita de prevaricação, não é lícito admitir que, conhecendo a existência de jazidas de óxido de tório naquelas paragens, desse de aforamento, pela renda anual de um conto duzentos e cinqüenta mil réis, imensos depósitos (amontoados à flor da terra pela natureza e por ela oferecidos, sem o menor trabalho, à indústria extractiva) dêsse metal, uma de cujas toneladas, por si só, bastaria, a reembolsar ao foreiro a totalidade dos seus encargos de um ano para com o senhorio.

As resoluções assentes a tal respeito pelo governo constam dos mais solenes documentos oficiais. Basta apontar a circular n.º 28, de 18 de abril de 1902, onde se manda "mencionar sempre nos editais e têrmos respectivos que o aforamento será declarado sem efeito, se em qualquer tempo se verificar a existência de areias monazíticas, ou metais preciosos, nos terrenos aforados".

Houve, portanto, sonegação maliciosa da verdade, que, sabida, teria obstado ao aforamento. Foi esta sonegação, pois, que moveu o senhorio a convir na enfiteuse. É, conseguintemente, o *dolus malus causam dans contractui*. O contrato nasceu do engano armado por um dos contraentes ao outro. É, por consequência, nulo. Não por lesão, que não cabe na enfiteuse, mas por êrro e dolo (T. DE FREITAS : *Esbôço*, art. 471-2).

III

Em face do estatuído nos vários atos administrativos já por nós citados, especialmente a circular do Tesouro de 18 de abril de 1836 e a portaria de 12 de dezembro de 1837, a ordem de 10 de janeiro do mesmo ano e o disposto, quanto à extensão dos

terrenos de marinhas, já nas instruções de 14 de novembro de 1832, art. 4.^o, já no decr. n.^o 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1.^o, § 4, a escritura de enfeiteuse tem que declarar a extensão da frente, designar se é para o mar, ou para terra, e especificar quanto tem de fundos compreendidos nas quinze braças craveiras, para que "os posseiros fiquem na certeza de que pelos aforamentos sómente se transfere o domínio útil de uma porção de terreno restritamente limitado na frente e nos fundos, compreendidos nas ditas quinze braças de marinha, sem que, a pretexto de aforamento de uma parte qualquer, fique à disposição dos foreiros toda a extensão da marinha correspondente, como se tem indevidamente entendido" (Circ. de 10 de jan. de 1837).

Apenas se diz, porém, nessa escritura que o terreno "mede quatro mil oitocentos e cinqüenta e um metros de frente", na cidade de..... "entre o ria-cho e o rio". É, como se vê, uma dimensão *linear*, pura e simplesmente. Não se declara se corresponde à frente, se ao fundo, se a uma e outra face do terreno, nem quanto entre as duas faces medeia de largura.

Deixou-se, assim, por estabelecer a identificação precisa do terreno dado de aforamento, frangeando-se a porta à incerteza e ao abuso, máxime quando se considera não haver senão um "término de medição e demarcação procedido pelo Sr. F.....", sem as contraprovas e verificações exigidas nos atos administrativos que citamos, e violando-se abertamente o disposto nesses atos, cujas regras mais não fazem que reproduzir as normas euremáticas adotadas no direito civil com relação aos contratos de enfeiteuse. (C. TELES : *Manual do Tabelião*, § 73. — T. DE FREITAS : *Formulário do Tabelionado*, p. 220,

§ 244.) Ambos êsses mestres prescrevem declarar-se no instrumento contratual, "não só o lugar e as confrontações do imóvel declarado, como a medida de cada um dos lados, para em qualquer tempo ser fácil a verificação da identidade".

IV

Considerando o que levamos exposto e demonstrado, a concessão exarada na carta de aforamento, a que diz respeito a consulta, não é válida, nem como contrato de enfiteuse, nem como autorização para minerar.

Não é válida como outorga para minerar; porque outorga tal não fêz o governo ao concessionário, antes apenas lhe deu terrenos de aforamento, contrato êste que não envolve a faculdade jurídica de estabelecer mineração nos sítios aforados.

Válida não é também como aforamento; porque foi dolosamente captado ao senhorio, cujo consentimento se ressente de *erro essencial*, havendo o fôrreiro, por uma reticência calculada e maliciosa, encoberto ao governo a existência das minas, cuja exploração era o único objeto do seu plano, e cuja denúncia teria obstado ao aforamento, determinado pela ignorância, em que estava a administração, da presença das opulentas jazidas minerais, que ali enriquecem o solo.

V

Já resolvido na minha resposta ao quinto questão da primeira consulta.

Além do mais, ali expendido, acresce que a decisão do caso pelo poder administrativo o não forraria à intervenção judiciária, com que provavelmente

havia de reagir o enfiteuta, e que, suscitada no terreno da competência da administração para dirimir um litígio civil, em que ela, de mais a mais, é parte, exporia o governo a ser vencido, incorrendo, talvez, ainda em cima, em perdas e danos.

A nosso ver, pois, a resolução do aforamento deve ser demandada ante o poder judiciário pela fazenda nacional.

RUI BARBOSA



CONSULTA

I

No aforamento de terrenos de marinha entre as parcelas destacadas do domínio da União, ou, entre os direitos elementares desmembrados de tal domínio, está compreendido o de abrir e explorar minas, por exemplo — de óxido de *thorium* (areias monazíticas) e outros produtos que não são frutos ?

II

Qual o fim da Lei autorizando o Governo a aforar terrenos de marinha ? O decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, autoriza o enfiteuta a fazer consistir o aproveitamento dos terrenos de marinha exclusivamente na exploração de minas de óxido de *thorium* (areias monazíticas) e a converter, de fato, o aforamento em concessão para minerar ?

III

Se o enfiteuta reduz o aproveitamento dos terrenos de marinha, exclusivamente à exploração de minas de óxido de *thorium* (areias monazíticas), pode pretender que conserva a substância da cousa aforada e que não lhe causa grave deterioração ? Incorrerá em comisso ?

IV

O aforamento de terrenos de marinha está sujeito à Ord. L. 4 tit. 13 § 6, isto é, à rescisão por lesão ? Como se verifica a lesão ?

V

Compete ao Governo decidir as questões sobre a validade da concessão em relação às formalidades legais, à interpretação do título, o cumprimento das condições impostas ao foreiro, ou deverá pedir a resolução do aforamento ao poder judiciário ?

VI

Se no aforamento de terreno de marinha não está compreendido o direito de abrir e explorar minas de óxido de *thorium* (areias monazíticas), como poderá o Governo fazer bom o contrato que celebrou para a exploração e venda desse mineral ?

Rio, 5 de abril de 1904.

Parecer

I

Conquanto seja corrente a proposição de que ao enfiteuta cabe o gôzo pleno do imóvel enfiteuticado, essa faculdade encontra uma limitação essencial nos direitos do senhorio. A êste pertence a substância da coisa. (LAFAYETTE : *Dir. das Coisas*, vol. I, página 408.) Ora êste direito "forma a essência do domínio direto", e nêle "se vêm fundir os direitos, que constituem a enfiteuse, quando se opera a consolidação". (*Ibid.*) O gôzo do enfiteuta, portanto, embora se estenda, mais amplo que o do usofrutuário, aos frutos e produtos (*ib.*, págs. 398, 258), não pode envolver sob êste nome elementos, que interessem a substância da coisa, com diminuí-la, ou deteriorá-la.

1.º — Ao foreiro não é lícito diminuir a substância da coisa aforada.

A expressão *pleno gôzo*, adverte LAURENT, "não se deve aqui tomar à letra. Quando se confronta com o do usofrutuário, pode-se dizer que o gôzo do enfiteuta é pleno; visto como a lei não lhe acrescenta a restrição de que o enfiteuta deva gozar, como gozava o dono. Mas, se o gôzo do enfiteuta é mais amplo que o do usufrutuário, menos amplo é que o do se-

nhorio. Goza êste a coisa do modo mais absoluto, ao passo que o enfiteuta se defronta com um proprietário, cujos direitos não pode lesar; e neste sentido é que a lei diz nada poder fazer êle, que reduza o valor ao fundo enfiteutico. A sua fruição, pois, diferentemente da do proprietário, implica uma obrigação: a de que êle goze como pai de família." (*Principes*, vol. VIII, pág. 377).

Assentimento geral encontra esta doutrina entre os jurisconsultos. "L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds", ensina THIRY: "mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur." (*Cours de dr. civ.*, vol. I, pág. 843, n.º 814.) E PLANIOL, no seu admirável tratado: "L'emphytéote a sur le fonds un droit de jouissance plus étendu que celui d'un usufruitier ou d'un locataire ordinaire... On ne lui défend qu'une seule chose: c'est de diminuer la valeur du fonds." (*Tr. elem. de dr. civ.*, vol. II, pág. 556, n.º 1.824.)

Essa regra já formulada por mestres antigos (VOET: *Comm. ad Pandect.*, VI, 3, 11), teve depois consagração em modernos textos legislativos. A lei belga de 10 de janeiro de 1824, art. 3.º, dispõe: "L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur." Nos mesmos termos se exprime o cód. civ. holandês, art. 768.

Os grandes repositórios contemporâneos da ciência do direito consignam todos essa teoria. Assim as *Pandectas Francesas*: "L'emphytéote a-t-il le droit de changer la forme et la nature du fonds? On décide qu'il peut innover, pourvu que la valeur du fonds ne soit pas diminuée." (Vol. XXIX, pág. 645, n.º 135.) "En ce qui concerne les droits de l'emphy-

téote, ils sont très voisins de ceux du propriétaire. L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; mais il ne peut rien faire, *qui en diminue la valeur.*" (*Ib.*, páq. 644, n.º 112.) E igual lição contém as *Pandectas Belgas*. (Vol. XXIX, col. 1.025; vol. XXXV, col. 616, n.º 170.)

Ora, se o foreiro não pode cercear o valor ao prédio aforado, como poderá explorar-lhe as minas? Em terrenos onde se encerram jazidas ou veios de metais preciosos, que maior diminuição de valor se poderia infligir ao imóvel emprazado?

A relação lógica entre esta consequência e aquela premissa é manifesta. Assim, a lei belga de 10 de janeiro de 1824, art. 3.º, e o cód. civ. holandês, art. 768, instituindo a norma, que há pouco transcrevemos, imediatamente dela deduzem, como corolário, a proibição ao enfiteuta de explorar as minas jacentes no terreno dado a fôro, salvo se já o senhorio as explorava, quando constituiu a enfiteuse. Porque então, se expressamente não excluir da enfiteuse êsse direito, razoável será inferir que transmitiu inteiro ao utilista o gôzo, em cuja posse estava.

Estabelecido o preceito que veda ao enfiteuta desfrutar o imóvel de maneira que lhe abata o valor, acrescentam, nos mesmos termos, aqueles dois textos legislativos:

"Ainsi il lui est défendu, entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit."

THIRY reproduz textualmente estas palavras, em seqüência às suas pouco há por nós citadas. LAURENT, comentando êsse texto, escreve: "É o princípio que

o cód. Napoleão, art. 508, estabelece em matéria de usofruto. Ao enfiteuta, portanto, se pode aplicar, por analogia, o que expendemos quanto ao direito de usofrutuário em relação às minas. Aqui a lei abandona a analogia da enfiteuse com a propriedade, e razoavelmente. O enfiteuta desfruta um imóvel pertencente a outrem... Necessário é, pois, que o conserve." (*Principes*, vol. VIII, n.º 378.)

No mesmo sentido:

PLANIOL, *ubi supra*:

Pandect. Belges, vol. XXII, col. 1.084, n.º 76;
vol. XXV, col. 616, n.º 172;

Pandect. Français., vol. XXIX, pág. 645,
n.º 126.

Os minerais não são frutos. (DEMANTE: *Cours*, vol. II, pág. 466, n.º 421.) Porque o caráter específico dos frutos é a reprodução periódica. Sem periodicidade, ou, quando menos, sem possibilidade ou expectativa de reprodução, não há frutos: *Fructus est quidquid ex re nasci et resnasci solet*. (TOULLIER: *Le dr. civ. franc.*, vol. II, n.º 399. — PROUDHON: *Usufr.*, vol. III, n.º 1.200. ZACHARIAE, vol. II, pág. 61, n.º 18. — ACOLLAS: *Dr. Civ.*, vol. I, pág. 612. — THIRY: *Op. cit.*, vol. I, pág. 749. — B. LACANTINERIE et CHAUVEAU: *Des Biens*, n.º 485. — LAFAYETTE: *Dir. das cois.*, vol. I, págs. 258, 259, 262. — PLANIOL: *Op. cit.*, vol. I, n.º 976, 1679.)

Rigorosamente falando, nem produtos se podem chamar os minerais. "O que de uma mina, ou de uma pedreira, se extraí, não é produto do solo: a terra não produz minério, areia, ou calcárea. É o próprio solo que se remove e aliena em pedaços. A exploração de uma pedreira ou mina infalivelmente acabará por esgotá-la." (PLANIOL, vol. I, n.º 1.698.) Ora,

esgotando-a, não só se terá extinguido a mina, ou pedreira, subtraindo-lhe assim ao solo, talvez, o principal do seu valor, mas ainda se haverá desfalcado consideravelmente a substância ao imóvel aforado.

Terrenos há, diz LAFAYETTE, que só se prestam ao mister da mineração. (*Op. cit.*, vol. I, pág. 262, n.º 10.) Minerados, pois, êsses terrenos, perderam, não os seus frutos, nem os seus produtos, mas tôda aquela parte da sua substância, que constituía o valor da propriedade. Logo, o fruidor, a quem se reconhecesse o direito de explorar as minas, poderia desvaliar, extenuar e aniquilar o objeto da propriedade.

Daqui resulta a consequência, universalmente aceita quanto ao usofrutuário, de que as pedras e os metais lhe não pertencem, salvo se as minas já estavam abertas e em laboração, ao tempo em que se constituiu o usufruto. (LAFAYETTE, I, págs. 259, 262. — DEMOLOMBE : *Cours*, vol. X, n.º 435. — TOULLIER, vol. II, pág. 166. — PROUDHON : *Usufr.* ns. 1.202, 1.207. — DURANTON : *Cours*, vol. IV, n.º 567. — ACOLLAS : vol. I, pág. 621. — ARNTZ : *Cours*, vol. I, n.º 986. — HUC : *Comment.*, vol. IV, págs. 248, 251. — PLANIOL, vol. I, ns. 1.698-9.) Mas esta consequência, já reconhecida expressamente no direito romano pelo que toca ao usofruto (SERAFINI, *Dir. Rom.*, vol. I, § 82, pág. 304), e consagrada nos códigos modernos (c. civ. fr., art. 598) a êste respeito, forçosamente há de alcançar a enfiteuse. "C'est une analogie avec l'usufruit." (THIRY, vol. IV, pág. 843, n.º 814. — *Supplém. aux Princip.* de F. LAURENT par L. SIVILLE, vol. III, pág. 41, n.º 69.)

Porque, se, como bem estabelece LAFAYETTE, do senhorio é "o direito à substância da coisa" (*op. cit.*, vol. I, pág. 408), a norma, que obriga o usufrutuário

a "conservar a substância" da coisa usofruída (c. civ. fr., art. 578), lógicamente se estende ao enfiteuta, no tocante à coisa emprazada. Destruir, ou desfalcar, a substância da coisa, num e noutro caso, é atentar contra o domínio do senhorio, que, na hipótese da enfiteuse, se manifesta especialmente pelo direito eventual à consolidação do domínio útil com o direto. Este direito, inerente à essência da propriedade, igualmente o é à da enfiteuse. De maneira que atentaria, a um tempo, contra a essência das duas instituições o arbítrio, que se deixasse ao enfiteuta, de prejudicar na sua substância a coisa enfiteutizada. E esse arbítrio é o que se lhe deixaria, se ao enfiteuta se permitisse desvaliar o solo aforado, abrindo-lhe e esgotando-lhe as minas.

Desde as suas origens no direito romano, já se punha à enfiteuse esta regra entre as suas leis fundamentais. Todos os expositores do assunto formalmente a consignam. Admitia-se ao enfiteuta que transformasse o prédio, mas não que o deteriorasse. "Formam praedii mutare potest, dummodo illud deteriorius non faciat." (WARNKOENIG, § 445.) "Son pouvoir arbitraire", diz MAYNZ, "n'est limité que par la défense de détériorer le fonds." (Dr. rom., vol. I, § 147, pág. 861.) E ajunta : "Il est obligé de cultiver le fonds en bon père de famille, et de le restituer, à la fin de l'emphytéose, dans l'état où il l'a trouvé: il est tenu de toute détérioration arrivée par sa faute." (Ib., § 148, pág. 862.) ARNDTS, do mesmo modo, limita únicamente o direito do enfiteuta pela obrigação de não deteriorar o imóvel : "nur mit der Beschränkung, dass die Sache nicht verschlechtert werde." (Lehrbuch der Pandekten, § 196). Como élle, WINDSCHEID: "nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht." (Pandekt., § 219. Ed. de 1900. Vol. I, pág. 990.)

"Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in guten Stande zu erhalten." (*Ib.*, § 220, pág. 992.) "Há il pleno godimento della cosa", nota SERAFINI "come un proprietario, perche non la deteriori." (*Dr. rom.*, vol. I, p. 327-8.) E citaríamos todos os romanistas, se houvessemos de citar a todos os que no mesmo sentido se pronunciam.

Modernamente a mesma restrição aos direitos do enfiteuta consagram a legislação, a doutrina e a jurisprudência, em quase todos os países cuja lição jurídica nos alumia. Vejam-se, por exemplo :

A l. belga de 1824, art. 5.^o

O c. civ. hol., art. 770.

O c. civ. espanhol, art. 1.648, n.^o 2.

O c. civ. japonês, art. 271.

DALLOZ : *Répert.*, vol. XXX, pág. 583, n.^o 6.

Pandect. Belg., vol. XXXV, col. 600.

CHIRONI : *Istit. di dir. civ.*, vol. I, pág. 306, 308.

Digesto Ital., vol. X, págs. 437-8.

DERNBURG : *Pandek.*, ed. de 1902, vol. I, página 638.

SIMONCELLI : *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi.*

Archiv. Giuridico, vol. XL, pág. 455.

PACIFICI-MAZZONI : *Istit. di dir. civ. it.*, vol. III, n.^o 283, pág. 521.

DE FILIPPIS : *Corso di dir. civ. it.*, vol. IV, página 28, n.^o 53.

Os nossos civilistas, como, antes dêles, os portuguêses, firmando-se no direito romano (Nov. 7, c. 3, § 2), assentam a mesma doutrina. "A enfiteuse é mais ampla do que o uso fruto", diz LAFAYETTE :

"compreende, além do direito de usofruir, o de perceber os produtos, que não entram na definição de frutos, e o de transformar e alterar as coisas, com o único limite de lhes não deteriorar a substância." (*Op. cit.*, vol. I, § 140, págs. 3 e 2.) Adiante, definindo os direitos do enfiteuta, enumera o de "praticar nêle" (no prédio) "as transformações e mudanças, que forem necessárias ou úteis, sem todavia lhe deteriorar a substância." (*Ibid.*, § 147, pág. 398). Depois, explanando as obrigações do foreiro, menciona a de "conservar a substância da coisa aforada" (*ib.*, § 150, pág. 406), e acrescenta, em nota: "O senhorio retém o seu direito à substância da coisa, direito importante pela contingência da consolidação. Este direito ficaria aniquilado, se ao enfiteuta fôsse lícito destruir a coisa em sua substância."

ALMEIDA E SOUSA professava a mesma lição. (*Dir. Emphyteut.*, § 615.) C. DA ROCHA exigia que "as alterações ou mudanças" feitas pelo enfiteuta nos bens aforados "pareçam próprias a melhorá-los." (*Instit. de d. civ.*, vol. II, § 559, pág. 435.) C. TELES vedava expressamente ao foreiro "deteriorar os prédios", e explicava-se, dizendo: "Não poderá reputar-se deterioração o arrancamento de um olival, ou de uma vinha, se por velhice já não derem esperanças de melhoramento, e aliás o terreno der mais lucro semeado de cereais." (*Dig. Port.*, tom. III, ns. 982-983.) Lição donde resulta que o enfiteuta não poderia destruir uma cultura útil, senão para a substituir por outra mais vantajosa.

Defeso é, pois, ao enfiteuta *deteriorar* a substância ao imóvel. Nesta regra contestam todos os votos.

Mas que é deteriorar ?

Deteriorare, define FORCELLINI, “*proprie est deteriorius aliquid facere : deteriorare (ital.), peggiorare.*” (*Totius Latinitatis Lexicon*, vol. II, pág. 676.) E *deterior, ius?* “*Deterior proprie est inferior, vilior, pejor.*” (*Ibid.*) *Deterior* corresponde a *pejor*, com a diferença que “*deterior notat inter bona minus bonum e pejor inter mala majis malum.*” (*Ibid.*) No vernáculo as acepções são as mesmas que na língua mãe. *Deteriora-se*, pois, uma coisa, fazendo-a menos boa (*pejor*), diminuindo-lhe o apreço (*inferior*), reduzindo-lhe o valor (*vilior*). *Deteriora* o imóvel, logo, tudo o que lhe desfalca a utilidade, a consideração, o preço. Temos, de mais a mais, a definição jurídica no próprio texto de CORREIA TELES: “*se, em vez de benfeitorizar os prédios, os deteriorar, fazendo-o valer menos.*” (Vol. III, n.º 982.)

Portanto, = *deteriorar* = *fazer valer menos*.

Ora a mineração *deteriora a substância do solo* ?

Evidentemente. Para dizer que não, fôra mister sustentar ou que as minas não entendem com a *substância do solo*, ou que a extração dos minerais não o *empobrece e deprecia*; dois absurdos que ninguém ousaria.

O mineral “*c'est le sol lui même qu'on enlève et qu'on vend par morceaux*”. (PLANIOL, I, n.º 1.698.) A mineração, pois, interessa diretamente a substância do chão minerado, e a interessa no mais precioso do que êle contém; porque ninguém poderia contestar que o mais precioso do solo metalífero esteja nos metais, que êle encerra. A subtração de valor é, portanto, incontestável. Ela se opera na substância do solo, deixando-a reduzida à parte menos valiosa dos seus elementos. Logo, seria impossível desconhecer que a mineração faça *valer menos* o solo explorado.

Mas fazer valer menos é deteriorar. Logo, a mineração deteriora a propriedade minerada. Ora, o enfiteuta não pode deteriorar a substância da enfiteuse. Logo, não pode minerar terreno aforado.

A opinião, pois, de que ao foreiro é dado abrir minas no prazo (LAFAYETTE, I, pág. 376, n.º 4) colide, no mais irredutível antagonismo, com a de que ao foreiro é defeso deteriorar a substância da coisa emprazada. (LAFAYETTE, I, págs. 382, 398, 406, n.º 1, 421, 376, 377.)

Ainda, se essa deterioração fosse reparável, se poderia admitir a assimilação dos minerais, não propriamente aos frutos, mas aos produtos. Tão misteriosos são, porém, os processos e tão vastos os períodos geológicos, a que está sujeita a formação dessas riquezas no seio da terra, que, não obstante o adiantamento dos estudos modernos sobre a mineralização e a metalificação, a reprodução natural dos metais excede todas as previsões da ciência, e não pode entrar em conta, nos cálculos do interesse, ou nas apreciações do direito. Ante êste, consequintemente, as minas se apresentam com o caráter de irreprodutibilidade. O que a mineração, pois, ataca, não é a produção, mas a substância mesma do solo. A sua ação deteriorante, por conseqüência, é definitiva e irreparável. A exploração das minas deteriora irremediavelmente as terras metalíferas, roubando à sua substância as partes opulentas. É a própria substância, portanto, que se lhe destrói, e nos seus elementos de mais valia. Logo se "o direito do senhorio à substância da coisa ficaria aniquilado, quando ao enfiteuta fosse lícito destruir a coisa em sua substância" (LAFAYETTE, I, pág. 406, n.º 1), não menos aniquilado ficará êsse direito, quando ao enfiteuta se permita abrir minas no imóvel aforado. Se, pois, em face

dos direitos do senhorio, se recusa ao enfiteuta o arbítrio de atentar contra a substância da coisa, não se pode consentir ao enfiteuta o de encetar a mineração do solo emprazado.

Na teoria contrária a incongruência afronta a lógica do modo mais direto. Nega-se na conclusão, contra ambas as premissas, o princípio firmado na primeira e impôsto ao caso pela segunda. Na maior se declara que o enfiteuta não poderá *deteriorar* a substância da coisa. Na menor não se pode contestar que a exploração das minas *deteriore* a substância do solo. Na conclusão dá-se ao enfiteuta o direito de explorar as minas, *que deterioram* o solo.

A inconseqüência só se poderia evitar, negando a menor. Mas já vimos que esta é irrecusável. Que restará de um terreno aurífero ou diamantino, se a indústria do enfiteuta lhe lavrar e despejar os veios e jazidas? O solo ordinariamente ingrato das formações minerais, o cascalho, a pedra, os resíduos mais ou menos desprezíveis do chão maltratado e esterilizado pelo trabalho do mineiro. Consumiram-lhe a opulência dos tesouros naturais, deixando-lhe apenas o inútil envoltório na gleba árida e revêssa à cultura. E não lhe destruiram a substância? Não a deterioraram? Nos campos de Pedro, antes do aforamento, havia ricas minas, que o tempo, mais tarde, veio a revelar. Mas, quando êles, pela resolução da enfiteuse, voltam ao domínio pleno do senhor, já não encerram senão excavações vazias. Como sustentai, pois, que o enfiteuta lhes não deteriorou a substância? E, se a deteriorou, como sustentar que obrou juridicamente, ante a lei, essencial à enfiteuse, que recusa ao enfiteuta o direito de aniquilar, ou deteriorar, a substância do imóvel?

Na colisão entre a premissa, que nega êsse direito, e a falsa conseqüência, que o reconhece, fôrça é optar por uma ou por outra.

Ora, qual delas se nos impõe?

A premissa que nega ao enfiteuta o direito de infligir deteriorações à coisa aforada, tem a sua base na essência da enfiteuse, que assegura ao domínio do senhorio a substância do imóvel, e a sua origem positiva na jurisprudência romana, de onde as nossas leis primariamente derivam. LAFAYETTE mesmo lhe assina essa procedência, invocando as novelas de JUSTINIANO (*op. cit.*, vol. I, § 140, pág. 382), que todos os romanistas invocam. (DERNBURG, I, § 260, n.º 15. — WINDSCHEID, I, § 220, n.º 1. — ARNDTS, § 196, n. d. — MAYNZ, § 147, n. 1.)

A pseudo-conclusão, pelo contrário, que reconhece ao enfiteuta o arbítrio de abrir lavras minerais, contraria os princípios fundamentais da enfiteuse, atentando contra os direitos do senhorio, e não se apoia em texto algum, seja nas leis pátrias, seja nas romanas. O egrégio autor do *Direito das Coisas* deixa cair essa opinião em duas linhas, numa nota ao § 139, remetendo-nos aos §§ 97 e seguintes. Mas o que ali se encontra, na exposição da teoria dos frutos, é, à pág. 259 e à pág. 262, a regra de que o uso-freto não abrange o direito a minerar, senão quando ao tempo do contrato as minas já se achavam em laboração. A lei belga, o código holandês, a doutrina francesa estendem essa restrição à enfiteuse. O sábio jurisconsulto brasileiro a rejeita. Por quê?

Ele mesmo, comentando, em nota, o princípio, assentado no seu texto, de que o enfiteuta não poderá deteriorar a substância da coisa, ali explica esta

vedação com êste exemplo : "Como converter plantações em pastos, demolir e reconstruir edifícios." (§ 139, n.º 4.) Pois quê! O enfiteuta há de respeitar, sejam quais forem, as construções existentes no solo. Não poderá sequer, mudar-lhe o gênero de cultura, ou a adaptação industrial. Ser-lhe-á defeso entregar à criação as terras, que encontrou plantadas. Mas, se elas contiverem minas, ainda que nestas consista o valor principal ou total do solo, poderá lavrá-las e exauri-las a seu salvo! De sorte que o enfiteuta deterioraria a substância da coisa, acabando com um plantio, que poderia renovar, ou demolindo um edifício, que poderia reconstruir, isto é, submetendo o prédio a alterações superficiais, de reparação mais ou menos fácil. Mas, revolvendo as entranhas do solo, para o despojar das riquezas naturais, que decerto se não repõem, e em que certamente se cifrava o melhor, se não o total, do seu preço, não deterioraria a substância da coisa.

Esta opinião, bem se vê, se destrói pelos seus próprios elementos.

Se a contingência, abonada pela enfiteuse, da consolidação integral da propriedade nas mãos do senhorio se opõe à deterioração da coisa aforada pelo enfiteuta, ao enfiteuta não se pode reconhecer a faculdade jurídica de iniciar mineração no solo aforado. Quando a laboração das minas já existisse, e o proprietário não a houvesse reservado, o silêncio do contrato envolveria implícita a autorização de continuá-la. É o que no uso fruto se supõe : não se pode supor menos na enfiteuse. Mais, porém, também lhe não poderíamos atribuir, sem que, na frase do conselheiro LAFAYETTE, ficasse aniquilado o direito, que o senhorio retém, à substância da coisa.

2.º — Ainda, porém, que assim não fôsse na enfiteuse ordinária, na de terrenos de marinha, objeto da consulta, acresce ao problema um fator, que torna irrefragável a nossa conclusão.

A se admitir que, nos aforamentos comuns, assista ao foreiro o jus de empreender lavras minerais, êste princípio, geral ao comum das enfiteuses, teria de ceder, nas de bens do Estado, à lei especial que sujeita a mineração, em tais terrenos, à licença do governo. *Lex specialis derogat generali.*

Sob o regimen imperial, não obstante o dec. de 27 de janeiro de 1829 e o aviso de 23 de julho de 1831, ninguém podia minerar, entre nós, ainda em terrenos de seu domínio particular, sem permissão do governo. (Ord., L. II, t. 26, § 16, t. 28 pr. e t. 34, § 10, L. n.º 514, de 28 de out. de 1848, art. 34, Ord. do Tes., n.º 226 de 19 de set. de 1849, L. n.º 601, de 18 de set. de 1850, art. 16, § 4.º.) Errônea era a doutrina contrária de T. DE FREITAS, na *Consolidaç.*, art. 903 e n. 22; porquanto o dec. de 27 de janeiro de 1829, onde ela estriba expressa e exclusivamente, mero ato do poder executivo, não podia revogar as disposições legislativas da Ordenação, que nem depois se revogaram. (Resol. de cons. em 13 de out. de 1866 e 4 de janeiro de 1871). E, nessa exigência, a Ordenação era coerente consigo mesma, desde que no seu sistema as minas eram bens da coroa, limitando-se a propriedade individual, nos terrenos metalíferos, à superfície do solo.

Com a constituição republicana, art. 72, § 17, a propriedade individual se estendeu às riquezas minerais do sub-solo.

Claro está, porém, que, a respeito das terras abrangidas no domínio público, subsistiu intacto o

antigo preceito, que subordinava as operações de mineração particular à autorização do poder administrativo. Ninguém, no antigo régimen, podia minerar, onde quer que fôsse, sem concessão do governo; ninguém, sem concessão do governo, pode minerar, sob este régimen, em terrenos nacionais ou estaduais.

Era um princípio de direito público administrativo, sob as instituições imperiais. É, sob as republicanas, um princípio de direito público administrativo. Os contratos civis que a administração concluir, hão de estar adstritos, pois, a essa limitação superior. Não se pode, logo, presumir que se envolva uma renúncia dela sob as formas civis da *enfiteuse*. Limitável como todos os civilistas reconhecem, pelas convenções das partes, esta, com maioria de razão, se limita pelas regras permanentes que asseguram a soberania e os direitos do Estado. Quando êste, portanto, deu terrenos a fôro, mas não fêz a concessão de minerar, subentendido está que a reservou.

Esta regra foi expressamente estabelecida na Ord. L. II, t. 28, pr., a propósito das doações e, portanto, a *fortiori* em relação aos aforamentos. "Por quanto", determina o antigo legislador, "em muitas doações feitas por nós e por os reis nossos antecessores, são postas cláusulas *muito gerais e exuberantes*, declaramos que, por tais doações, e cláusulas nelas conteúdas, *nunca se entende serem dadas as dízimas novas dos pescados nem os veeiros e minas, salvo se expressamente forem nomeados e dados na dita doação*. E para prescrição das ditas coisas *não se poderá alegar posse alguma, posto que seja imortal.*"

Ora, se nas doações que transferem por inteiro o domínio, com todos os seus elementos, era preceito

formal que, embora as suas cláusulas se enunciasssem com a maior amplitude e exuberância, nunca se reputaria alienado pela coroa o direito às minas, exceto "se expressamente fôssem nomeadas e dadas", com maioria de razão claro está que, se não fôr expressamente nomeado e dado, não se alheia êsse direito *nas enfiteuses* de bens do domínio nacional, onde o enfiteuta apenas adquire o domínio útil. Como traspassaria as minas um contrato, que apenas traspassa o domínio útil, isto é, o gôzo da coisa, se não alheavam as minas os contratos, que, com o domínio útil, alheavam o direto? Se o donatário, fazendo-se dono do imóvel nos seus produtos e *na sua substância*, não se fazia dono das minas, como se faria senhor das minas o foreiro, que, obtendo sómente a fruição do imóvel, deixa o direito à sua substância no patrimônio do senhorio?

Esse princípio da antiga legislação portuguêsa, vigente no Brasil, teve nova consagração nas leis brasileiras. E, se é possível, ainda mais frisante. O que a Ord. L. II, t. 28 pr. dispusera quanto às doações, dispôs *quanto às vendas*, a lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, art. 16, § 4.º, estatuindo que "as terras devolutas, que se venderem, ficarão sempre obrigadas" ao ônus de "sujeitar às disposições das leis respectivas quaisquer minas, que se descobrirem nas nossas terras". Considerando êste texto, Bernardo de Sousa Franco, o visconde de Sapucaí e o marquês de Olinda, numa consulta da seção do império, aos 19 de agosto de 1866, com a qual se conformou o imperador em resolução de 13 de out. desse ano, observavam: "A L. n.º 601, de 18 de set. de 1850, no § 4.º do art. 16, confirmou o direito do Estado, reservando na venda dos terrenos devolutos o sub-solo com todos os seus minerais, como era de

regra na concessão de sesmarias." Ora, se o Estado, *ao doar* as suas terras, se reserva os minerais, se o Estado, *quando vende* terras suas, igualmente se reserva as minas, será possível admitir que o Estado só não se reserva as riquezas minerais do solo, quando o afora ? a saber, que guarde sempre consigo o domínio das minas, quando aliena em todos os seus elementos o domínio do solo, só alienando o domínio das minas, justamente quando retém o senhorio da terra ?

O absurdo não poderia ser maior. Não poderia ser mais extravagante a inversão.

Assim que responderei ao *primeiro quesito NEGATIVAMENTE* : NO AFORAMENTO DOS TERRENOS DE MARINHA NÃO SE COMPREENDE ENTRE OS DIREITOS DESMEMBRADOS DO DOMÍNIO DA UNIÃO O DE ABRIR E EXPLORAR MINAS.

A particularidade, relativa às areias monazíticas, de serem superficiais as suas jazidas não altera esta conclusão; porque não é a situação subterrânea das riquezas minerais, mas a sua natureza, o que determina a especialidade jurídica neste assunto.

II

O fim das nossas leis autorizando o governo a aforar terrenos de marinhas está expressamente definido nos fundamentos solenes que antecedem a parte dispositiva no dec. n.º 4.105, de 22 de fev. de 1868.

Firma-se êste decreto em que tais concessões, "além de conferir direitos de propriedade aos concessionários, tornam êsses terrenos produtivos, e favorecem, com o aumento da produção, o das rendas

públicas". Atende, em segundo lugar, "à necessidade de regular a forma das mesmas concessões, no interesse, não só do domínio nacional e privado, como no da defesa militar, alinhamento e regularidade dos cais e edificações, servidão pública, bom estado dos portos, rios navegáveis e seus braços".

Com as providências adotadas em favor dêsse contrato o que tem tido em mira, portanto, o legislador pátrio, é acudir ao interesse do domínio nacional e ao desenvolvimento público, servindo :

à defesa militar do país;

à regularidade do arruamento e edificação das cidades e povoados;

à conservação dos cais e portos;

à navegabilidade dos rios e seus afluentes;

à expansão das rendas públicas pelo aumento da produção.

A olho se está vendo, pois, que o aforamento de tais bens não mereceu a consideração, de que o cerca o legislador, como liberalidade prodigalizada aos concessionários, simplesmente para que o Estado aufera de tais convenções o mesquinhíssimo lucro da pensão anual. Seu objeto consiste em fomentar, nas regiões urbanas, o desenvolvimento das cidades, nos distritos rurais o da lavoura e viação.

Todos os povos, que têm usado êste contrato intermédio à locação e à venda, sempre o ligaram ao intuito, que a etimologia grega do vocábulo *enfiteuse* lhe atribui, de cultivar os campos incultos, e melhorar a cultura aos cultivados. (ARNDTS, I, § 197. — NAMUR : *Cours d'Institut.*, I, § 149. — GIRARD : *Man. de dr. rom.*, ed. de 1901, pág. 383. — SERAFINI : *op. cit.* I, pág. 326. — C. civ. napolit., art. 1.678. — C. civ. ital., art. 1.556. — LAURENT : *Princip.*, vol. VIII, ns. 346, 540. — SIMON VAN LEUWEN :

Comment. on Roman-Dutch Law. Tr. Kotzé vol. I, pág. 221. — CHIRONI : *op. cit.*, I, págs. 306, 308, 309. — PACIFICI-MAZZONI : *Istituz. di dir. civ. it.*, vol. III, n.º 283, pág. 521. — DE FILIPPIS : *Corso*, vol. IV, pág. 28, n.º 53. — C. DA ROCHA, II, § 533. — *Digesto Ital.*, vol. X, págs. 426-8). “L’obbligo di migliorare il fondo”, diz CHIRONI, “é della essenza giuridica della enfiteusi.” (I, § 199.) “L’obbligo di migliorare il fondo enfiteutico”, ensina DE FILIPPIS, “nasce dell’essenza stessa della enfiteusi.” (*Loc. cit.*).

Praticamente o uso, entre nós, tem obliterado essa obrigação do enfiteuta. Mas o dec. de 22 de fev. de 1868 a consigna explicitamente, de acordo com a legislação anterior, como motivo e objeto das enfiteuses concedidas pelo Estado.

Não é possível, pois, deixar de ter em consideração, na apreciação do direito peculiar a tais concessões, esse dever, formalmente impôsto aos concessionários em textos legislativos. Ele define e circunscreve os direitos do enfiteuta de bens do Estado. Não lhe seria lícito reduzir a sua ação nos terrenos de marinha à exploração das areias minerais, e converter o aforamento em concessão para minerar.

Destarte a indústria, meramente *espoliativa*, exercida sobre o imóvel, *inverteira os fins ao contrato de enfiteuse*.

Depois, transformando em concessão para minerar o aforamento, destinado, em sua essência, a *melhorar* a propriedade aforada, se praticaria contra a lei uma verdadeira burla. Não pode haver duas espécies de concessões e contratos de natureza e fins mais diversos. A enfiteuse tem o seu regimento tradicional nas antigas leis que lhe dizem respeito. A exploração de minas está sob um régimen distinto, sob uma legislação adequada à sua especialidade e

assente em monumentos legislativos, assaz antigos também, através dos quais se tem mantido, em suas linhas capitais, o princípio que reserva os direitos do Estado, e lhe subordina os favores, neste assunto, a condições e formalidades particulares.

Nunca se confundiram as duas espécies. Se o aforamento autorizasse a exploração das minas, as enfiteuses teriam substituído as concessões de datas minerais; o que nunca se deu. Os pretendentes à mineração sempre solicitaram datas minerais. Nunca acobertaram sob petições de aforamento o designio de explorar minas. Nem se comprehende que a administração pública haja aquiescido nessa reticência, lesiva da lei e atentatória dos interesses do Estado, senão quando ignorasse ou a existência das minas ou o ânimo dos postulantes. Mas, num e outro caso, a concessão, outorgada sob a qualificação expressa e as formas legais *do emprazamento*, não os autoriza a lavrarem as riquezas minerais do solo.

Tal autorização lhes não poderia resultar senão de cláusula expressa no contrato de enfiteuse, quando não lhes fosse dada em concessão especial.

Tratando-se de estrangeiros, ainda mais positiva é essa exigência, nas leis brasileiras. outrora lhes recusavam as instituições pátrias licença, para minerar. A lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867, art. 23, extinguiu essa incapacidade; mas, ao mesmo tempo, acentuou a necessidade indispensável da autorização administrativa, estatuindo: "Os estrangeiros poderão, isoladamente ou em sociedade, como os súditos do império, requerer e obter concessão para a mineração, ficando revogadas as disposições que lhes vedam tal concessão."

Nacionais ou estrangeiros, pois, hoje, todos podem lavrar minas em terrenos de domínio do Estado,

contanto, porém, que dêste obtenham expressa, requerendo-a expressamente, a devida licença.

E, para se ajuizar do zêlo, com que, nesta matéria, ao menos sob o régimen passado, sempre defendeu o governo brasileiro os direitos da Fazenda Nacional, e mediu as condições a tais favores, examine-se o dec. de 17 de set. de 1824, que estabelece regras para o serviço das minas descobertas no Rio Grande do Sul e em São Paulo, o de 21 de março de 1864, que regula a proporção entre a data mineral e o capital da emprêsa exploradora, o de 29 de setembro do mesmo ano, que fixa os prazos aos concessionários de minas para o comêço dos trabalhos, e o de 16 de setembro de 1824, o de 18 de dezembro de 1864, o de 10 de julho de 1872, o de 19 de janeiro de 1876 e vários outros, que a estrangeiros e brasileiros concederam licença para minerar, sujeitando-os a cláusulas estritas, e impondo-lhes, além das obrigações instituídas nas leis anteriores, novas responsabilidades e compensações em benefício do Tesoiro.

São dados irrecusáveis, para mostrar, do modo mais concludente, que ninguém então conceberia o fato, ainda hoje inconcebível, de uma concessão mineratária insinuada e exercida obrepticiamente, à face do Estado, em terrenos seus e com a sua conivência silenciosa, sob a capa de um simples aforamento.

III

Na solução do primeiro quesito demonstramos que a exploração de minas importa deterioração, e das mais graves, ao imóvel aforado, e que o enfiteuta não tem o direito de deteriorar a enfiteuse na sua substância, antes a deve melhorar.

Se a deteriora gravemente, incorre em duas sanções civis :

o comisso;
a indenização de perdas e danos.

Era assim no direito romano. Continuou a sê-lo no dos povos modernos. E, sob o nosso, assim é.

Quanto ao comisso.

No direito romano :

"A enfiteuse cessa pelos seguintes fatos : . . .

"Por decadência do titular (*durch Verwirkung des Berechtigten*). Ele perde, em pena, o seu direito nos seguintes casos : a) se deteriora o prédio (*wenn er das Grundstück deteriorirt*)".

(WINDSCHEID : *Pandekt* : I, § 222. Ed. de 1900, pág. 998.)

"O direito de enfiteuse acabará... b) pela remoção do enfiteuta, quando haja violado as obrigações, que lhe incumbiam. A ela poderão dar motivo : a) a deterioração notável da propriedade aforada (*Erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes*)".

(ARNDTS : *Pand.* I, § 199. Ed. de 1886, página 372.)

"As deteriorações autorizam ao proprietário o confisco. *Deteriorationen ermächtigen den Grundherrn zur Privation*".

(DERNBURG. *Pand.* : I, § 260. Ed. de 1902, pág. 638.)

"The lord was entitled to hold the grant forfeited... if the emphyteuticary allowed the lands to deteriorate".

(MUIRHEAD : *Historic. introd. to the law of Rome*, pág. 421.)

"He (the emphyteuticary) must not deteriorate the property... If the emphyteuticary fails in any of these duties... the landlord (dominus emphyteusos) may deprive him of his rights as perpetual lessee".

(RUDOLPH SOHM : *Instit. of Rom. Law.* Tr. Ledlie 1892, págs. 369-70.)

"This (to improve the land) is the principal object, yes, the source of emphyteusis, and consequently it will determine" (i. é : ela terminará), "whenever the emphyteuticary allows the land to remain uncultivated, or deteriorates the same by his own fault or conduct".

(VAN LEEUWEN, loc. cit.)

"L'enfiteuta è privato del suo diritto a titolo di pena... quando deteriori il fondo... In questi casi l'enfiteuta decade ipso jure dal suo diritto".

SERAFINI : *Dir. Rom.* I, § 29.)

"Dans certain cas, le propriétaire peut priver l'emphytéote de son droit, notamment... s'il détériore considérablement le fond emphythéotique".

(MAYNZ, vol. I, § 151, pág. 866.)

No direito moderno de outros países a mesma doutrina consagram :

A lei Belg. 10 de jan. de 1824, art. 15.

O c. civ. hol., art. 780.

O c. civ. esp., art. 1.648, n.º 2.

LAURENT, *Principes*, vol. VIII, § 400.

DALLOZ : *Répert.*, vol. XXXIII, pág. 593.

Pandect. Belg., vol. XXXV, col. 631-2.

PAC.-MAZZONI : *Op. cit.*, vol. III, pág. 525.

DE FILIPPIS, loc. cit.

CHIRONI, *op. cit.* I, § 202, pág. 309.

Digesto Ital., vol. X, pág. 465, n.º 77, pág. 470, n.º 83.

RICCI : *Corso di dir. civ.*, vol. VIII. n.º 54.

THIRY, vol. I, pág. 845.

PLANIOL, vol. II, n.º 1.829.

O cód. civ. port., art. 1.672.

No direito pátrio igualmente são uniformes os pareceres, desde ALMEIDA E SOUSA e C. TELES, até LAFAYETTE. C. TELES, invocando ALM. e SOUSA, ensina, como já vimos, que “*incorre em comisso o fo- reiro, se, em vez de benfeitorizar os prédios, os dete- riorar, fazendo-os valer menos*”. (*Dig. Port.*, vol. III, n.º 982). LAFAYETTE, citando A. E SOUSA e C. TELES, repete duas vezes a lição.

À pág. 406 (vol. I) :

Incumbe ao enfiteuta :

“*Consevar a substância da coisa aforada, sob pena de comisso e de indenização dos danos causa- dos, no caso de culpa*”.

À págs. 420-21 :

“A enfiteuse acaba :

“*Nos casos em que o enfiteuta incorre em comisso, a saber :*

a) *se causa, dolosa ou culposamente, grave de- terioração à substância da coisa aforada*”.

Eis aqui nitidamente expresso, além do comisso, o direito do senhorio à indenização. Este direito, já o reconhecia ALM. E SOUSA, *Dir. Enfit.*, § 737. C. DA ROCHA também o assinala em termos precisos : “Se o fôro nenhum lucro dá ao enfiteuta, pode a todo o tempo abandoná-lo ao senhorio; mas, se dolosamente

o danificou, deve indenizá-lo". (Dir. Civ., vol. II, § 540).

Temos aqui uma incorreção no advérbio *dolosamente*. *Culposamente* é a palavra. Não se exige o dolo : basta a *culpa*, para estabelecer o direito à indenização. Éste o sentir unânime nas leis e nos autores. Não se verifica o comisso, não havendo culpa do enfiteuta; mas, verificado o comisso, com êle estará sempre o direito do senhorio à indenização. Tal a opinião de LAFAYETTE no primeiro dos dois trechos pouco há citados. E esta opinião, se bem não seja a de LAURENT, que parece admitir hipóteses de direito ao comisso sem direito a perdas e danos (*Principes*, vol. VIII, n.º 400), se nos afigura incontestável; por quanto, de um lado, não se concebe que o enfiteuta incorra na pena de comisso, se a deterioração não se deu por culpa sua, e, do outro, não se comprehende que, havendo culpa sua, não lhe corra a obrigação de compor o dano. Na lei belga de 1824, art. 15, no c. civ. holandês, art. 780, no c. civ. espanhol, arts. 1.640, n.º 2, e 1.652, a pena de comisso está explicitamente associada à compensação do dano.

O mesmo é corrente na jurisprudência italiana : "Le due azioni sono tutt'altro che incompatibili e possono anche cumularsi : essendo un portato della stessa *regione naturale* che la restituzione del fondo deteriorato debba farsi *insieme col pagamento dei danni*". (*Digesto Ital.*, vol. X, pág. 471, n.º 84). Em têrmos análogos se enuncia SIMONCELLI, na monografia que já citamos : "*comunque finisce l'enfiteusi*, l'enfiteuta é sempre obbligato a pagare i canoni arretrati ed id pesi scaduti, restituire la cosa, a *indennizzare le deteriorazioni*, e restituire i frutti que per ulteriorre illegitima detenção della cosa il proprietario

non ha potuto raccogliere". (*Archivio Giurid.*, vol. XI, pág. 465).

Temos, pois, que à deterioração grave da substância se segue o comisso, e ao comisso a compensação do dano culposamente causado.

Na hipótese, deteriorou-se o imóvel, deteriorando-lhe as minas.

Essa deterioração é *grave*, porque roubou à propriedade quase tudo, senão tudo o em que residia o seu valor.

É na *substância* da coisa; visto que substância é a *matéria da coisa* (Fr. 9, § 2 *D. de contr. empt.*; fr. 14 *D. de verb. oblig.*; GAIUS, § 79. *Comm.* 2; V. SOMMIÈRES : *L'erreur*, pág. 26), e as minas constituem a própria matéria do solo. (PLANIOL, I, n.º 1.698.)

É *culposa*; visto que o enfiteuta a praticou deliberadamente, com o propósito de se locupletar e a ciência de que tirava ao prédio o melhor do seu valor.

Dolosa é, enfim, (o que aliás não era necessário, para estabelecer o caso de comisso e a responsabilidade civil); porquanto, não tendo outro intuito, senão esgotar as minas, o enfiteuta o ocultou, solicitando o aforamento, em vez de requerer licença para minerar.

Não hesitamos, pois, em responder que incorreu em comisso, e está obrigado a restituir o valor dos produtos minerais, que desautorizadamente extraiu.

IV

Já as Ordenações Afonsinas, l. IV, t. 45, § 3, sujeitavam à rescisão por lesão os aforamentos. Daí

passou às Manuelinas, a que LAFAYETTE injustamente atribui o haverem introduzido a "novidade". (*Dir. das Cois.*, I, pág. 374, n.º 5). As Filipinas, enfim, que ainda nos regem, depois de estatuirem as regras da lesão, determinam: "E tudo o que dito é há lugar... nos contratos dos arrendamentos, *aforamentos*, escambos, transações e quaisquer outras avenças, em que se dá ou deixa uma coisa por outra, (L. IV, t. 13, § 6).

Em face dêste preceito seria inegável a lesão numa enfiteuse como esta, onde, segundo os documentos juntos por cópia à consulta, o senhorio percebe de fôro *um conto duzentos e cinqüenta mil réis anuais* pelo emprazamento de terrenos, cuja mineração, de outubro de 1898 a dezembro de 1903, monta oficialmente no valor de *três mil trezentos e oitenta e cinco contos*, tendo pago de impôsto estadual *mil cento e setenta e oito contos de réis*.

Não obstante, porém, o texto das Ordenações, temos dúvida em admitir a rescisão por lesão nas enfiteuses. "A favor do foreiro", diz C. DA ROCHA, "prevaleceu sempre a regra de que o cânon, devendo-se *in agnitionem dominii*, nunca podia ser argüido de lesivo." (*Dir. civ.*, I, pág. 705).

A doutrina da Ord. 1. IV, t. 13, § 6 envolve, lógicamente, o pressuposto de que o cânon enfiteutico representa o preço dos frutos e vantagens que o enfiteuta percebe da coisa enfiteuticada. Ora o alvará de 26 de julho de 1813, qualificando, ao contrário, o fôro como "*um módico reconhecimento...* para o senhorio do terreno", repudia aquela doutrina, e destarte nos parece que implicitamente derroga o estatuído naquele texto. Nos próprios atos da

nossa administração não se encara a pensão enfiteútica de outro modo. A circular do Tesouro expedida em 20 de agosto de 1835 designa o fôro como "uma módica contribuição *em reconhecimento do domínio direto*". Assim se entende geralmente em tôda a parte. Os nossos melhores jurisconsultos sempre assim opinaram. (MELO FREIRE, III, 11, § 3. — C. TELES : *Dig. port.*, III, 933. — C. DA ROCHA, II, § 541 e pág. 705. — LAFAYETTE: *Op. cit.*, vol. I, § 148).

A nosso ver, pois, a enfiteuse, de que se trata, não é rescindível por lesão.

V

O dec. n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 15, declara serem "da competência exclusiva da administração as questões :

1 — Sobre a validade da concessão *em relação às formalidades do presente decreto, interpretação do título e cumprimento das condições impostas pela administração aos concessionários*;

2 — Sobre o *direito de preferência à concessão garantido aos posseiros e outros confrontantes dos terrenos* (arts. 16, 17 e 18);

3 — Sobre a avaliação dos terrenos feita por árbitros, para o pagamento do fôro."

No regimen dêste decreto, caem sob a competência do governo as questões enumeradas no artigo transscrito e, portanto, as que versarem sobre "a validade das concessões em relação às *formalidades do decreto*" onde se acha êsse texto, sobre "*a interpretação do título*" e sobre "*o cumprimento das condições impostas pela administração ao concessionário*."

Mas não seria lícito inscrever debaixo de nenhuma destas rubricas as questões suscitadas na consulta.

Não entendem elas, de feito, com a validade do contrato, aferida segundo o critério das solenidades impostas a esse gênero de concessões pelo dec. n.º 4.105, de 1868.

Também não se referem à observância das condições ditadas pela administração ao foreiro.

Não dizem respeito, enfim, à interpretação do título de aforamento.

O que se trata de interpretar, é a *instituição jurídica da enfiteuse*, examinando se ela abrange nas faculdades do enfiteuta a exploração das minas.

As condições que se quer saber se têm sido respeitadas, vêm a ser, não as que a *autoridade administrativa* exige do foreiro, mas aquelas a que o sujeita à *lei civil*.

É, enfim, com relação aos princípios de direito civil, não com respeito às formalidades taxadas no decreto de 1868, que se discute a validade da concessão.

O enfiteuta, que deteriorar a substância da coisa aforada, incorrerá em comisso? Abrindo minas no solo emprazado, deteriorará o enfiteuta a substância da coisa? Eis os dois polos da controvérsia levantada na consulta.

Se, minerando, o foreiro deteriora a substância do imóvel, e, praticando essa deterioração, atenta contra uma das cláusulas essenciais da enfiteuse, — desde que esta é um contrato civil, está subordinada pelo direito comum, que a deve reger (PLANOL, II, n.º 829), à aplicação do pacto comissório tácito, a

saber, da condição resolutiva, subentendida em todos os contratos, pela qual a todo contraente assiste o remédio de lhes pedir a resolução, quando o outro contraente não se desempenhe das obrigações contraídas. (GIORGİ : *Obbligazioni*, vol. IV, n.º 204. — LAURENT, vol. VIII, n.º 611. — SERAFINI, *op. cit.*, I, pág. 333. — *Pand. Belg.*, vol. XXXV, col. 632.)

Ora, nenhum dos contratantes pode ser juiz dos direitos, obrigações e responsabilidades contratuais do outro. Por isso a resolução dos contratos não se opera senão por ação judicial e sentença regular do magistrado. (GIORGİ, *loc. cit.*, pág. 209.)

Em relação à enfiteuse, especialmente, a matéria tem sido examinada pelos jurisconsultos, que a resolvem, aplicando, como era razão, ao contrato enfitéutico o direito geral aos demais contratos : "La devoluzione non segue ipso jure, né l'espulsione dell'enfiteuta avviene di propria autorità del dominus; ma per sentenza del magistrato." (*Archivio Giuridico*, vol. XL, pág. 465.)

O governo mesmo, por decisão n.º 256, de 30 de julho de 1875, reconheceu a competência da autoridade judiciária nas questões relativas à posse de terrenos de marinha. (T. DE FREITAS : *Ad. à Consolidaç. das Leis Civ.*, an. I, pág. 431.)

Ora, não interessam menos intimamente aos princípios do direito civil, e, portanto não estão menos essencialmente vinculadas à esfera constitucional da justiça as questões concernentes à resolução dos aforamentos celebrados a respeito dêsses terrenos.

Parece-nos, pois, fora de toda a dúvida que a rescisão de tais contratos, isto é, na hipótese, o comissão, não pode ser pedida senão aos tribunais de justiça, nem declarada por ato de outro poder.

Assemelhando, na resposta ao primeiro quesito, sob êste aspecto, a situação do enfiteuta à do usufrutuário, dissemos que aquêle, como êste, poderia explorar as minas do terreno dado de enfiteuse, caso elas já estivessem em laboração, quando esta se contratou. Porque, se o estavam, arcessentamos, e o *dominus* não excluiu declaradamente da enfiteuse o arbítrio de prosseguir na exploração já exercida pelo senhorio, se inferirá que a autorizou, transferindo tal qual ao foreiro o gôzo, em cuja posse estava o senhor da coisa.

É que na cláusula subentendida sempre no aforamento, de se não deteriorar a coisa aforada, o que se preserva é o direito do senhorio. Neste direito, desautorizadamente, não poderia tocar o enfiteuta, danificando o imóvel emprazado. Nada, porém, obsta a que o proprietário, modificando o conteúdo ao seu direito, habilita o foreiro, mediante acôrdo expresso no contrato, a desmembrar da substância da coisa enfiteuticada êstes ou aquêles elementos, mais ou menos importantes, cuja subtração a desvalie, sem a destruir. Destruí-la, não; porquanto o arbítrio, outorgado ao enfiteuta, de acabar com a coisa aforada importaria a negação da enfiteuse, cujo objeto desapareceria com o aniquilamento do imóvel. Mas com a perda parcial da sua substância êle não se extingue: apenas se diminui o valor aos direitos do senhorio, que, cerceando-os voluntariamente, por mútuo e formal ajuste, deprecia a sua expectativa na contingência de consolidação da propriedade, sem, todavia, eliminar a matéria do prazo. A mesma faculdade, que se presume tacitamente conferida pelo senhorio ao foreiro, quando aquêle já minerava, antes de firmar com êste a enfiteuse, poderá dar o primeiro

explicitamente ao segundo, quando, ao celebrar do contrato, as minas ainda estiverem por explorar.

Uma vez que êsse pacto deixa subsistir a enfiteuse com as suas três condições imprescindíveis, o imóvel, a alienação dos atributos úteis do domínio e a renda ânua (LAFAYETTE, I, pág. 392), nada obsta a que a matéria se reja pela convenção das partes. (L. Belg. 10 jan. 1824, art. 17. C. civ. hol., art. 782. C. civ. ital., art. 1.557. — THIRY, I, pág. 843. — DE FILIPPIS, IV, pág. 18, 19.)

Ao contrato enfiteutico poderão elas, pois, adicionar, mediante estipulação expressa, a outorga ao foreiro do direito de lavrar minerais no prédio dado de emprazamento.

Dado, portanto, que o governo haja contratado enfiteuse de terrenos seus, sem disposição formal na escritura, que autorize o enfiteuta a encetar mineração, e o que se queira atualmente, seja conferir-lhe êsse direito, poderá fazê-lo, ou firmando novo instrumento, onde se ratifique o anterior, acrescentando-lhe precisamente essa cláusula, ou dando ao enfiteuta essa faculdade por ato separado, mediante concessão especial para minerar naquele imóvel.

RUI BARBOSA

V

IMPÔSTO TERRITORIAL

IMÓVEL NÃO SUJEITO

A

SUA INCIDÊNCIA

PARECER



NOTA DO REVISOR

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 9º, 2º, conferiu aos Estados competência exclusiva para decretar impostos sobre propriedade imóvel, rural e urbana.

A lei nº 507, de 14 de dezembro de 1901, do Estado do Rio de Janeiro, revogando a de número 395, de 18 de dezembro de 1898, criou, novamente, o impôsto territorial na forma da constituição local, além de dar outras providências adequadas à matéria.

Posteriormente, sancionou-se outra resolução legislativa, que se converteu na lei nº 557, de 12 de novembro de 1902. Dispunha-se nesse ato que o impôsto territorial criado nos termos da lei nº 507, acima citada, incidia únicamente sobre o valor das terras e benfeitorias da propriedade gravada, sendo devido anualmente na proporção de 30 %, deduzida esta fração de 70% do valor referido.

Patente a controvérsia de que ora se trata, concernente aos terrenos situados na Ilha do Viana, em face do preceito contido na lei acima mencionada, foi pedida a opinião de Rui Barbosa, que a manifestou no parecer aqui incluído. Não foi possível, sem embargo de fatigantes tentativas, obter a consulta que o suscitou, e nem qualquer roteiro a propósito do modo como porventura tenha sido mais tarde composto o conflito em expectativa.



Parecer

I

Impôsto territorial, como o nome está dizendo, vem a ser a contribuição que recai sobre a *terra*, ou sua renda. Não é lícito confundi-lo, ou englobá-lo, nem com o impôsto sobre as construções ou edifícios, nem com o impôsto sobre os estabelecimentos industriais. Esta a lição geral dos mestres em matéria de economia política e finanças.

Desviando-se dessa noção elementar, resvalou a legislação francesa num êrro, que PAULO LEROY-BEAULIEU reiteradas vêzes deplora e censura. "Não nos deteremos" diz êle, "em perscrutar a incidência da taxa sobre as casas, que a administração francesa cometeu o êrro de confundir com o impôsto sobre as propriedades rurais: num e outro caso a incidência é diversa". (*Traité de la science des financ.* 5.^a ed. v. 1, Pág. 320). E não só a *incidência*, mas ainda a *natureza* do impôsto difere entre os dois casos: "Já vimos", fala o economista francês, "que em França erradamente se reuniram, sob o nome comum de impôsto territorial duas taxas totalmente distintas uma das quais onera as propriedades *rurais*, outra as propriedades *edificadas*". (*Ib.* pág. 324).

Notemos, de passagem, a contraposição, aqui posta em relêvo, entre as "propriedades *edificadas*" e as "propriedades *rurais*". A edificação, por estar

fora da cidade, não se classifica, econômicamente, entre as propriedades rurais, não cai sobre o alcance do impôsto sobre a terra. A área do impôsto territorial é o *rus* romano, não como simples antítese da cidade, mas como objeto, atual ou possível, da exploração agrícola. *Rura veteres incultos agros dicebant : id est silvas, pascua, AGRUM vero, qui colebatur. Postea de agro culto et de quocumque praedio rusticum villa, secessus et fructus causa parato, usurpatum est*". (FORCELLINI : *Totius latinitatis lexicon*. Ed. DE-VITIS. vol. 5, pág. 276). As construções podem-se incorporar nos prédios rústicos, quando acessórios da terra, do seu gôzo, ou da sua cultura : *secessus et fructus causa paratae*. Mas, se estão sobre si; se, assentando na terra, não a servem; se, discriminando-se pelo seu destino do solo, onde se erigem, se consagram a utilidades alheias da lavoura, como habitação do homem, ou o trabalho industrial, já se não podem qualificar adequadamente como propriedades rurais, nem na esfera do impôsto territorial poderiam caber apropriadamente.

GRAZIANI, o eminentíssimo economista italiano, accentua vivamente a discriminação esboçada por LEROY-BEAULIEU, assinalando as três categorias, por que se distribui a ação tributária, conforme o seu objeto seja a terra inculta ou agricultada, as edificações reservadas à habitação do homem, ou as construções subordinadas a fins industriais, quer estejam, estas e aquelas, no perímetro das cidades, quer na região extra-urbana.

Diz êle com efeito :

L'oggetto dell'imposta fondiaria [territorial] é costituito dai terreni di coltivazione : si escludono le cave, le torbiere, le miniere, le quali vengono in sistemi tributari per-

fetti colpiti da altri tributi. (*Istituzioni di scienza delle finanze*, 1877, pág. 418).

Assim que o impôsto territorial se circunscreve aos "terrenos de cultura", isto é, cultivados ou cultiváveis. É meramente um gravame sobre a renda ou o valor agrícola do solo. Toda outra exploração, ainda que nas entradas dêle resida, tem financeiramente, outro caráter, e sofre, tributariamente, outros encargos.

GRAZIANI prossegue:

Inoltre i terreni che servono all'esercizio delle industrie manufattrici sono valutati nell'assetto delle imposte industriali. (*Ibid.*)

Isto é: se os terrenos se utilizam no exercício de indústrias fabris é no rol dos impostos *industriais* que se hão de classificar. Atente-se bem neste caso porque é o da consulta.

O terceiro, enfim, conclui o abalisado escritor, vem a ser o das edificações para vivenda humana, sujeitas, por sua vez, a um impôsto distinto. "Così le case di abitazione vengono colpite da un imposta particolare, quella sul prodotto dei fabricati". (*ib.*) ..

Semelhante é a lição de WAGNER o famoso economista alemão, que já muito antes associava como equivalentes a noção de impôsto territorial e a de impôsto sobre o rendimento da terra. "O peso tributário", dizia êle, "com que se gravam os proventos sujeitos ao *impôsto territorial*, isto é, essencialmente, os proventos da terra, se manifesta pelo confronto entre o produto do impôsto territorial e o dos impostos sobre os demais proventos e sobre a renda. Die Höhe der Belastung des der Grundsteuer unterliegenden, d.h. doch grossentheils des landwissens-

chaftlichen Ertrags, ergiebt der Vergleich der Steuererträge der Grund — und der anderen Ertrags — und Einkommensteuern". (WAGNER : *Specielle Steuerlehre*, 49. No *Finanzwissenschaft und Verwaltungslehre* de GUSTAV SCHONBERG, ed. de 1885, pág. 233).

As questões tributárias, na França e fora dela, foram estudadas, há três anos, numa obra notável, pelo professor de ciência financeira na Escola Politécnica Federal de Zurich : *La réforme fiscale en France et a l'étranger.* (Paris, 1901). E como considera essa autoridade o impôsto territorial ? Do mesmo modo que as anteriores: "L'impôt foncier porte sur ce que les économistes appellent la rente de la terre, qui est le revenue net de l'industrie agricole". (pág. 189.)

Mais de espaço trata o professor NITTI, no seu recentíssimo e festejado livro *Principi di scienza delle finanze*, firmando e desenvolvendo o mesmo ensinamento: "L'imposta fondiaria", diz êle, "tende a colpire il reddito del proprietario della terra". (página 466). E, ao diante: "L'imposta fondiaria, come imposta sul reddito della terra con fisionomia piú o meno distinta e speciale, esiste oramai in tutti i paesi di Europa e si può dire in quasi tutti i paesi civili". (*Ib.* pág. 469). Depois traça nítidamente a divisória entre êsse impôsto limitado ao rendimento do solo e as contribuições que recaem sobre a propriedade edificada : "Mentre l'imposta fondiaria colpisce il reddito netto dei proprietari della terra, l'imposta sui fabbricati colpisce il reddito neto de dei fabbricati. È evidente che quando la proprietà edilizia non aveva che un'importanza relativamente scarsa, quest'imposta doveve venire unita e confusa con quella fondiaria. Ancora in Francia e in Italia (in tempo re-

cente in Francia e non lontano in Italia) l'imposta fondiaria e l'imposta sul reddito edilizio erano unite". (pág. 497). Mas, com o imenso desenvolvimento das construções em nossa época, observa o preclaro lente da universidade napolitana, "niente sarebbe più assurdo che disconoscere questo fatto e riunire ancora imposta sul reddito della terra e imposta sul reddito edilizio" (*Ib.* pág. 499. NITTI : *Lezioni di scienza delle finanze*. 1901. Nos. 144, 145, 152.)

Os expositores brasileiros não desconhecem êstes rudimentos correntes. Vejam-se, por exemplo, os *Elementos de Finanças* do sr. AMARO CAVALCANTI (Rio. 1896) Com a mais viva precisão ali se fixa : "O impôsto territorial... é uma contribuição pecuniária, arrecadável sobre a renda presumível das terras, e, em regra, sómente lançado sobre a renda líquida das terras culturadas." (Pág. 208)

Não é menos peremptório o Dr. VIVEIROS DE CASTRO, no seu *Tratado dos Impostos*, onde se lê esta categórica proposição : "O impôsto territorial recai sobre a renda das terras". (Rio, 1901, pág. 158)

Acaso desta idéia se teria arredado o legislador fluminense, nos atos acerca de cuja interpretação inquire a consulta ?

Não nos parece.

As primeiras fontes do decr. n.º 820, expedido pelo governador do Estado em 31 de dezembro de 1903 estão nas leis n.º 507, de 14 de dezembro de 1901 e n.º 556, de 12 de novembro de 1902, ambas por él expressamente invocadas.

Na lei n.º 507, de 1901, que, restabelecendo o impôsto territorial, o aplica aos "imóveis rurais", é manifesta a intenção legislativa de tributar exclusi-

vamente a terra. Determinando, com efeito, a incidência do novo gravame, êsse ato lhe adota como base a área do imóvel, tributada à razão de 500 réis por alqueire de 10.000 braças quadradas (art. 1.º, § 1.º); o que evidentemente não faria, se no círculo dêsse impôsto abrangesse as edificações, gênero de propriedade cujo valor não se mede pela extensão da superfície ocupada.

A par dessa disposição, no mesmo ato, os arts. 11 e 12 reduzem a 9% o impôsto de exportação sobre o café, mandando, ao mesmo tempo, descontar anualmente 2% sobre êsse e os demais tributos de exportação. Donde se vê que não se tratava, com essa medida, senão de fomentar no Estado, o movimento agrícola, subtraindo ao pior dos seus encargos fiscais os produtos do solo, ao mesmo passo que sobre êste se instituía uma contribuição moderada, apenas sensível quando houvesse de recair sobre terrenos descultivados e improdutivos.

Na lei n.º 557, de 1902, cujo teor é análogo, transparece o mesmo intento. À medida que se reduzissem as taxas de exportação, ir-se-iam "aumentando gradualmente as taxas do impôsto territorial". Estimulava-se, destarte, eficazmente a produção, onerando a terra ociosa, ao mesmo passo que se aliviavam os produtos da sua cultura.

Este elevado pensamento exprime com ênfase o governo do Estado, nos considerandos com que esteia o decr. n.º 820 do ano transato. Vinha êle acudir com um dos remédios urgentes a penúria das finanças estaduais, definhadas sobre tudo pela escassez das fontes produtoras, "já libertando a produção dos ônus, que a enfraquecem na luta com a concorrência universal, já repartindo proporcionalmente pelo ca-

pital em repouso e pelo braço inativo os encargos, que, até hoje, com sacrifício da justiça e da equidade, tem pesado sobre os ombros das classes laboriosas".

O "capital em repouso" e "o braço inativo", a que alude o presidente do Estado, são os latifúndios inertes, os terrenos baldios, a indolência da cultura, a posse inútil da gleba. Eis o que os decrs. n.º 819 e 820, de 31 de dezembro vieram tributar com o imposto territorial. Ficam assim definidos "os imóveis rurais", sobre que recai o novo ônus com prudente modicidade. São as terras, os domínios da produção agrícola, em exploração, ou em expectativa dela. Por isso, depois de indicar, no art. 1.º, "os imóveis rurais", passa a especificá-los e taxá-los no art. 2.º, estatuindo que "o imposto territorial incide únicamente sobre o valor venal das terras e benfeitorias".

Se a lei não curasse únicamente do campo, do chão, da matéria agrícola e suas dependências; se, par a par com o solo e sua exploração, tivesse em mente outros gêneros de propriedade, outras indústrias, dêle independentes, ou a ele predominantes, não se limitaria a falar em "terras". A menção de *terras* acrescentaria a de *construções* e *estabelecimentos*, designando sob essas duas palavras, ou outras equivalentes, por um lado a edificação não agrícola, por outro as obras de aplicação industrial. Porque, em execução destas ou daquela, o valor do que a mão do homem superpõe à terra, largamente excede a importância do solo, onde se levantam essas criações d'arte. Elas não são, pois, accessórios da terra. Quando, portanto, o texto se refere às "terras e benfeitorias", é às benfeitorias da terra que alude no segundo vocábulo, a saber, às obras destinadas a beneficiar o chão, isto é, a servir e desenvolver as utilidades do solo. Não se pense, logo, senão na

terra e nos accessórios de feitura humana que a benfeitorizam, com lhe facilitar e ampliar a cultura.

Na ilha do Viana, porém, o solo desaparece, o seu valor é por assim dizer nulo, em relação ao estabelecimento que o ocupa. O mesmo torrão, sobre o qual êle se ergue, procede, em boa parte, ao que se diz na consulta, de formação artificial. Esta obedeceu ao plano de alargar a ilhota primitiva, com o fim de lhe dar proporções, que comportassem as dependências de um estabelecimento como aquêle. Um canto ali não há, que pudesse admitir lavoira. Tudo são diques, estaleiros, oficinas, depósitos, alojamentos do pessoal ativo, serventias marítimas, uma grande instituição industrial, em suma, um vasto estabelecimento de construção naval.

Submetê-lo, pois, à contribuição *territorial*, compreendê-lo entre os imóveis *rurais*, seria praticar o maior dos absurdos, fechando os olhos até à diversidade rudimentar, essencial, entre o mar e a terra, entre a exploração do solo e a do oceano, entre o comércio e a agricultura.

Não se pode classificar entre os *imóveis rurais* uma oficina de construção naval. Logo, não se lhe aplica o *impôsto territorial*, estatuído nas leis fluminenses n.º 507 e 557, regulado nos decrs. fluminenses n.º 819 e 820.

II

Benfeitorias se chamam "as despesas, que se fazem, para conservar ou melhorar uma coisa". (C. DA ROCHA : *Dir. Civ.*, I, § 84). Em se tratando, pois, de imóveis rurais ou agrícolas, não seria lícito haver por benfeitorias, senão as que se destinam a lhes conservar ou aumentar as utilidades agrícolas ou

rurais. Um estabelecimento de construir e conserutar navios não é benfeitoria de um campo. A individualidade independente do primeiro não tem com o segundo senão a relação accidental do lugar onde assenta. Não é o caráter dêste, pois, que há de caracterizar aquêle.

Quando, portanto, o impôsto territorial alcançasse a ilha do Viana, ante o decr. n.º 820, art. 2.º, é "únicamente" sobre "a terra" que poderia recair. Não sobre o estabelecimento de construção naval; já porque êste se não pode encarar como benfeitoria da terra tributada, já porque tem a sua contribuição tributária designada nos outros impostos, a cujo encargo alude o quesito.

III

Quando, porém, lícito fôsse tomar por base do cálculo, para o impôsto territorial, o valor das oficinas industriais e marítimas, que compõem o grande estabelecimento da ilha do Viana, estimando a matéria ali tributável debaixo dessa classificação em oito mil contos de réis, enormidade que não tolera exame, por onde quer que se considere, ainda assim os prejudicados teriam o direito de resistir à avaliação e ao lançamento, sendo feitos como foram.

Estabelece, com efeito, o decr. fluminense n.º 819 que, não ministrando os proprietários as declarações indicadas nos arts. 3.º a 6.º, "o encarregado do levantamento da estatística fá-lo-á *ex officio*". (Art. 10.) Mas imediatamente, no art. 11 acrescenta "Para a fixação do valor, caso o proprietário a isto se negue, ou de avaliação suspeita de fraude, servirão de base os *inventários* e *escrituras* mais recentes, ou quaisquer outros documentos *públicos*, e, quando êstes

não existam, ou sejam muito antigos, recorrer-se-á ao *estudo comparativo das propriedades vizinhas*".

Ora, ao que se afirma na consulta, "não consta, nem é possível, que para a avaliação se utilizasse qualquer documento, qualquer subsídio regular, público, ou privado". Por outra parte, "estudo comparativo das propriedades vizinhas" é inconcebível se efetuasse, não tendo os lançadores "visitado ao menos a ilha do Viana"; visto como não há comparação possível sem o conhecimento das coisas comparadas.

Logo, em face do decr. n.º 819., art. 11, não poderia prevalecer administrativamente a avaliação e o lançamento perpetrados sob a invocação do art. 10, que tem naqueloutro o seu limite e as suas condições.

Rio, 29 de agosto de 1904.

RUI BARBOSA

VI

IMPÔSTO ESTADUAL
sobre
AGÊNCIAS DE COMPANHIAS DE
NAVEGAÇÃO
SUA INCONSTITUCIONALIDADE
PARECER



CONSULTA

Dispondo o orçamento do Estado ser a taxa para a arrecadação do impôsto de indústrias e profissões a da tabela nº 2, onde se diz no § 5º, que pagar-se-á :

«600\$000 por agência de cada companhia ou emprêsa de navegação a vapor de linha regular de 1ª ordem.

«400\$000 por agência de cada companhia ou emprêsa de navegação a vapor de linha regular de 2ª ordem.

«200\$000 por agência de cada companhia ou emprêsa de navegação a vapor de linha regular de 3ª ordem.

«São considerados de 1ª ordem aquelas cujos vapores ancorarem no pôrto desta cidade mais de dezesseis vêzes por ano, de 2ª até êste número e de 3ª até oito vêzes».

e também o orçamento municipal que cobrar-se-á, sob o título de indústrias e profissões, art. 4º, § 26 :

“500\$000 por agência de cada companhia ou emprêsa de navegação a vapor de linha regular de 1ª ordem, 300\$000 pela de 2ª.

«São considerados de 1ª ordem aquelas cujos vapores ancorarem neste pôrto mais de 15 vêzes por ano e de 2ª até êste número»;

PERGUNTA-SE :

1º

— Se, em face dos artigos 7º, § 2º, 34, nrs. 5 e 6 da Constituição Federal, são ou não inconstitucionais estas disposições dos orçamentos apontadas e transcritas ?

2º

Se se podem considerar como atos de legislação sobre a navegação e conseqüentemente sobre o comércio, uma vez que se referem ao transporte, o fator mais importante das relações mercantis ?

3º

Se, pela liberdade de cabotagem e pelas regalias que a União concede à navegação internacional a vapor, êstes dispositivos ofendem a Constituição ferindo o art. 7º, § 2º e o nº 5 do art. 34, que estatui ser da competência do Congresso Federal regular o comércio internacional?

4º

Se, sob a denominação de impôsto de indústrias e profissões, tal contribuição deve ser cobrada, sem gravame à nossa Lei fundamental, pois tributadas às agências e sendo estas mandatárias das companhias de navegação a vapor nacionais ou estrangeiras, incidirão sobre as mesmas tôdas as despesas provenientes daquele impôsto, recaindo portanto em a navegação?

5º

Se as aludidas disposições procuram tributar a agência em separado — em escritório especial — ou aquela existente em comum com outro gênero de comércio e se, neste último caso, se pode admitir que, sob o título de taxa especial, seja cobrado impôsto, quando outra disposição do orçamento obriga ao pagamento pelos resultados das transações comerciais efetuadas, como impôsto de indústrias e profissões?

6º

— Que se deve entender por navegação a vapor de *linha regular*?

7º

Podem os cônsules, como mandatários de suas nações interessadas neste assunto, recorrer à justiça federal pedindo a declaração de constitucionalidade para as disposições contestadas?

8º

Qual o meio?

O advogado,

João Alfredo Conde.

Bahia, 1º de outubro de 1904.

Parecer

I

Mui delicada é a questão suscitada na consulta.

A lei orçamentária do Estado, a que ela se refere, a título de impôsto de indústrias e profissões, carregou uma taxa de duzentos, quatrocentos e seiscentos mil réis às agências de companhia ou empresas de navegação, conforme a importância destas, ali distribuídas em três categorias. Por sua vez, o orçamento municipal, na capital desse Estado, sob a mesma denominação fiscal, tributou as mesmas agências com o ônus de trezentos ou quinhentos mil réis, segundo a classe em que, pela extensão do seu comércio, ali se houverem de capitular. Quer-se saber agora se êsses gravames são legítimos, em presença dos textos constitucionais que vedam a tributação interestadual, desde que as agências, às quais se cobrar essa contribuição, forem de companhias, cujas linhas servirem a mais de um Estado.

Luz sobre o assunto, só a jurisprudência americana no-la poderá dar e nossa, a tal respeito, não contém, até agora, decisão, que o esclareça.

Examinemos, pois, os julgados americanos.

Os primeiros que com êste particular entendiam, buscavam distinguir dos impostos sobre o comércio interestadual os que sobre a ocupação de gerir ou

exercer êsse comércio recaíssem. Pretendia-se que as ocupações ou profissões exercitadas no interior de um Estado lhe ficam sujeitas à autoridade legislativa; de modo que uma taxa lançada sobre essas profissões ou ocupações embora interessasse o transporte entre Estados, não se havia como tributo sobre o comércio interestadual, por considerações análogas às que da regra proibitiva então excluiam os impostos sobre a receita proveniente do comércio de transporte entre os Estados (PRENTICE AND EGAN : *The Commerce Clause of the Federal. Constitut.* Chic., 1898, pág. 268).

O arresto que proclamou essa doutrina, foi o proferido, em 1872, no caso *Osborne v. Mobile*.

Osborne era, em Mobile, cidade sítia no Alabama, o agente da Southern Express Company, e como tal exercia o comércio de receber nesse Estado e dêsse Estado remeter mercadorias procedentes de outros, ou para outros destinadas. Um ato municipal daquela cidade obrigou ao impôsto de quinhentos dólares as companhias de caminho de ferro, que, ali passando, transpussem os limites do Estado. Intimada a satisfazer essa contribuição a agência da Southern Express resistiu, e, sendo-lhe contrárias, nas duas instâncias, as justiças estaduais, recorreu para o supremo tribunal federal. Este confirmou a solução adotada pelo supremo tribunal do Alabama.

Com que fundamentos ?

Começara a suprema corte americana, recordando que, num julgamento recente, "o tribunal todo conviera em que uma taxa lançada sobre atos de comércio praticados no interior do Estado, sem discriminação alguma entre os seus cidadãos e os de ou-

tros Estados, se podia cobrar constitucionalmente". Ora na hipótese não havia discriminação nenhuma. Nem de tal vício argüiam o impôsto contestado. "O argumento contra a sua validade consistia na increpação de onerar o comércio interestadual, repugnando assim à cláusula da constituição que reserva ao congresso a atribuição de regular o comércio entre os Estados" (1). Mas, aos olhos da suprema corte americana, a objeção não procedia no caso. "Este", disse ela, "cai diretamente sob as regras estabelecidas no aresto concernente à taxa sobre a receita bruta das estradas de ferro". Nesse julgamento, dissemos: "Nem tudo o que entende com o comércio, se poderá dizer que o *regula*, na acepção do texto constitucional". Ali admitíamos que, "em último resultado", a taxa sobre a receita bruta poderia "aumentar o custo do transporte"; mas sustentávamo que o direito de taxar a receita bruta, posto interessasse em parte o comércio interestadual, cabia na autoridade geral, reconhecida aos Estados, "de tributar as pessoas, os bens, os atos e as ocupações abrangidas nos limites do território respectivo". No caso vertente, a taxa de licença recaía sobre um negócio exercido na cidade de Mobile. O negócio licenciado incluía, verdade é, o transporte além dos limites estaduais, ou antes, a celebração de contratos dentro no Estado para um tráfego extensivo além dos seus confins. Foi encarando esta feição d'este comércio que o tributo, em parte, se estabeleceu. Mas nem por isso lhe assentaria melhor a classificação de taxa sobre o comércio interestadual do que a uma contribuição geral sobre o transporte por carroças, embora o carroceiro licenciado se empregasse às vezes em conduzir a bordo mercadorias

(1) Idêntica à da Constituição brasileira, art. 34, 5º.

que se têm de navegar para outros Estados. A assimilação nos parece manifestamente inexata. (Salvo o respeito devido a tamanha autoridade.) Demasiadamente longe iríamos, a noso ver, estreitando assim o âmbito à competência estadual em matéria de impostos".

E assim terminava o acórdão supremo, sustentando a sentença recorrida. Duas considerações havia que pesar : o lugar onde o agente exercia sua profissão, e o comércio a que êle dizia respeito. Ao juízo do tribunal, a primeira consideração devia prevalecer à segunda. A taxa recaía sobre o negócio de celebrar certos contratos mercantis dentro no Estado. Verdade seja que êsses contratos se referiam ao transporte de Estado a Estado. Mas a contribuição caía sobre a função do agente, não sobre o movimento do transporte. E esta reflexão decidiu o tribunal pelo impôsto. (16. Wall. 479. THAYER : *Cases on constitutional Law*, pág. 1950-1952).

Dez anos mais tarde, porém, no caso *Moran v. New Orleans* julgado em 1882, já era praticamente revogado o princípio do arresto, que acabamos de examinar. (PRENTICE AND EGAN : *The commerce clause*, pág. 269, 112. Un. Stat. 69. — THAYER : *op. cit.*, p. 1.904, n.)

Mas, dizem PRENTICE E EGAN, "It was not expressly overruled until the decision in *Leloup v. Mobile*". (*The Comm. Clause*, p. 269). Isto é : só no caso *Leloup v. Mobile* rejeitou expressamente a suprema corte a teoria que defendera no pleito *Osborne v. Mobile*.

A questão *Leloup v. Port of Mobile* foi julgada em 1888. Tratava-se de um impôsto de \$ 225, lançado em Port of Mobile, por um ato municipal, sobre as companhias telegráficas. Edw. Leloup, agente da Western Union Telegraph Co., recusou-se ao pa-

gamento, intentando ação pelos tribunais federais, e a corte suprema se pronunciou pelo autor, eximindo-o à taxa como inconstitucional.

Aqui "se nos apresenta redondamente a questão", disse o juiz BRADLEY, formulando a *opinion of the court*, "a questão se um Estado pode impor, como requisito para dentro na sua jurisdição exercer o comércio, uma taxa de licença a uma companhia telegráfica, larga parte de cujas operações consiste em transmitir despachos de um Estado para outro, ou entre os Estados Unidos e outros países... Pode um Estado tolher que esta Companhia exerce o seu comércio no território estadual, se lhe não pagar certa contribuição, e obtiver certa licença? A podê-lo, poderá excluir essa companhia, e proibir o comércio que ela exerce. Ora nós não nos sentimos autorizados a dizer que o possa. Por vários modos se taxam, em geral, as profissões, e, as mais das vezes, legitimamente. Mas não percebemos como um Estado possa tributar uma profissão comercial, quando não lhe é dado tributar o comércio, a que ela pertence. Exigir uma taxa de licença como condição para exercer certo e determinado comércio, é, claro está, criar uma taxa sobre uma profissão; e uma taxa sobre a profissão de comércio, outra coisa não é que uma taxa sobre o comércio, em que esta profissão se exercita. Ora nós decidido temos que a comunicação por telégrafo é um ramo de comércio, relacionado por sua natureza com o serviço postal, e, quando mantida entre diversos Estados, é comércio interestadual, diretamente abrangido na esfera do congresso, alheio, portanto, à ação dos Estados, exceto nas matérias de caráter estritamente policial".

Em seguida rememora a sentença várias decisões pronunciadas nos quinze anos anteriores, pro-

clama a necessidade imperiosa de volver francamente "aos princípios fundamentais com tanta clareza e energia expostos e desenvolvidos por MARSHALL", retificando certos julgados ocorrentes no período intermédio, e termina:

"A inteligência da constituição, por nós adotada, nos leva a concluir que os Estados não têm o arbitrio de estabelecer tributos sobre o comércio interestadual debaixo de qualquer forma seja mediante direitos lançados sobre o transporte dos objetos dêsse comércio, seja por meio de taxas impostas a qualquer função ou profissão em que se ela exerça; sendo o motivo disto que tais gravames constituem ônus sobre o mesmo comércio, e, conseqüentemente, o restringem, ou regulam, o que só ao congresso compete fazer. (*Leloup v. Port of Mobile.* 127. Un. Stat. 640. THAYER. Op. cit., pág. 2095-20).

Pouco importava que, em parte, as operações telegáficas fôssem interiores ao Estado do Alabama e, conseqüentemente, tributáveis por ato dêle. Tal consideração, no sentir do tribunal, não liquidava a dificuldade. A taxa entendia, sem distinção, com o comércio todo, a que a companhia se entregava, e, como tal, o Estado não a podia instituir.

No litígio *Norfolk & Western Railway Co. v. Pennsylvania* se tratava de uma Companhia, cuja via férrea, percorrendo a Virgínia e a Virgínia Ocidental, era um meio de comunicação, por onde, através dêsses dois Estados, se fazia para o de Pennsylvania, que lhes demora ao norte, o tráfego de passageiros e mercadorias. "Na exploração dêsse negócio a emprêsa mantinha em Filadélfia", capital como se sabe, da Pennsylvania, "uma agência (office), para o serviço de seus empregados, corretores, agentes e ge-

rentes. Por essa agência lançara a lei de que se questionava uma taxa sobre a companhia. Não podia sofrer dúvida, reflexionava o tribunal supremo, que as transações do negócio explorado pela companhia eram matéria de comércio interestadual. Exercer êsse negócio era o intuito para que a agência ali se estabelecerá. Ela não se ocupava, naquele Estado, com a exploração de faculdades ou direitos não imediatamente ligados ao comércio interestadual. *Um imposto sobre a manutenção dessa agência recaía, portanto, sobre um dos meios do comércio exercitado pela companhia, e, conseguintemente, violava a constituição*". (PRENTICE AND EGAN : Op. cit., p. 270).

Na causa *Mc Call v. Califórnia* (136 (1) Un. Stat. 104) o autor era agente (agent) de uma companhia, cuja linha se estendia entre Chicago e New York. Consistia o seu ofício em agenciar, em S. Francisco, o tráfico de passageiros, para a estrada que representava. E a suprema corte sustentou que a cooperação dessa agência era um dos meios graças aos quais a Companhia diligenciava aumentar o seu tráfego interestadual de passageiros. Não se ligava acessória ou remotamente à exploração da ferrovia; não : era um recurso direto a fim de prosperar essa exploração. Tributando, pois, essa agência, o que se tributava, era o exercício de um comércio interestadual e, em tal caráter, independente da ação legal do Estado.

"The court held that the business of the agency was one of the means by which the company sought to increase its interstate passenger traffic. It was not incidentally or remotely connected with the business

(1) «A tax upon the maintenance of this office was therefore upon one of the means of the company's commerce, and as such was a violation of the Constitution».

of the road, but was a direct method of increasing that business. The tax upon it was therefore upon the occupation of carrying on interstate commerce, and as such beyond the power of the State" (PRENTICE and EGAN : *Op. cit.*, págs. 270-71).

Decisão análoga se proferiu na lide *People rel. Pennsylvania Railroad Co. v. Wemple*. Mantinha a *Pennsylvania Railroad Company* um caminho de ferro, para o transporte de cargas e passageiros, que, atravessando New Jersey, se estendia por outros Estados. Pelo de New York não passava a estrada; mas, par a par com ela a emprêsa estabeleceria um serviço de navegação fluvial das costas de New Jersey pelas águas do Hudson até o pôrto de Nova York, onde acabavam de a favorecer certas comodidades complementares, que possuia, em cais, docas e edifícios empregados em facilitar o transporte de gêneros e passageiros na linha mantida pela Companhia com os seus barcos e os seus trens. Em Nova York as únicas operações de transporte a que se ela dava, consistiam em receber e remover a carga e os passageiros, que dali partiam, ou ali chegavam, a celebrar os ajustes relativos à condução das pessoas, ou ao transporte das mercadorias, mediante os conhecimentos de frete e os bilhetes de passagens. Para isso tinha a emprêsa na grande capital americana a sua agência com o corpo de serventuários precisos, por cujas mãos êsse comércio corria. (PRENTICE and EGAN : *Op. cit.*, pág. 271).

Pois bem : a situação dessa agência em Nova York provocou a imposição de contribuição sobre a companhia. Mas a justiça federal pelos seus tribunais tachou de constitucionalidade essa contribuição, com o fundamento de que as operações comerciais em cujo trânsito se ocupava a agência de Nova

York eram de um caráter absolutamente interestadual. "It was held that the business was exclusively interstate commerce". (*Ibid.*)

Em New Jersey e nos outros Estados, opinava a sentença, a via férrea explorava um serviço meramente interior, digamos *intraestadual*. Mas em Nova York o seu negócio era exclusivamente o de um empresário de transportes *interestaduais*. "In New York its business was that of an interstate carrier exclusively" (*Ibidem*).

Dos julgados que acabamos de analisar resulta que as agências estabelecidas em cada Estado por companhias empregadas no transporte, marítimo ou terrestre, de carga e passageiros entre portos de vários Estados são *instrumentos do comércio interestadual*, peças essenciais no mecanismo desse comércio, o qual sem elas não se poderia exercer, e, como tais, não podem ser tributadas constitucionalmente nos Estados, quer pelas suas legislaturas, quer, com maioria de razão, pelas suas municipalidades.

Óbvio é o motivo. Se as exigências, digamos, para frisar a hipótese, das companhias de navegação, constituem serviços necessários às operações dessas emprêsas, mediante impostos restritivos, ou proibitivos, a legislação estadual poderia facilmente ora dificultar o comércio, que elas praticam, ora impossibilitá-lo. Porque o poder de taxar envolve, não só o de empecer, mas até o de destruir. Mas o comércio que essas emprêsas fazem, se opera entre portos de vários Estados. É, portanto, um comércio interestadual. Logo, sobre o comércio interestadual recaem os impostos que se estabelecerem sobre as agências de companhias de navegação, cujas linhas se estenderem a vários Estados.

Figure-se uma companhia de transportes marítimos, cujos barcos se destinam a receber e deixar carga, ou passageiros, nos portos dos Estados. Pode essa companhia exercer êsse tráfico, sem ter agências organizadas nesses portos? Como, não tendo essas agências entreter as suas relações com os cargadores e passageiros, vendendo a êstes suas passagens, convencionando com aquêles os seus fretes? Impossível. Essas relações pressupõem um serviço especial em terra, um escritório, uma escrituração, um representante da emprêsa; que concentre nas mãos os seus interesses, e por ela responda, acuda, satisfaça à sua clientela, um corpo enfim, mais ou menos numeroso de empregados, com certo material, terrestre e marítimo, necessário ao despacho dos seus navios e ao pronto desempenho das suas responsabilidades profissionais. Eis o que constitui as agências, sua origem, seu objeto, sua necessidade. Se a legislação estadual poder gravá-las, *ipso jure* as poderá tolher e vedar, criando-lhes embaraços tais que, sem as proibir declaradamente, virtual e praticamente as manietem, ou excluam.

Tal autoridade, logo, não pode ser admitida ao congresso. Mas porquê? Já o vimos explicitamente declarado no aresto do pleito *Osborne v. Mobile*: porque é “*repugnant to the clause of the constitution which confere upon congress the power to regulate commerce among the several States*” (THAYER : pág. 1952).

Como se exprime, porém, essa cláusula da constituição americana? Nestes termos :

The congress shall have power to regulate commerce with foreign nations, and among the several States.

(Art. 1, sec. 8º, par. 3).

A saber, em linguagem :

Compete ao congresso a atribuição de regular o comércio com as demais nações e entre os diferentes Estados.

Ora na constituição brasileira temos a mesma definição de competência, em termos quase literalmente iguais e ainda com mais ênfase quanto ao exclusivismo do poder atribuído à União:

Compete privativamente ao Congresso Nacional:

Regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si.

(Art. 34, 5º).

Logo, a jurisprudência americana, que levamos estudada, quanto à inteligência da cláusula exarada na Constituição dos Estados Unidos da América, art. 1, sec. 8.º, p. 3, se aplica rigorosamente à interpretação da cláusula correspondente na constituição dos Estados Unidos do Brasil, art. 34, n.º 5.

E, pois, os impostos a que se refere a consulta, em recaindo sobre agências de companhias, cujas linhas façam o comércio entre vários Estados, são inconstitucionais, como incursos em quebra da competência privativa do Congresso Nacional.

A mesma conclusão evidentemente se impõe, e por virtude expressa do mesmo termo constitucional, se o comércio explorado por essas empresas for entre o Brasil e outras nações.

Temos assim respondido aos três primeiros quesitos.

II

A questão suscitada pelo quarto está implicitamente resolvida. A denominação convencional dada

ao impôsto nas leis orçamentárias que o averbam na classe de indústrias e profissões, não altera a natureza do tributo. Se esta dependesse da qualificação arbitrariamente adotada pelos artifícios do legislador, não haveria corretivo às usurpações da competência reservada ao congresso.

Na espécie a taxa é lançada sobre as agências de emprêsas de navegação. Sobre esta, portanto, recai, segundo já demonstramos. Se ela, portanto, não é interior ao Estado, a atribuição excede a alçada constitucional do poder, que a decreta.

III

Não me parece de alcance o quinto quesito. Nos textos tributários que a consulta nos comunica a redação não distingue entre agências incursas no gravame e agências a elle imunes. O intuito do legislador nos parece, pois, envolou a tôdas, compreendendo assim as que tiverem escritório especial, como as que se utilizarem, para o seu serviço, de casas comerciais empregadas noutras ramos da indústria mercantil.

Numa ou noutra hipótese, a inconstitucionalidade seria a mesma, porquanto a incidência do impôsto se daria sempre na companhia de navegação e no comércio, internacional ou interestadual, por ela exercido.

IV

As expressões “emprêsa de navegação a vapor de *linha regular*” não tem, que nos conste, jurídica ou legalmente, definição precisa.

Afigura-se-nos, entretanto, que por *linhas regulares* se devem entender as que tiverem fixado, mediante compromissos legais e formais com o público,

a organização do seu serviço, os portos de escala dos seus navios, o número e as datas das suas viagens, os preços e condições do seu transporte.

V

Respondo ao sétimo quesito negativamente.

Bem que aos cônsules caiba representar e proteger, nos limites dos seus distritos consulares, os interesses privados de seus conterrâneos (*BLUNTSCHLI, Dr. intern. codif.* n.º 224; *PRADIER-FOD., Cours de Dr. diplomat.*, 1. pág. 293), essa condição não lhes atribui direito de representação judicial, para por êles estar, como autores ou réus, nos tribunais.

Cingindo-nos ao caso, de que se trata, diremos que a inconstitucionalidade do impôsto não pode ser pleiteada judicialmente senão pelos interessados, isto é, pelas companhias, ou emprêssas, que êle ferir. (RUI BARBOSA: *Atos Inconst.* págs. 117-19.)

VI

O meio mais natural para o fazerem, será não pagarem o impôsto, e aguardar a execução fiscal. Daí, se as decisões da justiça do Estado forem contrárias ao executado, terá êle, para levar a questão à justiça federal, o recurso da const. da república. art. 59, § 1.º, b.

Este o meu parecer.

Rio, 5 de dezembro, 1904.

RUI BARBOSA



VII

IMPÔSTO SÔBRE O ÁLCOOL

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO
E
DOS
ESTADOS

*Atribuição privativa do Poder Legislativo. Art. 34,
n. 23 da Constituição de 1891.*

PARECER



NOTA DO REVISOR

A lei nº 526, que fixou a despesa e previu a receita para o Estado da Bahia, durante o exercício financeiro de 1904, incluiu em seu texto e tabelas, que a acompanhavam, o imposto de consumo sobre bebidas alcoólicas, sendo posteriormente, por decreto nº 229, de 22 de março de 1904, aprovado o regulamento para execução dêsse preceito legal. A taxação recaía igualmente sobre bebidas importadas. Sendo estas últimas já tributadas pela União, nos termos do art. 7º, § 1º, da Constituição da República, houve controvérsia, entendendo-se haver bi-tributação. O imposto de indústria e profissão, anteriormente previsto, reforçava, por outro lado, a hipótese aventada.

A 29 de abril de 1904 endereçaram os fabricantes e negociantes de bebidas alcoólicas uma longa representação (1) à Assembléia Geral do Estado, em que pleiteavam a revogação do art. 3º, § 27, da lei nº 526, e, consequentemente, do regulamento aprovado pelo decreto 229.

Manifestando-se a respeito, emitiram parecer contrário as Comissões de Constituição e Fazenda da Câmara dos Deputados (2), causando grande repercussão esse pronunciamento do legislativo.

Em reunião de 20 de maio de 1904, da Associação Commercial, discutiu-se seriamente, em vários itens, a questão,

(1) Redigida pelo advogado Joaquim Pires Moniz de Carvalho.

(2) Parecer n. 12, publicado no *Diário de Notícias* da Bahia em sua edição de 18 de maio de 1904.

ficando, entre outras providências, assentado que se aguardaria a terminação do mandato do governador Severino dos Santos Vieira, ao qual faltavam apenas 8 dias, devendo o comércio cerrar as portas durante os dias 25, 26, 27 e 28 de maio, data esta última em que tomaria posse o novo eleito.

Posta em prática a deliberação dos comerciantes, e ante a gravidade da crise operada, foi apresentado um projeto de lei pelo deputado Adolfo Devoto Valente, revogando os textos impugnados, sem que, entretanto, tal proposição chegasse a tempo de contornar a situação, dia a dia mais tensa.

Na noite de 27 de maio — véspera da posse do chefe do poder executivo local — houve um entendimento entre uma comissão da Associação Comercial e o cidadão José Marcelino de Sousa, governador eleito, tendo êste último prometido satisfazer aos interesses do comércio, ficando, desde então, aprovadas as bases de um acordo provisório entre o futuro chefe do governo local e o comércio do Estado.

A 30 de maio, três dias após, expediu o governador o decreto nº 235, dessa data, derrogando o decreto nº 229, de 22 de março de 1904, ficando, em parte, resolvida a crise verificada.

Examinando a matéria, nos têrmos da consulta formulada, manifestou-se o Cons^o Rui Barbosa com o parecer adiante reproduzido (3).

(3) V. a respeito também um parecer da lavra do advogado Virgílio de Lemos.

Parecer

Seja-me permitido alterar a ordem dos quesitos, para melhor responder ao questionário da consulta.

I

Começarei pelo sétimo, que a termina.

Não discutirei a procedência das considerações, nas quais o economista FLORA estriba como princípio geral nos governos federativos a discriminação absoluta entre os impostos diretos e os indiretos, reservando-se privativamente êstes à União, aquêles ao Estado: “*Al governo federale devono assegrarsi le imposte indirette, ai governi particolari le imposte dirette*” (*Le finanze degli stadi compositi*. Tor. 1900. P. 37). O certo, porém, é que, até hoje, nem as constituições, nem as leis, nem a praxe financeira dos estados compostos consagraram ou respeitaram essa distribuição, acentuada em caracteres itálicos pelo ilustre professor de Gênova e adotada pelo Dr. ANFILÓFIO, de saudosa e laureada memória, em dois notáveis trabalhos forenses. (*Revista de Jurisp.*, vol. XIII, pág. 300. *Imp. feder. sobre industr. localiz. em um dos estad. da rep. Rio*, 1903. P. 30).

Busca o eminentíssimo jurista brasileiro (*Rev. de jurisp.*, ib. p. 301) reforçar a lição de FEDERICO FLORA com o testemunho, dado por CÉRENVILLE em sua monografia sobre os tributos na Suíça, de que, neste

país, “*la confédération s'est cantonnée dans le domaine des impôts indirects*” e a soberania dos cantões en matière d'impôts directs est jusqu'à présent restée intacte”. Os grifos são do nosso douto conterrâneo. Mas no tópico, a que o douto brasileiro deu êste relêvo, não quis o escritor francês dizer nem que o governo central, naquele país, não pudesse recorrer aos impostos diretos, ou os cantões aos indiretos, nem que ali se guardasse entre os cantões e o governo central, essa discriminação estrita. Muito ao contrário, imediatamente após o trecho onde pára o excerto do jurisconsulto brasileiro, acrescenta o economista francês: “C'est à la Suisse du XX.^o siècle qu'il appartiendra peut être d'ajouter aux impôts cantonaux et communaux sur le capital et le revenu *un impôt fédéral du même genre.* (CÉRENVILLE : *Les impôts en Suisse*, p. 18). Donde se vê que o autor não tem por vedado às finanças federais, naquela república, o acesso aos impostos diretos.

Por outro lado, na parte de sua obra consagrada aos impostos cantonais, o título 3.^o que a encerra, abre com estas palavras : “Les limites que nous avons assignées à notre travail ne nous permettent pas d'entrer dans le détail des différents impôts indirects perçus par les cantons Suisses.” (*Op cit.* p. 224). Entre êsses, porém, encerra, ali mesmo, as “patentes de colporteurs” e as “patentes pour la vente en détail des boissons alcooliques” (*Ibid.*). Depois remete o leitor ao quadro 26, apenso ao volume e ao quadro estampado na pág. 43. Ora ambas essas tábuas mostram que todos os cantões suíços, sem exceção, se utilizam copiosamente dos impostos *indiretos* e em particular dos que recaem sobre o sal, o fumo e o álcool. Em alguns cantões é elevadíssima a proporção dêsses impostos relativamente aos diretos. Em

Zurich chega a mais de um quarto da receita total. Em Berna, a muito mais de um terço. Noutros, até, o produto das contribuições *indiretas*, excede consideravelmente o das diretas. É o que acontece nos de Lucerna e de Argóvia. (*Op. cit.*, p. 43.)

De outra parte, quem consultar a obra clássica de SALIS (*Le droit féd. suisse*, v. II, p. 261-65), ali verá amplamente usado pelos cantões e legitimado por decisão do conselho federal o impôsto indireto sobre as cartas de jogar, os charutos e as bebidas. É que a constituição federal suíça, não só não atribui à confederação direito exclusivo sobre os impostos indiretos, mas ainda, no art. 32, expressamente autoriza os cantões a percebê-los sobre o ingresso das bebidas espirituosas, que importarem para consumo. (*Sammlung der Bundesverfassung und der Kantonsverfassungen. Amtliche Ausgabe*. Bern, 1880. Páginas 52-3.)

Temos outro exemplo europeu na Alemanha, verdadeira federação apesar dos traços acidentais, que a diferenciam de outras. (LABAND : *Le dr. publ. de l'emp. allem.*, ed. fr. v. I §§ 7-10, p. 98-158). Pois bem : a constituição do império federal, art. 35, explicitamente reconhece a cada um dos estados federados o arbítrio de lançarem *taxes de consumo*, e esse direito se acha, por igual, declaradamente consagrado nas várias constituições particulares. Haja vista a da Baviera, título VII, art. 3, a da Saxônia, art. 96, a do Würtemberg, art. 109. (L. PALMA: *Costituzioni moderne*, págs. 774, 803, 819, 837.) E, se inquirirmos da prática, veremos, entre outros, na Baviera, o impôsto sobre a cerveja com imensa importância em sua organização financeira, no Würtemberg, as taxas sobre a loteria e as bebidas, em Baden os tributos sobre a carne, a cerveja e o vinho.

(COMBES DE LESTRADE : *Les monarchies de l'emp.-allem.*, 1904, p. 411, 433, 452, 456.)

Venhamos agora ao caso que nos está mais perto, e mais nos obriga : o dos Estados Unidos. Exclui, porventura, a sua constituição da competência dos Estados os impostos indiretos? Não. Os textos que, nesse monumento legislativo, dizem respeito à partilha do poder tributário, são três : o art. 1, secç. 8, cláusula 1.^a, que declara competente o congresso, para, "estabelecer taxas, direitos, impostos e sisas"; o art. 1, secç. 10, cláusula 2.^a, que veda aos Estados "lançarem impostos ou direitos sobre a importação, sem o consentimento do congresso", proibição que a cláusula subsequente estende aos direitos de tonelagem; o art. 1, secção 9, cláusula 5.^a, pelo qual se isenta de taxas e de direitos a exportação dos Estados. Em face destas disposições o que se conclui, e já o reconhecia HAMILTON, no *Federalista* (ns. 32 e 35), é que as faculdades tributárias dos Estados concorrem com as da União em toda a sua amplitude, menos apenas os direitos de importação, que constituem matéria privativa do tesouro federal.

Éste o direito americano, resumido assim por um dos seus expositores nesta especialidade : "The power of taxation was made concurrent in the Federal and State government, except duties on imports, which was made conclusive in the former" (WILL. H. JONES : *Federal Taxes and State Expenses*. N. York, 1889, p. 19).

Dos impostos indiretos, pois, só vêm a ser de fesos aos Estados os de exportação, que o são igualmente ao poder federal, e dos de importação, que tocam exclusivamente a êste. E entre êstes impostos, quinhoados simultâneamente ao orçamento da União e ao dos Estados, avultam os concernentes ao tráfico-

de licores espirituosos. A tal propósito os enumera especialmente COOLEY, no seu tratado acerca do sistema tributário americano, onde referindo-se aos contribuintes nesse ramo de indústria e comércio, diz : "This is a class of dealers commonly selected for exceptional taxation. Their occupation is sometimes taxed for federal, state and municipal purposes, though their stocks are taxed as property, and whatever has been imported has paid a heavy. The right to these several taxes *has almost ceased to be contested*". (*A treat. on the law of taxation*, 2nd ed. p. 580-81).

Classificados nesse livro, pelo seu exímio autor, entre os impostos *indiretos*, os que os ingleses e americanos conhecem pelo nome de "excises" (p. 6), isto é, os impostos que oneram o fabrico, a venda e o consumo de mercadorias, no interior, (COOLEY : *The gener. princip. of constit. law*. Ed. de 1898, p. 56), entre êsses inclui (p. 580) os a que se refere o trecho citado, e cujo exercício, como se acaba de ver, quer pela União, quer pelos Estados, *quase não há presentemente quem conteste*.

Freqüentemente essa tributação assume a forma de *licenças*, ora empregadas com o fim de regular o comércio, ora com o de o proibir, ora, enfim, com o de constituir renda. (*Ib.* p. 592.) Quando estabelecidas como fonte de renda, as licenças entram na categoria de taxas. (*Ib.* p. 572, 597.) E das taxas desta espécie usam, na União Americana, muitos governos estaduais. (*Ib.* 595-6. GEORGE ILES : *The liquor question in politics*. N. York, 1889, págs. 15-26). Algumas constituições de Estados lhe consagram até disposições especiais : a do Illinois, art. IX, secç. 1; a do Nebraska, art. IX, secç. 1; a da Virgínia, art. X, secç. 4 (POORE : *The feder. and State Constitutions*, 2nd ed. p. 485, 1229, 1969).

Verdade seja que, proclamando a competência constitucional dos Estados em relação aos direitos de consumo, especialmente os lançados sobre o fumo e as bebidas inebriantes, o economista de que, há pouco falei, (JONES, *op. cit.* p. 19, 23), sustenta que, na prática, êsse ramo de tributação tem sido absorvido pelo governo federal.

Não quer isto dizer, porém, que os Estados o abandonassem de todo, mas tão sómente que o seu recurso aos impostos indiretos se encerra em estreitos limites, formando-se a sua receita principal e, às vezes, quase exclusivamente dos impostos diretos. (FORD : *The American citizen's manual*. N. York, 1887, p. 138, 149. MACY : *Our government*. Boston 1887. p. 39, 42. ALBERT SHAW : *The national revenues*. Chicago, 1888, p. 14. BRYCE : *American Commonwealth*, ed. de 1893, v. II, p. 514. COOLEY : *Constitutional limitations*, ed. de 1883, p. 614.) E ainda no último volume dos sábios estudos publicados sob a direção da Sociedade de Legislação Comparada sobre as constituições dos Estados Unidos se discrimina o impôsto indireto *federal*. (GOURD. v. III, Paris, 1903, p. 174.)

Ainda quando, porém, no terreno dos fatos, os Estados, com efeito, ali, houvessem de todo em todo abandonado os impostos indiretos, nem por isso cessaria a sua competência constitucional. Esta, WILLIAM JONES não a contesta, antes peremptoriamente a define : *With the single exception of duties on imports, the right of taxation is coequal and concurrent in the Federal and State governments.*" (*Op. cit.*, pág. 7.)

Nenhum, portanto, dos grandes exemplares atuais do régimen federativo tolhe às finanças estaduais a exploração dos impostos de consumo, ainda

que nessa esfera a razão, a justiça e o uso concorram em atribuir ao poder federal quinhão incomparavelmente mais largo.

As restrições postas a êsse direito dos Estados, na federação, podem se reduzir a três.

1.º) A se tratar de mercadorias importadas, as taxas de consumo não as podem alcançar, senão quando termine o período natural da importação, isto é, quando já não estejam, à espera da primeira venda, nas mãos do importador. (HARE : *Americ. Constit. Law.* v. 1, p. 274. — ORDRONNAUX : *Constit. Legislat. of the Un. Stat.* p. 318. — BLACK : *Constit. Law.*, p. 272. — LEWIS : *Fed. power over commerce.* p. 5-6. — THAYER : *Cases*, págs. 1826-37, 1850-1856, 852, 854-5. — RUI BARBOSA : *Impostos interestaduais*, *O Direito*, v. 92, págs. 32-3, 337.)

2.º) A título de tributar o consumo, não podem, outrossim, os Estados criar taxas especiais, que recaem exclusivamente sobre artigos de produção ou fabrico alheio ao Estado que as impuser, visto como êsse gênero de tributo operaria restritiva ou proibitivamente sobre o comércio interestadual. (MILLER : *Lectures on the Constit.*, págs. 464-5. — ORDRONNAUX : *Op. cit.* p. 319.)

3.º) Inconstitucional seria, ainda, o impôsto de consumo exigido por qualquer Estado, embora abrangesse, com a mercadoria importada, a de produção sua, se criasse entre as duas uma situação desigual, onerando mais a primeira do que a segunda. (PATTERSON : *The Unit. Stat. and the States under the Constit.*, p. 75-6. HARE : *Op. cit.*, págs. 75-6).

Tal o direito americano. Diverge dêle o nosso ? Nestes pontos, não.

Três artigos, na constituição brasileira, demarcam a competência tributária entre a União e os Estados : o art. 7.º, onde se traça "a competência exclusiva da União"; o art. 9.º, onde se define "a competência exclusiva dos Estados"; o art. 12, onde se fixa a competência comum à União e aos Estados.

Este último artigo peremptoriamente estatui : "Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7.º e 9.º é lícito à União, como aos Estados, *cumulativamente*, ou não, criar outras quaisquer não contrariando o disposto nos arts. 7.º, 9.º e 11, n. 1."

O impôsto de consumo interior contravém o disposto no art. 7.º ?

Não.

Contravém ao disposto no art. 9.º ?

Não.

Contravém ao disposto no art. 11, n. 1 ?

Também não.

Logo, se não tocar à competência exclusiva da União, nem à competência exclusiva dos Estados, entrará na competência comum aos Estados e à União.

Mas à competência exclusiva da União não toca, porque nem explícita nem implicitamente se inclui na enumeração do art. 7.º.

Tampouco se encerra na competência exclusiva dos Estados; porquanto nem explícita nem implicitamente se inscreve na enumeração do art. 9.º.

Indubitável me parece, portanto, que se acha nesse condomínio constitucional assegurado pelo art. 12 à União e aos Estados.

Vejo que a opinião contrária, atribuindo-me autoridade que não tenho, pretende abonar-se com al-

gumas palavras minhas, tomadas, na série que escrevi sobre *impostos interestaduais*, ao artigo estampado no *Jornal do Comércio* de 11 de junho de 1896. Reproduzido como ora está, no *Direito* (v. 92, p. 221-27), não será difícil lê-lo. E quem o ler com atenção, verificará que fui mal compreendido. Foi contra os impostos *interestaduais* que dei a lume aquêles vinte artigos, ao sétimo dos quais se foi tomar o excerto. Os tributos que ali condenei, são os que ferem o comércio no seu movimento de exportação e importação. O que êsse movimento vem a ser, onde começa, onde acaba, defini-os ali com o maior cuidado. (P. 331-337). E, definindo-o, disse eu com tôda a clareza, reproduzindo uma decisão americana :

"*O direito dos Estados a impor não principia senão quando os envoltórios da mercadoria importada são rotos pelo importador para o varejo, ou quando ela passa das suas mãos para as do comprador, isso porque desde êsse momento cessou a importação, e o gênero deixou de fazer parte do comércio exterior.*"
(*O Direito*, v. 92, p. 322.)

E ao diante :

"*Satisfeito, com a primeira venda, o intuito da introdução, realizado assim o interesse do importador, a importação acabou... Quando, portanto, dai em diante, se permite aos Estados tributarem a mercadoria, é porque entrou no comércio interior, e sobre o comércio puramente interior ninguém negou jamais aos Estados o direito de taxar. O comércio estadual é seu, é de cada um dêles. O que a nenhum pertence, porque interessa a todos, é o comércio interestadual.*"
(*Ibid.*).

No mesmo sentido ainda me pronuncio ali à p. 321, 323 e 327. A minha opinião, pois, advogada com energia naqueles escritos, é que, em passando a

mercadoria das mãos do importador para as do comprador. *com a primeira vinda, acabou a importação, entrou a mercadoria no comércio puramente interior, e dai em diante se permite aos Estados tributá-la.*

Quando naquela demonstração constitucional, pois, à pág. 222, eu recusasse aos Estados o arbitrio de "criar em seu proveito um régimen protetor, gravando, *na venda*, as mercadorias, que vierem de outro Estado concorrer com as suas", *a vinda* a que me teria referido, seria *aquela, a primeira*, a que transfere a mercancia das mãos do importador, e, sendo ainda o derradeiro ato da *importação*, não pode ser tributado pelos Estados.

Mas será exato que, no tópico citado em apoio do juízo contrário ao meu, falasse eu em *venda*? Não. Houve equívoco na leitura do transcritor. O que está no *Jornal do Comércio*, é *vinda*. *Vinda* é o que está no *Direito*. (V. 92, p. 222). A minha frase, pois, é : "gravando, *na vinda*, as mercadorias que viessem de outros Estados". *Vinda*, isto é, *chegada, entrada*. Ora, assim redigido, o trecho ainda mais se distancia da opinião que para êle apela contra o impôsto estatal de consumo sobre o álcool.

Naqueles artigos, demais disso, formalmente me exprimi a favor dêsse impôsto, reproduzindo os termos do meu discurso na constituinte (*), onde aconselhara aos Estados a adoção dêsse recurso financeiro. Eis as minhas palavras :

"Não podemos, não podem os Estados também recorrer ao impôsto sobre o álcool, ao impôsto sobre o fumo?... Que obstáculos nos inibem de romper caminho com êsses ramos inexplorados?" (*O Direito*, v. 92, p. 531).

(*) Vide Vol. XVII, tomo I, das OBRAS COMPLETAS do Autor, págs. 137 e segs.

Cita-se, em contrário, de uma das decisões judicárias vertidas por mim do repositório de THAYER, o lance onde se diz que, "onde a matéria é nacional de sua natureza, exigindo assim um regime uniforme", aí é exclusivo o poder do congresso. Mas êsse conferiu-o a suprema corte americana, em 1819, no pleito *Brown v. Houston*, justamente para declarar sujeito ao *impôsto estadual* na Louisiana certo carregamento de carvão importado que, por se achar, havia muito, exposto à venda naquela praça, já se devia reputar confundido com a massa geral dos bens ali fixados. (THAYER, Cases, p. 2022-2029).

Também se transcreve das *Decisões Constitucionais*, traduzidas por CALVO, o brocado constitucional, ali inserto sob o n.º 2.420 (v. II, p. 245), de que "el poder de imponer contribuciones, envuelve el poder de destruir". Mas, esta sentença, tomou-a o autor dessa compilação, como ali mesmo declara, ao feito *MCulloch v. the State of Maryland*, onde, como se pode ver no texto do julgado (THAYER, p. 1.340-1.346), se aplicava, mui diversamente, ao caso de um tributo impôsto pelo governo daquele Estado ao Banco dos Estados Unidos, instituição federal que não se podia submeter a taxas estaduais.

Aduz-se, outrossim, do meu trabalho sobre *impostos interestaduais* o caso do Estado de Iowa, em 1888, na questão *Bowman v. Chicago*. Leia-se, porém, o meu extrato (*O Direito*, v. 92, p. 43); leia-se ainda, o texto da sentença (THAYER, p. 2.080-2.095, 2.110-2.111); e se verá que a doutrina da suprema corte americana condenava, ali, a lei estadual, porque esta feria diretamente a importação, vedando o ingresso de bebidas espirituosas, produzidas nos outros Estados.

Invoca-se o meu parecer, dado naquele trabalho (*O Direito, loc. cit.*), de que a prerrogativa, conferida ao Congresso Nacional pela nossa constituição, art. 34, § 5, de "regular o comércio interestadual", restringe "todos e quaisquer poderes estaduais, que com ela possam encontrar". Mas esta verdade constitucional nunca se entendeu, ao menos na jurisprudência americana, que obrigasse os Estados a isentarem dos seus tributos gerais sobre o mercado interior as mercadorias de procedência estranha *depois de transposto o período comercial da importação*.

Ultimadas as operações de importação, desde que o gênero entrou francamente no comércio interior, há de cair sob o sistema de impostos que nélle imperar, salvo se êstes pretenderem discriminar entre a produção importada e a produção do Estado. É o a que eu julgo ter dado a mais viva clareza, naqueles meus estudos, com a exposição do caso *Hinson v. Lott* (*O Direito*, v. 92, p. 217), cuja decisão na sua íntegra se encontrará em *THAYER* (C. X, p. 1926-28). Ali se demandava contra uma lei do Alabama, que, submetendo à taxa de cinqüenta centavos por galão o *whiskey* e a aguardente fabricados no Estado, estende o mesmo gravame aos negociantes de bebidas espirituosas originárias de outros Estados. O tribunal, porém, indeferiu a pretensão do litigante, considerando que a mesma finta de cinqüenta centavos por galão, imposta ao álcool de outros Estados, recaía sobre o fabricante no Estado tributante, e que, se, num caso, o meio natural de cobrar a taxa era impô-la ao distilador, no outro lançá-la sobre o comerciante era o alvitre correlativo.

Não será semelhante a hipótese da consulta ? O tributo sobre o álcool estranho, de que ela se queixa, não onera, por igual, o álcool produzido no Estado ?

Se onera com a mesma taxa a produção do Estado tributante e a dos outros, recaindo sobre esta depois que saiu das mãos do importador, não viola a isenção constitucional da importação, nem transgride o princípio que veda aos Estados o discriminarem tributariamente contra a produção uns dos outros.

A sentença, que se cita, do supremo tribunal em 7 de junho de 1889, (*O Direito*, v. 7, p. 546-552) não quadra à espécie, visto como a circunstância de estarem "fora da alfândega as mercadorias", sobre que recaiu a taxa, não mostrava respeitar ela a importação, cujo processo não finda, quando os gêneros saem da aduana, mas quando, com a primeira alienação, deixam as mãos do importador.

Fora da condição da hipótese está igualmente a decisão de 9 de abril de 1902 (*O Direito*, v. 88, p. 569); porquanto, naquele caso, a lei estadual, violava, ao mesmo tempo, a competência exclusiva do Congresso Nacional quanto ao impôsto de importação (const., art. 7, n. 1) e o princípio da liberdade constitucional do comércio entre os Estados, criando, sob o nome de *patente*, um tributo sobre a importação de mercadorias estrangeiras e nacionais.

Não há dúvida alguma que, "el congreso tiene el derecho, no solamente de autorizar la importación, sinó de autorizar al importador para vender", porque "la venta es el objeto de la importación". Mas essa venda, protegida com a imunidade aos impostos estaduais, é a *primeira venda*, a venda a que tem direito o importador, como nessa mesma citação se reconhece, e que, por esse modo, sendo o objeto do comércio da importação, ainda se comprehende na importação como o seu ato final.

Incorre nesse vício, recaindo sobre essa venda, isto é, gravando a mercadoria enquanto nas mãos do

importador ou ao passar delas para as do primeiro comprador, o impôsto lançado na Bahia sobre o álcool?

Se não incorre nesse defeito, ou no de estabelecer discriminação contra a produção estrangeira ou a nacional de outros Estados, não é inconstitucional.

Não tenho presente a lei, que o instituiu, para averiguar se incorrerá, ou não. Mas, pelo que se expõe na *Representação*, me parece que não incorre. Em todo o caso, a este respeito, a minha resposta está dada, com bastante clareza para se aplicar ao caso.

Mas, ainda que a lei seja constitucional ante o critério por mim firmado, não se conclui que eu aprove o impôsto nas condições em que êle onera o comércio da Bahia.

Na sua *Representação* à legislativa estadual demonstrou êle, com a apreciação mais exata e a evidência mais clara, que aquêle encargo se ressente da mais grave iniqüidade. Ali se vê que o negociante de bebidas alcoólicas fica assoberbado sob uma verdadeira triplicata de impôsto. Ora a iniqüidade, além de certos limites, não é menos intolerável que a inconstitucionalidade.

Bem sei que aquela não invalida as leis tributárias, não dá ensejo à ação dos tribunais, e, sendo uma deformidade meramente moral, política ou administrativa, só se poderá corrigir mediante a intervenção dos poderes que administram ou legislam, conforme a origem legislativa ou governativa do ato criminado. (COOLEY: *On Taxation*, págs. 219-116.)

Mas nem porque faleça a interferência coativa da justiça, deve ser menos pronta a reparação. Até porque, não obstante a elasticidade extraordinária do impôsto sobre bebidas alcoólicas, a experiência de-

monstra que a agravação do seu peso além de certas proporções burla as esperanças do fisco, diminuindo, em vez de aumentar a receita. A história dêsse tributo na legislação federal dos Estados Unidos mostra que uma taxa de cinqüenta centavos o galão sobre o álcool deu resultado maior que o de uma taxa quatro vêzes mais leve. (COOLEY : *Op. cit.*, p. 33. FRED. HOWE : *Taxation and Taxes in the Unit. Stat.*, p. 133-141). E fato análogo experimentou a Inglaterra no impôsto sobre o chá (COOLEY : *loc. cit.*).

Demais, se, encarada a questão de *jure constituto*, não tenho por aceitável a opinião que transparece do sétimo quesito quanto à legitimidade constitucional dos impostos de consumo nas finanças estaduais, em teoria e de *jure constituendo* reconheço os inconvenientes da co-participação dos Estados com a União nesse terreno e a vantagem de um sistema que reservasse privativamente ao governo nacional a exploração dêsses tributos.

II

Ao primeiro quesito, agora.

No elaborar do regulamento, o governo do Estado, a meu ver, exorbitou da lei, que tinha de executar.

Não me fundo, para o dizer, na consideração de que o art. 7.º, n.º 2, combinado com o art. 9.º, § 3.º, se oponham à incidência do impôsto do álcool sobre a mercadoria estrangeira. O art. 7.º, n.º 2, declara livre às mercadorias estrangeiras, tanto quanto às nacionais, o comércio de cabotagem. O art. 9.º, § 3.º, aproopia ao Tesouro Federal o produto das taxas impostas pelos Estados “à importação de mercadorias estrangeiras destinadas ao consumo no seu território”. Ora na espécie já mostrei que o tributo não onera a

importação, e manifesto é que não se trata de cabotagem.

Não obstante, mantendo a minha proposição, pelos motivos que vou dar.

Regra corrente é na jurisprudência inglesa e na americana que não se pode impor uma taxa ao contribuinte, se não houver lei *clara e expressa*, que a estabeleça; que cada impôsto deve assentar em palavras, onde o legislador o defina precisa e inequivocamente; que o respeito devido aos direitos individuais e aos mais óbvios princípios de justiça exigem não se atribua às disposições tributárias outro alcance além do que a legislatura tenha em mira.

"A tax cannot be imposed without *clear and express words* for that purpose. This seems to be the tenor of all the English decisions, that every charge on the subject must be imposed by *clear and unambiguous words*..."

"The American cases generally announce the same rule of construction. Duties, says Mr. Justice Nelson, are never imposed upon the citizen upon vague or doubtful interpretation..."

"A due regard for individual rights and the plainest principles of justice requires the taxing statutes shall have only the effect which the legislature clearly intended".

(SUTHERLAND: *Statues and statutory construction*, págs. 461, 462, 463.)

STORY fundamentando, em 1841, uma decisão da suprema corte no caso *United States v. Wigglesworth* não admitia se abranja nas leis de impostos objeto algum além do que elas *claramente especificarem*, condenando a êste respeito, as inferências por analogia e homogeneidade.

"It is, as I conceive, a general rule in the interpretation of all statutes levying taxes or duties upon subjects or citizens, not to extend their provisions by implication beyond the clear import of the language used, or to enlarge their operations so as to embrace matters *not specifically* pointed out, *although standing upon a close analogy*. In every case, therefore, of doubt, such statutes are construed most strangely against the government, and in favor of the subjects or citizens, because burdens are not to be imposed, beyond what the statutes *expressly and clearly* import."

Muitas outras autoridades, judiciais e doutrinárias, poderia acrescentar no mesmo sentido. Fácilmente as encontrará, porém, quem as buscar, em MAXWELL : *On the interpret. of Statutes* (Lond. 1883). Pág. 348-9. — FR. LIEBER : *Legal and Political Hermeneutics* (St. Louis, 1880), pág. 93, e COOLEY, *On Taxation*, p. 266-68.

O segundo princípio de interpretação que me apoiará, é o que obriga à inteligência mais estrita a delegações, que fizer a legislatura, de sua prerrogativa tributária.

"A statute conferring authority to impose taxes must be construed *strictly*".

(SUTHERLAND, pág. 432).

"The power can be delegated by a legislature, but only in plain and unambiguous words. Statutes for that purpose will be construed strictly, and they must be closely pursued; a departure in any material part will be fatal. Any doubt or ambiguity arising out of the terms used by the legislature must be resolved in favour of the public."

(Ib., págs. 465-6.)

Tais delegações, com efeito, são irregulares ou anômalas, ainda no sentir dos que não as têm por constitucionais. Fôrça é, portanto, que, no seu exercício, se guardem com o mais escrupuloso rigor os limites da autoridade confiada pelo delegante ao delegado, reduzindo-a ao mais estrito conteúdo que os seus têrmos exprimirem.

Em terceiro lugar, é máxima fundamental, na ciência econômica e em boa justiça, que o mesmo objeto não se há de sujeitar a duas contribuições pagas pela mesma pessoa. "*It is a fundamental maxim in taxation that the same property shall not be subject to a double tax payable by the same party.*" (COOLEY: *On taxation*, pág. 227). Em consequência, na interpretação das leis de impostos, a presunção é contra a duplicata : "*Presumption is against duplicate taxation*". (*Ibid.*)

Ora, primeiramente, a lei estadual baiana (n.º 526), que decretou o impôsto de consumo, apenas declara que ela recairá sobre o álcool e qualquer bebida alcoólica. Fácil lhe era acrescentar "*nacional ou estrangeira*", se em seu propósito não estivesse únicamente gravar o álcool de sua produção, não o tendo feito. Não o tendo feito, exprime-se em linguagem que pode comportar os dois sentidos. E sendo suscetível dessa duplicidade na acepção, cumpria se entendesse na menos onerosa ao contribuinte.

Essa lei, em segundo lugar, confiava ao poder executivo uma autorização. É, portanto, uma lei delegatória. Logo, devia entender-se, dos seus dois sentidos possíveis, naquele que menos estendesse os têrmos à delegação.

Por último, a se tomar como extensiva ao álcool de procedência estrangeira, já onerado com o impôsto federal, a medida viria estabelecer uma duplicação

tributária. Contra essa inteligência, pois, militava a presunção natural.

Nos térmos, pois, em que é concebida a disposição orçamentária da lei estadual n.º 526, o regulamento não a podia estender às bebidas estrangeiras, sem transpor a restrição, que lhe era implícita, em face das regras de boa interpretação, aplicáveis ao assunto.

III

A resposta ao segundo quesito se deduz obviamente da com que acabo de resolver o primeiro.

Para incluir as bebidas *estrangeiras* destas devia ter feito o orçamento do Estado menção expressa. Não a fazendo, razão era subentender-se-lhe a restrição às bebidas de produção estadual. Logo, ampliando o impôsto às outras, excedeu o regulamento a limitação implícita à lei. Mas, excedendo o pensamento da lei, não a executa; porque executar é *realizar*, é *cumprir*, é *obedecer*. E, não a executando, violou as fronteiras do poder legislativo, e desnaturou as funções do regulamento. Estas e aquelas se acham fixadas, na constituição da Bahia, art. 59, § 1.º, onde se limita a atribuição do governador nos regulamentos, a expedí-los “*para boa execução*” das leis.

Nesta parte, conseguintemente, o regulamento não é constitucional.

Se a lei orçamentária quisesse envolver numa só denominação, com as bebidas alcoólicas, as fermentadas, teria dito: “impôsto sobre *bebidas*”. Usado simplesmente assim, este último substantivo abrange as duas categorias. É debaixo desta denominação que elas se juntam, assim nos escritos dos economistas e financeiros, como no texto das leis fiscais e tributá-

rias. Quanto aos financeiros e economistas, quem tiver dúvidas sobre a minha proposição, facilmente lhe verificará o asserto nos livros mais acessíveis ao commun dos leitores. (*Dictionn. de l'Econ. Polit.* de L. SAY e CHAILLEY, v. 1, v. *boissons*. *Diction. des Financ.* de LÉON SAY, v. 1, pág. 416, 419, 421, 424, 427, etc. LEROY-BEAULIEU : *Science des Financ.*, ed. de 1892 v. 1, págs. 661-6. VIVEIROS DE CASTRO : *Prát. dos Impostos*, p. 285 e seg. COOLEY : *On Taxation*, p. 165, 168, 580, 583, 602, 604, etc.). Pelo que toca às leis tributárias, basta consultar os nossos orçamentos. Tenho presentes os votados para a receita geral de 1898, 1899, 1901, 1902. Todos êles usam da expressão "taxa sobre bebidas". Nos orçamentos estrangeiros o mesmo sucede, quando se pretendem juntar numa só indicação as duas classes de bebidas. Tenho à mão, por exemplo, o orçamento russo do ano corrente, onde essa é a designação adotada (*Rapport présenté a S. M. l'Emper. sur le budget de l'emp. pour l'exerc. de 1904. S. Petersb.* 1903, p. 27).

Desde que se sai, porém, dessa denominação commun, todos os demais são discriminativos. Em França a linguagem fiscal divide as bebidas em três classes : o vinho, a cidra e seus semelhantes; a aguardente, os espíritos e os licores; a cerveja. (LEROY-BEAULIEU, v. 1, p. 663, 666. LÉON SAY, *Dict.* 1, p. 416). Na Bélgica os vinhos, as aguardentes e as cervejas têm cada qual o seu grupo distinto. (RICHARD: *Hist. des Financ. Bubl. de la Belg.*, p. 330-338). Na Itália, quando se alude genéricamente às bebidas (*bevande*), é para discernir entre as suas três divisões capitais : *vino*, *birra*, *spiriti*. (ZORLI : *Dir. tribut. ital.*, p. 39). Nos países ingleses, quando se deixa a menção ampla de *liquors*, é para separar os *spirituous* ou *alcoolic* dos *fermented* ou *malt liquors*. (COOLEY : *On Taxation*, loc.

Nunca se confundiram, portanto, sob o nome de *bebidas alcoólicas* as *fermentadas*. Isso ao menos na fraseologia tributária. Frisarei o ponto com a citação de uma autoridade, que se exprime, a tal respeito, em termos decisivos. Diz ela :

"Il ne s'agit en matière de finances que des *boissons fermentées* et des *boissons alcooliques*, sur lesquelles sont perçus les droits. Les premières comprennent principalement *le vin*, *le cidre*, *le poiré*, *l'hydromel*, *la bière* et *le vinaigre*; les secondes, *l'alcool* sous ses diverses formes : *esprits* de toute sorte, *eaux de vie*, *tafia*, *rhum*, *kirsh*, *absinthe* et *liqueurs*." (*La Grande Encyclopédie*, v. VII, p. 153).

No grande dicionário de WHITNEY igualmente se atesta costumar-se empregar o qualificativo de *spirituosas* (sinônimo de *alcoólicas*), para estabelecer distinção com respeito às bebidas *fermentadas*.

"*Spirituos — Containing much alcohol; distilled whether pure or compounded, as distinguished from fermented.*"

(*The Century Dictionary*, v. V, p. 5.843).

Corresponde assim o adjetivo *alcoólicas* às bebidas que se obtêm por distilação; o de *fermentadas*, às que devem ao processo de fermentação o seu fabrico.

Referindo-se, pois, designadamente às bebidas *alcoólicas*, a lei não tributa as *fermentadas*. *Ilegal* e, portanto, *nulamente* procedeu o regulamento, envolvendo no impôsto as *fermentadas*.

V

Se o regulamento, sob o título de emolumentos, estabelece taxas especiais de registo, criou assim um tributo a que a lei não o autorizara.

Ora, em tôdas as constituições modernas, a criação de impostos é atribuição privativa do poder legislativo. Com elas está expressamente a da Bahia, atento a que dispõe nos arts. 36 §§ 1.º e 4.º, 124 e 125, § 1.º. Ali, pelo estatuído especialmente no art. 36 § 4.º, dessa constituição, só a assembléia geral, órgão do poder legislativo, é competente para "estabelecer as contribuições, taxas e impostos necessários." Logo, o de que se trata, não tendo sido por ela estabelecido, é inconstitucional, e, por conseguinte, nulo.

Fica assim respondido o quarto quesito.

VI

O art. 34, n.º 23, da Constituição Federal, determinando que, "compete privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República", subtraiu êsses três ramos do direito público e privado à competência dos poderes estaduais, submetendo-os, à legislação nacional no que respeita ao direito criminal, civil e comercial.

No que toca ao direito mercantil, portanto, ao código do comércio, alterável únicamente por leis da União, impõe-se e obriga, não só aos cidadãos em geral, não só, ainda, à administração e à justiça federal, mas também aos poderes públicos dos Estados. Ora o cód. do comércio, no art. 98, prescreve :

"A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenado a favor dos interessados, em questões de sucessão, comunhão, ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra."

Esta disposição, comum a quase todos os códigos, em alguns dos quais a exibição geral dos livros toma o nome de *comunicação*, não se legitima senão mediante o suposto de uma *compropriedade* nos livros (sucessão, comunhão), ou de uma *co-participação* ou *comunhão de direitos* (sociedade, administração por conta de outrem, quebra). (BOLAFFIO: *Il. cod. de comm. it. com.*, v. 1, n.º 162, p. 247. VIVANTE: *Tratt.*, v. 1, p. 219, n.º 191). Nesses casos estritos, de mais a mais, "ou o comércio terminou, e já não há segredo a guardar, ou os negócios são também confiados a pessoas interessadas em os não divulgarem."

(E. CAEN e RÉNAULT: *Trait.*, v. 1, n.º 290).

Claramente sevê destas disposições, cuja observância restrita interessa essencialmente a natureza do comércio e o regimen das relações comerciais, que essas faculdades extraordinárias, admitidas à justiça por motivos de ordem jurídica muito delicados e especiais aos casos expressos, não pertencem à esfera das conveniências processuais: entendem intimamente com o direito substantivo. Logo, não podem ser ampliados, senão pela autoridade federal, a quem incumbe estabelecer ou modificar, na república, o seu direito comercial, civil e criminal.

Dêsse arbítrio se tem ela servido, para estender a comunicação dos livros de comércio a bem de certos interesses fiscais. Tal liberdade, porém, não é comum aos Estados, a quem é absolutamente defeso tocar na matéria reservada pelo art. 34, n.º 23, da constituição.

Negativa há de ser, portanto, forçosamente a resposta ao 5.º quesito.

VII

A multa, diz DALLOZ, “é um acessório; segue a natureza da matéria, em que se institui; a saber : é penal nas matérias criminais, correcionais e policiais, ao passo que, nas outras partes do direito, reverte caráter civil” (*Répert.*, v. III, p. 503, n.º 2). Neste sentido se tem pronunciado sempre a jurisprudência francêsa. (*Pandectes Fr.*, v. VI, p. 468, n.º 95-7).

Na Bélgica a doutrina chega à mesma conclusão : “S’agit’il de toute autre autorité, telle que les tribunaux civils, les juridictions disciplinaires, les autorités administratives, l’amende perd son caractère pénal, dans le sens rigoureux du terme, et devient l’amende civile... La différence dans les autorités chargées de l’application de l’amende correspond en réalité à une différence dans sa nature.” (*Pandectes Belges*, v. VII, p. 746, n.º 9-10).

Essa diferença natural por vários traços capitais se manifesta. Em matéria penal são sérias as multas, porque se destinam a castigar crimes, o que não acontece nas leis civis e administrativas. Daí resultam entre os dois gêneros caracteres discriminativos, que os separam profundamente.

1.º) Nas leis penais a multa se converte em privação de liberdade pessoal (Cód. Pen., art. 59). Nas leis fiscais, não.

2.º) Nas leis penais a multa se extingue na pessoa do delinquente, cessando com a sua morte. (Const., art. 72, § 19. Cód. Pen. art. 25). Nas leis de índole financeira a multa persegue o patrimônio do responsável, acompanhando-o às mãos dos seus herdeiros e sucessores (DALLOZ: *Loc. cit.* n. 3. Cód. Pen. art. 25)

3.º) Nas leis penais a multa, como as demais penas, desaparece ante as situações que excluem a responsabilidade moral. (Cód. Pen. art. 27). Nas leis administrativas de ordem tributária a multa vai até onde for a responsabilidade civil.

4.º) Nas leis penais um dos caracteres especiais da multa consiste na sua *individualidade*. Isto é : a multa recai inteira sobre cada um dos indivíduos condenados. Nas leis fiscais, ao contrário, prevalece o princípio de *solidariedade* no débito. Quer dizer : a multa constitui para os condenados uma obrigação solidária, que se pode exigir, repartidamente, de todos, ou integralmente de um só, se só êsse for solvente (*Encicloped. Giurid. Ital.*, v. X, parte 3, p. 398-9).

Por êstes motivos também na teoria e na jurisprudência italiana é corrente que as multas fiscais “*altro non son se non indemnità pecunaria*”.

Não é, portanto, a elas que se refere, no art. 43 h, o cód. penal nem cabem sob o disposto, quanto as atribuições privativas do Congresso Nacional, no art. 34, n.º 23 da constituição. As multas fiscais são condições naturalmente complementares da faculdade cometida aos Estados, pela disposição geral da constituição, art. 63, de regular as suas finanças, “*respeitados*”, nas suas constituições e nas suas leis, “os princípios constitucionais da União”.

Rejeitando a emenda a que se alude no 6.º quesito, não contrariara esta doutrina o congresso constituinte; porquanto, nos têrmos em que era concebida a disposição proposta, facilmente se acomodaria a autorizar invasão dos Estados no terreno do direito penal, onde, a pretexto de legislar sobre contraven-

ções policiais, poderiam estabelecer penas contra a liberdade pessoal.

Respondo, pois, afirmativamente ao 6.^º quesito, deixando assim respondida a consulta.

Rio, 16 de junho, 1904.

RUI BARBOSA

VIII

IMPÔSTO SÔBRE TRANSACÕES COMERCIAIS

*Sua Inconstitucionalidade em face da Constituição
de
Minas Gerais. Remédio Jurídico
Oportunidade*

PARECER



NOTA DO REVISOR

Na sessão da Câmara dos Deputados de Minas Gerais de 20 de julho de 1904, e subscrito pelos deputados João Bráulio Moinhos de Vilhena Júnior, Afrânio de Melo Franco e Bernardino de Sena Figueiredo, da Comissão de Orçamento e Contas, foi apresentado um projeto de lei, abolindo o imposto sobre gêneros de consumo procedentes de outros Estados, e dando outras providências atinentes à matéria.

Julgado objeto de deliberação (Projeto nº 64 — de 1904), sofreu vigorosa discussão, na assembleia estadual, e, aprovado nesta, foi enviado ao Senado mineiro, em sessão de 8 de setembro de 1904.

Nesse último ramo do legislativo local, foi o projeto modificado, recebendo treze emendas. Devolvido à Câmara dos Deputados, foram aprovadas tôdas as emendas do Senado.

Remetida à sanção, foi a resolução promulgada pelo presidente do Estado, e convertida na lei nº 392, de 19 de setembro de 1904, que, entre outras disposições, determinou a isenção, a partir do ano de 1905, do imposto de consumo sobre gêneros provenientes de fora do Estado, criando, por outro lado, o imposto sobre o valor das transações comerciais.

Ouvido a respeito, quando ainda em discussão o projeto na Câmara dos Deputados, manifestou-se o Conselheiro Rui Barbosa com o parecer ora publicado.

O seu texto é o da publicação inserida no *Comércio Mineiro*.

A matéria de que se cogita será mais tarde ventilada na Comarca de Juiz de Fora, pelo menos, quanto ao aspecto

cumulativo que parecia envolver a sua natureza, sendo, afinal, decidida a questão da constitucionalidade argüida, pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no recurso extraordinário nº 557. (cf. Vol. XXXV, tomo II, opúsculo V).

CONSULTA

O projeto nº 64, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados do Estado de Minas — e que, para maior fidelidade da consulta, aqui juntamos — estabelecendo o imposto de 1 1/2 sobre as transações comerciais, estatui em suas letras *a* e *b* do § 2º do art. 2º, que o imposto é devido pelos legalmente considerados negociantes, estabelecidos ou não, e pelos que praticam atos de comércio, ainda que não façam da mercancia profissão habitual.

PERGUNTA-SE :

1º O imposto de que aqui se trata é ou não o de indústria e profissão ?

2º No caso afirmativo, dispondo o art. 76 da constituição do Estado de Minas que é da exclusiva competência das municipalidades decretar e arrecadar os impostos sobre imóveis rurais e urbanos e de INDÚSTRIAS E PROFISSÕES, é ou não inconstitucional a disposição referida ?

3º E sendo inconstitucional, pode o comerciante opor-se ao pagamento do imposto ?

Quais os recursos de que pode valer-se, no caso de ser molestado pelo executivo fiscal ?

4º Estatuindo o art. 70 da mesma constituição do Estado que o poder judiciário não cumprirá atos, decisões e regulamentos do Governo, ou deliberação das câmaras municipais manifestamente contrárias à Constituição e às leis, podem os juízes locais fazer expedir mandados executivos contra os que resistirem ao pagamento do imposto ?

5º No caso mesmo do Estado taxar a renda líquida das transações comerciais, já estando o comerciante sujeito ao imposto de indústria e profissão que paga às municipalidades (art. 76 da cit. constituição do Estado), o novo imposto, como quer que se denomine, não será uma simulação ou dis-

farce que nos têrmos da Constituição federal (art. 7º nº 1), só pertence à União, a não ser que êle seja taxado nos têrmos da lei federal de 11 de junho do corrente ano ? E, ainda neste caso, é ou não constitucional o impôsto ? Quais os remédios de direito de que podem usar os negociantes que forem vexados pelo fisco ?

Parecer

I

O novo *impôsto de indústrias e profissões* corresponde ao impôsto francês de patente. Em França todo indivíduo, francês ou estrangeiro, que exerce no país um comércio, *uma indústria, uma profissão*, salvas as exceções determinadas na lei, é sujeito à contribuição de patentes. (L. de 15 de jul. de 1880. — L. SAY: *Diction. des Financ.*, v. II, pág. 748. — *Pandectes Françaises*, v. XLIV, pág. 500, n.º 49.) No Brasil o impôsto de indústrias e profissões, atualmente, se deve por todos os que, individualmente ou em companhia, sociedade anônima ou comercial, exercerem, no Distrito Federal, indústria ou profissão, arte ou ofício, desde que se não compreenderem nas isenções legais. (Dec. n.º 9.870, de 22 de fev. de 1888. — A. CAVALCANTI: *Element. de Finanças*, pág. 244. — VIVEIROS DE CASTRO: *Tratado dos impost.*, n.º 36, pág. 175. — VEIGA FILHO: *Man. da Cienc. das Finanç.*, § 41, pág. 87.) Nos Estados o caráter do impôsto é o mesmo.

Aqui, como em França, o impôsto se compõe de taxas proporcionais. Aqui, como em França, grava todos os que exercem indústrias e profissões.

Mas nem uma nem outra, destas duas circunstâncias, é essencial à caracterização dêsse tributo.

Quanto à primeira, bastará qualquer noção das origens do impôsto de patentes para saber que ele, em França, primitivamente se compunha de uma só contribuição, no comêço taxada segundo o valor locativo das casas, lojas ou oficinas ocupadas pelos contribuintes, depois conforme a importância relativa de cada uma das indústrias e profissões tributadas. (L. SAY : *Op. cit.*, v. II, pág. 741.)

Quanto à segunda, também nos atesta a história que nem sempre êsse tributo foi geral a tôdas as indústrias e profissões. Veja-se PAULO LEROY-BEAULIEU, *Traité de la Science des Financ.* (5.^a ed., v. I, pág. 413) : "Jadis l'impôt des patentes ne s'appliquait qu'aux industriels et aux commerçants."

Em recaindo, pois, sobre indústrias ou profissões, impôsto de indústrias ou profissões será, qualquer que seja o modo por que onere o rendimento dessas profissões e dessas indústrias, e embora não colha senão uma das suas classes, como por exemplo, a dos industriais, ou a dos comerciantes.

Ora, outra coisa não faz o projeto agora discutido, sob o n.^o 64, em Minas Gerais, na Câmara dos Deputados.

Realmente, pelo que nos oferece a lei na cópia anexa à consulta, êsse projeto determina :

1.^o) que o novo impôsto será devido por todos os legalmente considerados comerciantes, estabelecidos ou não, e todos os que praticarem atos de comércio.

2.^o) que a taxa de meio a um e meio por cento onerará os tributados, recaindo sobre o valor das operações mercantis de cada um durante o ano.

É, consequintemente, um impôsto sobre uma indústria e uma profissão : a profissão e a indústria

dos comerciantes. Logo, pertence rigorosamente à classe dos impostos de indústrias e profissões.

Desta categoria o não desloca o artifício transparente na rubrica do projeto, onde, evidentemente com o intuito de fugir à dificuldade constitucional, se dissimula êsse impôsto de indústria e profissão com o nome de *impôsto sobre a renda*. O nome não se ajusta à coisa nomeada.

Se não se requeresse mais que um falso nome, para alterar a natureza a um impôsto manifestamente diverso, com o mesmo direito com que agora a Câmara dos Deputados, em Minas, se apodera, para o seu Estado, de um impôsto que a constituição dêle atribui aos municípios, o Congresso Nacional, copiando-lhe o invento, poderia cometer igual esbulho contra todos os Estados. Era fazer a mesma coisa : adotar o nome de *impôsto sobre a renda* e, debaixo dessa cognominação indevida, estabelecer, para todo o país, um tributo sobre quantos exercessem a profissão ou praticassem atos comerciais, calculando sobre o valor das operações mercantis de cada um durante o ano financeiro. Nesses atentados contra o nosso direito constitucional não se olha às suas consequências eventuais. Enfraquece-se a proteção comum de todos, sem se refletir em que vão forjando armas de dois gumes, a cujos golpes talvez os feridos de amanhã serão os agressores de hoje.

Caberá, de feito, a designação de impôsto sobre a renda a êsse traçado ao projeto mineiro ? Mas então é uma nova fonte de receita, com que se brinda ao governo federal, porque o impôsto sobre a renda não é privativo dos Estados. A êsse título, portanto, vingando o precedente, mais tarde ou mais cedo veremos instituir, sob êste disfarce, pelo Congresso da

República, um impôsto geral sôbre certas profissões e indústrias, ou sôbre tôdas as indústrias e profissões.

Felizmente, porém, as noções correntes na ciência das finanças não consentem esta adulteração de seu vocabulário. O impôsto sôbre a renda nunca foi isso. Esse impôsto, ou é um grande tributo único, abrangendo tôdas as formas da renda, e reunindo em si tôdas ou quase tôdas as contribuições diretas, ou é um impôsto geral, complementar dos outros, cujos erros e lacunas busca suprir. (CHAILLEY : *L'impôt sur le revenu*. 1884, pág. 361 e segs. — GRAZIANI : *Istituzioni di Scienza delle Finanze*, 1897. Pág. 487. — DELOMBRE: *L'Impôt sur le Revenu. Rapport*. N.º 1831. *Chambre des Déput.*, 1896. P. 2. — NITTI : *Principii di Scienza delle Finanze*. 1903. Pág. 549.)

A renda consiste na soma de utilidades, que um homem adquire em um lapso de tempo fixado pelo uso. (Y. GUYOT: *L'Impôt sur le Revenu*, pág. 211). Ela advém ao operário, ao lavrador, ao capitalista, ao proprietário, ao industrial, do trabalho que emprega, do dinheiro que coloca, dos imóveis que possui, das especulações que dirige, das indústrias que explora. É, para cada indivíduo, um resultado múltiplo e complexo, no total de cujos elementos recai o impôsto sôbre renda. Ao passo que o de indústrias e profissões fere a cada um tão sómente no rendimento da profissão ou da indústria, que exercita.

Foi êste último o impôsto, que a Constituição da República, no art. 9.º, n.º 4, reservou aos Estados, e a do Estado de Minas Gerais, no art. 76, transferiu aos municípios mineiros.

Não pode, conseguintemente, haver dúvida que, ante a Constituição dêsse Estado, naquele artigo, o

projeto legislativo, sobre que versa a consulta, é inconstitucional.

Porque não pode haver dúvida que é um impôsto de indústria e profissão.

Temos assim respondido aos dois primeiros quesitos.

II

Cento e um anos há que MARSHALL, lançando, no célebre pleito *Marbury vs. Madison*, as bases da interpretação constitucional no régimen depois adotado por nós, estabelecia : "Todo ato da legislatura ofensivo da Constituição, é *nulo*. Esta doutrina se acha essencialmente ligada às constituições escritas, e, portanto, se deve observar como *um dos princípios fundamentais da nossa sociedade*". (JOHN MARSHALL — *The Writings upon the Federal Constitution*, Boston, 1893, pág. 25.) E desde então, nos Estados Unidos a lição dos seus constitucionalistas, a jurisprudência dos seus tribunais, a tradição dos seus governos e dos seus congressos, a história inteira da sua Constituição não cessa de repetir o grande princípio americano, a máxima das máximas na orientação da sua justiça : a Constituição é a lei das leis : tôda lei ordinária, pois, contrária à Constituição, é vã e nenhuma.

Sendo, pois, nulas e de nenhum efeito as leis transgressivas da Constituição, obedecer-lhes é abdicar a consciênciade homem livre e aceitar a condição de escravo. Essa indigna subserviência habitua os cidadãos a se esquecerem dos seus direitos, e as assembléias legislativas a não conhecerem limites ao seu poder. Ora, nada rebaixa tão profundamente a criatura humana como a servidão voluntária e a mais ruim das tiranias é a dos corpos legislativos.

Ao pagamento do impôsto inconstitucional, não só pode, como deve opor-se o contribuinte. Porque defender, pelos meios legais, o nosso direito, violado por quem quer que seja, não é só uma faculdade, mas ainda um dever, o primeiro dever dos homens livres. E, se é de um direito constitucional que se trata, essa obrigação e essa faculdade são irrenunciáveis e imprescritíveis.

Na hipótese os meios imediatos de defesa contra a lei inconstitucional, são os que as leis ordinárias do processo franqueiam, no executivo fiscal, ao contribuinte indevidamente executado. Falta a êsse executivo a sua base : o título do exequente. É falso o crédito, em cujo nome exerce a sua ação. Porque êsse crédito nasce de uma lei falsa, e, consequintemente, falso é, como a lei que o origina. Mas, se o crédito é falso, não há credor, não há devedor, não pode haver ação. O contribuinte não deve ao fisco. O fisco não pode executar o contribuinte. Os embargos dêste, pois, são peremptórios e irrefragáveis.

"Da supremacia da Constituição, diz STORY, resulta para os tribunais de Justiça o dever de declarar nula qualquer lei do Congresso, ou da legislatura dos Estados, contrária à Constituição." (*Commentaries*, vol. II, § 1842). Não é arbítrio do magistrado; é sua missão (TOCQUEVILLE : *Democr. en Am.*, ed. de 1864, vol. I, pág. 168); é seu dever positivo (UGO : *La responsabil. dei pubblici ufficiali*, 1885, pág. 106); é seu dever legal, his legal duty (DICEY *Law of the const.*, pág. 145); é "um dever, de que os tribunais não podem declinar" (COOLEY : *Constit. Limitat.*, pág. 102).

Nem êsse dever, para existir, havia mister de ser expressamente consagrado em textos constitucionais. Ele vigora a respeito de tôdas as constituições

escritas, sob as quais existe uma justiça independente e uma legislatura de poderes limitados. (H. HITCHCOCK: *Constitutional Development*, 1889, pág. 79. — KENT: *Commentaries*, vol. I, p. 485). Entretanto, a Constituição de Minas Gerais não se contentou de o deixar implícito : consignou expressamente a regra de que "as autoridades judiciárias não cumprirão atos do governo, quando manifestamente contrários à Constituição". (Art. 70). E não se pode pôr em dúvida que a expressão *governo*, aqui, abrange o conjunto dos dois poderes, que fazem e executam a lei; já porque, se se quisesse referir só aos atos do presidente, o teria designado sob o título de *poder executivo*, locução consagrada nos arts. 6.^º e 48; já porque seria contrário ao princípio fundamental do governo republicano federativo deixar os poderes da legislatura sem a barreira judicial; já, enfim, porque, havendo estabelecido a Constituição no art. 121 os únicos meios, pelos quais se pode reformar, seria absurdo que obrigasse os tribunais a executarem alterações constitucionais praticadas por atos ordinários da assembléia legislativa.

Mas a declaração judicial da inconstitucionalidade tem condições de legitimidade impreteríveis. E a primeira de tôdas é que essa declaração não se efetue senão mediante oposição regular do interessado em ação regular, (HARE, vol. I, pág. 123; — TOCQUEVILLE: *Democrat.*, pág. 64, 65; — STORY, *Commentar.*, II, § 1.571, pág. 3.888; — LIEBER, *On Civ. Liberty*, pág. 164; — WALKER, *Introduct.*, pág. 109, 118; — KENT: *Comment.*; — BANCROFT: *Hist. of the Const.*, vol. II, pág. 198; — COOLEY, *Principles*, ed. de 1880, p. 139; — WILLOUGHBY, *The Supr. court.*, pág. 36; — CHARLES KENT, *Constit. Hist. in the Developm. of Am. Law*, pág. 203-4; — MUL-

FORD, *The Nation*, pág. 202; — HITCHCOCK, *Hampton Carson's Supreme Court*, pág. 627; — STUART MILL, *On Representative Government*, c. XVII, pág. 304; — CURTIS, *Const. Hist. of the Un. States*, vol. I, pág. 592; — CARLIER, *La Rép. Améric.*, vol. IV, pág. 127; — SUMNER MAINE, *Popular Government*, págs. 217-18; — DE NOAILLES, *Cent Ans de Républ.*, vol. II, pág. 196; — LAWRENCE LOWELL, *Essays in Government*, pág. 103; — CHASE, apud WOODBURN, *The Americ. Republic*, pág. 331; — ALPH GOURD, *Les Chartes Colon, et les Constitutions des Et. Unis*, vol. III, 1.983, págs. 430-31).

Enquanto, digamos com êsses autores, a questão "não for submetida ao magistrado judicialmente", enquanto não ocorrer "ação regular, movida pelos indivíduos diretamente interessados", enquanto o tribunal não for provocado por controvérsia judicial, enquanto "se não oferecer contestação", enquanto "se não reclamar uma sentença", enquanto não houver "partes em juízo", e se "não propuser causa", "instituir a lide" e "abrir a discussão de um feito", embora exista a inconstitucionalidade, o julgador "não a vê". É preciso a discussão de um feito, "para lhe abrir os lábios".

Ora, até à expedição, pelo juiz, do mandado executivo para a cobrança do impôsto, não se verificaram êsses requisitos. No processo executivo por dívidas da fazenda pública, só depois de feita a penhora, depositados os bens e acusada em audiência, "se entende intentada a ação". (RAMALHO: *Praxe*, § 308, pág. 407.)

Na dilação assinada para a defesa oporá então o réu a de inconstitucionalidade na lei que estabeleceu o impôsto, mostrando assim não estar de direito fun-

dada a intenção da fazenda; porquanto, sob os princípios fundamentais do nosso régimen, não se pode considerar fundado de direito o pedido fiscal, quando se funde numa lei contrária à Constituição. Deixa, portanto, de se aplicar atualmente a velha regra, formulada na *Praxe de RAMALHO*, de que, nestes pleitos, "não é admissível defesa constante de matéria que envolve conhecimento da dívida como tal, *por ser esse conhecimento da competência da autoridade administrativa, e não do poder judiciário*". (*Ibid.* § 309, pág. 502). Deixa de aplicar-se, visto como, sob as instituições atuais, deliraria quem afirmasse ser da competência da autoridade administrativa, e não do poder judiciário, o conhecer da constitucionalidade, ou inconstitucionalidade das leis.

Conhecer da conformidade entre as leis e a Constituição é, sob a nossa forma de governo, a missão capital e o primeiro dever dos tribunais de justiça, que incorreriam no mais grave dos erros do seu ofício, declinando, sob qualquer pretexto, de considerar a argüição de inconstitucionalidade, irrogada a uma lei no curso de um litígio regular. Desde que a lei contravenha a Constituição, indubitavelmente será nula. Sendo nula, não terá efeitos de espécie alguma. Não tendo efeitos, não poderá ter o de criar um impôsto. Não sendo o impôsto legalmente criado, não existirá. Não existindo o impôsto, não existirá o crédito fiscal. Se o crédito fiscal não existe, a fazenda não terá entrado em juízo com a sua intenção fundada *nem de direito, nem de fato*. E, não estando fundada nem de direito nem de fato a sua intenção não estará aparelhada a fazenda para o executivo fiscal, a penhora cairá pelos seus fundamentos, o réu não terá de que se exonerar, apresentando quitação.

IV

Por isso mesmo que, com uma clareza a cuja evidência nenhuma dissimulação resiste, é um impôsto da classe dos *de indústrias e profissões*, o tributo, de que se ocupa a consulta, não se pode confundir com os que a Constituição da República, no art. 7.^º, n.^º 1, reserva a competência exclusiva da União, a saber, os “impostos sôbre a importação de procedência estrangeira”.

A contribuição projetada em Minas Gerais não peca, é manifesto, contra a Constituição Federal. É à Constituição Estadual que êste gravame contravém. Se o art. 76 da Constituição mineira não transferisse aos municípios daquele Estado os impostos sôbre indústrias e profissões, a êle pertencentes pelo art. 9.^º da Constituição Brasileira, o projeto a que diz respeito a consulta, não seria inconstitucional.

Rio, 27 de agosto de 1904.

RUI BARBOSA

IX

LEVANTE DE 14 DE NOVEMBRO DE 1904

*Fôro competente para conhecer
dos
Fatos criminosos. Delito militar.*

PARECER



PARECERES

Competencia de fôro para conhecer dos factos criminosos
ocorridos na noite
de 14 de novembro de 1904

• • •

RIO DE JANEIRO
IMPRENSA NACIONAL
1904

Capa da publicação oficial dos pareceres acerca do levante
de 14 de novembro de 1904.

(Tamanho natural)

(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

Determinada a vacinação compulsória, como meio preventivo contra a varíola, *ex-*vi** da lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904, suscitou essa providência legal alguns descontentamentos, culminando com ameaças de surtos revolucionários.

Cêrca de 19 horas do dia 14 de novembro de 1904, o general de brigada Silvestre Rodrigues da Silva Travassos, sublevando a Escola Militar da Praia Vermelha, assumiu-lhe o comando. Prendendo ato contínuo o general José Alípio Macedo da Fontoura Costallat, comandante dêsse estabelecimento de ensino militar, marchou para o centro da cidade, à frente da tropa, com o fim, segundo ficaria mais tarde apurado, de depor o chefe do governo, Presidente Francisco de Paula Rodrigues Alves, e entregar a suprema direção do País a um governo de fato.

Atacado nas imediações da Praia de Botafogo, quando se dirigiam em marcha para o palácio presidencial, foi dispersada a formação chefiada pelo General Travassos, que, gravemente ferido, faleceu dias depois, a 22 de novembro.

Em mensagem de 16 de novembro de 1904, pediu o Presidente Rodrigues Alves a decretação de estado de sítio para a Capital Federal e Niterói, apontando ao mesmo tempo ao Congresso os nomes do senador Tte. Cel. Lauro Sodré e deputados major Alexandre José Barbosa Lima e Alfredo Varela (civil) como implicados no movimento.

Autorizada a declaração de estado de sítio, consoante os termos do decreto nº 1.270, de 18 de novembro, foi encarre-

gado do inquérito o bacharel Antônio Augusto Cardoso de Castro, chefe de polícia do Distrito Federal, sendo seu *Relatório* publicado em suplemento ao *Diário Oficial* de 23 de dezembro de 1904.

Tendo o ministro José Joaquim Seabra, titular da Justiça e negócios Interiores, formulado uma consulta a alguns jurisconsultos, a fim de saber-se qual o fôro competente (*) para conhecer dos fatos criminosos praticados na noite de 14 para 15 de novembro de 1904, pronunciou-se Rui Barbosa com o parecer ora estampado.

(*) Perante o Supremo Tribunal Federal impetrou o Major Alexandre José Barbosa Lima uma ordem de *habeas corpus* em favor do Senador Lauro Sodré, alegando nulidade do processo movido perante a justiça especial a que respondia o paciente, por ser incompetente o fôro militar. (*H. c* n.º 2.255.)

Decidiu o Tribunal, por acórdão de 1 de abril de 1905, e contra os votos dos ministros Manuel José Murtinho, João Pedro Belfort Vieira e Alberto de Seixas Martins Tôrres, denegar a ordem, reconhecendo aos tribunais marciais a competência para julgar crimes militares cometidos por membros do congresso pertencentes à classe militar (Cf. *Revista dos Tribunais*, abril de 1905, vol. III, págs. 255 a 261).

CONSULTA

Qual a jurisdição competente para conhecer dos fatos
criminosos praticados na noite de 14 para 15 do corrente pelas
fôrças militares sob o comando do General Travassos ?

DR. J. J. SEABRA

Vai, nesta data, em separado, a consulta, de minha letra.

Rio, 25 de novembro de 1904. — RUI BARBOSA.



Parecer

A urgência com que se me pede esta consulta, recebida ontem de tarde, para se responder hoje, mal me permite esboçar rapidamente os motivos da minha opinião.

Claro está que a competência, sobre que versa a questão, não depende, aqui, senão somente da classificação do delito. O fôro será civil ou militar, segundo for civil ou militar a infração.

Como estabelecer esta discriminação com segurança? Óbvio é que, precisando o critério da infração militar, para por êle aquilatarmos a de que ora se cogita.

Esse critério, ora se assenta em um ponto de vista meramente objetivo (*ratione materiae*), e, nesse caso, a jurisdição militar se estende a tôdas as ofensas da lei militar, seja quem for o delinquente; ora se firma num ponto de vista meramente subjetivo (*ratione personae*), e então os tribunais militares conhecerão de todos os delitos, militares ou não, cometidos por membros da força armada. Sob a primeira teoria, a competência, de ordem *real*, se determina pela natureza dos fatos. No segundo sistema, a competência de caráter *pessoal*, se estabelece pela qualidade das pessoas. E, apoiando-se em parte numa, em parte na outra solução, temos o critério misto, que para instituir a competência, leva em conta, a um tempo, o fato e a pessoa.

Esta parece ter sido a regra dominante no estado final do direito romano, sob VALENTINIANO e VALENTE. (L. 1 C. de *exibendis et transmitt. reis*, IX, 3). Nós séculos anteriores, porém, contendem ainda hoje os autores sôbre se era a natureza do ato, ou a qualidade do autor, o que, fixando a competência, fixara o critério discriminativo do delito. Nas legislações modernas, porém, a escolha da orientação tem variado com as épocas e os países. Em França, por exemplo, após longa evolução, desde o antigo direito até o direito revolucionário, a noção do delito militar se amplia ao extremo, com a lei de 9 de junho de 1857, assentando-se-lhe o critério, definitiva e exclusivamente, no caráter do infrator. (Arts. 55 e 56.) Sendo êste militar, qualquer que seja a natureza da infração, terá de ser julgado pelos conselhos de guerra. No mesmo princípio comungam legislações dos países mais diversos e opostos quanto à forma e ao espírito das suas instituições constitucionais, desde a russa, a alemã, a austriaca e, até certo ponto, a espanhola até a belga. As outras, geralmente, combinam os dois elementos, adotando já o critério pessoal, já o real, já o composto, ao mesmo tempo, de um e outro. (GRAN : *Fonctionnement de la justice milit. dans les differ. pays d'Europe*. Cristiânia, 1884. v. I, pág. 87-8, 119-20, 180-81; v. II, págs. 4, 66, 88, 116, 140, 161-2. — SORTAIS : *Des délicts milit. et de leur répress.* Paris, 1900, págs. 18-36, 66-71, 81-105. — *Pandectes Franç.*, v. XIX, v.^o *Compétence*, pág. 458, n.^o 1.261 e segs. — MARSIL : *La réforme de la justice militaire*. Paris, 1901, pág. 48-113).

Nos Estados Unidos, as infrações de que julgam os tribunais militares, são, por via de regra, as capituladas nos artigos de guerra e nos regimentos do exército, ou as havidas como congêneres dessas pelos usos da guerra; isto é : as infrações da ordem militar.

A elas, porém, se equiparam, ficando sujeitos à mesma alçada, certos delitos ordinários, como o roubo e a pilhagem, quando perpetrados com detimento da ordem e disciplina militar. (GRAN : *op. cit.*, v. II, *Supplém.*, p. 77. — DAVIS : *A treatise on the military law of the United States*. 2d edit. 1901, págs. 46, 59-60).

E entre nós?

Examinemos as fontes.

O privilégio do fôro militar, já consignado no reg. de 1.º de junho de 1678, art. 49, e no alvará de 21 de out. de 1763, só muito mais tarde no direito pátrio se definiu.

O primeiro monumento legislativo nosso que aludiu formalmente a uma discriminação entre as duas competências, foi o Cód. Criminal (16 de dez. 1830), que, no art. 308, § 2.º, estatui :

Este código não comprehende :

Os crimes puramente militares, os quais serão punidos na forma das leis respectivas.

Seguiu-se-lhe o Cód. do Processo Criminal (1. de 29 de nov. de 1832), cujo art. 8.º dispõe :

Ficam extintas as ouvidorias... e a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade, exceto... os juízos militares, que continuam a conhecer dos crimes puramente militares...

Quais se deviam considerar, porém, os crimes "puramente militares", a que os dous códigos se referiam?

A provisão de 20 de out. de 1834 o veio elucidar, apoiando-se numa resolução de consulta do Conselho de Estado, adotada pela regência imperial, em 17 do mês anterior. Determinava ela que :

Enquanto não houver lei explícita, se extremem os crimes militares dos crimes civis, para o fim do cumprimento das disposições do Cód. do Processo Criminal, reputando-se *crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares, que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares* do exército ou armada, como são: 1.º os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2.º os que ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e armada; 3.º, os que alteram a ordem pública e econômica do serviço militar em tempo de guerra ou paz; 4.º, o excesso ou abuso de autoridade...

Mais tarde, a lei de 3 de dezembro de 1841, no art. 109, estatuiu :

Quando nas *rebeliões ou sedições* entram militares, serão estes julgados pelas *leis e tribunais militares*.

Este preceito veio a se reproduzir no decr. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 245, por este modo :

Se nas *rebeliões, ou sedições*, entram militares, serão julgados pelas *leis e tribunais militares*, e assim, se as justiças civis os acharem envolvidos nos processos que organizarem, remeterão às competentes autoridades as cópias autênticas das peças, documentos e depoimentos, que lhes fizerem culpa.

Anos depois, o Governo Imperial, resolvendo, aos 13 de outubro de 1858, sobre uma consulta dada, no 1.º dêsse mês, pela seção de guerra e marinha do Conselho de Estado, sendo relator o VISCONDE DE ALBUQUERQUE, a propósito do crime de um anspeçada, que assassinara outra praça do Exército, fora do quartel e do serviço, invocara a provisão de 1834, e observava que com ela se conformara sempre, em várias decisões ali citadas, o Conselho Supremo Militar de Justiça, para concluir, pela competência da justiça comum, com estes fundamentos :

Na hipótese que deu causa ao conflito, que vos ocupa, não é possível ser o crime puramente militar. Quer o matador, quer o assassinado não estavam em serviço; ambos achavam-se *fora do seu aquartelamento*; o crime foi cometido no meio da rua, e com instrumento não militar. (*Apud TITARA: Segundo complemento do Auditor Brasil.* 1^a ed. págs. 232-4).

Comentando essa consulta, nota êste especialista que, mediante ela, "para cessarem de uma vez abusos e ilegalidades, os quais abalavam a severa disciplina do Exército, ficou definitivamente resolvido ... pertencer ao fôro militar conhecer de todos os crimes declarados nas leis militares, e que só podem ser perpetrados por cidadãos alistados nos corpos do Exército". (*Ibid.*)

TITARA escrevia em 1859. Só muito mais tarde, pois, se adotou a resolução imperial de 4 de março de 1876, sobre consulta de duas secções do Conselho de Estado, reafirmando aquela doutrina.

Tratava-se de um *habeas-corpus*, concedido pela Relação de Pernambuco contra uma prisão militar. O paciente, além de outras considerações, de direito militar e direito comum, alegava em sua defesa não estar sujeito à alçada militar, já por se achar reformado, já porque o delito não era militar. "Crime militar", dizia, é "aquele, que se dá *por infração da lei militar*. Os crimes militares são sómente os definidos na provisão de 20 de outubro de 1834, os quais são os declarados nas leis militares". (*Gazeta Jurídica*, v. XV, 1877, pág. 134).

Na seção de justiça, o VISCONDE DE NITERÓI e o VISCONDE DE JAGUARI, constituindo maioria, opinaram pela incompetência da Relação, contra o voto do conselheiro NABUCO. Das explanações por êste desenvolvidas, em abono da teoria liberal, extratarei unicamente o tópico relativo à discriminação jurídica dos

crimes militares, objeto do quesito que se me propôs.
É êste :

Não posso concordar com o parecer do ilustre relator. Desde que o art. 8º do Cod. de Proc. Crim. reduziu a jurisdição militar aos crimes puramente militares, não é mais possível caracterizar tais crimes só e só pela *qualidade da pessoa, que os comete, ratione personae.*

É preciso, para que o crime seja *puramente militar* :

1º Ou que seja militar *por sua natureza, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar*;

2º Ou que, *pôsto seja comum, tenha alguma razão especial, que, diretamente afete a subordinação, boa ordem e disciplina militar.*

Ora, para que assim seja, é preciso que o individuo o cometa *ut miles* (L. romana 2ª D. 49, 16), que esteja *sob as bandeiras, ou em atividade, ou no exercício de pôsto, ou nos quartéis, praças, fortalezas, etc.* (*Gazeta Jurid.*, v. XV, pág. 139).

E, aplicando à espécie êsses dados, advertia, em seguida :

Quanto ao 1º. O crime de sedição não é militar por sua natureza; porquanto, nos elementos que o constituem. (Cód. Crim., art. 111) não entram a subordinação, boa ordem ou disciplina militar.

Quanto ao 2º. O crime computado ao alferes Santiago (reformado) não se reveste de *alguma das razões especiais prenotadas, que tem relação com a subordinação, boa ordem e disciplina militar, ou influência sobre a subordinação, boa ordem e disciplina militar.* (*Ibid.*, pág. 139-40.)

Esta decisão assinala a fórmula definitiva, a que, sob o outro régimen, chegou nos espíritos mais liberais a teoria do critério adequado à discriminação dos delitos militares.

Ante essa opinião, firmada pelo maior dos juriconsultos da coroa, será ocasião de me deter, primeiro que examinemos a legislação republicana; visto

como, sob o Império, nada, após aquela data, se inovou, quanto ao assunto, em leis, ou arestos, judiciais, ou administrativos.

Divide o conselheiro NABUCO DE ARAÚJO os "crimes puramente militares" em duas categorias :

Primeira, a dos que o são *por sua natureza*, atentando, *por sua natureza*, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar.

Segunda, a dos que, sendo *por sua natureza comuns*, ofendem a subordinação, a boa ordem e a disciplina militar, por "*alguma razão especial*".

A sedição pode ser absolutamente civil, levantando-se únicamente por obra de paisanos, com elementos inteiramente alheios ao Exército e à Armada, sem relação de espécie alguma com a subordinação, a boa ordem, ou a disciplina das fôrças militares. *Por sua natureza*, pois, não cabe entre os crimes de caráter puramente militar.

Mas, não tendo êsse caráter de sua natureza, o pode adquirir, se "*por alguma razão especial*" contrariar a subordinação, a boa ordem, ou a disciplina da fôrça armada. Na hipótese ali considerada, eram paisanos os sediciosos. O único militar envolvido no crime era reformado, como o conselheiro NABUCO acentua, aquiescendo assim à defesa por él articulada, ao requerer o *habeas-corpus*, de que, *como reformado*, não se achava alistado em nenhuma classe do Exército, conforme o expressamente disposto na lei n.º 648, de 18 de agosto de 1852, art. 9.º e 13. Da sua conivência na sedição não resultara nada, que alterasse, no Exército, a subordinação, a ordem, a disciplina.

Poder-se-à dizer o mesmo, porém, de uma sublevação conspirada, organizada e executada por corpos do Exército ? de uma sublevação, que se

forma em estabelecimentos militares ? que nêles depõe os seus comandantes ? que, depostos os seus comandantes, se arma e municia com as armas e munições militares, para se bater nas ruas contra as fôrças legais ? que contra estas, nas ruas, dá batalha ? que, vencidas então pelos batalhões fiéis, volve à praça, de onde saíra, para se entrincheirar e resistir ainda ? que, afinal, perdendo os seus cabecilhas, maiores, coronéis e generais do Exército, não capitula, senão quando sevê sem munições, cercada em terra por fôrças superiores e, do mar, ameaçada pelos canhões de vasos de guerra ?

Só a zombaria ou a insânia poderiam contestar que o conjunto formidável dêsses atentados não interesse, num caso raro e tremendo, a subordinação, a boa ordem, a disciplina militar, no que lhes é mais essencial, mais melindroso e mais grave. Logo, a sedição, que militar pode não ser, neste caso vem a tornar-se essencialmente e exclusivamente militar. Não sendo militar de seu natural, absolutamente militar é, na espécie, à vista, para falarmos como o conselheiro NABUCO, "das razões especiais", que aqui assim a caracterizam.

À mesma conclusão se chegará, cotejados êsses fatos com as outras definições ou caracterizações brasileiras do delito militar acima transcritas. A provisão de 1834, como vimos, define como delitos militares os "que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do exército ou da armada", e acrescenta, exemplificando : "Como são : 1.º, os que violam a religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2.º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do exército e armada; 3.º, os que alteram a ordem, polícia e economia do serviço militar".

Ora, sustentará, por acaso, alguém no seu siso, que a deposição do comandante de uma praça pelos seus subordinados, a depredação dos armazens militares para os municiar, sua organização em corpo insurgido, para destruir os poderes constitucionais, a marcha em tom de guerra pela cidade contra o palácio do chefe do Estado, a intimação de se renderem, endereçada às fôrças legais, a peleja com elas travadas, sob a chefia de oficiais rebeldes, cindindo o exército, na capital da República, em dous campos ensanguentados, não alterem a ordem, polícia e economia do serviço militar, não lhe ofendem a subordinação e boa disciplina, e não faltem à observância religiosa do juramento ou do compromisso de honra, assumido pelo soldado, quando se alista ?

Dos delitos militares, nenhum cai mais rigorosamente nos têrmos da definição, quando nessa classe inscreve os crimes, "que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos militares". Como praticar o atentado, que se praticou em a noite de 14, com as feições que o compuseram e distinguiram, sem pertencerem ao estabelecimento militar onde êle surgiu e se armou, sem ter os chefes militares que êle teve, sem dispor dos elementos e instrumentos militares, com que aprestou, para desafiar, militarmente, a fôrça armada, e com ela militarmente combater ?

Voltemo-nos agora para a lei de 3 de dezembro de 1841. Manda ela, como vimos, que os tribunais militares julguem os militares envolvidos em "rebeliões ou sedições". Aqui temos uma rebelião em campo aberto, urdida, capitaneada, levada a combate, quase exclusivamente por militares. Quem os há de julgar, em face dessa lei, senão os tribunais militares ?

Com a resolução imperial de 1858 não se poderia chegar a outra dedução. Ali, o homicídio não se considerava militar, quando perpetrado entre militares *não em serviço, fora do aquartelamento*, com instrumentos *não militares*. Aqui, a rebeldia começa, depondo o comandante da Escola Militar, *em serviço* no estabelecimento de que era chefe, opera-se dentro dessa escola, *aquartelamento* dos insurgidos, e por chefes militares, se acaudilha, marcha com bandeira militar, e com *instrumentos militares* se arma. Não são, portanto, militares os homicídios, que perpetrhou? os estragos e desordens, que exerceu?

Até aí os elementos, em plena atualidade ainda hoje, que para a solução do problema nos ministra o antigo régimen.

Vejamos no de agora.

O decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, art. 95, b, reproduzindo o disposto no Cód. do Proc. Crim., art. 171, 1.º, exclui da competência do júri "os militares, que, *por crime de emprêgo militar*, serão acusados no juízo de seu foro" (1).

Ora, quais são os *crimes de emprêgo militar*? Os definidos pela provisão de 20 de out. de 1834, pelos avisos de 3 de agosto e 5 de novembro de 1855, pelo de 26 de abril de 1858, pela resolução imperial, enfim, de 13 de outubro dêsse ano, a que se ajunta a de 4 de março de 1876. (PAULA PESSOA : Cód. do Proc. Crim. ed. de 1899, págs. 207-8, n.º 1.176.)

Mas, quando hesitação ainda pudesse haver estava dissipada, quanto à hipótese vertente, em presença do decreto n.º 18, de 7 de março de 1891, (Cód.

(1) A êsses dois artigos do Cód. do Proc. e do decreto n. 848 alude expressamente, em nota, a Consol. da lei da justiça feder., parte II, art. 27.

Pen. da Armada, mandado aplicar ao exército pelo decreto n.º 612, de 29 de setembro de 1899.)

Êsses dous códigos, ou êsse código dos dous exércitos nacionais, prescrevem, no art. 87, ns. 2 e 5 :

É crime de conspiração concertarem-se mais de vinte pessoas ao serviço da marinha de guerra [ou do exército], para :

Tentar diretamente e por fatos, mudar, por meios violentos, a Constituição da República e a forma de governo por ela estabelecida..

Opor-se, diretamente e por fatos, ao livre exercício das atribuições constitucionais dos poderes legislativo, executivo e judiciário da União, ou dos Estados, ou influir, por ameaças ou violências, nas suas deliberações (2).

Basta ter êste enunciado, para ceder à evidência de que êle frisa estritamente o caso de 14 de novembro.

É, por conseguinte, um crime tècnicamente militar. E, para o ser, basta, em face da Provisão de 1834, da Resolução Imperial de 13 de outubro de 1858, como da de 4 de março de 1876, e do Código Penal em vigor, art. 6.º, b, o ser declarado tal nas leis militares.

Ante o nosso direito positivo, logo, não é crime político. Nem poderia sê-lo em teoria, pela doutrina mais justa e autorizada no assunto.

Não são, com efeito, propriamente delitos políticos os fatos, "cuja criminalidade subsiste independentemente do seu objeto político". Essas infrações à double tranchant constituem "essencialmente infrações mistas, e, por isso mesmo não são delitos políticos propriamente ditos".... O delito político tem necessariamente por objeto a ordem política do Es-

(2) «Pena — aos cabeças, de prisão com trabalho por dois a seis anos; aos demais co-réus, por um a dois anos».

tado é, porém, para ser delito político, no rigor científico da expressão, que o fato não ataque senão a ordem política. "Il faudra ajouter que le délit politique est celui qui n'attaque que l'organisation ou l'ordre politique d'un Etat déterminé". (ALBERIC ROLIN : *Les infractions politiques*. Na *Revue de Droit Internat. et de Legisl. comparée*, v. XVI, págs. 160-162.)

Ora, eliminada aos sucessos do dia 14 a intenção política de atacar a ordem constitucional, restam sempre os crimes de caráter comum e militar, que compõem a trama daqueles acontecimentos : a deposição dos superiores militares, a sublevação armada, o uso ilegal das armas de guerra, o ataque às forças legais, os ferimentos e mortes violentas com instrumentos militares.

Não tenho, pois, dúvida nenhuma em que o delito é militar. E, se este o não é, não sei qual outro o poderá ser.

Logo, deve ser submetido aos tribunais militares.

Mas, ainda quando fosse político, não constituiria embaraço a essa jurisdição o disposto na Constituição da República, art. 60, i), onde se determina competir "aos juízes ou tribunais federais processar e julgar os crimes políticos".

Não constitui obstáculo; porquanto, na doutrina que sempre sustentei, e comigo várias autoridades, os tribunais militares, entre nós, são *tribunais federais*.

E ainda, uma consideração me acode. Cotejadas as penas da conspiração civil, no Cód. Pen., art. 115, com as da conspiração militar, no Cód. Penal do Exército e da Armada, art. 87, vemos que, sendo a mesma a duração delas, em seu máximo, num e noutra, mais ásperas, são, todavia, pela natureza da penalidade, na codificação militar que na civil. Se

o fôro militar, porém, isto é, o direito assegurado aos militares, pela Constituição, art. 77, de ser julgado pelos seus pares é um privilégio, a saber, um benefício, uma garantia, será êste um dos casos de a reclamar, como compensação da desigualdade, aliás justa, na medida da expiação entre êsses delinqüentes e os paisanos.

Esta diferença, entretanto, convém notá-lo, no gênero da penalidade, não caracteriza como ríspida a nossa legislação militar. Na generalidade dos países cristãos, esta espécie de infrações militares é castigada com a pena capital. Assim procedem as nações mais humanas, civilizadas e liberais. Entre elas se acham os Estados Unidos. Pelos artigos de guerra americanos, reformados em 1874, todo o soldado ou oficial, que se envolve em motim ou sedição, incorre na cominação penal de morte (3). Quem riscou essa pena da nossa legislação militar em tempo de paz, foi o art. 72 dessa malsinada Constituição republicana, que, em reconhecimento, ia ser destruída, na sinistra noite de 14, *manu militari*.

Não quero, porém, ultrapassar as considerações meramente jurídicas. Reatando, pois, o fio à minha exposição, direi que, no direito brasileiro, o critério do delito militar é, mui acertadamente, ao mesmo tempo real e pessoal : *ratione materiae e ratione personae*. (PAULA PESSOA: *Op. cit.* pág. 20, n.º 50.) E o caso, de que se trata, responde a êsse critério nos seus dous elementos.

Na sublevação da noite de 14 o movimento é militar nos seus executores, militar nos seus cabeças,

(3) Article 22. *Any officer or soldier who begins excites, causes or joins in any mutiny or sedition in any troop, battery, company, party, post, detachment or guard, shall suffer death, or such other punishment as a court martial may direct*. (DAVIS: *Military Law of the Un. States*, pág. 389).

militar na sua organização, militar nas suas armas, militar no teatro da sua manifestação e dos seus primeiros crimes, militar nos interesses, deveres e instituições que primeiro e diretamente feriu. *Nas condições em que se cometeu, é um crime, que só por militares podia ser cometido.*

Foi, portanto, *uti milites* que os seus autores o perpetraram. É, portanto, *um delito militar*, na mais exata e precisa acepção do termo, segundo a rigorosa definição dos romanos : "Proprie *militaris* est *delictum, quod quis uti miles admitti*". (Fr. 2 D. de re *militari*, XLIX, 16.)

Ora, pelo disposto na Constituição da República, art. 77, o julgamento dos delitos militares compete privativamente ao fôro militar.

Logo,

a jurisdição competente, para conhecer dos fatos criminosos praticados, na noite de 14 do corrente, pelas forças militares, sob o comando do general Travassos, é a dos tribunais militares.

Assim tenho respondido à consulta com o meu parecer.

Rio, 25 de novembro de 1904.

RUI BARBOSA

ADENDO

Explicando e completando o meu parecer, cum-pre-me advertir em três pontos do juízo por mim advogado em 1893 sobre a questão do fôro militar.

Sustentei eu, naquele ano :

1.º) que o concurso de civis trazia os militares, envolvidos no mesmo delito, à jurisdição comum;

2.º) que, admitida a doutrina oposta, a jurisdição militar, nas sedições operadas mediante o concurso de paisanos e militares, só se estabelecia depois de formada a culpa;

3.º) que a conspiração não cabe na categoria dos delitos militares.

Quanto ao primeiro ponto, a teoria por mim defendida foi rejeitada, e por assim dizer unânimemente, entre as vozes, civis e militares, que no assunto se pronunciaram, rejeitando-a a jurisprudência dos nossos tribunais.

Quanto ao segundo, não fui mais feliz. Mas em presença de textos que me parecem formais, como a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 109, e o reg. de 31 de janeiro de 1842, art. 245, continuo a manter o meu voto de que a instauração da culpa incumbe às autoridades civis, as quais, encontrando base de criminalização contra militares, remeterão as provas de culpabilidade apuradas às autoridades militares, a fim de procederem militarmente contra os indiciados.

Quanto ao terceiro, a questão mudou posteriormente de todo em todo, cessando os motivos do meu parecer naquele tempo. Etribava êle, com efeito, em que, naquela época, o crime de conspiração, só era competentemente qualificado, em nossas leis, pelo código penal comum, negando eu ao Código Penal da Armada autoridade constitucional, visto que fôra promulgado administrativamente, quando já se achava em pleno vigor a Constituição atual.

Mas essa autoridade legislativa, que lhe faltava, recebeu-a êle com o decreto *legislativo* n.º 612, de 29 de setembro de 1899, o qual aprovou expressamente o Código Penal da Armada, ao mesmo tempo que o mandou ampliar ao Exército Nacional. E êsse código, no art. 87, define *explicitamente*, entre os delitos mi-

litares "contra a segurança interna da República" o de "conspiração".

Hoje, portanto, sobre a matéria *legem habemus*. Por declaração peremptória dela, as conspirações de militares são delitos militares.

Rio, 25 de novembro, de 1904.

RUI BARBOSA

X

FORNECIMENTO DE GÁS E ENERGIA ELÉTRICA

*Privilégio do concessionário em face
da
Constituição da República*

PARECER



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APPELLAÇÃO N. 1904

APPELLANTE

A Sociedade Anonyma do Gaz

APPELLADA

A Companhia F. C. Jardim Botanico

RELATOR

O Ex^{mo} Sr. Ministro João Pedro Belfort Vieira

RAZÕES DA APPELLANTE

E

PARECERES

DOS

Conselheiros Ruy Barbosa, Visconde de Ouro Preto
e Lafayette



RIO DE JANEIRO
Typographia LEUZINGER

Fôlha de rosto da primeira impressão do memorial em que ocorre
á p. 20 o parecer de Rui Barbosa

(Tamanho natural)

(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa)

Note-se o engano na numeração da apelação, que é 1049.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APPELLAÇÃO N. 1049

APPELLANTE

A Sociedade Anonyma do Gaz

APPELLADA

A Companhia F. C. Jardim Botanico

RELATOR

O Exmo Sr. Ministro Ribeiro de Almeida

RAZÕES DA APPELLANTE

E

PARECERES

DOS

Conselheiros Ruy Barbosa, Visconde de Ouro Preto
e Lafayette



RIO DE JANEIRO
TYPOGRAPHIA LEUZINGER

Fôlha de rosto da 2.^a impressão do memorial relativo à apelação 1049.
(Tamanho natural)
(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

Autorizado pela lei nº 560, de 31 de dezembro de 1898, expediu o governo da República o decreto nº 3.329, de 1 de julho de 1899, outorgando, em inovação, à Sociedade Anônima do Gás do Rio de Janeiro, privilégio para fornecimento de luz à Capital federal, por gás corrente, ou energia elétrica. Conferia-se, pela cláusula primeira, à outorgada, exclusividade para assentar e conservar pelas vias públicas da área da iluminação as canalizações que fôssem necessárias à distribuição do gás para qualquer fim, e de energia elétrica para iluminação.

A Companhia Ferro Carril Jardim Botânico propôs uma ação ordinária contra a Sociedade Anônima do Gás do Rio de Janeiro, para o fim de ser anulada a cláusula primeira do decreto nº 3.329, na parte em que se concedia a esta última direito exclusivo para distribuição e fornecimento de energia elétrica, citada, igualmente, a União Federal.

Autuada a 20 de agosto de 1900, seguiu a lide seu curso normal, tendo a Autora como patrono o advogado Antônio Ferreira Viana, e a Ré os advogados Sancho de Barros Pi-mentel e João Soares Brandão.

Por sentença de 17 de setembro de 1904 (fls. 61-63), prolatada pelo juiz Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque titular da 2ª Vara da secção do Distrito Federal, foi julgada procedente a ação, para o fim de anular-se o decreto na parte impugnada pela Autora, e assegurarem-se a esta os direitos por ela reclamados na inicial.

Inconformada, apelou a Ré (fls. 64), sendo o feito convertido na apelação cível nº 1.049, e distribuído ao ministro Antônio Augusto Ribeiro de Almeida.

Nessa instância acompanhou a causa, pela Autora e apelada, o advogado José Pires Brandão.

Ouvido acerca da matéria, emitiu o Conselheiro Rui Barbosa o parecer que ora sai publicado, em resposta à consulta formulada pelo advogado da Ré e apelante.

Pela União, oficiou, nessa fase, o procurador geral da República, ministro Epitácio da Silva Pessoa, que concordou com as razões do advogado da apelante (fls. 96 v.).

Por acórdão de 16 de junho de 1906 (fls. 97 v. a 99 v.) resolveu o egrégio Supremo Tribunal Federal dar provimento à apelação interposta para, reformando a sentença recorrida, julgar válida a concessão e improcedente a ação, salvo, entretanto, à apelada, o direito de iluminar pela eletricidade que produzisse, seus bondes, estações e dependências, visto que, anteriormente à expedição do decreto de 1899, cuja cláusula primeira, em parte, se pretendia anular, já estava ela (a apelada) no uso e gôzo dessa iluminação, da qual não podia privar-se. Foram votos vencidos os dos ministros João Pedro Belfort Vieira (revisor) e Eduardo Pindaíba de Matos.

Pela apelante, S/A. do Gás, foram opostos embargos de nulidade e infringentes de julgado (fls. 102), que, impugnados pela apelada (fls. 105-106 v.), vieram, afinal, a ser desprezados por acórdão de 14 de setembro de 1907 (fls. 111 a 112 v.).

Os autos pertinentes à causa encontram-se no Arquivo do Supremo Tribunal Federal, donde foram recolhidos os dados de que se socorreu o autor desta nota.

CONSULTA

Autorizado pela lei de 31 de dezembro de 1898, letra — g — o governo inovou o contrato com a Companhia do Gás, concedendo-lhe o privilégio de gozar do direito exclusivo para assentar e conservar nas vias públicas da área de iluminação desta cidade, as canalizações que fôssem necessárias à distribuição do gás para qualquer mister, e de energia elétrica para iluminação, — com a declaração de que êsse privilégio não impediria que os estabelecimentos públicos, os particulares e quaisquer emprêses empregassem, por meio de aparelhos portáteis, o gás, a luz elétrica, ou qualquer processo de iluminação para o qual não se fizesse necessária a colocação de canalizações nas ruas e praças públicas.

(Dec. 3.329, do 1.^o de junho de 1899, cláus. 1.^a).

PERGUNTA-SE :

1^o Envolve êsse privilégio, nos têrmos em que foi concedido, violação do art. 72, §§ 24 e 25 da Constituição federal ?

2^o Pode uma emprêsa de bondes por tração elétrica servir-se dos fios, colocados nas ruas para transmissão de fôrça, a fim de iluminar a luz elétrica estabelecimentos seus, distantes da estação central, onde se acha a instalação elétrica ?



Parecer

I

Há tempos, quando aqui se discutiu, na imprensa e no congresso, a última concessão feita pelo governo da República à companhia do gás, contra ela nos pronunciamos e votamos, impugnando-a com argumentos, já de ordem moral e administrativa, já de caráter jurídico e constitucional.

Os primeiros condenavam a precipitação com que se ia renovar o privilégio anos antes de vencido o término do seu contrato, impugnavam a duração exorbitante excessiva do novo prazo, reprovavam, enfim, que na mesma companhia se juntasse ao serviço de fornecer o gás o de suprir a luz elétrica a esta capital, em vez de estabelecer, a exemplo do que geralmente se pratica nouros países, mediante a concorrência entre emprêsas diversas, uma rivalidade salutar entre os dois gêneros de iluminação nesta capital, em benefício comum da municipalidade e dos consumidores particulares.

A essas objeções nunca vimos resposta, que as enfraquecesse. Têm hoje, aos nossos olhos, a mesma valia que naquela época, e com a mesma confiança as sustentariam, se o caso agora se pudesse reproduzir com as mesmas feições administrativas e morais. A impugnação estribada nesses motivos bastaria, de mais disso, para nos opormos àquele favor,

ainda quando êle nos não parecesse incursão no vício de constitucionalidade.

No tocante a esta, porém, manda a lealdade profissional confessarmos que a jurisprudência e a doutrina corrente, nos países onde o direito constitucional, a tal respeito, coincide com o brasileiro, não aboram a nossa opinião, defendida naquele tempo.

Referimo-nos especialmente à Inglaterra e aos Estados Unidos, onde a constituição rejeita soberanamente os monopólios, como contrários à liberdade, e, não obstante, os serviços de iluminação pública e particular, mediante o gás e a eletricidade, estão monopolizados, com a sanção da lei e dos tribunais, nas mãos dos municípios ou de concessionários privilegiados.

Na constituição não escrita da Inglaterra a repulsa dos monopólios se acha tão orgânicamente embebida, que os juízes britânicos não hesitaram em reagir neste sentido contra os abusos da prerrogativa régia, sob os mais despóticos soberanos, quando governavam os Tudors e os Stuarts. Ali, há muitos séculos, "*the common law abhors all monopolies*". (JAMES WILSON : *Works*, Ed. Andrews. Chicago, 1896. Vol. II, pág. 332.) Entre a aluvião de mercês dessa natureza liberalizadas por Isabel aos seus cortesãos e sancionadas pela subserviência de muitas vozes no parlamento (1), a justiça inglesa não se deixou corromper. O pleito *Darcy v. Allen*, julgado em 1603, atesta a fidelidade heróica da magistratura, naquela terra, às grandes tradições do direito. A rainha outorgara a um dos seus validos o privilégio do fabrico de cartas de jogar. Contra êle moveram os prejudicados uma ação ante o *King's Bench*. É o li-

(1) HUME : *History of England*, vol. IV, c. 44.

tígio conhecido como *the case of monopolies*. Nessa causa memorável, tendo-se alegado que as mercês régias "procured against the usual and settled liberty of the subjects are void", foi decidido, pelo voto do *chief justice et per totam curiam*, que a concessão da soberana era absolutamente nula, "utterly void", não só como contrária a diversos atos do parlamento, mas ainda, e primeiro que tudo, como monopólio, e, em tal caráter, avessa ao direito comum: "it is monopoly, and against common law". (THAYER : *Cases on Constitutional Law*, I, págs. 15-17. — BROOM : *Constitution. Law*. Ed. de 1885. Págs. 498-9. — COOLEY : *Constitutional Limitations*. Ed. de 1883. Pág. 487, n.º 1). A doutrina desde então definida é que "all grants of monopolies are against the ancient and fundamental laws of the Kingdom". (Lord COKE : *Instit. III*, c. 85. AP. MC CLAIN : *Cases on Constitutional Law*. 1900. Pág. 264.)

Os constitucionalistas ingleses levam a origem dêsse princípio até à *Magna Carta*, conquistada, como se sabe, pela nação em 1215, entendendo que as cláusulas dêsse instrumento, tais quais as desenvolve a terceira carta de Henrique III, em 1225, nas palavras "nullus liber homo... dissaisietur de libero tenemento suo, vel libertatibus", são incompatíveis com os monopólios: "As being opposed to this last, monopolies, in general, are contrary to the Great Charter". (TASWELL-LANGMEAD : *English Constitutional History*. Ed. de 1886. Pág. 131.) Com êste princípio a Câmara dos Comuns acabou por fazer recuar, na terceira década do século XVII, o absolutismo de Isabel. (MACAULAY : *Hist. of Engl.*, c. XVIII. Ed. de 1873, vol. III, pág. 466.) Com êle, alguns decênios depois, venceu, neste particular, a tirania de Jaime I. (BLACKSTONE : *Commentaries*, L. IV, c. 33. Ed. LEWIS. Chicago, 1900. Pág. 1.792.

— LANGMEAD : *Op. cit.*, pág. 537.) Com êle, enfim, resolveu, pelos fins daquele século, (1693), a questão do comércio com a Índia. (MACAULAY : *Op. cit.*, c. XX, vol. IV, págs. 72-74.)

Não obstante, porém, essa regra eminentemente constitucional, que ali veda os monopólios, êste caráter vai assumindo com uma generalidade crescente, na Inglaterra, a iluminação pelo gás e pela eletricidade. A princípio é o monopólio de fato que se estabelece. Vinte companhias forneciam gás a Londres em 1855. Em 1860 estavam reduzidas a treze. Desceram, mais tarde a seis. Hoje não são mais do que três (2). Mas cada uma desfruta uma parte distinta da cidade, “*e quindi concorrenza nel senso economico non si ha*”. (MORELLI : *La municipalizzazione dei servizi pubblici*. Torino, 1901. Pág. 27.) Um escritor ainda mais recente, notando, a êste respeito, que “*la concorrenza è morta*”, nos informa que os dividendos das três colossais companhias londrinhas subiram a 13%, tendo os preços quase duplicado. (MONTEMARTINI : *Municipalizzazione dei pubblici servizi*. Milano, 1902. Pág. 245.)

De modo que a concorrência, nesta classe de emprêsas, tende, como que fatalmente, ao triunfo absoluto do monopólio concentrado em mãos particulares. É, ao menos, o que se colige dêsses e doutros fatos, observados num e noutro continente. Daí nasceu, quanto ao serviço da luz elétrica, um rápido movimento de *municipalização*. Isto é : para evitar o monopólio exercido por concessionários particulares, entram as municipalidades a assumi-lo e exercê-lo diretamente. Querendo atalhar a formação dos monopólios privados, o município abarcava as concessões, a fim de produzir êle mesmo, diretamente. “Na

(2) Hoje, queremos dizer, em 1901, data do livro de MORELLI.

Inglaterra", continua o autor que por último, há pouco, citávamos, "na Inglaterra, o país típico da municipalização, êsse movimento dos municípios avocando a si a produção direta da eletricidade, foi geral nos derradeiros anos do século transacto. E, nesse movimento, o município grangeara desde o comêço o apoio do Estado". (MONTEMARTINI : *Op. cit.*, § 184, pág. 256.) Excetuados Londres e Birmingham, entre as vinte e nove cidades inglêas de população superior a 100.000 almas, onde existe iluminação elétrica, apenas duas, em 1898, não a tinham municipalizado. Nas quarenta e seis de 50.000 a 100.000 habitantes, duas são providas por emprêsas particulares e vinte e seis pela administração municipal. Dentre 138 serviços de luz elétrica, em suma, naquele ano, 57 eram explorados por companhias e 81 por municipalidades. (*Ib.*, § 185, pág. 259.) "A tanto ponto cresceu, na Inglaterra, o temor do monopólio, que os municípios foram levados a requerer as concessões (3), ainda não as podendo executar imediatamente, no intuito de impedir que fôssem ter às mãos de monopolistas privados". (*Ib.*, § 184, pág. 257).

Não se tratava, portanto, senão de optar *entre dois monopólios* : o monopólio particular e o monopólio municipal. É o que, em dias ainda mais próximos, se reconheceu, quando ali se levantou a questão do abastecimento d'água à metrópole, resolvida pelo *London Water Act* de 1902. O problema, tal qual então se formulou, consistia em saber "whether the water companies could be safely and conveniently left with the monopoly of the most essential of all commodities, and, if not, to whom the management should be given". (*The Annals of the American Aca-*

(3) Ao parlamento, que é ali a autoridade competente, para as fazer.

demy of Political and Soc. Science. Vol. XXIII, n.º 2, 1904, pág. 250.) Com ser a água "o mais essencial de todos os mantimentos", não entrava em dúvida se conviria constituir em monopólio o serviço de a fornecer. Dava-se por averiguada a necessidade natural do monopólio no seu abastecimento, questionando-se apenas quanto à entidade, a quem êsse privilégio se havia de confiar. Resolveu-se entregá-lo a uma junta local, instituída *ad hoc*, a uma *water board* especial, em quem se concentrasse o ministério, até então distribuído a várias companhias, de prover d'água a cidade. (*Ib.*, pág. 251-2.) E, desta maneira, o que se operou, foi a condensação, a unificação do monopólio, que, até ali múltiplo, passou a singular.

No exemplo dos Estados Unidos as circunstâncias são ainda mais amplas e acentuadas.

Desde as origens da grande República americana inconcusso foram sempre, nas suas leis e costumes, os sentimentos e preceitos, que refugam o monopólio, na esfera deixada pela natureza das coisas à nossa livre atividade. "Tão funda impressão fizeram em nossos maiores", dizia, ainda há pouco, um economista daquela nação, "os males por êles curtidos às mãos dos monopolistas na velha Inglaterra, que, nos *bills* de direitos e constituições primitivas das nossas repúblicas, freqüentes declarações condenam os monopólios, e os vedam sem reserva, muitos dos quais ainda perduram em vários Estados". (ELY : *Monopolies and trusts*. N. York, 1902. Pág. 27-8.) Haja vista, na declaração de direitos que precede a constituição do de Maryland, o art. 39, e, na que abre a constituição do Texas (art. I), a secç. 26. O primeiro estabelece que "os monopólios são odiosos, contrários ao espírito de um governo livre, assim como às leis do comércio, e se não devem to-

lerar". (POORE: *The federal and state constitutions*, vol. I, pág. 820.) O segundo proclama "os monopólios infensos ao gênio dos governos livres", e determina que "nunca serão admitidos": "*Perpetuities and monopolies are contrary to the genius of a free government, and shall never be allowed.*" (*Ib.*, vol. II, pág. 1.825.) "Notável exemplo dessa hostilidade aos monopólios se nos deparará na constituição adotada pelo Illinois em 1870, com as suas provisões acerca dos ascensores de cereais, armazens e ferrarias. Nem são menos instrutivas a tal respeito as constituições mais recentes de outros Estados ocidentais, como o Wisconsin e o Texas". É JAMES BRYCE quem faz estas observações, resumindo o sentir dos americanos, quanto a este assunto, nesta sentença: "O monopolista é tido e havido como o inimigo dos cidadãos, que oprime". (*The American Commonwealth*. Ed. de 1888. Vol. II, pág. 63.)

Não obstante, matérias há, nos Estados Unidos, a cujo respeito se admite, como na Inglaterra, a criação de monopólios, outorgados por atos do poder público. Basta, para o demonstrar, a lição de COOLEY, no seu célebre tratado. "Segundo a jurisprudência da Suprema Corte Federal", diz êle, "a concessão de privilégios exclusivos por um Estado, quando legalmente feita, constitui um contrato, não suscetível de revogação. Como, porém, todo privilégio exclusivo tem a natureza de monopólio, poderá ser, às vezes, questão relevante a de saber se há limites ao arbítrio do Estado em os conceder, e, havendo, quais sejam". Passando a estudá-los, o sábio constitucionalista rememora as circunstâncias da história inglesa nos tempos de Isabel e Jaime I, a que já nos referimos, e prossegue: "Mas o que mais nos importa a nós, vem a ser que, em 1602, tais mercês foram judicialmente declaradas ilegais. Essas, porém, eram monopólios

sôbre as ocupações ordinárias da vida humana, e a decisão proferida a seu respeito não poderia interessar os privilégios especiais mais ordinariamente concedidos. Tôda a vez que a concessão for de um direito, que sem ela não teria existido, não pode haver controvérsia quanto a ser lícito ao Estado outorgá-lo com a cláusula de exclusivo, salvo se a constituição dêsse Estado lho defender; porquanto, em face da lei, não se agrava a pessoa alguma, excluindo-a únicamente daquilo, a que lhe não assistia jus". Ilustra o autor, em seguida, esta proposição com alguns exemplos: as concessões de pontes com pedágios, as de barcas de transporte em certas condições, as de licença para retalhar bebidas alcoólicas, as de loterias, significando com êstes últimos casos as indústrias, que, por sua natureza, "não constituem matéria de direito comum, ou, pela sua acessibilidade ao abuso, devem sujeitar-se a restrições policiais".

Mas, continua êle, "a concessão de um monopólio sobre *alguma das ocupações ordinárias e necessárias de nossa vida* seria tão claramente ilegal neste país, como em Inglaterra. Fôra impossível co-onestá-la, a não ser invocando a noção geral de que o poder legislativo tem o direito de regular as indústrias usuais, até ao ponto de taxar o preço ao trabalho e seus produtos. Ora, como ninguém pretenderá que à legislatura caiba semelhante arbítrio, cuja existência seria de todo em todo incompatível com a liberdade regrada, necessariamente se conclui não serem válidas as concessões de privilégios especiais, senão quando limitadas a casos, em que *não subtraiam ao uso dos cidadãos em geral coisa alguma, cujo gôzo até então lhes coubesse como matéria de direito comum*". (*Constitutional Limitations*". Págs. 344-45.)

Nos seus *Princípios de Direito Constitucional* expende THOMAS COOLEY a doutrina ainda com mais

clareza e precisão. Aí, depois de afirmar que "os monopólios são indubitavelmente admissíveis em certos casos", desenvolve o seu pensamento nestes termos : "Certamente não será lícito concedê-los sobre profissões ou ocupações ordinárias, que se possam deixar, com proveito comum, à fruição de todos. Mas, às vezes,^a podem ser objeto de restrição, quando o negócio for tal, que melhor se atenda ao interesse público, e melhor se êle resguarde, confiando a matéria a um indivíduo, ou a uma associação, com o direito exclusivo de a explorar. É o que se dá, por exemplo, com o *direito exclusivo de fornecer água, ou gás, a uma cidade, ou parte dela*". (COOLEY : *The gener. principles of constitution law.* Ed. de 1898. Pág. 262.)

Aqui temos já os monopólios de *iluminação pública* expressamente designados e autorizados.

Ouçamos agora a CLARKE HARE, cuja explanação do assunto mais o ilumina :

"A regra de que se pode conceder exclusivamente a uma pessoa o privilégio, cujo objeto se não possa deixar ao gôzo de todos, quadra àqueles usos das ruas e estradas, que, de sua natureza, por evitar inconveniente e dano, exijam certa organização. No fabrico ou suprimento do gás, assim como no fornecimento d'água, não há coisa nenhuma, por onde lhes caiba virem a ser matéria de concessão exclusiva. Ninguém propugnaria um monopólio, cujas regalias se opusessem ao transporte d'água pelas ruas em barris e à sua venda às pessoas, que reputassem insalubre ou impura a dos mananciais públicos; assim como ninguém contenderia por um privilégio, que vedasse a organização de uma companhia, destinada a produzir e entregar nas casas gás comprimido ou eletricidade acumulada, a pretexto de que tenderia a di-

minuir a clientela aos gasômetros. Mas, quando se trata de assentar encanamentos, para suprir de gás, ou água, uma cidade, mui difere o caso; visto como as ruas são propriedade pública, e os vários canos se têm que dispor de maneira, que não embaracem uns aos outros, não impliquem com os dos esgotos públicos, nem ponham em risco a casaria de um e outro lado. Em consideração disto, a legislatura pode negar de todo, esse privilégio a quem quer que seja, ou conferi-lo, ora a um só indivíduo, ora a uma companhia. A Suprema Corte dos Estados Unidos, pois, tem decidido que as concessões de tal natureza válidas são, e podem conferir aos concessionários *um direito exclusivo, que será irrevogável, e inibirá qualquer outra companhia de usar das ruas para o mesmo mister.* Estes julgados se nos afiguram corretos; porquanto a franquia consiste no direito de canalizar pelo subsolo das ruas, e não no objeto a que se destina a canalização". (*American Constitutional Law*. 1889. Vol. II, págs. 781-2.)

JOHN DILLON, na sua obra acerca das municipalidades, professa amplamente a mesma teoria jurídica. "Se bem não haja entre nós", diz êle, "uma provisão constitucional direta contra os monopólios, todo o sistema dos governos livres se opõe a semelhantes mercês, e, para lhes firmar a nulidade, nem se haveria mister do subsídio, que nos poderia derivar do Bill de Direitos, quando estabelece "*that no man or set of men are entitled to exclusive public emoluments or privileges from the community*". Sem embargo do princípio geral, porém, o eminentíssimo jurista consulto, com a sua autoridade, a um tempo, de professor e magistrado, apoia quanto aos monopólios sobre que acabamos de ouvir a COOLEY e HARE, o ensino dêstes autores.

HARE observara, em seqüência ao trecho há pouco transcrito, que alguns tribunais estaduais julgaram diversamente, condenando o monopólio até nessas manifestações especiais, aprovadas pelos arrestos da Corte Suprema : os tribunais de Ohio, Illinois e Connecticut. (HARE, *op. cit.*, vol. II, p. 782.) DILLON, porém, examinando a sentença da justiça de Connecticut, proferida no caso da *Norwich Gaslight Company* contra a *Norwich City Gas Company*, a refuta com as mesmas considerações adotadas por HARE e COOLEY. "Desde que", escreve êle, "não se poderia franquear a todos a licença de se servirem das ruas para essa indústria; desde que pode convir ao bem geral a concentração dêsse direito em um só concessionário sob condições discretas; desde que, enfim, a essência do privilégio não existe no exclusivo direito de fabricar e fornecer gás, ou luz, mas na concessão exclusiva de assentar canos pelas ruas, faculdade, que, por sua natureza, não se pode liberalizar a toda a gente, com êsses fundamentos declarou válidas o Supremo Tribunal dos Estados Unidos essas concessões privilegiadas, quando forem legislativas, e não contrariarem a alguma disposição especial na constituição do Estado, que os outorgar." (DILLON : *Commentaries on the law of municipal corporations*. 1890. Vol. II, §§ 694, 695, págs. 825, 826.)

Na vasta obra de LAWSON se encontra a mesma lição, que, reproduzindo quase nos mesmos termos as anteriores, trasladaremos, sem inconveniente, no idioma original : "Monopolies cannot be granted in such ordinary vocations as can be left open to all to the common benefit; but they sometimes may be given as a matter of regulation, where the business is such that the public interest can be best subserved and protected by confiding it to one person, or asso-

ciation of persons, who shall manage it exclusively. *Thus the exclusive right to supply water or gaslight in a city or part of a city may be granted.*" (*Rights, remedies and practice*. Vol. VII. 1890. § 3.918, pág. 6.176.)

Não é diversa a linguagem de BLACK, um dos juristas americanos hoje mais conhecidos e citados no Brasil. Escutemo-la : "Ilegais já eram os monopólios pelo nosso direito comum. A concessão de privilégios exclusivos a indivíduos, ou grupos de indivíduos, no tocante a qualquer indústria ou ocupação, necessariamente contraria, demais disso, o direito constitucional de todos os outros a elegerem cada qual o seu meio de vida. Acresce que em muitos Estados, as constituições expressamente vedam a outorga de monopólios e privilégios especiais ou exclusivos. Há, todavia, motivos de conveniência geral, que justificam a concessão de monopólios em muitos casos, quando não explicitamente tolhidos pelas constituições respectivas. Certos empreendimentos, só os poderá cometer quem disponha de avultados capitais. Outros não se lograrão explorar útilmente, senão quando se garantam com privilégios exclusivos. De muito pouco valor ainda serão outros, para quem lhes assuma a iniciativa, se não se firmar num monopólio. Em casos tais, quando o negócio fôr de tal natureza, que seja de vantagem para a comunidade vê-lo vingar, e quando se consultarem melhor os interesses do público, entregando a exploração únicamente nas mãos de um indivíduo, ou de uma sociedade, estas considerações autorizarão o cerrar-se essa indústria a todos os demais. Dêsses gêneros de empresas temos exemplos familiares nas companhias que abastecem de gás e água as cidades, nas que trafegam mediante linhas de veículos as suas ruas, e nas que exploram,

para os mercados urbanos, a matança de gado". (*Handbook of American constitutional law*. Ed. de 1895. Pág. 413.)

Uma vez feitas essas concessões, já nos disse COOLEY que são *irrevogáveis*. É o que DILLON repete, ligando essa irrevogabilidade à consideração de que tais atos constituem verdadeiros contratos entre o poder, que concede, e o concessionário, em favor de quem se estipulam: "The grant of a franchise by the legislature may constitute an *irrevocable contract* (4), the obligation of which *cannot be destroyed or impaired by subsequent legislation.*" (DILLON: *Op. cit.*, vol. II, pág. 827, n.).

Antes dêle já doutrinara no mesmo sentido CAMPBELL BLACK, no seu livro das *Proibições Constitucionais*. Eis as suas palavras: "Não obstante alguma dissidência de opinião, hoje em dia se pode ter como direito assentado (*as settled by law*) que nas atribuições da legislatura, quando a lei orgânica do Estado lhe não vede, cabe o direito de conceder a certas associações direitos e privilégios exclusivos à exploração da indústria que exercerem, e que semelhantes concessões constituem contratos, os quais *nenhuma legislatura mais pode rescindir ou alterar.*" (*An essay on the constitutional prohibitions*. 1887. § 50, pág. 61.)

Mas ainda mais positivo é outro tópico, pouco adiante. "Está na competência da legislatura", diz êle, "investir uma companhia no privilégio exclusivo de suprir a uma cidade, bem como aos seus habitantes, gás de iluminação, por meio de tubos e condutos soterrados nas ruas e estradas, concessões essas que não poderão depois ser resílidas ou burladas por outras legislaturas." (*Ib.*, págs. 63-64.)

(4) O grifo aqui é do próprio autor.

Tal a doutrina ali consolidada pelos julgados supremos, como adverte, a propósito de algumas sentenças divergentes, proferidas por tribunais estaduais, um dos escritores que mais recentemente discorreram da matéria. "The holding of the United States Supreme Court", diz êsse autor, referindo-se às concessões impugnadas por aqueles tribunais, "sustaining them *is paramount and controlling*, as these grants involve rights of property under the Fourteenth Amendment and rights under the clause of the Federal Constitution restraining states from impairing the obligation of contracts. We must, therefore, at last look to the Supreme Court Cases, its many cases, for the standard and test of their validity." (H. BRANNON : *A treatise on the rights and privileges guaranteed by the Fourteenth Amendment to the Constitut. of the Unit. States.* Cincinnati, 1901. Pág. 370.)

Dêsses precedentes, o que especialmente interessa a nossa questão, é o da *New Orleans Gas Company vs. Louisiana Light Company*. O acórdão nêle adotado pela Suprema Corte Federal em 1885, firma a jurisprudência, até hoje ali subsistente, de que as concessões dêste gênero não encerram monopólio constitucional, e, rigorosamente falando, constituem contratos irrevogáveis, seja por ato legislativo, seja até por ato constituinte.

Semelhante decisão, pois, requer aqui alguma notícia, que lhe frise os pontos capitais.

A autora, nesse litígio, demandara a ré em nome de um privilégio, que à primeira conferia o direito *exclusivo*, por cinqüenta anos, de fabricar e distribuir gás em Nova Orleans. "Sustenta-se", dizia o juiz HARLAN, formulando a decisão do tribunal, "que o direito outorgado à *Crescent City Gas Light Com-*

pany, de fabricar e fornecer gás iluminante, direito usufruído agora pela companhia que o adquiriu, se acha abrogado, no que respeita à sua cláusula de exclusivo, pelo artigo da constituição da Luisiânia, promulgada em 1879, que, mantendo os direitos, títulos e contratos a êsse tempo existentes, estabeleceu, entretanto, que ficavam por ela abolidos os caracteres de monopólio nas leis de organização (*charter*) de quaisquer associações então constituídas no Estado, exceto as de caminhos de ferro"; ao que se acrescenta que êsse artigo não transgride o disposto na constituição dos Estados Unidos, quando esta veda a adoção de leis, que atentem contra o estipulado nos contratos.

Tal a defesa. Mas a Suprema Corte a não admitiu, por considerações que vamos ver nos seus tópicos principais.

"A verdade", ponderava o tribunal, pondo a questão a uma luz diversa da em que a ré a considerara, "é que o fabrico e a distribuição do gás iluminante, por meio de tubos ou condutos, assentados, mediante autorização legislativa (5), nas ruas de uma cidade, é *um serviço de caráter público (is a business of a public character)*. Bem exercitado, êle contribui de um modo mui importante para a comodidade geral, ao passo que, faltando-lhe uma superintendência eficaz, poderá turbar o conforto e pôr em risco a saúde e o patrimônio da comunidade. Im-

(5) Do estado. E é êste um particular, que cumpre ter sempre em vista no exame desta questão perante a jurisprudência americana, onde se encontrarão muitos casos anulando concessões desta espécie, quando municipais; porque aliás municipalidades tal atribuição não se reconhece, a não ser quando expressamente lhe confirmam as suas cartas de instituição, outorgadas pelos congressos estaduais. DILLON: *Municip. Corporations*, vol. II, pág. 827. N. — WILL, DRAPER LEWIS, na sua edição dos BLACKSTONE'S, *Comment.*, vol. IV, pág. 1.558, n. 20. — BRANNON: *Op. cit.*, p. 364. — KEASBEY: *The law of electric wires*. Chicago, 1900. Págs. 34-8.

portantes são também as suas relações com o público pela facilidade que proporciona, com a iluminação das ruas a gás, ao descobrir e prevenir os delitos. Um historiador inglês, comparando a Londres contemporânea com a da época em que as ruas, alumadas sómente por candieiros de azeite, eram cena contínua de roubos noturnos, reflete que "os especuladores na indústria da iluminação a gás fizeram mais, no empenho de atalhar os crimes, do que o governo havia conseguido até então, desde o reinado de Alfredo". KNIGHT, vol. 7, c. 21. MACAULAY, c. 3.

"Teremos de concluir, portanto", prosseguia o tribunal, "continuando a ponderar a questão, que a carta de encorporação da *Crescent City Gaslight Company* (em cujos direitos e privilégios sucedeu a autora neste pleito), criando uma associação autorizada a fabricar e distribuir êsse produto mediante canalizações pelas ruas e outras vias públicas de Nova Orleans, constituiu, por usarmos a linguagem dêste tribunal, no julgamento do caso *Delaware Railroad Tax*, 18 Wall, 206, "um contrato entre o Estado e os encorporadores da companhia, sujeito à disposição constitucional que tolhe ao legislador o arbítrio de romper obrigações contratuais" e, por conseguinte, "isento de qualquer interferência legislativa, quer o público seja interessado na exploração do privilégio, quer a concessão se haja outorgado únicamente em benefício dos que a recebem". E neste sentido se vejam, igualmente, os casos *Greenwood v. Freight C.*, 105 U. S. 13, 20 e *New Jersey v. Yard*, 95 U. S. 104, 113."

Ao diante, após outros desenvolvimentos, nos quais se refutam os argumentos aduzidos pela defesa, volve a sentença às suas razões, já expostas, de julgar:

"Já vimos", dizem os julgadores, "que o fabrico do gás, bem assim a sua distribuição, para o uso público e o privado, mediante canalização autorizada por lei, nas ruas de uma cidade, não é uma indústria ordinária, a que se possa dar quem quer que seja, mas uma faculdade privativa do governo, concessível, para a satisfação de reclamos públicos, a quem lhe apraza, nas condições que lhe a êle aprouverem. É um serviço de caráter público, destinado a prover a uma necessidade pública, de cuja satisfação incumbe ao Estado a tarefa, e, longe de malfazer ao público, se tem convertido num dos mais úteis instrumentos de civilização, beneficiando ao conforto geral e à segurança comum. De presumir é que, se a legislatura da Luisiânia outorgou o privilégio exclusivo, de que ora se controveverte, foi porque julgou de mau aviso onerar o povo com o custo da construção e manutenção das obras necessárias, para acudir às exigências do governo e da população, a este respeito, em Nova Orleans, e que o público, não só estaria mais resguardado, mas ainda seria melhor servido por uma companhia investida no direito e onerada com o gravame de suprir gás, da qualidade prescrita, na quantidade que as precisões gerais impusessem. Para obter o que, ao seu juízo, pedia o bem comum, teve por essencial a legislatura oferecer aos capitais privados certos lucros, cuja expectativa os induzisse a empreenderem por conta sua êsse melhoramento. Essa vantagem, ministrou-lha, outorgando aos concessionários o privilégio exclusivo de fabricar e distribuir gás, por encanamentos, através das ruas da cidade, num espaço de tempo fixado, em cujo decurso a companhia estivesse isenta da concorrência de outras, na mesma indústria empenhadas. Porque, a não se dar essa concessão, inevitável era ou prover de qualquer forma às despesas do fornecimento de gás ao município e

seus habitantes, por conta dos contribuintes, ou ficarem privados êstes das condições de segurança individual, segurança da propriedade e segurança das transações comerciais, inexequíveis sem a boa iluminação das ruas da cidade".

Restava por encarar a cláusula da nova constituição lusianense, que, em 1879, extinguira os monopólios, e para a qual apelava a ré, sustentando estar anulada por êsse texto aquela concessão privilegiada. A Suprema Corte rebate essa idéia, na argumentação com que encerra o julgado.

"A cláusula relativa aos monopolios", diz, "apenas traduz o propósito de inverter a política, em que até então se estava, de conceder a associações particulares a mercê de privilégios exclusivos, para levar a efeito aspirações de pública utilidade. Essa mudança de política, bem que manifestada por uma disposição constitucional, não pode influir em contratos, que, quando celebrados, estava nas atribuições do Estado celebrar, e consequintemente, se achavam protegidos, contra a quebra das suas estipulações, pela constituição dos Estados Unidos. Um Estado não tem mais direito de violar a obrigação de um contrato, quando a infringe na sua lei orgânica, do que se a conculta numa disposição legislativa; portanto a sua constituição lei é, no pensamento do texto em que a constituição nacional assegura a inviolabilidade dos contratos. *Railroad C.º v. McClure*, 10 Wall. 511; *Ohio Life Insur. & T. C.º v. Debolt*, 16 How 416; *Sedgwicks Stat. and Constit. Law*, 637. E a constituição nacional garante as obrigações contratuais dos Estados tão absolutamente, quanto as dos contratos entre indivíduo e indivíduo, contra qualquer atentado legislativo. *New Jersey v. Wilson*, 7 Cranch 164; *Providence Bank v. Billings*, 4 Pet. 514; *Green v.*

Biddle, 8 Wheat. 1; *Woodruff v. Trapnall*, 10. How. 190; *Wolf v. New Orleans*, 103 U. S. 358.

"Se, na opinião do Estado", conclui o tribunal, "melhor servidos serão os interesses públicos, renunciando êle o sistema de outorgar privilégios exclusivos a companhias (salvo se forem de vias férreas), em remuneração dos serviços que elas ao público houverem de prestar, está-lhe nas mãos o meio de chegar a êsse resultado, quando aquelas em cujos contratos com o Estado essa mudança em sua lei orgânica não possa atuar. Use êle do seu poder, expropriando mediante justa indenização as companhias, em cujo patrimônio se acham, por obra de tais contratos, êsses privilégios como direitos adquiridos." (*New Orleans Gas Company v. Louisiana Light Company* 115 U. S. 650 (6).

A teoria desta jurisprudência, comentada pelos expositores, que, unâmes, supomos nós, a defendem, assenta em duas considerações capitais. A primeira que, nos privilégios de iluminação a gás, o monopólio consiste no uso do subsolo das ruas, objeto inacessível, por sua natureza, à concorrência particular e reservado à soberania discricionária do legislador. A segunda que, assim por êsse motivo, como por outros, de higiene, segurança e polícia, o suprimento urbano dêsse produto industrial mediante canalização pelas ruas constitui, essencialmente, um serviço público, e, consequintemente, ainda por êste lado, não podem caber na esfera assegurada à liberdade individual pelas constituições livres.

Ora as considerações aplicadas ao gás claro está que se aplicam igualmente, com a mesma justeza e

(6) Quem não tiver meio de recorrer aos *United States Reports*, achará os trechos mais relevantes dêsse aresto, parte nos *Constitution cases de THAYER*, págs. 1.773-8, parte nos de *Mc Clain*, págs. 1.017-19.

rigor, à eletricidade. "There is no difference in principle between the two cases", diz um escritor americano, na monografia mais cabal e recente sobre a matéria (E. Q. KEASBEY : *The law of electric wires in streets and highways*. Chicago, 1900. Pág. 33.) "Os fios de luz elétrica", explica alhures êsse autor, "são, como os canos do gás, meios de fornecer a matéria iluminante, conduzindo-a de um centro produtor; e quer se transporte por tubos subterrâneos, quer por arames suspensos entre postes, parece que as suas relações legais com as ruas e estradas são análogas às dos encanamentos de gás, e que para apurar as regras aplicáveis ao transporte da luz elétrica, haveremos de recorrer ao direito vigente quanto à canalização do gás." (*Ib.*, págs. 133 e 139.)

Nem esta noção é meramente americana. As idéias européias são as mesmas a êsse respeito. Baste-nos citar em prova a lição adotada, no outro continente, pela jurisprudência de um dos países mais cultos : a Bélgica. É das *Pandectas Belgas* esta proposição : "Lorsque l'éclairage électrique sera appliqué à un éclairage général, comme les fils conducteurs devront emprunter le dessous ou le dessus de la voirie, l'exploitation sera soumise aux mêmes règles que celle de l'éclairage par le gas, *mutatis mutandis*." (Vol. XXXIV, col. 523, n.º 55) (7).

Ora, admitida a identidade jurídica entre as duas situações, a conseqüência, lógicamente, seria que a questão do monopólio quanto à eletricidade está julgada pela solução, corrente entre nós mesmos, quanto ao gás. Fôra bem difícil mostrar por que motivo, sendo constitucional o monopólio da iluminação pelo

(7) Ainda acerca da analogia ou entidade entre as duas situações jurídicas se poderá consultar a CARM. T. RANDOLPH, *The law of eminent domain in the Un. States*, p. 397.

gás será inconstitucional o da iluminação pela eletricidade.

Não conhece diferença entre os dois casos a jurisprudência americana, como não conhece diversidade jurídica entre êles e o da água. Autores e ares-tos americanos reputam como dois serviços públicos o estabelecimento urbano da água e o da luz, ou se produza esta mediante o gás, ou mediante o fluido elétrico. A Suprema Corte Judicial de Massachusetts, consultada, em 1890, sobre o assunto, pela Câmara dos Representantes do Estado, assim opinou : "A luz artificial não será, talvez, tão absolutamente necessária como a água; mas é necessária a todos para o conforto da vida. Dado que por outros meios além do gás e da eletricidade se possa fornecer a luz artificial, todavia o uso comum para a iluminação das cidades e municípios densamente povoados se fixou nesses dois meios, que se tem verificado serem os mais convenientes, e é praticamente impossível a cada consumidor produzir o gás ou a eletricidade, que tem de consumir. Ora, sendo forçoso o emprêgo geral do gás, ou da eletricidade, nesses povoados, ou os há de suprir a indústria de associações particulares, ou a administração policial; mas, como quer que seja, não se poderão distribuir, senão utilizando as ruas públicas, ou exercendo sobre elas o direito de domínio eminent... Geralmente falando, pode-se dizer que as matérias, cujo objeto entende com o bem e a conveniência de todos os moradores de uma cidade ou município, e não se consigam tratar profícua mente sem o concurso de poderes emanantes da legislatura, devem entregar-se à administração municipal, quando os benefícios daí resultantes forem tais, que todos os residentes dêles hajam mister, nêles possam compartilhar, e cada habitante seja interessado em que os de-

mais, como êle, os desfrutem. Se o poder legislativo, pois, é de parecer que se atende à comodidade e proveito comum dos municíipes, conferindo às municipalidades o arbítrio de fabricar e distribuir gás, ou luz elétrica, a fim de ministrar luz aos habitantes, somos de opinião que à legislatura assiste o direito de conferir êsse poder." (THAYER : *Cases*, págs. 904-905).

Do mesmo sentir são os dois juristas da *Johns Hopkins University* que, numa interessante monografia publicada entre os *Estudos*, cuja série se estampa, há muitos anos sob aquêle nome, escreveram sôbre a organização municipal de uma das mais célebres capitais americanas. No sentir dêles, "tanto a boa água, como a luz abundante e barata são *necessidades municipais*, não menos relevantes que o asseio das ruas, seu calçamento, ou a organização de uma polícia eficaz, e, portanto, *sob a administração pública se devem manter*". (ALLINSON and PENROSE : *The city government of Philadelphia*. Baltimore, 1887. Pág. 51). É o que se praticava naquela municipalidade, onde a administração local exercia o monopólio da iluminação pública pela eletricidade e pelo gás.

Outro não é o pensamento de LAWSON, como claramente se vê das suas palavras, quando escreve : "Ainda quando a declaração de direitos" (na constituição do Estado) "estatui que a ninguém se reconhecerão privilégios, não se fundando em contemplação de serviços públicos, essa cláusula não obsta a que o legislador conceda o privilégio exclusivo de fornecer gás a uma cidade". (*Rights, remedies and practice*, vol. VII, § 3.918, págs. 6, 1.777.)

Na verdade o abastecimento d'água, gás ou luz elétrica às cidades frisa exatamente com a definição,

que acerca dos *serviços públicos* se ensina em direito administrativo. "Pode-se definir o serviço público, pelo que toca à sua forma : a organização gerida por uma administração pública, ou em nome de uma administração pública, no intuito de satisfazer a uma necessidade coletiva; — pelo que respeita à sua matéria : todo o serviço que, tendo-se de fazer ao público, é de interesse geral organizar como coisa pública." (HAURIOU : *Droit administratif*, 4.^a ed., pág. 217. — LÉON CHÉREAU : *Les distributions collectives : eau, gaz, electricité. L'Année administrative*. An. 1903-1904. Pág. 118.)

Caber-lhe-á, porém, essa qualificação ainda naquela parte do serviço, que se emprega em prover de gás ou eletricidade iluminante *as casas particulares*? Seguramente, desde que se não pode operar senão ocupando o *subsolo ou o sobre-solo das ruas*, o seu espaço aéreo, com os canos, postes e fios, isto é, desmembrando e exercendo, por delegação da autoridade, o domínio sobre a viação urbana em um dos seus elementos constitutivos.

É o que MORELLI exuberantemente demonstra, no seu livro já citado, impugnando o conceito oposto. "Tanto à iluminação, quanto ao bastimento d'água aos particulares se provê mediante uma canalização contínua pelo corpo estradal (8) de onde bracejam tantas ramificações secundárias, quantos os pontos que se devem iluminar, ou servir d'água. A opinião contrária só se lograria sustentar, se se provesse à iluminação particular por meio de baldes, tonéis, barris, ou quaisquer outros recipientes, onde se carreasse

(8) Perdõem-nos o neologismo. Tem boa origem, não só no italiano *stradale*, aqui usado no texto, cuja versão faço, mas ainda nas analogias do nosso próprio idioma, que de *estrada* já derivou *estradar* (abrir estradas) e *estrulado*, ambos já inscritos pelos nossos lexicógrafos.

aos domicílios privados a matéria iluminativa. Cumprre, com efeito, distinguir, por evitar equívocos, entre a *iluminação particular coletiva* e a *iluminação particular propriamente dita*. A primeira há mister de obras contínuas e permanentes, constituídas precisamente com êsse fito; a segunda consiste na iluminação, que a qualquer indivíduo pareça dar à própria vivenda. Fora de dúvida é que n'esta não se verificam os caracteres do serviço público, ao passo que na primeira se revelam claros e manifestos." (A. MORELLI : *Op. cit.*, págs. 10-11).

Êsses serviços entram na categoria dos chamados *monopólios naturais*, isto é, dos monopólios que se reputam inevitáveis pela natureza das coisas. Que os há, reconhecem todos os economistas. JOHN STUART MILL, que não é suspeito de favorecer o monopolismo, já enumerava entre aquêles o das companhias de água e gás, "among which, though perfect freedom is allowed to competition, none really takes place". (*Political economy*, v. II. Ap. FARRER : *The State in its relation to trade*. 1883. Pág. 74.) "There are many cases in which the agency", diz êle, "of whatever nature, by which a service is performed, is certain, from the nature of the case, to be virtually single; which a practical monopoly, with all the power it confers of taxing the community, cannot be prevented from existing." E, como, ao juízo dessa alta autoridade, não há praticamente meio de impedir que êsses serviços se constituam em monopólios, alvitra êle que, em vez de se confiarem a empresas particulares, sejam exercidos "by the municipal authorities of the town, and the expense defrayed, as even now it in fact is, by a local rate."

Os caracteres dêsses "monopólios naturais" estão hoje definidos. (FARRER : *Op. cit.*, págs. 68-71.

— SUPINO : *La concorrenza e le sue più recenti manifestazioni.* Archivio Giuridico, vol. LI, 1893. Pág. 339 e segs. — MORELLI : Op. cit., págs. 25-6. — CAMMEO : *I monopoli communalí.* Archiv. Giurid. Vol. LIV. 1895. Págs. 303-4. — WOODROW WILSON : *The State.* Ed. de 1889. Pág. 662. — ELY : Op. cit., pág. 34, 59). Longo seria o expô-los aqui. Basta observar que nesta classe entram os intitulados serviços públicos municipais, nomeadamente o da iluminação, a gás, ou elétrica.

Já vimos, a esse respeito, o juízo de MILL. FARRER, ocupando-se com essa classe "of industrial undertakings, possessing privileges which give them more or less the character of monopolies", inscreve no seu rol os gasômetros e suas canalizações, gas-works. (Op. cit., págs. 68-9).

SUPINO, estudando as indústrias, "nele quali la libera concorrenza non è stata mai applicata, perchè in esse sarebbe sempre economicamente dannosa", acrescenta : "Appartengono a questa categoria d'industrie quelle per la condutture d'acqua, per l'illuminazione, i canali, le ferrovie, ecc., le quali vengono comunemente chiamate industrie di monopolio." (Archiv. Giurid., vol. LI, págs. 337-8).

Os mais amplos e sólidos estudos, que sobre o assunto se conhecem, são os de CAMMEO, nessa revista italiana, vols. LIV, LV e LVI. Ali se ocupa êle mui de espaço com "queste industrie che non ammettono la concorrenza, perchè economicamente e amministrativamente dannosa". Mas para logo exemplifica : "Tali sono i servizi dell'illuminazione privata a gas o all' elettricità." (Archiv. Giurid., vol. LIV, pág. 312.)

MORELLI tem a mesma linguagem: "In questa categoria rientrano quelle industrie che abbiamo in-

dicato col nome generico di servizi pubblici comunali, cioè quelli dell' illuminazione pubblica e privata, della distribuzione collettiva dell'acqua e dei transporti in communi." (*Op. cit.*, pág. 26.)

O professor ELY, considerando "those monopolies arising from properties inherent in the business", nota que nesses consiste "the chief class of natural monopolies", e nesta "primeira classe dos monopólios naturais" contempla as "gasworks, urban water works, electric light plants". (*Monopol. and trusts*, pág. 59.)

Aos porquês dêsses monopólios já nos referimos. CAMMEO, num valiosíssimo trabalho sobre o direito concernente à iluminação pública, os agrupa e elucida com uma poderosa análise. Começa por notar que o monopólio "é favorito anzitutto dal fatto che le imprese in questione sono di utilità generale, e vanno esercitate col metodo della grande industria". (*Illuminazione pubblica. Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. VIII. Parte I. Pág. 49, n.º 5.) De outro lado, observa depois, "razões administrativas e razões econômicas exigem que ao gás e à luz elétrica se proveja mediante grandes emprêsas. A segurança pública, de fato, não admite que se consinta o multiplicar dos gasômetros e das estações elétricas, os quais constituem indústrias perigosas. Econômicamente, a produção mediante a grande indústria é nestes casos, em virtude de uma lei geral, mais profícua ao produtor e ao consumidor que à pequena indústria, visto envolver uma economia sobre as despesas gerais." (*Ib.*, n.º 6.) Mas, adverte afinal o emérito escritor, "*la concorrenza è in queste imprese, non solo economicamente e socialmente svantaggiosa, ma anche materialmente difficile, moralmente impossibile, administrativamente inopportuna.* La industria del gas

e della luce elettrica non può esercitarsi su *larga scala*, se non utilizzando il suolo pubblico per le condutture. Ora, il suolo pubblico è una quantità limitata, e non può accrescere ad libitum." (Ib., pág. 50, n.º 7.)

Este obstáculo material à concorrência apresenta, ao parecer, um caráter de invencibilidade absoluta. "La ristrettezza del sottosuolo impedisce che si immetta in esso più di una condotta di acqua o di gas". (MORELLI : Op. cit., págs. 26-7.)

Considerando esta face do assunto à luz das constituições francesas, que também negam às *municipalidades* o arbítrio, a elas recusado, como já vimos, pelo direito americano, de outorgar diretamente monopólios, um moderno escritor francês nos mostra como êles, ali, todavia, se estabelecem pelo exclusivo inevitável das autorizações municipais em matéria de encanamento pelas ruas das cidades. "La conservation des voies publiques", diz êle, "et la circulation sur ces mêmes voies s'opposent à ce qu'on y établisse des canalisations multiples, qui entraveraient la circulation, gêneraient la rue et seraient une cause de dangers pour les individus, si elles étaient aériennes; qui nécessiteraient de trop fréquents bouleversements du sol, si elles étaient souterraines. Les municipalités ont donc le devoir de restreindre ces canalisations, en n'accordant des permissions de voierie sur les mêmes voies à deux ou plusieurs entreprises concurrentes; elles ne peuvent constituer le monopole de fourniture aux particuliers, mais elles peuvent en revanche refuser de délivrer les permissions de voierie nécessaires à l'établissement d'une canalisation sur une voie où on aurait déjà établi une autre." (ÉDM. AIRSH: *Législation et jurisprud.*,

administratives concern. l'électricité dans ses différ. usag. Par., 1898. Pág. 230.)

Acentuando, em seguida, que essas licenças de canalizar o gás e a eletricidade iluminante pelas ruas revestem a feição de contratos, nos quais o município estipula indiretamente o monopólio mediante o exclusivismo dessas autorizações, observa : "Quant au monopole, que les municipalités ne peuvent établir directement que pour elles mêmes, *il ne porte dans ces contrats que sur les permissions de voirie.*" (*Ibid.*, pág. 231.) Mas, de fato, o resultado é sempre o monopólio em todos os sentidos. Para si mesmo a comuna tem o direito de assumir o monopólio diretamente. Mas, se deixa a iluminação a empresas particulares, praticamente o estabelece em favor delas, reservando a uma só a faculdade, *indispensável a essa distribuição coletiva*, de utilizar as ruas. Não pode o município, "no concernente à iluminação a gás ou a eletricidade, instituir um monopólio de fabrico, ou de venda". (EUST. PILON : *Monopoles communaux*. Par., 1899. Pág. 27.) "La commune peut seulement créer les priviléges exclusifs, les monopoles de distribuer les gas ou l'électricité dans la commune par canalisation dans la voie publique." (*Ibid.*) Mas o monopólio de canalizar pela via pública o gás e a eletricidade importa, de fato, no monopólio de iluminar as casas particulares, mister a que se não presta nem a eletricidade acumulada, nem o gás comprimido, modalidades únicas sob as quais êsses dois produtos são suscetíveis de se transportar sem o concurso de tubos, ou fios, sotopostos ou sobrepostos às ruas.

O concessionário de iluminação "não tem o monopólio de vender luz"; "mas monopoliza a rua, sem a qual a distribuição se não pode efetuar". É, pois,

o monopólio de fato; e "a jurisprudência, em França, reconhece formalmente à comuna o direito de o criar." (PIRON : Op. cit. Pág. 31.) Opõe-se à concorrência, neste assunto, diz êsse autor, "uma impossibilidade econômica" e "uma impossibilidade material". (*Ibid.*, pág. 42). "La concurrence paraît donc ici absolument impossible", conclui êle; porque "des raisons économiques, aussi bien que des motifs purement matérielles, imposent le régime du monopole". (*Ibid.*, pág. 45.)

Esta situação, pode-se dizer, universal. "Tôdas as concessões de iluminação a gás", diz CAMMEO, "italianas, ou estrangeiras, de que temos notícia, exceto a de Turim e a dos subúrbios de Milão, outorgam aos concessionários o direito exclusivo de assentar no solo municipal os tubos de gás como meio iluminante, calorífico e, até, segundo algumas, como força motriz". (*Enciclop. jurid.*, v. VIII, parte 1, pág. 53 n.º 14.) É hoje "um fato constante a organização monopolística das indústrias do gás e da luz elétrica." (*Ibid.* pág. 48, n.º 4.)

Na Itália, dentre 133 cidades iluminadas a gás, só uma (Turim) tem mais de uma emprêsa produtora desta matéria iluminativa. Dentre as quatorze maiores cidades européias, dez contam cada qual uma só fábrica de gás. Mas nem mesmo nas quatro restantes existe a concorrência; por quanto, em Londres, por exemplo, o que ocorre, é a divisão da capital, em seções, cada uma servida por uma só companhia. Fora dos outros dois ou três exemplos, o que se vê é que a concorrência não surtia efeito jamais, e teve de se reduzir rapidamente, ou cessar. As treze empresas, que, em 1860, partilhavam entre si a metrópole do reino unido, estavam, há dois anos, consolidadas em três. As seis de Paris, em 1839, tinham se

fundido, em 1860, numa só. (CAMMEO : *Enciclop. jurid. ital.*, v. VIII, parte 1, págs. 46-7, n.º 1.)

Nos Estados Unidos, sobre este particular, vai já por dezesseis anos, dois especialistas em matéria de administração e história municipal, depois de estudar o caso em Filadélfia, onde o serviço do gás se achava a esse tempo, quase inteiramente municipalizado, escreviam : "A experiência das outras cidades americanas, bem como a da Inglaterra e Alemanha, que permitiriam a mais de uma companhia assentar encanamentos pelas suas ruas, tem sido uniformemente infeliz (*unsatisfactory*). A natureza dessa indústria se opõe a que a concorrência se mantenha de modo que, em geral, as companhias rivais têm acabado por se consolidar após uma competência desastrosa, resultando num excesso de capitalização, que o consumidor se viu obrigado a pagar no aumento do preço carregado ao gás." (EDW. ALLISON and B. PENROSE : *Philadelphia, 1681-1887, A History of Municip. Developm.* Baltim. 1887. Págs. 202-3.)

Não obstante, quanto ao gás, ainda não logrou prevalecer, naquele país, o regímen do monopólio municipalizado. Reina o monopólio, mas, por via de regra, nas mãos das grandes companhias. A concorrência vai desaparecendo sucessivamente no seio destas, em consolidações monstruosas. Em Brooklyn, não há muitos anos, eram sete as empresas fábricas de gás : fundiram-se tôdas em uma. No mesmo paradeiro acabou "essa falsa concorrência" em Boston, em Chicago, em Baltimore. (MONTEMARTINI : *Op. cit.* § 180, pág. 244.)

No que respeita à luz elétrica, rapidamente se vai desenvolvendo a municipalização, pelos Estados Unidos. Em 1882 só um município abraçava o

regimen do monopólio administrativo sobre esta espécie de iluminação. De ano em ano, porém, cresceu aceleradamente esse número, que, de uma unidade naquela data, ascendia em 1897, a cento e quarenta e três, segundo os algarismos apurados na obra de MONTEMARTINI. "Mas", nota êle, "o número dos serviços municipais de luz elétrica é muito maior. BEMIS relata que, em 1898, os estabelecimentos municipais eram 353. Depois de 1898 muitíssimas outras cidades municipalizaram êste serviço." (MONTEMARTINI : *Op. cit.*, § 185, pág. 259.)

Resumindo, enfim, a situação na grande república do norte, o professor JENKS, da Universidade de Cornill, mui conhecido pelos seus notáveis estudos sobre os problemas da administração municipal, afirma que, em seu país, quanto ao gás e à luz elétrica, "a tendência atual é claramente para a aquisição e administração dêsses serviços nas cidades pelo governo municipal". (JENKS : *Monopolies and Unit. States*. No PALGRAVE's *Dictionary of Politic. Economy*, v. II, 1900, pág. 804.)

Onde, porém, ali não domina o monopólio concentrado na administração municipal, o que vigora, na generalidade dos casos, não é a concorrência, mas o monopólio exercitado pelas companhias.

Se da América do Norte, da Inglaterra, da Itália, da França, países todos cujas instituições amplamente livres em matéria de trabalho, indústria e comércio repelem o monopólio, e onde, todavia, nesta região, êle impera inconcusso, crescente, legítimo, com a sanção dos constitucionalistas, das leis, dos arrestos judiciais, abrindo mão do exemplo germânico, por suspeito (9), recorrermos ainda a outro país

(9) Sobre o desenvolvimento da municipalização quanto à eletricidade na Alemanha, pode-se consultar MONTEMARTINI, *op. cit.*, págs. 259-60.

exemplar no culto da liberdade, a Bélgica, aí acharemos também, solene confirmação do que os demais nos mostram. Entre os belgas o princípio da liberdade de trabalho, negação radical dos monopólios não inevitáveis, faz parte "do direito público tradicional". "Tão profundamente se entranhara êle nos costumes", que o Congresso Nacional, organizando em 1831, a Constituição, teve por ocioso consagrar uma disposição expressa a êsse axioma do sistema, a êsse dogma do régimen, a êsse elemento rudimentar das instituições. (GIRON : *Le Droit Public de la Belgique*. Brux., 1884. Pág. 381.) Não obstante, a capital do reino vive, há longo tempo, sob o régimen do monopólio quanto ao gás e à iluminação elétrica. (G. A. MORELLI : *Op. cit.* Págs. 146-150.) Monopólio da municipalidade, é certo, mas que seria tão ilegítimo quanto o monopólio privado, ante os princípios da liberdade, se esta inclui na esfera da concorrência entre os interesses particulares a distribuição coletiva do gás e da luz elétrica nas cidades.

Temos, portanto, averiguada pelos fatos, onde quer que os vamos buscar, a síntese de CAMMEO : "*la industria della distribuzione collettiva del gaz e della luce elettrica si ezercidi regola in ogni commune sotto il regime del monopolio.*" (*Enciclop. giurid. ital.*; v. 8, p. I, pág. 48, n.º 3.)

Ouvimos o testemunho dos economistas, dos juristas, dos constitucionalistas. Percorremos a estatística, as opiniões, as leis, as sentenças. Todos êles coincidem e se confundem numa generalidade uniforme, numa síntese precisa. Em tôda a parte se encara a iluminação pública e particular, por distribuição coletiva, nos distritos urbanos, como um monopólio de fato. Quase em tôda a parte êsse monopólio de fato se converteu em monopólio legal, ora assu-

mido pelas municipalidades, ora cometido a emprêsas particulares. Para êsse resultado, contribuíram, entre outros fatores, de um lado a consideração de serviços públicos, atribuída a essas distribuições coletivas, do outro a inexeqüibilidade material e absoluta de se franquear à concorrência industrial o sub-solo e a superfície das ruas, por onde têm de passar forçosamente os condutores aéreos ou os encanamentos. Nos países onde mais ampla e mais séria é a liberdade do trabalho, a da indústria, a do comércio, nos próprios Estados Unidos, cujos tribunais são o oráculo da constitucionalidade das leis, esta situação administrativa se acha sancionada pelos julgados supremos como rigorosamente consentânea com a constituição, de cujo interdito contra os monopólios se reputam excluídos êstes, como necessários e fatais.

Em presença dêsses fatos jurídicos, a cuja lição não descobrimos contradita séria, não poderíamos insistir pela nossa antiga averbação de inconstitucionalidade ao monopólio da distribuição coletiva da luz elétrica. Para manter essa impugnação, fôra mister uma de duas : ou que acoimássemos de insciênci a legislação, a doutrina e a jurisprudência constante nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Bélgica e em todos os países livres, ousadia temerária e despropositada, a que nenhum espírito razoável se quiserá expor; ou que, em matéria de liberdade industrial e comercial, atribuíssemos extensão maior às nossas garantias constitucionais do que às existentes entre aquêles povos, na constituição do primeiro dos quais temos o modelo confessado e direto do nosso régimen, — êrro manifesto e insustentável.

A liberdade consagrada no art. 72, § 24, da nossa constituição republicana tem a mesma natu-

reza, os mesmos limites, a mesma definição jurídica, ponto por ponto, que a existente na América do Norte e nas outras grandes nacionalidades livres. Haveriam tóadas elas desacertado na inteligência dessa liberdade? Só assim poderíamos qualificar aqui de inconciliáveis com ela êsses monopólios de serviços municipais, com ela havidos por indubitavelmente consentâneos na jurisprudência americana, na inglêsa e na belga.

Quanto ao § 25 do art. 72 (na constituição brasileira), êste, sendo concernente "aos inventos industriais" em relação aos "seus autores", nada e nada tem que ver com o caso controverso e seus congêneres. Aqui não se trata de faculdade privativa para *fabricar ou vender* luz elétrica. Onde o privilégio, propriamente, recai, é sobre o direito de *canalizar o fluido iluminante pelas ruas* da cidade. Deste privilégio quanto ao *encanamento pelas ruas*, atento o limitado espaço destas e o caráter público municipal do seu domínio, resulta então, por corolário jurídico e uma necessidade material, o monopólio sobre a distribuição do fluido canalizado.

II

Vencida a questão da constitucionalidade, que o primeiro quesito levanta, facilmente resolível nos parece a de interpretação do contrato suscitada pelo segundo quesito. Admitindo o monopólio sobre a iluminação canalizada através das ruas, pela impossibilidade, jurídica e material, de entregar as ruas à concorrência de canalizações livres, os limites do privilégio estão naturalmente definidos. Esses limites vêm a ser, de um lado, o direito indisputável da indústria particular a fornecer eletricidade, ou gás, aos habitantes do distrito, por quaisquer meios que

não consistam na transmissão canalizada, do outro lado, a faculdade absoluta aos particulares, indivíduos ou associações, de se abastecerem, cada qual em sua casa, ou em seu estabelecimento, do gás, ou da eletricidade, que no mesmo estabelecimento, ou na mesma casa, produzir.

Essas restrições, aliás subentendidas e impreteríveis em todo contrato desta natureza, expressamente as fixara o primitivo contrato para a iluminação desta cidade, celebrado em 1886, entre H. Brianthe e o governo imperial. Ali, na cláus. I, estipulavam os contraentes: "O privilégio concedido pela presente cláusula não impede que os estabelecimentos públicos ou particulares, ou outras empresas, empreguem, por meio de aparelhos portáteis, o gás, a luz elétrica, ou qualquer processo de iluminação, para o qual não se faça necessária a colocação de tubos nas ruas públicas."

Sobre a inteligência dêste texto litigou, há dez anos, contra a Sociedade Anônima do Gás, a Companhia Jardim Botânico, pretendendo esta que o uso dos seus fios para distribuir eletricidade não caía sob a proibição formulada em garantia do monopólio na concessão imperial; visto como ela autorizava e excluía da ação do privilégio, qualquer processo de iluminação, para o qual se não fizesse necessário o assentamento de tubos nas ruas.

A sentença de 17 de abril de 1894 julgou a questão, rejeitando essa interpretação literal, considerando como abrangido no intento proibitivo do contrato, qualquer transmissão à distância, canalizada pelas ruas, e limitando o direito ao uso das ruas pelas companhias de bondes à transmissão de força. "Utilizar-se da via pública", diz o acórdão, anexo

por cópia à consulta, "só foi autorizado à Companhia Ré *como fôra, mas não para produzir luz*".

Ora, êste fundamento, não só decidia o caso em litígio, recusando àquela companhia o arbitrio de se valer dos seus fios para vender luz elétrica a outrem, mas ainda prejulgou a espécie atual, negando às companhias dêsse gênero o direito de transportar *por êles* a matéria iluminante através das ruas.

De acordo com essa decisão está, pois, o contrato celebrado em 14 de setembro de 1899, entre a Sociedade Anônima do Gás e o governo republicano, quando, no art. I, formula esta cláusula :

O privilégio concedido não impedirá que os estabelecimentos públicos ou particulares, e quaisquer empresas empreguem, por meio de aparelhos portáteis, o gás, a luz elétrica, ou qualquer outro processo de iluminação, para o qual não se faça necessária a colocação de canalizações nas ruas e praças públicas; nem impedirá também que empreguem, para seu uso exclusivo e individual, a luz elétrica produzida com motores a gás ou outros de sua propriedade, excluídos os que forem acionados por energia elétrica, uma vez que a luz produzida por êsses motores não se distribua além do estabelecimento em que êles funcionem.

Entre as duas sociedades, portanto, a situação está demarcada nitidamente. A uma cabe o direito de servir-se das ruas, para canalizar *fôrça motriz*. A outra, o privilégio exclusivo de canalizar *luz* pelas ruas. Nem esta poderia aproveitar a sua canalização, para, através das ruas, transmitir *fôrça motriz*. Nem aquela pode utilizar a sua canalização, para distribuir *luz*, atravessando as ruas.

O serem de outrem, ou da própria companhia, que distribui, ou transmite, os estabelecimentos, a que se faz a transmissão ou a distribuição, não influi na solução do problema jurídico. Em qualquer dos casos invade o privilégio da outra a companhia que ex-

plorar a sua canalização em um emprêgo não autorizado, e se utilizar das ruas para uma distribuição ou transmissão, objeto de um monopólio distinto.

Ao segundo quesito, pois, respondemos também negativamente.

Rio de Janeiro, 1 de novembro de 1904.

RUI BARBOSA



XI

HIPOTECA DE ESTRADA DE FERRO

*Natureza dos Direitos outorgados pelo Estado
ao
Concessionário de Ferrovia*

PARECER



Jácer -

I

CASA DE RUI BARBOSA

• JUNHO 18 de 1886

18-8-86

Rui Barbosa.

O direito do concessionário de uma
ferrovia é personal ou real?

A este se reduz o primeiro quesito da
consulta, cuja resposte darei com alguns
desenvolvimentos mais do coturnado, aten-
dendo à importância das questões, bem
como à consideração de que entre nos
mais tem sido tocada pelas autoridades.

Talvez haja, como a Inglaterra, onde as
concessões são perpetuas. Mas a questão
está resolvida por si mesma. As concessio-
nárias são concessões num direito de
propriedade, e podem hypothecar o caminho
de ferro aos Estados Unidos se dê outro
caso. As charters, aliás, conferem às com-
panhias uma propriedade perpetua, com a
faculdade expresa de hypothecar, alias
em alguns estados, como o de Nova York,
estabelecida por lei geral. Assim, igual-
mente, no Canadá, onde, ainda em 1888,
uma lei especial aos caminhos de ferro (Prov.
Stat., c. CIX) facilita às companhias abri-
rem os seus títulos negociáveis com hypoth-

Primeira página do original do parecer de 6 de agosto de 1904.
(Do arquivo da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

A hipoteca de estradas de ferro sómente com o decreto nº 169 A, de 19 de janeiro de 1890, teria de ser incluída em nosso Direito positivo, ainda que pàlidamente. A reforma Nabuco de Araújo, consubstanciada na lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, e o decreto nº 3.453, que, no ano seguinte, a regulamentou, não haviam previsto a hipótese.

Muito embora tenha enumerado as estradas de ferro entre os objetos suscetíveis de hipoteca (art. 2º, § 1º, *in fine*), excluindo tudo quanto não estivesse especificado, não contemplou, êsse diploma legal, em seu art. 6º, a hipoteca entre os ônus reais, ao contrário do que ocorreria com o Projeto Beviláqua, cujo art. 775, incluindo-a expressamente entre os *jura in re aliena*, veio a converter-se no art. 674, do Código Civil da República.

Com o advento da lei civil de 1916, em virtude de emenda originária da Comissão dos cinco, se dirimiu, positivamente, a controvérsia que pairava na opinião de alguns, para o fim de saber-se qual a natureza dos direitos de um concessionário de uma ferrovia, se real, ou pessoal.

O parecer ora publicado — verdadeira monografia a respeito do assunto de que fôra objeto — foi elaborado quando vacilante era a questão em nossa doutrina e na jurisprudência, a ponto de ser apenas esboçado nos diplomas legais, com exceção do projeto revisto.

Segundo se infere das conclusões do Autor do parecer, sómente pode ser objeto de hipoteca estrada de ferro, quando

o Estado a explora por si próprio, ou a dá em concessão; quando, porém, se trata de linhas interiores, construídas e mantidas por particulares, em seus estabelecimentos, ou propriedades, não é possível sobre elas recair hipoteca.

CONSULTA

A Companhia A (Companhia Paulista de Vias Férreas e Fluviais) obteve do Governo concessão para construção, uso e gôzo de uma estrada de ferro, com privilégio por certo número de anos, sobre uma zona de 31 quilômetros de cada lado de sua linha; declarando-se na concessão que, durante o prazo do privilégio, o Governo não permitiria a construção de outras estradas que, dentro dessa zona, recebessem e deixassem cargas e passageiros.

Algum tempo depois de feita essa concessão, o mesmo Governo fez à companhia B (União Sorocabana-Ituana, naquele tempo Ituana), concessão para construção, uso e gôzo de outra estrada de ferro, declarando, porém, que seriam respeitados direitos de terceiros, especialmente os da companhia A.

Constrói, entretanto, B sua estrada, tendo dentro da zona privilegiada de A diversas estações, que trafega desde que foram inauguradas, recebendo e deixando cargas e passageiros.

Mais tarde, depois de inauguradas algumas dessas estações, tendo A reclamado contra a violação de seu privilégio, B pediu-lhe que a isentasse de dar-lhe parte da renda arrecadada em tais estações, ao que A se recusou, por não ter querido B sujeitar-se às condições impostas, continuando, porém, B, por muitos anos a trafegar as ditas estações, recebendo e deixando cargas e passageiros.

Cumpre notar que, na concessão e no contrato de A, se estabeleceu: «Outras estradas poderão percorrer a zona privilegiada de A ou atravessá-la; não poderão, porém, dentro dela receber ou deixar cargas e passageiros sem consentimento ou acôrdo de A. Oferecendo-se como parte integrante a esta as razões finais da Companhia Paulista na

ação que relativamente ao assunto move à União Sorocabana e Ituana.

PERGUNTA-SE :

1º

De que natureza é o direito de A sobre a zona privilegiada? — Real ou pessoal?

2º

Tem ou não A o direito de fazer cessar o tráfego pelas estações, que estão dentro de sua zona privilegiada e o de reivindicar de B a renda líquida que devia produzir o movimento de passageiros e de cargas recebidos e deixados em tais estações?

3º

Que tempo seria preciso para que o uso por B da zona privilegiada de A e a inércia desta em fazer valer seus direitos, gerasse prescrição a favor de B ou contra A?

4º

A companhia A é ou não credora reivindicante de B pela renda de que se trata no segundo quesito?

5º

Pendente a ação de A para fazer cessar o tráfego de B nas estações aludidas, é lícito a B vender ou transferir a terceiros o direito que se arroga, de receber e deixar cargas e passageiros em tais estações?

Parecer

I

O direito do concessionário de uma ferrovia é pessoal ou real?

A êste se reduz o primeiro quesito da consulta, cuja resposta darei com algum desenvolvimento mais do costumado, atendendo à importância da questão, bem como à consideração de que entre nós mal tem sido tocada pelas autoridades.

Países há, como a Inglaterra, onde as concessões são perpétuas. Áí a questão está resolvida por si mesma : os concessionários são investidos num direito de propriedade, e podem hipotecar o caminho de ferro. Nos Estados Unidos se dá outro tanto. As *charters*, ali, conferem às companhias uma propriedade perpétua, com a faculdade expressa de hipotecar, aliás em alguns Estados, como o de Nova York, estabelecida por leis gerais. Assim, igualmente, no Canadá, onde, ainda em 1888, uma lei especial aos caminhos de ferro (*Revis. Stat., c. CIX*) faculta às companhias abonarem os seus títulos negociáveis com hipotecas sobre a totalidade dos seus bens. (PICARD : *Traité des chem. de fer.*, v. II, págs. 128-9. — MARIOTTE : *Nature du dr. du concession. de voies fer.*, págs. 150-152. — PAUL DUBOIS : *Les chem. de fer aux Et. Un.*, págs. 159-60. — RAN-

DOLPH : *The law of eminent domain*, pág. 88. — *Annuaire de lég. étrang.* 1888. Pág. 958.)

Muitos Estados, porém, há, nos quais, sendo temporárias as concessões, lhes é inherente o direito de propriedade, ou porque as leis expressamente lho reconhecem, ou porque lho atribuem implicitamente, com a faculdade, que lhe outorgam, de hipotecar. De hipotecas são susceptíveis as vias férreas, na Áustria, pela lei de 19 de maio de 1874, na Hungria pela de 7 de abril de 1868, modificada em 1881. (PICARD : *Ib.*, pág. 129. — *Annuaire de lég. étrang.* 1874. Págs. 286 e s.). Até o direito dos caminhos de ferro de interesse local ali se manda registrar em livros territoriais como um direito imobiliário particular. (*Ann. de législ. étrang.*, 1881, pág. 369.)

Na Alemanha as estradas de ferro constituem propriedade particular, submetida ao direito comum. (PICARD, *loc. cit.* — *Pandect. Fr.*, v. *Chem. de fer*, n.º 750 e s. — *Ann. de lég. étrang.*, 1879, pág. 69.)

Sendo essa ali a condição das vias férreas, que não pertencem ao Estado, um projeto de lei, apresentado ao Reichstag em 1879, transplantava o régimen estabelecido na Hungria desde 1868 e na Áustria desde 1874, reduzindo essas emprêssas, cada uma de per si, a uma unidade indivisível (*Bahneinheit*), sujeita a hipoteca mediante inscrição no livro dos caminhos de ferro (*Eisenbahnbuch*). (*Ann. de lég. étr.*, 1879, págs. 70.) Tal o sistema, que, desenvolvido e aperfeiçoado, vingou na lei prussiana de 19 de agosto de 1895, especialmente destinada às ferrovias de interesse local (*Kleinbahnen*), visto como o governo, ali, já não comete a capitais particulares as vias férreas de interesse geral, e as anteriormente concedidas a emprêssas industriais (*Privateisenbahnen*), estavam em via de passar às mãos do Estado pelo

resgate. Sob êsse regímen, que já encontrou indisputadamente aplicada às estradas de ferro a hipoteca, ela não recai sómente na parte imobiliária da emprêsa, mas na emprêsa em seu conjunto, como uma unidade indivisível (*Einheit*), onde se abrangem, formando um todo classificado na categoria das coisas imóveis, o solo, as construções, o material e os capitais. (*Annuaire de lég. étr.. 1895*, págs. 203-207.)

Desde 1874 existia na Suíça um livro hipotecário (*Pfandbuch*) especial aos caminhos de ferro. A lei sobre o penhor ferroviário, adotada naquele ano (23 de junho), regulou a aplicação preexistente dêsse ônus real às vias férreas, incluindo nêle, além do material das linhas dadas em garantia, as estações, os edifícios, o corpo da ferrovia e o próprio solo onde assente. (NANI : *Studi di diritto ferroviario. Archivio Giuridico*, v. XIV, pág. 306. — *Ann. de lég. étr.*, 1879, pág. 69. — PICARD, loc. cit. — MARIOTTE : *Op. cit.*, pág. 152.) Mais tarde a lei de 15 de outubro de 1897 provia à aquisição, pelo governo federal, da propriedade das vias férreas concedidas, eximindo às formalidades impostas à transmissão ordinária dêsse direito a sua transferência ao Estado no término das concessões e dos contratos. (CLODOMIRO : *Política e législ. de estrad. de fer.*, v. II, págs. 420-21.)

Não esqueça a Suécia, onde a lei de 15 de outubro de 1880 rege a hipoteca e a execução das ferrovias. (PICARD, *ib.*, pág. 130.)

Citarei, enfim, no México, a lei de 29 de agosto de 1889, cujo art. 55 dispõe que, "nos textos constitutivos das hipotecas, e nas obrigações hipotecárias, se deverá especificar que, findo o prazo da concessão, a estrada de ferro, com tôdas as estações, ar-

mazéns, oficinas e dependências, se tornará propriedade da nação". (CLODOMIRO, v. II, p. 503.)

Noutros países a ambigüidade ou o silêncio da lei, omissa ou indecisa a tal respeito, suscita controvérsias animadas e tenazes, levando a jurisprudência, alternativamente, a soluções opostas. É o que tem ocorrido em França e, sob a influência francesa, entre os italianos e os belgas.

Na França antes que as preocupações oficiais começassem a exercer a sua ação, ali tão poderosa, não se punha em dúvida o caráter *real* do direito dos concessionários às estradas de ferro. Os mais decididos adeptos da opinião contrária, como AUCOC e PICARD, o confessam. "Originariamente", diz este, "se consideravam os concessionários como proprietários dos caminhos de ferro construídos a expensas suas". (*Op. cit.*, II, pág. 115.) O decreto (*ordonnance*) de 7 de abr. de 1830, concedendo a via férrea de Épinac ao canal de Borgonha, abria com estas palavras: "Os proprietários da estrada de ferro de Épinac..." Na da via férrea de Avinhão em 1851 se qualificaram do mesmo modo os concessionários, persistindo essa maneira de os tratar nos outros atos de concessão até 1857. Várias leis, outrossim, em 1837, 1839, 1840, 1842 e 1847, autorizaram ou prescreveram a inscrição de hipotecas sobre ferrovias. (PICARD, *ib.*, págs. 116-17.) Ainda na lei de 27 de junho de 1852 constava a noção da propriedade dos concessionários sobre o caminho de ferro. (*Pand. Franç.*, v. XVI, pág. 203, n.º 934.) E, pouco antes, o projeto de lei elaborado em 1850 acerca do regímen hipotecário, modificando o art. 2.118 do cód. civil, compreendia nominativamente os caminhos de ferro entre os bens susceptíveis de

hipoteca. (DALLOZ : *Répert.*, v. XXXVII, pág. 224, n.º 842.)

Mas não raro, em França, o elemento jurídico cede ao elemento administrativo. A administração, ali, reflete enérgicamente em tôdas as faces da vida nacional. Servida de um órgão superior no conselho de Estado, cuja magistratura, de origem, témpera e intenção política, vai entestar, por divisas nem sempre claras, nas fronteiras da justiça, nesta influi, por vêzes, de maneira irresistível, quando se figura travada a questão entre as tradições ordinárias do direito civil e as altas conveniências do Estado. As empresas de ferrovias, reunindo enormes capitais, organizando serviços vastíssimos, alistando numerosos exércitos de co-interessados e dependentes, elevavam a propriedade industrial a proporções formidáveis. Para a conter, porém, nos devidos limites, bastava ao Estado o arbítrio administrativo das concessões, mediante o qual o poder público impunha a êsses cometimentos as suas condições de existência legal. Mas não lhe era lícito valer-se dessas relações, para desconhecer o princípio da propriedade, quanto limitada, que o emprêgo de tamanhos cabedais particulares necessariamente envolia. Nem os interesses da ordem pública ou os da fazenda nacional se empenhavam realmente em desconhecer o caráter de verdadeiro direito real ao domínio exercido pelas companhias sobre essas aquisições; por quanto o exemplo da Áustria, da Suíça, da Alemanha, do México nos estão mostrando que não é difícil conciliar, prática e juridicamente, com os contratos hipotecários os direitos atuais e futuros do Estado nessas concessões.

É o que não escapou, na mesma França, às autoridades mais insuspeitas. O próprio Aucoc, re-

gistando a lei federal suíça, a lei húngara, a lei austriaca, as apontava como exemplares "d'une réforme qui merite d'être étudiée". (AUCOC : *De l'hypothèque des chem. de fer. Rev. Crit. de Légalat.* 1876. Pág. 89.) E GUILLOUARD, considerando, assim nesses precedentes legislativos, como na longa duração das concessões ferroviárias, "compreenderia que a lei desse aos concessionários, no decurso dêsse período, um direito *real imobiliário*, análogo ao do *uso-fruto*, direito que seria susceptível de hipoteca". (*Tr. des Priv. et hypoth.*, 2.^e ed. v. II, pág. 177, n.^o 659.) Parece-lhe que, à semelhança do praticado na Áustria e na Suíça, bem se poderiam tomar precauções eficazes, para que a hipoteca dos caminhos de ferro "não constitua embaraço à exploração da linha". (*Ib.*, pág. 178.)

Isto suposto, entretanto, acredita que, sob a legislação em vigor, "as concessões de vias férreas não são susceptíveis de hipoteca". (*Ibid.*) A seu ver, em face dessa legislação, os concessionários de tais empreendimentos apenas têm direitos mobiliários : "são empreiteiros de obras públicas, enquanto se não conclui a linha, e, acabada ela, empresários de transporte". (*Ibid.*). Neste sentido tende a se firmar a jurisprudência francesa. (PLANIOL : *Dr. Civ.*, v. I, pág. 657, n.^o 2.019-2.021. — HAURIOU : *Précis de dr. administr.* 4.^e ed. Págs. 721-2. — *Pand. Franç.*, v.^o *Chemins de fer*, n.^o 930.) Tão numerosas ainda são, contudo, naquele país, as opiniões contrárias, que, na vizinha Itália, uma das mais abalizadas autoridades, examinando o assunto, diz : "La maggior parte degli scrittori francesi ritiene l'ipotecabilità delle ferrovie." (COVIELLO : *Della superficie. Archivio giurid.*, v. XLIX, pág. 166.)

Àquela conclusão, porém, não chegou a jurisprudência francesa, senão através das variações e incongruências, que LAURENT nos historia em algumas páginas edificantes (*Princ. de Dr. Civ.*, v. VI, ns. 29-35), deixando-as resumidas na eloquência desta frase : "Consignamos os princípios contraditórios, e não chegamos ao cabo das contradições." (*Ib.*, n.º 31.) Nem dessa inconseqüência se libertou ela no seu estado atual. Antes aqui avulta com uma palpabilidade ainda maior, nos temperamentos a que se houve de submeter.

É o que assinala, com a sua lucidez habitual, o mais moderno dos expositores do direito civil em França. "A jurisprudência", diz PLANIOL, "não se manteve estritamente nesse terreno. Admite ela, de feito, que a companhia tem qualidade, *para exercer em seu próprio nome as ações possessórias* tendentes a coibir os atentados ocorrentes na área da sua concessão. (Cass. 5 nov. 1867. D. 68. 1.117, 8.67. 1. 417.) Esta solução está em contradição direta com o princípio exarado sob o n.º antecedente." (O de que o concessionário apenas tem um direito *personal*, análogo ao do locatário.) "Da parte de um locatário, munido simplesmente de um crédito móvel, é *inadmissível e incompreensível a ação possessória*, que não tem lugar senão a respeito dos imóveis. Desde que se considera *possuir* a companhia a sua concessão, é que *ela tem alguma coisa mais do que um direito pessoal ou meramente creditório*." (*Op. cit.*, pág. 658, n.º 2.022.)

O insigne lente da faculdade de Paris observa ainda, numa nota cheia de interesse : "Convencido estou de que o *incoerente de tôda esta jurisprudência* vem da acepção indistinta das palavras *direito pessoal*. Decidindo-se, a princípio, que a companhia

tinha sómente um direito pessoal, o que se teve em mente, foi que não podia ceder a concessão sem o consenso do governo (Cass. 14 fev. 1859. D. 59. 113. S. 59, 1. 207), e que ela não podia ser objeto de penhora, nem adjudicação. (Trib. civ. Sena, 27 jul. 1850, D. 51.5.78.) Tendo nos habituado, por êsse modo, a dizer que a concessão era um *direito pessoal*, isto é, ligado à pessoa, fomos depois levados a tê-la igualmente por um direito *pessoal*, na significação de *direito de crédito*, como contraposto a *direito real*." (*Ib.*, n.º 2.)

Aí está de que modo inscientífico se originou, e a que estranha inconseqüência ali foi ter a jurisprudência, convindo nessa adulteração *administrativa* de noções elementares e universais no direito civil. Porquanto o eminentíssimo professor francês atesta que, neste particular, "os tribunais judiciários acolheram sem resistência as soluções *administrativas*". (PLANIOL, I, n.º 2.020.) Se estas não fôssem, entretanto, da mais clamorosa desigualdade nos seus caprichos, os concessionários de ferrovias teriam aproveitado, ao menos, com muito maior razão, a teoria corrente, por obra da qual os arrestos franceses consideram suscetíveis de hipoteca as salinas, parques e estabelecimentos de pesca instituídos pela indústria particular em terrenos de marinhas. "Conquanto, em relação ao governo, sejam concessões particulares e revogáveis, podem-se encarar, para com terceiros, como propriedade *imobiliária*." (*Pand. Franc. v. Privil. et hypoth.*, n.º 4.371. v. I, pág. 303.) Reputam-se, com efeito, "*imóveis* em relação a terceiro", opinam os juriconsultos franceses, êsses estabelecimentos por serem "atributivos de um direito exclusivo, quanto emanem de uma simples tolerância" (TROPLONG, v. II, n.º 412. — PAUL PONT, v. I, n.º 350, pág. 376, — *Pand. Fr.*, loc. cit., n.º 4.372.)

Pois se classificam entre os direitos *reais* o do concessionário, a quem o Estado, "por mera tolerância", consentiu em deixar exercer a pescaria, ou extraír sal do oceano, como negar o caráter imobiliário ao domínio exclusivo de uma grande companhia sobre as vias férreas, que construiu e usufrui? Por mais apanágios que se reconheçam à grande França, com tôda a sua fascinação irresistível sobre todos nós, acima dela, como quer que seja, há de ficar a lógica e o bom senso.

A fórmula predominante em França define juridicamente a posição do concessionário de caminhos de ferro, dizendo que "ce dernier n'est plus qu'un entrepreneur de travaux publics et un entrepreneur de transports". (*Pand. Fr.*, v. XVI, pág. 202, n.º 930.) Ora essa qualificação do papel do concessionário não resiste ao mais leve exame. Primeiramente ela distingue duas situações sucessivas, mas inseparáveis: a do concessionário durante a execução e a do concessionário durante a exploração. Evidente é que essas duas situações dependem uma da outra, uma pela outra se explicam, e não existem senão uma para a outra. O concessionário constrói para explorar, e explora o que construiu. Suas relações e direitos para com a administração pública na primeira fase nascem das suas relações com o governo na segunda. A discriminação, pois, é arbitrária. Mas era mister inventá-la, para obviar aos embaraços, que aliás se oporiam à teoria administrativa, tendo, sem êsse artifício, de enxertar na concepção jurídica do empreiteiro *de obras* e do empreiteiro *de transportes*.

Depois nem num nem outro conceito cabe a entidade jurídica do concessionário de estradas de ferro. Não cabe manifestamente na de empreiteiro de obras, ao menos nessa espécie de concessões,

usuais entre nós, em que o solo, ou parte dêle, é adquirido pelos concessionários, mediante desapropriação ou compra, à sua custa. Sabido é, de feito, que o empreiteiro d'obras só fornece o seu trabalho e os materiais. (VITALERI: *Appalto di opere e la e lavori*, ns. 1 e 7. *Digesto Ital.*, v. III, parte III, págs. 2 e seg. — *Pandect. Belg.*, v. XXXVII, col. 137, n.º 6.) O proj. do c. civ. brasileiro, art. 1.239, diz: "O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela com o seu trabalho, ou também com os materiais." Aquêle que para a obra concorre com o trabalho, o material e a terra, não executa uma empreitada; visto como esta supõe um comitente, o proprietário, para quem se efetua a construção: constrói sobre o seu próprio solo, com elementos exclusivamente de sua propriedade, sendo proprietário, portanto, do que vier a construir.

Tão pouco se acomoda, após a construção, a situação jurídica do concessionário de ferrovias à noção de empreiteiro de transportes, a não ser quanto às suas relações de serviço para com o público e o governo. A ocupação do solo, porém, e a posse exclusiva da estrada são dois elementos de caráter imobiliário estranhos à indústria de transportes, cujas condições normais são de natureza móvel.

As vozes que se alevantaram, na própria França, contra essa teoria, são, felizmente, muitas e das mais abalizadas. DELLALEAU atribui ao direito do concessionário o caráter de *usofruto*. (*Rev. de Légitat.*, t. V, pág. 140. *Ap. LAURENT : Princ.*, v. V, n.º 35.) No mesmo sentido opina LAMÉ FLEURY, sustentando que as companhias exercem sobre as estradas de ferro concedidas pelo menos um *usofruto sui generis*. (*Code annoté des chemins de fer*. 1868. Pág. 139.) COTELLE ensina que, ainda nas concessões temporá-

rias, os concessionários "são usofrutuários dos trabalhos que constituem o objeto de suas concessões, têm o domínio útil, e gozam como se foram proprietários, com o só encargo de conservação da coisa". (*Cours de dr. administratif.*, 1. X, c. 2, n.º 908.) Ainda noutro lugar escreve esse autor : "En se liant librement avec l'État, les compagnies des chemins de fer s'obligent à ceér, conformément à des projets préparés par le gouvernement ou qui ont été soumis à son approbation, une oeuvre d'utilité publique qui formera une partie du domaine public. Mais *les compagnies y acquièrent des droits immobiliers*, des droits propres; elles ont la jouissance, *l'usufruit*, *le domaine utile* des chemins de fer pendant la durée de leur concession... En organisant le service et le mouvement du chemin de fer, une compagnie agit au lieu et place de l'État à titre *d'usufruitière*, de *procuator in rem suam*." (*COTELLE : Législat. des chem. de fer*, c. XI, n.º 57.)

BATBIE encara de rosto a doutrina administrativa especialmente quanto à situação de empreiteiro, por ela atribuída a êsses concessionários, e lhe redargüi irresponsivelmente: "Le concessionnaire qui construit un pont, *un chemin de fer*, profite des produits que donnera l'exploitation du pont ou du chemin de fer. Il ne faut pas confondre *le concessionnaire*, avec *l'entrepreneur*. L'entrepreneur qui traite avec l'administration, fait un louage d'industrie. L'administration lui doit le prix des travaux et, cette somme une fois acquittée, les rapports juridiques cessent entre les parties qui sont, l'une et l'autre, dégagées de leurs obligations. Au contraire, *le concessionnaire est subrogé aux droits de l'administration*, et pendant un temps plus ou moins long (le delai peut durer jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans) *il est dans la position où serait le concédant* s'il avait fait

les travaux directement. Le concessionnaire a un droit sur l'objet de la concession, tandis que l'entrepreneur n'a jamais eu avec l'administration que des rapports personnels de créancier à débiteur." (*Tr. de dr. publ. et admin.*, v. VII, n.º 256. Ed. de 1885, pág. 241.)

Algumas autoridades variam quanto à classificação desse direito real. BETHMONT, em 1850, no seu relatório ao conselho d'Estado sobre a reforma do regímen hipotecário, ali via as condições da enfeiteuse. É incontestável, dizia ele, que "les longues jouissances concédées par l'État sur les terrains destinés à l'établissement du chemin de fer constituent des droits *emphyteutiques*, sur lesquels l'hypothèque peut s'asseoir." (*Ap. Aucoc, Rev. Crit. de Légit.*, v. XXV, págs. 85-6.) Do mesmo modo pensa DALLOZ: "La concession de l'exploitation des chemins de fer dans ces conditions, et avec un bail dont la durée n'a jamais été moindre de quarante-cinq ans, peut être considérée comme une véritable jouissance *emphyteutique*, et, à ce titre, susceptible d'hypothèque." (*Répert.*, v. XXXVII, p. 223, n.º 837, pág. 220, n.º 820.) E note-se que as condições aqui aludidas são as das concessões, onde a administração pública é quem constrói por sua conta a estrada, e tem assim o domínio desta. Quando ela é construída pela indústria particular a expensas suas, "manifesto é", segundo o *Repertório*, que a companhia será "proprietária", e ainda menos se poderá contestar o seu direito a hipotecar o caminho de ferro, sujeito esse contrato a se resolver, quando se resolva a concessão, de acordo com a máxima *resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*. (*Ib.*, pág. 223, n.º 838.)

É esta propriedade que lhes reconhece também GARNIER. Dando a essas concessões apenas o caráter de servidões, de acessórios, quando as linhas se

estendem por estradas públicas, êsse escritor adverte logo : "Mais il n'en est pas de même lorsque, ainsi qu'il arrive ordinairement, ils sont établis par des compagnies sur des terrains qu'elles ont achetés, et dont elles sont par conséquent propriétaires. Ces chemins sont alors la propriété privée de ces compagnies." (*Actions possessoires*, part. II, c. II, § 2, art. 1, n.º 4.)

Quando CHIESI, no seu tratado de direito hipotecário, e COVIELLO, na sua monografia da *Superficie*, classificam no *domínio superficiário* os direitos do concessionário de caminhos de ferro, as concessões, a que aludem, são aquelas em que a sociedade concorre sómente com a construção, fornecendo-lhe a administração como leito as estradas públicas, gerais, provinciais, ou municipais. "*La cessione fatta dal governo del terreno domaniale*", diz CHIESI, "per costruirvi la strada ferrata, la costruzione della strada fatta dalla società concessionaria a proprie spese e pericolo, l'attivazione e l'esercizio della costruita strada concessi alla società in premio della costruzione pel tempo determinato costituiscono tutti gli elementi del contratto romano *di superficie*, e non può quindi negarsi alla società costruttrice sulla costruita strada *il gius reale di superficie*, più forte del semplice usofrutto, e non diverso nella sostanza, dall'utile dominio dell'enfiteuta." (*Il sistema ipotecar. illustrato*, v. III, c. III, art. 2.118, n.º 582.) COVIELLO igualmente figura dominial o solo e ministrados pela companhia sómente os materiais e as construções. Neste caso, sustenta êle, temos "un vero diritto di proprietà superficiaria". (*Archiv. Giuridico*, v. XLIX, pág. 167.) "Questo diritto sul materiale", diz, "è un diritto *di proprietà* : è una *proprietà superficiaria* dunque, in quanto che per l'annessione al suolo è *immobiliare come questo*." (*Ib.*, pág. 168.)

Outros jurisconsultos italianos examinaram profICIENTEMENTE a questão, resolvendo-a com a mesma segurança neste sentido. Assim PACIFCI-MAZZONI : "È giuridicamente *inoppugnabile* che le compagnie concessionarie *hanno la proprietà* delle ferrovie da loro costruite." (*Cod. civ. ital. comment.*, v. XIV, pág. 240.) Assim CANNADA-BARTOLI, que dilucida amplamente o assunto, concluindo : "In questa figura giuridica della concessione di una ferrovia pubblica alla industria privata, la ferrovia è cosa perfettamente ipotecabile, perchè la proprietà appartiene alla società concessionaria." (*Il sistema ipotecar. ital.*, v. II, n.º 155, pág. 171.) De igual forma se pronuncia POCHEINTESTA (*Dei privil. e delle ipot.*, v. I, n.º 107, pág. 158.) RICCI, admitindo que as ferrovias são obrigadas a uma servidão pública, e sujeitas aos regulamentos que o poder público expede no interesse geral, observa : "Isso, porém, se limita o direito de propriedade particular, não o destrói." (*Corso di Dir. Civ.*, v. X, n.º 141, pág. 248.)

Foi MANCINI, porém, quem, precedendo a todos, iluminou para sempre o assunto. O arrazoado que sobre ele escreveu em 1869, alguns contraditores terá encontrado; mas ainda não achou quem lhe desfizesse os argumentos. "Ele dissipou o equívoco da jurisprudência francesa, e pôs nos verdadeiros termos a questão, que pela vez primeira se apresentava à magistratura italiana." (CANNADA-BARTOLI, *ib.*, n.º 158, p. 173.) Sua doutrina teve o aplauso da corte de apelação de Florença, cuja sentença memorável de 3 de junho daquele ano, confirmada pela cassação em 29 de março de 1870, resume e consagra com sólidos e precisos fundamentos a teoria desenvolvida pelo sábio jurisconsulto italiano no seu admirável estudo. (*Se le strade ferrate in Ital. sono suscettive*

d'ipot. a pro delle società concessionar. Questioni di diritto, v. I, Nap. 1878, págs. 31-94.)

Examinando as leis francesas de 17 de junho de 1842 e 25 de julho de 1845, mostrou MANCINI a origem natural da opinião, adotada por DUFOUR e depois seguida por outros, que vê no Estado o proprietário exclusivo das vias férreas concedidas. Ante êsses atos legislativos a despesa necessária à aquisição do solo e das construções era antecipada pelo erário nacional, dois têrços de cujos sacrifícios lhe reembolsavam os departamentos e comunas. Só o fornecimento do material rodante e os gastos de manutenção tocavam às companhias, às quais era outorgada em locação o uso das vias férreas (*auxquelles l'exploitation du chemin de fer sera donné à bail*). Sendo, pois, o Estado quem comprava e pagava todos os imóveis, de que se compunha a ferrovia, e não contribuindo os concessionários senão com acessórios incorporáveis, por sua natureza, no solo, a que aderiam, não era de admirar se atribuísse ao Estado exclusivamente a propriedade. (MANCINI : *Op. cit.*, págs. 43-47, 53.) Ainda assim ali, entretanto, como já demonstrei, grandes autoridades francesas reconhecem ao concessionário um *jus in re*, um direito real. É o que já notava MANCINI. (*Ib.*, págs. 54-78.)

Na Bélgica também, onde são análogas, na matéria, as instituições legislativas, pareceres há, que no mesmo sentido se inclinam. O advogado geral MESDACH DE TER KIELE, por exemplo, contesta que as companhias gozem um direito puramente mobiliário. Mobiliário é, diz êle, o direito dos concessionários ao pedágio. "Mais c'est assez qu'il vienne s'y ajouter une jouissance portant sur un immeuble, pour en modifier le caractère. Aussi une concession de chemin de fer emporte possession de toute la ligne avec

ses dépendances, en même temps que le droit d'user et jouir de tous les fruits dont le sol est susceptible, l'obligation de conserver intacte la chose concédée." (Pand. Belg., v. XVIII, col. 557, n.º 18.)

Entre nós, porém, salva a contribuição em terras devolutas, quando a linha atravesses regiões, onde as haja, e as subvenções ou garantias de juro, nas favorecidas com esta mercê, circunstâncias que não trazem modificação essencial ao papel do Estado nessas concessões, tôdas elas, desde o chão por onde estendem os seus trilhos, têm a base em capitais particulares. De modo que, dado aquêle desconto, aliás só aplicável a algumas vias férreas, com o que se dá no Brasil, frisa exatamente o que da Itália observava MANCINI: "A aquisição do solo, o pagamento das expropriações, a despesa com a ereção dos edifícios, das obras d'arte e das estações não provêm do Estado, mas das sociedades concessionárias. Elas são, pois, *indubitavelmente, proprietárias* do solo, onde se estabelece, com tôdas as suas dependências, a ferrovia. E, pela regra de que *quod solo, inaedificatur, solo cedit*, todo o material fixo e móvel, por acesso à *propriedade imobiliária da estrada*, constitui, ela também, um imóvel por acesso, nos termos dos arts. 408 e 446 do cód. civ. e, portanto, ainda acessoriamente, uma *propriedade imobiliária das sociedades concessionárias e construtoras*," (Op. cit., pág. 48.)

O grande argumento contra o direito real dos concessionários sobre os caminhos de ferro assenta na *dominialidade* (1), que se atribui a essas vias de

(1) C. DE FIGUEIREDO já regista o adjetivo *dominal*. Porque não derivar dêle o substantivo *dominalidade*, se a palavra nos é indispensável, na tecnologia jurídica, para verter o fr. *domanialité* e o ital. *dominalità*, significando o caráter do domínio público, nas coisas que o compõem?

transporte. As ferrovias estão no domínio público; e, como tais, intransferíveis, imprescritíveis, não são suscetíveis de direitos reais, sobre elas exercidos por particulares. Mas o argumento é falso na premissa e na conclusão.

Primeiramente, com vantagem se contesta que as vias férreas, ainda as que pertencem ao domínio da nação, da província, ou da municipalidade, caiam no domínio público. Jurisconsultos da mais eminente autoridade o negam, e, a meu ver, com fundamento irrefragável. Bastar-me-ia citar a de RICCI, um dos mais respeitáveis mestres da jurisprudência italiana. "As ferrovias", observa êle, "diferentemente das estradas rodáveis (2), ainda quando o seu proprietário é o Estado, não constituem jamais domínio público, pelo motivo de que são utilizadas com o escopo de indústria, e, portanto, pertencem ao domínio privado de quem exerce essa indústria, e dela auferre lucro. As demais estradas não se estabelecem com objeto industrial. Cada qual as percorre livremente, assim a pé, como de carro. Constituem, pois, verdadeiramente uma propriedade comum a todos, e, assim, formam parte do domínio público. Bem diversa corre a coisa quanto às vias férreas. Estas se acham também ao serviço do público, e, como as outras estradas, se constroem igualmente no interesse público da civilização, do tráfico, das relações comerciais; mas, enquanto satisfazem a êste intuito de interesse geral, servem também a outro fim, de interesse privado, o de grangear lucro a quem as construiu, franqueando o seu uso ao público. Por isso, quem lhes obteve a concessão, adquire com o seu dinheiro o solo, e com

(2) Os italianos dizem «strade rotabili». Nós possuímos o verbo rodar com a forma transitiva: rodar o mar, rodar o mundo. (MORAIS, AULETE, etc.) Nada, portanto, se opõe a que digamos estrada *rodável*, por estrada que se roda, isto é, por onde rodam livremente os veículos, ou estrada *de rodagem*.

os seus capitais nêle executa as construções necessárias ao intento. Porque então não haviam de pertencer êsses bens ao patrimônio *privado* de quem os adquiriu, ainda quando êste adquirente seja o Estado, uma província, ou um município, com o designio de os trafegar por sua conta, ou ceder-lhes a exploração a outrem?" (*Op. cit.*, v. X, pág. 247, n.º 141.)

BENVENUTI mostrou perspicazmente serem tais as coisas de domínio público, que a sua alienação lhes mudaria necessariamente o destino. Esta a característica a tôdas elas comum. Uma estrada, um rio, um pôrto, uma fortaleza não se podem transferir ao domínio particular, sem que o seu destino varie. A fortaleza vai transformar-se noutra coisa. Deixam de ser vias públicas a estrada e o rio. O pôrto receberá o uso, que o seu proprietário lhe impuser. Não se poderia, logo, efetuar a sua alienação, sem cessar o seu destino de servirem ao uso comum. Por isso lhes imprime o direito os caracteres de inalienabilidade e imprescritibilidade. Diferentemente, porém, das outras, as estradas de ferro "desempenham um serviço público; mas, ao público serviço destinadas conforme o modo peculiar à sua natureza, não se prestam a outro destino e a outro uso". Não mudam, pois, de uso e destino, quando se alheiam. Alheiam-se, conservando o mesmo uso e o mesmo destino. E tanto não são inalienáveis, quais seriam, se estivessem no domínio público, como as estradas ordinárias, que se vendem freqüentemente de sociedade a sociedade, destas ao governo, ou do governo às sociedades, sem se desviarem jamais do fim, para que se construiram. (BENVENUTI: *I tramways*, § 3, págs. 27-30.) Ainda quando pertencentes ao Estado, pois, as ferrovias lhe pertencem, não como bens do domínio público, mas como bens *patrimoniais*, que da sua propriedade se podem transferir à particular.

Em segundo lugar, peca o argumento na conclusão. A dominialidade não exclui necessariamente a coexistência de direitos reais, de caráter privado, sobre o mesmo objeto. Demonstraram esta verdade lúcidamente jurisconsultos eminentes, como COTELLE, MANCINI e LAURENT. "Bem que as coisas de público domínio estejam fora de comércio", diz COTELLE, "elas, não obstante, comportam o gôzo e o exercício de alguns direitos de *propriedade particular*, na verdade restritos e subordinados à utilidade pública, mas que se desenvolverão, sempre que ao uso público daí não resulte inconveniente." (*Cours de dr. adm.*, L. VI, c. II, ns. 731, 738-740.) Em largas páginas, cheias de argumentos e fatos, MANCINI leva à evidência esta doutrina, provando como "é grave erro supor que, em pertencendo uma coisa ao domínio público, e sendo ao uso público destinada, com essa condição, será juridicamente incompatível a coexistência de direitos *privados*". (*Op. cit.*, págs. 32-40.)

Notou DALLOZ que "os jurisconsultos estão de acordo em considerar *propriedade particular* os canais mandados fazer pelo Estado, mas construídos por particulares a expensas suas". (*Répert.*, v. *Eaux*, n.º 161.) E LAURENT, a êste propósito, raciocina: "Se os concessionários de *um canal* podem ter a sua *propriedade perpétua*, enquanto êle fique sujeito ao serviço público, porque será que os concessionários de *um caminho de ferro* não lhe possam ter o domínio durante noventa e nove anos? A corte de cassação consagrou esta doutrina textualmente nos termos em que a transcrevemos. Estabelece êsse tribunal como princípio que os canais podem ser propriedade particular, enquanto gravados com a servidão perpétua de se conservarem nesse estado, e darem

livre passagem a quantos a reclamem, de conformidade com os regulamentos e tarifas. (Sent. 5 março 1829. DALLOZ, v.^o *Eaux*, n.^o 164, 1.^o.) Decidiu, outrrossim, a corte de cassação, a propósito do canal do Meiodia que, se, a respeito da navegação, os canais são pertenças *do domínio público*, nada, contudo, se opõe a que um canal construído por um particular, ou por uma companhia, em virtude de concessão do Estado, possa constituir, nas mãos do concessionário, *propriedade particular*. (Sent. de 7 nov. 1865. DALLOZ, 1866. I, 254.) Eis aqui, pois, uma via de comunicação, que é, a um tempo *domínio público* e *propriedade particular*. Porque outro tanto se não poderia dar com as estradas de ferro concedidas temporariamente? Acaso a perpetuidade influiria aqui na questão de propriedade? Certo que não; pois, se perpétuamente pode coexistir, sobre um canal, uma dupla propriedade, o domínio público e o domínio privado, maior razão há, para se admitir essa compatibilidade, em sendo limitado o tempo." (LAURENT : *Op. cit.*, v. VI, n.^o 31.)

São idéias tão antigas, pelo menos, como o direito romano, e que, entretanto, nas mais modernas legislações prevalecem até os nossos dias. Sejam-me testemunhas, quanto ao direito romano, o *Digesto*, fr. 5, L. I, t. VIII, *de divisione rerum et qualitate*, e as *Institutas*, L. II, t. I, *De rerum divis. et adquirendo ipsarum dominio*. Eles nos atestam que, sendo o mar e suas praias, os rios e suas ribas coisas *dominiais* e *de uso público*, não obstante a plena e absoluta franquia dêsse uso, os proprietários das terras confinantes adquiriam, por direito de acesso, o solo dessas ribas. "Estas", diz HEIMBERGER, "podem passar à propriedade dos indivíduos, não cessando, porém, nunca de servir ao uso público." (AP. MANCINI, p. 35.) De modo que com o uso público das

margens coexistia o *domínio particular* dos ribeirinhos sobre elas mesmas. (ACCARIAS : *Dr. rom.*, 4.^a ed. v. I, n.^o 197, págs. 506-7.)

Modernamente, bastariam os exemplos que nos indica MANCINI quanto ao direito italiano. Pertencem ao domínio público, pelo art. 427 do cód. civ. italiano o leito do mar, as enseadas e as praias. Sem embargo, ninguém duvida constituírem verdadeiras propriedades os grandes e numerosos estabelecimentos particulares de exploração industrial ali fundados, mediante concessões governativas, e que, como as demais propriedades, se transferem por contrato. O mesmo artigo da lei inscreve no domínio público os rios e torrentes. Não obstante, ninguém poderia desconhecer que os vastos canais de irrigação, por onde se distribuem as suas águas, abertos e mantidos por fortes e opulentas companhias, sejam, nas mãos delas, por concessões administrativas, objeto de indústria e domínio privado. (MANCINI : *Op. cit.*, pág. 39.) Mas já vimos também a jurisprudência francesa em relação aos canais. Ainda quando construídos pelo Estado e, como tais, incluídos no domínio público, sua navegação pode ser, mediante ato do poder público, objeto de concessões, que ou são perpétuas, ou se estendem a noventa e nove anos, constituindo objeto de verdadeiras locações *enfiteuticas*. (DALLOZ, *Rép.*, v. XXXVII, n.^o 840), isto é, firmando sobre uma via de comunicação pública, objeto de domínio do Estado, um direito *real* em favor de particulares.

Depois, não nos faltam exemplos de casa. Pela nossa legislação, por exemplo, sempre foram de domínio público os terrenos de marinhas. (S. BANDEIRA : *Man. do Procur. dos Feit.*, § 501, 1.^o) Todavia, as nossas leis autorizam e a nossa administra-

ção pratica todos os dias o aforamento perpétuo dessas terras. (*Ib.*, § 509. — COSTA LIMA : *Terrenos de marinhas*.) Agora mesmo o tem feito em amplas concessões para a exploração de areias preciosas. Ora ninguém ignora que a enfiteuse confere ao enfiteuta um direito real, o *domínio útil*, só inferior, na categoria dos direitos reais, à plena propriedade. Eis aí, pois, o *domínio público*, em coisas de público uso, como as praias, sofrendo o maior dos desmembramentos, para deixar ao Estado o mínimo dos direitos dominicais, o domínio direto, entregando o máximo, o domínio útil ao patrimônio privado.

É que êsse desmembramento, exercido sobre tais bens em benefício do direito privado, não obsta à condição característica das relações que os ligam ao domínio do Estado, condição que, na essência, se reduz ao *uso público*. E o uso público é o único vínculo essencial de direito, de onde pode resultar às estradas de ferro concedidas o caráter, que muitos lhe atribuem, de dominialidade. "Le strade ferrate pubbliche sone pure esse demaniali, cioè del Demanio dello Stato. Ma in che consiste la loro demanialità? Consiste nell'essere state adibite al pubblico uso." (ALFR. MAZZA: *Delle acque nei rapporti con la pubbl. amministraz.*, v. I, § 9, pág. 22.)

Ora com o *uso público*, imutável condição das ferrovias concedidas, não colide o exercício de *jura in re*, por indivíduos ou associações, sobre as coisas dessa natureza. A história, legislativa e administrativa, das estradas de ferro públicas no Brasil confirma inelutavelmente esta verdade.

É o que ora se vai certificar.

1.º) Notório é que, nas linhas não subvençionadas, o Estado apenas concorre para a realização

da estrada com os terrenos devolutos que demorarem no seu trajeto, quando nêle haja terrenos devolutos. No mais o próprio terreno por onde corre a via é adquirido pelos concessionários, a cujas expensas igualmente se efetuam tôdas as outras aquisições e obras da concessão. Ora todo aquêle que compra, e paga do seu cabedal, dono é daquilo que comprou e pagou.

É o que a côrte de apelação de Florença, no seu já citado acórdão sobre as alegações de MANCINI, confirmado pela de cassação, frisantemente estabelecia: "Considerando ser juridicamente inopugnável que as companhias concessionárias têm a propriedade sobre as ferrovias por elas construídas; por isso que, segundo os princípios da venda, são proprietários do solo, onde se constitui o plano da estrada e seus acessórios (cód. civ. albertino, art. 1.589; cód. civ. ital., art. 1.448), já que se trata de terrenos por elas comprados e pagos, e se tornam proprietárias, depois, de tôdas as superedificações ali feitas, ante os princípios da acessão." (MANCINI, loc. cit., pág. 89.)

É o que LAURENT peremptoriamente acentua: "Quem é proprietário do terreno, sobre o qual se construiu uma via férrea? Evidentemente a companhia concessionária, pois que o comprou, e é bom o comprador que é o proprietário. Diz-se-á que ela compra pelo Estado e em seu nome? O rol de ônus e condições não o declara." (Princip., v. VI, n.º 29.)

PACIFICI-MAZZONI amplia essas considerações: "Diz-se, em primeiro lugar, que as sociedades e companhias concessionárias adquirem o solo, onde têm de assentar o plano da estrada, com o seu dinheiro pagam o preço de tôdas as desapropriações necessárias à construção, e erigem à sua custa, no solo por

elas comprado, os edifícios, as obras d'arte e as estações necessárias ao exercício da emprêsa." (Cód. civ. ital. com., v. XIV, p. 240.)

COVIELLO sustenta igualmente serem "*di loro proprietà privata*" as vias férreas construídas à sua custa "dalle società concessionarie". (*Della superficie. Arch. Giur.*, v. XLIX, pág. 166.)

Bastaria, pois, essa consideração, para firmar entre nós a doutrina, que ela consolidou como predominante na escola e na jurisprudência italiana, tão autorizadamente interpretadas e defendidas por GIORGIO GIORGI, quando com esta questão se ocupa acerca das estradas construídas e usufruídas, mediante concessões, pela indústria particular: "Não posso convir, como alguns abalizados jurisconsultos, em que êste direito não seja *uma verdadeira propriedade, mas um jus anômalo e sui generis*, diverso da propriedade *juris civilis*. Eu, ao contrário, o tenho *por uma verdadeira propriedade*, se bem, quando pertence a particulares, sem concessionários, seja resolúvel pelo resgate, a que as pode submeter o Estado, ou pelo vencimento da concessão temporária... A revogabilidade e a temporaneidade do direito não contrastam com a essência do direito de propriedade. Antes é certo consentir o código civil na transmissão da propriedade mediante contrato *ad diem*, ou contrato sujeito a condição resolutiva." (GIORGI: *La dottr. del persone giurid.*, v. II, p. 297, n.º 129.)

2.º) Quase tôdas as concessões de ferrovias no Brasil estabelecem como fórmula da outorga feita pelo Estado o "privilégio exclusivo" para "a construção uso e gôzo" das estradas concedidas.

É o que estipulam: o decr. n.º 4.674, de 10 janneiro 1871, cl. 1.ª; o dec. n.º 4.689, de 10 fev. 1871,

cl. 1.^a, o dec. 4.963, de 14 fev. 1871, cl. 1.^a; o dec. n.^o 4.838, de 15 dez. 1871, cl. 1.^a; o dec. 4.893, de 21 fev. 1872, cl. 1.^a; o dec. n.^o 4.914, de 27 março 1872; o dec. n.^o 5.593, de 11 abr. 1874; o dec. n.^o 6.681, de 12 set. 1877, cl. 4.^a; o dec. n.^o 7.046, de 18 out. 1878, cl. 1.^a; o dec. 7.272, de 10 maio 1879, cl. 1.^a; o dec. 7.534, de 8 nov. 1879, cl. 1.^a; os decrs. ns. 7.615, 7.619, 7.698; 7.767, 7.838, 7.895, 7.959, todos de 1880; o dec. n.^o 8.312, de 19 nov. 1881; o dec. n.^o 8.346, de 24 de dez. do mesmo ano; os decrs. ns. 3.128, 8.575, 8.577, 8.723, 8.725, 8.822, de 1882; os decs. ns. 8.835, 8.860, 8.888, 8.925, de 1883; os decs. ns. 9.327, 9.362, de 1885; o descr. n.^o 9.550, de 1886; o dec. n.^o 9.764, de 1887; os decs. ns. 9.032, 10.090, 10.101, 10.119, 10.121, 10.125, de 1888; os decs. ns. 10.150, 10.151, 10.152, 10.153, 10.256, 10.266, 10.370, 10.400, 10.415, de 1889; os decs. ns. 193 D, 289, 380, 471, 597 A, 600, 846, 896, 907, 909, 937, 970, 1.060, 1.082, 1.083, de 1890; os decs. ns. 155, 365, 372, 373, 436 A, 436 B, 462, 555, 583, 587, 594, 640, de 1891.

Ora o uso e o gôzo são os dois elementos, que constituem o *usofruto*: "*Ususfructus est jus alienas res utendi fruendi, salva rerum substantia.*" (Fr. 1, D. de *usufrut.*) No *utere, usus*, está o nosso uso; no *fruere, ructus*, a nossa fruição, ou gôzo. A propriedade confere o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*. Pelo usofruto dela se desmembram o *jus fruendi*, o uso e o gôzo, que os códigos modernos, em geral, reúnem sob a última dessas duas expressões, deixando nas mãos do proprietário o *jus abutendi*, isto é, o direito de dispor da coisa, alienando-a, desnaturalizando-a, ou destruindo-a. De modo que, salva a obrigação de manter a substância da coisa, a interdição de alheá-la, ou alterá-la, o usofruto emparelha com a propriedade, pelos direitos de *usar e gozar*,

que o constituem. (ARNDTS : *Pandekt.*, § 178. — LACANTINERIE : *Préc. de dr. civ.*, v. I, ed. de 1899, pág. 793, n.º 1.480. — SABBATINI : *Espropriaz. per pubbl. util.*, v. I, pág. 2. — VENEZIAN : *Dell' uso-frutto*, págs. 2-3, 23-5.)

Dando, pois, o *uso* e o *gózo* aos concessionários de caminhos de ferro, a legislação brasileira só teria reservado à fazenda nacional a *nuda proprietas*, outorgando às companhias o *usofruto*, se outras estipulações nesses atos não estendessem ainda além dêsse limite o direito conferido às emprêssas.

Mas basta ao nosso intento a concessão do *uso-fruto*; porque o usofruto é um direito real. E que o usofruto pertence às companhias concessionárias não pode haver dúvida nenhuma, ante, por um lado, o texto expresso de quase tôdas as concessões e, por outro, a noção dêsse direito, assim definido pelo nosso LAFAYETTE : “O usofruto é o direito *real* de retirar da coisa alheia, durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, *tôdas as utilidades e proveitos que ela encerra, sem alterar-lhe a substância, nem mudar-lhe o destino.*” (*Dir. das cois.*, I, § 93, págs. 46-7.)

3.º) Mais longe, porém, vão, entre nós, as declarações dos atos administrativos, muitos dos quais expressamente reconhecem às companhias o direito de propriedade sôbre as estradas.

Assim :

O decr. n.º 1.030, de 7 de agosto de 1852 (*), cláusula 6.ª, estabelece que, “quando a companhia tiver perdido direito ao contrato pela falta de conclusão da obra, conservará a propriedade da parte feita.”

(*) No manuscrito está : 1832. (N. R.)

O dec. n.º 1.299, de 19 de dezembro de 1853, cláusula 6.^a, semelhantemente estatui que, "quando a companhia tiver perdido o direito ao contrato, pela falta da conclusão da parte da estrada referida na condição antecedente, conservará a propriedade da porção feita."

O dec. n.º 1.615, de 9 de junho de 1855, cláusula 6.^a, estatui, ainda mais amplamente, que "no fim do prazo de 90 anos, constante do contrato de 19 de dezembro de 1853, cessam o privilégio e todos os favores concedidos à companhia; esta, porém, conservará a propriedade sobre a estrada de ferro e seus pertences."

O dec. n.º 1.759, de 26 de abril de 1856, cláusula 5.^a, determina que, "quando a companhia porventura perca o direito ao seu contrato pela falta de conclusão de parte da estrada, conservará, todavia, a plenitude de seus direitos sobre todas as obras, que tiver feito e sobre a propriedade que houver adquirido."

O dec. n.º 1.759, de 26 de abril de 1856, cláusula 36.^a, depois de prever a desapropriação eventual da estrada pelo governo, prescreve que a companhia será preferida, sendo iguais as condições entre ela e os demais concorrentes, "se, depois de haver adquirido a propriedade da estrada e suas ramificações, decidir o governo arrendá-la."

O dec. n.º 3.503, de 10 de julho de 1865, cláusula 4.^a, declara: "A estrada de ferro e suas obras, armazéns, edifícios... em suma, tudo o que forma o ativo da companhia, constante do balanço apresentado, passará a ser, sem a mínima reserva, propriedade do Estado." Isso em referência à estrada de ferro D. Pedro II, cujas últimas ações por esse decreto se transferiam ao Tesouro Nacional.

O dec. n.º 3.590, de 17 de janeiro de 1866, cláusula 6.^a, dispunha : "A companhia perderá o direito ao privilégio pela falta de conclusão da estrada referida no prazo estipulado no art. 5.^º; conservará, porém, a propriedade da porção feita."

Nada mais claro que a teoria jurídica imanente, transparente e evidente nestes decretos. Se as companhias, perdendo, por infração dos prazos, o direito ao contrato, conservavam a propriedade sobre a parte feita da estrada, é porque com a construção adquiriam sucessivamente direito de propriedade sobre as partes da estrada que iam construindo. Se, a respeito de certa estrada de ferro, o dec. n.º 1.615, de 1855, teve de ordenar que, findos os noventa anos de seu privilégio, a concessionária conservaria a sua propriedade sobre a estrada, é porque sobre as demais com o término do seu privilégio acaba o seu direito de propriedade. A regra, pois, é que durante o privilégio, as companhias são proprietárias das estradas. Se com a desapropriação (dec. n.º 1.759, de 1856) o governo adquire "a propriedade da estrada", é que antes desse ato esta propriedade era da empresa. Se, enfim, só com adquirir as derradeiras ações de uma companhia, passava a estrada à propriedade do Estado (dec. n.º 3.503, de 1865), é que essa propriedade reside nas companhias, e se consubstancia nas ações que as representam.

Já em 1869 e em 1870 assim raciocinavam a corte de apelação de Florença e a corte de cassação, quando reflexionavam, nos fundamentos dos seus memoráveis julgados, que a lei de obras públicas, declarando, no art. 254, cairem sob a propriedade absoluta do Estado a porção já feita das linhas, cujo privilégio caducasse, pressupunha "necessariamente"

estar essa propriedade, enquanto vigorava a concessão, com as emprêsas concessionárias.

4.º) Muitos e muitos decretos, desde os mais remotos anos na existência das vias férreas entre nós, até os mais recentes, se ocupam com a desapropriação das ferrovias aos seus concessionários pelo governo.

Entre êsses atos mencionaremos :

em 1855, o dec. n.º 1.615, cláusula 6.^a; em 1856, o decr. n.º 1.759, cláus. 5.^a e 36.^a; em 1883, o dec. n.º 8.888, cláus. 29; em 1889, o dec. n.º 10.153, cl. 28; em 1890, os decs. n.º 193 D, cláus. 29; n.º 289, cláus. 27; n.º 365, cláus. 29; n.º 471, cl. 26; n.º 862, cl. 29; n.º 965, cl. 12; em 1891, os decs. n.º 365, cl. 6.^a; n.º 372, cl. 7.^a n.º 373, cl. 7.^a; n.º 436 A, cl. 6.^a; n.º 436 E, cl. 10.^a; n.º 462, cl. 10.^a; n.º 474, cl. 10.^a n.º 555, cl. 10.^a; n.º 587, cl. 10.^a; n.º 660, cl. 22; em 1895, os decs. n.º 1.983 A, cl. 29; em 1899, os decs. n.º 3.467, cl. 5.^a; n.º 3.531, cl. 4.^a; em 1900, o dec. n.º 3.812, cl. 27.

Nem se objete que a desapropriação não se aplica necessariamente a direitos imobiliários, e aqui, portanto, se poderia referir a meros direitos pessoais, de que o concessionário fosse possuidor. Não. Porque, ainda quando verdadeira fosse essa proposição, e não errônea, como é, o que se desapropria, no caso de que se trata, é precisamente a estrada, e é do concessionário que se desapropria. Assim o dec. n.º 1.615, de 9 junho 1855, cláusula 6.^a, reza : "A companhia conservará a propriedade sobre a estrada de ferro e seus pertences... salvo sempre o direito de desapropriação, que compete ao governo." O dec. n.º 1.759, de 26 de abril 1856, ainda mais positivamente diz, na cláusula 5.^a : "O governo terá o

direito, se o julgar conveniente, de *desapropriar a linha e tôda outra propriedade da companhia.*" E ao diante, cláusula 36.^a, insiste : "Se o governo julgar conveniente efetuar a *desapropriação da estrada de ferro...* poderá fazê-lo." Enfim, o dec. n.^o 5.561, de 28 de fevereiro 1874, estabelecendo *regras gerais para a concessão de vias férreas*, estatui, no art. 21, § 9.^º :

"O Estado terá o direito de *desapropriar a estrada*, passado o prazo de 15 anos."

Ora não será necessário demonstrar que, se a *desapropriação da estrada* se exerce pelo governo contra os concessionários, é porque êstes são os proprietários da estrada. Tôda a gente sabe que, no direito moderno, se chama desapropriação "a transferência forçada à sociedade, mediante compensação equitativa, de uma propriedade *imobiliária*, cuja aquisição reclama o interesse geral." (*Pandect. Fr.*, v. XXXI, p. 3, n.^o 1.) As *Pandectas Belgas* a definem "a forçada privação da propriedade." (V. XLI, col. 12, n.^o 2.) E SABBATINI, "a forçada cessão da propriedade." (*Op. cit.*, pág. 7, n.^o 6.)

5.^º) Discutindo o valor jurídico das cláusulas de *devolução e resgate*, encerradas nas construções de vias férreas, escrevia MANCINI, combatendo o êrro dos que a tomavam como expressão da propriedade exclusiva e absoluta do Estado sobre os caminhos de ferro :

"Demo-nos pressa em retificar a *profunda inexactão* dêste conceito... As palavras *devolução e resgate* não soem empregar-se na fraseologia jurídica, exprimindo a cessação de simples relações de direito *pessoais*. Elas significam propriamente o volver de uma coisa ao *domínio* de uma pessoa, que

sobre ela o não tinha, ou não o tinha pleno e perfeito. A modificação, pois, operada por êsses fatos na condição jurídica de quem aproveita com a *devolução*, ou o *resgate*, é realmente uma alteração na esfera dos direitos *reais*, que dest'arte vêm a se adquirir, ou ampliar." (*Op. cit.*, pág. 40-41.)

A côrte de apelação de Florença, com o assenso da côrte de cassação, declarou, no mesmo sentido, em sentença de 3 de junho de 1869 : "La *devoluzione* e, in certi casi, il diritto di *riscatto* (che d'ordinario costituisce una delle condizioni della concessione) inducono il concetto di *un dominio risolubile*; locchè per altro, *lungi dall' escludere* il concetto di *un vero dominio*, invece necessariamente lo presuppone : imperocchè *devoluzione* e *riscatto* non si adoperano giuridicamente per significare la cessazione di relazioni personali, masibbene il passaggio e il ritorno de um diritto reale e dominicale sopra un immobile a chi precedentemente non lo aveva." (*Apud MANCINI, loc. cit.*, pág. 90.) Observações que PACIFICI-MAZZONI literalmente faz suas. (*Op. cit.*, v. XIV, pág. 241.)

Na linguagem dos nossos decretos o vocáculo *devolução*, que significa a passagem da via férrea, no término da concessão, ao domínio do Estado, se substituiu pelas de *reversão*, *reverter*. É apenas um sucedâneo, ou sinônimo, cuja identidade com a significação daquele não era difícil provar. Bastaria notar que os franceses sinonimizam, no falar jurídico, a expressão *réversion* com a locução *droit de retour*. (DALLOZ : *Rép.*, v. XXIX, pág. 483), e definem *droit de retour* : "Droit en vertu duquel on entre en possession d'une chose dont on s'était dessaisi à titre gratuit ou onéreux." (*Ib.*, pág. 473.) Limitar-me-ei, porém, ao *resgate*.

Este figura, por assim dizer, em tôdas as nossas concessões de ferrovias :

- em 1852, nos decs. n.º 641, art. 1.º, § 13; n.º 1.030, cláusula 25;
- em 1853, nos decs. n.º 1.245, art. 16; n.º 1.299, cl. 32;
- em 1856, no dec. n.º 1.759, cl. 36.^a;
- em 1866, no dec. n.º 3.590, cl. 25.^a;
- em 1870, no dec. n.º 4.509, cl. 22;
- em 1871, no dec. n.º 4.673, cl. 15; dec. n.º 4.674, cl. 26, n.º 4.689, cl. 27; n.º 4.693, cl. 26; n.º 4.838, cl. 26;
- em 1872, no dec. n.º 4.893, cl. 27;
- em 1874, nos decs. n.º 5.593, cl. 17; n.º 5.698, § 5.º; n.º 5.774, § 6.º; n.º 5.777, § 12; n.º 5.822;
- em 1875, nos decs. n.º 5.912, 5.951, 5.952;
- em 1876, no dec. n.º 6.637;
- em 1877, nos decs. n.º 6.681, 6.746, 6.747;
- em 1878, no dec. n.º 6.995;
- em 1879, no dec. n.º 7.272;
- em 1880, nos decs. n.º 7.615, 7.619, 7.767, 7.838;
- em 1881, no dec. n.º 8.312;
- em 1882, nos decs. n.º 8.372, 8.575, 8.586, 8.723;
- em 1883, nos decs. n.º 8.835, 8.925;
- em 1884, no dec. n.º 9.220;
- em 1885, no dec. n.º 9.362;
- em 1888, nos decs. n.º 10.090, 10.119, 10.121, 10.124, 10.125;
- em 1889, os decs. ns. 10.150, 10.151, 10.152, 10.256, 10.291, 10.370, 10.409, 10.415, 10.432;

em 1890, nos decs. ns. 193 D, 365, 380, 471, 862, 907, 955;

em 1891, nos decs. ns. 155, 372, 373, 436 A, 436 E, 660;

em 1895, no dec. n.º 1.983 A;

em 1899, nos decs. ns. 3.467, 3.477, 3.531;

em 1900, no dec. n.º 3.812.

Neste último, cláusula 27, como nos anteriores, se consagra para o governo "o direito de *resgatar a estrada*", passado um término, que no ato de 1900 é de trinta anos, e nos outros ora era esse, ora descia a vinte, quinze, ou, excepcionalmente, a dez.

Ora, no significado jurídico, as palavras *resgate, resgatar* se reservam a atos de alienação da propriedade, que a transferem das mãos do senhor atual às do seu primitivo dono. É o que já nos atestaram as autoridades supracitadas, e se pode ver em quantas discorrem do assunto. (MERLIN : *Rép.* v. IV, v.º *Faculté de rachat.* — DALLOZ : *Rép.*, v. XXXVIII, pág. 671, v.º *Rachat.* — *Grande Encycl.*, v.º *Rachat*, v. XXVIII, pág. 42. — GUILLOUARD : *Vente*, v. I, n.º 58. — *Proj. de cód. civ. bras.*, arts. 1.143-1.146.)

Logo, se durante o prazo da concessão o governo *resgata* aos concessionários *a estrada*, é que no domínio dos concessionários está ela durante esse prazo.

6.º) Freqüente é, nas concessões de ferrovias, o reconhecer-se aos concessionários o direito de as vender mediante autorização do governo. É o que se dá, por exemplo : em 1878, no dec. n.º 6.995, cláusula 16.ª; em 1882, nos decs. n.º 8.575, cl. 33, 8.586, cl. 32, 8.725, cl. 29, 8.822, cl. 31; em 1883, nos

decs. n.º 8.835, 8.888; em 1885, no dec. n.º 9.362; em 1888, nos decs. ns. 10.090, 10.101, 10.119, 10.121, 10.124, 10.125, 10.150, 10.151, 10.152; em 1889, nos decs. n.º 10.256, 10.291, 10.370, 10.415, 10.432; em 1890, nos decs. n.º 193 D. 365, 471, 619, 862; em 1895, no dec. n.º 1.983 A; em 1900, no dec. n.º 3.812.

Ora, bem o disse a côrte de apelação de Florença, depois de MANCINI (*op. cit.*, págs. 85 e 93), e após ela PACIFICI-MAZZONI: "Seria uma extravagância jurídica que o Estado interviesse, para autorizar um terceiro a vender coisa, que ao Estado pertencesse. Sarebbe una giuridica stranezza che lo Stato intervenisse per autorizzare un terzo a vender cosa che allo Stato appartenesse." (MAZZONI: *Ipotache*, v. I, pág. 244.)

A autorização é uma restrição, uma condição posta ao direito de alienar, uma função supletória e tutelar exercida sobre essa manifestação extrema dos direitos dominicais das companhias pelo Estado, atenta a resolubilidade comercial dêsse domínio e a expectativa jurídica assegurada em relação a êle à Fazenda Nacional.

Se o Estado fôsse o proprietário das ferrovias concedidas, durante a concessão, e os concessionários meros locatários, seria o Estado, e não êstes, quem as havia de alienar. Nunca se viu o proprietário de uma coisa reconhecer ao locatário direitos de alheá-la com autorização sua. Autorização não é procuração. Nem, a ser êle o proprietário, haveria razão de constituir os concessionários em procuradores seus para a alheação das vias férreas. Alheá-las-ia diretamente, pagando aos locatários os direitos creditórios, que sobre elas acaso tivessem.

7.º) Na legislação italiana exemplos há de cláusulas estabelecendo a *hipoteca* de caminhos de ferro a favor do Estado. Ora observa MANCINI e, com êle, o tribunal de Florença, "se o Estado fôsse, durante as concessões, o proprietário das estradas de ferro, e sôbre elas as companhias não tivessem mais que direitos *mobiliários*, com uma posse *precária*, impossível seria que o Estado sôbre elas adquirisse direitos *hipotecários*, que ninguém pode adquirir sôbre a sua propriedade". (MANCINI : *Op. cit.*, págs. 85, 86, 93.)

Mas o caso não é desconhecido no direito brasileiro. Haja vista o dec. n.º 1.299, de 19 de dezembro de 1853, cláusula 6.ª, que expressamente hipoteca ao Estado as partes da estrada sucessivamente construídas pela companhia, em segurança dos favores por ela recebidos, para garantir os direitos da Fazenda Nacional no caso de caducidade.

Ora haveria maior insensatez que *hipotecar* o proprietário a si mesmo a sua propriedade?

8.º) O reg. n.º 370, de 2 de maio de 1890, art. 243 prescreve que, "à exceção das concessões diretamente feitas pelo Estado, mediante lei ou decreto, como sejam as de minas, *caminhos de ferro* e canais, as demais transmissões entre os particulares e o Estado, como pessoa civil, são sujeitas à transcrição do art. 233 dêsse regulamento".

Ora o art. 233 dêsse regulamento só adscreve à transcrição a transmissão entre vivos "dos imóveis suscetíveis de hipoteca". Se, portanto, as concessões de vias férreas não importassem direitos imobiliários, suscetíveis de hipoteca, o art. 243 daquele ato não as teria que excluir do preceito da transcrição, consignado no art. 233.

9.º) A nossa lei hipotecária (dec. n.º 169 A, de 1890, art. 2.º, § 1.º, declara que podem ser objeto de hipoteca "as estradas de ferro, compreendendo todos os seus imóveis, acessórios, material fixo e rodante".

Ora não se poderiam chamar estrada de ferro as *linhas* interiores de carris, que os particulares assentam e mantêm dentro nos limites de seus estabelecimentos e propriedades. Mas, tirando essas, só nos restam as vias férreas do Estado e as pelo Estado concedidas. A estas duas espécies, logo, é que alude o texto há pouco transcrito. A hipotecabilidade ali determinada abrange, pois, as vias férreas exploradas pelo Estado e as vias férreas exploradas pelas empresas a que o Estado as outorga. O decr. de 1890 cortou aqui, assim, a questão sobre dois pontos contraversos noutras países. As ferrovias do Estado não são propriedades dominiais; não estão fora de comércio; não são inalienáveis. (BIANCHI : *Delle ipoteche*, v. I, n.º 281, págs. 500-503.) Podem ser, portanto, hipotecadas. As ferrovias concedidas pela autoridade pública são alienáveis, quanto mediante autorização do poder que as concede. Logo, respeitados os direitos desse poder, os seus decretos legítimos e as convenções com ele celebradas, são igualmente hipotecáveis. Mas, se são hipotecáveis, não pode ser senão pelas empresas que as possuem. Para elas o direito de hipotecar é consequência do de alienar. E o de alienar não pode resultar-lhes senão do de propriedade, ainda que limitado, resolúvel, e transferido, ou hipotecado, conseguintemente, sob as mesmas condições de temporaneidade e limitação.

10.º) Argumento análogo nos fornece, outrossim, o dec. n.º 177 A, de 15 de setembro de 1893, cujo art. 1.º, § 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, autoriza as compa-

nrias de caminhos de ferro a emitirem empréstimos em obrigações ao portador, segurando-as com hipotecas sobre todos os seus bens, e alargando o valor dêsses empréstimos além do capital estipulado nos seus estatutos.

Claro está, com efeito, que as emprêsas de vias férreas não poderão sujeitar os seus bens todos e, portanto, as suas linhas à cláusula hipotecária, se sobre êles exercessem apenas direitos *pessoais*. Tamanha vem a ser, entretanto a enormidade jurídica a que essa absurda concepção levaria, na frase de MANCINI "coloro dominati della pigra abitudine di una cieca e servile applicazione della giurisprudenza francese a tutte le nostre controversie giuridiche". (*Op. cit.*, pág. 43.)

11.^º) O Ministério da Fazenda, por circular de 3 de fevereiro de 1890 (*), mandou considerar submetidas ao impôsto aplicado pelo reg. n.^o 5.581, de 31 de março de 1874, as estradas de ferro. E, não se podendo referir às do Estado, óbvio é que só podia ter em mente as pelo Estado concedidas a emprêsas particulares. Logo, tais estradas não se acham no domínio do Estado. Porque, se estivessem, não pagariam impôsto ao próprio Estado, seu senhor e dono. Esse tributo não recai sobre os rendimentos e móveis das companhias, mas, expressamente, sobre as estradas como "móveis". Portanto, se êsses imóveis se achassem entre as propriedades nacionais, não ficariam obrigados a contribuições imobiliárias para com a fazenda nacional.

12.^º) Dentre os jurisconsultos brasileiros, só me lembram dois, que se houvessem ocupado com êste particular, um indireta, outro diretamente.

(*) Expedida pelo Autor, quando Ministro de Estado.

Indiretamente nêle tocou DÍDIMO DA VEIGA, no seu *Direito Hipotecário*. (Pág. 29, n.º 31.) Ali escreve êste autor : "Antes das disposições do decreto de 1890, já eram as estradas de ferro objetos de hipotecas, que se celebravam muitas vêzes, para garantir empréstimos realizados por meio de emissão de títulos de preferência (*debéntures*), no falso pressuposto de que a hipoteca era indispensável para conferir prelação a tais títulos, equívoco deplorável que a lei, felizmente, se incumbiu, em boa hora, de dissipar para sempre." Mas o Estado não emite *debéntures*. Era, por conseguinte, a garantir empréstimos contraídos pelas companhias concessionárias que se destinavam essas hipotecas de estradas de ferro "celebradas muitas vêzes" já "antes das disposições do dec. de 1890". Hipotecando as ferrovias, de que eram concessionárias, essas empresas exerciam, pois, um direito, que o governo lhes reconhecia, e a jurisprudência nunca lhes desconheceu. Ora a hipoteca é um elemento do direito de alienação, que só se reconhece aos que podem alienar. E não pode alienar quem sobre a coisa não tiver, pelo menos, o domínio útil.

Se o concessionário, pois, não é dono da via férrea durante a concessão, direitos reais tem, pelo menos, e dos que admitem hipoteca. Não direi que seja um usofrutuário, propriamente, porque, na cessão do usofruto, apenas se transmite o jus pessoal de usofruir. (LAFAYETTE: *Op. cit.*, § 101.) Não seria, pois, suscetível de hipoteca. Não o classificarei de superficiário; porque ante a lei n. 1.237, de 1864, que o não enumera entre os ônus reais (art. 6.º), dentre êles desapareceu êsse direito real. (LAFAYETTE : *Dir. das cois.*, § 179, n.º 8), como tal classificado entre os romanos e dotado então de

hipotecabilidade. (PAULO: *Fr. 16 D. de pig. act.*, XIII, 7.) Além de que, ainda em face dos princípios romanos, a classificação não seria estritamente exata; por quanto, *na superficie*, então, a amplitude do gôzo não comportava sequer o limite da *salva rerum substantia*. (COVIELLO: *Della superf. Arch. Giur.*, v. XLIV, pág. 63.) Seria, pois, um enfiteuta; visto que o dec. n.º 169 A, de 1890, contemplou entre os objetos hipotecáveis (art. 2.º, § 1.º) o *domínio útil*.

Assim se pronunciou um dos mestres da nossa jurisprudência, o outro dos dois jurisconsultos a que há pouco aludi. Refiro-me ao conselheiro RAMALHO. "Se as companhias", diz êle, "não têm o domínio pleno das estradas, compete-lhes o *domínio útil*, segundo o estatuído nos decretos de concessão." (*O Direito*, v. XVI, 1878, pág. 170.) E acrescentava: "Se as companhias não têm *propriedade* sobre as estradas de ferro, como poderão ser desapropriadas pelo governo?" (*Ibid.*)

Esta inteligência tem, além do mais, a vantagem de se conciliar, sem artifício nem fôrça, com a linguagem dos nossos atos administrativos. A *propriedade* das companhias, a que nêles se alude, seria o *domínio útil*. Transmissível, alienável, hipotecável, adstrito à conservação da substância da coisa, êste seria o direito real dos concessionários de vias férreas. Não importa a sua temporaneidade. A enfiteuse é, em geral, nos códigos modernos, uma relação de direito temporária. Não importa a ausência do cânon. Este exprime apenas o reconhecimento do domínio direto do senhorio pelo enfiteuta, reconhecimento que, nas concessões ferroviárias, assume aspecto ainda mais solene com o sistema de relações administrativas que nelas se estabelecem entre o governo e as empresas. O que importa é o fato capital

da absorção do domínio útil, com todos os seus elementos, nas companhias exploradoras.

Não hesito, pois, em responder que o direito da consulente sobre a sua zona privilegiada é um direito de natureza *real*, ou *imobiliária*. A zona forma, nas concessões, com a linha da estrada uma unidade inseparável, como o álveo do rio, com as margens, que a um tempo o encerram, e lhe permitem desenvolver o volume de suas águas. Desde o dec. n.º 1.030, de 7 de agosto de 1852, cláusula 2.ª, se não já de antes, as duas noções e as duas coisas estiveram sempre absolutamente associadas. Na zona tem a estrada, não só a garantia da sua renda, mais ainda o terreno de sobresselente indispensável às eventualidades do seu crescimento e às naturais condições da sua expansão lateral em desvios, linhas, armazéns, depósitos, oficinas e dependências de toda a natureza. Sem essa reserva de solo acidente à via principal seria impossível a constituição e a vida a um caminho de ferro. Técnicamente, econômicamente e juridicamente, pois, é indissolúvel a união entre o leito da estrada e as suas margens privilegiadas. Temos aí, portanto, uma indestrutível acessão legal. É o próprio plano da ferrovia que se alarga e estende paralelamente a si mesmo. É o mesmo leito da via férrea que se ensancha, até onde o exige o alimento da estrada. Não há, logo, distinção possível entre o direito do concessionário ao terreno, por onde correm os seus trilhos, e o seu direito ao terreno, que assegura a sua linha. Na mesma substância material assentam os dois direitos. A mesma relação jurídica os domina. Na essência, não é mais que um só direito, irrealizável sem o concurso dos dois elementos: o direito ao uso e gôzo da estrada concedida. E tanto assim é que, na emergência de uma execução hipotecária, a transmissão da linha ao novo adquirente

lhe transferiria, com o domínio útil da linha, a sua adjacência privilegiada.

II

Não só ao senhor do domínio pleno e ao do domínio direto, mas também ao do domínio útil, ainda que resolúvel, assiste o jus contestável de reivindicar. (C. TELES : *Dout. das Aç.* Ed. T. DE FREITAS, n.º 106 ao § 39, pág. 58. — MAYNZ : *Dir. rom.*, v. I, § 149, B. — LAFAYETTE : *Dir. das cois.*, § 82, 3.) Tem por fim a reivindicação constranger o injusto detentor a restituir a coisa, com os frutos, acessórios, perdas e danos. (Fr. 17, § 1, fr. 20 *D de reivind.*, VI, 1. — SERAFINI : *Dir. rom.*, v. I, § 75, pág. 281. — C. TELLES, loc. cit., pág. 59. — LAFAYETTE : *Op. cit.*, § 84 C, 1.) O réu é obrigado a devolver a posse da coisa *cum omni causa*, isto é, com tudo o que dela houve e lucrou, bem assim tudo o que por negligência perdeu. (HÖLDER : *Dir. rom.* Trad. CAPORALI, § 57, G, pág. 179.) Salvo se o possuidor é *bonae fidei*; porque, em tal caso, a restituição dos frutos e as perdas começarão a decorrer da *litis contestatio*. (HÖLDER, *ibid.*)

Na hipótese da consulta, portanto, a companhia concessionária da zona violada, sobre que tinha, pela concessão, os elementos do domínio útil, tem o direito de reivindicar, à emprêsa que lho usurpou, a renda líquida, que deviam produzir as cargas e passageiros, recebidos e deixados nas estações construídas pela segunda em território da primeira.

III

Em regra a prescrição adquisitiva é de dez anos entre presentes, e vinte entre ausentes. (B. CARNEIRO : *Dir. civ.*, L. II, § 40, n.º 30. — C. DA ROCHA :

D. civ., II, § 462. — LAFAYETTE, I, § 95, III. — T. DE FREITAS : *Consol.*, n.º 4 do art. 1.322.)

Isso, porém, havendo *justo título* e boa fé. Faltando a *boa fé*, entre nós, nunca se verifica a prescrição adquisitiva. (Ord. II, 53, § 5 *in fin.*, IV, 3, § 1.º *in f.* — T. DE FREITAS : *Cons.*, art. 1.321. — C. DA ROCHA, II, § 459. — LAFAYETTE, I, § 70, 1.) Faltando o *justo título*, só o decurso de trinta anos estabelece a prescrição. (C. DA ROCHA, § 463. — LAFAYETTE, *loc. cit.*)

Na hipótese haverá, talvez, *justo título*; quanto a concessão, *em tese*, (*não na hipótese*) é *título hábil*, para dar ao concessionário as faculdades que a companhia B. exerceu, construindo as estações, contra cuja existência pleiteia a sua antagónista. (MAYNZ, § 113 D, p. 754. — WARNKOENIG, § 353. — LAFAYETTE, § 68.)

Na espécie, porém, as condições dêsse *título*, isto é, os têrmos da concessão, obstavam a que a companhia B. se julgasse habilitada por êle a exercer os atos de posse, que exerceu.

Com efeito :

as declarações feitas na assembléia provincial, quando se deliberou sobre o projeto n.º 11, de 26 de março de 1874, em S. Paulo, assegurando-se que êle não cogitara em ofender direitos adquiridos;

o silêncio do contrato de 7 de abril de 1875 em relação ao privilégio de zona, que êsse ato não podia calar, se houvesse entre os contraentes o intento de convencioná-lo;

a autorização conferida à companhia Ituana, pelo contrato de out. 1870, para ajustar com a Paulista “o modo mais conveniente de funcionar, de modo que os seus interesses se harmonizem”;

a cláusula do contrato de 5 de setembro de 1873, onde se manda "respeitar os direitos de terceiros e especialmente a zona privilegiada da Paulista";

os contratos de 7 de abril de 1875 e 26 de novembro de 1883 mantendo expressamente aquêles dois outros anteriores;

as representações da Paulista à Ituana, em 1872, contra as estações construídas pela segunda na zona da primeira;

o reconhecimento do direito desta por aquela no contrato de 19 de outubro dêsse ano, onde a segunda estipula entregar à primeira dez por cento da renda bruta do tráfico pelas estações que se achasssem dentro no território da reclamante;

o ofício em que a Ituana pedia à Paulista a relevasse da obrigação de entregar aquela porcentagem, no concernente às estações da zona entre Campinas e o Rio Claro;

os térmos do outro ofício, em 30 de julho de 1879, no qual a Ituana se escusava de mencionar no acôrdo provisório as estações *do ramal*, que invadiam a zona privilegiada à Paulista, por considerar êsse trabalho dispendioso e inútil, desde que reconhecendo a primeira à segunda o privilégio de zona, "virtualmente ficara confessada a obrigação de pagar a porcentagem";

a razão, enfim, por que, ao cabo, declinou a Ituana de assinar o acôrdo, enumerando as estações da sua linha compreendidas na zona da Paulista, porque receava não estivessem por êle, na assembleia geral, os acionistas da sua contendora;

— tôdas essas circunstâncias, em suma, evidenciam

não só que a Ituana se não considerava segura no direito, com que estabelecera aquelas estações,

mas ainda que tinha a consciência de ser usurpatório o seu procedimento para com a paulista.

Ora em que consiste a boa fé? Na segura *convicção* do possuidor sobre o direito, em cujo nome exerce os atos de posse. A boa fé está na *justa opinio*, de POTHIER, na *illesa conscientia*, de VOET, na "croyance ferme et intacte", de TROPLONG, na "croyance pleine et entière" dos arrestos franceses (*Pand. Fr.*, v. XLV, pág. 565, n.º 1909), na "profonda convinzione", de CIMBALI. (*Del Possesso*, pág. 250, n.º 111.) O *bonae fidei possessor* é aquêle que *justo errore ductus est*. E basta a dúvida razoável, para excluir esse estado.

O direito romano requeria expressamente a ausência da dúvida no possuidor: *Bonae fidei emptor NON DUBIE, percipiendo, fructus etiam ex aliena re suos facit.*" (Fr. 48 pr. D. de *aquir. rer. dom.*, XLI, 1.) "*In bona fide esse non intelligatur qui dubitat*", ensina VOET. (*Pandect.*, L. XLI, t. 3, n.º 6.) E esta, observa CIMBALI,

"é a doutrina universalmente aceita". (*Op. cit.*, pág. 252.)

Mas, evidentemente, nos fatos apontados não há só a demonstração de que a Ituana duvidava. Há, ainda, prova de que sabia ou suspeitava seriamente não estar no seu direito. Trocando a correspondência, que trocou, em 1879, com a reclamante; reconhecendo haver na sua linha estações, que demoravam na zona da Paulista; convindo em ceder, por isso, a esta uma parte da sua renda bruta, e diligenciando obter da Paulista a remissão desse encargo, a trôco da confissão virtual do seu direito a exigir-lo, mediante o reconhecimento da sua zona privilegiada pela sua antagonista, esta companhia revelava cla-

ramente o sentimento da fraqueza jurídica da sua posse.

Não pode alegar, pois, essa condição de legitimidade, que um célebre jurisconsulto alemão definiu, dizendo : "A boa fé consiste na persuasão real e positiva de que não cometemos falta alguma, de que estamos em nosso direito, e não malfazemos a ninguém, apropriando-nos das coisas, a cujo respeito alimentamos essa convicção." (WÄCHTER : *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums.* Ap. YSEUX : *Droits du possess. de bonne foi,* p. 12.)

Logo, não pode invocar a prescrição *longi* ou a *longissimi temporis*.

IV

Sendo, a meu juízo, indubitavelmente um *jus in re* o direito da companhia sobre a sua estrada e a zona que lhe é acessório, e cabendo-lhe, portanto, a ação de reivindicação contra os atos usurpatórios, de que se queixa, não se pode negar a essa companhia o caráter de credor reivindicante, desde que o que constitui esta espécie de credores, é "o direito de reclamar, por meio de ação real, a sua propriedade ou um *jus in re*". (MENDONÇA : *Falenç.*, II, n.º 682.)

Já era difícil contestá-lo ante os princípios gerais de direito, as normas da praxe e o art. 881 do cód. comercial, interpretado pelos nossos arestos. Mas, hoje, o art. 76 pr. da lei n.º 859, de 1902, pôs acima de toda a controvérsia essa noção : qualquer *jus in re* basta, para conferir os privilégios de credor reivindicante.

Em face desse art., § 3.º, que renova a doutrina do cód. comercial, art. 881 *in fine*, pouco importa que a reivindicação já não encontre o objeto na sua

identidade : as garantias mercantis do *jus in re* asseguram ao credor reivindicante direito indisputável sóbre a espécie, em que a coisa foi subrogada.

V

Nas ações reais a citação faz litigiosa a coisa demandada. (Ord. IV, 10, § 1.º — RAMALHO : *Praxe*, §§ 121 e 143. — P. E SOUSA : *Prim. Lin.*, § 112. — P. BATISTA : *Prát.*, § 101. — RIBAS : *Consol.*, art. 236, § 2.º. — J. MONTEIRO : *Proc.*, § 91, 4.º).

Ora a coisa litigiosa não se pode vender, sob pena de ser a venda nenhuma e de nenhum vigor. (Ord. IV, 10, § 3.º. — C. DA ROCHA : *Dir. civ.*, § 807.)

Sendo, pois, o objeto do litígio, em meu entender, na ação de que se trata, um direito *real*, a ré, que, em violação dêsse direito, se avocou o de usufruir a zona da autora, não pode transferir êsse *jus in re*, contra o qual se pleiteia, sem incorrer na disposição proibitiva e anulatória da Ord. L. IV, t. 10, § 14.

Se, a despeito dela, a companhia demandada transferir êsse direito, de que abusivamente se apoderou, a autora pode fazer execução contra aquêle, a quem se houver transferido, se teve notícia do litígio, ou razão de o saber. (Ord. L. III, t. 84, § 14, t. 86, § 16. — RAMALHO : *Praxe*, § 143, n. f.)

Rio, 6 de agosto, 1904.

RUI BARBOSA

XII

ASSEMBLÉIAS PROVINCIAIS
do
IMPÉRIO

*Situação Jurídica dos Antigos
Funcionários Aposentados*

PARECER



NOTA DO REVISOR

A constituição do Estado da Bahia, promulgada a 2 de julho de 1891, em seu art. 144, determinava que o empregado público, contando no emprêgo mais de 10 anos de serviço, sem nota desabonadora, só poderia ser demitido por sentença, ou por motivo de incapacidade física, ou moral, sendo-lhe mantida, no último caso, as vantagens de aposentadoria e montepio (1).

Conferia-se no art. 37, à Assembléia Geral, a atribuição de regular as licenças e aposentadorias, por invalidez absoluta, dos funcionários públicos, não sendo permitido em outras leis decretar exceções ou legislar a respeito de casos individuais.

Contando um funcionário da assembléia estadual da Bahia mais de 10 anos de serviço, visto como havia sido nomeado a 15 de agosto de 1880, e sem prévia inspeção de saúde, foi aposentado *ex-officio* com os vencimentos integrais do seu cargo, em virtude de uma indicação da mesa da Câmara, e por ato desta aprovada; expediu-se, *ipso facto*, a competente provisão de aposentadoria, da qual constava ter sido o servidor aposentado, atendendo-se aos seus longos anos de bons serviços prestados, e bem assim ao estado melindroso de sua saúde (2).

Posteriormente, a lei de 30 de junho de 1904 ordenou que o governo do Estado revisse, desde logo, e de acordo

(1) Esse artigo manteve-se inalterável com a reforma constitucional decretada aos 24 de maio de 1915, passando, entretanto, a figurar no texto com o número 142.

(2) Datava de 1895 a aposentadoria concedida pela Assembléia.

com os arts. 37, 59, § 11 e art. 144 da Constituição do Estado, e na conformidade da lei nº 25, de 12 de agosto de 1892, tôdas as aposentadorias e jubilações, podendo usar dos meios e recursos legais, para obter a restituição dos alcances, que em consequência de tal revisão se verificassem.

Suscitou-se a controvérsia para o fim de saber-se se o funcionário, cuja situação acima foi mencionada, estava sujeito à lei de 30 de junho de 1904.

Foi, então, ouvido o Conselheiro RUI BARBOSA, que elaborou o parecer ora reproduzido.

O advogado HERCULANO MARCOS INGLÊS DE SOUSA também se manifestou a respeito, entendendo que, de acordo com o art. 37 da Constituição do Estado, não se enquadrava a hipótese na lei de 1904.

Entendia-se, por outro lado, que os empregados da secretaria da assembléia legislativa não eram funcionários públicos para os efeitos a que referia a norma estabelecida em 30 de junho de 1904.

Parecer

Responderei, alterando a ordem guardada pelos quesitos na consulta, para melhor harmonia na dedução das soluções, que lhes dou :

I

O Ato Adicional à Constituição do Império, Art. 6.º, ocupando-se com as assembléias legislativas de província, estatua :

A nomeação dos respectivos presidentes, vice-presidentes e secretários, verificação dos poderes de seus membros, juramento e sua polícia e *economia interna* far-se-ão na forma dos seus regulamentos.

Por força da cláusula constitucional, que neste artigo lhes comete a atribuição de “regular a sua economia interna”, as antigas assembléias provinciais, de acordo com o princípio geral nas assembléias legislativas, não só proviam os cargos das suas secretarias, mas ainda os *criavam*.

Logo,

a criação dêsses cargos não era ato do poder legislativo.

Não o era; porquanto se fazia sem o concurso da sanção presidencial, por deliberação privativa da assembléia, quando os atos legislativos, excetuados ànicamente os que dissessem respeito a finanças e

empregos municipais, não se consumavam, sem que o presidente da província os sancionasse. (Ato Adic., arts. 13-19.)

Assim que o lugar exercido pelo chefe de secção da secretaria da assembléia provincial, a que alude a consulta, nomeado em 15 de agosto de 1880, sob o régimen do Ato Adicional, *não pertencia ao número dos criados pelo poder legislativo.*

Ora a lei estadual de 30 de junho dêste ano manda rever as aposentadorias e jubilações, de acordo com a lei estadual n.º 25, de 12 de agosto de 1902; e, esta, circunscrevendo a categoria de funcionários públicos, a que se aplicam as suas disposições, prescreve :

Entendem-se como funcionários públicos, para os efeitos desta lei, aquêles *que exerçerem lugares criados pelo poder legislativo.*

Portanto,

não sendo criado pelo poder legislativo, mas pela assembléia provincial, na sua capacidade administrativa em relação à sua economia interna, o lugar que exercia o funcionário, de quem se trata, não cai, pelo estatuído na lei de 1904, sob o disposto na lei de 1902.

E, sendo assim, evidentemente,

não pode alcançar a êsse funcionário o exercício da autorização outorgada ao governo estadual na lei de 1904.

II

Não o pode, ainda, por outro motivo. A Constituição do Estado, a que alude a consulta, art. 12,

ainda mais clara que o art. 6.^º do Ato Adicional, estabelece que

cada câmara nomeará os empregados da respectiva secretaria.

Reproduz esta cláusula o disposto na Constituição da República, art. 18, onde se determina que "a cada uma das câmaras compete *nomear* os empregados de sua secretaria".

Mas, na inteligência desta disposição, as duas casas do Congresso Nacional, seguindo a tradição corrente nas assembléias dessa natureza, consideraram sempre incluída nessa competência, com a autoridade para *nomear*, a autoridade para criar os cargos de suas secretarias.

Não pode haver jurisprudência mais concludente para a interpretação daquele texto na constituição estadual. Logo,

privativa é, constitucionalmente, das duas câmaras da assembléia geral, naquele Estado, a atribuição, dada a cada uma delas, de prover e criar os cargos das suas secretarias.

Ora, a atribuição de instituir as funções, e provê-las, envolve a de exonerar os funcionários, como a de os aposentar.

Sendo essa atribuição de competência feita pela constituição do Estado, só a constituição do Estado a pode alterar. E, não permitindo a constituição do Estado confusão ou transposição de poderes, que discrimina, assim como não seria lícito a nenhuma das câmaras daquela assembléia geral delegar ao governo o arbítrio de lhe nomear os funcionários da secretaria, lícito não lhe era incumbi-lo de os aposentar. Mas, onde não cabe o menos, não pode

caber o mais. Logo, se ao governo não se poderia transferir o arbítrio de aposentar os empregados às secretarias das câmaras legislativas, muito menos se lhe pudera cometer o de alterar ou cassar as aposentadorias definitivamente resolvidas por atos dessas assembléias.

Conseguintemente, para não supormos que a Câmara dos Deputados, naquele Estado, voluntariamente atentara contra a sua constituição, o que nada nos autoriza a figurar, fôrça é concluir que

a autorização dada ao governo estadual com a lei de 30 de junho de 1904, para rever as aposentadorias, não compreendeu as dos funcionários das câmaras legislativas.

III

O art. 144, transcrito na consulta, da constituição do Estado em que ela cogita, promulga esta regra :

O empregado público, que contar *mais de dez anos de serviços no emprêgo*, sem nota que desabone a sua conduta, só poderá ser demitido por sentença, ou por motivo de *incapacidade física*, ou moral, sendo-lhe mantidas, neste último caso, as vantagens de aposentação e montepio estabelecidos em lei.

O empregado, em que se fala na consulta, fôrça provido aos 15 de agosto de 1880 pela assembléia provincial, e foi aposentado pela Câmara dos Deputados, em cuja secretaria servia então, aos 3 de agosto de 1895.

Excedera, por consequência, mais de cinco anos aos dez taxados na constituição estadual para a regularidade das aposentadorias.

A outra condição, a que estas, ali, constitucionalmente, se acham adstritas, é a da incapacidade, física, ou moral, do empregado.

Quanto à verificação da incapacidade física, no tocante aos empregos criados pelo poder legislativo e providos pelo executivo, em cuja autoridade, com a função de nomear, se encerra a de exonerar e aposentar, a lei estabelece regras imperativas, às quais, no exercício de tais faculdades, se acha subordinada a administração.

Essas regras, porém, não abrangem a categoria especial de cargos, a cujo respeito a competência, no instituir, prover, demitir e aposentar, é das assembleias legislativas, ao serviço das quais êles pertencem. Salvo se por ato do poder legislativo essas corporações ficarem expressamente sujeitas às mesmas regras.

Na hipótese não está explicitamente firmada semelhante ampliação.

Logo,

a câmara e o senado, naquela assembleia legislativa, não estão submetidos, na averiguação e declaração da incapacidade dos seus empregados, às normas gerais, estabelecidas para a aposentação nos cargos administrativos.

Salvo, portanto, as limitações, que elas próprias a si mesmas houverem pôsto nos seus regimentos, essas corporações legislativas, neste particular, apreciam e decidem privativa e soberanamente.

Mas, na hipótese de que se discorre, a declaração formal de inabilitação física do empregado se

acha feita pela respectiva câmara, já na votação de 2 de agosto de 1895, que adotou a indicação da mesa, já no ato do dia subseqüente, que serve de título de aposentadoria ao aposentado.

Destarte se acham indubitavelmente satisfeitos os dois requisitos constitucionais.

Tendo sido, pois, a aposentadoria resolvida, nas condições constitucionais, pela autoridade competente, segundo a constituição, nenhum ato dos poderes ordinários, administrativo ou legislativo, lhe pode tocar.

IV

Ainda quando, porém, falecesse ao ato, que se examina, alguma qualidade, constitucional, ou legal, para a sua regularidade perfeita, tendo sido praticado pela autoridade a todos os respeitos competente para o praticar, e com todas as condições aparentes de legalidade com que devia ser praticado, criou uma situação jurídica bilateral, entre o Estado e o funcionário, que a nenhuma das duas partes assiste o direito de romper.

O título de aposentadoria do funcionário importa numa obrigação, de caráter civil nos seus efeitos, para com ele contraída pelo Estado, mediante o órgão competente para por ele a contrair. O direito a ela correlativo entrou no patrimônio civil do aposentado.

Nunca mais dêle, portanto, se logrará desfalcar, senão mediante livre renúncia do interessado, ou sentença da justiça em pleito regular.

V

Caso, porém, a questão fôsse levada a juízo, ou pelo governo, ou pelo funcionário aposentado, e, em solução do litígio, a aposentadoria fôsse anulada pelos tribunais, êstes, de outra parte, considerando

1.º) que o funcionário não deixara a atividade a pedido seu, mas constrangido por uma deliberação imperativa da autoridade competente;

2.º) que, se êle não caíra, realmente, em invalidez, quando o aposentaram, êsse ato de prepotência o lesou, condenando-o a não vir a desfrutar a melhoria de vencimentos, com que mais tarde aquela câmara beneficiou os serventuários de sua secretaria;

3.º) que, se não acrescentando ao seu tempo de efetivo serviço os que decorreram de agosto de 1895, em que foi aposentado, e contra a sua vontade, por ato soberano e exclusiva culpa do poder que o aposentou,

— os tribunais, repetimos, isso considerando, teriam, pelo menos, de lhe mandar computar, para o cálculo da aposentadoria, como de serviço efetivo, êsses anos, quando não reconhecessem, ainda, à vítima da lesão o jus de embolsar a diferença entre os vencimentos, que tem recebido, e os que receberia, se não fôra indevida, arbitrária e forçadamente aposentada.

Isto pôsto, definida se acha a posição jurídica do aposentado, sobre quem versa a consulta.

Temos por incontestável a subsistência da sua aposentadoria. Mas, quando ela não subsistisse, a conseqüência da sua rescisão seria contar-se ao funcionário o tempo, que deixou de servir, constrangido

pela assembléia que o aposentou, e indenizá-lo da redução de vencimentos, com que êsse ato o lesou.

A aposentadoria, porém, envolve, para o governo que a dá, em proveito do empregado que a recebe, um vínculo contratual, destinado a assegurar a remuneração de serviços prestados. Por outro lado, é da índole do título, que outorga a aposentadoria, o ser perpétuo; e da substância da perpetuidade, nos contratos que estipulam semelhante obrigação, é serem irretratáveis. Porque retratabilidade e perpetuidade são idéias entre si absolutamente incompatíveis.

Para que essa garantia desapareça, necessário será que o laço jurídico dessa obrigação do Estado na realidade *não exista, ou seja anulável*. Mas da *inexistência*, como da *anulabilidade*, das obrigações só os tribunais judiciais decidem.

Logo,

nem a Câmara dos Deputados, nem o governo poderão, de sua própria autoridade, rever essa aposentadoria, ou constranger o aposentado a volver ao serviço, para se habilitar a merecê-la.

VI

Dado, porém, que, não obstante, o fizessem, óbvios são os meios, que as leis e a constituição do Estado lhe oferecem para a defesa do direito violado.

Nêle se reintegraria, acionando, perante as justiças do Estado, a fazenda estadual, a fim de lhe guardar as condições da aposentadoria concedida, embolsando-lhe os vencimentos, que lhe não houvesse pago, pagando-lhe, daí por diante, os que hou-

vessem de correr, e resarcindo-lhe as perdas e danos, que da violação do seu título resultassem.

Temos assim dado o nosso juízo acerca das questões propostas.

Rio, 24 de dezembro, 904.

RUI BARBOSA

— No império competia às assembléias provinciais legislar sobre a criação, supressão e nomeação de empregos e empregados municipais, que, con quanto dependentes assim da legislatura da província, nem por isso deixavam de ser *municipais*. At. Ad., art. 10, nº 7. [Nota do Autor].



XIII
CARGO PÚBLICO VITALÍCIO
EM FACE DA LEI ORDINÁRIA

Natureza Contratual da Função Pública

PARECER



C(ONSULTA

1º) Tem o dr. Ulpiano direito adquirido ao acesso ao cargo de catedrático de direito romano ?

2º) Podia o decr. nº 3.903, de 12 de janeiro de 1901, embora expedido por fôrça de autorização conferida na lei orçamentária nº 746, de 29 de dezembro de 1900, art. 3º nº II, tirar ao dr. Ulpiano a substituição da cadeira de direito romano e o consequente direito ao acesso ao lugar de catedrático dessa cadeira ?

3º) Pode o dr. Ulpiano intentar ação sumária para pedir à Fazenda Federal os vencimentos de catedrático desde a data da nomeação de outro, para a cadeira de direito romano, por diante ?



Parecer

Comentando o art. 74 da Constituição, adverte o dr. J. BARBALHO :

Convém notar que a vitaliciedade, que a constituição garante, é a dos cargos, a que ela ligou essa condição, isto é, os de juízes, de membros do Tribunal de Contas, do Supremo Tribunal Militar e a dos postos de oficiais do Exército e Marinha. Pode, é verdade, a lei ordinária, excepcionalmente, declarar vitalícios outros cargos, quando a isso aconselhem altos motivos de ordem pública; mas essa garantia, se a lei a deu, a lei a poderá retirar, quando lhe pareça terem cessado seus motivos determinantes (Coment., p. 341).

Esta doutrina, porém, verdadeira quando a entendemos em hábeis termos, será falsa e absurda, se a estendermos além do objeto que o direito lhe impõe.

A norma de onde resulta a vitaliciedade participa, em relação a cada cargo, da natureza, constitucional ou legislativa, do ato que a estabeleceu. Se o cargo se declarou vitalício por um texto da Constituição, só uma reforma constitucional o poderá sujeitar à condição comum da amovibilidade. Se o legislador ordinário é que lhe imprimiu a vitaliciedade, a lei ordinária lha poderá retirar.

Este arbítrio, porém, diz respeito ao cargo, não à pessoa que o exerce. Para esta o cargo, em que foi provida vitaliciamente, não perderá jamais o caráter de vitaliciedade, embora a lei revogue a regra geral, que a estabeleceu. Porque, nas relações entre o nomeante e o nomeado, a saber, entre o governo e o

funcionário, a vitaliciedade faz parte das condições, sob as quais o primeiro propôs e o segundo aceitou a nomeação. A vitaliciedade é, com efeito, "uma garantia", para nos servirmos da justa expressão adotada por aquêle comentador. Mas, por isso mesmo que é uma "garantia", não a pode retirar aquêle que a prestou. Que vem a ser, neste sentido, uma "garantia"? A segurança prestada, em firmeza de uma obrigação, por aquêle que a contrai. Mas, o devedor não pode anular a própria obrigação, nem diminui-la, ou enfraquecê-la. Logo, a garantia poderá ser renunciada por quem a recebe; mas não pode ser retirada por quem a outorga. Figurar, pois, uma garantia suscetível de ser retirada por aquêle que a deu, quando lhe aprouver, é supor a maior das estravagâncias e a mais grosseira das antilogias. Quando, portanto, o dr. J. BARBALHO observa que "essa garantia, se a lei a deu, ela a poderá retirar, quando lhe pareça", não pode querer dizer que dela caiba ao legislador o arbítrio de privar os funcionários já nomeados. Aos futuros poderá negá-la e serão nomeados sem essa garantia, que foi retirada ao cargo. Mas, aos atuais, a quem ela se prometeu, nunca será lícito subtrai-la, ainda que a tenha perdido o cargo por êles ocupado. Porque, tirar a garantia à função, é modificar-lhe as condições *ad futurum*, e tirá-la ao funcionário é legislar *ad præteritum*, destruindo um direito adquirido, o que a nossa constituição, art. 11, n.º 3, não consente.

Se o cargo, realmente, era vitalício ao tempo da nomeação, o funcionário nêle investido adquiriu direito à vitaliciedade, por estipulação implícita no ato que o nomeou. As relações de serviço que unem o funcionário ao Estado assentam num verdadeiro contrato — num contrato de direito público. (SEYDEL;

LABAND; STENGEL; GAREIS; GAUPP; BAYER; LOUING; ENDEMANN; JELLINEK; BEHM). "O contrato não é uma concepção de direito privado, mas uma concepção de direito geral". (LABAND, v. II, § 45.) Cabe, até, no direito público internacional. Não há motivo para que não caiba no direito público interno. Não importa a desigualdade das partes. A igualdade dos contraentes não é indispensável à validade da convenção. O essencial é a sua liberdade. Não importa a forma unilateral do ato de nomeação. Ainda no direito privado atos jurídicos há, que dêste modo se consumam. Haja vista a negociação das letras de câmbio e outros papéis à ordem. O que importa à idéia jurídica de contrato é tão somente o mútuo e livre concurso de pessoas capazes. Há capacidade? Há liberdade? Há estipulação de compromissos, recíprocos ou unilaterais? Então há contrato. Ora, todos êsses elementos concorrem no provimento dos cargos públicos. Temos aí, por conseguinte, um contrato. De direito público? Sim. Também os há dêste caráter. Exemplos no direito das gentes, os tratados; no direito público interno, as naturalizações. (LABAND, ed. fr., v. II, p. 107 e seg. 127 — 132, 135, 8. KAMMERER : *La fonct. publ. en Allem.*, p. 88-104).

Se, pois, as relações do funcionário com o Estado nascem de um contrato, e neste se assegurou ao funcionário a vitaliciedade, não pode ser dado ao outro contraente o retirar-lha. Se o faz por simples ato administrativo, é a brutal ruptura do vínculo contratual. O direito não a sanciona. Se o faz mediante uma lei, essa lei é retroativa e, por conseguinte, nula, ante o art. 11 n.º 3, da constituição brasileira.

Ora, o que acabamos de firmar quanto à perpetuidade do cargo se adapta rigorosamente, e com o mesmo fundamento, ao seu objeto. Este, como aquela,

se abrangem na matéria do contrato, no seu conteúdo. Logo, não podem ser alterados por nenhum dos contraentes. O título de nomeação, conferindo ao nomeado o cargo vitalício, lhe impôs o ônus e lhe assegurou o direito de exercer, enquanto válido, as funções ligadas a esse cargo pelas leis então vigentes. Se o Estado o demitisse dessas funções, lhes mudasse o objeto, ou removesse o funcionário para outras, procederia nulamente, porque sairia dos termos do contrato, anulando ou modificando o seu conteúdo.

Exemplificando com a hipótese do professor, sobre que versa a consulta, provido vitaliciamente numa cadeira, não o podem constranger à aceitação de outra. "Les professeurs de l'enseignement secondaire et supérieur ont un droit véritable à leur enseignement", diz um tratadista do assunto, ocupando-se com a legislação d'Alemanha, onde a vitaliciedade se estende a esses dois graus do professorado. (KAMMERER, *op. cit.*, p. 388). Não pode ser obrigado a ler direito público o que concorreu para direito romano, nem a ensinar economia política o nomeado para lecionar prática do processo.

Aplicando-se ao caso, a que se refere a consulta, dos substitutos nas faculdades de direito, não há razão para que o princípio varie de consequências. Determinava a lei n.º 314, de 30 de outubro de 1895, compor-se a quarta secção de três cadeiras: direito romano, direito civil e legislação comparada. Por outro lado, o código do ensino promulgado com o decreto n.º 1.159, de 3 de dezembro de 1892, e aprovado pelo decreto legislativo n.º 230, de 7 de dezembro de 1894, estatua, no art. 61:

Vagando alguma cadeira, será para ela nomeado, por decreto do governo, o substituto mais antigo.

Ambas essas leis vigoravam, quando concorreu à 4.^a secção, em São Paulo, o consulente, quando para ela foi nomeado, e quando nela se empossou, como substituto de direito romano. Acresce, ainda, que, sob a vigência das mesmas leis, lecionou por quatro anos, substituindo o catedrático, dessa cadeira, e que, nesse decurso de tempo, fêz o curso complementar, prescrito no art. 1.^º § 2.^º, da lei n.^º 314, de 1895.

São essas leis, consequintemente, as que lhe definem os direitos. Sob o império delas fêz êle o seu concurso, aceitou a sua nomeação, recebeu a investidura do cargo, e lhe exerceu duplamente as funções durante quatro anos. Ora, essas leis, sob a garantia de vitaliciedade, lhe afiançaram o acesso à cadeira de direito romano, em se lhe abrindo a vaga. Dêsse acesso, conseqüentemente, nenhuma lei o poderia privar sem ferir um direito adquirido. Logo, o decreto n.^º 3.903, de 12 de janeiro de 1901, art. 5.^º, transferindo para a primeira secção a cadeira de direito romano, não podia alcançar, derrogar, nulificar aquêle direito.

A vitaliciedade, evidentemente, não teria objeto, se ao governo tocasse o arbitrio de suprimir ou desmembrar os direitos de que ela constitui a garantia legal. O substituto não concorreu ao número designativo da quarta secção, mas ao ensino das matérias que a compõem, com as vantagens da promoção ao lugar de catedrático nas vacâncias respectivas. Sob essa cláusula se submeteu às provas do concurso, e se desempenhou das substituições que lhe couberam. De modo que, não só as obrigações por parte do Estado se acham solenemente firmadas, mas ainda as obrigações por parte do funcionário estavam cabalmente satisfeitas, assentando assim o seu título jurí-

dico, de um lado, no contrato, do outro, na sua observância por aquêle dos contraentes que ora lhe reclama do outro o cumprimento.

Admitir que o governo, únicamente com remover para outra secção a matéria, a cuja cadeira fizera jus o substituto o dispa legitimamente dêsse direito, seria autorizar em princípio o Estado a esbulhar êsse funcionário de todos os direitos de sua situação. Porque bastava nesse caso, distribuir por outras secções as três disciplinas, de que a quarta se compunha, quando êle a ela concorreu, para que o substituto decaísse do seu direito a tôdas as cadeiras, cuja sucessão lhe estava estipulada. Ficar-lhe-iam então as novas matérias, de que aquela secção passava a compor-se, e em que êle, confiado no seu direito legal, talvez se não habilitara; o que, para um homem de senso moral e probidade científica, importaria virtualmente uma exoneração.

Se a posição do substituto não fôsse vitalícia, tais faculdades teria, indubitavelmente, a administração; porque, tendo o poder extremo de o demitir, com maioria de razão possuiria o de lhe sujeitar sucessivamente a ocupação do cargo a condições novas e diversas. No tocante às funções amovíveis, de feito, a única obrigação do Estado para com o funcionário está em lhe pagar os vencimentos durante o tempo de serviço. Mas, se o emprêgo é perpétuo, e a lei lhe atribuiu uma entidade constituída por certos direitos, dêstes não pode ser arbitrariamente desapossado o funcionário, a quem se asseguraram. O legislador, que tentasse fazê-lo, incorreria no abuso de atentar contra um contrato solene, anulando-lhe as obrigações. E os poderes públicos, em nosso régimen, "are prohibited from passing laws impairing the obligation of contracts", porque essa é uma das formas

injurídicas da retroatividade. (*WADE : A treat. on the oper. and construct. of retroactive laws*, § 8, p. 10).

Respondo ao primeiro quesito, pois, que, para o dr. Ulpiano, o acesso à cadeira de direito romano era um direito adquirido.

Respondido está, portanto, igualmente, o segundo quesito. Se era um direito adquirido, nenhuma lei o poderia desrespeitar, sem cair em inconstitucionalidade.

Logo, ou o decreto n.º 3.903, de 1901, não cogitava de tal aplicação, e o governo procedeu inconstitucionalmente, quando lha deu; ou cogitava, e, por inconstitucional, não devia ser aplicado.

II

Isto suposto, não se pode vacilar na solução do 3.º quesito. O direito adquirido, que se violou, entendia com o patrimônio do indivíduo lesado. Era, portanto, um direito individual, e foi transgredido por um ato da autoridade administrativa. Logo, em qualquer tempo, tem o amparo da ação ordinária, que, nos casos de inconstitucionalidade, é imprescritível, e, se o atentado não tiver um ano, o benefício da ação sumária do dec. n.º 221, art. 13, para demandar o prejudicado à União os vencimentos de catedrático desde a data da nomeação indevida.

Rio, 5 de junho, 1904.

RUI BARBOSA



BIBLIOGRAFIA



BIBLIOGRAFIA

I

RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER MEDIANTE COMPROMISSO

PARECER

- ARNDTS, Ludovico. — *Trattato delle Pandette [Lehrbuch der Pandekten]*. Prima versione italiana de FILIPPO SERAFINI. Bologna, Fava e Carraghari, 1872-1879.
- BEVILAQUA, Clóvis. — *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1900.
- BLACKSTONE, William. — *Commentaries on the Law of England*. With Notes Selected by WILLIAM DRAPER LEWIS. Philadelphia, 1900.
- BOITARD. — *Code de Procedure Civile*. Bruxelles, 1840-1842.
- BORSARI, Luigi. — *Il Codice Italiano di Procedura Civile Annotato*. Quarta edizione. Torino, 1878-1881.
- CARRÉ, C. L. T. — *Commentario sulle Leggi di Procedura Civile*. Terza edizione francesa. Prima edizione italiana arrichita dell'Avv. LUIGI LO GATTO. Napoli, 1853-1856.
- Civilprozessordnung für das Deutsche Reich*.
- Code Civil* [Napoléon].
- Code de Procédure Civile. [Les Codes Français Collationnées sur les Textes Officiels par Louis TRAPIER]*. Paris, 1898.
- Codice Civile del Regno d'Italia*.
- CODOVILLA, Egidio. — *Del Compromesso e del Giudizio Arbitrale*. Studio Teorico-Pratico. Torino, 1899.
- CUZZERI, Emanueli. — *Il Codice di Procedura Civile*. Illustrato. Sec. edizione. Torino, 1883.

- DALLOZ, D. — *Repertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*. Tome IV. Paris, 1846.
- FERREIRA, José Dias — *Código do Processo Civil Anotado*. Vol. I, Lisboa, 1887-1890.
- GALDI, Domendicantonio. — *Commentario del Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*. Nuova edizione. Napoli, 1887-1894.
- GARGIULO, Francesco Saverio. — *Il Ccdice di Procedura Civile del Regno d'Italia*. Sec. edizione riveduta. Napoli, 1887.
- GARSONNET, E. — *Traité Théorique et Pratique de Procédure*. Paris, 1882-1897.
- GLASSON, E. — *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*. Avec le Concours au Point de Vue Pratique de P. COLMET DAÂGE. Paris, 1902.
- LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Prima Traduzione Italiana Proseguita a Cura di ALBERTO MARGHIERI. Tomo XXVII. Milano, 1886.
- LESSONA, Carlo. — *Arbitramento*. IN *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. I, Parte III, págs. 546-640.
- MAGNI, Claudio. — *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*. Preceduto dalla Relazione del Ministro Guardasigilli. Annotato. Firenze, 1880.
- MARIANI, Mariano. — *Compromesso*. IN *Digesto Italiano*. Vol. VII, Parte III. Págs. 543-602. Torino, 1896-1899.
- MATTIROLO, Luigi. — *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Torino, 1892-1898.
- MORTARA, Ludovico. — *Manuale della Procedura Civile*. Terza edizione. Torino, 1901-1902.
- Pandectes Belges*. Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges par EDMOND PICARD. Vº *Compromis*. Vol. XXII. Bruxelles, 1887.
- Pandectes Françaises*. — Récueil Mensuel de Législation, de Jurisprudence et de Législation. Vol. VIII. Paris, 1886-1896.
- Projeto de Código Civil Brasileiro*. — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Vols. I e II. Rio de Janeiro, 1902.
- RODRIGUES, A. Coelho — *Projeto de Código Civil Brazileiro*, Rio, 1893.
- TRIANI, G. — *Studi ed Appunti di Diritto Civile Giudiziario*. — Bologna, 1883.

IV

AREIAS MONAZÍTICAS

PARECER

- ACOLLAS, Émile. — *Manuel de Droit Civil. Commentaire et Critique du Code Napoléon.* Paris, 1874-1877.
- ARNDTS, L. R. von Arnsberg. — *Lehrbuch der Pandekten.* 13^{ta}. Auflage. Stuttgart, 1886.
- ARNTZ. — *Cours de Droit Civil Français.* Bruxelles, 1879-1880.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et CHAUVEAU, M. — *Des Biens. [Traité théorique et Pratique de Droit Civil].* Paris, 1896.
- CARAFFA, Tito. — *Enfiteuse.* IN *Digesto Italiano.* Vol. X, págs. 419 a 477.
- CHIRONI, G. P. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano.* Torino, 1888-1889.
- [Code Civil Neerlandais]. Traduit par mme. Gustave Tripels. Paris, 1886.
- Código Civil [De España]. Edición oficial. Madrid, 1889.
- Código Civil Português. Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Pôrto, 1871.
- Codice Civile del Regno d'Italia. Ed. Barbera.
- Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen, Berolini, 1895.
- DALLOZ, D. — *Repertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence.* Vol. XXXIII. Paris, 1856.
- DEMANTE, A. M. — *Cours Analytique de Code Civil.* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE. 3^{me}. édition. Paris, 1885-1889.
- DEMOLOMBE, C. — *Cours de Code Napoléon.* Tome X. Paris, 1870.
- DERNBURG, Heinrich. — *Pandekten.* 7. Auflage, unter Mitwirkung von JOHANNES BERMANN. B. II. Berlin, 1900-1902.
- DURANTON, M. — *Cours de Droit Français suivant le Code Civil.* 4^{me}. édition. Paris, 1844.
- FILIPPI, Francesco de. — *Corso Completo di Diritto Civile Italiano Comparati.* Napoli, 1878-1891.
- FORCELLINI, Egidio — *Totius Latinitatis Lexicon.* Vincenti, 1858-1860.
- FREIRII, Paschoalis Josephi Melli. — *Institutiones Juris Civilis Lusitani.* Cum Publici tum Privati. Conimbricæ, 1815.

- FREITAS, Augusto Teixeira de — *Aditamento à Consolidação das Leis Civis.* Revista Anual. Rio de Janeiro, 1877.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. — *Código Civil. Esboço.* Rio de Janeiro. 1860-1864.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. — *Consolidação das Leis Civis.* Rio de Janeiro, 1896.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. — *Vide CORREIA TELES, J. H. — Formulário.*
- GIORGIO, Giorgio. — *Tecria delle Obligazioni nel Diritto Moderno Italiano.* Vol. IV. Firenze, 1890-1892.
- GIRARD, Paul Frédéric. — *Manuel Élementaire de Droit Romain.* 2^{me} édition. Paris, 1898.
- HUC, Théophile. — *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil.* Vol. IV. Paris, 1892-1903.
- LAFAYETTE, *vide : PEREIRA, L. Rodrigues, op. cit.*
- LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile.* Prima traduzione italiana. Vol. VIII. Milano, 1886.
- MAYNZ, Charles. — *Cours de Droit Romain.* Précedé d'une Introduction contenant l'Histoire de la Législation et des Institutions politiques de Rome. Bruxelles, 1876-1877.
- MUIRHEAD. — *Historial Intiduction to the Private Law of Rome.* Edimburgo, 1886.
- NAMUR, P. — *Cours d'Institutes et d'Histoire du Droit Romain.* Gand, 1864.
- Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V.* Livro IV. Coimbra, 1792.
- Ordenações e Leis do Reino de Portugal.* Recopiladas per mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro. Coimbra, 1847.
- PACIFICO-MAZZONI, Emidio. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano.* Vol. III. Firenze, 1880-1894.
- Pandectes Belges. Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, par EDMOND PICARD. Vols. XXII, XXXV e XXXIX. Bruxelles, 1887-1896.
- Pandectes Françaises. Récueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Vol. XXIX. Paris, 1896.

- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. — *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro, 1877.
- PLANIOL, Marcel. — *Traité Elémentaire de Droit Civil*. 3^{me} édition. Paris, 1904.
- PROUDHON, J. B. Victor. — *Traité des Droits de l'Usufruit, d'usage personnel et d'habitation*. 2^{me} édition. Dijon, 1836.
- RICCI, Francesco. — *Corso Teórico-prático di Diritto Civile*. Torino, 1881.
- ROCHA, Manuel Antônio Coelho da — *Instituições de Direito Civil Português*, Coimbra, 1886.
- SANTERRE, Colmet de. — *Vide : DEMANTE, A. M., op. cit.*
- SCHAFF. — *De l'Influence de l'Erreur, du Dol et de la Violence sur les Actes Juridiques*. Ed. de 1902.
- SERAFINI, Filippo. — *Istituzioni di Diritto Romano comparato al Diritto Civile Patrio*. Firenze, 1889.
- SIMONCELLI, Vincenzo. — *Le Costruzioni Giuridiche dell'Enfiteuse e le Moderne Leggi d'Affrancamento*. IN *Archivio Giuridico*, Vol. XL. págs. 429 a 479.
- SOHM, Rudolph — *The Institutes of Roman Law [Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts]*. Translated (from the 4th. edition of the german) by JAMES CRAWFORD LEDLIE. Oxford, 1892.
- TELES, José Homem Corrêa. — *Digesto Português ou Tratado dos Direitos Civis*. Acomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa para servir de subsídio ao novo Código Civil. Coimbra, 1845.
- TELES, José Homem Corrêa. — *Formulário dos Contratos, Testamentos e Outros Atos do Tabelionado*.
- THIRY, Victor. — *Cours de Droit Civil*. — Professé à l'Université de Liège. Tomo IV. Paris, 1892-1893.
- TOULLIER, C. B. M. — *Le Droit Civil Français suivant l'Ordre du Code*. Continué et complété par J. B. DUVERGIER. 6^{me}. édition. Paris, s/d.

- VAN LEUWEN, Simon. — *Commentaries on Roman-dutch Law.* Translated from the original dutch by G. G. KOTZE. London, 1881-1886.
- VAREILLE-SOMMIÈRE, Gabriel de Labroué. — *Étude sur l'Erreur en Droit Romain et en Droit Français.* Paris, 1871.
- VOETII, Johannis. — *Commentarii ad Pandectas, Lib. XLI, Tit. III.* Halae, 1776-80.
- WARNKOENIG, L. A. — *Institutiones Iuris Romani Privati.* Bonnae, 1860.
- WINDSCHEID, Bernhard. — *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 8te. Auflage, von Dr. THEODOR KIPP. Frankfurt a.M., 1900-1901.
- ZACHARIAE, K. S. — *Le Droit Civil Français [Handbuch des französischen Civilrechts].* Trad. de l'allemand par G. Massé et Ch Vergé. Paris, 1854-1860.

V

IMPÔSTO TERRITORIAL

PARECER

- CASTRO, Augusto Olimpio Viveiros de. — *Tratado dos Impostos. Estudo teórico e prático.* Rio de Janeiro, 1901.
- CAVALCANTI, Amaro. — *Elementos de Finanças. (Estudo Teórico-Prático).* Rio de Janeiro, 1896.
- FORCELLINI, Egidio. — *Totius Latinitatis Lexicon.* Vincentii, 1858-1860.
- GRAZIANI, Augusto. — *Istituzioni di Scienza delle Finanze.* Torino, 1897.
- LEROY-BEAULIEU, Paul. — *Traité de la Science des Finances.* Paris, 1891-1892.
- NITTI, Francesco S. — *Lezioni di Scienza delle Finanze.* Dette nell'anno 1900-01 nella R. Università di Napoli. Napoli, 1901.
- NITTI, Francesco S. — *Principi di Scienza delle Finanze.* Napoli, 1903.
- La Réforme Fiscale en France et à l'Étranger.* Paris, 1901.
- ROCHA, M.A. Coelho da. — *Instituições de Direito Civil Português.* Coimbra, 1886.

SCHÖNBERG, Gustav. — *Finanzwissenschaft und Verwaltungslehre*. Tübingen, 1885.

SCHÖNBERG, Gustav. — *Volkswirtschaftslehre*. In zwei Banden. Tübingen, 1885.

WAGNER, A. — *Specielle Steuerlehre*. Vide : SCHÖNBERG, Gustav, IN *Volkswirtschaftslehre*.

VII

IMPÔSTO SÔBRE O ÁLCOOL

PARECER

BLACK, Henry Campbell. — *Handbook of American Constitutional Law*. St. Paul, 1895.

BARBOSA, Rui. — *Discurso proferido no Congresso Nacional na Sessão de 16 de dezembro de 1890*. Rio de Janeiro, 1891. [Obras Completas de RUI BARBOSA — Vol. XVIII, tomo I, Rio, 1946].

BARBOSA, Rui. — *Impostos Interestaduais*. IN *O Direito*, Vol. XCII.

BOLAFFIO, Leone. — *Il Codice di Commercio Italiano Commentato*. 1883-1886.

BRYCE, James. — *The American Commonwealth*. 3rd, edition. London, 1893.

CALVO, Nicolás Antonio. — *Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales de los Estados Unidos desde 1789*. Buenos Aires, 1887.

CARVALHO, Anfilófio B. Freire. — *Impôsto Federal sobre a indústria localizada em um dos Estados da República*. Rio, 1903.

CÉRENVILLE, Max de. — *Les Impôts en Suisse*. Assiette. Quotite. Mesures d'Exécution. Étude de Droit Public comparé et d'Economie National. Paris, 1898.

CHAILLEY, Joseph. — Vide : SAY, Léon, op. cit.

Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Acompanhada das Leis Orgânicas publicadas desde 15 de novembro de 1889. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.

- COOLEY, Thomás, M. — *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America.* 3rd. edition. Boston, 1898.
- COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Constitutional Limitation which rest upon the Legislativ Power of the States of America Union.* 5th. edition. Boston, 1883.
- COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Law of Taxation including the Law of local assessement.* 2nd edition. Chicago, 1886.
- DALLOZ. — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence.* Paris, 18
- Enciclopedia Giuridica Italiana.* Esposizione Ordinata e Completa, etc. Sotto la direzione de Pascoale Stanislao Mancini. Milano, s/d.
- FLORA, Frederico. — *Le Finanzi degli Statti Compositi.* Torino, 1900.
- FORD, Worthington, C. — *The American Citizen's Manual.* New York, 1887.
- GOURD, Alphonse. — *Les Chartes Coloniales et les Constitutions des États Unis de l'Amérique du Nord.* Paris, 1885-1903.
- La Grande Encyclopedie.* Inventaire raisonné des sciences, des lettres des arts par une Société de Savants et de Gens de lettres. Paris, s/d.
- HAMILTON, Alexander, JOHN JAY and JAMES MADISON. — *The Federalist.* A Commentary on the Constitution of the United States. Edited by HENRY CABOT LODGE. London, 1888.
- HARE, J. I. Clark. — *American Constitutional Law.* Boston, 1889.
- HOWE, Frederic C. — *Taxation and Taxes in the United States under the internal Revenue System 1791-1895.* New York, s/d.
- ILES, Georges. — *The Liquor Questions in Politics.* New York, 1889.
- JAY, John. — Vide HAMILTON, Alexander, in op. cit.
- JONES, William H. — *Federal Taxes and States Expenses.* New York, 1889.
- LABAND, Paul. — *Le Droit Public de l'Empire Allemand [Das Staatsrecht des Deutschen Reiches].* Avec une préface de M. F. LARMANDE. Trad. Paris, 1900-1904.
- LEROY-BEAULIEU, Paul. — *Traité de la Science des Finances.* 5^{me} édition. Paris, 1891-1892.
- LESTRADE, Combes de. — *Les Monarchies de l'Empire Allemand. Organisation Constitutionnelle et Administrative.* Paris, 1904.
- LEWIS, Nm. Draper. — *The Federal Power over Commerce and its Effect on State Action.* Philadelphia, 1892.

- LIEBER, Francis. — *Legal and Politic Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction Law and politics.* With remarks on Precedents and Authorities. St. Louis, 1880.
- LYON-CAEN, Ch. & RENAULT, L. — *Traité de Droit Commercial.* Paris, 1890-1897.
- MACY, Jesse. — *Our Government.* How it grew what it does and how it does it. Boston, 1887.
- MADISON, James. — *Vide : Hamilton, Alexander, in op. cit.*
- MAXWELL, Peter Benson. — *On the Interpretation of Statutes.* 2nd. edition. London, 1883.
- MILLER, Samuel Freeman. — *Lectures on the Constitution of the United States.* New York, 1891.
- Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique.* Publié sous la direction de Léon Say et de Joseph Chailley. Paris, 1891-1900.
- ORDRONAUX, John. — *Constitutional Legislation of the United States.* Its origin, and application on the relative powers of Congress. Philadelphia, 1891.
- PALMA, Luigi. — *Studii sulle Costituzioni Moderne.* Torino, 1892.
- Pandectes Belges.* Encyclopédie de Législation, Doctrine et de Jurisprudence. Vol. VII.
- Pandectes Françaises.* — Recueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Vol. VI. Paris, 1886-1896.
- PATTERSON, Christopher. — *The United States and the States under the Constitution.* Philadelphia, 1888.
- POORE, Ben Perley. — *The Federal and States Constitutions.* Colonial Charters and other organic Laws of the United States. 2nd. edition. Washington, 1878.
- Rapport Présenté à S. M. l'Emperereur sur le Budget de l'Empire pour l'exercice de 1904.* S. Petersburg, 1903.
- RENAULT, L. — *Vide : Lyon-Caen, Ch. op. cit.*
- Revista de Jurisprudência.* Directores Drs. Raja Gabaglia e Bartolomeu Portela. Vol. XIII.
- RICHARD, Louis. — *Histoire des Finances Publiques de la Belgique depuis 1830.* S/1. Ed. s/d.
- SALIS, L. R. von. — *Le Droit Fédéral Suisse.* Jurisprudence du Conseil Fédéral et de l'Assemblée Fédérale en Matière de Droit Public et Administratif [Schweizerisches Bundesrecht; staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesver-

- COOLEY, Thomás, M. — *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America.* 3rd. edition. Boston, 1898.
- COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Constitutional Limitation which rest upon the Legislativ Power of the States of America Union.* 5th. edition. Boston, 1883.
- COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Law of Taxation including the Law of local assessement.* 2nd edition. Chicago, 1886.
- DALLOZ. — *Répertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence.* Paris, 18
- Enciclopedia Giuridica Italiana.* Esposizione Ordinata e Completa, etc. Sotto la direzione de Pascoale Stanislao Mancini. Milano, s/d.
- FLORA, Frederico. — *Le Finanzi degli Statti Compositi.* Torino, 1900.
- FORD, Worthington, C. — *The American Citizen's Manual.* New York, 1887.
- GOURD, Alphonse. — *Les Chartes Coloniales et les Constitutions des États Unis de l'Amérique du Nord.* Paris, 1885-1903.
- La Grande Encyclopedie.* Inventaire raisonné des sciences, des lettres des arts par une Société de Savants et de Gens de lettres. Paris, s/d.
- HAMILTON, Alexander, JOHN JAY and JAMES MADISON. — *The Federalist.* A Commentary on the Constitution of the United States. Edited by HENRY CABOT LODGE. London, 1888.
- HARE, J. I. Clark. — *American Constitutional Law.* Boston, 1889.
- HOWE, Frederic C. — *Taxation and Taxes in the United States under the internal Revenue System 1791-1895.* New York, s/d.
- ILES, Georges. — *The Liquor Questions in Politics.* New York, 1889.
- JAY, John. — *Vide HAMILTON, Alexander, IN op. cit.*
- JONES, William H. — *Federal Taxes and States Expenses.* New York, 1889.
- LABAND, Paul. — *Le Droit Public de l'Empire Allemand [Das Staatsrecht des Deutschen Reiches].* Avec une préface de M. F. LARMANDE. Trad. Paris, 1900-1904.
- LEROUY-BEAULIEU, Paul. — *Traité de la Science des Finances.* 5^{me} édition. Paris, 1891-1892.
- LESTRADE, Combes de. — *Les Monarchies de l'Empire Allemand. Organisation Constitutionnelle et Administrative.* Paris, 1904.
- LEWIS, Nm. Draper. — *The Federal Power over Commerce and its Effect on State Action.* Philadelphia, 1892.

- LIEBER, Francis. — *Legal and Politic Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction Law and politics.* With remarks on Precedents and Authorities. St. Louis, 1880.
- LYON-CAEN, Ch. & RENAULT, L. — *Traité de Droit Commercial.* Paris, 1890-1897.
- MACY, Jesse. — *Our Government.* How it grew what it does and how it does it. Boston, 1887.
- MADISON, James. — *Vide : HAMILTON, Alexander, in op. cit.*
- MAXWELL, Peter Benson. — *On the Interpretation of Statutes.* 2nd. edition. London, 1883.
- MILLER, Samuel Freeman. — *Lectures on the Constitution of the United States.* New York, 1891.
- Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique.* Publié sous la direction de Léon Say et de Joseph Chailley. Paris, 1891-1900.
- ORDRONAUX, John. — *Constitutional Legislation of the United States.* Its origin, and application on the relative powers of Congress. Philadelphia, 1891.
- PALMA, Luigi. — *Studii sulle Costituzioni Moderne.* Torino, 1892.
- Pandectes Belges.* Encyclopédie de Législation, Doctrine et de Jurisprudence. Vol. VII.
- Pandectes Françaises.* — Récueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Vol. VI. Paris, 1886-1896.
- PATTERSON, Christopher. — *The United States and the States under the Constitution.* Philadelphia, 1888.
- POORE, Ben Perley. — *The Federal and States Constitutions.* Colonial Charters and other organic Laws of the United States. 2nd. edition. Washington, 1878.
- Rapport Présenté à S. M. l'Emperereur sur le Budget de l'Empire pour l'exercice de 1904.* S. Petersburg, 1903.
- RENAULT, L. — *Vide : LYON-CAEN, Ch. op. cit.*
- Revista de Jurisprudência.* Diretores Drs. Raja Gabaglia e Bartolomeu Portela. Vol. XIII.
- RICHARD, Louis. — *Histoire des Finances Publiques de la Belgique depuis 1830.* S/1. Ed. s/d.
- SALIS, L. R. von. — *Le Droit Fédéral Suisse.* Jurisprudence du Conseil Fédéral et de l'Assemblée Fédérale en Matière de Droit Public et Administratif [Schweizerisches Bundesrecht; staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesver-

sämlung seit dem 29. Mai 1874]. Trad. par EUGÈNE BOREL. Berne, 1892-1894.

Sammlung der Bunderverfassung und Kantonsverfassungen. Amtliche Ausgabe. Bern, 1880.

SHAW, Albert. — *The National Revenues. A Collection of Papers by American Economists.* Chicago, 1888.

SAY, Léon et CHAILLEY, Joseph. — *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique.* Publié sous la direction de Léon Say et de Joseph Chailley. Paris, 1891-1900.

SUTHERLAND, J. G. — *Statutes and Statutory Construction.* Chicago, 1891.

THAYER, James Bradley. — *Cases on Constitutional Law.* With notes. Cambridge, 1894-1895.

VIVANTE, Cesare. — *Trattato di Diritto Commerciale.* 1^a edizione, Milano, s/d.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. — *Tratado dos Impostos. Estudo Teórico e Prático.* Rio de Janeiro, 1901.

WHITNEY, William Dwight. — *The Century Dictionary.* Prepared under the supervision of W. D. Whitney. 1889.

ZORLI, Alberto. — *Diritto Tributario Italiano.* Studio. Bologna, 1887.

VIII

IMPÔSTO SÔBRE TRANSAÇÕES COMERCIAIS

PARECER

BANCROFT, George. — *History of the Formation of the Constitution of the United States of America.* 2nd. edition. New York, 1882.

CARLIER, Auguste. — *La République Americaine des Etats-Unis.* Paris, 1890.

CARSON, Hampton L. — *The Supreme Court of the United States.* Philadelphia, 1892.

CASTRO, Augusto Olímpio Viveiros de. — *Tratado dos Impostos* — Rio, 1901.

CAVALCANTI, Amaro. — *Elementos de Finanças (Estudo Teórico-Prático).* Rio de Janeiro, 1896.

CHAILLEY, Joseph. — *L'Impôt sur le Revenu.* — Législation comparée et économie politique. Paris, 1884.

CHAILLEY, Joseph. — *Vide : SAY, León.*

CHASE. — *Vide : WOODBURN, James Albert, op. cit.*

- COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Constitutional Limitations.* Which rest upon the legislative Power of the States of America Union 5th. edition. Boston, 1883.
- CURTIS, George Ticknor. — *Constitutional History of the United States from their Declaration of Independence to the close of the Civil War.* New York, 1889-1902.
- DELOMBRE, Paul. — *L'Impôt sur Revenu.* Rapport nr. 1831. Chambre des Députés. 1896. Paris, 1896.
- DICEY, A. V. — *Lectures. Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* London, 1885.
- GOURD, Alphonse. — *Les Chartes Coloniales et les Constitutions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord.* Paris, 1885-1903.
- GRAZIANI, Augusto. — *Istituzioni di Scienza delle Finanze.* Torino, 1897.
- GUYOT, Yves. — *L'Impôt sur le Revenu.* Paris, 1887.
- HARE, J. I. Clark. — *American Constitutions Law.* Boston, 1889.
- HITCHCOCK, Henry. — *Constitutional History of the United States as seen in the Developement of American Law.* 1889.
- HITCHCOCK, Henry. — *V. Hampton Carson's Suprem. Court.*
- KENT, James — *Commentaries on American Law.* 11 th edition. Boston, 1867.
- LEROY-BEAULIEU, Paul. — *Traité de la Science des Finances.* 5me. édition, Paris, 1891-1892.
- LIEBER, Francis. — *On Civil Liberty and self Government.* 3rd. edition. Philadelphia, 1883.
- LOWELL, Lawrence. — *Essays on Government.* Boston and New York, 1889.
- MARSHALL, John. — *The Writing upon the Federal Constitution.* Boston. 1839.
- MURFORD, Elischa. — *The Nation. The Foundations of Civil Order und Political Life in the United States.* Boston, 1889.
- NITTI, Francesco S. — *Principii di Scienza delle Finanze.* Napoli, 1903.
- NOAILLES, Duc de. — *Cent Ans de République aux Etats-Unis.* Paris, 1886-1889.
- Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique.* Publié sous la direction de LÉON SAY et JOSEPH CHEILLEY, Paris, 1891-1900.
- Pandectes Françaises. Recueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Vol. XLIV. Paris, 1886-1896.

- RAMALHO, Joaquim Inácio. — *Praxe Brasileira*. 2^a edição aumentada com Anotações pelo Dr. PANFILO D'ASSUNÇÃO. S. Paulo, 1904.
- SAY, Léon et CHAILLEY, Joseph. — *Vide : Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*. Publié sous la direction de Léon Say et de Joseph Chailley. Paris, 1891-1900.
- STORY, Joseph. — *Commentaries on the Constitution of the United States*. 5th. edition. Boston, 1891.
- STUART MILL, John. — *Consideration on Representative Government*. London, 1861.
- SUMNER-MAINE, Henry. — *Popular Government*. Four Essays. 2nd. edition. London, 1886.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. — *De la Démocratie en Amérique*. 14me. édition. Paris, 1864.
- UGO, Gio. — *La Responsabilità dei Pubblici Ufficiali*. Torino, 1885.
- VEIGA FILHO, João Pedro da. — *Manual da Ciência das Finanças*. São Paulo, 1898.
- WALKER, Timothy. — *Introduction to American Law Designed as a first Book for Students*. 9th. edition revised by Clement Bates. Boston, 1887.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. — *The Supreme Court of the United States. Its History and Influence in our Constitutional System*. Baltimore, 1890.
- WOODBURN, James Albert. — *The American Republic and its Government*. 2nd. edition. New York and London, 1903.

IX

LEVANTE DE 14 DE NOVEMBRO DE 1904

PARECER

- Código Penal da Armada. Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, mandado aplicar ao Exército pelo decreto nº 612, de 29 de setembro de 1899.
- Consolidação das Leis da Justiça Federal. Decreto nº 3.084, de 1898 Rio de Janeiro, 1898.
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Acompanhada das Leis Orgânicas publicadas desde 15 de novembro de 1889. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.

- Cerpus Juris Civilis.* Editio Stereotypa septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolini, 1895.
- DAVIS, George B. — *A Treatise on the Military Law of the United States.* New York, 1901.
- Gazeta Jurídica. Revista Semanal de Jurisprudência, Doutrina e Legislação. Vol. XV. Rio de Janeiro, 1877.
- GRAN, J. — *Fonctionnement de la Justice Militaire dans le différents Pays d'Empire.* Cristiania, 188.
- MARSIL, Jean. — *La Réforme de la Justice Militaire.* Paris, 1901.
- Pandectes Françaises. Recueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. Paris, 1886-1896.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula. — *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil.* Com a lei de 3 de dezembro de 1841, nº 261, e Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842. Rio de Janeiro, 1899.
- ROLIN, Alberic. — *Les Infractions Politiques.* IN *Revue de Droit International et de Législation Comparée.* Vol. XVI.
- SORTAIS, Pierre. — *Des Delicts Militaires et de leur Répression.* Thèse. Paris, 1900.
- TITARA, Ladislau dos Santos. — *Segundo Complemento do Auditor Brasileiro.* Rio de Janeiro, 1859.

X

FORNECIMENTO DE GÁS E ENERGIA ELÉTRICA

PARECER

- AIRSCH, Édmon. — *Législation et Jurisprudence Administratives Concernant l'Electricité dans ses différents Usages.* Paris, 1898.
- ALLISON, Edward D. and Penrose, Bois. — *The City Government of Philadelphia.* Baltimore, 1887.
- The Annals of the American Academy of Political and Social Science.* Vol. XXIII. 1904.
- BLACK, Henry Campbell. — *An Essay on the Constitutional Prohibitions.* St. Paul, 1887.
- BLACK, Henry Campbell. — *Handbook of American Constitutional Law.* St. Paul, 1895.
- BLACKSTONE, William. — *Commentaries on the Laws of England with Notes Selected.* Philadelphia, 1900.

- BOIES, Penrose. — *Vide : Allison, Edward D., op. cit.*
- BRANON, Henry. — *A Treatise on the Rights and Privileges Guaranteed by the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States.* Cincinnati, 1901.
- BROOM, Herbert. — *Constitutional Law viewed in Relation to Common Law and exemplified by Cases.* London, 1885.
- BRYCE, James. — *The American Commonwealth.* London, 1888.
- CAMMEO, Frederico. — *I Monopoli Communali.* IN *Archivio Giuridico* Vol. LIV, págs. 296 a 314.
- CAMMEO, Frederico. — *Illuminazione Pubblica.* IN *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. I, Parte I, págs. 46 a 75. Milano, 1902.
- CHÉREAU, Léon. — *Les Distributions Collectives : Eau, Gas, Electricité.* IN *L'Année Administrative.* An. 1903.
- COOLEY, Thomas. — *A Treatise on The Constitutional Limitations.* Which rest upon the Legislative Power of the States of American Union. Boston, 1883.
- COOLEY, Thomas M. — *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America.* 3rd. edition. Boston, 1898.
- DILLON, John F. — *Commentaries on the Law of Municipal Corporations* 4th. edition. Boston, 1890.
- ELY, Richard T. — *Monopolies and Trusts.* New York.
- FARRER, T. H. — *The State in its Relation to Trade.* London, 1883.
- GIRON, A. — *Le Droit Public de la Belgique.* Bruxelles, 1884.
- HARE, J. I. Clark. — *American Constitutional Law.* Boston, 1889.
- HAURIOU, Maurice. — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général.* Paris, 1901.
- JENKS, Edward. — *Monopolies in the United States.* IN *Palgrave's Dictionary of Political Economy.* 1900.
- KEASBEY, Edward Quinton. — *The Law of Electric Wire in Streets and Highways.* 2nd. edition. Chicago, 1900.
- LAWSON, John D. — *Rights, Remedies and Practice at Law, in Equity, and under the Codes.* A Treatise on American Law in Civil Causes with a Digest of Illustrative Case. San Francisco, 1889-1891.
- MACAULAY, Thomas. — *History of England [The Works of Lord Macaulay Complete].* London, 1873.
- MC CLAM, Emlin. — *A Selection of Cases on Constitution Law.* Boston, 1900.

- MONTEMARTINI, G. — *Municipalizzazione dei Pubblici Servizi*. Milano, 1902.
- MORELLI, G. A. — *La Municipalizzazione dei Servizi Pubblici*. Studio Economico. Torino, 1901.
- Pandectes Belges*. Encyclopédie de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges. Par EDMOND PICAR. V^e Éclairage, Vol. XXXIV, Cols. 507 a 540. Bruxelles, 1890.
- PICARD, Edmond. — *Vide Pandectes Belges*.
- POORE, Ben. Perley. — *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and other Organic Law of the United States*. Washington, 1878.
- STUART MILL, John. — *Political Economy*. Apud FARRER, op. cit.
- SUPINO, Camilo. — *La Concorrenza e le sue piu Recenti Manifestazione*. IN *Archivio Giuridico*, Vol. LI, Págs. 307 a 360. Pisa, 1893.
- TASSWELL, Langmead Thomas Pitt. — *English Constitutional History*. From the Teutonic Conquest to the Present Time. 3rd. edition. London, 1886.
- THAYER, James Bradley. — *Cases on Constitutional Law*. With Notes. Cambridge, 1894-1895.
- WILSON, James. — *Works*. Being his Public Discourses upon Jurisprudence and Political Science. Chicago, 1896.
- WILSON, Woodrow. — *The State*. Elements of Historical and Practical Politics. Boston, 1889.

XI

HIPOTECA DE ESTRADAS DE FERRO

PARECER

- Annuaire de Législation Étrangère*. 1874 — 1879 — 1881 — 1888.
- ARNEDTS, L. R. von Arnesberg. — *Lehrbuch der Pandekten*. 13. Auflage. Stuttgart, 1886.
- AUCOC, Léon. — *De l'Hypothèque sur les Chemins de Fer*. IN *Revue Critique de Législation*. 1876, págs. 81 e segs.
- BANDEIRA, Antônio Herculano de Sousa. — *Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, Rio, 1898.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. — *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial*. Rio de Janeiro, 1890.
- BATBIE, A. — *Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif*. Paris, 1885.

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. — *Précis de Droit Civil*. Paris, 1899-1900.
- BENVENUTI, Giovanni Battista. — *I Tramways. Note Giuridiche*. Firenze, 1884.
- BETHOMONT. — *Vide : Aucoc, op. cit.*
- BIANCHI, Emilio. — *Delle Ipoteche [Il Diritto Civile Italiano per cura di PASQUALE FIORE — Parte VIII]*. Napoli, 1896-1898.
- CARNEIRO, Manuel Borges. — *Direito Civil de Portugal*. Contendo três livros. Lisboa, 1844-1847.
- CANNADA-BARTOLI, Gaetano. — *Il Sistema Ipotecario Italiano*. Napoli, 1879-1889.
- CHIESE, Luigi. — *Il Sistema Ipotecario*. Torino, 1863.
- CIMBALI, Enrico. — *Studi di Dottrina e Giurisprudenza Civile*. Edição de 1889.
- Código Albertino.
- Codice Civile del Regno d'Italia*. Ed. Barbera.
- Código Comercial do Império [da República dos Estados Unidos] do Brasil. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.
- Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa Septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodorus Mommsen. Berolini, 1895.
- COTELLE, A. — *Cours de Droit Administratif*.
- COVIELLO, Nicola. — *Della Superficie*. IN *Archivio Giuridico*. Vol. XLIX. págs. 3 a 195.
- Il Digesto Italiano*. Vol. III, Parte II. Torino, 1890.
- DALLOZ, D. — *Repertoire Méthodique et Alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*. Vols. XXIX, XXXVII, XXXVIII. Paris, 1854-1858.
- DUBOIS, Paul. — *Les Chemins de Fer aux Etats-Unis*.
- FLEURY, Lamé. — *Code Annoté des Chemins de Fer*. Ed. de 1868.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. — *Consideração das Leis civis*, Rio, 1896.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. — V. TELLES, José Homem Correia.
- GARNIER. — *Actions Possessoires*.
- GIORGI, Giorgio. — *La Dottrina delle Persone Giuridiche o Corpī Morali*. Firenze, 1894.
- La Grande Encyclopédie*. Inventaire raisonné des sciences, des lettres, des arts par une Société de Savants et de Gens de lettres. Paris, s/d.
- GIRARD, Paul Frédéric. — *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 2^{me}. Edition. Paris, 1898.

- GUILLIARD, L. — *Traité de Privilèges & Hypothèques*. Livre III, Titres XVIII e XIX du Code Civil. 8^{me}. édition. Paris, 1897-1898.
- GUILLIARD, L. — *Traité de la Vente & de l'Échange*. Livre III, Titres VI et VII du Code Civil. 2^{me}. édition. Paris, 1890.
- HEIMBERGER. — *Vide* : MANCINI, *op. cit.*
- HAURIOU, Maurice. — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. 4^{me}. édition. Paris, 1901.
- HÖLDER, Edoardo. — *Istituzioni di Diritto Romano* [*Institutionen des römischen Rechts*]. Tradotte in italiano de DANTE CAPORALI. Torino, 1887.
- LAFAYETTE. *Vide* : PEREIRA, L. Rodrigues, *op. cit.*
- LAURENT, F. — *Principii di Diritto Civile*. Prima Trad. italiana. Vol. VI. Napoli-Roma, 1881.
- LIMA, Pedro Moreira da Costa. — *Coleção de Leis, Provisões, Decisões sobre Terrenos de Marinha*. Colhidos e ordenados. Rio de Janeiro, 1865.
- MANCINI, P. Stanislao. — *Questioni di Diritto*. Napoli, 1878-1880.
- MARIOTTE, Louis. — *Nature du Droit du Concessionnaire des Voies de Ferrées*. Thèse [Faculté de Droit de Paris]. Bar-le-Duc, 1897.
- MAZZA, Alfredo. — *Delle Acque nei Rapporti con la Pubblica Amministrazione*. Torino, 1893.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. — *Das Falências e dos Meios Preventivos de sua Declaração*. Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. São Paulo, 1890.
- MERLIN. — *Vide* : DALLOZ, D., *op. cit.*
- MESTACH DE TER KIELE. — *Vide* : *Pandectes Belges*, Vol. XVIII, pág. 557.
- MONTEIRO, João. — *Programa do Curso do Processo Civil ou Apontamentos para as Lições da 3^a Cadeira do 4^º Ano da Faculdade de Direito de São Paulo*. S. Paulo, 1899-1901.
- NANI, *Studi di Diritto Ferroviario*. IN *Archivio Giuridico*, Vo. XIV. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Recopiladas per mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro. Coimbra, 1847.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Firenze, 1880-1894.
- Pandectes Belges*. Encyclopédie de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges. Par EDMOND PICARD. Vols. XVIII — XXVII — XLI. Bruxelles, 1891-1892.
- Pandectes Françaises*. Récueil Mensuel de Jurisprudence et de Législation. V^o *Chemins de Fer*.

- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. — *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro, 1877.
- PICARD, Alfred. — *Traité des Chemins de Fer*. Paris, 1887.
- PLANIOL, Marcel. — *Traité Élementaire de Droit Civil*. Paris, 1904.
- POCHINTESTA, Felix. — *Dei Privilegi e delle Ipoteche. Secondo il Codice Civile Italiano*. Torino, 1880.
- PONT, Paul. — *Vide : TROPLONG, op. cit.*
- Projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1902. [Trabalhos da Comissão, Vol. I].
- RAMALHO, Joaquim Inácio. IN *O Direito*, vol. XVI, Rio de Janeiro, 1878.
- RAMALHO, Joaquim Inácio. — *Praxe Brasileira*. 2^a edição. Aumentada com anotações pelo Dr. Pâncilo d'Assunção. São Paulo, 1904.
- RANDOLPH, Carman F. — *The Law of Eminent Domain in the United States*. Boston, 1894.
- Revue de Législation*. Tomo V. 1836-1837.
- RIBAS, Antônio Joaquim. — *Consolidação das Leis do Processo Civil e Comercial*. Com a colaboração de seu filho Dr. Júlio A. Ribas. Rio de Janeiro, 1879.
- RICCI, Francesco. — *Corsso Teorico e Pratico di Diritto Civile*. Torino, 1886.
- ROCHA, M.A. Coelho da. — *Instituições de Direito Civil Português*. Coimbra, 1886.
- SABBATINI, Giunio. — *Commento alle Leggi sulla Espropriazione per Pubblica Utilità e sul Risasamento*. 2^a ed. Torino, 1890-1887.
- SERAFINI, Filippo. — *Istituzioni di Diritto Romano. Comparato al Diritto Civile Patrio*. Firenze, 1889.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. — *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Acomodado ao Foro do Brasil por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. Rio de Janeiro, 1880.
- TELLES, José Homem Correia. — *Doutrina das ações*. Acomodada ao fôro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. — Rio de Janeiro, 1880.
- TROPLONG. — *Privilège et Hypothèques*. Paris, 1864.
- VEIGA, Dídimio Agapito da. — *Direito Hipotecário. Comentário ao Decreto nº 169 A, de 19 de janeiro de 1890*. Rio de Janeiro, 1899.
- VENEZIAN, Giacomo. — *Dell'Usofrutto, dell'Uso e dell'Abitazione*. Napoli, 1895.
- VOETII, Johannis. — *Commentarii ad Pandectas*. Lib. XLI, Tit. III. Halae, 1776-1880.

WÄCHTER. — *Die bona fides insbesonders bei der Ersitzung des Eigentums.* Apud YSEUX, op. cit.

WARNKÖNIG, Leopold August — *Institutiones Iuris Romani Privati.* Bonnae, 1860.

YSEUX, Victor. — *Droit du Possesseur de Bonne Foi quant aux Fruits produits par la Chose.* Paris, 1894.



ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ACCARIAS, p. 277.
ACOLLAS, Émile, ps. 70, 71.
AIRSCH, Edm., p. 237.
ALBUQUERQUE, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e, ps. 49, 207.
ALFREDO [de Inglaterra], p. 226.
ALLINSON AND PENROSE, p. 232.
ALMEIDA, Antônio Augusto Ribeiro de, ps. 48, 208.
ALVES, Francisco de Paula Rodrigues, p. 181.
ANDRADE, Teixeira de, p. 3.
ANDREWS, p. 212.
ARAÚJO, José Tomás Nabuco de, ps. 189, 191, 253.
ARNDTS, Ludwig R. von Arnsberg, ps. 7, 53, 72, 78, 84, 88, 282.
AUCOC, Léon, ps. 260, 261, 262, 268.
AULETE, F. J. Caldas, p. 273.
BANCROFT, George, p. 173.
BANDEIRA, João Carlos de Sousa, p. 277.
BARBOSA, Rui, ps. IX, XI, XII, X, XI, XII, XIII, 13, 17, 20, 23, 27,
49, 63, 98, 101, 129, 134, 141, 160, 163, 176, 182, 183, 198, 199,
208, 247, 253, 302, 306, 315.
BARRADAS, Joaquim da Costa, p. 49.
BARROS, Hermenegildo Rodrigues de, p. XIII.
BATISTA, Francisco de Paula, p. 301.
BAUDRY-LACANTINERIE, G. ps. 70, 282.
BAYER, p. 323.
BEHM, p. 323.
BEMIS, p. 241.
BENVENUTI, Giovanni Battista, p. 274.
BEVILÁQUA, Clóvis, p. 10.
BIANCHI, Emílio, p. 292.
BLACK, Henry Campbell, p. 223.
BLACKSTONE, William, ps. 13, 213, 225.
BLUNTSCHLI, Johann Gaspar, p. 129.
BOITARD, ps. 7, 8.

- BOLAFFIO, Leone, p. 157.
BORSARI, Luigi, p. 13.
BOTELHO, Antero, p.
BRADLEY, p. 121.
BRANDÃO, João Soares, p. 207.
BRANDÃO, José Pires, p. 208.
BRANDÃO, Ulisses de Carvalho Soares, p. 28.
BRANNON, p. 224.
BRIANTHE, Henri, p. 245.
BROOM, Herbert, p. 213.
BRYCE, James, p. 140.
CALUCCI, Afonso, p. 18.
CALVO, Nicolas Antônio, p. 145.
CAMMEO, Frederico, ps. 235, 238, 240, 242.
CANNADA-BARTOLI, Gaetano, p. 270.
CAPORALI, p. 297.
CARLIER, Auguste, p. 174.
CARNEIRO, Manuel Borges, p. 297.
CARRÉ, C.L.T., p. 7.
CARVALHO, Anfilófio Botelho Freire de, p. 135.
CARVALHO, Antônio Gontijo de, p. XII.
CARVALHO, Carlos Augusto de, p. 49.
CARVALHO, Joaquim Pires Muniz de, p. 133.
CARVALHO, José de, p. 48.
CASTRO, Antônio Augusto Cardoso de, p. 182.
CASTRO, Augusto Olímpio Viveiros de, ps. 107, 154, 167.
CASTRO, Olegário Herculano Aquino e, p. 11.
CAVALCANTI, Amaro, ps. 11, 107, 167.
CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa, ps. 231, 322.
CÉRENVILLE, Max, ps. 135, 136.
CHILLEY, Joseph, p. 170.
CHASE, p. 174.
CHAUVEAU, p. 70.
CHÉREAU, Léon, p. 233.
CHIESI, Luigi, p. 269.
CHIRONI, G., ps. 73, 84, 85, 90.
CIMBALI, Enrico, p. 300.
CLODOMIRO, ps. 259, 260.
COKE, Lorde, p. 213.
CODOVILLA, Egidio, ps. 7, 13.
CONDE, João Alfredo, p. 116.

- COOLEY, Thomas, ps. 38, 139, 148, 149, 151, 152, 154, 172, 213, 217, 218, 219, 220, 221, 223.
- COSTALLAT, José Alípio Macedo da Fontoura, p. 181.
- COTELLE, A., ps. 266, 267, 275.
- COVIELLO, Nicola, ps. 262, 269, 280, 294.
- CURTIS, George Ticknor, p. 174.
- CUZZERI, Emanueli, p. 13.
- DALLOZ, Desiré, ps. 7, 8, 73, 89, 158, 261, 268, 276, 277, 278, 289.
- DARCY, p. 212.
- DAVIS, George B., ps. 187, 197.
- DELLABEAU, p. 266.
- DELOMBRE, p. 170.
- DEMANTE, A. M., p. 70.
- DEMOLOMBE, C., p. 71.
- DERNBURG, Heinrich, ps. 58, 73, 78, 88.
- DICEY, A. V., p. 172.
- DILLON, John, ps. 220, 221, 223, 225.
- DÓRIA, Horácio Lucatelli, p. 28.
- DUBOIS, Paul, p. 257.
- DUFOUR, p. 271.
- ELY, Richard T., p. 216.
- ENDEMANN, Wilhelm, p. 323.
- FARRER, Mill., ps. 234, 235.
- FERREIRA, José Dias, ps. 7, 8.
- FIGUEIREDO, Bernardino de Sena, p. 163.
- FIGUEIREDO, Cândido de, p. 272.
- FILIPPIS, Francesco de, ps. 73, 85, 89, 98.
- FLEURY, Lame, p. 266.
- FLORA, Frederico, p. 135.
- FORCELLINI, Egidio, ps. 75, 104.
- FRANCO, Bernardo de Sousa, visconde de Sousa-Franco, p. 82.
- FREIRE, Pascoal José de Melo, p. 94.
- FREITAS, Augusto Teixeira de, ps. 53, 54, 60, 61, 96, 297.
- GAIUS, p. 92.
- GAREIS, p. 323.
- GARGIULO, Francesco Saveiro, ps. 7, 13.
- GARNIER, p. 268.
- GARSONNET, E., p. 7.
- GALDI, Domendicantonio, ps. 7, 8, 13.
- GAUPP, p. 323.
- GIORGI, Giorgio, ps. 96, 280.
- GIRARD, Paul Frederic, p. 84.

- GIRON, A., p. 242.
GLASSON, E., ps. 12, 13.
GORDON, John, ps. 48, 49.
GORISBALI, p. 300.
GOURD, Alphonse, p. 174.
GRAN, J., ps. 186, 187.
GRAZIANI, Augusto, ps. 104, 105, 170.
GUILLOUARD, L., ps. 262, 289.
GUYOL, Yves, p. 170.
HAMILTON, Alexander, ps. 36, 37, 138.
HARE, Clarke, ps. 141, 170, 219, 220, 221.
HARLAN, p. 224.
HAURIOU, Maurice, ps. 223, 262.
HEIMBERGER, p. 276.
HENRIQUE III, p.
HITCHCOCK, Henry, p. 173.
HÖLDER, Eduard, p. 297.
HOUSTON, p. 145.
HOWE, p. 149.
HUC, Théophile, p. 71.
HUME, p. 212.
ILES, George, p. 139.
ISABEL, ps. 213, 217.
ISRAELSON, Maurício, ps. 48, 49.
JAIME I, ps. 213, 217.
JAMES, p. 217.
JELLINEK, Georg, p. 323.
JENKS, Edward, p. 241.
JONES, William H., ps. 138, 140.
KAMMERER, ps. 323, 324.
KEASBEY, Edward Quinton, ps. 225, 230.
KENT, Charles Foster, p. 173.
KNIGHT, p. 226.
LABAND, Paul, ps. 137, 323.
LAGO, Pedro Francisco Rodrigues, ps. X, 49.
LAURENT, François, ps. 7, 67, 69, 71, 84, 89, 91, 96, 263, 266, 275, 176, 279.
LAWSON, John D., p. 221.
LEMOS, Virgílio de, p. 134.
LEROUY-BEAULIEU, Paul, ps. 103, 104, 112, 154, 168.
LESSONA, Carlo, p. 7.
LESTRADE, Combes de, p. 138.

- LIMA, Alexandre José Barbosa, ps. 181, 182.
LIMA, Pedro Moreira da Costa, p. 278.
LINS, Edmundo Pereira, ps. XIII, 49, 50.
LODGE, Cabot, p. 36.
LOUING, p. 323.
LOWELL, Lawrence, p. 174.
MACAULAY, Thomas, ps. 213, 214, 226.
MACY, Jesse, p. 140.
MADISON, James, ps. 36.
MAGNI, Cláudio, ps. 7, 13.
MANCINI, P. Stanislao, ps. 270, 271, 272, 275, 276, 277, 279, 286, 287,
290, 291.
MARAIANI, Mariano, p. 6.
MARIOTTI, ps. 257, 259.
MARSHALL, John, ps. 38, 122, 171.
MARSIL, Jean, p. 186.
MATTIROLO, Luigi, p. 13.
MATOS, Eduardo Pindaiba de, p. 208.
MAYNZ, Charles, ps. 72, 78, 89, 297, 298.
MAXWELL, Peter Benson, p. 151.
MAZZA, Alfredo, p. 278.
MC CALL, p. 123.
MC CLAIM, Emlin, ps. 213, 229.
MC CLURE, p. 228.
MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, ps. X, 301.
MELO FRANCO, Afrânio, p. 163.
MERLIN [de Douai], Philippe Antoine, p. 289.
MESDASCH DE TER KIELE, p. 271.
MILL, John Stuart, ps. 174, 234.
MOÎNHOS, João Bráulio, p. 163.
MONTE, M. Clementino do, p. 28.
MONTEIRO, João, p. 302.
MONTEMARTINI, G., ps. 214, 215, 240, 241.
MORAIS SILVA, Antônio de, p. 273.
MORELLI, G. A., ps. 214, 233, 234, 235, 237, 242.
MORTARA, Ludovico, ps. 7, 8.
MUIRHEAD, p. 88.
MULFORD, ps. 173, 174.
MARBURY, p. 171.
MURTINHO, Manuel José, p. 182.
NAMUR, P., p. 84.
NANI, p. 259.
NIEMEYER, Conrado Jacob de, p. 27.

- NAYLOR, Carlos Augusto, p. 47.
NIEMEYER, Conrado Jacob de, d. 27.
NITTI, Francesco, ps. 106, 107, 170.
NOAILLES, DUC de p. 174.
ORDRONNAUX, John, p. 141.
OURO-PRÊTO, Afonso Celso de Assis Figueiredo, visconde de Ouro
Prêto, ps. XIII, 49.
PACIFICI-MAZZONI, Emidio, ps. 85, 89, 270, 279, 287, 290.
PALGRAVE, p. 241.
PALMA, Luigi, p. 137.
PATTERSON, Christopher, p. 141.
PAULUS, Julius, p. 294.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, ps. 54, 67, 70, 73, 75, 76, 78, 79, 90,
91 93, 93, 94, 98, 282, 294, 297, 298.
PESSOA, Antônio Vicente de Paula, ps. 194, 197.
PESSOA, Epitácio da Silva, ps. 48, 208.
PICARD, Alfred, ps. 257, 258, 259, 260.
PILOM, ps. 238, 239.
PIMENTEL, Sancho de Barros, ps. XI, 207.
PLANIOL, Marcel, ps. 68, 71, 75, 90, 92, 95, 262, 263.
POCHINTESTA, p. 270.
PONT, Paul, p. 264.
POORE, Ben Perley, p. 216.
POTHIER, Joseph Robert, p. 300.
PRADIER-FODERÉ, p. 129.
PRENTICE AND EGAN, ps. 118, 120, 123, 124.
PROUDHON, J. B. Victor, ps. 70, 71.
RAMALHO, Joaquim Inácio, barão de Ramalho, ps. 174, 175, 295, 302.
RANDOLPH, Carm. T., ps. 230, 257, 258.
RENAULT, p. 157.
RIBAS, Antônio Joaquim, p. 302.
RICCI, Francesco, p. 90.
ROCHA, Manuel Antônio Coelho da, ps. 53, 73, 85, 90, 94; 110; 297;
298, 302.
RODRIGUES, Antônio Coelho, p. 10.
RODRIGUES ALVES, Francisco de Paula, p. 181.
ROLIN, Alberci, p. 195.
SABBATINI, Giunio, ps. 282, 286.
SALIS, L. R. von, p. 137.
SANTOS, João Pedro dos, p. 29.
SAY, J. B. Léon, ps. 154, 167, 168,

- SCHAFT, p. 59.
SCHONBERG, Gustav, p. 106.
SCIALOJA, p. 7.
SEABRA, José Joaquim, p. 182.
SERAFINI, Filippo, ps. 7, 71, 73, 84, 89, 96, 297.
SEYDEL, p. 323.
SHAW, Albert, p. 140.
SIMONCELLI, Vincenzo, ps. 73, 91.
SODRÉ, Lauro, ps. 181, 182.
SOHM, Rudolph, p. 89.
SORTAIS, Pierre, p. 186.
SOUZA, Herculano Marcos Inglês de, ps. 48, 306.
SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e, p. 302.
SOUZA, José Marcelino de, p. 134.
SOUZA, José Ulpiano de, ps. XII, 319, 327.
SOUZA, Manuel de Almeida e, ps. 74, 90.
SOUZA FRANCO, visconde de, p. 82.
SUTHERLAND, J. G., ps. 150, 151.
STENGEL, p. 323.
STORY, Joseph, ps. 150, 173.
STUARTS, p. 212.
SUMNER-MAINE, Henry, p. 174.
SUPINO, Camile, p. 235.
TASWELL-LANGMEAD, Thomas Pitt, p. 213.
TELES, José Homem Correia, ps. 53, 61, 73, 75, 90; 297.
THYER, James Bradley, ps. 120, 122, 126, 141, 145, 146, 213, 229, 232.
THIRY, Victor, ps. 70, 71, 90, 98.
TOCQUEVILLE, Alexis de, ps. 172, 173.
TÔRRES, Alberto de Seixas Martins, p. 182.
TOUILIER, C. B. M., ps. 70, 71.
TRAVASSOS, Silvestre Rodrigues da Silva, ps. 181, 183.
TROPLONG, Raymond Théophile, ps. 264, 300.
TUDORS, p. 212.
VALENTE, Adolfo Devoto, p. 134.
VALENTINIANO, p. 186.
VAN LEUWEN, Simon, ps. 84, 89.
VAREILLE-SOMMIÈRES, Gabriel de Labroué, ps. 58, 92.
VARELA, Alfredo, p. 181.
VEIGA, Didimo Agapito da, ps. 49, 294.
VEIGA FILHO, João Pedro da, p. 167.
VENEZIAN, p. 282.
VIANA, Antônio Ferreira, p. 207.
VIEIRA, João Pedro Belfort, ps. 182, 208.

- VITALERI, p. 266.
VITIS, p. 104.
VIVANTE, Cesare, p. 157.
VOETIO, Johannes, ps. 68, 300.
WÄCHTER, p. 301.
WADE, p. 327.
WAGNER, A., ps. 105, 106.
WALKER, Timothy, p. 173.
WARNKOENIG, Leopold August, ps. 72, 298.
WILLOUGHBY, Westre, p. 173.
WILSON, James, p. 212.
WILSON, Woodrow, p. 235.
WINDSCHEID, Bernhardt, ps. 58, 59, 72, 78, 88.
WOODBURN, James Albert, p. 174.
ZACHARIAE, Carolo Salomo, p. 70.
ZORLI, Alberto, p. 154.

ÍNDICE

PREFACIO	IX
I. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER MEDIANTE COMPROMISSO. Competência Pri- vativa da União para regular a matéria. Sua Natu- reza. Parecer	1
Nota do Revisor	3
PARECER	5
II. REFORMA CONSTITUCIONAL. Requisitos exi- gidos pela Constituição de Minas Gerais. Parecer ..	15
Nota do Revisor	17
Consulta	19
PARECER	21
III. IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS DE MAGISTRADOS. A Constituição da Bahia e a inobservância do princípio. Juízo para conhecer da hipótese. Parecer	25
Nota do Revisor	27
Consulta	31
PARECER	35
IV. AREIAS MONAZÍTICAS. Sua exploração em ter- renos de marinha aforados pela União. Rescisão por ato viciado — Competência para declará-la Pareceres	43
Nota do Revisor	47
1 — Consulta	51
1 — PARECER	53
2 — Consulta	65
2 — PARECER	67

V.	IMPÓSTO TERRITORIAL. Imóvel não sujeito a sua incidência. Parecer	99
	Nota do Revisor	101
	PARECER	103
VI.	IMPÓSTO ESTADUAL SÔBRE AGENCIAS DE COMPANHIAS DE NAVEGAÇÃO. Sua inconstitucionalidade. Parecer	113
	Consulta	115
	PARECER	117
VII.	IMPÓSTO SÔBRE O ALCOOL. Competência tributária da União e dos Estados. Atribuição privativa do Poder Legislativo. Art. 34, n.º 23, da Constituição de 1891. Parecer	131
	Nota do Revisor	133
	PARECER	135
VIII.	IMPÓSTO SÔBRE TRANSAÇÕES COMERCIAIS. Sua Inconstitucionalidade em face da Constituição de Minas Gerais. Remédio Jurídico. Oportunidade. Parecer	161
	Nota do Revisor	163
	Consulta	165
	PARECER	167
IX.	LEVANTE DE 14 DE NOVEMBRO DE 1904. Fôro competente para conhecer dos fatos criminosos praticados. Delito militar . Parecer	177
	Nota do Revisor	181
	Consulta	183
	PARECER	185
X.	FORNECIMENTO DE GAS E ENERGIA ELÉTRICA. Privilégio do concessionário em face da Constituição da República. Parecer	201
	Nota do Revisor	207
	Consulta	209
	PARECER	211
XI.	HIPOTECA DE ESTRADA DE FERRO. Natureza dos direitos outorgados pelo Estado ao concessionário de ferrovia. Parecer	249
	Nota do Revisor	253

TRABALHOS JURÍDICOS 361

Consulta	255
PARECER	257
XII. ASSEMBLÉIAS PROVINCIAIS DO IMPÉRIO.	
Situação jurídica dos antigos funcionários aposentados. Parecer	303
Nota do Revisor	305
PARECER	307
XIII. CARGO PÚBLICO VITALÍCIO EM FACE DA LEI ORDINARIA. Natureza contratual da função pública. Parecer	
Consulta	317
PARECER	319
BIBLIOGRAFIA	329
ÍNDICE ONOMÁSTICO	351



AOS 21 DIAS DO MÊS DE JANEIRO DO ANO DE
1953, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
ESTE TOMO,
O 2.º DO VOLUME XXXI
DAS
OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA
MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÉRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL







