

OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA
VOL. XXXIX TOMO II



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



*Rui Barbosa, Caricatura da autoria de J. Carlos,
estampada na Careta, do Rio de Janeiro, em
24 de fevereiro de 1912*

OBRAS COMPLETAS
DE
RUI BARBOSA

VOL. XXXIX. 1912
TOMO II

TRABALHOS JURÍDICOS



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
RIO DE JANEIRO — 1965

70 M B 0, 013480



320.981
B238

CATALOGO 0013516

PREFÁCIO E REVISÃO
DE
JOSÉ CÂMARA

Juiz de Direito no Estado da Guanabara

PREFÁCIO

Havendo-se reservado o tomo I dos trabalhos jurídicos de Rui Barbosa, pertinentes ao ano de 1912, exclusivamente, ao que se assentou chamar O Caso da Bahia, visando-se, como se fêz, à homogeneidade dos assuntos a agrupar, foram destinados ao presente tomo, o segundo do volume XXXIX de suas OBRAS COMPLETAS, tôdas as demais peças jurídico-forenses pelo autor então produzidas.

Foi incluído nos dois tomos, cuja organização ora se completa, tudo quanto corresponde ao ano de 1912, e que se conseguiu localizar até hoje.

Não se contém no conjunto ora impresso peculiaridades dignas de menção. A matéria exige, não obstante, alguns esclarecimentos indispensáveis como informe em publicações do gênero.

Iniciando-se a quadra de que se trata com os graves episódios a que aludimos em notas preliminares inseridas no tomo I, seguiu-se a essa contingência o melindroso estado de saúde do Autor, quase 'nada sendo, então, de esperar-se de sua fecundidade, situação que haveria de prolongar-se por todo o primeiro semestre daquele ano. Por outro lado, os graves acontecimentos políticos não lhe permitiriam, decerto, o pleno exercício de atividades forenses, nem amplas indagações a que se entregava o jurisconsulto na lava de pareceres acerca dos múltiplos e variados assuntos submetidos ao seu exame. Ainda assim, produziu Rui Barbosa consideráveis trabalhos, em se atentando para as inquietações que fatalmente

haviam de conturbar-lhe o espírito nessa difícil conjuntura de nossa história política.

* * *

Nem toda a matéria aqui reunida havia sido anteriormente publicada em livro ou periódico, sendo, assim, parte já impressa e parte inédita.

Impresso, sabidamente, era até agora o conteúdo dos trabalhos que constituem os opúsculos I, II, III, IV e VII.

O opúsculo I, a propósito de rescisão de contrato por arbitrio unilateral do poder público, além de impresso em folheto, foi transcrito na Revista Jurídica desta Capital (1). achando-se o manuscrito original, de próprio punho do Cons. Rui Barbosa, nos autos da apelação cível número 1.955 (fls. 283-307), hoje conservados no Arquivo do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao parecer integrante do opúsculo II, oriundo de uma consulta formulada pela The Western Telegraph Company Ltd., versando tema análogo ao do anterior, houve dêle uma única edição, em folheto de 110 páginas, saído na Tipografia do Jornal do Comércio da Capital da República, hoje raro.

O texto do opúsculo IV, referente a um conflito de jurisdição suscitado entre a justiça federal, secção de Pernambuco, e a justiça local, teve como fonte o avulso hoje existente na Biblioteca da Casa de Rui Barbosa, também raro.

Os opúsculos III e VII, atinentes a disposição de última vontade (2) e a uma questão de juízo arbitral em contrato

(1) Revista Jurídica, vol. I, págs. 385 e segs. Serviu de base ao texto o folheto publicado na época, cujo *fac-simile* estampamos no lugar adequado, e de que sabemos apenas de um exemplar existente na Biblioteca Municipal de S. Paulo (Capital), cuja cópia fotostática foi obtida pelo Sr. Gontijo de Carvalho. Veja-se, também, a propósito da tese patrocinada, o volume XXVII, tomo II, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.

(2) Revista do Supremo Tribunal, vol. XVI, setembro de 1918, págs. 571-576.

de empreitada (3), foram publicados na Revista do Supremo Tribunal, não se tendo notícia de qualquer outra reprodução de tais textos.

Matéria inédita, reputamos a que encerram os opúsculos V e VI. O primeiro, a propósito de cabimento de recurso extraordinário em executivo hipotecário, foi obtido mediante cópia de texto dactilografado existente entre os papéis de Rui; o segundo, de manuscrito de próprio punho de seu Autor, igualmente conservado em seu arquivo, reportando-se o seu contexto a concessão de serviço público em que era parte a municipalidade de Belém, capital do Estado do Pará.

* * *

Na organização do volume, ativemo-nos ao critério até aqui seguido.

Assim sendo, procurou-se, o quanto possível, informar o leitor a respeito da gênese das questões debatidas, e, sobretudo, de seus resultados no cenário jurídico, sempre que a controvérsia respectiva tenha ocasionado o pronunciamento do poder judiciário.

Nem sempre os conflitos em expectativa, esboçados nas consultas formuladas, implicaram em ajuizamento de feitos. Várias são as soluções engendradas amigavelmente, daí decorrendo a ausência de vestígios informativos, de elementos que possibilitem seguras ilações à pesquisa. É típico o caso de um parecer, integrante do tomo ora concluído, que, solicitado e redigido, nunca mais foi procurado pelo interessado, gesto que produziu sem dúvida indignação no seu Autor (4).

(3) *Rev. do Sup. Tribunal, vol. XVII, out.-dez. de 1918, páginas 119-134.* Nesse opúsculo, ao contrário de tantos outros, conservou-se o título original, contido na publicação, o que nem sempre se torna possível, na maioria dos casos, por serem geralmente inadequados para adotar-se como rótulo destinados a enunciar o conteúdo e a natureza dos escritos a que se reportam.

(4) Cf. Parecer a respeito de concessão de serviço público, motivado por uma controvérsia surgida com a municipalidade de Belém, Pará.

Noutros, sem embargo de infrutíferas tentativas empreendidas, foi possível atingir-se o escopo visado, conseguindo-se, afinal, identificar processos ajuizados, para, destarte, obter-se o material indispensável a uma melhor orientação do leitor.

* * *

Inserimos, no fim do tomo, a bibliografia dos opúsculos cujo conteúdo justificou o seu levantamento.

São estas as informações que, salvo melhor juízo, presumimos comportar o volume de Trabalhos Jurídicos ora entregue ao público.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 1949.

JOSÉ CÂMARA

I

RESCISÃO DE CONTRATO

por

ATO UNILATERAL DO PODER PÚBLICO

PARECER



• VIII-6

Supremo Tribunal Federal

APPELAÇÃO CIVEL N. 1955

Rescisão de contrato

POR

Arbitrio do governo contraente

PARECER

DE

Ruy Barboza



Frontispício da publicação feita em 1912.
Tamanho: 23 x 15 cms.
(Exemplar, em fotocópia, da Casa de Rui Barbosa)

NOTA DO REVISOR

Havendo o congresso do Estado do Amazonas, em 1898, autorizado o poder executivo local a contratar, com uma emprêsa que mais vantagens oferecesse, uma linha de navegação entre o pôrto de Manaus e a Capital da República, celebrou-se, neste sentido, entre o governo do Estado e Antônio Luculo de Sousa e Silva um contrato, em que era outorgada ao último a exploração da linha, firmado o têrmo a 11 de agosto de 1899.

Alegando-se não ter sido precedido o ato da necessária concorrência administrativa, e reputado êsse requisito formalidade essencial, foi a concessão anulada pelo novo governador do Estado, conforme Decreto nº 440, de 9 de agosto de 1900.

Na votação da lei orçamentária para o exercício de 1899, havia, entretanto, o congresso aprovado a verba destinada a satisfazer a prestação a que se obrigara o chefe do executivo no instrumento pactuado com Antônio Luculo. Entendia-se, assim, que essa deliberação legislativa implicava numa forma de ratificação tácita, num assentimento ao ato do governador. Achava-se, por conseguinte, homologado o ato do chefe do Estado.

Por outro lado, consistindo a autorização numa espécie de mandato, numa delegação, não havia como o mandatário exceder os poderes conferidos, e como tal se considerava a prática de ato não revestido das condições estabelecidas.

* * *

Nessa emergência, propôs em 1904, Antônio Luculo de Sousa e Silva uma ação ordinária contra a fazenda

estadual do Amazonas, e na qual pleiteava a indenização de 3.648:000\$000, por perdas e danos resultantes da inexecução do contrato.

No curso do processo foi interposto recurso de agravo, sendo este julgado pelo Supremo Tribunal Federal aos 3 de outubro de 1906 (agr. 634), o que, decerto, retardou a marcha do feito, sem, contudo, influir na sua decisão final.

A 26 de julho de 1910 (fls. 236), proferiu o juiz José Maria Correia de Araújo sua sentença nos autos, julgando procedente a ação, para o fim de condenar a ré, fazenda estadual, a indenizar todos os prejuízos que advieram da inexecução do contrato promanada do decreto que o anulara (decreto nº 440, de 9 de agosto de 1900), juros e mais o que se liquidasse na execução, e custas.

Inconformada, apelou a fazenda estadual (fls. 238), por intermédio do procurador geral, bacharel Eugênio Barroso.

Pelo autor, arrazoou o seu patrono, advogado Franklin Washington da Silva e Almeida, convertendo-se o feito, no Supremo Tribunal Federal, na apelação cível nº 1.955.

Distribuída ao ministro Leoni Ramos, foi este posteriormente substituído pelo ministro Manuel José Murtinho.

A 17 de abril de 1915 (fls. 271-273 v.), foi a causa submetida a julgamento, havendo o Tribunal dado provimento ao recurso interposto, para, reformando a sentença apelada, julgar improcedente a ação.

Opostos embargos, por intermédio do advogado Joaquim Pires Muniz de Carvalho, patrono do autor apelado, foram estes desprezados por acórdão unânime de 12 de dezembro de 1919, relatado pelo ministro Pedro Mibielli.

Como patrono da fazenda estadual, na suprema instância, funcionou o advogado José Lustosa da Cunha Paranaguá.

O parecer do Cons^o Rui Barbosa, (*) datado de 12 de outubro de 1912, em laudas de seu próprio punho, foi juntado aos autos, pelo advogado do autor, em 21 de maio de 1915 (fls. 283 a 307), quando já se encontrava a causa em fase de embargos.

(*) Veja-se o parecer emitido em 1900, antes de ser ajuizado o feito, e integrante do Volume XXVII, tomo II, opúsculo III, das OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA.



CONSULTA

Autorizado pela lei nº 242 de 13 de outubro de 1898, firmou o governo do Amazonas, em 11 de agosto de 1899, um contrato com F.F. para o estabelecimento de uma linha de navegação a vapor entre o pôrto de Manaus e Rio de Janeiro, com escalas por diversos portos, obrigando-se durante o prazo de 20 anos a subvencionar as viagens, na forma estatuída pela cláusula 13 do mencionado contrato.

Pela lei orçamentária nº 296, de 6 de outubro de 1899, foi votado o crédito necessário para o pagamento da subvenção correspondente ao 1º ano da execução do contrato.

Em virtude de prorrogação feita pelo ato de 10 de fevereiro de 1900 e pelo termo de alteração ao primitivo contrato em julho de 1900, o prazo para a inauguração do serviço contratado deveria terminar em 11 de agosto de 1901.

Entretanto, por decreto nº 440, de 9 de agosto de 1900, vinte e dois dias depois de assinado o termo de alterações do contrato, o Governo do Estado do Amazonas *ex-proprio-Marte* rescindiu e declarou nulo o contrato, sem audiência da outra parte contratante.

A cláusula 38 do contrato dispõe o seguinte:

«A não dar-se a rescisão amigável, só poderá êste contrato ser rescindido, pagando a parte, que der causa à rescisão, à outra parte, como indenização 20% do valor das subvenções que faltarem para a terminação do contrato».

A porcentagem a que se refere esta cláusula, estabelecida como pena convencional, é de 3.648:000\$000.

Tendo o contratante prejudicado proposto, no Juízo Federal, ação contra o Governo, que decretou a rescisão, a fim de haver a indenização estipulada na cláusula transcrita, a quantia supra de 3.648:000\$000 esta acrescida com os juros de mora que sobem a 1.800:000\$000, aproximadamente.

Estando a referida ação pendente do Supremo Tribunal Federal, em virtude de apelação interposta pelo Estado do Amazonas, o contratante F.F., depois de tantos anos de demanda, entrou em acôrdo, em 8 de fevereiro de 1911, com o Govêrno do Estado do Amazonas, obrigando-se êste a pagar a quantia de 2.500:000\$000 em moeda corrente, ou em títulos, à convenção das partes, ou em prestações, ficando porém o acôrdo dependente da aprovação do Congresso dos Representantes do Estado.

A vista do exposto, e juntando-se um memorial explicativo com o teor do mencionado acôrdo, pergunta-se:

I

Pela rescisão do contrato o Govêrno do Amazonas ficou obrigado a pagar a indenização prevista na cláusula 38 acima transcrita?

II

Proposta a ação perante o Juízo Federal, o Govêrno acionado deve pagar os juros da mora sobre a quantia pedida, calculada, na forma da citada cláusula, desde a data da propositura da ação?

III

O acôrdo de 8 de fevereiro de 1911 deve ser considerado como o reconhecimento, por parte do Govêrno, da dívida proveniente da infração da referida cláusula 38 e dos juros da mora?

IV

Não tendo o Congresso dos Representantes do Estado tomado conhecimento do mencionado acôrdo, permanece a obrigação do Estado ao pagamento dos 3.648:000\$000 e dos juros da mora e custas, a que o mesmo acôrdo se refere?

Vai nesta data, em separado, o meu parecer escrito em vinte e cinco páginas de meu punho. Rio, 12 de setembro de 1912.

RUI BARBOSA

Parecer

I

No caso da consulta, a infração, pelo governo amazonense, do seu contrato com F. F. sobre o serviço de uma linha de navegação a vapor entre o pôrto de Manaus e o do Rio de Janeiro, é manifesta e incontestável.

Se êsse contrato foi autorizado, na lei nº 242, de 13 de outubro de 1898, pelo Congresso do Estado, como expõe o consulente, e se, celebrado êle pelo governo do mesmo Estado, no exercício dessa autorização formal, o Congresso do Amazonas votou, na lei orçamentária nº 296, de 6 de outubro de 1899, o crédito necessário ao pagamento da primeira das subvenções anuais estipuladas no dito contrato, não há dúvida nenhuma que êste revestiu os caracteres decisivos de juridicidade, para obrigar o Estado, em cujo nome e por cujos representantes constitucionais se firmou.

Indubitavelmente o Congresso do Estado era a autoridade competente, para facultar ou ordenar a celebração dêsse contrato, para conferir ao governador podêres num ou outro sentido, não só por ser de evidente natureza legislativa a atribuição, mas ainda por estar prescrito na constituição estadual que ao Congresso compete

conceder verbas para os serviços criados, e autorizar a criação de novos, quando êstes houverem de acarretar, acréscimo de despesa.

(Art. 29 [nº 5.]

Servindo-se, como se serviu, da autorização, que recebera, podia acontecer que o governador lhe excedesse os limites, e, em tal hipótese, o contrato, em que entrou com F.F., seria nulo, por ultrapassar as raias do mandato dado à administração do Estado pelo seu corpo legislativo.

Mas, para conhecer da observância ou inobservância do mandato, a quem, pela natureza das coisas, cabe, acima de todos, qualidade cabal, é ao mandante. Ao poder legislativo do Estado tocava pois, apreciar-se o contrato ajustado acerca do serviço de navegação, que êle mandara estabelecer, respeitava os térmos da autorização conferida, ou os transpunha.

Ora o contrato consistia no compromisso, que pelo Estado assumira a sua administração, de subvencionar, durante vinte anos, a linha de viagens costeiras, que, entre os dois portos indicados, criasse o outro contraente. Logo, votando, como votou, em 1899, na lei financeira ânua, os meios para o pagamento do estipêndio correspondente ao ano inicial daquele serviço, consignando a êsse encargo a soma convencionada no contrato, e referindo-se declaradamente a êste, como origem do ônus, a que mandava satisfazer, o Congresso do Estado reconhecia a obrigação, e destarte, aprovava, sancionava, ratificava, adotava como seu o contrato a êsse respeito concluído com F. F. pelo governador.

Desde êsse momento o ato do mandatário estava subscrito pelo mandante, o poder de quem emanara a autorização, tinha legitimado o seu uso, o próprio Estado, regularmente representado pela sua legisla-

tura, firmava e contraía a obrigação, dando por válida a dívida contraída em seu nome, entrando na execução do contrato, subministrando os recursos para o seu cumprimento.

Daí em diante o ato jurídico era perfeito e não podia ser revogado senão por acordo mútuo das partes.

A esta evidência não há, no direito brasileiro, contestação seriamente possível.

A obrigação do Estado, de responder civilmente por perdas e danos provenientes da infração dos seus contratos, *jamais foi objeto de dúvida na jurisprudência do país.*

Quem assim depõe sobre o assunto, com a maior autoridade, é o sr. AMARO CAVALCANTI, na sua obra magistral sobre a *Responsabilidade Civil do Estado.* (Pág. 526.)

Assim decidiram sempre, sob o Império, o Supremo Tribunal de Justiça e o Conselho de Estado, e assim tem julgado sempre, sob a República, o Supremo Tribunal Federal, não obstante as diligências em sentido oposto envidadas pelos órgãos dos interesses fiscais, insistentes em corromper as nossas boas tradições jurídicas.

Desenvolvendo luminosamente, com precisão e energia, essa lição constante do nosso direito sob os dois regimes, o eminentíssimo jurisconsulto e não menos respeitável magistrado conclui:

Não assiste ao governo o direito de declarar, por ato seu, a rescisão ou caducidade do contrato, em que é parte; porque seria arrogar-se a atribuição estranha de ser parte e juiz ao mesmo tempo, isto é, juiz do próprio ato. Consequentemente, se o fizer, o Estado será responsável pelos danos resultantes à outra parte contraente.

Op. cit., (pág. 532).

Neste sentido se podem citar os arestos do Supremo Tribunal Federal em 5 de dezembro de 1896, em 15 de maio e 21 de julho de 1897, em 11 e 25 de junho, 15 de outubro e 19 de dezembro de 1898, em 16 de setembro de 1899, em 30 de novembro de 1901, e muitos outros, não falando já nas sentenças sem conta dos outros juízes federais e das justiças dos Estados, tôdas correntes em sustentar êsse axioma do nosso direito, ainda, graças a Deus, subsistente através de tantas ruínas da antiga moralidade nacional.

Embora o contrato revista as formas administrativas da concessão, o princípio regulador não muda, as relações jurídicas entre o concedente e o concessionário não variam de natureza.

Quando a concessão assenta num contrato, êste se torna a lei entre o poder público concedente e o concessionário, do mesmo modo que se fôsse celebrado entre dois indivíduos particulares; a dizer, as estipulações, cláusulas e condições constantes do instrumento ficam sendo a regra e a medida dos direitos dos contratantes, salvas tão sómente as restrições implícitas, inerentes à qualidade essencial do poder público.

Êste que seja preidente em ressalvar no contrato as faculdades, que se reserva, relativamente aos favores concedidos; porquanto, uma vez perfeito e acabado o ato jurídico, é dêste que devem decorrer os direitos e os efeitos conseqüentes tanto para o poder concedente, como para o concessionário.

(AMARO CAVALCANTI: *Op. cit.*, pág. 573, nº 93 b.)

Tão absoluta se tem considerado, entre nós, essa norma que, "ainda mesmo tratando-se de contratos nulos de pleno direito, (Sup. Trib. Fed., 16 set. 1899), ou de contratos em que se ache estipulada a condição resolutiva expressa (Sup. Trib. Fed. 19 dez. 1898; 30 nov. 1901), tudo isto não obstante, o Estado tem sido condenado a pagar perdas e danos, sob o fundamento supradito de que, no ato declara-

tório da rescisão ou caducidade, o Estado (o seu representante) faz de juiz e parte ao mesmo tempo". (*Ibid.* pág. 533.)

Ora, no contrato com que nos ocupamos, de nenhuma faculdade rescisória se premuniu o governo do Amazonas. (Ao menos tal não consta da consulta.) Pelo contrário, a cláusula 38 do contrato, exarada na consulta, se opõe a semelhante arbítrio, não admitindo que as obrigações contratadas expirem senão mediante rescisão amigável, sob pena de incorrer o governo em responsabilidade civil pela transgressão:

A não dar-se a rescisão amigável, só poderá êste contrato ser rescindido, pagando a parte, que der causa à rescisão, à outra parte, como indenização, 20% do valor das subvenções, que faltarem para terminação do contrato.

Longe, portanto, de reservar ao governo essa liberdade, aliás incompatível com o vínculo contratual na sua essência, de o dissolver e anular sob algum pretexto, o contrato, que examinamos, lho vedava absolutamente, sujeitando, predeterminadamente, à indenização de vinte por cento da importância total das subvenções não pagar, em benefício da outra parte, aquêle dos dois contraentes, fôsse qual fôsse, que o rompesse.

Rescindindo, pois, como rescindiu e anulou, pelo decreto nº 440, de 9 de agosto de 1900, êsse contrato, o governo do Amazonas criou precisamente, contra si, a situação, que o contrato de antemão regulara, submetendo o contratante, que o desfizesse, a ressarcir, com essa percentagem, ao outro o dano sofrido pela quebra do ajuste.

Não fôsse esta convenção terminante, que fixou, nessa proporção, mütuamente aceita e limitada prèviamente, a responsabilidade civil do contraente

rebelde ao contrato, e essa responsabilidade, consoante o valor real dos prejuízos apurados no litígio, poderia, tais fôssem êles, assumir proporções muito maiores.

Tendo, porém, as partes entre si, logo no contrato, convindo em taxar uma indenização fixa e invariável como expressão dos direitos do contraente prejudicado contra o outro, no caso de rompimento arbitrário da convenção, que reciprocamente os ligava, — resolvida ficou, por essa cláusula da escritura contratual, a questão das perdas e danos, para a emergência, que o governo do Amazonas, com o seu atentado, veio a pôr em efeito.

Acresce que, na espécie, a violência é tanto mais crassa, altanada e inexplicável, quanto se consumou dias apenas depois do ato de 10 de fevereiro e do término de novação de 18 de julho de 1900, mediante os quais o governo do Amazonas prorrogara o prazo para a inauguração do serviço ajustado no contrato, a que o poder legislativo estadual, dez meses antes, dera a sua aprovação.

Não há, pois, que hesitar na resposta ao 1º quesito. Ela resulta das noções mais comezinhas no assunto, e está, de modo inevitável, no próprio texto do contrato.

Inquestionavelmente, pela rescisão com que o fulminou, o governo do Amazonas realizou a eventualidade regida pela cláusula supracitada, e, desta maneira, pôs o Tesouro do Estado na obrigação iniludível de pagar a indenização ali taxada.

II

Para o devedor incorrer na obrigação de pagar os juros da mora, não se há mister que tal ajustasse ou prometesse.

Essa obrigação, dadas certas circunstâncias, se constitui mediante a ação da lei (ARNDTS-SERAFINI, v. II, § 251, p. 149), e resulta do axioma que "cujus — que rei debitae sui sunt fructus". (DONELLUS: *Comment ad Tit. Dig. De usuris et mora. Oper. omn.*, 1776, v. X. c. 1429).

Os frutos da coisa devida pertencem ao credor. A êste interessa recebê-la sem atraso. "Interesse plurimum creditori rem unamquamque suo tempore accipere, qua re ille suo commodo utatur". (DONELLUS: *ibid.*)

Em detrimento redunda para êle o atrasar-se o devedor em lha entregar e, como dêste modo melhora ou favorece a sua situação, prejudicando à do credor, não pode o direito admitir que se consume impunemente êste gênero de lesão a benefício do culpado. "Jam vero cum sit hoc injuriosum, eam, cum debeat, postulanti ac desideranti non reddere, idest, moram in ea praestanda facere, scilicet ut mora tua meliorem tuam conditionem facias, illius deteriorem: diligenter hoc prospiciendum fuit, ne, si id aliquando inciderit, ea res creditori sit fraudi. Sic igitur toto jure civile e omnibus prope in rebus comparatum est, ut vindicetur, ne aut mora sua cuiquam prosit, aut adversaria ne noceat". (DONELLUS: *loc. cit.*)

Assim é que, desde o direito romano, já se reputavam devidos os juros da mora nos contratos de boa fé: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*". (Fr. 32 D. de *usuris et mora*, XXII, 1).

Os juros da mora consideram-se acessões da coisa devida: *accessiones rei debitae*, e se têm como seus frutos naturais, *ut fructus et usurae*. (DONELLUS: v. IV, c. 619).

Embora não contratados, acompanham, portanto, a obrigação contratual, uma vez retardado o

seu cumprimento pelo devedor, sem causa justa. *"In usu juris mora dicitur solum ea quae injusta est"*. (DONELLUS, *ib.*, col. 612).

Ora não pode haver causa mais injusta, para a recusa da observância de uma obrigação contratual, que a rotura do contrato pela vontade exclusiva de um dos contraentes.

Mas, na ausência de estipulação a respeito, depende a mora da interpelação judicial. *In mora est post petitionem reus*. COCCEIUS: *Jus civile controversum*, ed. 1784, part. II, tom. I, p. 82 L. XXII, t. 1º qu. 17). "Moram fieri a reo, qui litigare maluit". (DONELLUS, *loc-cit.*, c. 613).

É o princípio do direito romano. (LAUTERBACH: *Collegium Pandectarum*, ed. *Tubing*, 1784, tom. II, pág. 192. L. XXII, t. 1º ARNDTS SERAFINI, *loc.*, *cit.* — GIRARD: *Dr. rom.*, 3º ed pág. 643. — BIAGIO BRUGI: *Istituz. di diritto priv. Justinianeo*, 2ª ed., 1911, part II, págs. 216-17).

É o das nossas ordenações. (L. IV, t. 50, § I. *Repert. Ord.*, tom. III, *in verbis: Mora se commette*).

É o do nosso cód. comercial. (Arts. 138 e 248.) É o da nossa doutrina e jurisprudência. (CLÓVIS BEVILAQUA: *Obrig.*, § 53, pág. 160. — LACERDA: *Obrigaç.* § 41, pág. 196 — C. MENDONÇA: *Obrigaç.*, pág. 315. — COELHO DA ROCHA: *Dir. civ.*, § 128. — BENTO DE FARIA: *Cód. Com.*, not. 148 ao art. 138, 2º ed., pág. 125. — *Proj. de Cód. Civ. Brasil. da Cam. dos Dept.*, art. 963. — *Revista de Direito*, v. I, 1906, pág. 177).

O sr. BEVILAQUA resume o estado atual do nosso direito, aliás análogo, em geral, ao das demais nações, dizendo (*loc. cit.*): "É costume estipular que se pagarão juros depois da mora; mas, não havendo

estipulação, é preciso que haja interpelação judicial, para começarem a correr".

Não há dúvida, pois, que, no caso da consulta, "proposta a ação perante o juízo federal, o governo acionado deve pagar os juros de mora sobre a quantia pedida (calculada na forma da citada cláusula) desde a data da propositura da ação".

Temos assim respondido ao 2º quesito.

III

No acôrdo celebrado, em 9 de fevereiro do ano passado, entre o concessionário do serviço de navegação, a que se refere a consulta, e o governo do Estado, o concurso dêste se acha exarado nos têrmos seguintes:

Pelo sr. dr. procurador fiscal foi dito, que, *na qualidade de legítimo representante da Fazenda Estadual, e especialmente autorizado pelo exmo. sr. governador do Estado* em oficio sob nº 4, de 6 do mês vigente, dirigido a esta procuradoria, aceitava o presente término de acôrdo, visto reconhecer as vantagens dêle decorrentes em beneficio da Fazenda Pública, que por esta forma se eximirá do pagamento de quantia muito superior à que trata este término de acôrdo.

Como se vê, não estamos diante de um dêsses ajustes, nos quais uma das partes, *licite nil debeatur*, transige "únicamente por evitar os dispêndios e embaraços de um processo", ou em que, ora pela incerteza do próprio direito, ora pelo simples receio das contingências da lide, um dos contendentes se resigna e oferece a um sacrifício imediato, para se acautelar contra o risco de outro mais considerável. Não. O que, na linguagem dessa parte do acôrdo, se traduz abertamente, é a intuição absoluta de não poder contar senão com a derrota no litígio, é a

certeza, no governo do Amazonas, de que o pleito acabaria pela sua condenação.

Isso é o que as expressões da cláusula transcrita inequivocamente significam. O governo daquele Estado compra, mediante o pagamento de 2.500:000\$000 ao autor, a sua desistência da demanda, isto porque "reconhece que, por esta forma, se eximirá ao pagamento de quantia *muito superior*".

Nas palavras *quantia muito superior* o representante legal do Estado alude, obviamente, aos 3.648:000\$000, em que, segundo a cláusula imediatamente anterior, montava o pedido na ação. A trôco de pagar logo 2.500:000\$000, se desembaraçava o Amazonas da obrigação de pagar mais tarde os 3.648:000\$000, importância a que a si mesmo prèviamente se condenava, pela cláusula 38 do contrato, no caso de o romper.

Tal era, claramente, a vantagem, a que o Governo do Estado alude na cláusula final do acôrdo, quando o explica, dizendo que, com desembolsar então dois mil e quinhentos contos, se eximiria ao pagamento ulterior de quantia "*muito maior*".

O verbo está, muito afirmativamente, no futuro: *se eximirá*. "A Fazenda Pública, por esta forma, se eximirá do pagamento de quantia muito superior".

Ali se acha, portanto, a asserção positiva e categórica de que, a não ser mediante aquela transação, a Fazenda estadual *não se eximirá* do pagamento demandado.

Ora a tal pagamento não podia ser constrangido o governo do Estado, senão perdendo a ação contra êle instaurada. Logo, a expectativa ali por êle confessada era a de perder, inevitavelmente, a causa.

Mas, a não ser por uma injúria à justiça federal, de que o governo do Amazonas não seria capaz num

documento público, e que de modo nenhum transparece na redação dêste, a confissão dessa expectativa importa na do direito contra êle acionado.

O acôrdo de 8 de fevereiro de 1911, portanto, não pode deixar de ser considerado como o reconhecimento, por êsse governo, da dívida que contraiu, segundo a cláusula 38 do contrato, quando o anulou.

Se nessa confissão está, ou não, incluída a relativa aos juros da mora, pouco importa ventilar; porquanto, na espécie, os juros da mora não resultam de convenção das partes, mas da culpa do contraente rebelado contra o contrato.

Tal a nossa resposta ao 3º quesito.

IV

Resta o 4º, que não oferece dificuldade.

Os próprios têrmos do acôrdo o resolvem direta e peremptoriamente.

Por êle o autor "se obriga a desistir, pondo perpétuo silêncio ao feito, da ação de indenização contra a Fazenda Estadual, mediante as seguintes condições:

A Fazenda do Estado, pagará a título de indenização, ao desistente, ou a quem suas vêzes fizer, a quantia de 2.500.000\$000, em moeda corrente e legal do país, ou em títulos, à convenção das partes, em prestações conforme permitirem as rendas do Estado e a verba votada pelo poder competente; ficando a existência dêste acôrdo, para o pagamento da supra dita indenização, dependente da aprovação do Congresso dos Representantes do Estado.

Nesta parte do escrito de contrato se articulam dois pactos distintos, mas entre si conexos e ambos igualmente formulados com a mais perfeita nitidez.

Primeiramente, o contrato subordina a desistência da ação pelo credor ao pagamento, pelo devedor, a êste, de uma indenização de 2.500:000\$000, ali ajustada.

Depois, sujeita "a existência dêste acôrdo, para o pagamento da supradita indenização", ao assentimento do Congresso Estadual.

Logo, nos próprios têrmos do instrumento da transação está declaradamente convencionado que, não se obtendo a aquiescência do Congresso Estadual, não se realizará o pagamento da indenização ali acordada, e, não se efetuando êste pagamento, não haverá desistência da ação.

É o texto mesmo do acôrdo que estabelece, literal e categòricamente, não se operar a desistência do credor, senão "mediante a condição" do embôlso daquela soma, e o embôlso daquela soma, senão "mediante a condição" de o aprovar o Congresso Estadual.

"*Mediante as seguintes condições*", reza o contexto do têrmo de acôrdo, antes de as enumerar, subseqüente e sucessivamente, uma e outra.

Como se não bastasse, acrescenta, ainda, que "da aprovação do Congresso" "para o pagamento da sobredita indenização, ficará dependendo a existência dêsse acôrdo".

Ora o pagamento da indenização estipulada não se levou a efeito; e não se levou a efeito, porque o Congresso Estadual, apesar das mensagens do governador, lhe não deu a sua aprovação.

Portanto, nas expressões formais e estritas do seu próprio instrumento, o acôrdo *nunca teve existência*.

Era um projeto de transação, uma convenção provisória, uma proposta de acôrdo, submetida,

conforme àquela sua cláusula, à ratificação da legislação estadual.

Não tendo obtido essa ratificação, não passou jamais dêsse estado preparatório, contingente, condicional ao de contrato perfeito e definitivo.

Faltariam, pois, à exatidão, se dissessemos que, por não haver alcançado o consentimento dos legisladores do Estado, *cessou de existir*.

Dêsse ato é que *a sua existência começaria*.

Antes dêle tudo estava na dependência dessa condição decisiva: porque só ela tornava possível a indenização convencional, cláusula *sine qua non* para a desistência ajustada.

Alias, inda quando o contexto do término de acôrdo não fôsse tão explícito, a situação jurídica das relações por êle regidas seria, com igual clareza, absolutamente a mesma.

O acôrdo ali tratado constitui por ambas as partes, de um lado pela desistência, do outro pela indenização correspondente, uma afirmação do direito creditório, sôbre que se transige.

Desiste o credor; porque a indenização prometida lhe assegura, na efetividade imediata do seu embôlso, uma compensação equitativa ao abatimento na soma do crédito demandado. Indeniza-o o devedor; porque nessa redução enxerga um meio vantajoso de evitar, com a solução transacional da sua dívida, a perspectiva, mais tardia, mas certa, do seu pagamento total.

Constitui, pois, o contrato uma permuta da desistência pela indenização.

A primeira depende, por consequência, essencial e impreterivelmente, da segunda. Se esta não se verifica, *ipso jure e ipso facto* a outra se não consuma.

Ora a indenização não podia ser prometida pelo governo do Estado, senão *sí et in quantum*, isto é *ad referendum*, para começar a existir, como obrigação da Fazenda Estadual, quando o poder legislativo aceitasse a transação; visto como só a êste competia votar os meios pecuniários, de que, ela, substancial e imprescindivelmente, dependia.

Logo, enquanto o Congresso Estadual se não pronunciasse, não tinha o Estado contraído obrigação nenhuma à indenização negociada; e, como, sem que o Estado assumisse esta obrigação, o seu credor não assumia a de abrir mão do pleito, obrigação não havia nem de uma nem de outra parte. Mera situação de expectativa, não chegou à de contrato, já pela expressão material do seu próprio enunciado, já pela insuficiência da representação de um dos contraentes na sua celebração.

Se, pois, o acôrdo, que consistia na desistência a trôco da indenização combinada entre o credor e a administração do Estado, tendo ficado “*a sua existência*” “dependente da aprovação do Congresso”, única entidade competente para vincular o Estado a essa obrigação, *não entrou em existência* por se haver furtado essa entidade a conhecer do ajuste, para o qual era o detentor privativo dos podêres indispensáveis, — a conclusão vem a ser que, abortando o plano da tansação, não se ultimou a desistência, objeto da tentativa malograda.

Ora, não se ultimando a desistência, o resultado era subsistir, em quem se dispunha a fazê-la, o direito, de que anuía em desistir, mas não desistiu.

Esse direito se acha definido, no próprio têrmo do acôrdo, pelo concurso do governo do Estado com o seu credor, como consistente em três elementos: o

capital de 3.648:000\$000, os juros da mora e as custas.

Todos três se acham consignados nesta declaração, comum às duas partes:

o requerimento de desistência da mencionada ação deverá abranger tanto o principal, ou sejam Rs. 3.648:000\$000, como também os juros de mora, que já abrangem seis anos e cinco meses, e bem assim as custas judiciais já dispêndidas e as que tiver de dispender com a desistência.

É disso que o governo do Amazonas queria, a trôco de uma indenização, que o seu credor conviesse em desistir. Disso é que o seu credor não chegou a desistir, por não haver o Congresso do Amazonas concordado com o seu governo em autorizar a indenização, na qual a desistência teria o seu preço. Nisso, portanto, desde que a desistência se baldou, pela recusa de sua paga, é que o credor mantém o direito de insistir, prosseguindo na ação para o total reembôlso do crédito ajuizado e seus accessórios naturais.

Assim que ao 4º quesito respondo:

Não tendo o Congresso do Estado querido conhecer do acôrdo, não chegou êste a concluir-se; e, não se concluindo, perdura a situação jurídica, a êle anterior e não alterada por êle, desde que se burlou a transação, isto é: perdura, para o Estado, a obrigação, que o seu governo reconheceu no instrumento dessa tentativa, de pagar ao concessionário a indenização arbitrada na cláusula 38 do contrato, mais os juros de mora e custas.

Êste o meu parecer.

Rio, 12 de setembro, 1912

RUI BARBOSA



II

OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS

entre

O ESTADO E A PESSOA DE DIREITO PRIVADO

(The Western Telegraph Co. Ltd.)

Natureza Contratual das Concessões
Outorgadas pelo Poder Público

PARECER



THE WESTERN TELEGRAPH COMPANY, LIMITED

PARECER

DO

Conselheiro Ruy Barbosa.

sobre a sentença proferida na acção que a Companhia
move na Justiça Federal para annullação do contrato regido
pelo Decreto n. 7620, de 21 de Outubro de 1909

RIO DE JANEIRO

Typ. do «Jornal do Commercio», de Rodrigues & C.

1912

Fac-Simile da capa do avulso divulgado em 1912, quando se debatia
a questão objeto do parecer adiante reproduzido.

(Exemplar da Biblioteca da Casa de Rui Barbosa — tamanho original:
23 x 16 cms.)

NOTA DO REVISOR

Pelo Decreto nº 4.491, de 23 de março de 1870, do governo imperial, foi concedida autorização a Charles T. Bright, E. B. Webb e William F. Jones, a fim de, por meio de companhia telegráfica que organizassem, construíssem e custearem linhas submarinas entre o norte e o sul do Império, mediante cláusulas contratuais anexas ao referido decreto assinadas pelo Mínistro da Agricultura, Diogo Velho Cavalcanti de Albuquerque, tendo por limites a então cidade de Santa Maria de Belém (Pará) e a província de São Pedro do Rio Grande do Sul.

Mais tarde, mediante Decreto nº 5.058, de 10 de agosto de 1872, foi autorizado o Barão de Mauá a estabelecer e explorar um cabo telegráfico submarino entre o Império do Brasil e o Reino de Portugal e suas possessões, sendo tal decreto de concessão e aprovação das cláusulas que o acompanhavam referendado pelo Visconde de Itaúna; continha elas vinte e oito (28) cláusulas. Por outro Decreto, nº 5.234, de 24 de março de 1873, atendendo-se a representação de John Gordon, representando este *Telegraph Construction and Maintenance Company Limited*, foi aprovada a transferência, a essa companhia, do privilégio concedido anteriormente a Charles Bright e outros (Decreto 4.491, de 23 de março de 1870, nº 4.594, de 9 de setembro de 1870 e 4.926, de 13 de abril de 1872), sendo que, por força do Decreto nº 5.498, foi concedida autorização para funcionar no Império a *Western and Brazilian Telegraph Company*, a cujo domínio passou a concessão feita pelo governo imperial a Charles T. Bright e seus associados. Outros atos do poder

executivo foram baixados, sendo, contudo, êstes, os principais.

Já na fase republicana, por Decreto nº 3.307, de 6 de junho de 1899, autorizou o governo federal as companhias *Brazilian Submarine Telegraph Company Limited* (*) e *Western Telegraph Company, Limited*, de acôrdo com as cláusulas que o acompanhavam e assinadas pelo Ministro da Indústria, Viação e Obras Públicas, a fundirem-se, com uma só denominação, para o fim de funcionarem no Brasil, sob o nome de *The Western Telegraph Company Limited*, assegurando-se a ela os direitos e obrigações a que se referiam as cláusulas que acompanhavam o Decreto 5.270, de 26 de abril de 1873, salientando-se a de número IV, que previa a duração da emprêsa pelo prazo de 60 anos, a partir de 26 de abril de 1873; obrigava-se a concessionária a instalar um cabo entre o Recife e Chui, no prazo de 18 meses. No mais eram consolidadas as cláusulas anteriores, salvo naquilo em que fôssem alteradas, constituindo um privilégio exclusivo.

Pelo Decreto 7.620, de 21 de outubro de 1909, foi autorizado contrato entre a União, representada pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, Francisco Sá, com Richard J. Reidy, para instalação de cabos submarinos entre Belém, Pará, Niterói e esta última cidade e Chui, R.G. do Sul, tocando em Santos, ressalvados direitos de terceiros. Eram 28 cláusulas, declarando-se numa delas (10^a) que o cessionário não podia efetuar ajuste, fusão ou convênio com qualquer outra emprêsa congênere que funcionasse no Brasil, sem prévio consentimento do Governo da República. O prazo era de 25 anos, mas, findo êle, continuava o concessionário no gôzo dos cabos que tivesse lançado ou instalado, sem privilégio nenhum, segundo expressamente rezava a cláusula XVII; ao concessionário eram outorgados todos os favores

(*) Autorizada a funcionar no Império *ex vi* do decreto 5.312, como cessionária da concessão outorgada ao Barão de Mauá, ainda no régimen monárquico.

já concedidos a companhias ou emprêsas similares (cláusula XXII).

Contra essa última concessão, insurgiu-se a consulente, promovendo ação declaratória, perante o Juízo da 2ª Vara Federal, do Distrito Federal, com a qual visava a neutralizar os efeitos do decreto de concessão. Foi julgada pelo seu titular, o Juiz Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, por sentença de 17 de outubro de 1911, que concluiu ser a Autora carecedora da ação, sem prejuízo daquelas que lhe competissem para defesa dos direitos assegurados pelo seu contrato, na hipótese de serem desconhecidos ou violados na execução do decreto de 1909. Foi, também, julgada improcedente a reconvenção oportunamente manifestada e na qual figurava como reconvinte Richard James Reidy, o concessionário, e, reconvindo, a Autora.

Consultado, ofereceu Rui Barbosa o parecer adiante reproduzido. Ficou a ação, todavia, sem objeto, visto como, em virtude de obstáculos supervenientes, de ordem material e financeira, o concessionário Richard James Reidy, súdito inglês e ex-funcionário da *Western*, não conseguiu instalar os cabos submarinos e explorar os serviços que ensejaram a concessão.

O original do parecer, de punho de Rui Barbosa, acha-se conservado no arquivo da companhia Autora e consulente.



CONSULTA

THE WESTERN TELEGRAPH COMPANY LIMITED, achando-se na posse mansa e pacífica há longos anos de seu privilégio e concessões para lançamento e exploração de linhas ou cabos telegráficos submarinos, do Rio de Janeiro a Belém, no Pará, e a fronteira meridional do Brasil, de acordo com os decretos e contratos com o Governo Federal, reunidos e colecionados no Folheto junto, intitulado — *The Western Telegraph Company, Limited* — foi surpreendida com uma concessão feita a Richard James Reidy, por decreto nº 7.620, de 21 de outubro de 1909, para lançamento de cabos submarinos entre Belém, no Pará, e Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, e entre essa cidade e Chui, no Estado do Rio Grande do Sul, violando abertamente o privilégio e concessão da Companhia Western.

Junta-se o decreto da concessão feita a Reidy para o exame e comparação com as concessões da Companhia Western.

Assim ferida em seus direitos por essa nova concessão do Governo a Reidy, a Companhia Western fez o seu protesto em Juízo e intentou perante o Juízo Federal da 2ª vara uma ação ordinária, pedindo para ser declarado nulo e sem efeito o referido Decreto nº 7.620, de 21 de outubro de 1909, e condenada a União Federal nos prejuízos, perdas e danos e custas.

Esta ação, para a qual foi intimada a União Federal e Richard James Reidy, correu os seus térmos, houve larga discussão e prova, proferindo o ilustre Juiz Federal a sentença que se junta, no exemplar do *Jornal do Comércio*, onde veio publicada na secção dos Tribunais.

CONSULTA-SE:

1º — Cibia à Companhia Western a ação que intentou, para anular o decreto contendo a concessão que violou o seu privilégio e contratos feitos com o Governo?

2º — Pode-se considerar mera autorização o Decreto do Govêrno que fêz a concessão a Reidy, estabelecendo as suas cláusulas direitos e obrigações recíprocas?

3º — Reconhecendo, como reconheceu o Juiz Federal em sua sentença, que o decreto da concessão Reidy contém a ressalva expressa dos direitos de terceiros, e que êstes direitos não podem ser e não são senão os da Autora (como reza a sentença), não bastava a simples comparação das linhas ou cabos concedidos a Reidy com os da Western, para evidenciar-se a sua nulidade?

4º — A invocação da lição do Conselheiro Rui Barbosa, a pág. 123 dos — *Atos Inconstitucionais* — tem aplicação à espécie, isto é, a ação da Western, tratando-se de uma concessão feita com manifesta violação de anteriores concessões, em cuja exploração achava-se a mesma Companhia?

5º — Depois da lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, e do decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, é possível restringir o uso daquela ação à interpretação dada pela sentença do Juiz Federal a lição supracitada?

6º — No memorial que se junta, contendo os fundamentos da ação proposta pela Companhia Western, não foi alegado (como se vê a págs. 15) a inconstitucionalidade do decreto nº 7.620, de 21 de outubro de 1909, por violar o art. 34 §§ 5º e 15 da Constituição Federal e a sua ilegalidade por vários motivos aí expostos?

7º — Podia, em face da simples comparação do privilégio e contratos, em cuja exploração se acha a Western, com o decreto da concessão Reidy, e do que estabeleceu a sentença do Juiz Federal sobre os direitos da Western, ser essa julgada carecedora de ação?

Parecer

Para observar a seqüência natural das minhas deduções na resposta à consulta, peço licença de lhe alterar a ordem aos quesitos.

I

Dentre êstes, segundo essa orientação, cabe o primeiro lugar ao quarto, onde se inquire:

“A invocação da lição do Conselheiro Rui BARBOSA, a págs. 123 dos *Atos Inconstitucionais*, tem aplicação à espécie, isto é, à ação da Western, tratando-se de uma concessão feita em manifesta violação de concessões anteriores, em cuja exploração se achava essa Companhia?”

Na sentença de que trata a consulta, com efeito, deu-me o seu ilustre prolator, (*) verdadeiro ornamento da nossa magistratura, a honra de estribar a sua decisão, contrária à consulente, em dois tópicos dêsses meu livro.

Eis a linguagem com que nêles se apóia, e os cita, o eminentíssimo autor do julgado:

É requisito essencial para a regularidade do exercício da função judicial contra os atos do Congresso ou do Governo, «que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo ou do Executivo,

(*) Juiz Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque.

mas se refira a inconstitucionalidade dêle apenas como fundamento, e não alvo, do libelo. (Rui BARBOSA. *Atos Inconstitucionais*, pág. 123.)

A sentença que porventura jugasse procedente o pedido de fls., não teria execução nem maior alcance que o de simples parecer, não revogaria o decreto impugnado, pois que «os tribunais só revogam sentenças de tribunais». (Rui BARBOSA. Obra citada, pág. 97.)

Que é verdadeira a doutrina invocada, não tenho dúvida nenhuma. Ninguém, na literatura das instituições americanas, a contesta. Sómente não advertiu o douto magistrado em que ela impera num domínio estranho a hipótese atual.

Ambas as proposições minhas ali aduzidas se ocupam de estabelecer uma das normas assentes quanto à posição da justiça, nas lides em que se articula contra um ato do Governo ou do poder legislativo a exceção de *inconstitucionalidade*.

Nos próprios trechos do meu livro transcritos pelo respeitável julgador isto se acentua por duas vezes. É relembrar a primeira das duas citações, evidentemente entre si conexas, como aliás a sentença mesmo a supõe. O que ali, realmente, se recomenda, vem a ser que “a ação não tenha por objeto, diretamente, o ato *inconstitucional*... mas se refira a sua *inconstitucionalidade* apenas como fundamento... do libelo”.

Donde se vê que o preceito ali enunciado não entende senão com os casos, em que o objeto do libelo fôr um ato *inconstitucional* do Congresso, ou do Governo, e essa *inconstitucionalidade*, a base do pedido.

A esta especialidade não se circunscrevem só êsses lances daquele meu trabalho. Já o título da obra lhe traça esta órbita, dando-lhe por assunto *Os*

atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal.

Sob êsse título dei a estampa as razões finais, com que, em primeira instância, defendi os meus constituintes nas ações civis das vítimas dos decretos ditatorios de abril de 1892. Eram militares, uns do exército de terra, outros do de mar, arbitrariamente reformados. Eram funcionários civis vitalícios, demitidos com a mesma ação arbitrária. Em todos êsses atos, dados pelo Congresso Nacional mais tarde como legítimos, os dois podêres políticos, assumindo liberdades próprias do absolutismo contra a lei, entraram em violento conflito com a Constituição.

Foi então que me coube a iniciativa de mostrar, teórica e praticamente, o remédio *nôvo*, que o *nôvo* régimen nos deparava na interposição da justiça federal entre a constituição da república e o poder contra ela insurgido.

Mas em tudo quanto, a êsse respeito, escrevi e pratiquei, defini muito nitidamente os limites da matéria, a que se aplicaram, os meus trabalhos, as doutrinas cuja novidade entre nós era eu o primeiro a explorar e deslindar.

Com êste intuito dizia e, preambulando a discussão da causa:

A ação, em todos êsses pleitos, estriba nas mesmas regras *constitucionais*, que afiançam indistintamente a estabilidade as patentes militares, a inamovibilidade às funções civis de caráter vitalício;... firma-se no prejuízo material infligido aos Autores por essas *medidas arbitrárias do governo*, para reclamar, contra os seus efeitos, a tutela da justiça, apoiando-se na consideração de que êsses atos são inconstitucionais, de que *atos inconstitucionais* são atos nulos, de que atos nulos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer *dessas nulidades*, pronunciando-as, a autoridade

competente, no régimen adotado pela Constituição de 24 de fevereiro, é a dos tribunais federais. (RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais*, pág. 6.)

No antigo régimen tal competência não desfrutavam os tribunais e a nossa magistratura, ainda ao começar do atual, mal entrevia o alcance da jurisdição, em que o nosso ingresso ao régimen americano a empossava. De modo que a minha iniciativa, chamando-os a se pronunciarem *entre os poderes políticos do Estado e a Constituição*, operou escândalo, no mundo forense. Dessa impressão foi órgão o procurador da República no pleito, (*) recebendo-me a ação proposta com esta espécie de exceção peremptória: "O poder judiciário não tem competência, para *revogar* atos políticos do poder executivo". (*Atos Inconstitucionais*, pág. 96.)

Cumpria dissipar êsse êrro. Foi o de que tratei num capítulo especial daquelas alegações. Aí expendendo as "condições da anulação judicial", quanto às inconstitucionalidades perpetradas em atos do governo ou do Congresso Nacional mostrei que, a respeito de tais atos, as sentenças da justiça não atuam mediante *revogação*, propriamente dita.

Aqui estão as minhas palavras, num dos lances onde elas são mais incisivas:

Não pedi à justiça federal que abrogasse os atos de 9 e de 12 de abril, que restituísse os oficiais reformados ao quadro do exército, que reintegrasse os lentes demitidos nos quadros do magistério. Se tal o fizesse, seria decente a objeção. O governo poderia pretextar, nesse caso, em resposta, que os tribunais, atendendo à ação, invadiam terreno administrativo. (*Op. cit.*, pág. 99.)

Tal não era, porém, o a que me eu propunha.

(*) Rodrigo Otávio.

Precisamente para evitar êsse escolho técnico, busquei o desvio natural e legítimo, reclamando, não a reposição dos prejudicados nos cargos, onde o seu regresso poderia contrariar melindres ou interesses da administração, mas a satisfação do dano e a manutenção da propriedade, que perpétua POR DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL, representa direitos inacessíveis ao alcance do poder. (*Ibidem.*)

Era a "declaração constitucional" da sua perpetuidade, portanto, o que, imprimindo a êsses direitos um caráter especial, autorizava a ação por mim intentada. Na teoria, pois, que em sua defesa ali expunha, o que eu tinha em mira, eram as causas movidas com o fundamento de *inconstitucionalidade* contra medidas governativas ou legislativas.

Insistindo nessa ressalva explícita, dizia eu:

Se a *interpretação constitucional* não está em litígio, os atos do Congresso ou do Executivo não são discutíveis perante os tribunais. O primeiro requisito é êste; e êste requisito constitui, ao mesmo tempo, uma limitação poderosa e uma justificação irresistível. (*Op. cit.*, pág. 119.)

É o que as conclusões dêsse capítulo frisam categoricamente, nestes termos:

Bem singelas são as condições, graças às quais... se regula e legitima o apelo à justiça contra as *inconstitucionalidades*, administrativas ou legislativas. Condensando-as em sua essência, poderemos reduzir as condições necessárias para a regularidade no exercício da função judicial contra os atos *inconstitucionais* do Congresso ou do Governo, a êstes requisitos elementares:

1º — Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em *disposição constitucional*, se o ato impugnado é do Poder Legislativo, em disposição constitucional ou legislativa, se o ato acoimado fôr da administração.

.....
4º — Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato *inconstitucional* do Poder Legislativo ou Executivo, mas

se refira a *inconstitucionalidade* dêle apenas como fundamento, e não alvo da ação.

.....
A inaplicabilidade do ato INCONSTITUCIONAL do Poder Executivo ou Legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes. (*Op. cit.*, pág. 123-4.)

Desta maneira se exprimem todos os constitucionalistas americanos, cujo unânime consenso, formulado nessa regra elementar, uma das maiores autoridades européias acaba de expôr num livro dêste ano, dizendo:

O tribunal, seja qual fôr, a própria Suprema Corte Federal, julgando *inconstitucional* a lei, não a anula. Tal poder não tem: cinge-se a recusar aplicação à lei, na espécie que se lhe submete. (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tom. I, 1911, pág. 157.)

Ao que acrescenta o célebre professor de Bordes:

Esse direito das Côrtes Americanas é análogo ao dos tribunais franceses, que pelo art. 471, nº 15, do Código Penal, podem receber a exceção de ilegalidade suscitada por ocasião de um regulamento, ainda quando êste seja do Chefe do Estado, e recusar-se a aplicar, na espécie a êles sujeita, o regulamento havido por ilegal. (*Ibidem.*)

Na mesma analogia põem o dedo outros autores. (LARNAUDE: *Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays contre les actes du pouv. legisl.* *Bulletin de la Soc. de Leg. Comp.*, 1902, pág. 180.)

Mas entre essa competência, restrita ao exame da legalidade dos regulamentos administrativos, e a das justiças americanas, extensiva à verificação da constitucionalidade das leis, medeia uma distância incomensurável.

Ora esta segunda competência, que faz da justiça, em última análise, o maior dos podêres, foram

os tribunais da América do Norte os primeiros que a exercearam na história do mundo (HANNIS TAYLOR: *The origin and growth of the Amer. Const.* 1911, pág. 105; WILLOUGHBY: *The Supreme Court*,, pág. 27).

Dela entraram em posse, também entre nós, os tribunais pela constituição de 1891, que teve em mente dotar-nos do sistema político americano; e para pôr a essa imensa autoridade as barreiras, que no seu país de origem a limitam, é que fomos buscar na jurisprudência dos Estados Unidos os cânones ali a tal respeito firmados, entre os quais sobressai o de reduzir as sentenças a negarem aplicação às leis *inconstitucionais*, sem as revogarem.

Mas, quando se trata de atos do governo, a função defensiva da lei ou da Constituição, nas mãos da justiça, nem sempre se exerce de um modo puramente negativo. É o que nos revela, nos Estados Unidos, o uso do *mandamus*, arma imperativa, da qual não se utiliza a magistratura, para contrariar os agentes da administração no exercício ordinário das suas atribuições, mas a cujo préstimo recorre, quando os agentes do governo se negam ao cumprimento de algum dos seus *ministerial duties*, a saber, de um dêsses deveres formais, precisos e irrecusáveis, em relação a observância dos quais nenhum arbítrio ou faculdade apreciativa deixa a lei aos seus executores. (MERRILL: *Law of Mandamus*, Chicago, 1892, págs. 30-31, §§ 30-31.)

Como quer, entretanto, que encaremos êsse ponto, confiado, neste regimén, a justiça, de guarda suprema da Constituição, contra os atos de ambos ou outros podêres e da lei, contra os do executivo, o certo é que a restrição, pela qual as decisões dessa autoridade acerca de tais atos, quando contrários às

leis, ou à Constituição, tão sómente lhes negam obediência, sem os revogar, nada têm que ver com estoutra categoria especial de relações, meramente civis, nas quais o Estado entra muitas vezes com os particulares.

Num recentíssimo tratado escrito em França, acerca da reorganização do seu poder judiciário segundo os moldes americanos, o autor, considerando no ponto, a que ora aludo, observa:

Nem sempre a administração obra como representante do poder público no Estado: também lhe representa a personalidade jurídica. Nesta qualidade, pratica ela atos de gestão, ora pública, ora particular, como a que um simples indivíduo exerceeria nas mesmas condições. Dest'arte pode o Estado achar-se obrigado para com terceiros, mediante CONTRATOS ou quase-contratos, delitos ou quase-delitos.

Compromissos tais são, essencialmente, de direito civil. Um CONTRATO, embora celebrado com a administração, nem por isso é menos contrato. Seja ela embora quem cause um dano injusto, nem por isso perde êle este caráter; e, desde então, assim como não há duas morais, também não pode haver duas justiças. (JUL. COUMOUL, *Traité du pouvoir judiciaire*, 2^a ed., 1911. pág. 109.)

No Brasil não é sómente em conceitos de autores abalizados que se esteia essa doutrina: ela constitui o *jus receptum*, não só pela jurisprudência dos tribunais sob os dois régimes, mas, até, pela jurisprudência administrativa dos atos imperiais, quando a administração fruía os privilégios do seu contencioso, hoje extinto.

As decisões imperiais, neste sentido, foram solenes. O av. de 26 de janeiro de 1867 reza:

Sua Majestade o Imperador... conformato-se, por sua imediata e imperial resolução de 22 de dezembro último, com o parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, houve

por bem mandar declarar-lhe que ao Juízo dos Feitos da Fazenda compete tomar conhecimento de tais reclamações; *porque, quando o Estado funciona como pessoa civil, contratando com um particular e a respeito de um direito individual, sujeita-se, como qualquer cidadão, a lei privada e ao poder judiciário.*

A resolução imperial de 7 de março de 1868, adotando o parecer do Conselho de Estado na consulta de 23 de dezembro do ano anterior, reafirma a equiparação jurídica dos contratos do Estado com os particulares aos contratos comuns e a sua sujeição aos cânones do direito privado:

Os contratos, embora celebrados com esse ramo do Governo (o Ministério da Agricultura), enquanto não houver lei especial em contrário, não têm outro caráter senão o de convenções voluntárias, regidos pelas leis civis e subordinados ao juízo ordinário comum.

A consulta do Conselho de Estado em 3 de julho de 1871 reafirma altamente a mesma verdade:

Desde que os podêres descem de seu império para a posição de contratantes, nivelam-se, em face do direito, com a outra parte, perdem a faculdade de alterar, ou derrogar, o seu próprio ato por mero arbitrio ou poder discricionário.

As justiças do Império não eram, a tal respeito, menos categóricas. Baste citar a revista nº 10.417, de 24 de fevereiro de 1886, onde a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com a qual se pronunciou, como tribunal revisor, a relação de Pôrto Alegre no 1º de julho desse ano, assentou a doutrina de que

A concessão do privilégio não importa sómente um vínculo contratual: é uma propriedade do concessionário, suscetível de desapropriação nos casos da lei. (AMARO CAVALCANTI, Responsabilidade civil do Estado, pág. 530, not. 107; O Direito, vol. XXXIX, 1886, pág. 488.)

As palavras textuais dêsses julgados rezam assim:

O prazo concedido para a organização da companhia e o começo das obras da estrada de ferro, segundo o contrato de fl. 6, lei provincial de fl. 13, que o aprovou, e outra lei provincial de fl. 15, que o prorrogou, devia vencer-se em 1881, e, portanto, antes do vencimento dêsses prazos, a fé daquele contrato e a autoridade daquelas leis conferiam ao autor perfeito direito de propriedade sobre aquela concessão.

Assim constituído o direito de propriedade do autor, se o bem público exigia que uma estrada de ferro por conta do Estado fosse construída na mesma zona, sobre o mesmo traçado da concessão feita ao autor, o único meio cabível, a empregar para tal fim, era o da desapropriação, como dispõe o § 22 do art. 179 da Constituição do Império e as diversas leis de desapropriação. (O Direito, loco cit.)

Na república não variou jamais desta direção a corrente dos julgados.

Um deles declara terminantemente que:

O Estado, quando, por qualquer dos seus órgãos, contrata com um particular, é a este equiparado quanto aos direitos e obrigações daí derivantes e sujeito a sanção civil imposta a infração ou inexecução dos contratos.

É o Supremo Tribunal Federal quem nêstes termos define o direito brasileiro, e, ainda noutro acórdão, adotado em 17 de maio de 1902, se exprime da mesma sorte:

Tais atos estão sujeitos as leis de direito privado, que regem a matéria dos contratos. Quando a administração contrata, não funciona como poder público, não exerce ato de império, não exige obediência: obra como pessoa jurídica, põe-se em contacto com a atividade livre dos particulares.

O contrato é debatido, rejeitado ou aceito livremente por ambos os contraentes, e gera direitos e obrigações, tanto para a administração como para o administrado.

A situação jurídica criada pelo contrato que o Estado celebra para a execução de trabalhos, deve ser julgada conforme os princípios gerais de direito privado.

Nem é tudo. Inserindo-se em certos contratos com o Estado, por mútuo acôrdo entre os contratantes, cláusula formal, onde se reserva ao governo o arbítrio de, verificadas certas quebras do estipulado, pronunciar a administração decretoriamente a caducidade, a justiça federal tem condenado a União como transgressor das leis contratuais, considerando injurídica e nenhuma a convenção, que tal privilégio atribui ao poder administrativo, contra a regra absoluta de que ninguém pode ser, a um tempo, juiz e parte. (AMARO CAVALCANTI: *Op. Cit.*, páginas 532-3). Isso ainda em casos, nos quais os contratos declarados caducos pelo governo se ressentiam de vício substancial, sendo, como tais, nulos de pleno direito, ou encerravam entre as suas estipulações a da condição resolutiva expressa. (Sup. Trib. Fed. 16 de setembro de 1899; 19 de dezembro de 1908; 30 nov. 1901.)

Desta jurisprudência numerosa e constante, que exprime a tradição do nosso direito através dos nossos dois regimens constitucionais, resultam estas noções elementares, extraídas literalmente dos textos, que acabo de citar:

1º) O Estado, nos seus contratos, *não funciona como poder público, simplesmente obra como pessoa jurídica.*

2º) Neste caráter, o Estado contratante se *nivela com a outra parte no contrato.*

3º) Pessoa civil, equiparada ao outro contraente, sujeita-se, como qualquer particular, às *leis do direito privado.*

4º) Reduzido assim a *posição de contratante, segundo o direito privado*, incorre, pelas obrigações contraídas, quando as infringir, ou descumprir, *nas*

sanções civis cominadas a transgressão e inobser-
vância dos contratos.

Ora uma das sanções ordinárias no direito contratual é a ação de nulidade ou rescisão, ora contra o próprio contrato entre o acionante e o acionado, quando êste rompeu, ora contra o contrato posterior dêste com terceiro em violação do primeiro contrato. Dois caminhos se oferecem, então; ao contraente lesado pela parte; um consiste em pleitear a indenização; o outro, em demandar o cumprimento do contrato violado, ou a rescisão do que contra êste atenta.

Embora, na segunda via de reparação aberta aos contraentes prejudicados, o pedido se converta no de perdas e danos, e mire sempre a esta derradeira garantia, quando o contratante infiel se negue a restabelecer as relações ajustadas no contrato, o certo é que a reclamação do cumprimento dêste pela anulação dos atos, que o transgredirem, constitui um dos direitos irrelutáveis da parte ofendida contra o infrator.

Não há motivo, logo, para que cesse êsse direito, em sendo o governo o autor da infração, se, consoante a solução geral da nossa jurisprudência neste assunto, o governo, quando contrata com particulares, com êste se nivela, obrando como pessoa civil, contraindo obrigações de caráter civil, e submetendo-se, por elas, às sanções de ordem civil, que, no direito civil dos contratos, as resguardam.

É o que já no antigo regimén, sob as instituições imperiais, se reconhecia, como nos atesta um dos mais eminentes membros do Supremo Tribunal Federal:

De acordo com os princípios adotados pelo Conselho de Estado, a autoridade judiciária, quando devidamente

provocada, jamais recusara a sua intervenção na matéria; e, segundo as suas decisões, o *Estado foi muitas vêzes obrigado, quer ao cumprimento das condições ajustadas no contrato, porvenientes infringidas pelos seus órgãos ou representantes, quer a prestar a indenização devida pelos prejuízos ou danos causados a outra parte contratante, que se mostrava, juridicamente lesada.* (AMARO CAVALCANTI. *Op. cit.*, págs. 530.)

Ora não se concebe que esta situação legal deixasse de existir, quando o novo régimen constitucional elevou a autoridade da justiça, para com os atos do poder público, a uma altura incomensuravelmente superior, entregando-lhe, até a defesa da constituição contra a legislatura nacional.

Há nas decisões judiciais indícios concludentes de que outro não é, sobre este ponto, o sentir dos nossos tribunais. Na apelação cível nº 893, por exemplo, julgada em 1905 no Supremo Tribunal Federal, a sentença de primeira instância, confirmada na segunda, se refere a ação ordinária de rescisão como meio legítimo de restauração do direito violado nos contratos do governo com particulares. (O *Direito*, vol. 102, 1907, pág. 44.)

Ora, na espécie da consulta, o que se nos depara, são dois contratos sucessivos e entre si opositos: o primeiro constante de vários atos, administrativos e legislativos, onde se estipulam os direitos da Western, entre esta companhia e o governo; o segundo exarado, nas cláusulas que acompanham o decreto nº 7.620, de 21 de outubro de 1909, onde, entre o governo e Richard J. Reidy, se ajusta uma concessão posterior, inconciliável com a precedente.

Que as relações estabelecidas por estes diferentes atos da administração e da legislatura entre o governo e a Western constituem um contrato, na acepção estritamente civil do vocábulo, demonstrá-lo-ei na resposta, que após esta vou dar ao

segundo quesito. Dessa demonstração resultará, pela identidade entre os dois casos jurídicos, nos elementos que os caracterizam e nas noções que os devem reger, a consequência de que as relações firmadas entre o governo e J. Reidy pelo decreto apontado, constituem, igualmente, um contrato, no sentido rigorosamente civil da palavra.

Se ambos êsses contratos, pois, caem na classe dos contratos civis, a saber dos contratos cujas relações, durabilidade e extinção obedecem às normas do direito civil, temos *um conflito entre duas situações contratuais*, das quais a segunda se criou, quando os direitos da outra, já existentes, não permitiam que se criasse.

Ora, quando entre duas situações jurídicas, de ordem contratual, no direito privado, se estabelece êsse conflito, um dos remédios triviais, que a lei outorga, para a reintegração do direito, é a ação de nulidade movida contra o segundo contrato, pela parte escudada com o primeiro.

Negar, portanto, na hipótese, à Western esta ação fôra derrogar arbitrariamente o princípio de que, nos contratos, desta natureza, o governo está sujeito às normas do direito comum.

O excerto que a sentença impugnada extraiu de meu livro sobre *Os Atos Inconstitucionais*, não contradiz em nada êsse princípio, inconcusso e indiscutível, da jurisprudência brasileira.

Logo, não podia valer para se denegar à Western a ação, que êsse julgado lhe denega.

Nem valeria, em apoio dessa decisão, a alegação, a que ela se socorre, de que "a sentença, que julgasse procedente o pedido, não teria execução"; porquanto a solução da nulidade sentenciada se

resolve na de perdas e danos, cuja alternativa a deve acompanhar na sentença, quando o réu, seja êle um indivíduo, ou um governo, se obstina em descumprir o contrato.

Tenho assim respondido ao quarto quesito.

II

Direi agora do que toca especialmente ao segundo quesito, imediato ao quarto na ordem a que a minha argumentação me obriga.

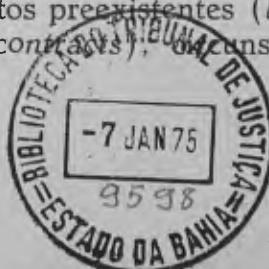
Precisamente na doutrina americana, onde a sentença impugnada foi buscar as suas normas fundamentais de julgar, é que contra ela se encontra a mais concludente das lições.

Vamos achá-la na jurisprudência estabelecida sobre a situação do poder público em matérias de direito contratual e a definição do que se tem por *contrato* nas relações entre o poder público e os indivíduos ou associações particulares.

Nasce essa jurisprudência, a mais ampla de que nenhum assunto ali jamais foi objeto, do texto que, na constituição dos Estados Unidos, garante, contra o arbítrio do governo ou da legislatura, a inviolabilidade dos contratos.

Na constituição brasileira a irretroatividade, quanto às leis (e, portanto, *a fortiori* contra os atos administrativos), tem a sua consagração numa regra única, geral, absoluta, cuja proibição juntamente abrange os Estados e a União (Art. II, 3º).

A constituição dos Estados Unidos, porém, vedava tão somente, das leis retroativas, as concernentes ao direito penal (*ex post facto laws*) e as *ofensivas de contratos preexistentes* (*laws impairing the obligation of contracts*), desincscrevendo esta



interdição, de mais, únicamente aos Estados. (Const. dos Est. Unid., art. 1º sec. 10 — BLACK: *Constitutional Prohibitions* — § 171, págs. 212-3.)

Seguir-se-á daí que o Congresso Nacional, nos Estados Unidos, possa, atentando contra direitos adquiridos, romper obrigações contratuais?

No rigor da teoria, sim, desde que o texto constitucional oferece esse aspecto discriminativo únicamente a respeito dos Estados (II *Lawyers' Reports Annotated*, pág. 216, not.). Não obstante, várias decisões há na direção de que um ato da legislatura federal lesivo das obrigações de um contrato seria nulo. (*Ibid.*, pág. 217. not.)

Depois, alguns dos mais autorizados e recentes estudos constitucionais sobre o assunto esclarecem essa expressão equívoca da letra constitucional, dando-lhe a explicação histórica, e limitando-lhe o alcance jurídico aos devidos termos. VON HOLST declara terminantemente "não se concluir daquele texto que o Congresso possa adotar leis tais". "Indubitavelmente", acrescenta essa autoridade primacial "tão ilícito é ao Congresso como aos Estados ofender a obrigação de um contrato". (*The Const. Law of the Unit. Stat.*, págs. 231.)

HARE, igualmente, opina, dizendo que, no pensamento dos autores da constituição americana, "o espírito da proibição, explícita quanto aos Estados, devia penetrar, sem distinção, todo o corpo das leis nacionais." (*Am. Const. Law.* v. II, pág. 1.279.)

Mas onde a matéria se acha esgotada, é na recentíssima obra de WATSON. O que, em 1787, inspirou aos constituintes americanos essa disposição, foi a necessidade urgente de remediar ao cinismo, com que algumas das legislaturas coloniais, repudiavam os seus contratos. (STORY: *Commentaries*,

§ 1374, vol. II, 5 edic., pág. 246. WHARTON: *Commentaries on Law*, § 477, pág. 549. WATSON: *The Constit. of Un. St.*, 1910, vol. I, p. 774, 814, not.) Se êles não cogitaram dos Estados Unidos, foi porque a legislatura da confederação nunca adotara ato algum, onde se desconhecesse o princípio da inviolabilidade das obrigações contratuais. Em derrogação dela, até hoje, o Congresso dos Estados Unidos só duas leis tem votado: a lei de falências e a do papel moeda. Mas uma e outra correspondem a duas atribuições expressamente cometidas, no texto da Constituição, ao Congresso Nacional. Este, porém, nunca articulou pretenções ao direito de violar os contratos do governo federal. O espírito da Constituição não lho permitia. Ele estende a proibição constitucional a todos os contratos, assim estaduais, como federais. (*Chief Just. Chase*, em *HEPBROM v. Griswold*, 8 Wallace, 623). A opinião de hoje considera a jurisprudência em contrário "um estigma na integridade nacional", e não admite que de tal faculdade se animasse a usar uma lei dos Estados Unidos. (WATSON: *Op. cit.*, págs. 829-34).

Mas, seja qual fôr, ali, a teoria dominante, a nós não nos importa, uma vez que, na constituição brasileira a cláusula proibitiva da retroatividade, cláusula na qual se contém a da irretratabilidade, administrativa ou legislativa, dos contratos entre o poder público e os particulares, se estende, formalmente, assim aos Estados, como a União. (Constituição, art. II, 3º).

Sendo assim, tudo o que relativamente aos Estados, neste particular, se acha assente entre os americanos pela jurisprudência e pela doutrina, tem aqui a mais inegável e rigorosa aplicação jurídica relativamente à União.

Vejamos, pois, o que nos Estados Unidos, pelas decisões dos seus juízes e pela opiniões dos seus juristas, constitui, hoje, direito inconcusso quanto aos contratos dos Estados, aos atos dos Estados que entram na categoria dos contratos, as consequências resultantes da sua violação pelos Estados e aos remédios contra essa violação admitidos.

Para saber quais os casos, em que o poder público, nas suas relações com particulares, celebra contratos, começaram, como era natural, os tribunais americanos por averiguar o que é que no sentido constitucional, se designa por tal nome.

Dêsse exame foi MARSHALL quem, na sua célebre sentença de 16 de março de 1809, pleito Fletch v. Peck, consignou o resultado nesta definição:

Contrato é uma convenção entre duas ou mais partes, podendo ser executório ou executado. Contrato executório é o em que uma das partes se compromete a fazer, ou deixar de fazer, certa e determinada coisa... Executado se considera o contrato, quando o seu objeto se cumpriu. (Fletcher V. Peck, 6 Granch, 136, 137, 3 L. Ed. 178.)

Essa definição ainda até hoje não variou. É o que nos atesta o *Digesto* da jurisprudência da Suprema Corte, nestas palavras, que reproduzem as de JOHN MARSHALL noventa e nove anos depois:

An executory contract, within the meaning of the constitutional provision as to impairment of contracts, is one in which a party binds himself to do or not do a particular thing. (*Digest of the Un. States Supreme Court Reports*, vol. II, págs. 1.736, nº 1.052.)

STORY, definindo, semelhantemente, como contrato "o acordo em praticar, ou abster-se de praticar certos atos", (*Commentaries*, § 1.376, v. I, p. 247)

acrescenta: "Os contratos, de que fala a constituição, vêm a ser os que respeitam a propriedade, ou qualquer outro objeto de valor (*or some other object of value*), e conferem direitos suscetíveis de ser articulados num tribunal de justiça." (*Ibid.*, § 1.392, pág. 264).

Anàlogamente HARE ensina: "Contrato pode-se definir o compromisso suscetível de se pleitear mediante ação em juízo (*Process*)."
(*Amer. Const. Law*, pág. 577, vol. I.) SEDGWICK acentua esta última condição. (*On the interpretat. and constr. of statut, and constit. law*, págs. 599, 590.) WATSON, escrevendo ainda o ano passado, adota por definição os têrmos de MARSHALL numa decisão dez anos posterior à do caso *Fletcher v. Peck*: a em que o grande juiz pronunciou a sentença suprema no caso *Sturges v. Crowninshield*. Aí, aludindo à letra do texto constitucional relativo à proteção dos contratos, diz o Chief Justice:

"Seria difícil verter em expressões mais inteligíveis, ou menos arriscadas a equívoco, as que temos de explicar. Contrato é o acôrdo, pelo qual alguém se empenha a fazer, ou deixar de fazer, certa e determinada coisa." (*Sturges V. Crowninshield*. 4 Wheaton, 197. 4 L. Ed. 549.)

O juiz WASHINGTON, da Suprema Côrte, opinando, em 1819, no Dartmouth College Case, assim se enuncia:

"Que é contrato? Pode-se definir uma transação ou convenção (*a Transaction*) entre duas ou mais pessoas, na qual cada uma das partes contrai uma obrigação para com as outras, adquirindo cada uma, em relação às demais, direito ao que estas lhe prometem." (*Darmouth College v. Wodward*. 4 Wheaton, 656. 4 L. Ed. 664.)

O código da Lousiana (1889) consagra uma definição legislativa, qualificando, no § 1.761, como contrato "o acôrdo, mediante o qual se obriga uma pessoa para com outra a dar, fazer, consentir, ou não, alguma coisa, explícita ou implicitamente ali convencionada."

No mesmo sentido ainda se poderiam aqui citar como autoridade, entre outras:

CHITTY: *On contracts*, pág. 3.

PARSON: *Law of contracts*, 9^a ed., 1904, I, pág. 6.

HARE: *Law of contracts* (1887), pág. 64 e seg.

SUTHERLAND: *Notes on the Constit.* (1904), pág. 282.

The Amer. and Engl. Encyclopedia of Law, v. VII, p. 90-91, v. XV, pág. 1.040.

Em nada, pois, difere a noção ali corrente sobre os contratos da antiga noção romana, ou da nossa: *duorum in idem placitum consensus; obligatio... ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*; consenso entre duas ou mais vontades sobre o mesmo objeto; promessa de uma parte e aceitação de outra, ou aceitação e promessa de parte a parte. (Fr. I, § D. II, 14 — MOLITOR: *Oblig. en droit rom.*, v. I, p. 86 — ARNDTS — SERAFINI: *Pandette*, v. II, § 231, p. 95 — BEVILAQUA: *Obrigações*, § 55 — SCIALOJA: *Di- zionario. prat. di dir. privato*, v. II, pág. 433.)

Concluindo, portanto, segundo o conceito americano, absolutamente idêntico ao nosso,

"*Contrato haverá, tôda a vez que duas pessoas, mediante um ato jurídico, assentirem numa obrigação de uma para com outra, ou em obrigações recíprocas entre ambas.*"

O ponto que imediatamente após êsse teve de liquidar a jurisprudência americana, foi o de saber se

a proteção da cláusula constitucional cobria unicamente os contratos entre particulares, ou se também os em que seja contraente o poder público estão contra o árbitro dêle assegurados por essa garantia.

A solução não poderia deixar de ser afirmativa quanto à segunda questão. Para *a priori* o sabermos, bastaria ter em lembrança que a origem daquela disposição constitucional foi justamente a política de repudião dos compromissos contratuais adotada, quer durante os tempos coloniais, quer na quadra revolucionária, pelos governos das colônias e dos Estados. (HARE: *Atual Governemente*, 3^a ed., 1909, págs. 493-4).

Os julgados americanos, com efeito, nunca resolveram de outro modo.

No caso do *Providence Bank v. Billings*, por exemplo, sentenciou a Suprema Corte:

É ponto assentado IT HAS BEEN SETTLED que a Constituição, na sua seção 10^a do art. 1º, protege tanto os contratos entre um Estado e um indivíduo, como os contratos entre indivíduos. (4 PETERS, 514. L. Ed. 7.939.)

No caso *Green v. Biddle*:

A Constituição dos Estados Unidos abrange todos os contratos, executados ou executórios, assim entre indivíduos, como entre Estados e indivíduos; de sorte que, se o Estado não pode alterar os contratos entre indivíduos, tão pouco lhe será lícito, modificar as obrigações daqueles, em que ele mesmo fôr parte. (8 WHEATON I. L. Ed. 5, 547.)

No caso *New Jersey v. Wilson*:

Esta disposição constitucional se estende, não só aos contratos entre indivíduos, mas também aos em que fôr parte um Estado. (7 CRANCH 166. L. Ed. 3, 303.)

Nestes arestos se apóia uma longa série de outros que os confirmam, entre os quais:

Charles River Bridge v. Warren Bridge, II Peters, 582. 9 L. Ed. 538.

Louisiana v. Jumel. 107, U. S. 750. 27 L. Ed. 462.

New Orleans Gaslight Cº v. Louisiana Light & H. P. & Mfg. Cº 115 U. S. 673. 29 L. Ed. 524.

Re Ayers 123 U. S. 515. 31 L. Ed. 233.

Rhode Islands v. Massachussets. 12 Peters, 744. 9 L. Ed. 1268.

Não continuarei, porque teria de enumerar, quando menos, mais oito, acordes todos no mesmo sentido. (*Digest. vol. II, págs. 1.736, 1.740, 1.741.*)

Desses julgados resulta a jurisprudência, que o *Digesto* das sentenças da Suprema Corte assim resume:

The prohibition of the Federal Constitution against impairing the obligation of contracts embraces *all contracts*, executed or executory, whether between individuals or a State and individuals. (*DIGEST, v. II, nº 1.051.*)

The prohibition... applies to the contracts of the State and those of its agents, as well as to contracts between individuals. (*Ibid., nº 1.075.*)

The obligation of the contracts of a State is as fully protected by the contract clause of the Federal Constitution as in the case of contracts exclusively between individuals. (*Ibid., nº 1.077.*)

A versão dêste último trecho escusa a dos dois anteriores, onde apenas se encerra, menos incisiva nos termos, a mesma idéia.

Tirado em linguagem, reza êle:

Na cláusula da Constituição Federal acerca dos contratos as obrigações contraídas em contratos do Estado se acham tão cabalmente garantidas como as dos contratos celebrados exclusivamente entre particulares.

A mesma regra tem curso na jurisprudência dos Estados:

The limitation upon the power of the State to pass any act impairing the obligation of contracts applies as well to contracts in which the State is a party, as to contracts solely between individuals. (24 *Lawyers, Reports Annotated*, pág. 607.)

Não há, nêste particular, divergências de opinião. E o que peremptoriamente atesta Von HOLST, cuja autoridade sobranceia entre as mais altas no constitucionalismo americano:

The word (CONTRACTS) covers, in fact, not only contracts between private persons, but also those between a State and private persons. *On both these fundamental principles there is no difference of opinion.* (Op. cit., pág. 232.)

COOLEY observa que êste ponto resolvido está pelo aresto do caso *Fletcher v. Pack* (6 Cranch 87, 136; 3 L. Ed. 162), isto é, há cento e um anos, sem variação até esta data. (*Constitution. Limitations*, 7^a ed., 1903, pág. 385.)

Em suma,

quanto a saber a que gêneros de contratos alude a Constituição, se aos com o Estado, aos entre indivíduos, ou a uns e outros, as decisões da Suprema Corte não deixam aberta a dúvida nenhuma. *Unânimis são tôdas na declaração de que a cláusula inclui os casos, em que fôr parte o Estado. They are unanimous in the declaration that the clause includes cases in which a State is a party.* (WILL. A. SCOTT, *The repudiation of State debts*, pág. 5.)

Desde STORY (*Commentar.*, I, § 1.391, págs. 262 e 263) até SUTHERLAND (*Notes*, págs. 282-3), em 1904, e WATSON (Op. cit., pág. 814), em 1910, essa tem sido, persistentemente, a jurisprudência e a doutrina americana.

Temos, pois, como segunda conclusão apurada e utilizável para a espécie da consulta a regra de que

a inviolabilidade jurídica dos contratos obriga por igual a todos os contratantes, sejam êles meros particulares, administrações públicas ou Estados.

Caberão, porém, na classe dos contratos do Estado as concessões do gênero a que pertence a do governo brasileiro a *Western Telegraph Company*?

É o que agora se estudará com os subsídios cabais, que sobre esta questão nos depara o direito americano, estritamente aplicável ao nosso.

As outorgas, pela administração pública, de favores ou privilégios, como o da *Western Telegraph Company*, a entidades particulares se realizam, entre os americanos, de duas maneiras.

Ora são atos de concessão a indivíduos ou empresas já constituídas. Tomam então o nome de *grants*. *Nomen generalissimus* na sua acepção lata, o vocábulo *grant* restringe então o seu sentido, para, como entre nós a palavra concessão, exprimir os atos, mediante os quais o poder público faz aos indivíduos ou associações essas mercês, ordinariamente compensadas com a prestação, pelos concessionários, de certos serviços. (*Americ. and Engl. Encycl. of Law. vº Grant*, v. XIV, págs. 1.112-1.113.)

Ora entram como elemento integrante nos atos de incorporação, ou estatutos, *corporate charters*, das associações particulares constituídas por deliberação especial ou sob o regimento de uma lei geral do Estado.

Consideremos as duas espécies uma a uma.

Primeiro, as *grants*.

Uma das primeiras questões que sobre esta disposição constitucional se suscitaram, adverte CURTIS, ocupando-se com a cláusula tutelar dos contratos na Constituição Federal "foi se a concessão outorgada pelo Estado é um contrato, do número desses cuja

inviolabilidade se queria assegurar; e, mediante ampla consideração do assunto, ficou assente que, sendo as concessões contratos executados, cuja obrigação, não obstante, subsiste, e não discriminando os térmos da Constituição entre contratos de um Estado e contratos particulares, as concessões do Estado caíam, claramente, sob a disposição vedativa." (*Commentar. on the jurisd., pract and pecul. jurisprud. of the Courts Un. Stat.*, § 238, pág. 306.)

O caso inicial e capital, no exame desta controvérsia e na solução do seu objeto, foi o de *Fletcher v. Peck*, onde MARSHALL na presidência da Suprema Corte, pontificou, numa das suas mais citadas sentenças, a doutrina até hoje em vigor, dizendo:

Uma concessão importa, de sua natureza, na extinção do direito do concedente (GRANTOR), e implica, da parte dêste, o contrato de não mais reafirmar esse direito. Dêle se priva sempre, mediante a sua própria concessão, a parte que a faz. A concessão, é, pois, realmente, *um contrato*. (6 Cranch 137. 3 L. Ed. 178.)

Contrato executado, *executed contract*, lhe chama o acordão, no intento de exprimir que, pela concessão, o direito concedido se transfere imediatamente de uma a outra parte. Mas dêsse contrato, que sob tal aspecto, se diz executado, nasce "implicitamente um contrato por executar (*an executory contract*), contrato consistente em que o concessionário continue a desfrutar a coisa concedida segundo os térmos da concessão." (6 Cranch 123. 3 L. Ed. 174.)

Neste sentido julgou a Suprema Corte unânimemente. (Cranch 139. 3 L. Ed. 179.)

No caso *Dartmouth College v. Woodward* (4 Wheaton 518; 4 L. Ed. 629) a doutrina do arresto *Fletcher v. Pek* se estendeu e ampliou a tutela dos

favores e privilégios liberalizados por concessões do Estado a corporações particulares (*Rose's, Notes on N. S. Reports.* 6 *Cranch.* 3 L. Ed. pág. 410.)

Numerosíssimo é o rol das concessões (*grants*) que, como tais, a jurisprudência, assim dos tribunais federais, como dos estaduais, tem considerado protegidas, no caráter de verdadeiros contratos, contra o arbítrio do poder, administrativo ou legislativo. (*Digest*, v. II, págs. 1.765-1.766, ns. 1.214-1.222. — 3 L. Ed. *Rose's Notes*, págs. 411 e 413.)

Enfim, presentemente,

“já não é questão debatível que as concessões são contratos abrangidos nesta garantia constitucional. *That a grant is a contract within this provision of the Constitution is no longer an open question.*” (*Amer. and Engl. Encyclop. of Law*, v. VII, pág. 95, nº 3; vol. XIV, pág. 1.112; v. XV, pág. 1.033.)

No último dêsses lances a *American and English Encyclopaedia of Law* nos diz:

“Tôda a concessão de um privilégio exclusivo (e nêste caso está o da Western) envolve o contrato de não revogar essa concessão e *mais* o de não fazer concessão do mesmo privilégio a outrem.”

A doutrina vem largamente expendida na obra clássica da *STORY* (*Commentar.*, §§ 1.391-1.392).

POMEROY, depois de explanar com a sua clareza e elegância habituais, ilustrando-a, além dos casos *Fletcher v. Peck* e *Darmouth Collage v. Woodward*, com as decisões nos pleitos *Terret v. Tailor* (9 *Cranch*, 43, 52; 3L. Ed. 651) e *Mc. Gee v. Mathis* (4 *Wallace* 518; 18 L. Ed. 314), declara que a natureza contratual das concessões do Estado a particulares e a sua inalterabilidade pelo concedente

"se acham estabelecidas como parte do direito constitucional do país: *have been established as a part of the constitutional law of the land.*" (*An Introduct. to the Constit. Law of the Un.*, § 546, pág. 446.)

A mesma lição vamos encontrar em:

WADE — *A treat. on Retroactive Laws*, § 56, págs. 68 e 70;

PATTERSON — *The Unit. Stat under the Constitution*, pág. 172;

BLACK — *Constitutional Prohibitions*, § II, pág. 18;

TUCKER — *The Constitution of the Un. St.*, v. II, pág. 829;

WHARTON — *Commentaries*, § 479, pág. 550.

Em resumo, servindo-me das palavras de COOLEY:

Segundo os arrestos da Suprema Corte, a concessão legal de qualquer privilégio exclusivo por um Estado é um contrato irretratável. *The grant of any exclusive privilege by a State, if lawfully made, is a contract, and not subject to be recalled.* (*Constit. Limitations*, 7^a ed. pág. 401.)

Note-se, como já se deve ter advertido em citações anteriores, que o caráter de exclusividade ou monopólio, nas concessões do Estado, lhes não atenua a índole de contratos sujeitos às mesmas normas que os demais negócios jurídicos desta natureza.

É o que ainda se acentua nestas palavras de CAMPBELL BLACK, em sua recentíssima edição:

A legislatura do Estado, se lhe parecer que os interesses públicos o tornam desejável, pode conceder a uma pessoa ou a uma associação, *um monopólio, faculdade exclusiva, ou privilégio* (*a monopoly, or exclusive franchise or privilege*), se a concessão assumir a forma de um contrato (*of a contract*) cuja obrigação, depois lhe não será lícito alterar, *the obligation of which must not the reafter be impaired.* (*Americ. Constitutional Law*, ed. de 1910, p. 730.)

Dai a consequência vem a ser que as faculdades, privilégios ou monopólios legalmente outorgados pela autoridade pública assumem a expressão de verdadeiros direitos patrimoniais ou propriedades adquiridas por aquêles a quem se dão as concessões.

Nisto não faço mais que repetir uma trivialidade corrente nos livros americanos:

A franchise obtained by grant from the legislature has the legal character of an estate or property. Um privilégio obtido por concessão da legislatura tem o caráter jurídico de um bem de fortuna ou propriedade. (BOOTH — *A Treat. on the Law of Street Railways*, § 10, pág. 10.)

Não quer a referência a “concessões da legislatura” dizer que só às concessões legislativas caiba esse caráter. O autor não alude especialmente a estas, senão porque delas é que tinha de falar, ocupando-se, como ali se ocupa, das concessões, mediante *cartas de incorporação*. (BOOTH, §§ 8^a, 9^o e 10 págs. 8-10). Sendo estas, nos Estados Unidos, como adiante se verá, de origem necessariamente legislativa, esse escritor, circunscrito a sua especificidade, limitou-se à aplicação do princípio geral a ela, definindo únicamente a índole legal das concessões outorgadas mediante atos legislativos. Mas essa caracterização das concessões como contratos e dos benefícios que elas outorgam aos concessionários como direitos patrimoniais é extensiva a todos êsses atos da autoridade pública, quer se operem legislativa, quer administrativamente. O princípio é que a concessão constitui um contrato, “A grant is a contract” (*Am. and Eng. Encyc. of Law*, v. 14, p. 1.113), e que “toda a concessão de um privilégio exclusivo, em sendo válida importa num duplo contrato”: o da sua irrevogabilidade e o da sua

inextensibilidade a outras pessoas. (*Ibid.*, vol. 15, pág. 1.033, nº 7.)

Mas para onde se deve chamar aqui a atenção, é para o conceito jurídico de que nem a *origem legislativa* de uma concessão lhe não tira o caráter *contratual*.

A concessão da *Western Telegraph Company* participa da natureza legislativa; porquanto deve a maior garantia da sua existência atual à lei nº 191 B, de 30 de setembro de 1893, art. 6º, X, à lei nº 266, de 24 de dezembro de 1894, art. 6º, § 4º, à lei nº 360, de 30 de dezembro de 1895, art. 6º, II, § II, nº 7, e à lei de 23 de dezembro de 1901, art. 2º, VII, tôdas as quais a ratificaram, aprovaram, ou reconheceram.

Que isso, porém, não a despe do seu caráter de *contrato*, as autoridades americanas, sem discrepância de nenhuma, concorrem unânimemente em nos mostrar. Contestes são elas em que há contratos de outorga legislativa, e em certas leis, até, existem, cuja natureza é serem contratos.

Não era outra coisa o que estabelece MARSHALL, quando, no caso *Fletcher v. Peck*, sentenciou:

“Quando uma lei é de sua natureza um contrato (*when a law is in its nature a contract*), e por esse contrato se adquiriram direitos absolutos, dêsses direitos não desinveste o adquirente a revogação de tal lei.” (6 CRANCH 135. 3 L. Ed. 177.)

Nessa mesma decisão usa ainda o grande juiz destas expressões: “..... the law which constitutes the contract”, a saber: “a lei que constitui o contrato”. (6 CRANCH 131. 3 L. Ed. 176.)

Essa declaração do maior dos magistrados americanos, elevou a jurisprudência a altura de uma norma legal inconcavável.

"Rights vested under a law, which is in its nature a contract, cannot be divested by the legislature." (ROSE'S — Notes, pág. 399. 3 L. Ed.)

A fórmula é categórica:

"Uma concessão legislativa é um contrato. A legislative grant is a contract." (ROSE'S — Notes on U. S. Reports. 4 L. Ed. pág. 955.)

Mais de trinta arestos são ali apontados (págs. ns. 955-57) em sustentação desta norma. (Ver ainda THOMPSON, Notes Supplementary to Rose's Notes, v. I, 1904, págs. 35-36).

O Digesto das sentenças da Corte Suprema insiste muitas vezes nessa proposição, especialmente consignada ali sob o nº 917, onde se trata das leis — contratos por sua natureza, *where a law is in its nature a contract*," e sob o nº 1.076, onde se declara que

está na competência da legislatura obrigar por contratos o Estado. *It is within the power of the legislature to bind the State by a contract.*" (Digest, v. II, p. 1.714, nº 917, pág. 1.741, nº 1.076, e pág. 1.766, ns. 1.219 e 1.220.)

A linguagem dos expositores americanos é peremptória. STORY, depois de notar que a legislatura "pode fazer diretamente, por lei, uma concessão", acrescenta que está nas mãos dela "contratar diretamente, mediante uma lei, com particulares."

"The legislature may make a contract with individuals directly by a law." (Commentaries II, § 1.391, pág. 263 e § I: 392, pág. 265.)

Semelhantemente, Von HOLST:

"Contracts may be entered into by the State under the form of laws." (Op. cit., pág. 233.)

E COOLEY:

"Os atos legislativos são, por vêzes, *contratos entre o Estado e a parte*, a quem dêsses atos possa advir algum direito; e nem por serem tais, por haverem assumido tal forma, estão menos sob a proteção da cláusula constitucional." (*Constitution Limitations*, pág. 175.)

No mesmo sentido:

SEDWICK — *Op. cit.*, págs. 590-91;

WATSON — *Op. cit.*, v. II, pág. 814;

Io. Lawyers Reports, 407, not.;

BLACK — *Constit. Law*, pág. 726.

Esta noção incontestável, de mais a mais, vamô-la encontrar agora na doutrina americana das *corporate charters*, ou cartas da constituição de companhias, atos êsses que, ali, envolvem todos o exercício do poder legislativo.

As *corporates charters* são uma das duas formas, como já deixei dito, sob as quais se realizam as concessões.

Sobre o nome de *grants* acabamos de mostrar na mais simples dessas formas a sua natureza contratual. Vamos agora verificá-la debaixo da outra espécie que as concessões revestem: a das cartas de incorporação das sociedades.

Cartas de incorporação chamam os ingleses e americanos aos atos do parlamento, do congresso, ou das legislaturas estaduais, que criam uma corporação. (*Amer. and Engl. Encyclop. of Law*, v. VII, pág. 943, vº *Charter*.)

Corporations, corporações, consoante a tecnologia anglo-americana, são as agregações de indivíduos, unidos num só corpo, com um patrimônio

comum e uma personificação legal, capaz de obrigações e direitos. É a melhor definição que me parece resultar das muitas que a literatura jurídica do assunto registra naquelas duas nações. (J. W. SMITH: *Commentaries on the mod. law of Municip. Corporations*, v. I, 1903, ps. 1-3; *Amer. and Engl. Encycl. of Law*, vol. VII, pág. 632.)

Dividem-se essas coletividades em *públicas e particulares*. Corporações públicas são as instituídas pelo governo como entidades políticas estabelecidas para cooperar na administração. Entre elas sobressaem as municipalidades. Tôdas as outras se dizem particulares. Criadas sob o incentivo dos interesses particulares, a êstes obedecem na intenção dos indivíduos que as compõem, ainda quando no interesse público também cooperem mediante certos serviços, associados às concessões, administrativas ou legislativas, cujo benefício desfrutam. (*Amer. and Engl. Encycl. of Law*, v. VII, págs. 637-638).

Entre nós essas entidades se chamam associações, e as mais delas se constituem livremente, sob um regímen legal estabelecido. Nos Estados Unidos, porém, o modo originário de as constituir era por cartas especiais, cuja concessão incumbia privativamente ao poder legislativo. (*Ib.*, págs. 641 e 646). Este sistema vigora ainda nos Estados, cujas constituições o não aboliram. Na maior parte dos Estados da União, porém, o direito constitucional manda adotar leis gerais, sob cujo regímen se criem e vivam as associações particulares. Mas quer entre alguns desses mesmos, quando a legislatura, a sua discrição, o tiver por conveniente, quer nos outros, onde ainda subsistem os antigos estilos, as associações se fundam por cartas especiais de incorporação. (*Ib.*, págs. 642, 646, 662.)

Nessas cartas especiais de incorporação, *special charters of incorporation*, quando se trata de associações particulares, cujas emprêsas entendem com serviços de interesse público, consideração que não lhes oblitera o caráter de *private corporations* (ABBOT, *Municipal Corporations*, 1905, v. I. p. 5), é que a legislatura as investe de certos privilégios, ou lhes outorga certos favores.

Tais cartas, pois, são os instrumentos públicos das concessões do Estado a essas corporações. "A Charter is the instrument or evidence of a public grant." (BOOTH: *Op. cit.*, § 10, p. 10, *in princ.*)

E bem: quer a jurisprudência, quer a doutrina americana são unâmes em encarar as cartas de incorporação *como contratos*.

A jurisprudência tem a sua base no célebre caso *Darmouth College v. Woodward*, onde a opinião da Suprema Corte, pronunciada por MARSHALL, resolveu para sempre o assunto.

Trata-se de um colégio, fundado mediante uma carta de incorporação, que lhe fixara os estatutos. Quis o governo alterá-lo. Mas a sentença lho vedou, com o fundamento de que a carta de incorporação era um *contrato* entre o Estado e os instituidores.

Não poderia eu transcrever aqui êsse julgado, nem mesmo limitando-me a excertos buscados nos seus lances capitais, porque seria alongar em demasia êste papel. Baste extratar-lhe a conclusão, que rezava assim:

A opinião do Tribunal, após madura deliberação, é que êste ato é *um contrato*, cuja obrigação não se pode alterar sem atentado contra a Constituição dos Estados Unidos. (4 WHEATON, 6 O. 4 L. Ed. 662.)

O raciocínio dessa decisão, tão simples quanto concludente, merece, todavia, consignar-se, ao menos em resumo; porquanto, formulado, naquele caso, a respeito de uma instituição de ordem moral, um estabelecimento de ensino e caridade, com grande maioria de razão quadra às associações industriais, como a que na espécie da *Western* se discute.

“Não se há mister de argumentação”, preambulava MARSHALL, “para evidenciar que as circunstâncias do feito constituem um *contrato*. Requer-se à corte uma carta, para incorporar uma instituição religiosa e literária. Na petição declararam os impretrantes que, para êsse objeto estão subscritas avultadas quantias, em cuja posse a corporação entrará apenas criada. Obtém-se a carta, e sob a sua fé se transfere o domínio desses valores à associação. Nesta operação, evidentemente, se reunem todos os elementos de um contrato legítimo e consumado. *Surely in this transaction every ingrediente of a complete and legitimate contract is to be found.*” (4 WHEATON, 627, 4 L. Ed. 656).

Essa decisão, mais famosa, até, que a do caso *Marbury v. Madison*, na qual se diz estar “a base do direito constitucional americano”, tal autoridade e alcance tem, que chega a ser qualificada como “o mais valioso arresto constitucional proferido naquele país, *the most valuable constitutional decision ever rendered in this country.* (BLACK: *Constitution. Prohibitions*, § 12, págs. 20, 22. — JOHN DILLON: *John Marshall*, págs. 299-300).

Os princípios nêle consagrados “a tal ponto se embeberam na jurisprudência dos Estados Unidos que se consideram como *partes da própria constituição.*” (*Stone v. Missipi.*, 101 U. S. 816, 25 L. Ed. 1.079).

É um verdadeiro "cânon da jurisprudência americana" a sua doutrina (Pearsall v. Great Northern Ry. Co., 161. U. S. 660. 40. L. Ed. 843.) Segundo as declarações constantes da Suprema Corte, êle assentou definitivamente a certeza quanto à noção de que "*a corporate charter is a contract*", isto é, de que as cartas de incorporação constituem verdadeiros contratos (ROSE's Notes. 4 L. Ed. p. 910).

Daí nunca se arredaram, até hoje, as sentenças da justiça nos Estados Unidos (BLACK: *Constit. Prohibitions*, pág. 20). É um ponto, donde não variou jamais nem a jurisprudência nacional, nem a dos Estados. (J. DILLON: *Op. cit.*, pág. 301.)

O que aí vai dito sobejaria, portanto, para a demonstração da tese, que ora me ocupa. Mas a matéria lucra em ser explanada com as proposições, que, a tal respeito, consigna o *Digesto* da jurisprudência da Corte Suprema nos Estados Unidos.

Transcrevamos sómente as principais:

Tôdas as cartas se originam de um contrato e *formam um contrato* com o Estado. (*Digest.* v. I, pág. 1.755, número 1.159.)

A carta (estatutos aprovados) de uma corporação particular, aceita e começada a executar (*which has been accepted and acted upon*), constitui um contrato entre o Estado e a corporação, *constitutes a contract between the State and the corporation*. (*Ib.*, nº 1.160.)

Os atos de aprovação de estatutos (*charters*) de corporações particulares são contratos (*are contracts*), protegidos contra qualquer transgressão (*protected from invasion*) pela Constituição dos Estados Unidos. (*Ib.*, número 1.161.)

Esteiam ali esta proposição não menos de cento e setenta e cinco arrestos.

Todo e qualquer privilégio de valor (any valuable privilege) outorgado pela carta, ou ato de constituição (charter) de uma associação particular (private corporation), desde que êle haja contribuido para a aceitação da carta e a organização da entidade social (and which conduced to its acceptance and an organization under it), é um contrato (is a contract), que a legislatura [não pode alterar, salvo se nesse próprio instrumento se reservou tal poder. (Ib., pág. 1.757, nº 1.163.)

As decisões que amparam esta tese, montam ao número de sessenta e sete.

Uma carta de incorporação de um Banco é *um contrato.* (Ib., pág. 1.758, nº 1.170.)

Uma associação de caminho de ferro é uma corporação particular, ainda que a sua empresa seja de utilidade pública, e o contrato expresso ou necessariamente implícito *na sua carta* cai sob a tutela da cláusula constitucional, que veda atentar contra as obrigações contratuais. (Ib., nº 1.173.)

As faculdades ou privilégios (*franchises*) concedidas a associações particulares, uma vez devidamente aceitas (*if duly accepted*), *formam contratos (become a contract)*, garantidos pelo texto da Constituição Federal que protege os contratos. (Ib., pág. 1.763, nº 1.203.)

Eis aí a jurisprudência.

Agora a lição dos constitucionalistas.

STORY:

As cartas (de incorporação das associações particulares) são contratos, no pensamento da Constituição. A *charter, then, being a contract within the scope of the Constitution...* (Commentaries, § 1.392-3.)

MEYER:

As autorizações de incorporação de companhias são contratos. *A grant of incorporation is a contract.* Esta doutrina se tem por definitivamente assentada (*as finally settled*) na jurisprudência dêste país. (Vested Rights, p. 683, nº 1.779.)

WADE:

Tais cartas (*the charters of private corporations*), pôsto que sejam atos legislativos (*statutes*), apresentam a característica adicional de serem concessões outorgadas pelo Estado, de certos privilégios (*privileges*) pecuniariamente valiosos para o concessionário (*grantees*); de modo que em sendo aceitas e começadas a executar, impõem, correlativamente, deveres às associações constituídas. Isto lhes dá o caráter de *contratos* (*this gives to them character of contracts*) geralmente obrigatórios ao Estado (*binding upon the State*), contratos cuja interposição abriga as associações da ação de leis ulteriores, que entrem com êles em conflito. (*On Retroactive Laws*, § 21, pág. 25.)

BLACK:

A carta de uma associação particular é *um contrato* (*is a contract*), no sentido em que usa desta palavra a Constituição dos Estados Unidos, entre o Estado concedente da carta e a corporação por ela criada. Assim que todo o ato da legislatura, ou qualquer disposição constitucional, que a infringir, seja reduzindo-lhe as concessões (*franchises*), seja alterando-a em qualquer tópico referente (*or otherwise altering it in a material point*), é nulo, como repugnante à Constituição. (*Constit. Prohibitions*, § 14, pág. 24.)

PATTERSON:

As estipulações expressas numa carta de incorporação quanto aos privilégios nela conferidos (*as to the privileges, thereby conferred*) a associação está sob a garantia da cláusula constitucional. (*The Un. Stat. and the States under the Constit.*, págs. 171, 176.)

Von HOLST:

Todos os atos e cartas de incorporações de associações particulares mediante leis gerais ou especiais são *contratos* (*are contracts*). Em cada um destes *contratos* (*in every such contract*) abre mão o Estado *pro tanto* da sua vontade legislativa. A legislatura que o faz, obriga todas as legislaturas vindouras a respeito do *contrato* em *tôda a sua plenitude*. (*A legislature binds all future legislatures as to the entire extent of the contrat.* (*Constit. Law*, pág. 233.)

SEDWICK:

É hoje doutrina firmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como pelos tribunais dos Estados,

que as cartas incorporativas das corporações não municipais são contratos na acepção da garantia constitucional, *is a contract within the constitutional guaranty.* (*Op. cit.*, p. nº 585, not.)

BOOTH:

Uma carta de incorporação legalmente outorgada, competentemente aceita e começada a se utilizar, encerra em si todos os elementos *de um contrato* (*has all the elements of a contract*), e é obrigatória em relação a uma e outra parte, contra as quais ambas têm força executória, se nem sempre do mesmo modo, todavia sempre com a mesma plenitude, como qualquer acordo ordinário entre pessoas naturais. (*Op. cit.*, § 8, pág. 8.)

SUTHERLAND:

A carta de uma corporação particular é *um contrato* (*contract*), que o Estado, ante a proibição constitucional, não pode transgredir. Nela, com efeito, se contém a estipulação de que as faculdades especialmente outorgadas no seu texto não se podem revogar, nem diminuir... As cartas de associações particulares são contratos que assentam na consideração das responsabilidades e obrigações assumidas pelos incorporadores, quando as aceitam. O valor dessa consideração consiste nas vantagens derivadas da incorporação pela comunidade, vantagens de cuja suficiência é juiz exclusivo a legislatura. De outra consideração não se há mister, para tornar irrevogável a concessão da carta. (*Notes on the Constitut.*, págs. 332-3.)

PINGREY:

Uma carta é um *contrato* (*a contract*) entre o Estado e a corporação que a receba... Aos benefícios dêsse contrato a associação adquire direito por tal modo, que dêles nem a lei a pode privar. (*Extraordinary, industrial and interstate contracts*. Albany, 1905, § 534, págs. 605-6.)

WATSON:

Toda a carta autorizada pelo Estado constitui um *contrato* (*constitutes a contract*), que não pode ser violado ou alterado, exceto unicamente se, na própria carta ou em alguma lei, geral ou especial, a que a carta esteja subordinada pela concessão, a legislatura se houver reservado o arbítrio de a modificar. (*Op. cit.*, v. II, pág. 819.)

Em confirmação da mesma doutrina, já sobejamente autorizada com tôdas essas transcrições, agora me limitarei a indicar no mesmo sentido:

KENT — *Commentaries in American Law*, ed. de 1867, v. I, págs. 445, 452.

COOLEY — *Constituion, Limitations*, ed. de 1903, pág. 391.

TUCKER — *The Constituion*, v. II, pág. 830.

CURTIS — *Jurisdiction*, § 223, págs. 310-329.

BLACK — *Constitutional Law*, ed. de 1910, pág. 738, nº 287.

VON HOLST — *The Constitutional and Pol. Hist. of the Un. Stat.*, v. II, pág. 59 not.

HANNIS TAYLOR — *Jurisd. and Procecedure of the Sup. Court.*, pág. XVI.

BUNX — *Notes of Constitutional Decisions*, págs. 162-3.

ELLIOT — *Roads and Streets*, § 778, pág. 840.

BOUTWELL — *The Constit. of the Un. Stat.*, págs. 254 e seguintes.

LAWSON — *Rights, Remedies and pratice*, v. VII, § 3.863.

Concluindo, para dar, numa fórmula autorizada, a síntese do direito americano sobre o assunto, irei buscá-la no mais vasto e abalizado repertório da legislação, jurisprudência e doutrina nos Estados Unidos. A *Enciclopédia Anglo-Americanica do Direito*, onde no artigo sobre os atentados contra as obrigações dos contratos (*Impairment of obligation of contracts*), se define assim a noção ali inconcussa:

Todo o direito de valor apreciável outorgado, pela carta ou ato de incorporação, que, segundo uma interpretação razoável, se deva ter como o motivo determinante da aceitação

da carta e da organização por ela ditada, ou da transmissão, por terceiros, a associação, de valiosos direitos patrimoniais, é protegido pelo *contrato* de que o Estado não revogará ou lesará os privilégios ou faculdades assim concedidos.

Every valuable right granted by the charter or act of incorporation, and which, by a fair construction, may be said to be the consideration, in whole or in part, for the acceptance of the charter and the organisation under it, or for the conveyance to the corporation, by third parties, of valuable property rights, is protected by a contract that the State will not revoke or impair the right on privilege granted. (A. and Engl. Encyc. of Law. V. XV, pág. 1.034.)

Ora em situação estritamente idêntica à das companhias americanas (*private corporations*) constituídas mediante cartas especiais de incorporação (*charters of incorporation; corporate charters*) estão as companhias brasileiras, que se constituem para explorar concessões do governo.

Essas associações, quanto ao objeto a que se destinam, à extensão dos compromissos que assumem, à natureza, ao alcance e ao uso dos favores mais ou menos privilegiados que recebem, às condições de sua existência, durabilidade e extinção, dependem absolutamente de atos do governo, que lhe preestabelecem as cláusulas de organização, e as autorizam a funcionar.

É o que se dá no caso da consulente.

O seu estado jurídico nasce primordialmente do decr. nº 4.491, de 23 de março de 1870, em que o governo do Império concedeu a Charles T. Bright e outros súditos ingleses autorização, para, debaixo de certas cláusulas, organizarem, construírem e custearem linhas telegráficas submarinas entre o norte e o sul dêste país, e bem assim do decr. nº 5.058, de 16 de agosto de 1872, no qual S.M. o Imperador autorizou o barão de Mauá a estabelecer e explorar

um cabo telegráfico submarino entre o Brasil, Portugal e suas possessões.

Das mãos de Charles T. Bright e seus consórcios o privilégio do telégrafo submarino pelas águas territoriais do Brasil veio a transferir-se à *Telegraph Construction and Maintenance Company* mediante o decreto imperial nº 5.234, de 24 de março de 1873.

Mais tarde, no mesmo ano, o decr. nº 5.498, de 10 de dezembro, concedeu autorização, para funcionar no Império, com os seus estatutos, a *Western and Brazilian Telegraph Company*, a cujo domínio passou, mediante a aprovação expressa do decr. nº 5.530, de 31 de janeiro de 1873, a concessão do governo imperial a Charles T. Bright e seus associados.

Nesse mesmo ano, pelo decr. nº 5.312, de 18 de junho, o governo do Imperador concedia autorização para funcionar entre nós a *Brazilian Submarine Telegraph Company Limited*, cessionária da concessão Mauá.

Anos depois a *Brazilian Submarine Telegraph Company* e a *Western and Brazilian Telegraph Company* se fundiram numa só companhia, a *Western Telegraph Company, Limeted*, a que o governo da República, mediante o decr. nº 3.307, de 6 de junho de 1899, deu autorização, para existir no Brasil como senhora das concessões adquiridas pelas suas predecessoras, cessionárias de Mauá e Charles T. Bright.

Nessa longa série de atos, cuja enumeração abrange únicamente os pontos culminantes na linha de geração, ascendência e sucessão da companhia atual, a cuja consulta respondo, não se encontra só o beneplácito a ela, por si ou por suas antecessoras, outorgado, em decretos do governo brasileiro, sob

os dois regimens, para viver juridicamente no Brasil; encontra-se, ainda, em cláusulas articuladas com precisão e miudeza o estatuto dos seus direitos e obrigações, a lei mútua das relações entre a companhia outorgada e o poder outorgante.

Eis aí assinalado com a clareza de uma evidência irresistível o caráter de *contratualidade* reconhecido unanimemente pelos jurisconsultos e magistrados americanos nas *charters of incorporation* das *privates corporations*. O caso da Western poderia constituir tipo, atenta a numerosa sucessão de atos governativos que nêle se entretecem, as reiteradas transferências, com os respectivos atos de aprovação administrativa, que aí se multiplicam, e a importância, assim dos favores alcançados pelos concessionários, como dos encargos por êles, em retorno contraídos.

A natureza bilateral da convenção reveste, no caso, o aspecto mais expressivo. O governo anui em outorgar à emprêsa direitos de alto valor, na esperança de que os serviços de alta vantagem, a que ela, em trôco, se compromete, assegurarão ao público benefícios compensadores. A emprêsa aquiesce em assumir o compromisso de tais responsabilidades, na confiança de que a exploração dos privilégios, cujo exclusivo gôzo lhe assegura o governo, a resarcirão, com lucros suficientes, dos sacrifícios exigidos pelo desempenho de sua tarefa. Nem o governo teria liberalizado aos concessionários êsses favores, se não contasse com a certeza dos serviços, que impôs, nem os concessionários assentido nos ônus, a que subscreveram, se não tivessem por seguros os favores, cuja exclusividade o governo lhe abonou. Nessa mútua expectativa, nessa compensação recíproca está o *contrato*, com todos os característicos de substância e forma pelos quais as

relações dessa denominação peculiar se deve constituir e manifestar.

Mas a clareza da existência do contrato não se limita a ser, aqui, o resultado lógico de uma operação de hermenêutica, aplicada ao exame da essência dos atos de concessão, transferência e autorização, graças aos quais a *Western Telegraph Company* subsiste.

Não.

São êsses próprios atos, quase todos, ou antes todos os de importância decisiva para o estado jurídico da companhia, são êsses mesmos atos que, expressamente, designadamente, literalmente, se dão a si o nome de *contratos*.

No decr. nº 4.491, de 23 de março de 1870, primeira origem de todos os direitos da consulente, o governo imperial há por bem conceder a Charles T. Bright e outros

“autorização para, por meio da companhia que organizarem, construirem e custearem linhas telegráficas submarinas entre o Norte e o Sul do Império, mediante *contrato* celebrado de acordo com as cláusulas que com êste baixam”.

No decr. nº 5.270, de 26 de abril de 1873, que, segundo as expressões da sua rubrica, “autoriza a novação do *contrato* celebrado com Charles T. Bright e outros,” o governo do Imperador

“há por bem autorizar a *novação do contrato* celebrado, na conformidade dos decretos ns. 4.491 e 4.594, de 23 de março e 9 de setembro de 1870 e 13 de abril do ano passado, para a construção e custeio das linhas telegráficas submarinas entre o Norte e o Sul do Império.”

No relatório do ministério da agricultura à assembléia legislativa em 1873 o secretário de Estado dessa pasta comunica ao parlamento que os concessionários daquelas linhas transferiram à *Telegraph Construction and Maintenance*

"os direitos e obrigações, que contrairam com o Govêrno para a construção de linhas telegráficas submarinas entre o Norte e o Sul do Império, em virtude do contrato que celebraram de acordo com as disposições constantes dos decretos ns. 4.491, 4.594 e 4.926, de 1870 e 1872."

"Tendo o Govêrno aprovado, por decreto nº 5.234, de 24 de março de 1873, a referida transferência, foi inovado o contrato anteriormente feito, nos termos constantes do decreto nº 5.270, de 26 de abril último."

No decreto nº 5.312, de 18 de junho de 1873, o governo imperial concede autorização para funcionar no país a *Brazilian Submarine Telegraph Company* (cuja sucessora é a *Western*), a quem se haviam transmitido

"os direitos e obrigações do contrato celebrado entre o Govêrno imperial e o Barão de Mauá."

No decr. nº 5.530, de 31 de janeiro de 1872, o governo do Imperador aprova a transferência outorgada à *Western Telegraph Company*, pela *Telegraph Construction and Maintenance Company*,

"dos contratos primitivamente celebrados com Charles T. Bright e outros."

No decr. nº 7.814, de 31 de agosto de 1880, o governo de Sua Majestade concedendo autorização à *Western and Brazilian Telegraph*, para estender um cabo submarino do Pará às Guianas, formula "as condições", "que com êsse decreto baixam," para o

"contrato entre o Governo imperial e a Western and Brazilian Telegraph Company."

A escritura dêsse ato levrou-se, com êsse cabeçalho, na secretaria da agricultura, em 16 de outubro de 1880, terminando, após as vinte e três cláusulas que a compõem, com êste remate:

"Em fé do que se lavra o presente contrato, que é assinado por S. Exa. o Sr. ... Ministro e Secretário de Estado... por Douglas Watson, como representante da companhia, e pelas testemunhas..."

Aos 30 de junho de 1893 se firmou entre o *governo federal* dos E. U. do Brasil e a *Western and B. Telegraph Cº*, *"o termo de acôrdo para comunicação entre o Brasil e as repúblicas Argentina e do Uruguai"*.

Aí, no texto da nominação contratual, se declara que as partes *"entre si acordaram* as seguintes disposições"; e, dizendo-se, na primeira cláusula, que *"o governo se obriga para com a Western Brazilian Tel. Cº, a não conceder, no prazo de vinte anos"*, a ninguém mais os privilégios a ela ali outorgados; na cláusula terceira a concessionária *"se obriga a pagar ao governo,*

"enquanto vigorar este contrato"

as taxas nêle estipuladas, nas cláusulas quinta e nona se dá, por três vêzes, à companhia a denominação de *"contratante"* e o ato exarado naquela escritura recebe formalmente, em três outras cláusulas, o nome de contrato.

Na cláusula II^a

"Terminado o prazo de 20 anos, continuarão a ser observadas as cláusulas do presente contrato".

Na cláusula VII:

"O Governo estabelecerá a fiscalização precisa, para garantir a execução do presente contrato".

Na cláusula X:

“As leis do Brasil serão as únicas aplicáveis para a decisão de qualquer dúvida relativa ao presente contrato”.

Mais.

A lei nº 191 B, de 30 de setembro de 1893, art. 6º, nº X, reconhece absolutamente a natureza contratual das relações entre o Estado e a companhia, estatuindo:

“Fica aprovado o contrato celebrado entre o Governo e a *Western and Brazilian Telegraph Company* a que se refere a Mensagem de 24 de julho do corrente ano”.

Idênticamente procede a lei nº 266, de 24 de dezembro de 1894, autorizando, no art. 6º, nº II, § 4º, o poder executivo:

“A encampar a *Western and Brazilian Telegraph Company* nas condições do seu contrato”.

Do mesmo modo a lei nº 360, de 30 de dezembro de 1895, art. 6º, seç. II, §II, nº 4, confere autorização ao poder executivo para

“encampar a *W. and Braz. Telegraph Comp.* nas condições do seu contrato”.

Depois vem o decr. nº 3.307, de 6 de junho de 1899, que autoriza a fusão da *Brazilian Submarine* e da *Western and Brazilian* na atual *Western Telegraph Company*, fixando as cláusulas, sob as quais esta se vai constituir.

Pois bem.

A IV dessas cláusulas se enuncia desta maneira:

À cessãoária ficam transferidos os direitos e obrigações do contrato de 30 de junho de 1893, aprovado pela lei nº 191 B, de 30 de setembro de 1893, com alteração da cláusula III, que fica redigida nos seguintes termos: A contratante

obriga-se a pagar ao Govêrno, enquanto vigorar êste *contrato*, a taxa uniforme de 10 cêntimos em ouro por palavra.

E depois, encerrando a escritura, a cláusula XIV declara:

Ficam dêste modo consolidadas e alteradas as cláusulas dos já mencionados decretos ns. 5.270, de 26 de abril de 1873, 5.058, de 16 de agosto de 1872, 944, de 1 de novembro de 1890, e do *contrato* de 30 de junho de 1893, aprovado pela lei nº 191 B, de 30 de setembro de 1893, para o fim de ser a cessionária sómente regida pelas presentes cláusulas.

Não é tudo.

Ainda temos o decreto nº 4.427, de 9 de junho de 1902, cujo artigo único dispõe:

Fica eliminada a cláusula IV, *do contrato* celebrado em 30 de julho de 1893, entre o Govêrno da República dos Estados Unidos do Brasil e a *The Western Telegraph Company*.

Enfim, o decr. nº 4.772, de 10 de fevereiro de 1903 retificando o anterior, diz:

“... considerando ter havido engano na citação da data *do contrato da Western Company Limited*...

Artigo único. É de 30 de junho de 1893 a data *do contrato celebrado entre o Govêrno Federal e a The Western Telegraph Company, Limited*”.

Conseguintemente:

já pela qualificação adotada, mediante acôrdo mútuo, entre o Govêrno brasileiro e os concessionários, na escritura de 16 de outubro de 1880 e na de 30 de junho de 1893, cláusula XXIII da primeira, cláusulas I, II, III, V, VII, IX, X e XII da segunda, escrituras designadas uma e outra, nesses artigos, pelas duas partes signatárias, como instrumentos *de contrato*;

já pela denominação textual e insistentemente consignada, com a autoridade solene dos atos do Poder Executivo, no decreto nº 4.491, de 23 de março de 1870, no decreto nº 5.270, de 26 de abril de 1873, no decreto nº 5.312, de 18 de junho de 1873, no decreto nº 5.539, de 31 de janeiro de 1874, no decr. nº 3.307, de 6 de junho de 1899, no decreto nº 4.427, de 9 de junho de 1902, e no decreto nº 4.772, de 10 de fevereiro de 1903, em todos os quais se atribui ao conjunto das obrigações e direitos estipulados entre o Governo da nação e a consulente, ou os concessionários de que ela é sucessora, o nome categórico *de contrato*;

já, enfim, pela classificação *de contrato*, que lhe assinam a lei nº 191 B, de 30 de setembro de 1893, art. 6º, seç. X, a lei nº 266, de 24 de dezembro de 1894, art. 6º, seç. II, § 4º, nº 4 e a lei nº 360, de 30 de dezembro de 1895, art. 6º, seç. II, § II, nº 7;

a concessão de que é proprietária a *Western Telegraph Company*, constitui, sob qualquer aspecto jurídico por onde se considere, um verdadeiro contrato, legal e inviolável, dotado para a sua defesa, de todos os remédios, com que o direito civil, em todos os regimens, e, neste, além do direito civil, o direito constitucional resguardam os contratos contra o arbítrio do poder.

As mesmas características, porém, que imprimem o cunho contratual à concessão da Western, impõem classificação idêntica à concessão Reidy.

Tôda a análise pela qual demonstrei ser essa a caracterização jurídica das relações entre aquela

companhia e o governo brasileiro, com o mesmo rigor se aplica às que a liberalidade por êle outorgada a Richard J. Reidy estabeleceria, se válido fôsse o ato dessa mercê.

Do complexo das suas cláusulas resulta uma reciprocidade convencional de obrigações e direitos, que coloca as duas partes na situação, uma relativamente à outra, de verdadeiros contratantes.

Mas, ainda quando a tal respeito alguma dúvida pudesse caber, se o contexto do instrumento da concessão fôsse mudo sobre o modo como, entre o concedente e o concessionário, se encaram as relações, que com aquêle ato quiseram contrair, não se concebe, sob êsse ponto, a mínima hesitação, ante a linguagem categórica em que está redigido o decreto, mediante o qual se operou a outorga.

Esse decreto, expedido em 21 de outubro de 1909, com o nº 7.620 (*Diário Oficial* de 19 de novembro de 1909, págs. 8.527-28), traz, logo na rubrica, a expressão jurídica do ato, anunciando que êle "autoriza a contratar", com Richard J. Reidy o lançamento de cabos submarinos.

A essa indicação do título oficial o decreto corresponde imediatamente no seu texto, estabelecendo, em seguida as frases preambulares do estilo:

"Artigo único. Fica autorizado o contrato com Richard J. Reidy para estender cabos submarinos..."

Vêm subseqüentemente "as cláusulas, a que se refere o decreto nº 7.620"; e, dessas, a penúltima e a antepenúltima são dêste teor:

XXVI. A presente concessão ficará sem efeito, se o concessionário deixar de assinar o respectivo contrato dentro de 30 dias, a contar da data da publicação do decreto.

XXVII. O concessionário depositará no Tesouro Federal, antes da assinatura do contrato, a soma de 50:000\$

em moeda corrente, ou em apólices da dívida pública, como garantia da execução do mesmo, revertendo essa quantia para o Estado no caso de caducidade de todo o *contrato*.

Uma nota, com que a consulente margeou o exemplar da fôlha oficial anexo à consulta, no qual se acha o texto autêntico do decreto, avisa de que o depósito se realizou e o contrato se assinou, um e outro oportunamente, no Tesouro e na competente secretaria.

Nem podia deixar de ser assim, a vista das cláusulas supratranscritas; visto como antes de efetuado o depósito, segundo elas, não seria lícito proceder à assinatura do *contrato*, e, se a assinatura do *contrato* não se consumasse dentro em trinta dias da assinatura do decreto, “a concessão ficaria sem efeito”.

Daqui deriva existirem, nessa concessão, dois contratos, que se completam, sucedendo um ao outro: o contrato inerente ao decreto e nêle exarado, contrato provisório e condicional, por cujas cláusulas o concessionário adquiria direito a assinatura do contrato definitivo, nelas vazado, e o contrato ulterior, de que aquelloutro era o projeto e a garantia, contrato ultimativo e permanente, não assinado o qual nos trinta dias aprazados, a concessão expiraria no embrião dêsse término inicial.

Na liberalidade, pois, com que foi agraciado Richard J. Reidy, não se traduz meramente a figura da autorização administrativa, mas a verificação nítida e exata de *um duplo contrato*.

O que o distingue do em que é concessionária a *Western Telegraph Company*, vem a ser a contraposição entre a validade incontestável d'este e a insubsistência palpável daquele, nulo justamente por constituir a mais clamorosa invasão dos legítimos

direitos em que, por obra do primeiro, estava essa companhia investida.

Fica, destarte, solvido o segundo quesito.

III

Toca a vez agora ao primeiro quesito.

Cabia à companhia Western a ação que intentou, para anular o decreto da concessão, que violou o seu privilégio e os seus contratos com o governo?

Claro está que essa interrogação não se formularia, pois ninguém nesse caso conceberia dúvida alguma, se as relações acerca de cujas consequências jurídicas aqui se discute, fôssem estabelecidas de um e outro lado, entre particulares. Tôda a gente sabe que um contrato válido constitui lei entre os contraentes, que a nenhuma dêles é lícito rompê-lo mediante outro contrato com terceira pessoa, e que, portanto, se o faz, ao contraente lesado caberá, inquestionavelmente, ação, para rescindir o contrato lesivo, ou se ressarcir da lesão sofrida, em tôda a sua extensão.

O que dá lugar, pois, à questão, na espécie, vem a ser únicamente a circunstância de que ambos os contraentes não são particulares. Mas, por que um dêles seja o Estado, haverá nesta consideração base legal, para deversificarem os corolários jurídicos da situação criada pelo contrato, cujas obrigações êsse contraente rompeu?

Evidentemente não. Já o demonstrei na resposta ao quarto quesito. Agora, porém, ainda me cabe reforçá-la, especialmente com a autoridade, sobre tôdas valiosa na questão constitucional, dos juristas e publicistas americanos.

Primeiramente, entre êles não se achará quem seja capaz de contestar que o governo é tão obrigado pelos seus contratos como qualquer particular.

Eis os têrmos, em que ali se enuncia essa doutrina:

The government is as much bound by a contract duly made by its authorized officers in its behalf, or by alternatives offered it under a contract, when once exercised, as is any private citizen. Fowler v. United States Allen v. United States. See also: Cooke v. United States; United States v. Bostwick, 94 U. S. 53, 66, 24 L. Ed., 65, 66. (13 Lawyers Reports Annot. pág 170, not.)

Na sentença que julgou a última dessas causas decidida em 1876 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, então sob a presidência de WAITE, êste *chief justice*, pronunciando a opinião do tribunal, disse:

Os Estados Unidos, quando contratam com os seus cidadãos, são regidos pelas mesmas leis que a êstes regem na espécie. Tôdas as obrigações que se suporiam contraídas pelos cidadãos contratantes em circunstâncias tais, devem, igualmente, subentender-se contra os Estados Unidos.

The United States, when they contract with their citizens, are controlled by the same laws that govern the citizen in that behalf. All obligations which would be implied against citizens under the same circumstances, will be implied against them. (United States v. Ch. Bostwick 94 U.S. 24 L. Ed. 66.)

Esse princípio inconcusso tem a sua base no axioma de que o Estado, nos seus contratos com um individuo, ou uma associação, é meramente parte, como o outro contraente.

Na causa *Fletcher v. Peck*, dizia JOHN MARSHALL, o maior dos *chief-justices*:

The legislature of Georgia was *a party* in this transaction; and for a party to pronounce its own deed invalid, whatever cause may be assigned for its invalidity, must be considered as a mere act of power which must find its vindication in a train of reasoning not often heard in courts of justice

A legislatura [da Geórgia foi parte nesta transação; e, se uma das partes declara inválido o seu próprio contrato, sejam quais forem os motivos alegáveis para a sua invalidade, êsse arbitrio será considerado meramente como um ato de fôrça, que terá de ser escusado com razões pouco em voga nos tribunais de justiça. (6 Cranch 132. L. Ed. 176-7).

Se a legislatura se absolvesse a si mesma dessas regras concernentes ao direito de propriedade que imperam sobre todos os cidadãos nos Estados Unidos, e dêsses princípios de equidade que todos os tribunais reconhecem, a sua deliberação [não se apoiaria senão no seu poder e êste poderia esbulhar, do mesmo modo, a quaisquer outros indivíduos dos seus bens, caso tal fôsse o bel-prazer da legislatura. (Cranch 134. 3 L. Ed. 177.)

Como parte que nêles é, o Estado, já o vimos, não tem a menor autoridade constitucional, para os nulificar, ou alterar:

A State has no constitutional power to annul or impair a valid contract entered into by it. (13 *Lawyers Rep. Annot.*, pág. 170, not.)

A tal respeito a jurisprudência e a doutrina são acordes em não reconhecer diferença alguma entre o Estado contratante e o indivíduo que com êle contrata, ou os indivíduos que contratam uns com os outros.

A State has no more power to impair its own contracts than it has to impair those of persons. And when a State contracts with an individual, it is considered as an individual as to that contract, and is bound accordingly. (WATSON: *Op., cit.*, pág. 823.)

No caso *Hall v. Wisconsin*, a decisão da Suprema Corte, redigida pelo juiz SWAYNE, acentua esse conceito, declarando que,

"quando o Estado baixa do plano da sua soberania, e contrata com particulares, é considerado, a tal respeito, como simples particular, e como tal obrigado.

When a State descends from the plane of its sovereignty, and contracts with private persons, it is regarded pro hac vice as a private person itself, and is bound accordingly". (103 U. S. II. 26 L. Ed., 305.)

O cânon americano estabelece terminantemente que, quando o Estado se faz parte num contrato, fica *ipso jure* adstrito às mesmas normas jurídicas que os indivíduos, e não pode articular direito a imunidades.

No pleito *Davis v. Grey* o julgado é categórico a respeito dêsse axioma:

*Quando um Estado se torna parte num contrato, como na espécie vertente, a él se aplicam as mesmas regras jurídicas aplicáveis, em circunstâncias semelhantes, aos particulares. E, quando élle, ou os seus representantes, são regularmente chamados ao foro de um litígio, nem o Estado, nem os que o representam podem articular *nenhum direito ou imunidade em nome de sua soberania política.**

.... When a State becomes a party to a contract, as in the case before us, the same rules of law are applied to her as to private persons under the same circumstances. When she or her representatives are properly brought to the forum of litigation, neither she nor they can assert any right or immunity incident to her political sovereignty. Curran v. Arkansas. (16 Wallace, 21 L. Ed. 457.)

É a noção que, com largo reforço de arrestos, se encontra nas anotações ao caso *Henderson v.*

Commissioners of the State Soldiers & Sailors Monument (Supremo Tribunal do Indiana):

Entrando num contrato, o Estado se despe dos atributos da sua soberania, e se obriga realmente como qualquer dos seus cidadãos num contrato em que fôr parte.

In entering into a contract, a State lays aside its attributes of sovereignty, and binds itself substantially as one of its citizens under his contract. (13Lawyers' Rep. Annot., 170, not.)

O Digesto da Jurisprudência da Suprema Corte consigna essas proposições como expressão corrente do direito usual e incontroverso:

When a State becomes a party to a contract, the same rules of law are applied to it as to private persons under like circumstances. When properly brought into the forum of litigation, no right or immunity can be asserted as an incident to sovereignty. (Digest., v. II, p. 1.741, nº 1.079.)

A mesma lição nos ensinam os constitucionistas:

Assim, HARE:

Tratando com um cidadão, o Estado com êle se nivela, e o seu contrato deve ser julgado segundo as regras, que se aplicam entre indivíduos.

In dealing with a citizen, the State places itself on his level; and the contract must be judged by the rules which apply between individuals. (Americ. Constitutional Law, vol. I, pág. 579).

E MEYER:

Casos há, em que o Estado pode pôr de lado a sua soberania, e contratar do mesmo modo que um indivíduo.

There are cases in which a State may lay aside its sovereignty, and contract the same as an individual. (Vested Rights, pág. 444, nº 1.335.)

Numa palavra, é direito assente nos Estados Unidos que, entrando em um contrato o Estado abre

mão da sua soberania nos limites da obrigação, que lhe impõe a lei, de observar os seus contratos.

It is the settled law of the United States that, *by entering into a contract, the State surrenders its sovereignty, to the extent of the obligation imposed by the law to perform its contracts.*" (The Amer. and Engl. Encycl. of Law, vol. XV, pág. 1.041.)

É o *relinquishment of sovereignty*, a renúncia convencional da soberania, definida e sustentada, entre outros, nos seguintes arestos:

New Jersey v. Wilson, 7 Granch (U. S.) 164. 3 L. Ed. 303.

Wolf v. New Orleans, 103 (U. S.) I. 5 L. Ed. 547.

Providence Bank v. Billings. 4 Peters (U. S.) 514. 7 L. Ed. 939.

Davis v. Gray. 16 Wallace (U. S.) 203. 21 L. Ed. 447.

Wolff v. New Orleans, 103 (U. S.) 358, 26 L. E. 395.

Pennoyer v. Mc. Connaught 140 (U. S.) I. 35 L. Ed. 363.

No direito americano as consequências dêsse princípio encontram um limite considerável na restrição de que o Estado não pode ser acionado sem o seu consentimento. As nossas instituições constitucionais, porém, não admitiram esta singularidade.

A regra, portanto, de que o Estado, contratando, se nivela com os particulares, de que, nivelandos-se com êles, abdica limitadamente a sua soberania, no tocante às obrigações que contrai, de que, tendo renunciado, para tais efeitos, a sua soberania, não pode alegar nenhuma das imunidades a ela inerentes, na ação a que a quebra do seu

contrato der lugar, estabelece a evidência de que, nos casos desta natureza, a situação jurídica, entre nós, absolutamente, a de duas individualidades comuns, reduzidas pelo vínculo contratual a todos os corolários legais das obrigações validamente contraídas entre particulares.

Isto pôsto, a espécie é a de um contrato regular entre indivíduos, ofendido por um contrato nulo de um desses indivíduos com um terceiro; e, nestas condições, não se poderia contestar a parte do primeiro contrato lesada pelo segundo a ação ordinária, para obter a anulação do segundo e o respeito às obrigações do primeiro.

Conseguintemente, ao primeiro quesito da consulta não posso responder senão que à *Western* cabia, para restabelecer os seus direitos adquiridos pelo seu contrato com o governo, a ação que moveu no intuito de anular o contrato posterior do governo com Richard James Reidy.

IV

Agora o quinto quesito.

Respondendo, em 1902, a uma consulta das companhias de seguros sobre a legitimidade constitucional do decreto nº 4.270, de dezembro de 1901, que as sujeitava todas ao regime do decreto número 2.153, de 1º de novembro de 1895, assim me exprimi eu:

Sempre me pareceu que tal meio não encontra assento nem no texto da nossa constituição, nem nos princípios do nosso regime, nem na jurisprudência da sua mãe pátria, a União Norte Americana.

Não há em nenhuma dessas fontes elemento nenhum que autorize a anulação formal de um ato do governo por ação direta, o que importa na revogação de um ato do governo por uma sentença.

Mas a lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, § 9º, adota positivamente esse tipo de ação, hoje admitido pelo concurso unânime dos nossos tribunais; de modo que eu mesmo já não tenho o direito de aferrar-me, na prática, à minha opinião particular.

(*Companhias de Seguros*. Represent. ao gov. contra o decr. nº 4.270, de 10 de nov. 1901. Consulta e pareceres sobre a sua constitucionalidade. Rio, 1902, pág. 30).

Realmente, a lei nº 221, de 1894, art. 13, § 9º, depois de estabelecer que os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas, que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União, prescreve que:

“verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o *anulará* no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.”

Esta disposição legal se corrobora com a estatuída no decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, art. 7º, onde se cria a apelação *ex-officio*

“das sentenças que *anularem*, no todo ou em parte, os atos e decisões administrativas.”

Para se firmar, logo, a doutrina, advogada por mim, de que as sentenças não revogam decretos, seria mister, da parte dos tribunais, a inauguração de uma jurisprudência oposta à seguida invariavelmente até hoje; isto é, seria mister que as justiças da União declarassem constitucionais e, como tais, nulos o art. 13 § 9º, do decreto legislativo nº 221 e o art. 7º do decreto legislativo nº 1.939.

A doutrina, de que se vale a sentença contestada, portanto, se bem que, a meu ver, justa como princípio geral a respeito dos atos em que o governo atenta como governo contra os direitos individuais,

está em antagonismo não só com a nossa jurisprudência constante, mas ainda com os textos formais da nossa legislação. Necessário seria atacá-la, e declará-la viciosa, para abrir nova orientação às regras de julgar nêste assunto.

Ainda quando, porém, se imprimisse à nossa jurisprudência essa direção inversa da observada até agora, a inovação não alcançaria os casos, como o de que se trata, onde o governo procede, não como autoridade no exercício da sua soberania, com as imunidades e privilégios a ela inerentes, mas sem privilégios nem imunidades, como parte individual, contratando, e, como contratante, desfazendo, quebrantando e substituindo por outros os seus contratos.

Na espécie, com efeito, o que se alveja, não é, como inculca a respeitável, mas não justa, sentença "a anulação de um decreto", mas a invalidação do contrato a que êle se refere.

O decreto não é o contrato. O decreto apenas autoriza o contrato. "Fica autorizado o contrato", reza no seu artigo único, o decreto. Se dissesse: "Fica aprovado", o decreto sucederia ao contrato, o contrato preexistiria ao decreto, e se poderia sutilar, dizendo que o decreto incorporava em si o contrato, fundindo-se um no outro.

Mas o que ocorre, é precisamente o contrário, dada a linguagem de que usa o decreto. Autorizando o contrato, o que faz o decreto, é habilitar o ministro com a faculdade necessária, para o celebrar. De maneira que o decreto e o contrato são aí coisas jurídica e materialmente distintas. A autorização foi outorgada por quem a podia outorgar. Mas o contrato violou obrigações contratuais do contraente. Embora, pois, fôsse o decreto quem abriu a porta ao

atentado, o que o praticou, foi o contrato; e o remédio judicial, que não caberia contra o decreto *diretamente*, cabe, *diretamente*, contra o contrato.

Aliás esta maneira de ver não seria menos exata, se o contrato e o decreto se confundissem no mesmo ato; porque, apesar de materialmente amalgamados, os dois fatos jurídicos seriam, então, substancialmente distintos, e o *contrato*, envolvido no *decreto*, não perderia o seu caráter de *contrato*, equiparado aos seus congêneres no direito privado e só às leis dêste adstrito.

Ao quinto quesito, portanto, respondo que não.

V

Passo ao quesito sétimo.

A comparação do privilégio e contratos, em cuja exploração se acha a *Western*, com as cláusulas anexas ao decreto da concessão Reidy e com o que a sentença impugnada reconheceu quanto aos direitos daquela companhia, longe de excluir a ação por ela movida, a tornam, pelo contrário, inexpugnável.

O objeto da ação proposta, com efeito, é anular o contrato Reidy, que o decreto nº 7.620, de 1909, autorizou a celebrar e mais tarde, realmente, foi celebrado.

Cotejemos, pois, com as cláusulas dêsse contrato entre o governo e Richard Reidy as do contrato, a êsse anterior, entre o mesmo governo e a *Western Telegraph*.

O contrato entre essa associação e o governo, autorizado pelo decr. nº 3.307, de 6 de junho de 1899, que modificou e consolidou as concessões anteriores, estipula na sua cláusula II:

“À cessionária ficam mantidos integralmente os direitos e obrigações das cláusulas I, II, III, IV,

VII, X, XIII, XIV, XV, XVI XVII, XVIII, XIX e XX do Decreto nº 5.270, de 26 de abril de 1873, e bem assim a autorização de que trata o decreto nº 944, de 1º de novembro de 1890".

Ora, o contrato autorizado pelo decreto número 5.270, de 26 de abril de 1873, estabelecia, numa das cláusulas dessa enumeração, a cláusula IV:

"O prazo da concessão será de 60 anos, contados da presente data.

Durante êsse prazo *nenhum outro telégrafo submarino poderá ser estabelecido em qualquer ponto, onde a emprêsa tiver as estações indicadas nesta concessão, para outro nas mesmas condições em tôda a extensão das linhas tanto do Norte como do Sul*".

È na sua cláusula II que esta concessão *indicava os pontos da costa brasileira, ao norte e ao sul, onde a emprêsa havia de ter as suas estações*.

Eis em que têrmos:

A linha do norte será dividida em duas secções:

§ 1º A primeira tocará nas cidades do Rio de Janeiro, Bahia e Recife e em quaisquer pontos das Províncias Intermediárias que a companhia escolher por haver nêles suficiente tráfego para ocorrer às despesas com a imersão do cabo e estabelecimento de uma estação.

§ 2º A segunda ligará a Província de Pernambuco com as do Maranhão e Pará e poderá ir até o limite setentrional do Império, tocando nos pontos intermediários, do modo já indicado.

A linha do Sul ligará o Rio de Janeiro ao Rio Grande do Sul, tocando em Santos e Santa Catarina, bem como em Paranaguá, dada em referência a esta cidade a hipótese do final do § 1º da cláusula 2º e podendo ser estendida a raia da fronteira meridional do Império por mar ou por terra, salvo neste caso a disposição do § 2º da cláusula 4º.

Em conformidade com esta indicação do contrato e de acordo com os planos aceitos pelo governo segundo o ajustado na cláusula V, onde se lhe dá faculdade, para nêles fazer alterações que houver por convenientes, respeitando as cláusulas anteriores, estabeleceu a companhia as suas estações:

- 1º — em Belém, no Pará;
- 2º — em S. Luís, no Maranhão;
- 3º — em Fortaleza, no Ceará;
- 4º — no Recife, em Pernambuco;
- 5º — em S. Salvador, na Bahia;
- 6º — no Rio de Janeiro;
- 7º — em Santos, S. Paulo;
- 8º — no Destêrro, em Santa Catarina;
- 9º — em S. Pedro, no Rio Grande do Sul;
- 10º — no Chuí, fronteira meridional do país.

Outrossim, no gôzo da concessão que lhe fêz o decr. nº 944, de 1º de novembro de 1890, expressamente mantida pelo decreto nº 3.307, de 6 de junho de 1899, cláusula II, estendeu a companhia outro cabo submarino, alternativo com o primeiro, entre:

- 1º — Belém, no Pará;
- 2º — Recife, em Pernambuco;
- 3º — S. Salvador, na Bahia;
- 4º — Rio de Janeiro;
- 5º — Santos, em S. Paulo;
- 6º — Chuí.

Mas a cláusula XIII, no decreto nº 3.307, de 1899, obrigava a emprêsa a imergir terceiro cabo entre o Recife e o Chuí, e o decreto nº 3.415, de 25 de setembro de 1899, lhe facultou prolongar êsse cabo até Montevidéu, obtido o consentimento do

govêrno oriental, deixando, em tal caso, de tocar no ponto da nossa extrema com aquela república indicado no decreto anterior.

Em execução dessas convenções assentou a companhia a terceira linha imersa entre:

- 1º — o Recife;
- 2º — o Rio de Janeiro;
- 3º — Montevidéu.

Logo, ante a cláusula IV do decr. nº 5.270, de 1873, renovada no decr. nº 3.307, de 1.899, cláusula II, o govêrno da União não pode, nos sessenta anos decorrentes de 1873 a 1933, consentir no assentamento de cabos submarinos de qualquer ponto onde a emprêsa tenha essas estações, ou para qualquer outro onde tenha estações a emprêsa.

Que outra não pode ser a inteligência dessa estipulação, nem outro era o intento dos contraentes, ainda mais claro vem a ficar, em se atentando no período final do § 1º, cláusula IV, do decr. nº 5.270, que agora transcrevo:

Esta disposição não veda que o govêrno possa autorizar a outras emprêssas o estabelecimento de cabos submarinos, que comuniquem províncias do Império entre si, uma vez que estas se não comprehendam no número das que, na forma da presente concessão, devem ser comunicados pela linha telegráfica de que ora se trata.

O texto que se acaba de ler, como se vê, alarga o privilégio, das cidades, ao território inteiro das províncias, onde elas se acham situadas. Donde, portanto, resulta que havendo estação dos telégrafos da *Western* em uma dessas cidades, ao Estado onde elas ficam, ao Estado todo, se estende o direito da companhia, com a sua cláusula de exclusividade, não podendo o govêrno conceder, para as costas dêsse Estado, ou das costas dêsse Estado, dentro

no litoral brasileiro, a outras emprêses, a imersão de cabos telegráficos.

Pois foi justamente o que fêz o decreto número 7.620, de 21 de outubro de 1909, e o contrato que, por êle autorizado, concluiu depois o governo da União com Richard Reidy, incubindo-o de estabelecer cabos submarinos, que partam da cidade de Belém, no Pará, onde a *Western* tem uma das suas estações telegráficas, e toquem na cidade de Santos, em São Paulo, onde tem outra estação telegráfica a mesma companhia.

Evidentemente o intuito dessas estipulações é assegurar os capitais, a cuja custa se constituiu a *Western*, contra a concorrência de emprêses similares, excluindo-a inteiramente dos Estados, a que essa companhia servia por meio das suas estações.

Ora a fraude contra essa intenção transparente, óbvia e capital do contrato entre o governo e a *Western* está palpável na faculdade outorgada a Richard Reidy pelo decr. nº 7.620, para, entre Belém, no Pará, e Chuí, no Rio Grande do Sul, pontos ambos servidos por estações da *Western*, estender, passando por Santos, onde a *Western* também tem uma estação, o novo concessionário uma das suas linhas a Niterói, cidade, por que assim digamos, suburbana a esta capital, assim pela sua contigüidade, como pela facilidade extrema de comunicação, que põe as duas cidades a vinte minutos uma da outra.

Destarte nos telegramas de Santos e Belém, ou para Belém e Santos, estações da *Western*, assim como do Chuí, ou para o Chuí, as comunicações submarinas com esta capital se operariam indiferentemente e, portanto, repartidamente por meio da estação da companhia *Western* no Rio de

Janeiro e da estação da emprêsa Reidy em Niterói. Não podia haver contra a *Western* concorrência mais a descoberto e mais lesiva. O seu privilégio quanto às comunicações desta cidade, centro principal dos lucros dessa companhia, com Belém, Santos e Chuí teria desaparecido.

Logo, a simples comparação do privilégio da *Western* pelos contratos de 1873 e 1899 com o privilégio de Reidy pelo contrato de 1909 mostra que aquela companhia não carece da ação proposta, antes, ao contrário, evidentemente a tem.

A razão está na evidência que, pelo simples cotejo dos dois primeiros com o terceiro, se apura, de que o último colide com os dois outros.

Um contrato é violado nas suas obrigações, desde que a êle, por parte de um dos contraentes, se opõe um ato ulterior, cuja expressão diminua ou altere os compromissos contratuais dêsse contratante com o outro. A obrigação de um contrato, dizem os americanos, abrange tudo o que se inclui na sua intenção de obrigar. "The obligation of a contract includes everything within its obligatory scope".

Em apoio dêste axioma:

STORY: *Comentaries*, § 1.378;

MEYER: *Vested Rights*, pág. 377, nº 1.170;

SUTHERLAND: *Notes*, págs. 384-5;

Digest, vol. II, pág. 1.173, nº 1.263;

Am. and Engl. Encyc., v. XV, pág. 1.040, not. 4.

Como é que se violam as obrigações de um contrato, que se verifica o "impairment of the obligation of a contract", da tecnologia jurídica anglo-americana?

Para o determinar por um modo prático estabeleceu a jurisprudência, nesses dois países, um critério, que põe a discriminação ao alcance do senso comum:

O critério, para saber se um contrato foi violado, está em averiguar se *lhe diminuíram o valor*. Não há questão de grau. O que cumpre, é que esse valor de modo nenhum se diminua.

The test as to Whether a contract has been impaired is, Has its value been diminished? It is not a question of degree; it must not be diminished at all. (Digest, v. II, pág. 1.777, nº 1.285.)

One of the important tests of the impairment of the obligation of a contract is, *whether its value has been diminished* by legislation, *for it is not to be impaired at all*, says the Constitution; and therefore it is not a question of gree, or maner, or cause, but it is a question of encroachment in any respect on its obligation, dispensing with any part of force. (WATSON: *Op. cit.*, v. I, pág. 800.)

Nada importa, diz este último texto, o grau, o modo, ou a causa. Diminuiu-se, de qualquer maneira, o valor do contrato para um dos contraentes? Alterou-se, em prejuízo de um dêles, a força dos compromissos do outro? Neste caso infringiu-se a obrigação contratual. (STORY: *Commentaries*, §§ 1.385, 1.386. — SUTHERLAND: *Notes*, págs. 386 e 387.)

Nada tem que ver com a solução jurídica do caso a importância, maior ou menor, do direito contratual, que se posterga. "The Constitution", diz STORY, "makes no account of the greater or less value of anything granted." (Commentaries, § 1392, v. II, pág. 265, *in fine*.)

Semelhantemente nos diz MEYER: "A proibição constitucional não distingue entre graus de infração. As maiores e as menores são igualmente vedadas.

The constitutional prohibition has no reference to the degree of impairment. The largest and least are alike forbidden." (Vested Rights, pág. 354, nº 1.172, pág. 462, nº 1.414).

O juiz WASHINGTON, no caso *Green v. Biddle*, ainda mais peremptoriamente se exprimia:

Qualquer desvio dos termos do contrato, por diminuto que seja, ou aparentemente irrelevante quanto ao seu efeito em relação às partes, importa em quebra de obrigação.

Any deviation from its terms however minute or apparently immaterial in their affect upon the contract of the parties, impairs its obligation. (8 Wheaton, 84 5 L. Ed. 564.)

Como essas autoridades, tôdas as outras, entre as quais, por serem já de sobra, citarei apenas:

BLACK: *Constit. Prohibitions*, pág. 124;

PATTERSON: *Op. cit.*, pág. 149;

HARE: *Op. cit.*, V. II, pág. 679;

SUTHERLAND: *Notes*, pág. 389.

Numa palavra, a doutrina que um século de jurisprudência invariável, através do mais largo desenvolvimento constitucional, tem consolidado nos Estados Unidos entre as bases do seu direito orgânico, é que "toda e qualquer ofensa às obrigações de um contrato cai sob a regra proibitiva da constituição, e que, para nela incorrer, é indiferente a gravidade da ofensa.

Any impairment of the obligation of a contract is within the prohibition of the Constitution; the degree of the impairment is immaterial." (Digest of the U. S. Supr. Court Reports, v. II, pág. 1.777, nº 1.287.)

Mas, na hipótese vertente, o grau da ofensa contra o contrato do governo com a *Western* pelo

contrato do governo com James Reidy toca à máxima gravidade, porque a um privilégio exclusivo, solenemente outorgado em matéria na qual os privilégios exclusivos, são constitucionais e muitas vezes necessários, opõe, com uma concessão análoga e paralela, uma concorrência desleal e formidável.

Do confronto entre as duas concessões, ressalta a nulidade palmar da segunda e, consequintemente, a inegabilidade mais clara da ação ordinária, em que se demanda essa nulidade.

VI

Os tópicos da sentença, a que alude c quarto quesito, encerram em si uma consequênciia, que não atino com a maneira de explicar.

Acentua êsse julgado, no seu oitavo considerando, que:

O decreto de 21 de outubro (isto é, a concessão Reidy), contém a reserva expressa dos direitos de terceiros, os quais outros não podem ser, e não são, senão os da Autora.

Dêste fato, a que tanta consideração deu o exímio magistrado, o que se havia de concluir, seria ou que essa reserva constitui ali, meramente, uma frase tabelioa, uma dessas cláusulas de estilo na rotina da redação dos contratos, sobre as quais não se detém a atenção dos contraentes, ou que, se lhe devemos atribuir, no caso, toda a relevância natural da sua expressão, vem atestar, da parte do governo, juntamente com o propósito de não ofender os direitos de Wetsern, o receio de os ter ofendido.

Mas daí, ao contrário, o que inferiu o honrado prolator dessa decisão, foi que "assim não é lícito afirmar *a priori* que êle desconheceu e infringiu êsses direitos".

É o que diz o julgado no seu nono *considerando*, para acrescentar, em seguida, no imediato, que, a vista disso, "a pretendida violação do privilégio, de que goza a Autora, constitui, por enquanto, *mera presunção*, ou receio, que aquela cláusula não justifica".

Estes três considerandos se enredam visivelmente num desses labirintos de confusão palpáveis, onde não se comprehende como se possa deixar envolver um espírito claro e reflexivo.

Primeiramente, quanto à observação do nono considerando, uma coisa é *desconhecer* um direito outra *infringi-lo*. A infração, com efeito, pode ser consciente, ou inconsciente. Eu posso desconhecer um direito e, todavia, não o *infringir*. Inversamente, posso eu *infringir* um direito, que *reconheço*.

Se a cláusula, onde reservou os *direitos de terceiros*, se deve, tomar como evidência de que o Governo da União *não desconheceu* os direitos da Western, as outras cláusulas da concessão Reidy, nas quais o mesmo governo outorgou a este concessionário *faculdades inconciliáveis* com aqueles direitos, evidenciam que o concedente os *infringiu*.

Como enliçar uma na outra duas noções tão obviamente distintas?

Porque o contrato Reidy não esteja ainda executado, não se conclui que ele não *infrinja* o contrato da Western.

Dois atos jurídicos sucessivos infringem um ao outro, quando os direitos outorgados no segundo colidem com os direitos adquiridos pelo primeiro. Os favores liberalizados a Richard James Reidy, no contrato que o decreto nº 7.620 autorizou, contrariam e desfalcam o privilégio legal assegurado à Western pelos seus contratos, que os decretos

ns. 5.270, de 1873, e nº 3.307, de 1899, autorizam, e as leis nº 191 B, de 1893, nº 266, de 1894, nº 360, de 1895, e nº 813, de 1901, ratificaram. Logo, o contrato Reidy constitui uma infração do contrato Western.

Antes da infração consumada, que a execução do contrato Reidy exprimiria, já existe a infração ajustada, que a simples celebração desse contrato significa. Reidy infringiria o contrato da *Western*, assentando os cabos submarinos, que o contrato autorizado pelo decr. de 1909 lhe permite assentar. Mas, antes que êle os assente, e independentemente de que os haja assentado, infringe o governo da União o seu contrato com aquela companhia, convencionada com o segundo concessionário o assentamento dessas linhas.

Desde que alguém, por meio de um contrato, me confere certos direitos, e depois mos tira, frauda, ou diminui mediante outro contrato com terceira pessoa, a minha situação contratual está violada pelo contraente infiel e, portanto, assentada a base para a minha ação imediata contra o violador.

Nunca se disse em parte nenhuma que, nesses casos, o contraente lesado haja de aguardar o ingresso do contrato lesivo em execução, para lhe opor o remédio judicial. Este nasce da lesão, e a lesão está no próprio contrato lesivo do direito de terceiros, assim que êsse contrato, pela sua última, entre na ordem dos fatos jurídicos solenes.

Logo, não se percebe onde se arrima a sentença impugnada, quando nos diz que, "a violação do privilégio da autora", é, até agora, meramente "pretendida, e, constitui, portanto, *por enquanto, mera presunção, ou receio*".

Ou entre as cláusulas dos dois contratos há colisão, isto é, oposição, de um para outro, nos direitos e obrigações que um e outro estipulam, e, neste caso, não se pode taxar de "presunção e receio", uma realidade jurídica verificada pela acareação entre os textos das duas escrituras. Ou tal colisão não há; e então nem agora, nem nunca, se poderá descobrir no segundo contrato violação alguma do primeiro.

Mas, se com o primeiro se acha em antagonismo o segundo, se as cláusulas dêste estão em conflito com as daquele, como na hipótese é intuitivo, em tal caso a violação não é sómente receável, presumível, eventual, incerta, como a sentença pretende, encarando a execução, em vez de encarar o contexto dos dois atos, mas presente, imediata, atual, na letra dêles, na sua expressão jurídica nas obrigações que dela resultam.

Seja qual fôr, portanto, no contrato Reidy, a intenção do governo, ao subscrever a cláusula, que ali ressalva "os direitos de terceiros", estando, no próprio texto dêsse ato, desmentida essa cláusula vaga, pelas cláusulas precisas e nítidas, onde ao concessionário se outorgam direitos antagônicos aos anteriormente outorgados à Western, nos seus contratos com o governo, os contratos dêste com essa companhia se acham por êle violados; e da violação resulta imediatamente o jus à ação reintegrativa.

O que importa, logo, à existência, desta, não é a execução do contrato lesivo: é a verificação jurídica da lesão nas cláusulas contratuais.

Ao terceiro quesito, pois, respondo afirmativamente.

VII

Concluirei com o dos sete, a que me falta atender: o sexto quesito.

Enganou-se o honrado prolator da sentença impugnada, afirmando que, por parte da *Western*, nos autos, *não foi, sequer, alegada a ilegalidade* do decreto de 1909.

O contrário é o que se vê, materialmente, dos autos.

Nas suas alegações finais, complemento natural do libelo, onde as partes ajuntam a prova do fato “a aplicação e sustentação do direito respectivo” (PAULA BATISTA, § 175; S. PINTO, § 741), aquela companhia, observando que a Constituição da República,

art. 34, §§ 4º e 15, dá *privativamente* ao Congresso o direito de regular o comércio interestadual e o serviço dos telégrafos, adverte que

considerada *ainda sob* êste aspecto é *nula*, é *radicalmente nula*, a concessão feita a Reidy. (Alegaç. Fin. por parte da *Western*, Rio, 1911, pág. 15.)

Dêste modo, solenemente, não só alegou a Autora a ilegalidade, mas até a *inconstitucionalidade*, da concessão outorgada pelo decr. nº 7.620, averbando-o, com êsse fundamento especial, de *nula* e *radicalmente nula*.

Aliás *tôda a ação estriba na ilegalidade*, formalmente articulada pela Autora, do decreto aludido, se é certo o que ela nota nas palavras de introito das suas razões finais, dizendo:

“Na ação de fls. 3 e no protesto que a precedeu, lançou a autora as bases, em que assenta o seu direito, demonstrando desde logo a violação

flagrante das suas concessões pelos favores concedidos a Richard Reidy com o decr. nº 7.620, de 21 de outubro de 1909".

Demonstrar a violação de um contrato válido é demonstrar a *ilegalidade* do ato que o viola; porquanto a lei protege o vínculo dos contratos, de modo que toda a infração do vínculo contratual importa em transgressão da lei.

Ainda na ação especial da lei nº 221, art. 13, não se exige que a alegação da ilegalidade revista outros caracteres. Aí basta alegar o autor que um direito individual seu "foi violado por ato, medida ou decisão da autoridade administrativa". Na classificação de atos estão, evidentemente, incluídas as concessões e os contratos. Os direitos patrimoniais resultantes dos contratos e concessões são direitos do indivíduo a quem tocam, *direitos individuais seus*. O decr. nº 7.620 é uma medida, um ato do governo. Alegar, pois, que esse decreto viola direitos individuais da autora, isto é, direitos patrimoniais seus, estribados em contratos, decretos e leis especiais, é argüir de incurso em *ilegalidade* o decreto, que se argüi de os ter violado.

Quando mesmo, portanto, nas alegações finais da causa não houvesse a *Western* articulado explicitamente, contra o decr. nº 7.620, a *inconstitucionalidade* ali argüida, não podia a sentença dizer que a Autora não acusara esse decreto de ilegalidade.

Éste o meu parecer.

Rio, 16 janeiro, 1912.

RUI BARBOSA



SENTENÇA

Na presente ação ordinária *The Western Telegraph Company, Limited*, autorizada a funcionar na República pelo decreto nº 3.557, de 26 de abril de 1900, pede que se declare nulo e sem efeito o decreto nº 7.620, de 21 de outubro de 1909, que «autorizou a contratar com Richard J. Reidy lançamento de cabos submarinos entre Belém, no Estado do Pará e Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, e entre esta última cidade e Chui, no Estado do Rio Grande do Sul».

Alega que esta autorização viola o contrato que celebrou com o Governo e em cujo gôzo está, para o lançamento e exploração de suas linhas ou cabos telegráficos submarinos do Rio de Janeiro a Belém, no Pará, e a fronteira meridional do Brasil, nos termos e de acordo com os decretos ns. 5.270, de 26 de abril de 1873, 5.539, de 31 de janeiro de 1874, e 3.307, de 6 de junho de 1899.

Contestando, alegou Richard James Reidy:

Preliminarmente: a nulidade do feito por se ter substituído nêle o processo especial do art. 13 da lei nº 221, pelo da ação ordinária e mais ainda pela falta de procurador legalmente constituído.

De meritis, que o decreto de 21 de outubro não colide com os direitos da autora.

Reconvindo, pediu que fosse esta condenada a indemnizá-lo das perdas e danos que lhe causou, abalando o seu crédito e dificultando a organização de sua emprêsa com o

procedimento que teve fazendo-o citar por editais para o conhecimento do protesto de fl.

No mesmo sentido articulou a Fazenda Federal em sua contestação restrita ao mérito da causa.

E depois de vistos e examinados os autos, etc.:

Preliminarmente e quanto à ação:

Considerando que não procedem as nulidades argüidas: a primeira em vista da jurisprudência uniforme e constante do S. Tribunal, hoje corroborada pelo art. 1º da lei número 1.930, de 28 de agosto de 1908, e a segunda, em vista do documento oferecido pela autora em tempo oportuno;

Mas,

Considerando que a presente causa tem por objeto imediato e direto, senão único, a anulação do decreto de 21 de outubro de 1909, como se vê do pedido formulado e inicial de fl. 2;

Considerando que é requisito essencial para a regularidade do exercício da função judicial contra os atos do Congresso ou do Governo — «que a ação não tenha por objeto diretamente o ato unconstitutional do Poder Legislativo ou Executivo, mas se refira a unconstitutionalidade dêle apenas como fundamento, e não alvo, de libelo» — (RUI BARBOSA, *Atos Inconst.*, pág. 123);

Considerando que a sentença que porventura julgasse procedente o pedido de fl. 2 não teria execução nem maior alcance que o de simples parecer, não revogaria o Decreto impugnado, pois que os tribunais só revogam sentenças de tribunais (RUI BARBOSA, obra citada, pág. 97), nem seria remédio preventivo de possíveis violações do privilégio da autora, exonerando-a de intentar oportunamente as ações próprias para ressalva ou reintegração de seus direitos se ameaçados ou ofendidos com a execução do decreto de outubro, por enquanto mera autorização;

Considerando, por outro lado, que a nulidade dos atos do Governo só pode ser pronunciada pelo fundamento de ilegalidade (lei nº 221, de 1894, artigo 13, § 9º);

Considerando que nos autos sequer foi argüida a ilegalidade do decreto de 1909;

Considerando que nos têrmos da exposição da autora, trata-se na espécie de interpretação e execução de contrato em que o Estado figura como parte;

Considerando que, segundo ela própria doutrina nas suas razões finais, — «o Estado quando contrata com o particular é a êste equiparado quanto aos direitos e obrigações daí decorrentes e sujeitos a sanção civil imposta a infração ou inexecução dos contratos». A situação jurídica criada pelo contrato que o Estado celebra para a execução dos trabalhos deve ser julgada conforme os princípios gerais de direito privado;

Por demais.

Considerando que o decreto de 21 de outubro contém a ressalva expressa dos direitos de terceiros, que outros não podem ser e não são senão a autora;

Considerando que assim não é lícito afirmar *a priori* que êle desconheceu e infringiu êsses direitos;

Considerando que a pretendida violação do privilégio de que goza a autora constitui por enquanto mera presunção ou receio que aquela cláusula não justificá:

Julgo a autora carecedora de ação, sem prejuízo das que lhe competem para defesa dos direitos assegurados pelo seu contrato, na hipótese de serem desconhecidos ou violados na execução do decreto de 1909.

Quanto à reconvenção:

Considerando que, requerendo o protesto de fl. e a citação do réu por editais, nos têrmos da lei em vigor, não praticou a autora ato ilegal nem revelou má fé, apenas usou de um direito (Ac. nº 1.774, de 5 de janeiro de 1911);

Considerando que — *nemo damnum facit nisi quid id facit quod facere jus non habet* (L. 151. D. de reg. jur.) e que *non videtur vim facere qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur* (L. 155, ff. cit.):

Julgo improcedente a mesma reconvenção.

Custas proporcionalmente pela autora e pelo réu reconvinte.

Distrito Federal, 17 de outubro de 1911. — *Antônio J. Pires de C. e Albuquerque*.

III

DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA
VONTADE

SUA EFICÁCIA E INTERPRETAÇÃO

Equiparação do Testamenteiro ao Mandatário

Lei Aplicável

PARECER



NOTA DO REVISOR

Falecendo em Davos, cantão dos Grisões, Suíça, José Marques Braga, sobrinho, foi encontrada uma declaração de última vontade, escrita, segundo consta dos autos, na véspera de sua morte.

Deixava o *de cuius*, além de outras verbas com que contemplava pessoas que especificava, a quantia de 25:000\$000, e mais a metade de uma casa situada no Distrito Federal ao seu amigo Afonso de Luca, designado para administrador de seus bens, enquanto não fôssem êstes adjudicados.

Declarava ainda que seu herdeiro universal era um tio de nome José Marques Braga, residente no Pará, a quem incumbia a obrigação de cumprir as disposições do testador.

Na mesma data em que se autenticava o instrumento no notariado de Davos, aos 14 de setembro de 1911, outorgava o testador plenos podêres a de Luca para administrar o seu espólio, no caso de morte, no Brasil ou no estrangeiro.

A 15 de setembro, isto é, no dia imediato, falecia o declarante Braga Sobrinho.

Em 24 de agosto de 1912 apresentou Afonso de Luca o testamento deixado por seu constituinte no Juízo da Provedoria de Resíduos do Distrito Federal, lavrando-se termo na mesma data, sendo os autos conclusos para despacho do titular, juiz Geminiano da Franca.

No dia seguinte, subscrita a petição pelo advogado Joaquim Gonçalves Lêdo, ingressava nos autos Pedro de Almeida Vieira (fls. 13), irmão do inventariado, e seu inven-

tariante, alegando já se achar ajuizado o inventário na segunda Vara Federal do Distrito Federal. Por outro lado, afirmava o requerente não haver o *de cuius* deixado testamento, e depois de arguir a nulidade do documento apresentado por de Luca, pedia que não fosse tomado em consideração o pretenso testamento apresentado.

No pedido de abertura de inventário, processado na 2ª Vara, havia, de fato, o inventariante declarado ter falecido seu irmão sem testamento (cert. a fls. 17-18).

Por despacho de 28 de agosto de 1912 (fls. 28), proferido pelo juiz Rêgo Barros, foi mandado cumprir o testamento, nomeado testamenteiro o herdeiro instituído, José Marques Braga, lavrando-se no dia imediato o termo de aceitação e compromisso (fls. 35), representando Marques Braga por seu patrono, o advogado José de Sousa Lima Rocha.

Inscrito o testamento, cuja validade pretendia-se contestar, prosseguiu-se nos demais termos do processo, insistindo Pedro de Almeida Vieira em nova impugnação, para o fim de pleitear a revogação do despacho que mandara registrar e inscrever o testamento, e, bem assim, a nulidade do testamento nos próprios autos (fls. 38-41). Essa petição foi mandada juntar por linha ao processo.

Havendo o Supremo Tribunal Federal decidido que as questões de nulidade de testamento fossem julgadas pela justiça local, pediu um dos interessados o parecer de Rui Barbosa.

Requereu então Afonso de Luca, por seu advogado Modesto Alves Pereira de Melo, a sua juntada aos autos, tendo em vista as vacilações de alguns espíritos, quanto ao valor jurídico, no Brasil, dos dois documentos — o testamento e o mandato *post-mortem* — da resposta de Rui Barbosa aos quesitos formulados na sua consulta «para que eternamente permanecessem nas páginas do processo, como um farol aceso, alumando as veredas escabrosas da justiça». (fls. 55.)

Manifestando-se a respeito do parecer e da petição que o acompanhava, junta por linha, pronunciou-se o Curador de Resíduos (fls. 74-76), entendendo que não devia Afonso de Luca ser investido no lugar de testamenteiro nem de inventariante, conforme pleiteara a fls. 51' (*).

Por despacho de 21 de outubro de 1912, do juiz João Batista de Campos Tourinho, titular da Provedoria de Reríduos, foram indeferidos os requerimentos de Pedro Vieira (fls. 38) e de de Luca (fls. 51); o primeiro para rejeitar as nulidades argüidas, uma vez que, em tempo, não usou o interessado de recurso cabível, transitando o despacho em julgado. No tocante ao que pleiteara Afonso de Luca, sob o fundamento de que, havendo o testador, ao invés de nomear expressamente seus testamenteiros, declarado que o seu herdeiro universal se obrigaria a cumprir as disposições de seu testamento, revelando, assim, intuito de indicar o herdeiro José Marques Braga para as funções de administrador de seus bens e executor de sua última vontade.

Requereu ainda Pedro Vieira fôsse extraída carta testemunhável, não logrando êxito com êsse remédio judiciário.

(*) Afonso de Luca, requerendo abertura de inventário perante o Juízo da Segunda Vara Federal (Secção do Distrito Federal), e assinando o respectivo auto aos 15 de dezembro de 1911, declarou, então, haver o inventariado falecido *sem testamento*, muito embora houvesse sido a él entregue o documento a que aludimos, pelo notário de Davos, cumpridas as formalidades legais do Direito vigente.



Na publicação contida na *Revista do Supremo Tribunal*, foi o parecer do Cons.^o RUI BARBOSA precedido da seguinte ementa:

CAPACIDADE DE DISPOR POR TESTAMENTO

O TESTAMENTO SE EQUIPARA AO MANDATÁRIO

As sucessões obedecem à lei nacional do *de cuius*.

A capacidade de dispor por testamento, ou por doação *causa mortis*, assim como a substância e os efeitos das disposições se regem pela lei nacional do disponente.

A forma do testamento, ao contrário, é regulada pela lei do lugar onde é feito, se o testador lhe não prefere a forma adotada em sua lei nacional.

Testamenteiro se chama aquêle, a cujo cargo está executar a vontade do testador; e para esse cargo pode o testador eleger, salvo proibição legal, as pessoas que lhe parecer.

O testamenteiro é um mandatário eleito pelo defunto, para assegurar a execução do seu testamento; e tanto assim é que a sua posição jurídica se rege pelas normas concernentes ao mandato.



Parecer

I

Segundo as regras entre nós aceitas em Direito Internacional privado, as sucessões obedecem a Lei nacional do *de cuius*. A capacidade de dispôr por testamento, ou por doação *causa mortis*, assim como a substância e os efeitos de tais disposições se regem pela Lei nacional do disponente. (Decr. nº 855, de 8 de nov. de 1851; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 33; Convenç. consul. de 6 de agosto de 1876, entre o Brasil e a Itália, art. 29; *Dig. Ital.*, vol. XXII, parte IV, pág. 792, nº 30; PIMENTA BUENO: *Dir. Internac. Priv.*, pág. 76, nº 142; C. DE CARVALHO: *N. Consolidaç.*, págs. LXVII-LXIX; e art. 1.900; CLÓVIS BEVILAQUA, *Dir. Intern. Priv.*, pág. 276-9, 284, 288-9, 291-3; *Actes de la IV Conférence de la Haye pour le Dr. Int. Priv.*, 1904, pág. 212; CONTUZZI, *II Cod. Civ. nei Rapporti del Dir. Int. Priv.*, v. II, pág. 54; Trat. de Lima, de 9 de Nov. 1878, art. 18; RODRIGO OTÁVIO, *Cód. do Dir. Int. Priv.*, pág. 135; RODRIGO OTÁVIO, *Dir. do Extrang.*, págs. 57-60; *O Direito*, v. 87, págs. 291 e 308, v. 59, pág. 68; — Acórdãos do Sup. Trib. Fed. nº 57, de 18 dez. 1895; nº 102, de 11 de set. 1897; nº 146, de 17 de ag. 1898; nº 595, de 9 janeiro, 1901; *Jurisprud. do Sup. T. Federal*, 1895, págs. 136-8; 1897, págs. 92-3; 1898, págs. 368-369; 1899,

págs. 394-5; 1901, pág. 203; *Proj. de Cod. Civil Bras.*, art. 14; *Proj. COELHO RODRIGUES*, arts. 21-2; *Cods. Civis* — de Zürich, art. 14; dos Grisões, art. 1, nº 4; da Itália, art. 8 das disps. prels.; da Espanha, art. 10; da Alemanha, Lei de introd., art. 24; GOIRARD, *Etude sur les condit. de valid. des testam. en Droit Internat. Privé*, págs. 31-2).

Ao contrário, a forma do testamento se regula, não consoante a *lex patriae defuncti*, mas, segundo a norma *locus regit actum*, pela Lei do lugar onde é feito, se o testador lhe não prefere a forma adotada na sua Lei nacional, (BEVILAQUA, *Dir. Int. Priv.*, pág. 294; Id., *Sucessões*, § 67, págs. 247-8; Cód. aí citados; IV^a Conf. de Haia, art. 3 — *Actes de la IV^a conf.*, pág. 212; CONTUZZI, *Il dir. credit. internaz.*, págs. 420 e segs.; GOIRARD, *op. cit.*, págs. 48-58, 76 e segs.; FEDOZZI, *Successioni; Diritto internaz.*, nº 59; *Dig. tal.*, vol. XXII, parte IV, p. 823; WEISS, *Traité élément de Droit Int. Priv.*, ed. de 1886, págs. 860 e segs.).

No caso da consulta, o testador é brasileiro. Ao nosso Direito, pois, cabe regular-lhe a sucessão, legal ou testamentária. Ora, nas Leis pátrias, não há nada em contrário ao modo como testou o finado, no ato sobre que versa a consulta, desde que era solteiro, e não tinha ascendentes, nem descendentes. Esta situação lhe assegurava a liberdade ampla que usou, de dispor, como quisesse dos seus bens. Quanto à forma do ato testamentário, não seria regular pelas nossas Leis. Mas era direito do testador adotar a legítima no país onde testara. Ora, não podemos ter dúvida que o ato, de que se trata, observa a Lei vigente no lugar onde se fêz o testamento.

Com efeito, a Chancelaria de Estado do Cantão de Grisões, onde testou o *de cuius*, e cujo Código Civil ainda vigora, por não ter entrado ainda em vigor o Cód. Civil Suíço, atesta que: "L'acte qui précède est delivré par l'autorité compétente, et qu'il est redigé CONFORMÉMENT à la *Loi en vigueur au Canton des Grisons*". A Lei estrangeira, que rege a hipótese, está, dêste modo, solene e irrecusavelmente provada.

Essa prova, aliás cabal, decisiva e terminante, se corrobora com o testemunho de um autor suíço, que tratou *ex-professo* o assunto. Referimo-nos ao livro de LARDY, conselheiro de legação da Suiça em França, que, acerca do direito concernente à espécie, nos ministra esta informação autorizada: — "Grissons. Succéssion testamentaire... Le testament est valable quant à la forme, s'il est écrit en entier et signé de la main du testateur, ou s'il le signe en présence de trois témoins, qui doivent attester que le testament leur a été lu en présence du testateur ou par lui, qu'il a été compris par le testateur et déclaré par lui contenir sa dernière volonté." (*Les législations des Cantons Suisses en matière de tutelle, de régime matrimon. quant aux biens et de successions.*)

Seja no tocante à matéria, pois, seja no tocante a forma, não se pode negar validade, no Brasil, ao testamento de José Marques Braga Sobrinho.

Pela validade é, igualmente, a nossa resposta quanto à "procuração" outorgada a Afonso de Luca por José Marques Braga Sobrinho, para depois da sua morte. Bem certo é vigorar no Brasil o princípio de que o mandato expira com o falecimento do mandante. Mas, a despeito do título de PROCURAÇÃO, com que se inscreve o documento a que êle se acha

sobreposto, lavrado no mesmo lugar, no mesmo dia e com as mesmas testemunhas do testamento, cujas disposições últimas, provendo à instituição do testamenteiro, que no corpo do escrito principal se não nomeara, do que se trata, realmente, nesse instrumento accessório ao outro, é de prover à administração da herança, designando o indivíduo, a quem o testador comete o encargo, quando, em amplos termos, declara que — “en cas de mon décès, je donne plein. pouvoir à Mr. A. L., mon ami le plus intime, pour régler ma succession”.

Incumbindo-o de “pôr em regra a sua sucessão”, na mesma data em que, por um testamento solene, acabava de a distribuir verba por verba, o disponente não podia ter em mira senão encarregá-lo de executar as disposições ali taxadas. Era, portanto, às funções de testamenteiro que o chamava.

Testamenteiro se chama aquêle, a cujo cargo está a executar a vontade do testador (PER. E SOUSA, *Dicion. Jurídico*, tom. III, in *v. testamenteiro*.) Ao testamenteiro incumbe a execução do testamento (BEVILAQUA, *Sucessões*, § 101, pág. 365). Embora, pois, não designado ali com êsse nome, não se pode haver noutra conta a pessoa constituída pelo testador, “para regularizar ou liquidar (régler) a sua sucessão”. Sendo, virtualmente, um ato testamentário o escrito, de que se trata, nêle podia o disponente instituir o seu testamenteiro, visto não ser de rigor absoluto o nomeá-lo no próprio testamento, cuja execução lhe vai caber (BEVILAQUA, *ibid*). Ora, salvo proibição legal, que a respeito da pessoa nomeada na espécie não existia, pode o testador nomear testamenteiros, para executar o seu testamento, as pessoas que lhe parecer (ALVES, *Leis do Juizo da Proved.*, pág. 91, § 136).

Na substância, por conseguinte, o ato é regular; porque em nada contraria a lei pessoal do testador, isto é, a lei brasileira.

Na forma não o é menos; porquanto, se lavrou de conformidade, nos seus requisitos externos, com a Lei do lugar onde se praticara o ato. Nem colide com o caráter da testamentária a qualificação de instrumento procuratório, dada pelo testador a êsse ato. Ao contrário, muito naturalmente as duas noções quadram uma à outra; visto como o testamentário se esquivava ao mandato. (ALVES, *op. cit.*, pág. 92, not. 39 ao § 137; MAYNZ, *Dr. Romain*, v. III, pág. 410; ARNTZ, *Dr. Civil*, v. II, nº 113; LAURENT, *Principes*, vol. XIV, nº 328; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 504, vol. III; THIRY, *Dr. Civil*, v. II, 4.604; PLANIOL, *Dr. Civ.*, v. III, ns. 2.812 e 2.814; BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, *Donat. et testam.*, v. II, ns. 2.583-4; *Pandectes-Belges*, v. XXXIX, col. 122-3; CHIRONI, *Istituzioni*, 2^a ed., § 478, v. II, pág. 492; HENRI LE FORT, *Des executeurs testamentaires*, pág. 7).

A execução testamentária é, na realidade, um mandato, dizem LACANTINERIE e COLIN (*loc. cit.*). Chama-se executor testamentário, ou, em nossa linguagem, testamenteiro, ensina PLANIOL (*loc. cit.*), "um mandatário eleito pelo defunto, para assegurar a execução do seu testamento". Diga-se embora que o testamenteiro não se pode haver por mandatário, visto como o vínculo do mandato se dissolve com a morte do mandante (BEVILAQUA, *loc. cit.*). Esta objeção redunda, verdadeiramente, numa petição de princípio; porquanto, o que se trata de saber, é, precisamente, se, no caso singular do testamentário, o mandato se não projeta além da morte do mandante. Ora, desde o Direito Romano, sempre se

tem entendido que sim. Tal a versão que das idéias dêsse tempo nos dá o grande pandetista ARNDTS, notando (§ 504, pág. 194) que "a posição jurídica dos executores testamentários se rege pelas normas concernentes ao mandato." A antiga Legislação pátria, nesta parte ainda não revogada, não os considerava de outro modo; pois, a Ord. do liv. I, t. 62, onde se estabelece que "os testamenteiros serão obrigados a dar conta do que receberam e despenderam, como e quando pelos *defuntos lhes foi ordenado*", e se exige dêles "fazer tôda a diligência para cumprirem o que pelos testadores foi mandado", sendo a sua missão "cumprir as vontades dos testadores" (*ibid. pr. e § 1º*).

Continuando o fio dessa tradição, os antigos civilistas portuguêses encaram os testamenteiros como "equiparados aos mandatários" (C. DA ROCHA, § 720). Os praxistas brasileiros não os consideram diversamente (ALVES, *loc. cit.*). Nem diferentemente se pronuncia a nossa projetada codificação das Leis Civis, quando institui que "o testador pode nomear um ou mais testamenteiros, para darem cumprimento às suas disposições de última vontade" (Proj. da Câm. dos Deps., art. 1.767). Evidentemente, o que caracteriza o mandato, é a obrigação, assumida por uma pessoa, de executar as vontades de outra, por êle deixadas a seu cargo. A definição do testamentário coincide, pois, exatamente, com a do mandato, dada apenas a particularidade, que lhe não altera a essência, de que o mandato ordinário se leva a efeito durante a existência do mandante, e o mandato testamentário depois de morto o testador. De modo que, em última análise, a testamentária não é, senão, como bem lhe chamam duas respeitáveis autoridades, "*um mandato póstumo*" (LACANTINERIE e COLIN, *op. cit.*, v. II, nº 2.584, pág. 285). Donde, tudo bem

ponderado, a conclusão vem a ser, não que no *Direito Brasileiro* o testamentário não constitua mandato por não admitir o Direito brasileiro a subsistência do mandato *ultra mortem mandantis*, mas que, se o nosso Direito considera, *em regra*, a morte do mandante como causa da extinção do mandato, a essa regra se abre uma exceção no caso da testamentária, em que o mandato, inseparável dela pela sua natureza, se institui, contudo, exclusivamente para ter execução após o falecimento do testador.

Temos, assim, respondido afirmativamente, aos 1º, 2º, 3º e 5º quesitos.

Os dois documentos apresentados são válidos: um como testamento, conforme, nas suas condições intrínsecas, à Lei pessoal do testador e, nas extrínsecas, à do lugar da celebração do ato; o outro, pelas mesmas razões, como disposição de última vontade anexa ao testamento. Dos dois instrumentos, o segundo inteira o primeiro, importando a designação e a delegação, que nêle se contêm, numa verdadeira investidura de testamentária, conferida pelo testador à pessoa ali nomeada.

À Justiça Brasileira, por consequência, cumpre assegurar a execução às disposições num e outro encerradas.

II

Não se contrapõe à instituição do testamenteiro, assim constituído, a cláusula do testamento onde o testador estipula que "o meu herdeiro se obrigará a cumprir essas minhas disposições." Instituindo seu herdeiro universal o seu tio José Marques Braga, o disponente, ao mesmo tempo, lhe restringe essa universalidade na sucessão, mediante uma série de

legados consideráveis em benefício de várias pessoas, impondo ao herdeiro a obrigação de cumprir essas suas disposições, isto é, de as respeitar, de não se contrariar, de lhe não opor embaraços. É uma recomendação, uma exigência, uma condição posta à liberalidade que lhe outorga, condição, exigência ou recomendação que se não podem interpretar senão de harmonia com a outra disposição de última vontade, na qual o mesmo testador incumbe a Afonso de Luca: o encargo de: "*régler la succession totale soit ici, soit au Brésil ou autre partie, concernant quelles affaires que ce soit apres ma mort*".

Esta disposição testamentária, que abrange a sucessão inteira (*ma succéssion totale*), importa, *ipso facto*, na colação das funções do testamentário; e, sendo enunciada, como é, categóricamente, não se pode reduzir à inutilidade pelo motivo da sua coexistência com a outra, onde se requer do herdeiro universal a observância das disposições do testador. No cumprimento destas, a obediência, que se exige do herdeiro universal, é passiva, e ativa a que se espera do testamenteiro. Ambos darão cumprimento às disposições do testador, o primeiro não as contrariando, o segundo pondo-se em execução.

Enquanto haja meio de o evitar, não se devem entender, no mesmo testamento, duas cláusulas concomitantes, de modo que uma seja anulada pela outra. *Non est existimandum testatorem nihil agere voluisse, multoque minus quemquam tam stulte loqui, aut cogitare.* (DONELLUS, *Ad. tit. Dig. de Rebus dubiis; Op. omnia*, v. XI, c. 96,4).

Nesse caso, das duas entre si antagônicas, ou seria muitas vezes impossível decidir qual a preponderante, ou, como na espécie, sendo uma posterior

à outra, a anterior teria que ceder à posterior; e esta, na hipótese, é a que atribui a Afonso de Luca a situação de testamenteiro.

Éste o nosso parecer.

[1912]

RUI BARBOSA

legados consideráveis em benefício de várias pessoas, impondo ao herdeiro a obrigação de cumprir essas suas disposições, isto é, de as respeitar, de não se contrariar, de lhe não opor embaraços. É uma recomendação, uma exigência, uma condiçãoposta à liberalidade que lhe outorga, condição, exigência ou recomendação que se não podem interpretar senão de harmonia com a outra disposição de última vontade, na qual o mesmo testador incumbe a Afonso de Luca: o encargo de: "*régler la succession totale soit ici, soit au Brésil ou autre partie, concernant quelles affaires que ce soit apres ma mort*".

Esta disposição testamentária, que abrange a sucessão inteira (*ma succéssion totale*), importa, *ipso facto*, na colação das funções do testamentário; e, sendo enunciada, como é, categóricamente, não se pode reduzir à inutilidade pelo motivo da sua coexistência com a outra, onde se requer do herdeiro universal a observância das disposições do testador. No cumprimento destas, a obediência, que se exige do herdeiro universal, é passiva, e ativa a que se espera do testamenteiro. Ambos darão cumprimento às disposições do testador, o primeiro não as contrariando, o segundo pondo-se em execução.

Enquanto haja meio de o evitar, não se devem entender, no mesmo testamento, duas cláusulas concomitantes, de modo que uma seja anulada pela outra. *Non est existimandum testatorem nihil agere voluisse, multoque minus quemquam tam stulte loqui, aut cogitare.* (DONELLUS, *Ad. tit. Dig. de Rebus dubiis; Op. omnia*, v. XI, c. 96,4).

Nesse caso, das duas entre si antagônicas, ou seria muitas vezes impossível decidir qual a preponderante, ou, como na espécie, sendo uma posterior

à outra, a anterior teria que ceder à posterior; e esta, na hipótese, é a que atribui a Afonso de Luca a situação de testamenteiro.

Este o nosso parecer.

[1912]

RUI BARBOSA



IV

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
SUA IMPROCEDÊNCIA

PARECER



Parcial de Quiriba
pag. 21 -

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONFLICTO DE JURISDICÇÃO N. 260

ENTRE

O JUIZ SECCIONAL DE PERNAMBUCO

E

O JUIZ DA 1^a VARA CIVEL DO RECIFE

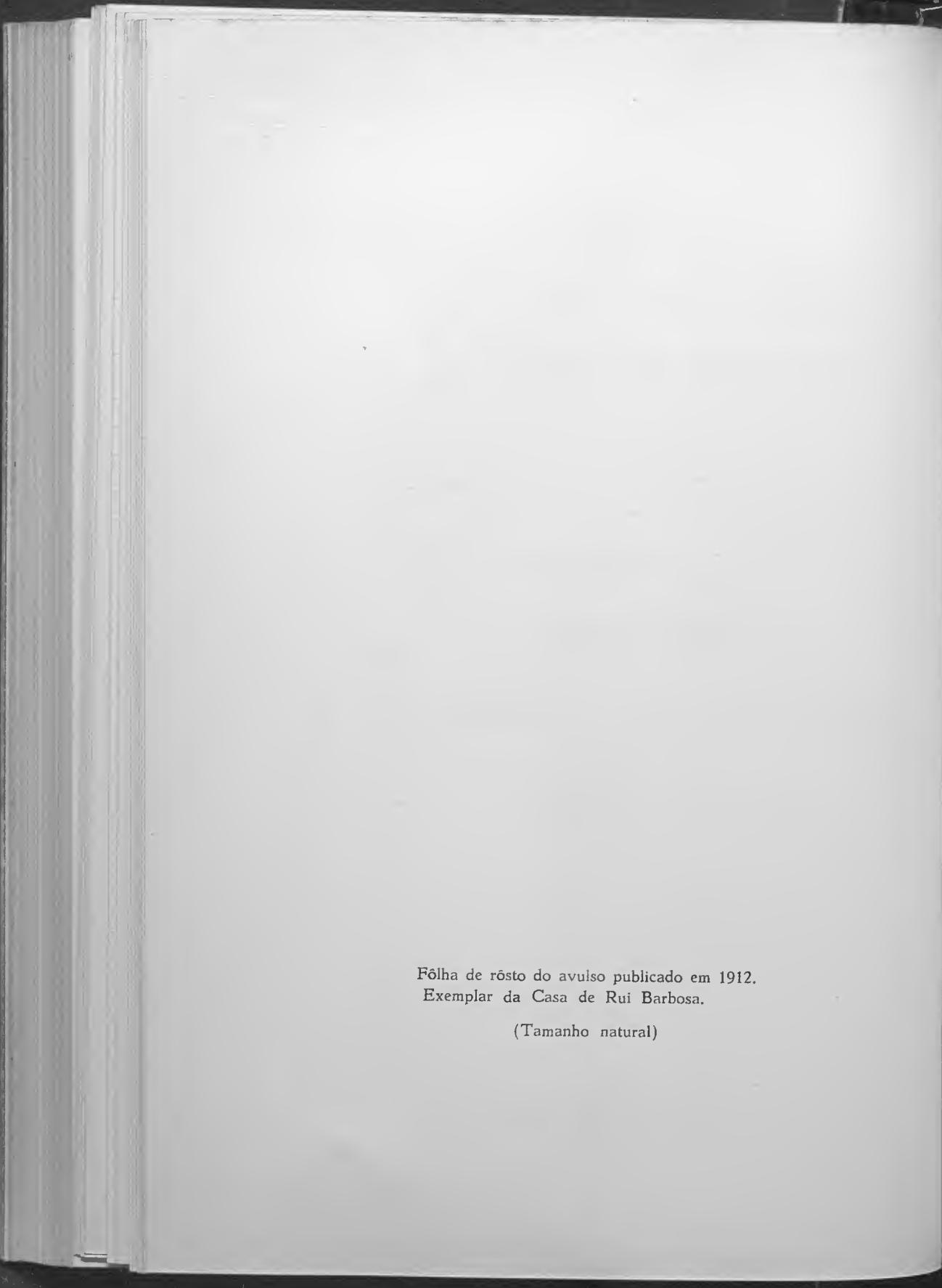
EMBARGOS

DE

ANTONIO BARROSO FERNANDES

José Pereira Guimarães Junior

RIO DE JANEIRO
Typ do Jornal de Commercio de Rodrigues & C
1912



Fôlha de rôsto do avulso publicado em 1912.
Exemplar da Casa de Rui Barbosa.

(Tamanho natural)

NOTA DO REVISOR

O resumo da controvérsia de que se trata no trabalho consubstanciado no parecer adiante reproduzido, acha-se suficientemente traçado no texto da consulta que se segue, dispensando-nos a sua clareza mais amplas informações a seu respeito.

Suscitado conflito positivo de jurisdição, entre o juiz federal da secção de Pernambuco e o titular da primeira vara cível da comarca da Capital do Estado, e processado êste no Supremo Tribunal Federal, foi convertido no conflito de jurisdição número 260.

Submetido a julgamento, conheceu o Tribunal do conflito, entendendo ser competente, para decidir a espécie que o originara, o juízo federal da secção de Pernambuco.

Foram, então, opostos embargos ao acórdão, sendo embargantes Antônio Barroso Fernandes e José Pereira Guimarães Júnior.

A 28 de dezembro de 1912 decidiu o Tribunal desprezar os embargos, mantida a decisão embargada.

Foi voto vencido o ministro Sebastião de Lacerda, por entender que, na matéria de que se tratava, era competente a justiça local.



CONSULTA

O Banco Emissor de Pernambuco, fundado por uma sociedade anônima, *deixou de ter* administração regular: não renovou, na época devida, o conselho de diretoria, com infração manifesta dos seus estatutos.

O BANCO, pois caiu em acefalia.

É verdade que alguns dos antigos diretores continuaram a deter a administração; mas não tinham qualidade para isso.

Fácil é verificar essa anomalia pela leitura das atas da Assembléia Geral.

Tal situação era evidentemente lesiva aos interesses da associação anônima de que se trata.

Por isso, dois dos seus acionistas requereram ao Juiz local da sede do Banco — arrecadação e depósito dos livros, documentos e efeitos pertencentes a esse estabelecimento até que, convocada imediatamente a Assembléia Geral dos Acionistas, fosse deliberada por ela a eleição da sua diretoria, de modo que a associação bancária entrasse no regimen legal, na forma dos seus estatutos.

O Juiz deferiu.

Os ilegítimos detentores do Banco opuseram-se àquela providência, interpondo um agravo do despacho que a ordenou.

Tal agravo, porém, não teve seguimento, porque, o Juiz, prolator do despacho, exigiu que o petionário do agravo — provasse a sua qualidade de diretor — como condição para legitimar a sua interferência no incidente. Mas o petionário não se quis dar ao encômodo de provar essa qualidade.

Frustrou-se, portanto, o agravo.

Entretanto, o signatário da petição de agravo tomou por outro caminho: dirigiu-se ao JUIZ SECCIONAL, solicitando a arrecadação do acervo do Banco.

O Juiz SECCIONAL acolheu o pedido, e foi, êle próprio ao lugar (ao edifício onde funcionava o Banco) e aí, barafustando pela sala em que o Juiz LOCAL realizava a diligência da arrecadação, tentou impor-lhe a sua jurisdição, arrebatando os papéis, livros, documentos, a pretexto de ser êle, e não o magistrado regional, o competente para aquêle ato judiciário.

Não sendo atendido, levantou um *Conflito de Jurisdição*.

O fundamento dado na decisão desse Conflito consistiu na alegação de — «serem domiciliados na Capital da República os dois acionistas signatários da petição que dera ensejo à arrecadação; mas, como a sede social do Banco era na capital do Estado, onde êle Juiz SECCIONAL tinha o seu departamento judiciário, — devia o feito ser processado pela autoridade federal, com exclusão de Juízo da região, por se tratar de um *litígio*».

Isto posto, pergunta-se:

Existe *litígio*, no rigor jurídico da expressão, na diligência meramente acautelatória, requerida por acionistas de uma sociedade anônima, no designio de evitar a anarquia, o desbarato, e os incalculáveis prejuízos determinados pela acefalia de sua direção?

É lícito invocar o preceito constitucional para defender, no caso exposto, a *jurisdição federal*, como exclusiva para atos judiciários daquela natureza?

(É conveniente advertir que os dois acionistas, petionários da arrecadação, não *indicaram pessoa alguma* a quem se pudesse considerar na qualidade de Ré nessa diligência).

A simples circunstância de serem domiciliados alguns acionistas em Estado diverso daquele em que a sociedade anônima tem a sua sede, induz fatalmente a competência exclusiva da *jurisdição federal*, mesmo quando se trate, como no caso desta consulta, de simples *medidas preventivas, ou prejudiciais*, no intuito único de salvaguardar interesses comuns em perigo, até que a Assembléia dos acionistas resolva?

Em uma palavra:

Perante a Constituição da República e suas leis, é procedente o Conflito de *jurisdição*, suscitado pelo Juiz de secção contra o Juiz local da sede do Banco?

Parecer

O art. 60, letra *d*, da nossa Constituição atual correspondente exatamente ao art. III, secção 2^a cláusula 1^a, da Constituição dos Estados Unidos, onde se prescreve que

“the judicial power shall extend to controversies between citizens of different States”.

Esta regra se reproduz quase literalmente no texto brasileiro, que declara, no tópico indicado, competir aos juízes e tribunais federais processar e julgar

“os litígios entre cidadãos de Estados diversos”.

A palavra *litígio*, adotada entre nós pela constituição federal, não a põe em divergência com o seu modelo; porque, neste, segundo a interpretação ali consagrada, é propriamente a litígios que se alude, quando se fala em “controversies”.

As *controvérsias*, de que se cogita na fórmula americana, são as que assumem a forma de *litígios* propriamente tais.

Bem frisantemente o ensina CURTIS, nos seus *Comentários de clássica autoridade*:

It is a *controversy* between partis, which has taken a shape for judicial decision. To come within this description, a question must assume a legal form, for forensic *litigation* and judicial decision. (*Commentar. on the Jurisdiction, Practice and Peculiar Jurispud. of the Courts of the Courts of the Unit. States*, § 83, pág. 93).

Isto é: para caber na categoria das *controvérsias*, a que aqui se refere a lei constitucional, "a questão há de revestir a forma jurídica dos *litígios forenses*".

Esta lição é de 1854. Mas os mais modernos constitucionalistas, naquele país, não se pronunciam diversamente.

É assim que SUTHERLAND, em 1904, e WILLOUGHBY, em 1910, definem os vocábulos *case* e *controversy*, sinônimamente empregados no art. III, sec. 2^a, cláus. 1^a da constituição americana, pelo termo *suit* equivalente a *pleito*, *ação*, *demand*.

"It is a *suit* instituted according to the regular course of judicial procedure".

W. A. SUTHERLAND: *Notes on the constit.* pág. 521).

"The meaning of the clause of the constitution extends the federal judicial power to *suits* between citizens of different States".

(W. W. WILLOUGHBY: *The Constitutional Law of the Un. Stat.*, v. II, § 567, pág. 984).

Ora, na própria tecnologia jurídica americana se acha estabelecida explícita e repetidamente a sinonímia entre *suit* e *litigation*, forma inglêsa do nosso *litígio*.

Já MARSHALL assinalava a equipolência entre os dois termos, dizendo num dos seus arestos:

"If a right is *litigated* between parties in a court of justice, the proceeding by which the decision of the court is sought, is a *suit*". (*West. v. Charlton*, 2 Pet. 464, Law Ed., 461).

A saber:

"Dá-se o nome de *suit* ao processo, mediante o qual se promove a decisão de um tribunal de justiça

acerca de um direito *litigado*, ante êle entre as partes".

Mas, hoje, em qualquer léxicon jurídico, inglês ou americano, se encontra expressamente indicada a correspondência entre as duas palavras.

No de BLACK, por exemplo, a temos frizada assim:

"Litigare. Lat. To *litigate*; to carry on a *suit* (*litem agere*) either as plaintiff or defendant; to claim or dispute by *action*; to test or try the validity of a claim by *action*". (A. *Dictionary of Law*, pág. 726).

Ou, tirado em linguagem:

"Litigare (lat.) *Litigar*, mover um pleito (*a suit*), como (*autor* ou *réu*); demandar ou contender mediante uma ação: submeter à prova de uma ação a procedência de uma pretensão".

Quando, portanto, a constituição brasileira, cuja linguagem, neste ponto, é uma transcrição da americana, submete à justiça federal os *litígios* entre cidadãos de Estados diversos, não nos deixa em dúvida sobre o alcance, que a palavra *litígios* tem no pensamento da nossa lei fundamental.

Depois, muito há que essa expressão está definida pela nossa lexicografia jurídica.

PEREIRA E SOUSA diz:

"*Litígio*: demanda, pleito, contenda judicial".

"*Litigar*: trazer *litígio* sobre alguma coisa".

"*Litigante*: pessoa que traz *demandas* com alguém em *juízo*".

(*Dicionár. Jurídico*, tom. II).

Ora, as noções da boa hermenêutica nos ditam que, em tendo um nome, no uso jurídico, a sua

acepção técnica, restrita, especial, não o devemos tomar, salvo indicação explícita ou transparente de outro intento, no seu sentido vago, ordinário e vulgar.

Logo, só quando houver *demandas*, *ação*, *lide*, controvérsia regular entre autor e réu, é que haverá *litígio*, no sentido constitucional do art. 60.

Aliás a essa inteligência nos deveria levar a mera leitura e intuição imediata desse artigo, onde, usando sucessivamente das expressões — *causas*, *litígios*, *pleitos*, *ações* — na enumeração dos casos de competência da justiça federal, a primeira sob a letras *a*, *b* e *c*, a segunda sob a letra *d*, a terceira sob a letra *e*, a quarta sob a letra *f*, o legislador constituinte deu a ver que delas se servia como de equivalentes, entre os quais se varia de vocabulário, sem variar de significado.

Mas o que caracteriza a *ação* no seu exercício, isto é, a *demandas*, o *pleito*, o *litígio*, é a pendência entre duas partes, uma das quais *credor* e a outra *devedor*; uma, senhora de um direito; e a outra, adstrita a uma obrigação; uma, autor, a outra, réu.

(PAULA BATISTA, § 6º).

Ora, tal na hipótese, não há.

O Banco Emissor de Pernambuco estava sem diretoria. Nesse cargo se mantinha a que fôra eleita há 19 anos, quando os seus estatutos, art. 31, circunscreve a 6 anos o mandato do conselho diretor. À vista desta acefalia, dois grandes acionistas da sociedade, interessados na conservação dos bens sociais, requereram imissão na posse do Banco e seus haveres, para o restituir à ordem legal, a que o subtraía a usurpação de administradores, cujo mandato expirara havia treze anos.

Concedido o mandado pelo Juiz local, a quem se impetrara, os fruidores daquela enormidade não o embargaram, o que, isso sim, teria aberto um litígio, nem articularam incompetência de juízo, antes agravaram, para o juízo de direito, reconhecendo assim a competência das justiças estaduais.

Requerendo, porém, êles vista dos autos para o agravo interposto, o juiz *a quo*, sem lho denegar, mandou que os peticionários provassem a qualidade, alegada por êles, de administradores e litigantes.

Em todo êste processo, já se vê, nenhuma circunstância existe, que lhe imprima feição de *litígio judicial*.

Trata-se únicamente de uma providência administrativa, de uma medida acautelatória, destinada a assegurar a preservação dos haveres sociais, enquanto se regularizava a situação do Banco, convocando-se a assembléia geral dos seus acionistas. E, a êsse respeito, não há contenda entre partes, visto como, os que de tal caráter se quiserem valer, apresentando-se como administradores, não exibiram título desta função.

Nenhuma base tem, pois, a aplicação, ao caso vertente, do invocado art. 60, letra *d*.

E tanto mais carece ela de fundamento, quanto essa norma constitucional, para firmar a competência dos tribunais da União, além de exigir que o litígio se trave entre cidadãos de Estados diversos, requer, ainda, que entre um e outro *diversifiquem as leis*, pelas quais a lide se tem de resolver; condição que *nem se provou, nem se alegou, nem sequer (ao que parece), na espécie, existe*.

Por conseqüência, aos quatro quesitos da consulta respondo negativamente:

1º) Não existe, no caso exposto, litígio algum, na acepção constitucional do art. 60, letra *d*.

2º) Não se pode invocar êsse texto, para legalizar, a respeito dêsse caso, a jurisdição federal.

3º) Tratando-se puramente de uma cautela de ordem administrativa, judicialmente autorizada para segurança dos bens sociais, a diversidade entre o domicílio dos acionistas, que a requereram, e o dos que a impugnaram, não constitui a situação prevista naquela cláusula constitucional.

4º) Perante a constituição e as leis da República, conseguintemente, não procede o conflito de jurisdição levantado entre as justiças do Estado e as da União.

Éste o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio, 29 de julho de 1912.

RUI BARBOSA

V

EXECUTIVO HIPOTECÁRIO

Nulidade de Escritura

Cabimento de Recurso Extraordinário

PARECER



Parecer

I

Para se dar solução ao primeiro quesito, será mister, antes de mais nada, considerar se existe, ou não a antinomia, por uma afirmada e negada por outros, entre o disposto no art. 15 do decr. nº 169 A, de 1890, e o que êsse mesmo decreto estatui no art. 19.

Opiniões muito respeitáveis sustentam a existência dessa contradição, estribando-se em que, no primeiro, se faculta ao executado opor às escrituras de hipoteca, não só as nulidades de pleno direito, senão também os embargos autorizados, no reg. nº 737, de 1850, arts. 577 e 578, deixando em vigor quanto aos credores o determinado nesse regulamento, arts. 617 e 686, §§ 4º e 5º, ao passo que, no segundo artigo, se reduz a defesa do executado às nulidades de pleno direito definidas no mesmo regulamento, só se permitindo aos credores o recurso à ação de nulidade ou rescisão, e limitando-se ao exame da preferência o debate entre êles na execução hipotecária.

No parecer dos que assim entendem, veio remediar a essa divergência entre o art. 15 e o art. 19 do decr. nº 169 A o decr. nº 370, do mesmo ano, arts. 394, 395 e 396, onde, reproduzindo simplesmente o art. 19 do primeiro decreto, o segundo se

abstém de incluir entre os embargos admissíveis os indicados pela referência do art. 11 daquele decreto aos arts. 577 e 578 do reg. nº 737 de 25 de novembro. E, como essa inferência esbarraria na objeção de que, sendo regulamentar o decr. nº 370, de 2 de maio de 1890, não pode derrogar o decr. nº 169 A, de 19 de janeiro de 1890, que é legislativo, resolvem a dúvida essas autoridades, observando que o Governo Provisório, em cujas mãos se enfeichavam os dois poderes, bem podia ter obrado legislativamente no último desses dois atos, para corrigir os erros ou lapsos do anterior. (Cf. DUARTE DE AZEVEDO: *Contestação dos créditos hipotecários*. Em TITO FULGÊNCIO: *Jurisprud. Hipotecária*, págs. 234-56.)

Mas esta saída não me parece defensável, já porque o próprio decr. nº 169 A, mediante a disposição expressa do seu art. 22, declarou que o governo, no ato complementar desse, tão somente o regulamentaria ("regulamentará o presente decreto"), mas ainda porque o ato anunciado com essa caracterização, a saber, o decr. nº 370, de 1890, na sua rubrica, diz que ele "manda observar o regulamento para a execução do decr. nº 169 A", e, em seguida, ao dar-lhe título, o designa como o "Regulamento a que se refere o decr. nº 370 desta data".

O ato promulgado mediante o decr. nº 370, de 1890 é, por consequência, meramente, um regulamento (embora expedido por uma autoridade que dispunha também da função legislativa, mas que então não a exercia) e, como simples regulamento que era, não podia alterar o ato, cuja execução vinha regular.

Logo, no silêncio dos arts. 394, 395 e 396 desse decreto puramente regulamentar não se pode ver, como querem os adeptos da doutrina exposta, a

derrogação implícita do art. 15 do decreto regulamentado.

Pensando assim, tenho comigo a competência, a meu ver sobre todas eminentes, do conselheiro LAFAYETTE, cujo raro tino jurídico, num parecer verdadeiramente luminoso, repele essa teoria.

Temos, pois, que resolver a questão, encarando o texto do art. 19 e o do art. 15, tais quais um e outro se nos deparam no descr. nº 160 A, de 1890.

Ora toda a lei tem a seu favor a presunção de consistente. Não se deve supor incoerência ou contradição entre as diferentes cláusulas do mesmo ato legislativo. Ao Intérprete cabe harmonizá-las, quando pareça colidirem, até onde fôr compossível com os seus termos. (BLACK: *Construction and interpretation of the laws* nº 45, p. 98.)

Tão pouco será tolerável a inteligência da lei, que nos conduza, em seus resultados, ao absurdo, enquanto com a sua linguagem se puder conciliar outra inteligência, estreme de tais consequências.

It is presumed that the legislature does not intend an absurdity, or that absurd consequences shall flow from its enactments. Such a result will therefore be avoided, if the terms of the act admit of it, by a reasonable construction of the statute. (BLACK: *Op. cit.*, nº 48, pág. 104).

Ora que no caso vertente não são inexequíveis essas duas aspirações: a de harmonizar, no decreto nº 169-A, os dois textos aparentemente contrários, e escoimar de monstruosidade a sua aplicação, mostrou-o, de um modo a meu ver concludente, no escrito a que aludo, o sábio jurisconsulto brasileiro há pouco mencionado.

Da inteligência oposta à que êle advoga, derivariam "clamorosos e grosseiros absurdos", tais como o de que, embora extinta, com o pagamento da

dívida, a obrigação, da qual é garantia a hipoteca, a execução hipotecária "seguiria até ao fim, ainda exibida escritura pública, em que o exequente houvesse dado ao executado plena e absoluta quitação". (LAFAYETTE, *apud* TITO FULGÊNCIO, *op. cit.*, p. 180.)

Para harmonizar as duas disposições, de que se trata, e evitar-lhes essas conseqüências absurdas, bastará, em vez de considerar a do art. 19 como restritiva e derogatória da do art. 15, encará-las como complementares uma da outra e, destarte, subsistentes ambas em tôdas as suas partes.

Procedendo assim, veremos que os dois artigos encerram uma cláusula comum a ambos e outra exarada sómente no primeiro.

A cláusula comum aos dois artigos (15 e 19), na lei hipotecária de 1890, é a que assegura ao executado o direito de opor, mediante embargos, às escrituras de hipoteca as nulidades de pleno direito.

A cláusula estatuída num só desses textos (o art. 15) é a que, além desses embargos, permite ao executado os embargos autorizados "nos arts. 577 e 578 do reg. n° 737, de 25 de novembro de 1850".

Não se pode imaginar a sério que, tendo consagrado no art. 15 essa faculdade, o legislador, na mesma lei, quatro artigos adiante, a eliminasse. E tanto menos seria lícito admitir esta suposição, quanto as duas cláusulas, bem longe de se contradizerem, coexistem perfeitamente, importando a segunda numa adição natural à outra.

Cada uma delas, com efeito, considera as relações do credor com o devedor hipotecário sob um dos seus dois aspectos: o da obrigação, origem da hipoteca, e o da hipoteca, segurança da obrigação. "São", diz LAFAYETTE, "duas entidades radicalmente

distintas, cada uma regulada por princípios peculiares, — a obrigação, direito pessoal e objeto principal, e a hipoteca, direito real e acessório da obrigação". (*Apud* T. FULGÊNCIO, p. 179.)

Quando êsses dois artigos facultam ao executado opor ao executivo hipotecário as nulidades de pleno direito, *ipso jure* se referem às definidas no reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 684, isto é, as nulidades que interessam à forma da hipoteca, e resultam, por declaração expressa ou subentendida na lei, da preterição de solenidades essenciais à existência dêsse contrato. Essas disposições "aludem, absoluta e exclusivamente, às nulidades, que afetam a hipoteca, direito real, constituído para garantir a obrigação, e não as que possam ocorrer relativamente à obrigação". (*LAFAYETTE, ibid.*)

Como todos os contratos, a hipoteca é suscetível de omissões ou alterações das formas legais, e a lei hipotecária quis assentar que só quando essas nulidades fôssem das que a nossa lei do processo define como de pleno direito, as poderia o executado alegar por embargos.

Ao mesmo tempo, como é destas *únicamente* que se ocupa o art. 19, na sua disposição inicial, estas são exclusivamente as que tem em mira êsse mesmo artigo, na disposição imediata, objeto do seu § 1º, quando remete para a ação ordinária de nulidade ou rescisão os credores quirografários, assim como os credores por hipoteca não inscritos, sem concorrência, em primeiro lugar, e no § subseqüente limita à discussão da preferência a questão, no executivo hipotecário, entre os credores.

Essas três cláusulas sucessivas, das quais a segunda se desdobra da primeira, e a terceira da segunda, obedecem tôdas com harmonia ao intuito

comum de fixar discriminativamente a situação processual do executado e do credor em relação às nulidades de pleno direito.

“São essas nulidades peculiares à hipoteca as que só podem ser invocadas e alegadas na execução, quando de pleno direito, e que os credores hipotecários só podem fazer valer por meio de ação ordinária”. (LAFAYETTE, *ibid.*, p. 180.)

Mas, constituída para garantir a obrigação, depende a hipoteca da obrigação a que serve de garantia, e essa obrigação “pode sofrer nulidades, que em nada ofendam a regularidade da hipoteca, como em caso de fraude, simulação, proibição da lei”. (LAFAYETTE, *ib.*, p. 179.)

Pode, outrossim, a obrigação, a que a hipoteca está subordinada, cessar “por motivos de direito, que não entendem com a hipoteca, como a transação, a prescrição, o pagamento”. (LAFAYETTE, *ibidem*.)

É a êstes meios de impugnação do crédito hipotecário que declaradamente alude o art. 15 do decr. nº 169 A, quando considera permitidos ao executado os embargos autorizados nos arts. 577 e 578 do reg. nº 737; visto como o art. 577, no § 7º, e o art. 578, no § 2º, admitem por fundamento aos embargos na execução os casos, que interessam a obrigação na sua existência, como a transação, a prescrição e o pagamento.

Desde que, portanto, não tomemos o art. 19 como derogatório do art. 15, são irrecusáveis êsses embargos, por êste autorizados.

Quanto aos credores o mesmo art. 15, na sua segunda parte, é peremptório, declarando subsistirem a favor dêles as disposições do reg. nº 737, nos arts. 617 e 686, §§ 4º e 5º. De modo que, se, como procurei mostrar, os §§ 1º e 2º do art. 19 estão

subordinados à disposição inicial dêste, cujo objeto consiste em excluir dos embargos admissíveis na execução hipotecária os que não versarem sobre nulidades de pleno direito, — quando os dois indicados parágrafos reduzem a disputa entre os credores ao ponto restrito da preferência, devemos concluir, para conciliar esta cláusula com a do art. 15 no seu segundo membro, que isto se entende, quando não ocorrer aquêle gênero de nulidades, a respeito dos quais o art. 19, no seu princípio, abre exceção ao rigor dêsse processo especial, consentindo que nêle se aleguem.

"Tudo isto é claro e lúmpido", direi com o Sr. Cons. LAFAYETTE, "tudo isto assenta em uma distinção, que não é uma sutileza, mas que reproduz a realidade viva do direito, e evita e suprime os clamorosos e grosseiros absurdos, que derivam da inteligência em contrário". (*Op. cit.*, p. 180.)

Mas, quando não bastasse o argumento decorrente do art. 15, veríamos doutra disposição da mesma lei hipotecária surgir outro, ainda mais poderoso e decisivo.

O decr. nº 169 A declara que

a hipoteca se extingue:

- § 1º pela extinção da obrigação: principal;
- § 2º pela destruição da coisa hipotecada;
- § 3º pela renúncia do credor;
- § 4º pela remissão;
- § 5º pela sentença passada em julgado.

Extinguir-se é cessar de existir. Qualquer dessas eventualidades, pois, em se verificando, fere de *inexistência* a hipoteca. Aos olhos da lei, pois, a hipoteca, a respeito da qual se der uma dessas situações jurídicas, desapareceu, acabou, *não existe*.

Pode um contrato, uma obrigação, um ônus legalmente *inexistente*, ser, ao mesmo tempo, legalmente *executável*?

Seria a mais crassa das antinomias admitir, a respeito da mesma relação jurídica, simultaneamente, essas duas condições opostas e inconciliáveis. Para que um título seja *execuendo* em processo legal, necessário é que exista.

Quando a lei, portanto, declara que, em qualquer daqueles cinco casos, a hipoteca expira, isto é, *deixa de existir*, declarado tem, implícita e necessariamente, que, em constando, por alegação de qualquer dos interessados, a verificação de um desses casos, a execução da hipoteca não pode continuar.

Se a transação, a prescrição ou o pagamento extinguiu a obrigação principal, se a coisa hipotecada pereceu, se o credor renunciou, se o adquirente do imóvel gravado o remiu, se passou em julgado a anulação ou rescisão da hipoteca, se vier a se realizar alguns desses fatos, suscetíveis de certificação absoluta mediante provas legais da mais visível materialidade, exibíveis na lide, nem ao executado nem aos credores na discussão mútua dos seus títulos se poderá desconhecer a faculdade jurídica de mostrar que a hipoteca, incursa nessa hipótese fatal de extinção, já não existe.

A limitação daí proveniente à norma, aparentemente absoluta, do art. 19, §§ 1º e 2º, nasce categóricamente da substância jurídica das coisas. A lei no art. 19, §§ 1º e 2º, não pode ser entendida em flagrante antagonismo com a mesma lei no art. 11, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º. Não está com o senso comum que esse ato legislativo, pelo art. 19, §§ 1º e 2º, mande prosseguir na execução de um crédito, que o

mesmo ato legislativo, por um artigo anterior, declara extinto, isto é, perempto, ilidido, morto.

Depois, nem sequer há, propriamente, nesta doutrina, modificação aos termos absolutos do texto nos dois primeiros parágrafos do art. 19; porquanto, se eles restringem a disputa entre os credores à questão da preferência, com isto não vedam, antes implicitamente admitem, o debate sobre os casos de extinção da hipoteca, definidos no art. 11. Com efeito, a preferência, cujo exame se autoriza explicitamente no art. 19, §§ 1º e 2º, pressupõe a realidade jurídica, a efetividade legal, a existência, em suma, jurídica ou legal, das hipóteses, entre as quais se pleiteia o direito de preferirem umas às outras.

Não há, não pode haver preferência discutível senão entre títulos de existência reconhecida. Quando, portanto, se autoriza a discussão da preferência entre os credores hipotecários, implicitamente se tem autorizado a da existência legal dos títulos, sobre que ela há-de versar. Na discussão da preferência está, necessariamente, subentendido o direito de mostrar, com a prova imediata do fato, a extinção das hipotecas, a respeito das quais, ocorrerem quaisquer das condições extintivas enumeradas no art. 11.

Combinado êste com o art. 19, §§ 1º e 2º, a discussão da preferência tem de começar pela da extinção alegada contra os títulos disputantes.

Conseguintemente, direito é, assim do executado como dos credores, invocar, na execução hipotecária, a extinção da hipoteca, nos casos em que ela resultar de qualquer das circunstâncias taxadas no art. 11.

Ora, dos casos de extinção da hipoteca o primeiro é a extinção da dívida (art. 11, § 1º), e o meio principal de se extinguir uma dívida é o seu pagamento. (DÍDIMO: *Dir. Hipotec.*, nº 311, p. 501.)

Tal é a espécie descrita no primeiro quesito da consulta. A êle, pois, respondo afirmativamente. O segundo credor hipotecário pode impugnar a preferência devida ao primeiro, se contra êste exibir prova irrecusável da extinção, mediante, pagamento, do débito garantido pela primeira hipoteca.

II

O decr. nº 169 A, de 1890, art. 11, § 6º, e o decr. nº 370, do mesmo ano, art. 227, prescrevem que “a extinção das hipotecas só começa a ter efeito, depois de averbada no competente registro, e só poderá ser atendida em juízo, à vista da certidão do averbamento”.

Outrossim, o art. 103, do último dêsses decretos estatui que o registro, “enquanto não se cancelar, produz todos os seus efeitos legais, ainda quando por outra maneira se prove que o contrato está desfeito, extinto, anulado, ou rescindido”.

Mas os efeitos legais do registro só dizem respeito a terceiros. (Decr. nº 169 A, art. 9º) Entre os contraentes a hipoteca subsiste independentemente da inscrição. (Decr. nº 169 A, art. 9º, § 1º.) Só para segurança dos direitos de terceiros é que se instituiu êsse mecanismo de publicidade, que o registro hipotecário estabelece. (DÍDIMO: *Op. cit.*, pgs. 358-66.)

É só a respeito de terceiros, pois, que os efeitos da extinção da hipoteca estão subordinados ao cancelamento da sua inscrição. (DÍDIMO: *Op. cit.*, p. 537 e segs. — *O Direito*, v. LXVIII, p. 237-239.)

Não se aplica esta norma, conseguintemente, à discussão, entre credores hipotecários, dos seus direitos respectivos, uns contra os outros, ou contra o devedor.

Com relação a êles, portanto, vale a prova da extinção da hipoteca, embora não averbada no registro.

III

Ao terceiro quesito já dei resposta na minha resposta ao primeiro.

IV

Não obstante a jurisprudência em contrário (*O Direito*, vol. 74, p. 231, v. 89, p. 383-88, vol. 84, p. 81-2, 104, 116-18. vol. 95, p. 93-4 e 240, vol. 96, p. 113-18), a sua adoção por alguns eminentes juristas nossos (J. BARBALHO: *Coment. a Constit. Brasil.*, p. 243-5; Cons. CÂNDIDO DE OLIVEIRA: *Algum. notas sobre o Recurso Extraord.*) e a sua consagração na lei nº 221, de 1894, art. 24, parte segunda, cada vez me sinto mais seguro na opinião, sempre sustentada por mim, de que o recurso, a que o Regimento do Supremo Tribunal Federal arbitrariamente deu o nome de *extraordinário*, caberá, segundo o art. 59, § 1º, a, da Constituição da República, tôdas as vêzes que se questionar quer sobre a validade negada pelas sentenças das justiças dos Estados às leis federais, quer sobre sua aplicação recusada ou dada a tais leis por essas justiças.

Não repetirei aqui os fundamentos do meu juízo neste assunto. Basta reportar-me a algumas das autoridades, que o têm desenvolvido e ilustrado: o consº OLEGÁRIO, na sua dissertação apresentada, em 30 de abril de 1900, ao Congresso Jurídico Americano; o ministro PEDRO LESSA, na justificação do seu voto vencido no acórdão de 11 de julho de 1908

(*Jornal do Comércio*, 12 de agosto do mesmo ano); MARTINHO GARCEZ, no seu livro sobre as *Nulidades dos Atos Juríd.* (2^a ed., v. I, p. 403-413) e o professor JOÃO MENDES JÚNIOR, no seu *Direito Judiciário Brasileiro* (p. 309-328), onde (p. 323-325) se encontra, em excerto de um dos meus pareceres a tal respeito, parte das considerações, em que estriba a minha opinião.

A meu ver, a teoria restritiva na inteligência do art. 59, § 1º, da nossa constituição lhe viola flagrantemente o texto.

Uma distinção, que ele não faz, e com ele se não concilia, admite, das sentenças finais das justiças dos Estados, o recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando elas recusam aplicação às leis federais, e não o admite, quando as leis federais são violadas pela aplicação que essas sentenças lhes impõem.

Se a decisão dos tribunais do Estado em derradeira instância declarar revogada, ou inaplicável a lei federal, caberá o recurso para a suprema justiça da União. Mas se atentar contra a lei federal, sofismando-a, torcendo-a, iludindo-a, conculcando-a, o recurso não caberá.

Mas tanto se burla a aplicação de uma lei, recusando abertamente aplicá-la, ou deixando silenciosamente de o fazer, como aplicando-a contra a evidência do seu espírito, ou a expressão clara do seu texto. No primeiro caso frustra-se a lei, pondo-a de lado; frustra-se a lei, lacerando-a, no segundo. Mas contra as sentenças estaduais, que rasgarem a lei federal, não há recurso. Havê-lo-á, porém, se as sentenças estaduais se limitarem a evitá-la, desconhecendo-a, ou não a aplicando.

Ter-se-ia criado então um remédio para o menor dos dois males, e deixado o maior dêles sem remédio nenhum. Para transgredir e anular, nesse caso, impunemente as leis federais, em matéria de direito civil, penal ou mercantil, bastará não lhes negar jamais aplicação, mas dar-lhe sempre infiel e adulterina.

Como se chegou a essa inversão extravagante?

Forçando-se o próprio texto constitucional, para obrigá-lo a dizer “validade e aplicabilidade”, onde ele realmente diz “validade e aplicação”.

Leia-se, como exemplo dêsse trabalho operatório, êste considerando capital no acórdão supremo de 28 de junho de 1902:

“Considerando que em todo o correr da ação não se impugnou lei alguma federal, ... e que nem as decisões recorridas se pronunciaram pela *validade* ou mesmo *aplicabilidade* de tais leis”. (*O Direito*, v. 89, p. 382.)

Veja-se, ainda, a linguagem do Supremo Tribunal Federal em 5 de agosto de 1903:

“Considerando que ... a decisão recorrida não declarou revogadas nem *inaplicáveis* as disposições legais citadas pelo recorrente, ao contrário *as interpretou* e aplicou como lhe pareceu mais acertado;

“Considerando que é corrente em direito que a simples *interpretação* ou *aplicação* do direito civil, comercial, ou penal não basta, para legitimar a interposição de recurso desta ordem, deixa, por isso, de conhecer dêle, por incabível na espécie”. (*O Direito*, v. 94, p. 118.)

Ora o que o art. 59, § 1º, da Constituição estatui, é que “das sentenças das justiças dos

Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade ou a *aplicação* de tratados e leis federais".

Nesse texto, pois, não se excluem as leis federais concernentes ao direito civil, comercial ou penal, antes se abrangem declaradamente as leis federais sem exceção alguma, nem se determina que o recurso caberá, quando se questionar sobre a *aplicabilidade* de tais leis, mas quando se questionar sobre a sua *aplicação*.

A fórmula, portanto, que o dá por cabido, quando se questione sobre a validade ou *aplicabilidade*, e descabido quando se questione sobre a *aplicação*, levanta à constituição da república dois falsos testemunhos, desmentindo-a no que ela diz, e atribuindo-lhe o que ela não diz. O que ela *diz*, é que se admitirá o recurso, quando se questionar sobre a *aplicação* das leis federais, e essa hermenêutica lhe imputa o admiti-lo, quando se questionar sobre a sua *aplicabilidade*. O que ela *não diz*, é que o recurso não terá lugar, em se questionando sobre a *interpretação* de tais leis, e a interpretação restritiva sustenta que, tratando-se dessa interpretação, o recurso não haverá lugar.

Mas, ainda quando o texto constitucional não falasse, como fala, em "aplicação", e sim, como pretendem êsses intérpretes, em *aplicabilidade*, a doutrina tecida sobre êste vocábulo seria insustentável; porquanto a contraposição, de que ela se vale, entre questionar sobre a *aplicabilidade* e questionar sobre a *interpretação* da lei não tem base. As duas idéias não se excluem, ou contradizem. É sempre mediante a *interpretação* da lei que se lhe chega a verificar a *aplicabilidade*. Não se pode saber se uma

lei tem *aplicabilidade*, ou não, a um caso dado, sem se conhecer essa lei no seu conteúdo, no que ela declara, ou omite, no que manda, ou proíbe. Ora a *interpretação* vem a ser, justamente, o processo, mercê do qual se apura e extrai dos textos legislativos o que êles encerram.

O texto, porém, do art. 59, § 1º, não reza de *aplicabilidade*, senão sim de *aplicação*. E quem diria que *aplicação* exclua *interpretação*, ou que *interpretação* se oponha a *aplicação*? Bem longe de colidirem, as duas idéias, em matéria de execução de leis, se entrelaçam e completam. A *aplicação* judiciária da lei envolve a sua *interpretação*; a *interpretação* judiciária da lei importa na sua *aplicação*. O magistrado aplica, interpretando, interpreta, aplicando.

Este recurso, pois, cabe sempre, das sentenças finais das justiças dos Estados, quando se questionar sobre “a *aplicação*” (é a palavra textual) sobre a aplicação de uma lei federal, ou seja porque o julgado não a quis aplicar, ou seja porque, aplicando-a, mandou o que ela veda, ou vedou o que ela manda.

Num ou outro caso a sentença decide *contra* a lei federal, *contra* a sua aplicação. “É a decisão do tribunal do Estado *fôr contra ela*”, diz a constituição, no art. 59, § 1º. *Contra* ela, quando a *não aplica*. *Contra* ela, quando a *contradiz*, ordenando o contrário do que ela estabelece.

Na espécie da consulta há um julgado estadual, que uma das partes no litígio argüi, bem que, a meu ver, sem razão, de ter violado leis federais.

Sou da opinião, portanto, que, na hipótese da consulta, é constitucional o recurso daquela sentença para o Supremo Tribunal Federal.

Rio, 12 de outubro, 1912.

RUI BARBOSA

Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade ou a *aplicação* de tratados e leis federais".

Nesse texto, pois, não se excluem as leis federais concernentes ao direito civil, comercial ou penal, antes se abrangem declaradamente as leis federais sem exceção alguma, nem se determina que o recurso caberá, quando se questionar sobre a *aplicabilidade* de tais leis, mas quando se questionar sobre a sua *aplicação*.

A fórmula, portanto, que o dá por cabido, quando se questione sobre a validade ou *aplicabilidade*, e descabido quando se questione sobre a *aplicação*, levanta à constituição da república dois falsos testemunhos, desmentindo-a no que ela diz, e atribuindo-lhe o que ela não diz. O que ela *diz*, é que se admitirá o recurso, quando se questionar sobre a *aplicação* das leis federais, e essa hermenêutica lhe imputa o admiti-lo, quando se questionar sobre a sua *aplicabilidade*. O que ela *não diz*, é que o recurso não terá lugar, em se questionando sobre a *interpretação* de tais leis, e a *interpretação* restritiva sustenta que, tratando-se dessa *interpretação*, o recurso não haverá lugar.

Mas, ainda quando o texto constitucional não falasse, como fala, em "aplicação", e sim, como pretendem êsses intérpretes, em *aplicabilidade*, a doutrina tecida sobre êste vocábulo seria insustentável; porquanto a contraposição, de que ela se vale, entre questionar sobre a *aplicabilidade* e questionar sobre a *interpretação* da lei não tem base. As duas idéias não se excluem, ou contradizem. É sempre mediante a *interpretação* da lei que se lhe chega a verificar a *aplicabilidade*. Não se pode saber se uma

lei tem *aplicabilidade*, ou não, a um caso dado, sem se conhecer essa lei no seu conteúdo, no que ela declara, ou omite, no que manda, ou proíbe. Ora a *interpretação* vem a ser, justamente, o processo, mercê do qual se apura e extrai dos textos legislativos o que êles encerram.

O texto, porém, do art. 59, § 1º, não reza de *aplicabilidade*, senão sim de *aplicação*. E quem diria que *aplicação* exclua *interpretação*, ou que *interpretação* se oponha a *aplicação*? Bem longe de colidirem, as duas idéias, em matéria de execução de leis, se entrelaçam e completam. A *aplicação* judiciária da lei envolve a sua *interpretação*; a *interpretação* judiciária da lei importa na sua *aplicação*. O magistrado aplica, interpretando, interpreta, aplicando.

Este recurso, pois, cabe sempre, das sentenças finais das justiças dos Estados, quando se questionar sobre “a *aplicação*” (é a palavra textual) sobre a aplicação de uma lei federal, ou seja porque o julgado não a quis aplicar, ou seja porque, aplicando-a, mandou o que ela veda, ou vedou o que ela manda.

Num ou outro caso a sentença decide *contra* a lei federal, *contra* a sua aplicação. “E a decisão do tribunal do Estado fôr *contra ela*”, diz a constituição, no art. 59, § 1º. *Contra* ela, quando a *não aplica*. *Contra* ela, quando a *contradiz*, ordenando o contrário do que ela estabelece.

Na espécie da consulta há um julgado estadual, que uma das partes no litígio argüi, bem que, a meu ver, sem razão, de ter violado leis federais.

Sou da opinião, portanto, que, na hipótese da consulta, é constitucional o recurso daquela sentença para o Supremo Tribunal Federal.

Rio, 12 de outubro, 1912.

RUI BARBOSA



VI

CONCESSÃO DE SERVIÇO
PÚBLICO

EFICÁCIA DE CONTRATO
CELEBRADO COM A MUNICIPALIDADE

PARECER



Parecer.

I

Lida, atentamente a consulta, examinados os documentos que a instância e confrontadas as circunstâncias, que elles comprovam, com as leis do Estado, bem como com a sua constituição, claramente se averiguou haverem sido observadas, na especie, todas as solemnidades por elles exigidas.

Para celebrar com ~~licitação~~^{licitar} de devida o contrato, que celebrou, ajustando com elle a abertura da avenida Belo Horizonte de Afonso, em 25 de agosto de 1909, encare o intendente do município de Belém habilitado com a autorização, que do conselho municipal recebeu na resolução n.º 196, de 9 de dezembro de 1909.

Dest'arte observou o poder administrativo da municipalidade o disposto na lei orgânica dos municípios do Estado (L. n.º 921, de 7 de outubro de 1904), art. 53, n.º 3, por onde incumbe ao intendente "executar e fazer cumprir as deliberações do conselho devidamente publicadas".

Feito o contrato, a autoridade que

Fac-simile do manuscrito do parecer adiante reproduzido.
(Arquivo da Casa de Rui Barbosa).

CONSULTA

Pela resolução nº 381, de 16 de janeiro de 1904, o Município de Belém do Pará decretou a abertura, entre outras, da Avenida Quinze de Agosto, ligando a praça da República com o *boulevard* do mesmo nome.

A requerimento de Oscar de Melo, cidadão brasileiro, em data de 12 de setembro de 1909, em o qual propunha as bases do futuro contrato, o Conselho Municipal de Belém, em Resolução de nº 196, de 9 de dezembro do mesmo ano, autorizou o Intendente do Município a contratar com o requerente a construção e exploração da projetada Avenida Quinze de Agosto, sob as condições que julgassem mais convenientes aos interesses do Município (doc. nº 1).

Esta resolução foi precedida de uma informação prestada pela Secção de Obras Municipais relativa às bases apresentadas pelo requerente (doc. nº 2).

Em virtude desta Resolução, o Intendente celebrou com Oscar de Melo um contrato que tinha por objeto a construção e exploração da Avenida, e entre as obrigações nêle contidas estava a de construir um hotel modelo. (doc. nº 3).

Este contrato tem a data de 25 de agosto de 1910; foi submetido pelo Intendente à aprovação do Conselho Municipal, que de fato o aprovou em sessão de 9 de setembro de 1910 (doc. nº 4). Esta aprovação consta da Lei nº 554, de 12 de setembro de 1910, publicada no *Diário Oficial* do Estado do Pará de 5 de janeiro de 1911 (doc. nº 5).

De acordo com o art. 72 da Constituição do Estado e com o art. 35 e seu parágrafo da Lei estadual nº 922, de 10 de outubro de 1904, esta deliberação foi tomada em votação nominal, pela maioria absoluta do Conselho e sancionada pelo Intendente Municipal (doc. nº 4). A lei foi levada ao conhecimento do Governador do Estado, por ofício nº 268, de 26 de setembro de 1910 e ao Congresso estadual, por

intermédio do Senado, por ofício nº 269 da mesma data, isto é, dentro do prazo de 15 dias determinado pelos arts. 44 e 53 nº 12 da citada Lei nº 922, de 10 de outubro de 1904 (doc. nº 6). Segundo os arts. 21 [as. 13 e 38 da Constituição do Estado, dentro do primeiro ano em que delas tiver conhecimento, pode o Congresso do Estado anular e o Governador suspender as leis e resoluções dos Conselhos Municipais, quando infrinjam as leis federais ou as do Estado ou ofendam direitos de outros municípios. Pelas certidões fechadas (docs. ns. 7 e 8) se vê que as comunicações foram respectivamente recebidas pelo Governador e pelo Senado, mas não constava até maio de 1912 nenhum ato de anulação ou suspensão praticado por qualquer destes poderes.

Finalmente, pela cláusula 10 do contrato, obrigou-se o concessionário apresentar no prazo de um ano, a contar da data da assinatura do contrato, o projeto geral da nova Avenida, acompanhado dos planos respectivos, horizontal e de perfil.

O concessionário requereu a aprovação da planta, de que trata esta cláusula, a 5 de junho de 1911 (doc. nº 9). No mesmo dia o requerimento foi enviado à Secção de Obras, que deu seu parecer sobre ele no dia 8 de junho, e as plantas foram aprovadas por despacho de 9 de junho de 1911. (mesmo doc.). Usando da faculdade constante da cláusula XXII do contrato, o concessionário o transferiu à firma Alberto de Lavandeyra & Companhia, da qual ele mesmo fazia parte. Esta transferência foi autorizada pelo Intendente Municipal. Por virtude de dissolução desta firma, por comum acordo dos sócios, a concessão reverteu ao primitivo concessionário.

À vista desta exposição pergunta-se:

I — Observaram-se no presente caso todas as formalidades prescritas pela Constituição e leis paraenses para a confecção das leis?

II — A matéria, que faz objeto da concessão, é das que estão compreendidas na esfera de competência da Municipalidade?

III — Há, nas cláusulas do contrato, alguma que exorbita desta competência?

IV — Pode ser a validade do contrato contestada por
algum fundamento de direito?

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 1912.

José Sabóia Viriato de Medeiros
Advogado

Vai em separado, nesta data, o meu parecer em trinta
e duas páginas de meu punho. Rio, 26 de setembro, 1912.

RUI BARBOSA



Parecer

I

Lida atentamente a consulta, examinados os documentos que a instruem e confrontadas as circunstâncias, que êles comprovam, com as leis do Estado, bem como com a sua constituição, claramente se averigua haverem sido observadas, na espécie, tôdas as solenidades por elas exigidas.

Para celebrar com Oscar de Melo o contrato, que celebrou, ajustando com êle a abertura da avenida Quinze de Agôsto, em 25. de agosto de 1910, estava o intendente do município de Belém habilitado com a autorização, que do conselho municipal recebeu na resolução n.º 196, de 9 de dezembro de 1909.

Destarte observou o poder administrativo da municipalidade o disposto na lei orgânica dos municípios do Estado (L. n.º 921, de 7 de outubro de 1904), art. 53, n.º 3, por onde incumbe ao intendente “executar e fazer cumprir as deliberações do conselho devidamente publicadas”.

Feito o contrato, a autoridade que o outorgara, para apurar a fidelidade do seu ato nos têrmos e intuitos da autorização, em cujo nome o estipulara, provocou a seu respeito o voto do conselho municipal, que expressa e solenemente o ratificou, declarando, na lei municipal n.º 554, de 12 de setembro de 1910,

art. 1º, ficar "aprovado para todos os efeitos o contrato firmado pela Intendência, para a construção e exploração da avenida Quinze de Agosto, com o 1º tenente da armada Oscar de Melo, em 25 de agosto de 1910". (*Diário Oficial do Estado do Pará*, nº 5.641, de 14 de janeiro de 1911, pág. 2).

A constituição daquele Estado prescreve, no art. 72, que "Tôdas as resoluções do conselho" (municipal) "sôbre aumento ou criação de impostos, contratos, empréstimos, ... etc., dependerão, para a sua execução, da aprovação da maioria absoluta do conselho".

Outrossim, a lei estadual nº 922, de 10 de outubro de 1904, art. 35, determina:

"Deverão ser votados pela maioria absoluta do conselho" (municipal) "as leis e resoluções sôbre mudança da sede do município, aumento ou criação de impostos, contratos, etc. ..."

Ora, no doc. nº 4, dos que acompanham a consulta, lavrado na secretaria do conselho municipal, depois de se exarar todo o debate ocorrido, quanto ao contrato de que se ocupa a consulta, em 9 de setembro de 1910, no mesmo conselho, se certifica textualmente que, "pôsto a votos, foi o projeto", que anuía ao dito contrato, "aprovado nominalmente, contra o voto restritivo do sr. Tiago de Sousa".

Donde se vê que contra o ato do intendente só se pronunciou um dos membros do conselho, cumprindo-se assim a disposição, legal e constitucional, que requeria a aprovação mediante maioria absoluta.

A menção, ali feita, de que o projeto foi votado nominalmente atesta a observância de outra cláusula legal, indispensável à regularidade do ato legislativo: a consignada no parágrafo único do art. 35, onde

se preceitua, após o texto supratranscrito, que "a votação, nos casos do presente artigo, será sempre nominal".

Sendo por uma lei, como se acaba de ver, que o contrato recebeu a aquiescência do conselho municipal, essa lei, para se tornar exequível, devia ser publicada pelo intendente, a quem, segundo a Lei estadual nº 922, art. 53, nº 2, compete "publicar com a sua assinatura as leis e resoluções".

Também a esta exigência legal se deu estrita satisfação, como se verifica pelo *Diário Oficial do Estado do Pará*, na já citada edição de 14 de janeiro do ano passado, onde se acha estampada a L. nº 554, com a fórmula solene da publicação: "O conselho municipal de Belém resolveu, e eu" (o intendente) "publico, como lei do município, o seguinte".

A lei paraense nº 922 impõe, em seguida, que "tôdas as leis e resoluções municipais serão enviadas ao governador do Estado e ao Congresso, por intermédio do senado, no prazo de quinze dias".

No mesmo sentido, reforçando essa prescrição do art. 44, o art. 53, nº 12, estabelece que ao intendente compete "remeter, dentro de quinze dias, ao governador do Estado e ao Congresso por intermédio do senado cópia autêntica de tôdas as leis e resoluções, para o fim do art. 45 da presente lei".

O fim contemplado no art. 45 se anuncia dêste modo:

"Quando as resoluções e leis municipais ofenderem a constituição e leis federais ou estaduais, direitos de outros municípios, constituírem objetos estranhos à competência e atribuições do conselho, ou forem evidentemente gravados em matéria de

impôsto, serão suspensas pelo governador do Estado e anuladas pelo Congresso".

Ora a certidão anexa, sob nº 6, à consulta, certidão passada pelo secretário da municipalidade em 18 de maio dêste ano, atesta que, em 26 de setembro de 1910, mediante dois ofícios, ns. 268 e 269, o primeiro dirigido ao governador do Estado, o segundo ao presidente do senado estadual, pelo intendente, lhes remeteu êste cópia da Lei municipal nº 554, de 12 de setembro de 1910, instrumento da aprovação legislativa, na municipalidade, ao contrato de 25 de agosto.

Mas de 12 de setembro de 1910, data da lei aprobatória, a 26 do mesmo mês, dia da remessa dos trasladados autênticos ao governador e ao senado, vão apenas quatorze dias.

Logo, a comunicação prescrita na Lei se consumou um dia antes de vencida a quinzena legal, e, por conseguinte, bem dentro no seu término.

Tinha essa comunicação por objeto dar ciência do ato municipal ao poder executivo e ao legislativo do Estado, para os habilitar a cumprirem a obrigação, que o art. 45 da Lei nº 919 deixa a seu cargo, de suspender e anular as leis e resoluções do município, quando contrários aos direitos de outros municípios ou à leis superiores, quer estaduais, quer federais, estranhas à competência do conselho municipal, ou, em matéria de tributos, únicamente onerosas aos contribuintes.

O prazo em que o conselho municipal e o governador do Estado têm de se desempenhar dessa função tutelar contra as leis municipais incursas nesses vícios, de opressão, incompetência ou atentado contra o direito estadual ou federal, acha-se definido

na constituição do Pará, art. 21, nº 13, e art. 38, nº 12.

O art. 38, nº 12, estatui, quanto ao governador do Estado, que a êste toca “*suspender, dentro do primeiro ano em que delas tiver conhecimento*, as leis e resoluções dos conselhos municipais, quando infringirem as leis federais, ou as do Estado, ou ofenderem direitos de outros municípios”.

O art. 21, nº 13, dispõe, quanto ao Congresso, que a êste pertence “*anular, dentro do primeiro ano em que delas tiver conhecimento*, as resoluções e leis dos governos municipais, que infrinjam as leis federais, ou as do Estado, ou ofendam direitos de outros municípios”.

De modo que essas leis, ou resoluções municipais, o governador do Estado as *suspenderá*, e o Congresso estadual as *anulará* dentro *em um ano*, contando-se êste ano do dia em que elas chegarem ao conhecimento de um e outro.

Portanto, havendo a lei, de que se trata, chegado à notícia do Congresso e à do governador em setembro de 1910, em setembro de 1911 terminou o ano, em cujo decurso lhes competia, a um suspender e ao outro anular essa lei.

Ora, pelas certidões anexas, sob os ns. 7 e 8, a consulta, consta que realmente nesse mês o governador e o senado foram entregues das comunicações a um e outro endereçadas pelo intendente, affirmando-se, ao mesmo tempo, nela que, até maio do corrente ano, a saber, durante *um ano e oito meses*, nem o congresso paraense anulou, nem o governador do Pará suspendeu a lei municipal que aprova o contrato celebrado pela intendência de Belém com Heitor de Melo.

Muito há, consequintemente, que êsse contrato deixou de estar sujeito ao voto suspensivo do governador e ao voto anulatório do Congresso estadual.

Para que a lei, donde tal contrato emana, entrasse na categoria das leis municipais válidas e definitivas, preenchidas se acham, portanto, desde setembro de 1911, tôdas as condições requeridas na constituição e nas leis do Pará.

II

O objeto do ato municipal, sobre que versa a consulta, se reduz a uma concessão para a abertura de uma dessas ruas hoje designadas pelo nome de avenidas, sua edificação e exploração, concessão na qual incluiu o contrato, especificamente, a outorga, ao concessionário, do direito de construir um teatro e a obrigação de erigir um grande hotel modelo.

Ora nunca se duvidou que a autoridade sobre tais serviços estivesse, direta, essencial e quase privativamente, na competência dos governos municipais.

Sob o império, a lei orgânica das câmaras municipais (L. do 1º de outubro de 1828) muito positivamente lhes cometia, como privativa atribuição sua, tudo o que dissesse respeito à viação dos municípios, compreendendo, no perímetro das cidades, as ruas e, além dêle, na circunscrição de cada municipalidade, as suas estradas.

O art. 71 dêsse ato legislativo rezava:

“As câmaras deliberarão, em geral, sobre os meios de promover e manter a tranqüilidade, segurança, saúde e comodidade dos habitantes, o asseio, segunrança, elegância e regularidade externa dos

edifícios e *ruas* das povoações; e sobre êstes objetos formarão as suas posturas".

O art. 66, § 1º, determinava que as câmaras municipais teriam "a seu cargo tudo quanto diz respeito à polícia e economia das povoações e seus têrmos; pelo que tomarão deliberações e proverão pelas suas posturas sobre os objetos seguintes:

"Alinhamento, limpeza, iluminação e desempachamento *das ruas, cais e praças*, conservação e reparo de muralhas feitas para segurança dos edifícios e prisões públicas, calçadas, pontes, fontes, aquedutos, chafarizes, poços, tanques e *quaisquer outras construções para benefício comum das localidades, ou para decôro e ornamento das povoações*".

Ao que, estendendo a tôda a viação municipal o âmbito dessa autoridade, lhe dava alçada êsse mesmo artigo, no seu § 6º, "sobre construção, reparo e conservação *das estradas e caminhos*".

Sob a república, o decr. nº 5.160, de 8 de março de 1904, que regula a organização do município no distrito federal, podendo servir assim de estalão quanto às idéias entre nós admitidas a tal respeito, consagra, no art. 12, § 23, a competência da municipalidade para "criar e regular todos os serviços referentes à *viação urbana*", declarando, ainda, no § 14, que ao conselho municipal incumbe "legislar, no distrito federal, sobre vias férreas, ou *qualquer outro sistema de viação*".

Não se podia haver de outro modo o legislador federal, sem violar a norma firmada na constituição da república, art. 68, onde se manda organizar os Estados "de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

Na constituição do Pará êste princípio recebeu consagração declarada e formal, com o art. 67, que dispõe:

“O município será autônomo *na gestão dos seus negócios*”.

Na constituição nacional, pois, como na estadual, se proclama, igualmente, a “autonomia” da municipalidade, tendo por critério da sua extensão, num caso, a “*dos seus negócios*”, no outro a do “*seu peculiar interesse*”.

As duas fórmulas se equivalem, correspondendo a uma noção axiomática no assunto. Em tal conta tem o direito americano, modelo do nosso em tôdas as feições características da nossa organização constitucional. “É axiomático”, diz o juiz COOLEY, “que a gestão dos *negócios meramente locais* (*purely local affairs*) pertence ao povo nêles interessado, não só por serem negócios seus, mas ainda porque, sabendo êle de tais assuntos melhor do que ninguém, é o mais competente para os gerir”. (*Gener. Princip. of Constit. Law*, 3^a ed., p. 378).

Ora tôdas as opiniões são contestes em reconhecer o caráter *local* (ou municipal) *das ruas*, “*the local character of streets*”. (GOODNOW: *Municipal Home Rule*. N. York, 1903, pág. 148).

Não há, nem pode haver matéria alguma da índole mais *puramente local* e de conveniência *mais especialmente municipal*, que o sistema de viação de uma cidade, elemento fundamental, essencial e capital de todo o régimen de comunicações entre os seus habitantes. Dela depende, imprescindível e primordialmente, não só a circulação das pessoas e coisas na cidade, todo o comércio, pois, tôda a indústria, tôda a vida social na localidade, mas também um conjunto de necessidades hoje inseparáveis de todos os agru-

pamentos humanos, uma série de serviços urbanos a elas indispensáveis no caráter de serviços domésticos e coletivos, como as canalizações, a que estão ligados os esgotos, o abastecimento d'água, a luz, a eletricidade.

São condições orgânicas da formação de tôdas as comunidades policiadas e medianamente desenvolvidas. A viação, portanto, sem a qual seria impossível satisfazer a essas exigências vitais de todos os centros de população civilizada, constitui o primeiro interesse de tôdas as localidades. Nada, portanto, apresenta em grau mais alto o caráter de *interesse local* e, conseguintemente, de *negócio municipal*, nos termos da constituição brasileira e da constituição paraense.

Duas autoridades americanas, que sobre esta matéria escreveram *ex professo*, nos dizem:

Consiste o objeto da incorporação de um município ou cidade em investir os habitantes de uma localidade com a administração de todos os assuntos, que entendam especialmente com o *interesse municipal* (*of all the matters that are of special municipal concern*); e, por certo, ao interesse local tocam, especialmente, as ruas tanto quanto o que a esse interesse mais se ligar, de tudo o que com um município ou uma cidade mais relação possa ter. De presumir é, portanto, que as ruas estejam submetidas à autoridade *exclusiva* da municipalidade, logo que ela entre em existência, de conformidade com a lei. (BYRON C. ELLIOTT e WILLIAM F. ELLIOT: *A treatise on the law of roads and streets*. Indianápolis, 1900. 2^a ed. P. 428, § 417).

Neste sentido se pronuncia ali a jurisprudência (*ib.*, p. 17, not. 1), sendo corrente, no direito americano, o conceito da autonomia absoluta dos municípios sobre as suas ruas. "A street ... is a way under the charge and control of the municipal authorities". (*Ib.*, p. 21, § 21). De modo que, como

se vê destas palavras, tão essencial é a sujeição das ruas ao arbítrio exclusivo das autoridades municipais, que esta noção entra como elemento orgânico e substancial na própria definição da idéia jurídica *de rua*.

Geralmente, pois, nos Estados Unidos, ou por disposições gerais das leis dos Estados, ou pelas cartas de incorporação mediante as quais as legislaturas dos Estados constituem as municipalidades, tudo quanto respeita à criação, conservação, edificação, alteração e supressão de ruas incumbe aos poderes municipais. (By statute or charter they are usually authorized to open, establish, alter, and vacate streets". (J. DILLON: *Municipal Corporations*, 4^a ed., v. II, p. 775, § 654).

Essa competência tem, pela sua natureza, o caráter de exclusividade:

The authority of a municipal corporation invested with full power to lay out and open streets is exclusive, and no other tribunal can assume jurisdiction within the corporate limits. (JOHN W. SMITH: *The modern law of municipal corporations*. Indianapolis, 1903, Vol. II, p. 1.156, § 1.141).

Seria, logo, o mais insensato dos absurdos que, num país onde o direito constitucional da União e o dos Estados asseguram em alto relêvo a *autonomia dos municípios*, declarando impenetrável ao governo dos Estados e ao da União a esfera dos *negócios locais* e dos *interesses municipais* se pudesse conceber a menor dúvida quanto à soberana competência das municipalidades sobre as suas ruas e estradas.

Nessa monstruosa enormidade não incorreu a legislação paraense. Para se considerar legalmente declarada ali a alcada especial das municipalidades em matéria de viação local, bastaria o texto do art. 39, nº 15, na lei nº 922, de 1904, onde se

particularizam como objeto especial da ação legislativa nos conselhos municipais "as obras necessárias aos municípios"; visto como na classificação de *obras* ou *melhoramentos municipais* (*local improvements*) sempre se tiveram por abrangidas, antes de mais nada, a abertura, preservação e desenvolvimento das ruas. ABBOTT, definindo o que se considera como *obras necessárias aos municípios*, ou, numa expressão equivalente, *melhoramentos locais*, "*what regarded as local improvements*", enceta a enumeração, individualizando em todos os seus elementos o estabelecimento, administração e expansão das vias de comunicações urbanas:

The opening, paving or macadamizing, grading, curbing and guttering, sprinkling or general improvements of *streets and highways...* have each been considered *local improvements*. (HOWARD S. ABBOTT: *A treatise on the law of municip. corporations*. St. Paul, 1905, Vol. I, § 340, b, págs. 794-800).

Mas a competência municipal, aqui, não resulta sólamente da fraseologia ampla desta cláusula geral. O art. 39 da lei nº 922, depois de ter declarado, no seu princípio, que "os conselhos" (municipais) "deliberarão, por meio de leis e resoluções, sobre todos os assuntos de administração municipal", se entrega a uma enumeração, cujo caráter meramente exemplificativo ou demonstrativo ali se assinala mediante a conjunção *como*, que a precede.

Ora entre os vários itens dessa especificação, aliás apenas ilustrativa, e não taxativa, temos êstes, sob os ns. 16º, 20º, 22º, 29º e 31º:

Construção, conservação e reparo das estradas municipais.

Iluminação e denominação de praças, ruas, cais, estradas.

Construção de jardins, parques, monumentos, para uso e gôzo dos municípios, em lugares de logradouro público, arborização de ruas e praças.

Determinação da extensão, largura, alinhamento das ruas e praças urbanas.

Meios de viação e transporte dentro dos limites urbanos.

Quando todos os enunciados anteriores não bastassem, êste último abrange com os mais comprehensivos termos e determina com as expressões mais individuativas a autoridade relativa à abertura das ruas no território da cidade. Que outra coisa poderia significar êsse texto, no conferir aos conselhos municipais a atribuição de legislar sobre os meios de viação dentro nos limites urbanos?

Nesta perífrase não se acomoda outra idéia senão a de ruas. As ruas são os meios de viação dentro nos limites urbanos. A viação de uma cidade não consiste, nem pode consistir senão em ruas.

Tais noções, da mais sensível evidência e da trivialidade mais vulgar, nunca ninguém as contestou.

Logo, na sua matéria principal (a abertura da avenida Quinze de Agôsto), a concessão da municipalidade não ultrapassa a competência municipal.

Mas êsse contrato, além disso, impõe ao concessionário a construção de um hotel de primeira ordem, e, por outro lado, lhe facilita edificar um teatro de certo gênero, o primeiro nos terrenos já expropriados, o segundo nos terrenos por expropriar. (Cláusulas 8^a e 9^a.)

Nenhuma dessas estipulações, porém, excede os podêres legais da municipalidade. Uma e outra se legitimam, além da competência geral da municipalidade, com a que explicitamente se lhe reconhece no art. 39, nº 36, da lei nº 922, onde, entre as matérias

sujeitas a ação deliberativa dos conselhos, cuja autoridade aí se regula, particulariza o legislador do Estado a "concessão de favores tendentes aos melhoramentos de caráter municipal".

Neste número se acha a construção de grandes hotéis e teatros. É da jurisdição municipal erigir teatros, ou autorizar a indústria particular a erigi-los. Quanto à criação de hotéis-modelos, não está na órbita natural das municipalidades o construírem-nos elas mesmas, e ainda menos o terem-nos sob a sua administração, explorando-os por sua conta. Mas pode ser de utilidade local, especialmente nas grandes capitais, atrair para essa aplicação, mediante favores compensativos, os capitais particulares.

No contrato de que nos ocupamos, os outros favores, outorgados ao concessionário, em remuneração dos melhoramentos que êle ajustar realizar, são:

1º) um largo prazo de exploração da avenida, com o usofruto das suas construções e terrenos por êsse espaço de tempo;

2º) a cessão, pelo governo municipal, à emprêsa, dos imóveis por êle já expropriados;

3º) a desapropriação dos demais, que necessários forem, por conta do concessionário;

4º) a isenção de tributos municipais, durante o tempo do contrato, quanto aos estabelecimentos industriais, que o concessionário montar no município, para a preparação dos materiais destinados às obras da avenida;

5º) o direito, para o concessionário, de alugar e gravar os terrenos e imóveis, sob a condição de que, no término do contrato, uns e outros entrarão no domínio pleno da municipalidade, sem indenização

de espécie nenhuma, nem interferência judicial, e em estado perfeito de conservação;

6º) a cessão, pelo tesouro municipal, ao concessionário e seus sucessores, durante o contrato, como subvenção, de metade dos impostos de indústrias e profissões cobrados sobre os estabelecimentos que se localizarem nos imóveis da nova avenida;

7º) o compromisso, assumido pelo governo municipal, de solicitar, assim do Estado, como da União, isenção de impostos federais e estaduais, juntamente com as mercês outorgadas às empresas do gênero Hotel Modélo nas grandes capitais brasileiras e bem assim as demais concessões úteis ao desempenho das obras ajustadas pelos construtores da avenida;

8º) se o contrato caducar, aquisição, pelo concessionário, do direito de propriedade sobre as construções por ele feitas, pagando à intendência o valor dos terrenos desapropriados, sobre os quais se levantarem essas construções;

9º) faculdade para transferir a concessão, com o assentimento prévio da intendência municipal.

Dessas vantagens, cujo complexo representa, no sentir dos contraentes, a retribuição do benefício percebido pelo município de Belém com a obtenção do melhoramento contratado, pode-se concordar, ou não, com a escolha, ou a medida. Mas são questões essas de conveniência e disciplina administrativa, não de legalidade.

Nenhum desses meios de remuneração, adotados pelo governo daquela cidade para com o empreiteiro das obras projetadas, transpõe as raias da competência traçada legalmente nas atribuições explícitas ou implícitas do poder legislativo municipal. Todos

operam os seus efeitos únicamente dentro no território da municipalidade. Todos se mantêm sómente no círculo dos interesses municipais. Todos envolvem exclusivamente a responsabilidade municipal. Todos se relacionam estritamente com as funções da administração municipal, e se autorizam com as suas leis, os seus usos, os seus precedentes.

A exploração temporária dos novos imóveis pelo seu construtor, as imunidades fiscais com que não favorecidas essas construções, a coparticipação do seu autor na renda tributária por elas criada não encontram objeção sustentável nas leis que presidem ao governo dos municípios, e, pela sua maior parte, senão na sua totalidade, se podem abonar com exemplos, assim da nossa praxe administrativa, como da estrangeira, ora sob a mesma forma, ora sob formas equivalentes.

Desses favores o que menor abono encontrará na prática de tais concessões, é o enumerado em terceiro lugar. Mas não padece dúvida que, juridicamente, ele se autoriza com a competência franquiada à municipalidade pela constituição do Pará, art. 71, 1º, onde se declara que ao conselho municipal, além de outras atribuições, compete a de "criar impostos, aplicando o seu produto como convier às necessidades do serviço".

Evidentemente êste texto consagra uma função discricionária, de cujos atos, segundo o privilégio comum às funções de tal natureza, não há recurso legal. Nos conselhos municipais reside o arbítrio mais amplo quanto à apreciação do *como convenha aplicar às necessidades do serviço o produto dos impostos*. Nada, portanto, os inibiria de aplicar o produto de certos impostos, ou, como se dá no contrato sobre que versa a consulta, cláusula 27º,

parte dêsse produto ao pagamento de certos serviços, à solução de certas responsabilidades, ao resgate de certas dívidas, consignando-lhes êsse destino.

Desta maneira de reservar certos impostos à remuneração da abertura de vias públicas mediante a indústria particular temos abundantes exemplos norte-americanos, no caso, ali mui notório, dos caminhos de barreira, conhecidos pela designação de *turnpikes* na tecnologia inglesa. Tem êsse nome "tôda a estrada construída e mantida por associações ou indivíduos, sob o régimen da lei, com o direito, para êles, de cobrar dos transeúntes o pedágio ou taxa de passagem". (B. C. ELLIOTT e W. F. ELLIOTT: *Roads and streets*, p. 80, § 69).

Cotejadas essas espécies com a da consulta, vê-se que, naquelas, a concessão das municipalidades à indústria particular é muito maior. No caso dessas estradas, aos concessionários delega a municipalidade a sua função de arrecadar o impôsto de trânsito, embolsado e absorvido todo êle, de mais a mais, pelo construtor dessas vias de comunicação, ao passo, que, na hipótese do contrato ora estudado, o município cobra, êle mesmo, dos estabelecimentos industriais acolhidos às novas construções o impôsto de indústria e profissão, dividindo-o pela metade com os construtores da avenida.

Essa dupla diferença imprime um caráter de muito maior liberdade às concessões americanas de *turnpikes*. Nesses casos municipais, tão conhecidos na América do Norte, a autoridade pública abre mão de todo o impôsto, entretanto que, no da concessão paraense, renuncia sómente à metade, e, enquanto, nesta, se opera a arrecadação pelos exatores municipais, naquelas esta operação fiscal se comete aos agentes das empresas particulares.

Pelo que respeita às isenções de impostos, outorgadas em pagamento de serviços feitos ao público por capitais particulares, nunca se duvidou que fôssem legítimas, quando a autoridade, que as permite, ordena, ou ajusta, é a em quem reside o poder legal de votar os tributos, e aplicar-lhes a receita.

No próprio direito americano, onde a municipalidade se considera simples agência local do Estado, "a mere local agency of the State", sem nenhuma esfera de ação juridicamente sua além da que êste lhe permite, no exercício da mais ampladiscrição, às autoridades municipais se tem conferido, muitas vezes, o direito de isentar dos impostos locais a certas emprêssas, em consideração de certos serviços, assim remunerados.

A public corporation may profess the power in consideration of certain benefits or advantages, received or to be received, by contract express or implied, to relieve private property from the payment of taxes for a specified period. (H. S. ABBOTT: *Municipal Corporations*, v. I, pág. 721, § 313 c.).

O que tudo considerado, respondo ao 2º e 3º quesitos:

1º) a matéria, que faz objeto da concessão, cabe inteiramente na competência legal da municipalidade;

2º) nas cláusulas do contrato não nos parece haver nenhuma, que de tal competência exorbite.

III

Desde que a concessão, cuja legalidade se examina aqui, não transcende as raias da competência da autoridade que a faz, dito está implicitamente

que não há fundamento jurídico, para lhe impugnar a validade.

Incorrer em nulidade só poderia ela, tendo a autoridade concedente feito o que não lhe fôsse lícito fazer. Se ela podia fazer o que fêz, conceder o que concedeu, é porque se houve licitamente, e só havendo-se licitamente, podia estar na sua competência o seu ato. Todo ato ilícito da autoridade, todo abuso, todo atentado, tôda a ofensa de um direito constitui, no sentido mais geral da palavra, excesso de competência; porque a competência, na autoridade, não vai, senão até onde começa o direito, que a limita.

Para ser anulada com fundamento em direito, seria mister que a concessão do município de Belém atentasse:

contra as próprias restrições da autoridade concedente no seu município;

contra os direitos de outras municipalidades;

contra os do Estado;

contra os da União;

contra os do indivíduo.

Que o contrato não incorre em ofensa nem contra o próprio município, nem contra outros municípios, nem contra o Estado, já o demonstramos, mostrando a sua conformidade com a lei paraense, onde se pauta o régimen das municipalidades, e com a constituição do Pará.

Haverá nêle alguma cláusula, onde se atente contra a autoridade da União, as suas leis, a sua constituição, ou os direitos individuais nesta assegurados?

A leitura atenta dêsse documento e o refletido exame das suas cláusulas nos deixam a impressão de que não há.

Não cremos, pois, que possa havê-la, a não supormos uma dissimulação tão hábil e sutil, que fôsse necessário indicar-se, para se lhe dar pelo segredo, — hipótese de todo inverossímil.

Ao quarto e último quesito, portanto, respondemos negativamente. Salvo melhor juízo, não vemos fundamento jurídico, para se ilidir a validade ao contrato, sobre que nos inquire a consulta.

Rio, 26 de setembro, 1912.

RUI BARBOSA.

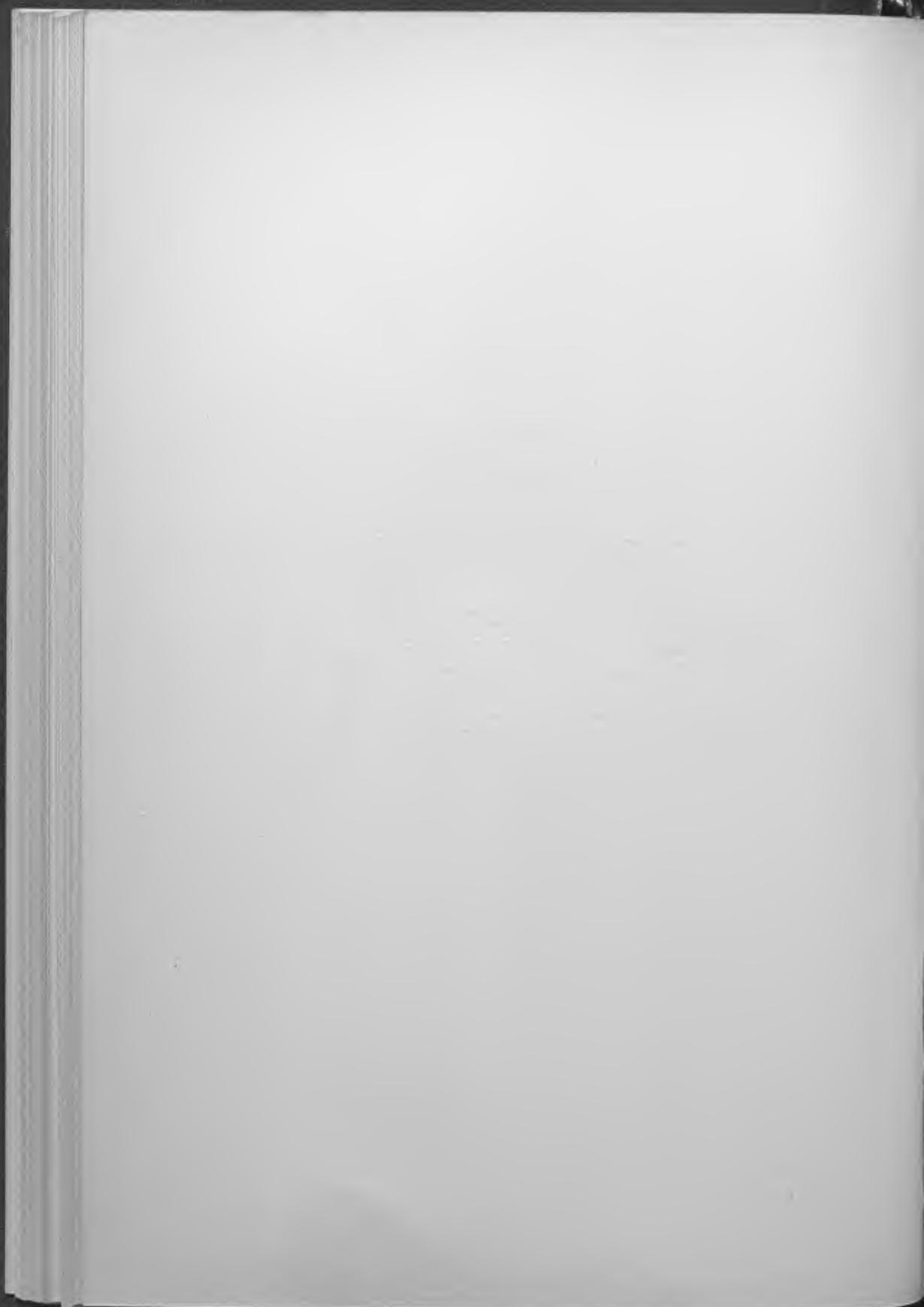


VII

JUÍZO ARBITRAL

*Posição Jurídica do Sub Empreiteiro
Em Relação ao Empreiteiro e ao Dono da Obra
Validade de Procuração e Protesto*

PARECER



CONSULTA

A é contratante, com o governo, de um serviço de construção de Estrada de Ferro. *A* sub-empreita com *B*, que é seu filho legítimo, êsses serviços. *B* sub-empreita, por sua vez, com *C*, um trecho dêsses serviços. *C*, na boa fé e por uma deferênciia, consente em ser inserida em seu contrato (mercantil e de locação de serviços) uma cláusula, proposta por *B*, em que institui como árbitro *A*, para dirimir questões que se suscitem durante a execução e vigência do contrato entre *B* e *C*, com a declaração expressa de exclusão de apelação para o terreno judiciário e ser admitida como instância superior, e sem recurso, a sentença arbitral de *A*. — Vêde cláusula 12 (*). — Pergunta-se:

I — Essa declaração e aceitação tácita de *C*, assinando o contrato, poderia anular o disposto no artigo 15, §§ 10 e 11, do Decreto nº 3.900, de 22 de junho de 1867, que regula o Juízo Arbitral do Comércio?

II — Não é nula a cláusula 12? E, assim sendo, importa nulidade do contrato?

* * *

Não tendo sido observada nenhuma das formalidades estatuídas no referido Decreto, tendo sido o laudo ou sentença arbitral proferido sem verdadeiro conhecimento de causa, sem audiência de *C*, sem terem procedido às provas

(*) CLÁUSULA 12 DO CONTRATO: — «Tôdas as dúvidas que se suscitem durante a execução e vigência do presente contrato, serão resolvidas amigavelmente, sempre que fôr possível, ficando estabelecido como instância superior para decisão o arbitramento do Dr. (A). cuja sentença será acatada e aceita como definitiva, excluindo-se tôda e qualquer hipótese de questão judiciária». Nota: — O contrato está perfeitamente legal, achando-se satisfeitas tôdas as exigências da Lei, e achando-se devidamente registrado.

indispensáveis e, finalmente, sem ter sido essa sentença arbitral homologada por juiz ordinário. — Pergunta-se:

I — É válida em direito essa sentença arbitral?

II — C, por força do seu contrato, é obrigado a com ela se conformar?

III — É válido todo e qualquer procedimento ulterior baseado nessa sentença arbitral?

* * *

B, baseado nessa sentença, usando de subterfúgios, violentamente se apossa dos serviços de C, prometendo propositura de ação de resilição do contrato, que não leva a efeito decorridos 20 dias, fazendo-a preceder de um protesto no juiz substituto do juiz suplente federal, impossibilitando com violências e mão armada a C a defesa de seus interesses e a permanência em seus serviços, que só poderia entregar após proposta e julgada a ação de resilição. — Pergunta-se:

I — Não cabe a C a propositura da ação respectiva, para salvaguarda de seus direitos e interesses?

II — No caso afirmativo, qual a espécie de ação que lhe cabe?

III — Essa ação deve ser proposta para haver apenas a importância dos serviços executados, ou para a percepção da totalidade dos mesmos, de acordo com o contrato que foi impedido, assim, violenta e arbitrariamente, de dar cumprimento?

IV — A, tendo dado causa e força a essa violência, não se tornou co-responsável pelos danos e perdas dela decorrentes?

V — Na hipótese de insolabilidade de B, na execução de sentença contra ele proferida e sendo ele, como C, mero detentor — *alieno nomine* — (C é sub-empreiteiro de B e B sub-empreiteiro de A), não cabe a A responder pelo pagamento?

VI — Admitindo-se a mesma hipótese para A, não cabe ao dono da obra, que é o Governo, responder por esse pagamento?

VII — Em face da jurisprudência, qual é a posição jurídica de C e, sendo ele o verdadeiro executor da obra,

não lhe cabe embargo do pagamento que o governo faça a *A* e do que *A* faça a *B*?

VIII — Não é *C* um credor privilegiado?

IX — É válida e legal uma procuração passada por um diretor-gerente de uma firma ou emprêsa, que na mesma não se declara quem é, figurando apenas a assinatura da firma?

X — São legais todos os atos decorrentes e emanados dessa procuração?

XI — É válido um protesto feito perante um Juiz suplente do Juiz Substituto Federal, a que falte: a) *nomeação*, no despacho, de escrivão *ad hoc*, provada a não existência de privativo do mesmo Juízo? b) térmo de compromisso do escrivão *ad hoc* que funcionou, embora mesmo sendo um tabelião? c) térmo de protesto assinado pela parte e que não consta, nem dos autos, nem das precatórias e nem dos editais?

ADDENDO — *B* assinou com *C* um contrato mercantil e de locação de serviços, em cidade do Estado de Minas. *B* reside nessa cidade, e *C* em cidade de outro Estado. *B* é diretor-gerente de uma emprêsa, cuja sede é no Rio de Janeiro, e foi, nessa qualidade, que assinou com *C* o referido contrato. *C* necessita propor ação competente para salvaguarda de seus direitos e interesses. No contrato não se estipula foro. — Pergunta-se:

I — Qual o foro competente, em que deve correr a ação e deve ser ela proposta?

II — Não deve ser perante o juiz substituto federal? E, nesse caso, deve ser o de Belo Horizonte ou o do Rio de Janeiro, sede da emprêsa a ser accionada?



Parecer

I

Considerada a exposição de fatos, que se encerra na consulta, e a cópia da cláusula 12 do contrato, a que ela se refere, cópia que na mesma consulta se acha exarada, apura-se existir, na espécie, um caso de juízo arbitral ali convencionado entre *B* e *C*, outorgante e outorgado do dito contrato. *B*, sub-empreiteiro na construção de uma via férrea, sub-empreita, ainda, por sua vez, a *C* a execução de um trecho dessa estrada, ajustando os dois, no instrumento contratual (cláusula citada), que tôdas as dúvidas suscitadas a respeito do contrato, não se podendo resolver amigavelmente, se resolveriam em instância definitiva, pelo arbitramento, cuja autoridade ambos os contratantes confiaram a uma pessoa, designada na consulta pela letra *A*. Ora, acontece que *A*, sobre ser o empreiteiro, com quem o governo contratou a construção da ferrovia, e de quem *B* a sub-empreitou, é o pai legítimo dêste.

Reunindo em si estas duas situações, cada uma das quais de per si só o inabilitava para a função arbitral, *A* não podia ser árbitro nas questões levantadas entre *B* e *C* pela execução da sub-empreitada. Com efeito, o dec. nº 3.900, de 22 de junho de 1867, art. 15, §§ 10 e 11, excetua formalmente das pessoas, que, merecendo a confiança das partes,

podem ser árbitros: — “Os parentes por consangüinidade ou afinidade até o 2º grau, contado por Direito Canônico”; e — “Os que tiverem particular interesse na decisão da causa, como o sócio, o advogado, o procurador e o dependente de qualquer das partes”.

Evidentemente, a enumeração, por onde remata o texto dêste parágrafo, é explicativa. A disposição, dado o modo como se acha redigida, exclui absolutamente da elegibilidade para as funções arbitrais “todos os que tiverem particular interesse na decisão da causa”.

Ora, versando a causa, de que se trata, sobre a execução da estrada por um sub-empreiteiro, inegável é que na decisão dessa causa o empreiteiro *tinha particular interesse*. Como tal, portanto, *A*, que é o empreiteiro, não podia ser árbitro na questão. Mas, ainda quando essa incompatibilidade legal não valesse, ou não bastasse, o que não negamos, — contra a outra, a estipulada no parágrafo antecedente do art. 15, não há evasiva possível.

Sendo *A* ligado a *B*, pelas relações de paternidade e filiação, não pode o primeiro, como pai que é do segundo, exercer jurisdição arbitral num litígio, em que êste seja autor ou réu. Nesse caráter, *A*, parente consangüíneo de *B* no primeiro grau, cai, inevitavelmente, sob a exclusão absoluta, que êsse texto legislativo estatui. Os árbitros são *Juízes*. A lei mesma como tais os qualifica (Ord. do Liv. III, tit. 16; RAMALHO, § 24; P. BATISTA, § 62; P. E SOUSA e T. DE FREITAS, nº 713 ao § 375), e lhes designa a autoridade com a denominação de “*Juízo Arbitral*” (Reg. nº 737, arts. 411, 412 e 413; Dec. nº 3.900, arts. 1º, 2º, 19º, etc.).

Inquire-se, porém na consulta, se a aceitação do pai de *B*, pelo contraente *C*, como árbitro, para as futuras questões entre os dois, quando assinou o contrato, onde elas se prevêem, não anularia, em relação a êles, quanto a essas questões, essa disposição legal. Evidentemente, não, e por dois motivos, cada qual mais irrefragável. Primeiro, porque as convenções das partes não derrogam as leis de ordem pública (C. Civ. F., art. 6º), e as leis que regem a matéria da jurisdição, competência, autoridade para distribuir Justiça estão nessa categoria. "Essas entram como parte na composição do sistema social, cujo fim é fazer reinar a Justiça em tôda a parte, e assegurar a ordem pública" (P. BATISTA, *Proces. Civ.*, § 41). A ordem pública, inseparável da Justiça e da moralidade, é essencialmente interessada em que ninguém sentencie como Juiz num pleito, onde seu filho seja uma parte e outra um estranho. Em segundo lugar, porque, declarando que não podem ser árbitros, apesar de merecerem a confiança das partes, os parentes por consangüinidade ou afinidade até o segundo grau, o que o art. 15, § 10, do decr. nº 3.900, teve em mente, e fêz, é, justamente, vedar às partes a escolha, para tais funções, de pessoas, que, a qualquer delas, estejam vinculadas por algum parentesco, dentro dêsses limites.

Realmente, os árbitros não podem ser constituídos, a não ser por aceitação mútua das partes (Reg. nº 737, art. 411, § 1º e decr. nº 3.900, arts. 3º e 12). Por consequência, determinando, no decr. nº 3.900, art. 15, § 10, poderem ser árbitros tôdas as pessoas, que merecerem a confiança das partes, exceto os parentes por consangüinidade ou afinidade até o 2º grau por Direito Canônico, outra coisa não fêz o legislador, senão interdizer e anular a eleição das

partes, quando ela recair em indivíduo, entre quem e uma delas se verificar a existência dêsse parentesco.

Logo, supor que êsse texto cessaria de se aplicar, em sendo a escolha do parente num dêsses graus defesos sancionada por aceitação da outra parte, quando sem tal aceitação êsse parente nunca poderia ser instituído árbitro, fôra perpetrar o contrassenso de admitir que essa disposição legislativa se adaptara exclusivamente para não se aplicar nos únicos casos em que seria aplicável. Resolvido, assim, o primeiro quesito, passaremos ao imediato.

É nula, pergunta-se, à vista disso, a cláusula 12^a do contrato, e, sendo ela nula, nulo será todo êle? — O art. 15, § 10, do decr. de 1867, proíbe que sejam árbitros os parentes, até o 2º grau, das partes compromitentes. Logo, é uma disposição proibitiva; e as disposições proibitivas envolvem pena de nulidade, embora esta não seja formalmente pronunciada no texto (M. GARCEZ, *Nulidades*, 2^a ed., p. 135). Demais, ainda quando proibitiva não fôsse, sendo, como é, uma norma de ordem pública, as convenções particulares, que a contravêm, incorrem, fatalmente, em nulidade. O contrário importaria em admitir que o árbitrio dos contraentes pudesse derrogar as leis de ordem pública, contra o axioma, universal em direito, de que *privatorum conventio juri publico non derogat* (Fr. 45, D., de reg. juris).

Nula é, pois, sem dúvida alguma, a cláusula 12^a, do aludido contrato. A nulidade, porém, dessa cláusula não vicia o contrato inteiro, salvo se todo êle se ocupa únicamente com o juízo arbitral. Este é que desaparece, e se extingue, desde que a instituição do árbitro, concentrada num só nome, se anula pela nulidade absoluta de nomeação. Daí, o que resulta, é que, para as questões ocorrentes sobre a

interpretação e execução do contrato de sub-empreitada, subsistirá o juízo comum dos tribunais. Temos assim respondido ao segundo quesito.

II

Passando ao segundo grupo de quesitos, observa a consulta que, tendo funcionado êsse árbitro, não obstante a sua ilegitimidade, no processo não foi observada nenhuma das formas estatuídas no decr. nº 3.900: — a sentença foi pronunciada sem conhecimento da causa, não se ouviu o réu C, não houve a produção das provas necessárias, e, afinal, a decisão arbitral não foi homologada por juiz ordinário. Essas irregularidades violam flagrantemente os arts. 34, 35, 36, 37, 39, 40 a 46 e 59 do decr. nº 3.900. Daqui se segue:

1º) que é nula a inculcada sentença arbitral. Nula, primeiramente, por não ser arbitral; e não o é, porque não pode ser árbitro aquêle a quem a lei vedou que o seja. Nula, em segundo lugar, por que, não sendo árbitro o autor da sentença, não tinha para ela competência, era, pois, Juiz incompetente, e a sentença dada por Juiz incompetente é nula. (Reg. nº 737, de 1850, art. 680, § 1º). Nula, ainda, enfim, por ser nulo o processo, em cujo termo foi proferida (Reg. nº 737, art. 680, § 4º). Entre as formas nêle preteridas, com efeito, algumas pertencem ao número das que o Reg. nº 737 qualificou de essenciais, como audiência do réu e a dilação das provas (art. 643, §§ 2º e 4º), depois de haver declarado nulos os processos, onde faltar alguma forma ou termo essencial (art. 672, § 2º). Esta disposição está implicitamente subentendida e reiterada no Decreto nº 3.900, artigo 65, § 3º, onde se prescreve que a cláusula, pela qual as partes, no

compromisso, estipulam a irrecorribilidade da sentença arbitral, não obsta à apelação, quando os árbitros preterirem as formas essenciais do processo);

2º) se o processo e a sentença são nulos, claro está que o contrato não obriga C a respeitá-la. Nada mais evidente. Primeiramente, o que constitui a nulidade jurídica do ato é justamente o não valer, o não existir em direito, ou não ser capaz de consequências jurídicas, e, portanto, o não obrigar. Depois, a cláusula 12º do contrato só com a instituição do árbitro se ocupa, isso mesmo inválidamente; visto como pretende investir da função arbitral um árbitro legalmente impossível. Mas, ainda quando tal impossibilidade legal se não desse quanto à seleção do árbitro e este fosse admissível (o que não é), por força do contrato, este não curou do processo, nem de tal podia curar, para dispensar a observância das formas legais; visto como a Lei (decr. nº 3.900, art. 47) categóricamente estatui que de tais formas só será lícito prescindir quando os árbitros receberem dos compromitentes "poderes para julgar por equidade, independentemente das regras e formas de direito", coisa que se não dá, na hipótese vertente;

3º) nenhuma validade tem o procedimento ulterior, qualquer que ela seja, baseado no pretenso julgamento arbitral; já por que não há sentença, onde não houve Juiz; já por que a propriedade jurídica das nulidades processuais consiste exatamente em anular todo o processo ulterior (Reg. 737, art. 674); já, enfim, por que, ainda quando o processo fosse regular e legítima a sentença, esta, não tendo sido homologada, não seria exequível (decr. 3.900, art. 59). Satisfeitos assim os três quesitos do segundo grupo, respondamos aos do terceiro.

III

1º) Não cabe a C a propositura da ação respectiva, para salvaguardar os seus direitos? — Inquestionavelmente. A cada direito ofendido corresponde a ação reparadora (P. BATISTA, § 4º) *Ubi jus, ibi remedium*. Não há agravo sem reparação, dizem os ingleses: *There is no wrong a remedy*. Tôdas as nossas noções de justiça social assentam nesse dogma elementar. Ora, segundo a exposição do consulente, B, esquivando-se à verificação de responsabilidades mediante ação de rescisão de contrato, a que para com C se comprometera, e que lhe não intentou, considerou-o, por mera autoridade sua, como extinto, apoderando-se com violência dos serviços executados por C, retendo-os em seu poder à força e inibindo, por meio desta, o outro contraente de manter os seus direitos e defender os seus interesses. Admitidos êstes fatos, é palpável, da parte de quem assim houver procedido, a lesão do direito alheio, e inegável, portanto, ao lesado o uso da ação adequada, para se ressarcir do dano.

2º) Qual a espécie de ação que no caso cabe? — Logo após a inculcada sentença arbitral, disputa-se do direito de apelação contra ela, para o Tribunal Superior, visto como, ainda quando o contrato entre as partes encerre a cláusula de inapelabilidade, a decisão arbitral será, todavia, apelável, se o compromisso é nulo, ou os árbitros preteriram as formas essenciais do processo (Decr. nº 3.900, art. 65, §§ 1º e 3º). Não tendo lançado mão desse recurso, podia, quando foi violentado, no desempenho do seu contrato, e esbulhado violentamente das obras feitas, recorrer, para sua manutenção ou reintegração na posse, aos meios da defesa possessória, reconhecidos em direito. Mas, tendo

chegado à rutura do contrato e à violência material, atribuídos pela consulta a *B*, no grau extremo em que ali se figuram estar as relações entre os dois contraentes, já nenhuma ação nos parece aconselhável como eficaz, senão a de perdas e danos.

3º) Se *B*, sem causa admissível, rompeu violentamente o contrato de empreitada, pretendendo fazer-se Justiça por suas próprias mãos, não deve a *C* tão sómente o valor dos serviços executados por êste, mas, ainda, o de tôdas as vantagens esperáveis em benefício dêle com a execução total do contrato arbitrariamente rôto pelo infrator (Cód. Comercial, art. 236). O embôlso, por *C*, da importância das obras feitas era direito seu, ainda no caso da rescisão judicial do contrato. Mas, se ela se deu com atentado, por arbitrio da outra parte, a indenização deve abranger tôdas as perdas e danos, que do esbulho da sua situação contratual advierem ao prejudicado.

4º) *A*, tendo dado causa e fôrça a essa violência, não se tornou co-responsável pelos danos e perdas disso decorrentes? Aceitando o papel de árbitro em questões entre seu filho e um estranho, para decidir em favor do filho, e pronunciando êsse julgado temerário, senão imoral, sem ouvir a parte, que com seu filho contendia, sem lhe esperar a defesa, conhecer da prova, nem observar as formas legais da magistratura arbitral, *A* parece ter entrado, claramente, em conivência com o seu descendente, para o habilitar, com um grosseiro simulacro de justiça e sentença, ao rompimento do contrato que na consulta se descreve com traços tão graves e, destarte, cúmplice do autor do atentado, com êle se envolveu na mesma culpa, pela que, com êle, deve responder com a satisfação adequada. A êste quesito, entretanto, não poderemos aqui dar solução peremp-

tória. Esta dependeria de melhor juízo, conforme as circunstâncias que na lide se apurarem. A própria lei reconheceu, explicitamente, a responsabilidade arbitral, punindo os árbitros, com prisão e multa, quando êsses juízes houverem entrado em conluio com uma das partes, para demorar a decisão, ou frustrar o compromisso (decr. nº 3.900, arts. 29 e 30). Especificando essas hipóteses, quis a lei, provavelmente, atender às contingências menos raras e aos casos mais aparentes de abuso no exercício da jurisdição arbitral, criando para êles uma repressão distinta, e vazando o seu processo em moldes mais breves. Mas nem por isso excluiu a responsabilidade civil, quando ela, de acordo com as suas regras, resultar da prova de fatos concludentes. Aliás, na espécie, não há que suscitar a questão da culpa civil do árbitro, por transgressão dos seus deveres no desempenho do cargo arbitral. O de que simplesmente se trata, é da responsabilidade civil de quem, estando por *Lei incompatibilizado para as funções arbitrais* numa questão, a despeito da Lei, as assumiu, e delas abusou, em benefício de uma das partes, a quem o ligam relações da mais próxima consangüinidade.

IV

Nos quesitos 5º, 6º e 7º do segundo grupo, com que ora nos ocupamos, indaga a consulta dos direitos acaso existentes em C para o seu pagamento, contra o empreiteiro A e o Governo, na hipótese da insolvência de B. Verificada esta na execução da sentença contra êste proferida, pergunta o consulente se, "sendo, tanto êle como C meros detentores, *alieno nomine*, pois êste é sub-empreiteiro de B e B sub-

empreiteiro de *A*, cabe a êste último responder pelo pagamento? Tal o quinto quesito.

No sexto se quer saber se, ocorrendo, igualmente, a insolvência de *A* (o empreiteiro), a responsabilidade pelo pagamento, não se estende ao governo, dono da obra?

O sétimo, enfim, nos interroga sobre qual, ante a jurisprudência, a posição jurídica de *C*, o segundo sub-empreiteiro, e se, sendo êle o verdadeiro executor da obra, não lhe cabe embargo, assim, ao pagamento de *A* a *B*, como ao do governo a *A*.

A solução dêsses três quesitos se resolveria na de um só: — Qual a situação jurídica do subempreiteiro a respeito do empreiteiro e do dono da obra ou comitente? Mas, sobre êste particular, não se encontra, por assim dizer, nada entre nós, quer na legislação, quer na jurisprudência, quer na doutrina dos expositores. Nem, ao menos, para nos orientar com a segurança necessária, se acha definida, clara e uniformemente, no Direito pátrio ou no estrangeiro, a noção exata da natureza da empreitada, quando nesta o empreiteiro não se reduz a entrar com o seu trabalho. Ora se ensina que a empreitada só pertence à locação, quando o empreiteiro contribui únicamente com a mão de obra, mas que, em dando, além desta, os materiais, o contrato é uma verdadeira venda. (C. DA ROCHA, § 852; LOCRÉ: Leg., XIV, p. 328, art. 11; TROPLONG, III, 962-8; CHIRONI, *Istit. di dir. civ.*, ed. de 1912, v. II, p. 172; CROME, *Man. di dir. civ. franc.* trad.; BARASSI, v. II, 354, p. 575; e, ainda, os autores citados por AUBRY et RAU, 5^a ed., v. V, § 374, n^o 2, p. 656). Ora se vê sempre nesse contrato uma pura locação, embora os executores da obra forneçam os materiais (DURANTON, XVII, 250; DUVERGIER, II, 355).

Uns sustentam que o caráter de compra e venda, na empreitada cujos materiais são fornecidos pelo empreiteiro, desaparece, para subsistir o de locação, quando o solo, onde se faz a obra, é do comitente (MENDONÇA, *Contratos*, v. II, pág. 104, n° 213). Outros entendem que, se o empreiteiro subministra juntamente a mão de obra e os materiais, há, quanto a êstes, venda, e locação, quanto àquela. (Ver CROME, *loc. cit.*, pág. 575, not. 2).

Alguns, recusam, em qualquer caso, à empreitada, o caráter real de venda, admitindo que desta apenas se *aproxima*, sem o ser, ainda quando o empreiteiro concorre com os materiais (PACIFICI-MAZZONI, *C. Civ. Ital. Comm.*, IV, n° 314, 6^a edição, págs. 453-4; AUBRY et RAU, 4^o, § 374, not. 2, 5^a ed., pág. 654, *in fine*; BEVILAQUA, *Obrigações*, § 152, pág. 371). Na opinião de outros, o contrato será locação, ou venda, consoante nêle predominarem as feições distintivas desta ou daquela. Mas, ainda essa teoria se subdivide — porque uns enxergam o critério discriminativo, para se reconhecer a índole predominante de venda ou locação, na vontade das partes interpretada segundo as cláusulas da convenção; outros, no examinar se os materiais subministrados pelo empreiteiro representam, na obra, o principal ou o accessório, determinando-se o tipo do negócio, segundo o elemento prevalecente; venda, se forem os materiais; e, se fôr a elaboração, locação de obra (GIORGI, *Persone Giuridiche*, v. II, ns. 236-7, págs. 475-7; CHIRONI, *Colpa contratt.*, nota 4, ao n° 71, págs. 180-81; BARASSI, *Contr. di lavoro*, n° 58 e segs.).

Já se vê que a matéria é indecisa e obscura, ainda entre os países de cultura jurídica mais adiantada e de maior desenvolvimento legislativo.

Ora, a fixação do contrato como locação ou venda seria do maior alcance para a resposta à consulta; visto como, "se a empreitada assume a figura de venda, o empreiteiro já não terá o caráter de *representante do comitente*" (CHIRONI, *Istitutioni* II, pág. 174), já se não poderá considerar meramente detentor *alieno-nomine*, como o supõe o consulente na redação do quinto quesito. Mas, e é neste sentido, se nos não enganamos, que se têm pronunciado as poucas decisões judiciarias entre nós existentes, acerca da posição do empreiteiro em relação ao proprietário. Elas o consideram como simples detentor *alieno-nomine*, durante a execução da obra (*Rev. de Direito*, v. XIV, págs. 167-174).

No ensino dos nossos antigos jurisconsultos, os princípios que se encontram sobre a situação daquele que construiu com materiais seus em solo alheio, são que, se o fêz em boa fé, à vista e face do proprietário e este não se opõe, não os pode reivindicar, mas tem direito a indenização do valor dêles e das despesas que lhe custou a mão de obra (BORGES CARNEIRO, liv. II, t. 11, § 65, ns. 13 e 14, págs. 227-8; C. DA ROCHA, § 421, 9º; *O Direito*, v. 69, pág. 37). Ao empreiteiro, portanto, não se pode recusar, contra o dono da obra, a ação competente, para se embolsar da importância dos serviços e materiais que forneceu.

Mas, se o empreiteiro sub-empreitou, e, por sua vez, o primeiro sub-empreiteiro a sub-empreitar a segundo, assistirá, igualmente, ao segundo sub-empreiteiro não pago ação contra o empreiteiro e o dono da obra? No Direito Romano, pôsto não fôsse dado ao empreiteiro sub-empreitar, cada uma das partes, ficava obrigada únicamente para com aquela, com quem havia diretamente contratado (VITALERI,

Appalto. Digesto Ital., v. III, part. II, pág. 210, nº 441).

Mas esta solução não só não é a que se conforma com a doutrina do nosso Direito, exarada na lição que há pouco citamos de B. CARNEIRO e C. DA ROCHA, mas ainda não é a que satisfaz a eqüidade e a própria Justiça. Desde que na outorga da empreitada se contém, explícita ou implícita, autorização de sub-empreitar; desde que o uso dessa faculdade se apóia na conveniência mútua dos interessados, na prática universal e no consenso do proprietário ciente e aquiescente; desde que essas sub-rogações, pois, da empreitada, se operam com o assenso do dono da obra; desde que para este é que ela se faz e quem a faz, realmente, não é o empreiteiro, mas os sub-empreiteiros, não se pode, em boa razão de Justiça, negar a êstes o remédio legal, para irem buscar nas mãos do proprietário da obra executada, se êle ainda o não houver pago, o preço do serviço a que ela se deve.

Esse direito, já contido, aliás, evidentemente, na doutrina professada por C. DA ROCHA e BORGES CARNEIRO sobre o que edifica com materiais seus em prédio alheio, não é mais do que uma aplicação rigorosa da norma, onde se inspirou o nosso Código Comercial, quando, no art. 239, estabelece que os operários, no caso de não serem pagos pelo empreiteiro, têm ação para embargar na mão do dono da obra, se ainda não tiver pago, quantia que lhes baste ao seu pagamento. Esta disposição não tem por fim retrilhar a noção comezinha, que a todo e qualquer credor permite embargar na mão de terceiro o dinheiro por êste devido ao seu devedor, quando êle não tiver outro com que lhe pague. Ela vai mais longe, atribuindo aos operários utilizados em serviço

do empreiteiro uma ação direta contra o dono da obra até a quantia que êste àquele dever (BENTO DE FARIA: *Cód. Com. Bras. Anot.*, nº 250, ao art. 239, 2^a ed. pág. 211).

Diz-se, porém, que, "tratando-se de um *jus singulare*, facultado aos operários, não se pode tornar extensivo a outros credores do empreiteiro, como os sub-empreiteiros" (B. DE FARIA, *ib.*, pág. 212; ORLANDO, *C. Com.* 6^a ed., tom. I, nota 303, pág. 249; Acórd. da Rel. da Corte, em 8 de outubro de 1886; *O Direito*, v. 41, pág. 466). Mas, ORLANDO firma a sua opinião únicamente num julgado e BENTO DE FARIA, no sentir de ABELLO, *Dela Locazione*, v. II, pág. 603. O certo é, porém, que o próprio ABELLO, nesse lugar, e logo em seguida, confessa que a jurisprudência italiana tende a se alargar na sua interpretação (*tende ad esser larga nella interpretazione sua*), ao ponto de abranger, no benefício dêsse texto, os credores por suprimentos feitos para execução dos trabalhos empreitados. Reforçando êsse testemunho insuspeito, VITALERI, na sua vasta monografia sobre a empreitada, nos atesta, igualmente, que, em antagonismo com essa inteligência restritiva aplicada ao artigo 1.645 do Cód. Civ., Ital., correspondente ao artigo 239 do nosso Código Comercial, "uma teoria mais lata amplia a idéia inspiratriz da Lei, além das suas palavras", aplicando êsse artigo aos fornecedores de materiais e *subempreiteiros*, "al subappaltatore ed al fornitore di materiali" (*Digesto Ital.*, v. III, parte II, pág. 158, nº 316).

Neste sentido cita VITALERI várias decisões, cujos fundamentos resume. "A Lei", declararam êsses julgados, "quer dizer que, se não fôssem as pessoas que trabalharam pelo empreiteiro, êste não se tornaria

credor do comitente (dono da obra). O crédito do preço dêsses trabalhos é, pois, no patrimônio do empreiteiro, um incremento de valor, que provém da obra dos agentes empregados na construção. Justo será, portanto, que êstes sejam pagos de quanto se lhes deve, à custa dêsse aumento, com preferência aos demais credores do empreiteiro, cujos títulos tiverem causa diversa. Tratar-se-ia, em suma, de uma aplicação do princípio: *nemo locupletare debet cum alterius jactura*, e da noção do contrato de gestão de negócios; sendo assim que o artigo 1.645 se aplicaria, toda a vez que existirem relações jurídicas entre quem tomou parte, com sacrifícios e dispêndios de capitais consideráveis, na execução da obra, e aquêle a quem a obra, em definitivo, aproveita" (*Ibidem*).

De acordo com estas considerações, por consequência, respondemos ao quinto quesito — que o sub-empreiteiro *C*, não tendo o sub-empreiteiro *B* com que lhe pagar a obra, tem o direito de pedir a importância de seus serviços, nos limites da soma por êle devida, e ainda não embolsada, ao primeiro empreiteiro. O mesmo resolvemos quanto ao dono da obra, respondendo assim pela afirmativa ao 6º quesito. Conseqüentemente, será, do mesmo modo, afirmativa a nossa resposta ao 7º quesito — o segundo sub-empreiteiro tem direito a embargo sobre o pagamento que ao primeiro sub-empreiteiro houver de fazer o empreiteiro, assim como sobre o que êste receber do dono da obra.

V

A nossa legislação considera privilegiado, sobre as benfeitorias, o credor que concorresse com materiais, dinheiro ou *mãos de obreiros* para construções, reedições ou reparações (T. DE FREITAS, *Conso-*

lidação, art. 1.270, § 1º, e not. 6, p. 730, 3ª ed.). O Reg. Comercial, hoje igualmente em vigor no Cível, declarou, no art. 621, que pertencem à classe dos credores privilegiados, mandando-se contemplar no art. 877, § 6º do Cód. Comerc., os credores, que concorreram com *materiais*, ou dinheiro, para a compra, construção, reedificação, reparação e benfeitorias de prédios rústicos e urbanos. Na classe dos que “concorrem com materiais para construções”, estão, inegávelmente os empreiteiros, quando a empreitada, além do trabalho, abrange a subministração dos materiais, com que se executa a obra. Mas a lei nº 2.024, de 17 de dez. 1908, que reformou a nossa legislação concernente às falências, mantém, no art. 92, letra c, tão somente o disposto no art. 877, § 6º, do C. Com., onde apenas se inscrevem como privilegiados, *sobre o navio*, os que concorreram, para a sua compra, conserto, aprestos ou provisões, citando, entre parêntesis, *unicamente*, sem falar no artigo 621 do Reg. de 1850, o art. 475 do mesmo Código, no qual não se cogita senão na quebra ou insolvência do *armador*, para *sobre o preço do navio*, instituir preferência contra os outros credores da massa, a favor dos créditos a *ele* relativos, que se especificam.

Parece óbvio, portanto, que a legislação atual, cingindo-se ao art. 475 do Cód. e calando o art. 621 do Reg. nº 737, registrou, intencionalmente, a equiparação por este adotada entre o caso dos credores do armador por dívidas a cargo do navio e dos credores do dono de uma construção por dinheiros ou materiais para ela ministrados. C, por conseguinte, embora disponha dos embargos a que se refere o quesito antecedente, não é credor privilegiado, no sentido próprio, estrito da palavra. Temos assim respondido ao 8º quesito.

VI

Numa sociedade que tem sócios gerentes, só êstes podem gerir em seu nome e usar da firma social (Cód. Com., art. 302, nº III). A êsses cabe exclusivamente a representação judicial ou extra-judicial, da sociedade. Só êles, portanto, poderão, em nome dela, constituir procurador. Logo, o instrumento de procuração, que derem como representantes da sociedade mercantil deve, necessariamente, mencionar o nome do sócio ou sócios que, nesse ato, usam da firma social.

A autoridade desta conseqüência da legitimidade do seu uso resulta, indeclinavelmente, dessa declaração expressa. Quando ela se não fizer, isto é, quando não constar do escrito procuratório o nome do sócio que usa da firma social, é como se esta não existisse na procuração, como se, portanto, procuração não houvesse, uma vez que a assinatura do mandante constitui elemento substancial da existência do mandato (RAMALHO, § 62; Lei nº 79, de 23 de agosto de 1892; MAIA, *Procurações*, ns. 69, 71 a 74; GAMA, *Procurações*, § 17; Cód. Com., art. 21).

Não existindo procuração legal, não há, juridicamente, procurador. O procurador, que com êsse instrumento nulo de mandato serve na causa, está na categoria dos falsos e não bastantes procuradores, a que se refere o Reg. nº 737, art. 672, § 1º, declarando que "se as partes ou algumas forem incompetentes e não legítimas", como o falso e não bastante procurador, "os processos são nulos". Ao 9º e 10º quesitos respondemos, pois, negativamente. Não é válida a procuração passada em nome de uma sociedade, quando, nem no texto, nem na assinatura

do instrumento, se declina o nome do sócio gerente, que usa da firma social.

Os atos decorrentes dessa procuração não são legais.

VII

A fé legalmente atribuída aos atos do escrivão resulta da sua qualidade; pelo que não tem fé jurídica o inculcado escrivão, que exercer ofício sem título legal (RAMALHO, § 52). Ora o título legal emana da nomeação e da posse; visto que a lei, especialmente no que toca ao Juízo Federal, conferindo aos Juízes a atribuição de nomear os seus escrivães, exige que êstes sejam por êles "empossados nas suas funções" (Dec. nº 848, de 11 de out. de 1890, art. 32; Decr. nº 3.084, de 5 de nov. de 1890, art. 93). Mas a condição essencial da posse consiste na prestação do compromisso legal exigido, até dos escreventes (Dec. nº 3.084, art. 100).

Claro está que nenhum desses dois requisitos é dispensável, mesmo quando se trata de escrivães *ad hoc*, admitidos na falta dos privativos do juízo. Pela sua natureza de solenidades essenciais, tanto um como o outro hão-de-constar dos autos do feito, para o qual se houve mister de constituir o escrivão *ad hoc*. Se nêles, portanto, se não consigna o despacho do Juiz nomeando o escrivão e o têrmo do seu compromisso, um e outro omitidos no caso da consulta, inválidos são os atos judiciais, que de tal lacuna se ressentirem.

Inquinado, pois, desse defeito, não tem valor jurídico o protesto, de que a consulta se ocupa, tanto mais quanto, às duas omissões apontadas, reúne em si a do têrmo assinado pela parte. Não sabemos, aliás, a que espécie de protesto alude a consulta;

convindo advertir que protestos não tiram, nem conferem ou asseguram direitos, senão nos casos em que tal propriedade lhes atribui a Lei (Cód. Com., arts. 373 a 375, 381, 395, 397, 403, 405 a 414, 425, 426, 505, 587, 589, 606, 614, 619, 635 e 661).

VIII

Concluiremos com a resposta ao quesito que se formula em *addendo* e que, na série total dos da consulta, ocupa, terminando-a, o décimo sétimo lugar. As ações comerciais serão propostas no foro do domicílio do réu (Reg. 737, atr. 60), salvo quando êste, por contrato, se sujeitou a outro, caso ainda assim, em que o autor pode optar entre os dois (Reg. nº 737, art. 62). Ora, o contrato em nome do qual C pretende acionar a B, e no qual se não estipulou sobre o fôro, foi assinado por B, como representante de uma emprêsa de que é diretor gerente e tem a sede no Rio de Janeiro. A ação deve correr, pois, contra essa entidade social e não contra B, no foro do Rio de Janeiro, e perante a justiça federal, uma vez que C reside em Goiás (Const., art. 60, letra d).

Éste o meu parecer.

Rio, 23 de agosto, 1912.

RUI BARBOSA



BIBLIOGRAFIA

I

RESCISÃO DE CONTRATO POR ATO UNITALERAL DO PODER PÚBLICO

PARECER

- ARNDT, Ludovico. — *Trattato delle Pandette [Lehrbuch der Pandekten]*. Prima versione italiana di FILIPPO SERAFINI. Bologna, Fava e Caraghari, 1872-1879.
- BENTO DE FARIA, Antônio. — *Código Comercial Brasileiro Anotado*. Segunda edição. Rio de Janeiro, 1912.
- BEVILAQUA, Clóvis. — *Direito das Obrigações*. Bahia, 1896.
- BRUGI, Biagio. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Con speciale riguardo a tutto il Diritto Privato. Milano, 1911.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. — *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Segunda edição aumentada. Rio de Janeiro, s/d.
- CAVALCANTI, Amaro. — *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro. 1905.
- COCCLEIUS, Samuel de. — *Jus Civile Controversum ubi Illustiores Juris Controversiae Breviter & Succinte deciduntur*. Editio quinta. Lipsiae, 1784.
- COELHO DE ROCHA, M. A. — *Instituições de Direito Civil Português*. Coimbra, 1886.
- Corpus Juris Civilis*. Editio Stereotypa Septima. Recognovit Paulus Krueger [et] Theodor Mommsen. Berolini, 1895.
- DONELLVS, Hugo. — *Opera Omnia*. Cum notis OSUALDI HILLIGERI. Lucae, 1762-1770.

GIRARD, Paul Frédéric. — *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. Paris, 1898.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. — *Obrigações. Exposição Sistemática desta Parte do Direito Civil Pátrio em seguimento aos Direitos de Família e Direito das Cousas do Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA*. Rio de Janeiro, 1897.

LAUTERBACH, Wolfgang Adamus. — *Collegium Pandectarum Theoretico-Practicum*. Studio B. Filii ULRICI THOMAE LAUTERBACHII. Editio Sexta emendatior. Tubingae, 1784.

Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Recopiladas per mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro, Coimbra, 1847.

Projeto de Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Vol. I. Rio de Janeiro, 1902.

Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Novamente correto. Lisboa, 1749.

Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal. Publicação Mensal. Vol. I. 1906, Rio de Janeiro.

II

OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS ENTRE O ESTADO E A PESSOA DE DIREITO PRIVADO

PARECER

ABBOTT, Howard S. — *A Treatise on the Law of Municipal Corporation*. St. Paul, 1904-1906.

The American and English Encyclopaedia of Law. 1896-1908. V. Grant.

ARNDTS, Ludovico. — *Trattato delle Pandette. [Lehrbuch der Pandekten]* Prima versione italiana di FILIPPO SERAFINI, Bologna, 1872-1879.

BARBOSA, Rui. — *Os Atos Inconstitucional do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, 1893.

BEVILAQUA, Clóvis. — *Direito das Obrigações*. Bahia, 1896.

BLACK, Henry Campbell. — *Handbook of American Constitutional Law*. Third edition. St. Paul, 1910.

BLACK, Henry Campell. — *An Essay on the Constitutional Prohibition*. Boston, 1887.

BONFANTE, Pietro. — *Vide: Scialoja, In op. cit.*

BOUNX. — *Notes...*

BOOTH, Henry J. — *A Treatise on the Law of Street Railways.* Philadelphia, 1892.

BOUTWELL, George S. — *The Constitution of the United States at the End of the First Century.* Boston, 1895.

CAVALCANTI, Amaro. — *A Responsabilidade Civil do Estado.* Rio de Janeiro, 1905.

CHRITTY. — *On Contracts.*

COOLEY, Thomas M. — *A Treatise of Constitutional Limitations.* 7th. edition. Boston, 1903.

COOLEY, Thomas M. — *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the State of America Union.* 5th. edition. Boston, 1883.

Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa Septima. Recognovit PAULUS KRUEGER [et] THEODORUS MOMMSEN, Berolini, 1895.

CURTIS, George Ticknor. — *Commentaries on the Jurisdiction Practice and peculiar Jurisprudence of the Courts of the United States.* Philadelphia, 1854.

Digest of United States. Supreme Court Reports. Edited by J. H. NEWMAN. Columbus, 1912.

DILLON, John F. — *John Marshall. Life, Character and Judicial Services.* A Portray and Memorial Adresses and Proceedings Compiled and Edited with an Introduction by JOHN F. DILLON. Chicago, 1903.

O Direito. Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Vol. 39.

DUGUIT, Léon. — *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, 1911.

ELLIOT, Byron. — *A Treatise on the Law of Roads and Streets.* Indianópolis, 1900.

HARE, J. I. Clark. — *American Constitutional Law.* Boston, 1889.

HARE, J. I. Clark. — *The Law of Contracts.* Boston, 1897.

HART, Albert Bushnell. — *Actual Government as Applied under American Conditions.* New York, London, 1903.

HOLST, H. von. — *The Constitutional and Political History of The United States.* Translated by JOHN J. LALOR and ALFRED MASON. Chicago, 1877-1892.

- HOLST, H. von. — *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.* [Marquadsen's Hahdbuch des Offentlichen Rechts] Freibunrg, 1885.
- KENT, James. — *Commentaries on American Law.* Boston, 1867.
- LARNAUD. — *Les Garanties Judiciaires qui existent dans certains Pays contre les Actes du Pouvoir Legislatif.* in *Bulletin de la Société de Législation Comparée.* 1902.
- LAWSON, John D. — *Rights, Remedies and Practice at Law, in Equity and under the Codes.* San Francisco, 1889-1891.
- Lawyers Reports Annotated.*
- MERRIL, S. S. — *Law of Mandamus.* Chicago, 1892.
- MEYER. — *Vestd Richts.*
- MOLITOR, J. P. — *Les Obligations en Droit Romain.* 2me. édition. Paris, 1866-1867.
- PARSONS, Theophilus. — *The Law of Contracts.* 9th Edition. Boston, 1904.
- PATTERSON, Christopher. — *The United States and the States under the Constitution.* Philadelphia, 1888.
- PAULA BATISTA, Francisco de. — *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial.* Rio de Janeiro, 1890.
- PINGUY, Darius H. — *A Treatise on the Law of Extraordinary, Industrial and Interstate Contracts.* Albany, 1905.
- POMEROY, John Norton. — *An Introduction to the Constitutional Law of the United States, Especially designed for Students.* Boston, 1888.
- SCIALOJA, Vittorio. — *Dizionario Pratico di Diritto Privato.* S/d.
- SCOTT, William A. — *The Repudiation of State Debts. A Study of Mississippi.* Florida, 1893.
- SEDGWICK, Theodore. — *A Treatise on the Interpretation and Rules which Govern of the Constitution of Statutory and Constitutional Law.* Second edition with Numerous Additional Notes by JOHN NORTON POMEROY. New York, 1874.
- SMITH, John William. — *Commentaries on the Modern Law of Municipal Corporations.* Indianópolis, 1903.

- STORY, Joseph. — *Commentaries on the Constitution of the United States.* 5th. edition. Boston, 1891.
- SUTHERLAND, William A. — *Notes on the Constitution of the United States.* San Francisco, 1904.
- TAYLOR, Hannis. — *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States.* Rochester, 1905.
- TAYLOR, Hannis. — *The Origin and Growth of the American Constitution.* An Historical Treatise. Boston and New York, 1911.
- TUCKER, John Rodolph. — *The Constitution of the United States. A Critical Discussion of its Genesis, Development, and Interpretation.* Chicago, 1899.
- WADE, William P. — *A Treatise on the Operation and Construction Retroactive Laws as Affected by Constitutional Limitations and Jurisdiction Interpretation.* St. Louis, 1880.
- WATSON, David K. — *The Constitution of United States. Its History Application and Construction.* Chicago, 1910.
- WHARTON, Francis A. — *Commentaries on the Law of Evidence in Civil Issues.* Philadelphia, 1888.

WHEATON

- WILLOUGHBY, Westel Woodbury. — *The Supreme Court of the United States. Its History and Influence in our Constitutional System.* Baltimore, 1890.

III

DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE

PARECER

- Actes de la Quatrième Conférence de la Haye pour le Droit International Privé [16 Mai-7 Juin, 1904].* La Haye, 1904.
- Apelação Civil n.º 595* — Apelante: Joaquim Moreira da Silva Santos; apelada: A Santa Casa de Misericórdia do Pôrto. IN *O Direito*, vol. 87, págs. 291-308.
- ARNDTS, Ludovico. — *Trattato della Pandette [Lehrbuch der Pandekten].* Prima versione italiana di FILIPPO SERAFINI. Bologna, 1872-1879.
- ARNTZ, E.R.N. — *Cours de Droit Civil Français.* Comprenant l'Expli-
cation des Lois qui ont Modifiée le Code Civil en Belgique et
en France. Bruxelles, 1879-1880.

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. & Colin, Maurice. — *Des Donations entre Vifs et des Testaments* [Traité Théorique et Pratique de Droit Civil]. Paris, 1895-1896.
- BEVILAQUA, Clóvis. — *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Bahia, 1906.
- BEVILAQUA, Clóvis. — *Direito das Sucessões*. Bahia, 1899.
- Das Bürgeliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst dem Einführungsgesetze. Vom 18. August 1896. Berlin, 1897.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. — *Direito Civil Brasileiro Recompilado ou Nova Consolidação das Leis Civis Vigentes em 11 de Agosto de 1899*. Rio de Janeiro, 1899.
- CHIRONI, G. P. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Torino, 1888-1889.
- Codice Civile del Regno d'Italia.
- Código Civil [de España]. Edición Oficial. Madrid, 1889.
- Code Civil du Canton des Grisons. Traduit et Annoté par M. Prudhome. [Code Civil du Canton de Zurich].
- COELHO DA ROCHA, M. A. — *Instituições de Direito Civil Português*. 6^a edição. Coimbra, 1886.
- COELHO RODRIGUES, Antônio. — *Projeto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1893. Imp. Nacional.
- COLIN, Maurice. — *Vide: BAUDRY-LACANTINERIE, G., op. cit.*
- CONTUZZI, Francesco P. — *Cambiale* (Diritto Internazionale Privato). IN *Enciclopedia Giuridica Italiana*. V.^o *Cambiale*, Vol. III, P. I.
- CONTUZZI, Francesco P. — *Il Codice Civile nei Rapporti del Diritto Internazionale Privato*. Napoli, 1897-1902.
- DONELLVS, Hvgo. — *Opera Omnia. Cum Notis OSUALDI HILLIGERI*. Lucae, 1762-1770.
- FEDOZZI, Prospero. — *Successioni* (Diritto Internazionale). IN *Il Digesto Italiano*. Vol. XXII, Parte IV, págs. 853. Torino, 1893-1902.
- FERREIRA ALVES, Joaquim Augusto. — *Consolidação das Leis Relativas ao Juízo da Provedoria*. 3^a edição. Rio de Janeiro, 1897.
- GOIRARD, Henri. — *Étude sur les Conditions de Validité des Testaments en Droit International Privé*. Thèse. Paris, 1901.
- Jurisprudência*. Supremo Tribunal Federal. Acórdãos Anexos ao Relatório Apresentado pelo Presidente do Tribunal Proferidos em 1895. Rio de Janeiro, 1897.
- Idem, idem*, 1897.

- LARDY, C. — *Les Legislations Civiles des Cantons Suisses en Matière de Tutelle, de Régime Matrimoniaux, quant aux Biens et de Successions.* 2me. édition. Paris, 1877.
- LAURENT, François. — *Principes de Droit Civil Français.* Tome XXIV.
- LE FORT, Henri. — *Des Executeurs Testamentaires.* Thèse. Genève, 1878.
- 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.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. — *Esbôço de um Dicionário Jurídico Teórico e Prático.* Lisboa, 1825.
- Ordenações e Leis de Portugal.* Recopiladas per Mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro. Coimbra, 1847.
- Pandectes Belges.* Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges par EDMOND PICARD. Tome XXXIX. V.º Executeur Testamentaire, págs. 118-171. Bruxelles, 1891.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. — *Direito Internacional Privado e Aplicação de seus Princípios com Referência às Leis Particulares do Brasil.* Rio de Janeiro, 1863.
- PLANIOL, Marcel. — *Traité Elémentaire de Droit Civil.* 3me. édition. Paris, 1904-1905.
- Projeto de Código Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro, 1900-1902.
- RODRIGO OTÁVIO. — *A Codificação do Direito Internacional Privado.* Pôrto, s/d.
- RODRIGO OTÁVIO. — *O Direito do Estrangeiro no Brasil.* Rio de Janeiro, 1909.
- THIRY, Victor. — *Cours de Droit Civil.* Professé a l'Université de Liège. Paris, 1892-1893.
- WEISS, André. — *Traité Elémentaire de Droit International Privé.* Paris, 1886.

V

EXECUTIVO HIPOTECÁRIO

PARECER

- BARBALHO U. C., João. — *Constituição Federal Brasileira. Comentários.* Rio de Janeiro, 1902.
- BLACK, Henry Campbell — *Handbook on the the Construction and Interpretation of the Laws.* St. Paul, 1896.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Acompanhada das Leis Orgânicas publicadas de 15 de novembro de 1889. Rio de Janeiro, 1891. Imp. Nacional.

DUARTE DE AZEVEDO, M. A. — *Controvérsias Jurídicas Expostas e Resolvidas.* Rio de Janeiro, 1907.

FULGÊNCIO, Tito. — *Jurisprudência Hipotecária.*

GARCEZ, Martinho. — *Nulidades dos Atos Jurídicos.* Rio de Janeiro, 1896.

LAFAYETTE. — *Vide* FULGÊNCIO, Tito, in *op. cit.*

MENDES JÚNIOR, João. — *Programa do Curso de Direito Judiciário Brasileiro.* Lecionado na Faculdade de Direito de S. Paulo. São Paulo, 1910.

OLIVEIRA, Cândido de. — *Algumas Notas sobre o Recurso Extraordinário.* Rio de Janeiro, 1910.

VII

JUÍZO ARBITRAL

PARECER

ABELLO, Luigi. — *Della Localizzazione [Il Diritto Civile Italiano.* Percura di P. FIORI]. Nápoli, 1905-1913.

AUBRY, C. et RAU, C. — *Cours de Droit Civil Français, d'après la Méthode de Zachariae.* 4me. édition. Paris, 1869-1878.

BARASSI, L. — *Sui Limiti di una Codificazione del Contratto di Lavori.* Milano, 1899.

BENTO DE FARIA, Antônio. — *Código Comercial Brasileiro Anotado.* 2^a edição. Rio de Janeiro, 1912.

BEVILAQUA, Clóvis. — *Direito das Obrigações.* Bahia, 1896.

BORGES CARNEIRO, Manuel. — *Direito Civil de Portugal contendo Três Livros.* Lisboa, 1844-1847.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. — *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito.* Curitiba, 1908.

CHIRONI, G. — *La Colpa nel Diritto Civile Odierno. Colpa Contrattuale.* Torino, 1897.

- CHIRONI, G. — *Istituzioni di Diritto Civile Italiano.*
Code Civil [Napoléon].
- COELHO DA ROCHA, M. A. — *Instituições de Direito Civil Português.*
Coimbra, 1886.
- COSTA, Salustiano Orlando de Araújo — *Código Comercial do Brasil.*
Sexta edição. Rio de Janeiro, 1896.
- CROME, Carlo. — *Manuale di Diritto Civile Francese di Zacharias von Lengerthal. Traduzione con Note del Prof. LUDOVICO BARASSI.*
Milano, 1907-1909.
- O Direito. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência.
Vol. 41. Setembro-dezembro — 1886.
- DURANTON, M. — *Cours de Droit Français suivant le Code Civil.* 4me édition. Paris, 1844.
- DUVERGIER, J. B. — *Vide: Toullier, C. B. M., in op. cit.*
- GAMA, Afonso Dionísio da. — *Das Procurações.* Rio de Janeiro, 1911.
- GARCEZ, Martinho. — *Nulidades dos Atos Jurídicos.* Rio de Janeiro, 1896.
- GIORGIO, Giorgio. — *Teoria delle Obliogazioni nel Diritto Moderno Italiano.*
Firenze, 1890-1892.
- HIGIHO, José. — *Consultas.*
- MAIA, J. Gonçalves. — *Teoria e Prática das Procurações.* Bruxelles, 1911.
- Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Recopiladas per Mandado Del Rei D. Filipe o Primeiro, Coimbra, 1847.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio. — *Codice Civile Italiano. Commentato con la Legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza.*
Sesta edizione riveduta e corredata per cura dell'Avv. GIULIO VENZI. Firenze, 1900-1906.
- PAULA BATISTA, Francisco de. — *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial.* Rio de Janeiro, 1890.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. — *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil.* Acomodado ao Foro do Brasil por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. Rio de Janeiro, 1879-1880.
- Processo Civil e Comercial. — Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850.
- RAMALHO, Joaquim Inácio. — *Praxe Brasileira.* Segunda edição aumentada Anotações pelo Dr. PANFILO D'ASSUNÇÃO. São Paulo, 1904.

Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal. Publicação Mensal de Doutrina, Jurisprudência e Legislação dirigida por Antônio Bento de Faria. Volume XIV. — 1909, págs. 167-173.

[TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto]. — *Consolidação das Leis Civis.* Rio de Janeiro, 1896.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. — *Vide: PEREIRA E SOUSA, J. J. C.* IN *op. cit.*

TOULLIER, C. B. M. — *Le Droit Civil Français. Continué et Completé par J. B. DUVERGIER.* S/d.

TROPLONG. — *Du Mandat. Commentaire du Titre III, du Code Civil Le Droit Civil Expliqué.* Paris, s/d.

VITALERI, Marco, — *Appalto di Opere e Lavori.* IN *Digesto Italiano,* Vol. III, parte II. Torino, 1890.

ZACHARIAE, K. S. — *Vide: AUBRY, C. et RAU, C.* IN *op. cit.*

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- ABBOT, Howard S., págs. 69, 183, 189.
ABELLO, Luigi, pág. 212.
ALBERTO DE LAVANDEYRA & Cia., pág. 170.
ALBUQUERQUE, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e, págs. 33, 37, 114.
ALBUQUERQUE, Diogo Velho Cavalcanti de, pág. 31.
ALMEIDA, Franklin Washington da Silva, pág. 6.
ARAÚJO, José Maria Correia de, pág. 6.
ARNTZ, E.R.N., pág. 127.
AR&TZ, E.R.N., pág. 127.
AUBRY, G., págs. 208, 209.
AZEVEDO, Duarte de, pág. 150.
BARASSI, págs. 208, 209.
BARBALHO, João [João Barbalho Uchôa Cavalcanti], pág. 159.
BARBOSA, Rui, págs. IX, X, 7, 10, 25, 33, 36, 37, 38, 109, 111, 118,
130, 146, 163, 171, 191, 217.
BARROSO, Eugênio, pág. 6.
BAUDRY-LACANTINERIE, G., pág. 127, 128.
BENTO DE FARIA, Antônio, págs. 18, 212.
BEVILÁQUA, Clóvis, págs. 18, 56, 123, 124, 126, 127, 209.
BLACK, Henry Campbell, págs. 52, 63, 67, 70, 73, 75, 103, 143, 151.
BOOTH, Henry J., págs. 64, 69, 74.
BORGES CARNEIRO, Manuel, pág. 211.
BRAGA, José Marques, págs. 117, 118, 119, 129.
BRAGA SOBRINHO, José Marques, págs. 117, 125.
BRIGHT, Charles T., págs. 31, 32, 77, 79.
BUNX, pág. 75.
CÂMARA, José Gomes Bezerra, pág. XII.
CARVALHO, Antônio Gontijo de, pág. X.
CARVALHO, Joaquim Pires Muniz de, pág. 6.
CAVALCANTI, Amaro, págs. 13, 14, 45, 47, 59.
CAVALCANTI, *Vide: Barbalho.*

- CHIRONI, G. Págs. 127, 208, 209, 210.
CHITTY, pág. 56.
COCCHEIUS, Samuel de, pág. 18.
COELHO DA ROCHA, Manuel Antônio, págs. 18, 128, 208, 210, 211.
COELHO RODRIGUES, Antônio, pág. 124.
CONTUZZI, Francesco P., págs. 123, 124.
COOLEY, Thomas M., págs. 59, 67, 75.
COSTA, Salustiano Orlando de Araújo, pág. 212.
COUMOUL, Jul., pág. 44.
CRANCH, págs. 57, 61, 65, 89.
CROME, Carl, pág. 208.
CURTIS, George Ticknor, pág. 141.
DILLON, John F., págs. 70, 71, 182.
DONELLUS, Hugo, págs. 17, 18, 130.
DUGUIT, Leon, pág. 42.
DURANTON, pág. 208.
ELLIOT, Byron C., págs. 75, 181, 188.
ELLIOTT, William F., págs. 181, 188.
FEDOZZI, Prspero, pág. 124.
FERNANDES, Antônio Barroso, pág. 137.
FERREIRA ALVES, Joaquim Augusto, págs. 126, 127, 128.
FRANCA, Geminiano da, pág. 117.
FULGÊNCIO, Tito, págs. 150, 152, 153.
GAMA, Dionísio, pág. 215.
GARCEZ, Martinho, págs. 160, 202.
GIORGI, Giorgio, pág. 209.
GIRARD, Paul Frederic, pág. 18.
GOIRARD, Henri, pág. 124.
GOODNOW, pág. 180.
GORDON, John, pág. 31.
GUIMARÃES JÚNIOR, José Pereira, pág. 137.
HARE, J. I. Clark, págs. 52, 56, 57, 91, 103.
HEPBROM, pág. 53.
HOLST, H. von., págs. 52, 59, 66, 73, 75.
ITAÚNA, Cândido Borges Monteiro, Barão e Visconde de, pág. 31.
JONES, William F., pág. 31.
KENT, James, pág.. 75.
LACERDA, Sebastião Eurico Gonçalves de, pág. 137.
LARDY, C., pág. 125.
LARNAUD, pág. 42.
LAURENT, F., pág. 127.
LAUTERBACH, Wolffgangus Adamus, pág. 18.

- LAWSON, John D., pág. 75.
LÊDO, Joaquim Gonçalves, pág. 117.
LE FORT, Henri, pág. 127.
LESSA, Pedro Augusto Carneiro, pág. 159.
LOCRÉ, pág. 208.
LUCA, Afonso de, págs. 118, 119, 125, 126, 130.
MADISON, James, pág. 70.
MAIA, págs. 215.
MARBURY, pág. 70.
MARSHALL, John, págs. 54, 55, 61, 69, 70, 88, 142.
MAUÁ, Irineu Evangelista de Sousa, Barão e Visconde de, págs. 31, 32, 77.
MAYNZ, Charles, págs. 127.
MAZZONI, Pacifici, pág. 209.
MEDEIROS, José Sabóia Víriato de, pág. 171.
MELO, Heitor de, pág. 177.
MELO, Modesto Alves Pereira de, pág. 118.
MELO, Oscar de, págs. 169, 173, 174.
MENDES JÚNIOR, João, pág. 160.
MERRILL, S.S., pág. 43.
MEYER, págs. 72, 91, 101, 102.
MIBIELLI, Pedro Afonso, pág. 6.
MOLITOR J.P., pág. 56.
MURTINHO, Manuel José, pág. 6.
OLEGÁRIO, Cons.^o, pág. 159.
OLIVEIRA, Cândido Luís Maria de, pág. 159.
ORLANDO, Cons.^o, pág. 212. *Vide COSTA.*
OTÁVIO, Rodrigo, págs. 40, 123.
PARANAGUÁ, José Lustosa da Cunha, pág. 6.
PARSON, pág. 56.
PETTERSON, Christopher, págs. 63, 73, 103.
PAULA BATISTA, Francisco de, págs. 108, 144, 200, 201, 205.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues, págs. 151, 152, 153, 154, 155.
PEREIRA e SOUSA, Joaquim José Caetano, págs. 126, 143, 200.
PETERS, pág. 57.
PIMENTA BUENO, José Antônio, pág. 123.
PINTO, S., pág. 108.
PLANOL, Marcel, pág. 127.
POMEROY, John Norton, pág. 62.
RAMALHO, Joaquim Inácio, págs. 200, 215, 216.
RAMOS, Carolino Leoni, pág. 6.
RÊGO BARROS, pág. 118.

- REIDY, Richard James, págs. 32, 33, 35, 36, 49, 50, 84, 85, 86, 96, 100, 101, 104, 105, 106, 108, 111.
- ROCHA, José de Sousa Lima, pág. 118.
- ROSE'S, págs. 66, 71.
- SÁ, FRANCISCO, pág. 32.
- SCIALOJA, Vittorio, pág. 56.
- SCOTT, William A., pág. 59.
- SEDGWICK, Theodore, págs. 55, 67, 73.
- SERAFINI, Filippo, págs. 17, 18, 56, 127.
- SILVA, Antônio Luculo de Sousa e, pág. 5.
- SMITH, J. W., págs. 68, 182.
- SOUZA, Tiago de, pág. 174.
- STORY, Joseph, págs. 52, 53, 54, 59, 62, 66, 72, 101, 102.
- SUTHERLAND, William A., págs. 56, 59, 74, 101, 102, 103, 142.
- SWAYNE, pág. 90.
- TAYLOR, Hannis, págs. 43, 75.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, págs. 200, 213.
- THOMPSON, pág. 66.
- TOURINHO, João Batista de Campos, pág. 119.
- TROPLONG, pág. 208.
- TUCKER, John Rodolph, págs. 63, 75.
- VEIGA, Dídimio Agapito da, págs. 157, 158.
- VIEIRA, Pedro de Almeida, págs. 117, 118, 119
- VITALERI, Marco, pág. 212.
- WADE, William P., págs. 63, 73.
- WAITE, pág. 88.
- WATSON, págs. 52, 59, 67, 88, 102.
- WASHINGTON, págs. 55, 103.
- WATSON, Douglas, pág. 81.
- WEBB, B.B., pág. 31.
- WEISS, André, pág. 124.
- WHARTON, Francis, págs. 53, 63, 74.
- WHEATON, págs. 57, 61, 69, 70.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury, págs. 43, 142.

ÍNDICE

PREFACIO	IX
I. RESCISÃO DE CONTRATO POR ATO UNILATERAL DO PODER PÚBLICO. Parecer	1
Nota do Revisor	5
Consulta	9
PARECER	11
II. OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS ENTRE O ESTADO E A PESSOA DE DIREITO PRIVADO (<i>The Western Telegraph Co. Ltd.</i>). Natureza Contratual das Concessões Outorgadas pelo Poder Público. Parecer	27
Nota do Revisor	31
Consulta	35
PARECER	37
Sentença	111
III. DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. Sua Eficácia e Interpretação. Equiparação do Testamenteiro ao Mandatário. Lei Aplicável. Parecer	
Nota do Revisor	115
PARECER	117
IV. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Sua Improcedência. Parecer	123
Nota do Revisor	133
Consulta	137
PARECER	139
V. EXECUTIVO HIPOTECÁRIO. Nulidade de Escritura. Cabimento de Recurso Extraordinário. Parecer	141
PARECER	147
PARECER	149

VI. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Eficácia de Contrato Celebrado com a Municipalidade.	
Parecer	165
Consulta	169
PARECER	173
VII. JUIZO ARBITRAL. Posição Jurídica do Sub-Em- preiteiro em Relação ao Empreiteiro e ao Dono do Obra. Validade de Procuração e Protesto,	
Parecer	193
Consulta	195
PARECER	199
BIBLIOGRAFIA	219
ÍNDICE ONOMÁSTICO	229

AOS 26 DIAS DO MÊS DE JANEIRO DO ANO DE
1963, ACABOU-SE DE IMPRIMIR NAS OFICINAS
GRÁFICAS DO DEPARTAMENTO DE IMPRENSA
NACIONAL, NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO,
PARA A CASA DE RUI BARBOSA,
ÊSTE TOMO SEGUNDO

DO VOLUME XXXIX
DAS
Obras Completas de Rui Barbosa

MANDADAS PUBLICAR PELO GOVÉRNO DA
REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL



