CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO– PRIVILÉGIO E MONOPÓLIO – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

– Privilégio é todo favor introduzido pela lei e que se afasta da regra comum.

– Todo monopólio é um privilégio, pois que coloca a pessoa a quem é concedido numa situação excepcional em relação às demais. Nem todo privilégio, porém, consiste num monopólio, ou seja, no uso exclusivo de uma coisa ou atividade.

– Interpretação do art. 32, parágrafo único, da Constituição de 1937.

PARECER

* Parece-nos que tem razão a recorrente como se vê das suas alegações (fls. 79) e do voto vencido do ilustre Desembargador Cunha Cintra (fls. 69).

A recorrida invocou a decisão arbitral proferida no pleito que sustentou com a União (fls. 18).

Aquêle julgamento, porém, não vincula a Municipalidade recorrente, que nêle não foi parte.

E como nos coube a defesa da União no citado pleito, reproduziremos alguns dos argumentos em que se apóia a nossa convicção contrária ao acêrto da invocada sentença arbitral.

Dispôs a clausula 4.ª do Decreto n.º 5.270, de 26 de abril de 1873:

> *"O prazo da concessão será de 60 anos, contados da presente data.*
>
> § 1.º *Durante êsse prazo nenhum outro telégrafo submarino poderá ser estabelecido de 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"* (Seguem-se limitações ao estabelecimento neste parágrafo, as quais, entretanto, não interessam à matéria em debate).

---

* *N. da Red.*: Parecer emitido no Recurso Extraordinário N.º 8.045 — São Paulo — Recorrente: Municipalidade de São Paulo — Recorrido: The Western Telegraph Comp. — Relator: Exmo. Sr. Ministro Goulart de Oliveira.

Estatuiu a cláusula 13.ª

"Extinto o privilégio no fim de 60 anos, nos têrmos da cláusula 4.ª, todo o material da linha, bem como as estações e dependências, continuarão a ser propriedade da Companhia, tendo o Govêrno preferência para comprá-los pelo preço que fôr arbitrado, nos têrmos da cláusula 17.ª".

A cláusula 18.ª preceituou :

"Se a Companhia tiver alguma das linhas em estado de funcionar, quando se verifique o caso de caducidade ou houver terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais 40 anos, além dos 60 da concessão. SEM CONTUDO TER NENHUM PRIVILÉGIO".

E na cláusula 22.ª foi estipulado :

"O Govêrno dará à Companhia proteção e auxílio.

Conseguintemente :

Os cabos nas águas do Brasil, os fios terrestres e as estações telegráficas da Companhia serão considerados como fazendo parte da propriedade do Estado, menos para o efeito de lhes serem aplicáveis OS PRIVILÉGIOS *que no cível exclusivamente pertencem à Fazenda Nacional.*

Os cabos, os fios terrestres para as junções e material telegráfico, os navios empregados nas operações da sondagem e imersão, *serão isentos dos direitos de Alfândega e de quaisquer outros* nos portos do Império.

Os cabos telegráficos e os fios terrestres, de que trata a cláusula 2.ª, assim como sua exploração, não serão sujeitos a contribuição alguma ou impôsto especial".

A situação é, portanto, clara : Durante 60 anos, a Companhia gozaria de todos os privilégios consignados no contrato (o de exclusividade previsto na cláusula 4.ª, o de isenção de impostos assegurado na cláusula 20.ª, etc.).

Decorrido êsse prazo, e tendo ainda a Companhia alguma das linhas em estado de funcionar, poderia continuar a usá-la por mais 40 anos, mas, já então, sem "ter nenhum privilégio" (cláusula 18.ª), vale dizer, sem o monopólio (privilégio exclusivo) garantido pela cláusula 4.ª e sem qualquer dos demais privilégios assegurados em outras cláusulas, inclusive o de isenção de impostos (cláusula 20.ª).

Objetará, entretanto, a Companhia : A citada cláusula 18.ª, dizendo que nos 40 anos aí previstos não subsistiria *nenhum privilégio,* visou apenas excluir o monopólio e não os demais favores constantes do contrato.

Mas concluir assim — seria desatender flagrantemente ao sentido da palavra *privilégio.*

É de uso corrente o emprêgo dêsse vocábulo, para designar circunstâncias favoráveis que dão a uma pessoa ou coisa uma situação que não é a comum.

Eis o que significa *privilégio,* no conceito dos léxicos :

"Vantagem concedida a um só ou a muitos e de que se goza com exclusão dos outros, contra o direito comum" (Domingos Vieira).

"Lei particular em favor de alguma pessoa ou coisa privativamente, contra o que de ordinário se legislou no mesmo negócio a respeito de coisas ou pessoas ou de alguma classe" (MORAIS).

"Direito ou vantagem especial que se concede a uma ou mais pessoas para esta ou estas gozarem com exclusão das outras, fazendo exceção ao direito comum ou à regra geral (AULETE).

"Vantagem concedida a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO).

O mesmo no francês e no italiano:

"Avantage accordée à un seul ou à plusieurs, et dont ou jouit à l'exclusion des autres, contre le droit commun" (LITTRÉ).

"Legge privata, grazzia o esenzione fatta a luogo o persona" (FERRARI).

Na técnica jurídica, a palavra *privilégio* tem igual sentido.

Um privilégio (diz Mackeldey),[1] no sentido amplo do têrmo, é todo favor introduzido pela lei e que se afasta da regra comum.

Êste favor pode ser concedido por uma lei geral (*lex generalis*) a todos os súditos que se achem nos casos previstos e então é sinônimo de *beneficium juris ou jus singulare favorabile*; pode também ser o resultado de uma disposição especial do legislador (*lex personalis*) em favor de uma pessoa ou de uma coisa determinada, e então é um privilégio no sentido restrito.

E VAN WETTER[2] acrescenta:

"Les privilèges *ou bénéfices* (privilegiavel beneficia) *sont des droits exceptionels attachés à certaines personnes ou à certaines choses, en vertu de dispositions spéciales de la loi*.

CARLOS MAXIMILIANO,[3] por seu turno, esclarece:

Privilégios. Consideram-se excepcionais as disposições que asseguram *privilégio*, palavra esta de significados vários no terreno jurídico. Abrange: *a*) *o direito exclusivo de explorar serviço* ou utilidade pública, isto é, o fornecimento de água, luz, transporte fluvial ou urbano, etc.; *b*) o gôzo e a exploração de propriedades e riquezas do Estado; *franquias, benefícios e outras vantagens especiais, concedidas a indivíduos ou corporações; c*) preferências e primazias asseguradas, quer a credores, quer a possuidores de boa fé, autores de bemfeitorias e outros, pelo Código Civil, Lei das Falências e diversas mais".

Resulta manifesto, portanto, que na expressão *genérica* — "privilégio" se compreendem várias *espécies*. Assim, tanto são privilégios os monopólios, como igualmente o são os benefícios, vantagens ou favores excepcionais porventura concedidos a uma pessoa.

Em outras palavras: Todo monopólio é um privilégio, pois que coloca a pessoa a quem é concedido numa situação excepcional em relação às demais. A recíproca, porém, não é verdadeira. Nem todo privilégio consiste num monopólio, ou seja, no uso exclusivo de uma coisa ou atividade.

Quando a Constituição diz, no art. 113, n.º I, que "não haverá *privilégios*, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias

1. *Droit romain*, n.º 197, pág. 105.
2. *Droit romain*, 1.º vol., § 26, pág. 79.
3. *Hermenêutica e Aplic. do Direito*, 1925, n.º 278, pág. 248.

ou dos países, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas", certamente não se restringe à idéia do *monopólio*.

Do mesmo modo, as leis administrativas, quando falam nos *privilégios da Fazenda;* as leis de processo, quando instituem o fôro de privilégio; o Código Civil ou a Lei de Falências, quando dispõem sôbre *créditos privilegiados*.

O próprio contrato ajuizado, dizendo "nenhum privilégio", deixa reconhecido que havia mais de um; que essa expressão designava, além do emprêgo exclusivo da atividade objeto da concessão, outros favores que colocavam o concessionário em situação excepcional.

E não podia deixar de reconhecê-lo, pois que de suas cláusulas resultavam expressamente para a concessionária, além daquele uso exclusivo (monopólio), favores outros excepcionais, como a isenção de direitos, que é inquestionàvelmente um privilégio.

Se a cláusula em questão tivesse dito simplesmente *sem privilégio*, ainda se poderia supor que quisesse apenas referir-se ao monopólio. Dizendo, porém, *"sem nenhum privilégio"*, é evidente que quis abranger todos os favores excepcionais, isto é, todos os privilégios conferidos à concessionária.

Se, terminado o prazo de 60 anos, a Companhia, embora perdendo a exclusividade da exploração, continuar a gozar da isenção de impostos, poderemos dizer que ela perdeu o monopólio, mas não se poderá afirmar que continua *"sem nenhum privilégio"*.

Ao menos um, dentre os de que gozava, lhe teria sido conservado, contra a formal estipulação da cláusula que reza — *"poderá continuar... sem contudo ter nenhum privilégio", nenhum,* nem o monopólio, nem os demais, entre êstes compreendida a isenção de direitos.

Para se chegar à conclusão que pleiteia a concessionária, seria mister que a cláusula questionada dissesse — poderá continuar a usar da linha por mais 40 anos, *sem ter o privilégio previsto na cláusula* 4.ª —, ou então declarasse — poderá continuar, etc., *com todos os privilégios, exceto o monopólio*.

Mas não é isso o que diz a cláusula.

O que ela declara é que — poderá continuar, decorridos 60 *anos, "sem contudo ter nenhum privilégio"*.

E assim dispôs, presumindo, e presumindo com acêrto, que, com os progressos realizados, ao cabo dêsse tempo, vencidos os riscos inerentes a tôda indústria nascente, teriam cessado as razões justificativas das vantagens concedidas à Companhia, e deveria ser aberto o campo desta atividade industrial aos que quisessem concorrentemente explorá-la.

Todos êstes propósitos ficariam iludidos, se depois de ter contado para a instalação dos serviços com os benefícios que os novos não teriam, depois de os ter explorado em situação privilegiada, conservasse a concessionária o benefício que reclama.

No próprio texto da concessão, a palavra *privilégio* é empregada, não apenas no sentido de monopólio, mas também no de regalias ou favores excepcionais, conforme deixa evidente a cláusula 20.ª:

"O Govêrno dará à Companhia proteção e auxílio.

Conseguintemente:

Os cabos nas águas do Brasil, os fios terrestres e as estações telegráficas da Companhia serão considerados como fazendo parte integrante da proprie-

dade do Estado, menos para o efeito de lhes serem aplicáveis os *Privilégios* que no cível exclusivamente pertencem à Fazenda Nacional".

Nem cabe objetar que, *no direito administrativo*, a palavra *privilégio*, é empregada no sentido de "concessão com direito exclusivo de explorar o serviço", pois:

a) a afirmativa já importa no reconhecimento de que, em outros ramos do direito e, portanto, não sòmente no sentido vulgar, o referido vocábulo tem significação diversa;

b) a expressão *privilégios da Fazenda* pertence indubitàvelmente ao *direito administrativo*, e ninguém dirá possa ela significar "concessão com o direito exclusivo de explorar o serviço";

c) por igual, os autores de *direito administrativo* empregam a palavra *privilégio* em sentido outro que não o de *monopólio* (veja-se, por exemplo, BIELSA, que enumerando as *relações* de direito público decorrentes da *concessão*, alude no item *b* a *"privilegios reconocidos al concesionario"*, e sòmente no item *d* trata do *monopólio*.[4]

d) o mesmo verificamos em acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal concernentes a matéria de *direito administrativo*, como se pode ver na apelação cível n.º 3.468, em que se reclamava *montepio em dôbro* instituído por lei especial, e o Tribunal encarou tal vantagem como um *privilégio*, afirmando textualmente:

"Os *privilégios*, os favores, os benefícios devem ser entendidos restritamente" (ac. na *Rev. do Supr. Trib.*, vol. 39, pág. 131);

e) no próprio Decreto n.º 5.545, de 7 de fevereiro de 1874, que é um dos invocados pela Companhia, vemos a palavra *privilégio* empregada em sentido diferente do de monopólio (*cláusula* 24.ª);

f) são muitos os exemplos, que seria longo citar, de decretos atinentes a concessões de serviços públicos e em que a palavra *privilégio* foi usada na acepção ampla de *regalias ou favores excepcionais*. Assim, o Decreto número 4.133, de 28 de março de 1868 (concessão relativa à empresa de carris de ferro entre esta Cidade e a serra da Tijuca) determinou na cláusula 8.ª:

"Os concessionários pagarão à Ilm.ª Câmara Municipal pelos terrenos que ocuparem, pertencentes a esta, o arrendamento que a mesma Câmara arbitrar, e farão aquisição dos que forem precisos para o estabelecimento de estações, oficinas e mais conveniente direção da linha, *desapropriando os prédios precisos* na forma da lei, e com prévio consentimento do Govêrno Imperial, que para êste fim lhes concederá os direitos e *privilégios*, que a mesma lei lhe confere".

E o Decreto n.º 4.322, de 19 de janeiro de 1869, permitiu fôssem "transferidos pelo Barão do Rio Negro e Quintino de Sousa Bocaiuva os *privilégios* (ainda *no plural*) e favores que lhes foram concedidos por Decreto n.º 4.133, de 28 de março de 1868".

Por sua vez, o Decreto n.º 22, de 29 de novembro de 1889, referente a essa mesma concessão, — autorizou a Companhia São Cristóvão a transferir a outrem os *privilégios* (sempre *no plural*) de que é cessionária. Ora, para

4. *Derecho administrativo*, 1929, vol. I, pág. 136. Veja-se ainda FLEINER, *Derecho administrativo*, 1933, págs. 112-113.

significar apenas o *privilégio exclusivo*, como pretende a parte adversa, a expressão, evidentemente, não poderia ser usada no plural! Há mais: No Decreto n.º 5.200, de 11 de janeiro de 1873, ainda encontramos o têrmo *privilégio* em sentido absolutamente diverso do de *monopólio* (cláusula 6.ª).

Vamos agora ver que a interpretação pretendida pela Companhia para o dispositivo em questão ("sem contudo ter nenhum privilégio") — não se limita a suprimir nêle um vocábulo ("nenhum") e a acrescentar outro ("exclusivo"), de maneira a se transformar neste, bem diverso: *sem contudo ter privilégio exclusivo.*

Mais do que uma palavra, essa interpretação torna inútil, no texto da concessão, *tôda uma frase.*

Na verdade, o Decreto n.º 5.270, de 1873, dispôs na cláusula 13.ª:

> *"Extinto o privilégio no fim de 60 anos, nos têrmos da cláusula* 4.ª, todo o material da linha, bem como estações e dependências continuarão a ser propriedade da Companhia, tendo o Govêrno preferência para comprá-los pelo preço que fôr arbitrado, nos têrmos da cláusula 17.ª".

Refere-se aí, indubitàvelmente, ao "privilégio exclusivo", pois é dêste que cuida a invocada cláusula 4.ª.

De sorte que, pela disposição clara e terminante da cláusula 13.ª, já ficara estatuída a extinção do "privilégio exclusivo" ao fim de 60 anos.

Vem depois a cláusula 18.ª e declara:

> "Se a Companhia tiver alguma das linhas em estado de funcionar, quando se verifique o caso de caducidade *ou houver terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais* 40 *anos, além dos* 60 *da concessão, sem contudo ter nenhum privilégio".*

Ora, se a intenção do decreto fôsse, como se pretende, assegurar à Companhia nos últimos 40 anos, a mesma concessão *especial* vigorante nos primitivos 60 (mantidos no segundo período todos os favores do primeiro, com exceção apenas do *privilégio exclusivo*), evidentemente não precisaria a cláusula 18.ª de acentuar que, na fase final, a concessionária não teria "nenhum privilégio", porquanto a extinção do *privilégio exclusivo,* uma vez decorridos 60 anos, já fôra clarìssimamente estipulada na cláusula 13.ª.

Se assim dispôs, se disse de modo preciso que a Companhia, *"terminado o prazo da concessão, poderá continuar a usar da referida linha por mais* 40 *anos, além dos* 60 *da concessão, sem contudo ter nenhum privilégio"*, foi porque quis que, naqueles 40 anos, não tivesse privilégio algum, nem o de exclusividade já extinto por fôrça da cláusula 13.ª, nem os demais consignados no contrato (isenção de impostos, etc.), e, conseqüentemente, usasse a dita linha de acôrdo com a legislação vigente, sob o regime *comum* de tais concessões.

E note-se que, declarando o decreto — *"o prazo da concessão será de* 60 *anos"* (cláusula 4.ª), e reafirmando isso mesmo duas vêzes na cláusula 18.ª (*"terminado o prazo da concessão,* poderá continuar a usar da referida linha por mais 40 anos, *além dos* 60 *da concessão"*), manifesto se torna o propósito

de que, decorridos 60 anos, terminasse a concessão *especial* outorgada à Companhia, entrando esta no regime legal *comum*.

Entender o contrário seria ampliar para 100 anos (60+40), o prazo de uma concessão *especial*, que, nos precisos têrmos do respectivo contrato, ficou, como vimos, reiteradamente limitada a 60 anos. Seria subverter normas elementares de hermenêutica. Seria esquecer, além do mais, êste princípio:

"Importando o contrato de *concessão* numa restrição da soberania do Estado, *as respectivas cláusulas devem ser interpretadas estritamente, não sendo admissível a analogia ou paridade*.

Todos os compromissos assumidos pelo poder público devem ser expressamente declarados" (VIVEIROS DE CASTRO, *Dir. administrativo*, 1914, página 266).

"*As concessões são de direito estrito, não podendo os concessionários pretender o que não está formalmente determinado nos contratos*" (acórdãos do egrégio Supremo Tribunal Federal, na respectiva revista, vol. 27, pág. 163, e vol. 31, pág. 323).

Há outra circunstância digna de nota.

Preceituou a cláusula 14.ª do Decreto n.º 5.270, de 1873:

"Em qualquer tempo depois *dos 10 primeiros anos*, contados do dia em que começarem a funcionar as linhas em tôda a sua extensão, *e até que termine a concessão*, poderá o Govêrno resgatá-las, bem como as respectivas estações e dependências.

O preço do *resgate* será fixado por árbitros, que devem ter em consideração *não só a importância das obras* no estado em que se acharem, sem atender ao seu custo original, *mas também o valor médio do produto líquido das linhas, nos cinco últimos anos*.

Em todo caso não será o preço do resgate inferior ao capital despendido efetivamente pela Companhia para assentar e fazer funcionar os cabos telegráficos".

A cláusula 13.ª entretanto, prescreveu:

"Extinto o privilégio *no fim de 60 anos*, nos têrmos da cláusula 4.ª, todo o material da linha, bem como as estações e dependências, continuarão a ser propriedade da Companhia, *tendo o Govêrno preferência para comprá-los pelo preço que fôr arbitrado, nos têrmos da cláusula* 17.ª.

E a cláusula 17.ª estabeleceu:

"No caso de caducidade desta concessão, nos têrmos já declarados, ficará o Govêrno Imperial inteiramente livre e habilitado a transferi-la a qualquer empresário, *sem que a Companhia possa reclamar coisa alguma a título de indenização, salva a faculdade de dispor do material que lhe pertencer, sendo preferido o Govêrno, se quiser adquiri-lo ou por ajuste com a Companhia, ou pelo preço fixado por arbitramento; o que também se observará quando cesse o privilégio por ter decorrido o prazo de 60 anos*".

Do confronto destas três cláusulas, deflui, ainda de maneira seguríssima, a inadmissibilidade da interpretação pleiteada pela parte adversa.

Se, pela cláusula 14.ª, "depois dos 10 primeiros anos" e "*até que ter mine a concessão*", tem o Govêrno o direito de resgatar as linhas, estações e dependências, mas pagando uma *indenização ampla* em que se compreendem até os *lucros líquidos* calculados de acôrdo com a média dos cinco últimos anos,

e se, no dizer da Companhia, a concessão não finda ao cabo de 60 anos, mas só após decorridos mais 40 (ao todo 100), lògicamente o direito da concessionária *àquela indenização* ampla só deveria cessar depois de 100 anos, pois o decreto manda que êle subsista *"até que termine a concessão"* (citada cláusula 14.ª).

Isso, porém, que é uma conclusão inevitável das premissas assentadas pela Companhia, importaria num absurdo palpável, evidenciando quanto elas têm de inaceitáveis. Importaria em reduzir a letra morta as disposições das cláusulas 13.ª e 17.ª, segundo as quais, não ao fim de 100 anos, mas logo após decorridos 60, é facultado ao Govêrno adquirir tôdas as linhas, estações e dependências, pagando apenas o respectivo *preço* que fôr arbitrado e sem estar obrigado a qualquer outra *indenização*.

Temos aí mais uma prova de que a concessão *especial* da Western, nos têrmos em que a regulou o decreto de 1873, findou ao cabo de 60 anos. Até porque, se após o transcurso dêstes 60 e durante os 40 anos seguintes, a Companhia continuasse a gozar de todos os privilégios ou favores da primitiva concessão (excluído apenas o monopólio), ao direito do Govêrno — de nesse período resgatar pelo preço arbitrado tôdas as linhas, estações e dependências — haveria de necessàriamente corresponder a obrigação de garantir à concessionária uma indenização, senão de amplitude igual à da prevista na cláusula 14.ª, ao menos compreensiva dos vultosos privilégios ou favores que a Companhia supõe lhe foram mantidos.

Manifestando sua concordância com a nossa argumentação, assim se manifestou o então Procurador Geral da República, Dr. Carlos Maximiliano, em carta que nos dirigiu:

"Em 23 de outubro de 1935 — Ilmo. Sr. Dr. Luís Gallotti. — Saudações cordiais. — Tendo lido, a pedido seu, os seus dois substanciosos memoriais acêrca da divergência entre o Govêrno e a Western Telegraph Company, cobe-me felicitá-lo pela segurança da sua argumentação a respeito da exegese de cláusula contratual.

Em verdade, ficou bem demonstrado que, se ao cabo do período de 60 anos a Companhia quisesse continuar com o serviço, ficaria automàticamente prorrogada a concessão, porém sem privilégio algum.

Ora, constituem privilégios concedidos o monopólio do serviço e a isenção de impostos. A ressalva, portanto, evidentemente colima excluir aquelas regalias, isto é, a que o ato bilateral assegurava por 60 anos; lògicamente, eram estas as eliminadas pela cláusula, ao permitir a prorrogação *sem nenhum privilégio*.

É o próprio contrato que fornece elementos para a conclusão a que o Sr. chegou: renova-se, apenas, a concessão, excluídos, porém, da mesma os privilégios, as vantagens especiais, as regalias excepcionais — *tôdas*.

O meu parecer é, pois, no sentido de haver o brilhante colega interpretado com sabedoria o contrato.

Prevaleço-me do ensejo para reiterar ao Sr. os meus protestos de alto aprêço e distinta consideração.

Carlos Maximiliano, Procurador Geral da República".

Além das razões acima, existem outras no caso da Municipalidade recorrente, que lhe amparam a pretensão e são, a nosso ver, irrecusáveis.

Assim :

a) no tocante ao serviço de que se trata, entre São Paulo e Santos, a recorrida é apenas *permissionária* e não *concessionária* de serviço público (Decreto n.º 15.193, de 24 de dezembro de 1921), o que lhe não faculta invocar o art. 32, parágrafo único, da Constituição de 1937 ;

b) a cláusula 30.ª do Decreto n.º 15.193, de 1941, expressamente declarou que "a *autorização* de que trata êsse decreto é *independente* das demais exploradas pela Companhia";

c) a recorrida não apontou *lei especial* que, nos precisos têrmos do citado art. 32, parágrafo único, da Constituição, lhe houvesse concedido a isenção pretendida.

Em face do exposto, opinamos que o egrégio Tribunal conheça do recurso e lhe dê provimento.

Rio, 20 de agôsto de 1945. — Luiz Gallotti, Procurador da República.

De acôrdo. — Hahnemann Guimarães, Procurador Geral da República.