CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ENCAMPAÇÃO OU RESGATE — AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA — ESTRADA DE FERRO ILHÉUS-CONQUISTA

— Havendo a autorização legislativa se referido à encampação não era lícito ao Poder Executivo promover a compra e venda do acervo da emprêsa concessionária.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 39.240-52

E. M. n.º 104, de 23 de junho de 1952, submetendo Parecer n.º 148-T, da mesma data, relativo à encampação pelo Govêrno Federal da Estrada de Ferro Ilhéus a Conquista, no Estado da Bahia. "Aprovado. Ao Ministério da Viação e Obras Públicas para, com fundamento nas razões dêste parecer, providenciar nos têrmos do item 64, letra *i*, da Exposição de Motivos n.º 657, de 15 de abril de 1952, do DASP. Em 6 de agôsto de 1952" (Enc. o proc. ao M. V. O. P. em 9 de agôsto de 1952).

*

PARECER

1. A lei n.º 314, de 31 de julho de 1948, autorizou o Poder Executivo "a promover pelos meios regulares a encampação da Estrada de Ferro Ilhéus a Conquista, no Estado da Bahia, explorada mediante concessão por "The State of Bahia South Western Railway Company". Dispôs ainda o mesmo texto que "as despesas decorrentes da operação" seriam "custeadas com parte dos saldos brasileiros congelados na Inglaterra, até o máximo de 605.000 libras consoante acôrdo com o Govêrno inglês".

2. Em 7 de junho de 1949 firmou-se em Londres, por um representante do Govêrno brasileiro, um acôrdo com a direção da emprêsa, o qual foi submetido a homologação da justiça inglesa para valer contra os seus acionistas e debenturistas. O preço da aquisição foi estipulado em 565.000 libras, mas o seu pagamento ficou dependendo da ratificação do ajuste pela mesma jurisdição.

3. Nos papéis apresentados ao Tribunal inglês, figurava, entretanto, uma parcela de 90.750 libras, no balanço da emprêsa, destinada "a certas pessoas residentes no Brasil, em consideração pelos serviços prestados no encaminhamento da venda". O fato foi comentado na imprensa de Londres e do Rio de Janeiro, com repercussão no Congresso Nacional.

4. Ante o ruido provocado por esta promessa de gratificações, o cumprimento do acôrdo ficou suspenso, havendo os Ministérios da Viação e Obras Públicas e o da Fazenda, bem como o Poder Legislativo promovido várias diligências para elucidação do caso. Finalmente foi o processo, já constando 5 volumes, submetido à consideração do

Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas, que assim se manifestou:

"24. Desde que se possa sustentar a tese de que o Acôrdo de Londres, de 7 de junho de 1949, carece de validade jurídica, será, efetivamente, medida mais conveniente a revisão dos atos relativos à encampação da Estrada de Ferro Ilhéus a Conquista, para o fim de se encetarem providências, não mais para a compra da estrada, e sim, para a encampação da mesma nos têrmos do contrato".

Sugeriu finalmente, o Sr. Ministro a audiência desta Consultoria Geral.

O processo foi, em seguida remetido ao Departamento Administrativo do Serviço Público. A audiência desta Consultoria Geral, determinada por Sua Excelência, foi, também, aconselhada por êste órgão, após exame minucioso do processo, nos seguintes têrmos:

"*h*) nessas condições, o processo poderá ser remetido ao Consultor Geral da República, a fim de que S. Excia. se digne de emitir seu autorizado parecer sôbre os aspectos legais e jurídicos do processo, inclusive quanto à imputação, ao representante da companhia nesta capital, dos crimes de falso testemunho e abuso de prestígio pessoal;

i) no caso de opinar o Consultor Geral pela insubsistência do acôrdo ratificando, assim, os pontos de vista acima expostos o processo poderá ser encaminhado ao Ministério da Viação, a fim de que, com a presteza recomendável, providencie a transferência da concessão, pelo Govêrno baiano, e reincide os necessários entendimentos com a Companhia;

j) na hipótese de julgar subsistente o Acôrdo e, consequentemente, obrigado o Govêrno Federal a dar-lhe execução, poderá, ainda, o Consultor Geral da República pronunciar-se sôbre as minutas, constantes do processo, dos atos a serem firmados ou expedidos, bem como sôbre os projetos de mensagem e atos, executivos ou legislativos, acaso necessários inclusive para abertura do crédito especial".

II

5. A exposição do D.A.S.P., quanto aos trâmites do expediente é circunstanciada e fiel. Procurarei abordar, portanto, sòmente os aspectos jurídicos do caso, tais como foram focalizados pelo próprio Departamento e pelo Consultor Jurídico do Ministério da Viação, Dr. A. Gonçalves de Oliveira, e Procurador da Fazenda Pública. Dr. F. Sá Filho, que, a propósito, emitiram magníficos pareceres.

6. O Govêrno Federal foi autorizado *a promover pelos meios regulares, a* Encampação da ferrovia; segundo os têrmos do Acôrdo o que se ajustou em Londres foi a compra do acêrvo da emprêsa mediante rescisão do contrato. A consequência desta operação foi a estipulação de um preço muito superior ao devido. Para o cômputo dêste, na verdade, não se levou em conta o disposto no contrato, "mas o custo real da estrada, como se esta agora fôsse construída, menos a depreciação por desgaste, obsolência e inadequação, convertida a moeda nacional em libras ao câmbio atual (Cr$ 75,44) e não o da data da inversão dos investimentos", como advertiu o Consultor Jurídico do M. V. O. P. A diferença encontrada é realmente significativa. Observado o contrato, o preço da encampação seria de Cr$ 19.157.448,30, sujeito ao acréscimo de Cr$ 8.059.254,90, caso a emprêsa fizesse prova da aplicação, como capital, desta última parcela. A compra, entretanto, se combinou por Cr$ 42.625.600,00.

7. A autorização legislativa era para a *encampação, pelos meios regulares*, dentro de um preço máximo e não para uma aquisição mediante as condições que fôssem livremente ajustadas.

8. A encampação, também denominada resgate, estava prevista no contrato celebrado em 1921 (cláusula XXXII). De acôrdo com a lição corrente não se confunde aquela operação com a compra e venda, pura e simples, em que as

partes estão livres de transigir e de acordar, sem as peias de um texto preestabelecido.

9. Como lembra F. Mendes Pimentel:

"Entre os modos de extinção da concessão está a *encampação* ou *resgaste*, que é o direito que a si reserva o concedente, por *cláusula contratual* ou por disposição legal anterior, de se apoderar, *mediante indenização calculada na forma contratual* ou legal da instalação feita pelo concessionário, para explorá-la administrativamente ou para de novo atribui-la a outrem; êste direito é quase sempre condicionado ao transcurso de um certo espaço de tempo de uso e gôzo da concessão" (Parecer, *in Revista Forense*, vol. 35, pág. 7).

No mesmo sentido opinam Temístocles Brandão Cavalcânti (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. 4.º, página 447); Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª edição, pág. 126); J. Mattos Vasconcelos (*Direito Administrativo*, vol. II, pág. 97); Viveiros de Castro, (*Tratado de Ciências da Administração*, 3.ª edição, pág. 367); Paulo B. de Souza Pinto (*Resgate ou Encampação, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 409); Osvaldo A. Bandeiro de Melo (*Aspecto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, pág. 7).

10. Ao se referir a lei n.º 314 à *encampação*, empregou um vocábulo que tem significação própria e alcance delimitado, de uso corrente na linguagem administrativa. Não é lícito, portanto, ao intérprete, emprestar a esta palavra outro sentido para torná-la sinônima de compra e venda, emanicipar-se dos têrmos do contrato e estabelecer um preço de comércio, quando êste instrumento dispõe que a indenização em tal caso não poderá em hipótese alguma, ser superior ao capital reconhecido como efetivamente empregado na construção da estrada" (Cláusula XXXII, letra *b*).

11. De posse da autorização legislativa os agentes do Poder Executivo deveriam ter orientado a sua missão no sentido de obter a transferência da concessão para o Govêrno Federal para depois exercer o direito de encampação, ou resgate, previsto no contrato, calculando a indenização, de acôrdo com as suas cláusulas.

O ilustrado Consultor Jurídico do Ministério da Viação, demonstrou que êste era o único caminho a seguir, na espécie, assim concluindo:

"Desta sorte, podemos, concluir: ou a partir da lei n.º 314, de 31 de julho de 1948, era possível ao Govêrno Federal encampar a Estrada, desde que o Estado da Bahia, nos têrmos da sua lei n.º 18, de 6 de dezembro de 1947, lhe transferisse a concessão; ou essa encampação não era possível pela oposição da Estrada, ou por qualquer outro motivo, mas neste caso não se poderia dar execução à lei federal n.º 314 citada, pois, esta, como se viu, o que autorizou foi "a encampação" e não a aquisição da Estrada".

12. Mas, admitindo-se para argumentar que a encampação encontrasse oposição fundada por parte da emprêsa, o remédio estaria em o Poder Executivo deixar de dar execução à lei n.º 314, por impossibilidade contratual, e não desprezar o instrumento da concessão para realizar uma operação pura e simples de compra e venda, cujo preço, aliás, foi inicialmente fixado por *estimativa*.

13. O acôrdo realizado em Londres foi, portanto, exorbitante da autorização legislativa e não tem base jurídica. Pode ser repudiado em qualquer tempo, como ato administrativo praticado com abuso ou excesso de poder.

14. O registro, no Tribunal de Contas, do acôrdo de Londres, parece-me, outrossim, providência indispensável, em face do art. 77, § 1.º, da Constituição que a tanto obriga os contratos que "por qualquer modo, interessarem à receita e à despesa".

Sem esta formalidade, a que não foi submetido, é êle um ato imperfeito, incapaz de vincular por si só a União ainda que houvesse sido praticada den-

tro dos limites da autorização legal. Aliás, mesmo após o registro, o Ministro da Viação e Obras Públicas poderá repudiá-lo, com base no art. 788 do R. Ger. da Cont. Pública.

15. Êstes são os motivos principais que tornam o acôrdo de Londres, sob o ponto de vista jurídico passível de repúdio. Em verdade, os atos administrativos eivados de vícios desta espécie, podem ser anulados pela própria Administração, sem o risco de responsabilidade, conforme procurei demonstrar nos Pareceres ns. 37-T (*Diário Oficial* de 30 de agôsto de 1951), 52-T (*Diário Oficial* de 22 de outubro de 1951) e 73-T todos inseridos no vol. I dos *Pareceres do Consultor Geral da República*, março e dezembro de 1951, páginas 185, 323 e 387. Esta publicação oficial me dispensa de reproduzir agora os fundamentos doutrinários da anulação.

16. O Procurador da Fazenda Pública, sustentou a mesma conclusão:

"O Govêrno brasileiro não está jurìdicamente, vinculado às negociações de Londres, que se desfecharam em têrmos ofensivos à lei e inconvenientes aos interêsses nacionais. As aprovações da Justiça inglesa às deliberações dos acionistas e debenturistas da companhia, são atos de jurisdição administrativa, que não ligam o Govêrno brasileiro, pois, além de constituirem *res inter alios acta*, esbarram ante a muralha intransponível da soberania nacional".

17. Caso, entretanto o Govêrno Federal, que está de posse da ferrovia, queira reabrir negociações com a Diretoria da emprêsa, deverá obter a transferência da concessão do Estado da Bahia, conforme a lei local de n.º 18, de 6 de dezembro de 1947, e exercer o direito de resgate ou encampação, conforme a lei n.º 314, observando as cláusulas contratuais e os princípios aplicáveis, tão bem deduzidos nos pareceres de A. Gonçalves de Oliveira e F. Sá Filho, quanto ao cálculo da indenização e as formalidades complementares, inclusive a abertura do crédito.

III

18. Sugeriu, ainda o DASP que esta Consultoria Geral se pronunciasse sôbre a responsabilidade penal do representante da emprêsa, o engenheiro Nelson Espínola Teixeira, acusado pela Comissão de Inquérito organizada pelo Sr. Ministro da Viação e Obras Públicas dos crimes de "falso testemunho" e "abuso de prestígio pessoal", previstos nos arts. 342 e 332 do Código Penal.

A propósito consta do processo um exaustivo parecer do Dr. Erico Ithamar Baungarten concluindo pela procedência de acusação. A leitura desta peça e das demais a que ela se reporta, deixou-me a mesma impressão. Prestou o aludido representante cinco depoimentos perante a Comissão de Inquérito e são manifestas as suas contradições. A verba malsinada no acôrdo de Londres a êle se destinava; não conseguiu, entretanto, produzir justificação plausível quanto ao seu destino. Como remuneração pessoal, atendendo-se aos trâmites normais do caso, a cifra era demasiada. A participação de terceiros, entretanto, não ficou evidenciada. Como o demonstrou o Dr. Erico, a cujo pronunciamento me reporto, a atitude do referido representante da emprêsa dá ensejo à apuração de sua responsabilidade penal, pelos meios regulares de direito.

IV

19. São estas as considerações que tenho a fazer, devendo salientar que o processo está instruído convenientemente, estudados como o foram, todos os seus aspectos. Quanto ao legal, não me seria possível dizer mais do que o disseram com acendrado espírito público os juristas que nêle opinaram. Sôbre as sugestões de outra natureza, são aceitáveis as do M.V.O.P. e do DASP.

É o que me parece. S.M.J.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1952. — *Carlos Medeiros Silva*, Consultor Geral da República.