PARECERES

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — REVERSÃO — FUNDO DE AMORTIZAÇÃO — PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS — PODER DE POLÍCIA — ABUSO DE PODER

— A reversão só compreende os bens de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço.

— Os bens, móveis ou imóveis, estranhos à destinação do contrato, são do patrimônio privado da concessionária que dêles pode dispor livremente.

— A constituição de fundos de amortização é assunto de âmbito estatutário da emprêsa concessionária.

— A falta de publicação, no órgão oficial, dos contratos administrativos, não acarreta a sua nulidade.

— A reversão não confere ao concedente senão o direito pessoal à entrega do acervo industrial, quando findar a concessão.

— O poder da polícia não pode ser empregado para sancionar o cumprimento de uma obrigação do concessionário que resulte ùnicamente da concessão.

— O desvio de poder é o uso indevido ou vicioso que de suas atribuições faça a autoridade; resolve-se, afinal, um problema de excesso ou abuso de poder e êste, por sua vez, conduz à incompetência.

PARECER

I

* 1. A primeira questão diz respeito à possibilidade de duas ordens de bens no patrimônio da concessionária, à criação de um fundo de amortização e sua consolidação em bens imóveis, e à interpretação da cláusula de reversão:

"Podem as Companhias concessionárias, a saber, tanto a "The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company, Limited" como a Companhia Ferro-Carril do Jardim Botânico constituir com os lucros apurados na exploração de suas concessões um "fundo de amortização" que lhes permita ao *têrmo do prazo* de suas concessões, quando se operará a reversão dos bens prevista em seus contratos, recuperar o capital aplicado nas obras e serviços da concessão?

Podem êsses lucros ser aplicados em bens imóveis?

* NOTA DA RED.: Sôbre o mesmo assunto ver os pareceres de Antão de Morais, publicado neste volume e de Barbosa Lima Sobrinho e José Sabóia Viriato de Medeiros, publicados na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, págs. 433 e 503.

Êstes bens imóveis, assim adquiridos, são da exclusiva propriedade das Companhias, entram a fazer parte do seu patrimônio privado, do qual poderão elas livremente dispor, ou estão sujeitos, como os bens aplicados nos serviços da concessão, à reversão para o patrimônio municipal nos têrmos previstos nos contratos?

Como deve então, interpretar-se a cláusula XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890 que diz respeito à Cia. Ferro-Carril do Jardim Botânico, quando estipula, que, findo o prazo da concessão, reverterão para o patrimônio Municipal *todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes?* Dissente êle, em substância, do sentido da cláusula XLIII do contrato de 6 de novembro de 1907, (Companhias unificadas), ratificada no têrmo de 18 de dezembro de 1916, assinado com "The Rio de Janeiro Tramway Light & Power Company, Limited"?

— São (ou podem ser) de duas ordens os bens (imóveis) do domínio de uma emprêsa concessionária: os que constituem o domínio concedido, e tais são os que dizem com a organização técnica e o aparelhamento da exploração; e os do seu domínio *privado*, ou *próprio*, *adquiridos* pela emprêsa no curso da concessão por aplicação de suas reservas, ou quando desafetados, com anuência do concedente, da execução do serviço.

Terminado o prazo da concessão, procede-se à liquidação da emprêsa para separação dos dois domínios, isto é dos bens que formam o seu acêrvo industrial, e que reverterão, com o serviço, ao poder concedente (se assim houver sido pactuado, com ou sem indenização) — dos outros a que não atingirá a reversão. Eis o que diz Jèze:

Conviene, ante todo, determinar claramente las cosas que forman parte integrante del servicio público concedido y que vuelven a poder del concedente al término de la concesión. Junto a estas, están las cosas que no forman parte integrante del servicio público concedido y que pertenecen al concesionario. Cuando se trata de immuebles, se las denomina frecuentemente el domínio privado del concessionario. (*Princ. gen. — Teoria de los contratos de la Administración*, vol. VI, (ed. arg.), pág. 342).

Domínio *concedido* é o domínio *da concessão*, no sentido de que todos os bens, móveis ou imóveis, quer tenham sido *cedidos* pela Administração concedente (bens do domínio público) quer representem investimentos realizados pela emprêsa concessionária na organização do serviço, estão em função dêste enquanto dure a concessão (Veja-se adiante o exame do item III da Consulta). Uns e outros *revertem* ao concedente, ainda que por extensão da palavra *reversão* que, etimològicamente, é *volta*, *devolução*, *retôrno*, o que só ocorre relativamente aos bens do domínio público ocupado pelo concessionário. E é nessa acepção restrita que o conhece o direito civil (reversão de doação, de dote etc.). Mas a reversão clausulada nos contratos com as Administrações públicas comporta um sentido mais amplo, isto é, abrange (ou pode abranger, se não houver explicitação em contrário) todos os bens utilizados ou componentes do aparelhamento do serviço, sejam os cedidos pelo poder concedente, seja, por igual, os adquiridos pelo concessionário e integrantes dêsse aparelhamento. E a razão de *reverterem* ao concedente, indiscriminadamente, todos êsses bens está em que o que *reverte*, não são pròpriamente êles, senão o *serviço* concedido, serviço *público* de execução subrogada no concessionário e que êste, finda a concessão, terá de devolver organizado e aparelhado, como um *todo*, em ponto de poder ser prestado continuadamente pela Administração ou mediante nova delegação desta a terceiro. Daí decorre, òbviamente, que os bens que possua a concessionária, não vinculados à prestação do serviço, *não revertem*, o que seria uma obrigação *sem causa*, um *enriquecimento ilícito* (Jèze, *ibidem*, *ibd.*).

A cláusula de reversão, ainda que pactuada em têrmos ambíguos, deve ser entendida com essa ressalva implícita. Tal é o caso da cláusula (XIX) do contrato de 30 de agôsto de 1890, celebrado pela Prefeitura com a Companhia Jardim Botânico: "Findo o prazo da Concessão, a Companhia ficará *ipso facto* dissolvida, e reverterão para o patrimônio municipal *todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes?*

Bastaria a razão exposta, que dá a medida da *reversibilidade*, em função da necessidade de ser continuada, após o prazo da concessão, a prestação do serviço, necessàriamente aparelhado, bastaria essa correlação entre o fim visado, que é a *causa* da obrigação, e a estipulação estabelecida — para não deixar dúvida acêrca da interpretação daquela cláusula. Mas, no caso concreto, concorrem outros elementos que confirmam êsse entendimento já firmado: *a*) os têrmos de acôrdo de 1909 e 1910, em que ficou explicitada, e fora de qualquer dúvida, a reversibilidade sòmente dos bens utilizados na execução do serviço, isentos, por isso mesmo (os imóveis) do pagamento do impôsto predial; *b*) a cláusula de reversão, nos têrmos usuais, limitadamente a tais bens, constante das concessões de outras linhas de carris (Vila Isabel etc.), unificadas e transferidas depois à atual concessionária de todo o serviço de carris no Distrito Federal, não sendo curial admitir-se, senão em idênticos têrmos; a reversão pactuada no contrato de 1890 com a Jardim Botânico; *c*) os Decretos-leis n.º 5.162, de 31 de dezembro de 1942, e n.º 5.404, de 13 de abril de 1943, que, dispondo sôbre a remodelação do serviço de bondes e revisão dos seus contratos, expressaram a reversibilidade em função do aparelhamento do serviço.

São êsses os bens de que a concessionária não pode dispor sem anuência do poder concedente — o que está expresso naqueles Decretos-leis — "As concessões, coisas, bens e aparelhamento destinados ou necessários à prestação do serviço não poderão ser alienados, arrendados, a qualquer título, sem expressa autorização da Prefeitura, sob pena de nulidade", o que leva à conclusão a *contrariu sensu*, de que dos outros, não vinculados ao serviço, pode a concessionária dispor livremente.

Em se tratando de uma emprêsa concessionária que se obrigou, findo o seu contrato, a entregar ao concedente o serviço organizado com os bens, móveis ou imóveis, necessários à continuação do serviço, entrega ou reversão gratuita, o fundo de *amortização*, com o caracter de recuperação do capital invertido na instalação do serviço, impõe-se à concessionária como uma cautela indispensável, que ela *deve adotar* (Bielsa, *Trat. de Derecho Administr.*, 4.ª ed., vol. I, pág. 424).

O fundo de amortização visa em tais casos, não pròpriamente a compensar o desgaste do material e atender ao melhoramento ou renovação das instalações, mas assegurar à emprêsa o seu capital invertido na organização do serviço, finda a concessão. Eis como se exprime Rousseau:

C'est une mesure qui s'impose même dans un certain nombre de sociétés, dans celles qui, en leur qualité de concessionnaires d'un object destiné a disparaître au bout d'un nombre d'années limité (mines, concessions de chemins de fer) sont exposés à voir leur actif perdre toute valeur à l'expiration de ce delai (*Traité des Sociétés Comerciales*, II, n.º 3.361).

Entre nós é idêntica a lição de Carvalho de Mendonça:

"Há, ainda, outra forma de amortização nas sociedades que executam obras públicas sob o regime da concessão (veja-se n.º 189 do 1.º vol.). No fim de certo prazo, a obra reverte para a União ou o Estado concedente, sem indenização. Deve a sociedade constituir em tempo oportuno o fundo de amortização do capital reconhecido oficialmente como empregado nessas obras, para que no dia da reversão não assista o completo desaparecimento do

seu capital" (*Trat. de Dir. Comercial*, vol. III, n.º 1.109).

A lei das sociedades por ações limita-se a estabelecer o *fundo de reserva*, na base determinada, destinado a manter íntegro o capital social; mas não proíbe, antes expressamente permite a criação de outros fundos *especiais* (Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 130), com essa ou aquela destinação.

Essas reservas facultativas, na liquidação da sociedade, por terminação do prazo da sua duração, se não houverem sido empregadas ou despendidas *in totum*, pertencem aos acionistas, inclusive o fundo de amortização, seja quando destinado a compensar a depreciação dos valores do ativo, seja na hipótese peculiar às concessões de serviços públicos com a cláusula de reversão gratuita, em que, já então, funcionam com aquêle objetivo de recuperação do capital social. É o que expressamente dispõe o mesmo art. 130 no parágrafo 2.º.

Nada impede que os valores representativos dessas reservas sejam consolidados em bens imóveis, se assim convier à sociedade. A restrição possível estaria em empregar tais disponibilidades na compra de ações da própria Companhia, e isso porque não poderia ela vendê-las, consoante o entendimento adotado na hipótese suscitada da aplicação do fundo de reserva de que dá notícia Carvalho de Mendonça (*Trat. de Direito Comercial*, vol. III, números 1.017-1.019).

Pelo exposto, respondo às questões propostas neste quesito: 1.º — a reversão, não obstante os têrmos ambíguos da cláusula XIX, só compreende os bens de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço; 2.º — os bens móveis ou imóveis, estranhos a esta destinação e, pois, não necessários ao serviço, são do patrimônio privado da concessionária, que dêles pode dispor livremente, sem dependência de consentimento da Prefeitura; 3.º — a instituição de fundos com êsse ou aquêle fim é assunto do âmbito estatutário da emprêsa, por aplicação de suas disponibilidades, seja no interêsse do funcionamento do serviço, seja para reaver o capital invertido na organização do serviço reversível, sem indenização, ao poder concedente; 4.º — a legitimidade dessa recuperação está no direito, que lhe assiste, de, expirada a concessão, dar-se a outra atividade com objeto diverso, se assim o deliberar a assembléia geral dos acionistas (veja-se adiante, a resposta ao quesito V); 5.º — a aplicação das reservas para a formação de qualquer daqueles fundos pode consistir em imóveis, como, de um modo geral, em quaisquer bens ou títulos de revenda possível para acudir aos fins da instituição, com as cautelas e restrições que constarem dos Estatutos.

2. Vejamos o quesito seguinte:

"II — Podem ser acoimados de nulos por excesso de poder ou outro vício os têrmos de contrato de 1909 e 1910, transcritos na exposição supra, constantes de livro próprio da repartição municipal competente, e que têm fôrça de escritura pública, independendo qualquer que seja o seu valor de insinuação e transcrição para que valham contra terceiros, de conformidade com o art. 26 da Lei de Reorganização do Distrito Federal, n.º 939, de 29 de dezembro de 1902, consolidado no art. 54 do Decreto n.º 5.160, de 8 de março de 1904, tendo em vista: 1.º) a competência do Prefeito para resolver sôbre a propositura, desistência e abandono das ações que interessarem à Fazenda Municipal, bem como sôbre os acordos ou composições nos têrmos das leis em vigor; 2.º) os poderes de que estava êle investido pelo Decreto federal n.º 7.689, de 26 de novembro de 1909 de conformidade com o art. 23 do Decreto n.º 5.160, de 1904?

Dependiam êstes têrmos, para sua validade e eficácia, da sua publicação, nos jornais encarregados da publicação do Expediente da Prefeitura ou no *Boletim da Intendência*, depois designado por *Boletim da Prefeitura*, simples repositório de atos administrativos, divulgados com grande atraso relativamente às datas dêsses mesmos atos?

Não constituem êles legítima interpretação da cláusula contratual, em que se estipula a reversão dos bens ao fim do prazo do contrato?"

— Os têrmos de acôrdo de 1909 e 1910 versaram sôbre a discriminação dos bens imóveis da concessionária Companhia Jardim Botânico, para os efeitos da cláusula de reversão dos elementos integrantes do aparelhamento do serviço contratado e privilegiado. Partindo do pressuposto irrecusável de que uma emprêsa concessionária de serviço público pode possuir bens não vinculados a êste e, portanto, não reversíveis, havia que adotar, para remover as dúvidas surgidas acêrca do lançamento e cobrança do impôsto predial, um critério distintivo, estabelecendo-se que do favor contratual da isenção só gozariam os imóveis componentes daquele aparelhamento e, pois, *reversíveis*, excluídos os outros, os do patrimônio privado da emprêsa, os quais estariam sujeitos aos ônus fiscais. Tais acordos, ajustes, composições são atos de execução do contrato, não sendo possível negar essa competência à Administração, a quem cabe presidir a essa execução como atribuição que normalmente lhe cabe. Os textos legais indicados no quesito certificam essa competência atribuída ao Prefeito do Distrito Federal, sendo que em 1910, no exercício de plenos poderes, com assento na legislação indicada, por efeito da inexistência do órgão deliberativo (Conselho Municipal).

Não houve nenhum excesso de poder na prática daqueles atos, que são, como disse, atos normais da Administração concedente no interêsse da execução do contrato, por interpretação das cláusulas de reversão e de isenção fiscal, mediante o critério discriminativo adotado.

Indaga-se na segunda parte do quesito se aquêles têrmos, não tendo sido publicados no órgão oficial da Prefeitura, terão incorrido em nulidade.

Considere-se de início em que se trata de atos antigos, que datam de 1909 e 1910, aceitos pelas administrações que os celebraram e pelas administrações que vieram depois, validando-os (ainda que nulidade houvesse) por atos subseqüentes e iterativos que teriam sanado a irregularidade pretendida; sendo de acrescentar que os têrmos questionados vieram a ter a maior publicidade quando da mensagem do Prefeito ao Conselho Municipal, aos 27 de abril de 1911, dando conta dos atos praticados (mencionadamente aquêles acordos) durante o período do recesso do órgão deliberativo — do que resulta que não deixaram de ser dados à publicidade, ainda que com atraso, o que bastaria para encerrar a controvérsia (*Boletim da Intendência*, ano de 1911, 2.º vol., pág. 83, conforme se vê a exposição que precede à consulta).

Mas, na verdade, não haveria porque falar sequer em nulidade, ainda que jamais publicados, em se tratando, como se trata, de atos que, por sua natureza contratual, são atos notariais, por equiparação dos livros das repartições onde foram exarados às notas dos tabeliães. As certidões extraídas dêsses livros, e que não poderiam ser negadas a qualquer interessado que as requeresse, são instrumentos públicos, ou a êstes equiparadas, de vez que pertencentes à classe dos instrumentos públicos "os livros das estações fiscais, ou de *quaisquer repartições públicas*, e as certidões dêles extraídas". (Pereira e Souza, *Prim. Linhas*, parágr. 234), regra pacífica, que já vinha das Ordenações, e a preceituação municipal indicada no *item* em exame apenas consolidou.

Os atos da natureza contratual, formalizados mediante escritura pública (compra e venda de imóveis etc.) ou lavrados (contratos administrativos) no livro próprio da repartição ou ministério a que pertença o serviço contratado (Regul. federal da Contabilidade pública, art. 767, *g*) são atos públicos por decorrência da publicidade presumida de tais registros, notas, assentamentos, por assemelhação ou equiparação legal aos atos dos tabeliães ou oficiais públicos.

Dir-se-á, no entanto, que a ação administrativa, ou de um modo geral, a ação do Poder Público obedece ao princípio da publicidade dos atos oficiais,

que é de regra. Mas há que distinguir na ação do Poder Público os atos de natureza governamental, atos *de império*, atos políticos, atos de autoridade, que são manifestações *unilaterais* do Estado (leis, regulamentos, atos de nomeação, exoneração de funcionários etc.), dos atos de *gestão*, pública (concessões etc.) ou privada (relativos ao domínio patrimonial do ente público), os quais são, por sua natureza, *bilaterais* ou contratuais, sendo que, os de gestão pública, por sua conformação jurídica, são análogos aos de gestão privada, *atos mistos*, como diz Bielsa, em razão de certa reserva que se consente às Administrações na sua execução (I, pág. 210).

Não seria possível medir pelo mesmo estalão a exigência da publicidade que, preterida, não poderia invalidar a celebração de tais atos jurídicos, desde que praticados pela autoridade competente, sem vício de consentimento e observada a forma legal (Veja-se Waline, *Traité de Droit Administr.* 1950, pág. 397).

A publicação, no órgão oficial, dos contratos administrativos — não está sequer mencionada como causa de nulidade, quando preterida, no elenco constante do art. 767 do Regul. da Contabilidade Pública da União. O que aí se menciona, nessa compendiação das formalidades exigidas para a validade dos contratos administrativos, é, como remate, o registro pelo Tribunal de Contas, inexistente, aliás, no âmbito municipal, ao tempo da celebração dos ajustes suspeitados agora de invalidade, por motivo daquela preterição.

Trata-se, de resto, não de contrato originário, isto é, contratação de um serviço, e sim de têrmos de acôrdo, atos complementares ou acessórios de um contrato preexistente, contrato, aquêle, que terá sido dado à publicidade no antigo *Boletim da Intendência*. Tais têrmos de acôrdo tiveram por fim terminar amigàvelmente contestações surgidas na execução do contrato e explicitar estipulações — circunstância a ser levada em conta ainda quando se pudesse admitir como causa de nulidade a argüida preterição de formalidade (publicação), preterição que, no entanto, em qualquer hipótese, não poderia ser alegada pela parte que lhe deu causa, tirando partido da sua própria desídia, pelo princípio de que *nemo admittitur propriam turpitudinen suam allegans*.

3. Versa o quesito III sôbre a natureza dos direitos das partes vinculadas na concessão, no tocante aos bens adquiridos pela concessionária e empregados na organização e execução do serviço, aos bens cedidos pelo concedente e à natureza da obrigação resultante da cláusula da reversão:

"Qual a natureza juridica do direito das Companhias concessionárias sôbre os próprios bens empregados na execução dos serviços das concessões (estações, depósitos de carros e de materiais, usinas produtoras de energia elétrica, oficinas de construção e reparação de veículos, material fixo e rodante, carros, trilhos, postes, fios de transmissão de energia elétrica, excluídos, bem entendido, as ruas e logradouros públicos, para execução do tráfego, objeto da concessão), e os bens públicos por acaso cedidos pela Municipalidade para execução do serviço?

São aquêles bens, a saber, os empregados na execução dos serviços da concessão, de propriedade embora resolúvel da emprêsa, que tem sôbre êles domínio pleno, ou constituem desde já propriedade "a têrmo" da Municipalidade? Pede-se a atenção para a cláusula XLIII do contrato de 6 de novembro de 1907 no trecho referente à alienação de qualquer dêstes bens.

É a reversibilidade estipulada dos bens empregados na execução dos serviços da concessão, um *direito real sui generis* que grave ou onere êsses bens, ou uma simples *obrigação pessoal* da emprêsa concessionária, que, findo o prazo da concessão, deverá entregá-los à Municipalidade em bom estado de conservação"?

— Em se tratando, como no caso, de uma concessão de serviço de bondes, são de duas ordens os bens empregados ou utilizados pela concessionária: os do

domínio público (ruas etc.) cedido pela municipalidade, e sôbre os quais tem esta o domínio, ainda que afetado à execução do serviço ou prestação da utilidade pública (direito *real* administrativo, assim denominado na exposição do direito francês); e os bens pela concessionária adquiridos e componentes da organização do serviço, de reversão estipulada ao expirar o prazo da concessão. Sôbre êsses bens não tem o poder concedente direito *real*, pertencem êles ao patrimônio da concessionária como propriedade *resolúvel*, por efeito da cláusula de *reversão*, finda a concessão. É essa a figura jurídica em que se enquadra o domínio da concessionária: "O domínio ou propriedade resolúvel pode resultar de concessões do poder público. Constituem domínio resolúvel as concessões para a construção, uso e gôzo de estradas de ferro, sempre que, findo o prazo da concessão, tiverem de reverter à União, aos Estados ou aos Municípios" (Carlos de Carvalho, *Nova Consol. das Leis Civis*, art. 381, parágr. único). A propriedade resolúvel é limitada por efeito da ulterior reversão; mas tal limite se refere *sòmente* à duração do direito, como ensina Clóvis (*Coment.*, vol. 3.º, art. 525). Enquanto não se verifica a condição resolutiva, *scilicet* o vencimento do têrmo — o proprietário condicional não deixa, só por isso, de ser proprietário, e único, do bem reversível. Porque não se trata de co-propriedade ou condomínio, ou de desmembramento do domínio, que são hipóteses outras prefiguradas no Código Civil. A reversibilidade subordinada a um fato futuro indica por si mesma que só então, pelo implemento do têrmo, passará o concedente a proprietário.

A reversão pactuada é, portanto, um simples direito *pessoal* da Administração concedente — uma cessão deferida ao têrmo da concessão, como diz Bielsa.

Direitos *reais* são sòmente os enumerados no Código Civil, art. 674. "Não há direito real senão quando a lei o declara" (Clóvis, III, pág. 213). Daí decorre que não é possível falar em direito *real* administrativo para qualificar o poder jurídico da Administração sôbre os bens componentes do serviço aparelhado pelo concessionário. Se é certo que assim o entendem alguns expositores, não é essa, no entanto, a melhor doutrina, pelo menos em face do nosso Código Civil que enumera *taxativamente* os direitos reais, não dando margem à derivação de outros, como acontece no direito francês para os que entendem de caráter meramente *enunciativo* a disposição congênere do Código Civil (veja-se Planiol & Ripert, *Traité Pract.*, vol. III, n.º 48): salvo no tocante à qualificação do direito que sôbre os bens do domínio público exerça o contratante por delegação do concedente, *direito real administrativo*, ainda que contraditòriamente *temporário* e *revogável*, por efeito da inalienabilidade inerente ao domínio público (*Ibidem, ibd.*, n.º 49).

A propriedade da concessionária sôbre os bens por ela adquiridos e empregados na prestação do serviço é, pois, a do direito comum, regulada pelo Código Civil (*v.* Bielsa, *ob. cit.*, vol. 1.º, págs. 420-421), ainda que *resolúvel* por efeito da reversão estipulada.

Do mesmo modo Roger Bonnard, que distingue das concessões pròpriamente ditas, que são adjudicadas ao organismo privado de uma emprêsa que aparelha o serviço com os seus elementos de capital próprios, sem colaboração financeira do Estado — as sociedades de *economia mista*, em cuja formação entra o Estado como acionista, resultando daí a assemelhação de tais sociedades ou emprêsas às organizações *en régie*, que são serviços organizados ou aparelhados pelo Estado. Naquelas, isto é, nas concessões pròpriamente ditas, a propriedade dos bens é da concessionária, na forma do direito comum (Roger Bonnard, *Droit Administr.*, págs. 546-7).

A reversão não confere ao concedente senão o direito *pessoal* à entrega do acervo industrial, quando findar a concessão. A cláusula 43 do contrato de 6 de novembro de 1907, a que alude a consulta, admitindo a alienação de algum dêsses bens, ouvida a Prefeitura, pressupõe, por decorrência dessa alienabilidade admitida, a titulação dêles

no patrimônio da concessionária — têrmos em que respondo às questões formuladas neste quesito.

4. Pergunta-se a seguir:

"IV — A operação prevista no têrmo de 22 de julho de 1909, cláusula VII, isto é, a transferência da reversibilidade de prédios ou partes de prédios, atualmente reversíveis para outros até então *não reversíveis, que passam* a categoria de *reversíveis*, e isto por acôrdo com a Prefeitura e mediante as devidas compensações, pode considerar-se uma permuta de bens"?

— Evidentemente não. O contrato de troca ou permuta participa da natureza da compra e venda (*Cód. Civil*, art. 1.164). Supõe proprietários diferentes, o permutante e seu co-permutante. Se os bens trocados são de um mesmo proprietário, o que ocorre é uma *substituição* do objeto no pressuposto de um contrato já realizado, *troca*, na linguagem corrente (como no caso de alguém que volta à loja onde comprou um objeto para *trocá-lo* por outro), não, porém, na acepção jurídica, que supõe uma alienação recíproca (Cunha Gonçalves, *Trat. de Dir. Civil.* vol. VIII, pág. 627).

Se ambos os imóveis, o *não reversível* e o *reversível*, liberado êste e substituído pelo outro, que ficou no seu lugar respondendo pela ulterior devolução do serviço, são do patrimônio da concessionária, é claro que, consentindo nessa substituição, a Prefeitura não alienou nenhum bem do domínio municipal. O que existe em tal caso é "uma espécie de sub-rogação", como observou no seu parecer a comissão de juristas incumbida de examinar a dúvida suscitada, e do qual foi relator o eminente Dr. José Sabóia Viriato de Medeiros.

5. Finalmente, o quesito V, de referência à inoperância do disposto na cláusula contratual sôbre a dissolução da sociedade, findo o prazo da concessão:

"A estipulação inserta na cláusula XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890 (Jardim Botânico) a qual declara ficar a Companhia *ipso facto* dissolvida findo o prazo de concessão, tem cabimento num contrato entre a Prefeitura Municipal e a Companhia, representada esta por seus diretores? Podiam êstes exercer vàlidamente numa atribuição privativa dos acionistas, reunidos em assembléia geral ou por fôrça da cláusula expressa dos Estatutos? Como quer que seja, não foi esta cláusula revogada pela cláusula V do contrato de 25 de maio de 1900, lavrado em fôrça de autorização expressa do art. 4.º do Decreto n.º 739, de 17 de março de 1900"?

— O prazo de duração da sociedade é prefixado nos seus Estatutos ou no contrato social. Se a sociedade tem por objeto a contratação de um serviço público, costuma coincidir com o prazo do contrato a duração da sociedade, o que não impede, entretanto, que seja prorrogado se prorrogada a execução do serviço.

Terá vindo dessa coincidência ou dêsse paralelismo a estipulação de que, findo o prazo da concessão, a Companhia contratante ficaria *ipso facto* dissolvida, o que não significa, aliás, como é elementar, a extinção da sociedade, que, ainda depois do prazo de sua duração, subsistirá para os efeitos da liquidação com o seu órgão deliberativo, que é a assembléia dos acionistas, à qual incumbe decidir sôbre o destino que queira dar aos valores do ativo.

É um direito que cabe aos acionistas, e não aos diretores da sociedade que assinaram o contrato, do que resulta a inoperância da estipulação. Ainda porque não será impossível jurìdicamente que a sociedade resolva, findo o prazo da concessão, e revertido o serviço, dar-se a outra atividade com objetivo diverso, por emprêgo dos valores do seu patrimônio privado. "Se os acionistas, em maioria, resolvem, em assembléia geral extraordinária, continuar com a sociedade anônima, haverá certamente mudança do objeto social" (Trajano Valverde, *Sociedade por ações*, vol. II, pág. 127).

É, pois, um direito dos acionistas em maioria adotar essa alternativa, ou a incorporação da sociedade em outra, ou sua fusão, atribuições que competem à

assembléia, assegurado aos dissidentes o direito ao reembôlso do valor das suas ações, nos têrmos do art. 107.

Essa possibilidade confirma o interêsse legítimo que possa ter a sociedade em recuperar, no curso da exploração, o seu capital investido no serviço aparelhado, para empregá-lo em outra atividade. E até mesmo para concorrer ao serviço no caso de nova licitação, com a preferência que lhe ficou assegurada pelos atos de que dá notícia o quesito, cláusula de preferência que supõe necessàriamente a sobrevivência da sociedade.

Nestes têrmos respondo: 1.º — é inoperante a estipulação relativa à dissolução da sociedade; 2.º — e quando dúvida houvesse, estaria dissipada pelo direito de preferência que ficou assegurado à contratante para concorrer à nova adjudicação do serviço, expirado o prazo da sua concessão.

É o que me parece. Rio, 10 de agôsto de 1955. *Castro Nunes*, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

*

PARECER

II

A questão proposta consiste em saber se cabe o mandado de segurança para remover o ato arbitrário do Prefeito, impondo, pela via oblíqua da recusa do recebimento do impôsto de transmissão, um obstáculo à livre disponibilidade dos bens integrantes do domínio privado de uma emprêsa concessionária de serviço público, não vinculados à prestação do serviço contratado e, portanto, não reversíveis ao poder concedente quando da expiração do prazo contratual da concessão. Tal a questão, desdobrada nos 3 itens seguintes:

"1.º — Quer numa quer noutra hipótese, não importa o despacho do Prefeito na violação de um direito certo e líquido das emprêsas à livre disposição de seus bens, de bens indubitàvelmente de seu domínio privado?

2.º — Não importa em manifesto desvio de poder o utilizar-se o Prefeito da circunstância de dispor a Prefeitura do impôsto de transmissão de propriedade, para, por êste meio, cercear a livre disposição dos bens imóveis de propriedade da consulente?

3.º — Contra êsse ato não tem inteiro cabimento o remédio jurídico de mandado de segurança?"

I. Conforme já ficou esclarecido em outro parecer sôbre o mérito da questão, a concessionária possui duas ordens de bens, os do domínio concedido, vinculados à execução do serviço de carris, e outros que formam o seu domínio próprio ou privado, bens que, não interessando à prestação do serviço concedido, não reverterão com êste ao poder concedente. A possibilidade dêsse duplo domínio, isto é de um patrimônio privado formado pela emprêsa concessionária por aplicação dos lucros da exploração, não sofre dúvida na exposição do direito, está na lição de Jèze e de todos os expositores; e seria, aliás, absurdo negar-lhe êsse direito, que é um consectário da capacidade civil da pessoa jurídica na aplicação que dê às suas disponibilidades. E no caso em exame, a existência em concreto de tais bens foi admitida, placitada e reconhecida pelo poder concedente (Prefeitura) em atos sucessivos e reiterados que excluem qualquer dúvida a respeito.

Temos, pois, que a consulente possui, além dos integrantes do aparelhamento do serviço, e que terão de reverter à municipalidade, outros bens, alheios a essa destinação, e, portanto, irreversíveis, dos quais pode ela dispor livremente, alienando-os como qualquer particular, sem obstáculo possível por parte da administração concedente.

Os bens dessa categoria, isto é os imóveis do domínio privado da concessionária, estão sujeitos ao impôsto predial, que a Prefeitura sempre recolheu, precisamente porque, sem relação com a execução do serviço concedido, não poderiam gozar dos favores contratuais. E assim o entendeu, e bem, a Prefeitura, em várias administrações, mediante têrmos devidamente formalizados, mandando lançá-los para o pagamento daquele impôsto — com o que se estabele-

ceu o traço distintivo dos bens *não reversíveis*, que são êsses, e os *reversíveis*, não sujeitos àquele impôsto.

Tendo contratado a venda de um daqueles bens, isto é de um imóvel *não reversível* e por isso mesmo lançado para o pagamento do impôsto predial — índice ostensivo da irreversibilidade — recusa-se a Prefeitura, por deliberação do Prefeito, a processar a guia do recebimento do impôsto de transmissão sob a alegação especiosa de que tal imóvel será, ou poderá ser reversível...

Não importam essencialmente os têrmos do despacho, se já decisório, no sentido da reversibilidade, ou se apenas dilatório do direito que assiste à concessionária de dispor dos bens do seu domínio não vinculado — porque, em qualquer hipótese, existe a violência, que estará, *prima facie*, no utilizar-se a Prefeitura das suas faculdades de Poder Público, desviando-as da sua finalidade, para estorvar o exercício do direito de propriedade.

II. A arrecadação dos impostos é uma atividade *regrada* da Administração, consoante a distinção conhecida frente aos atos discricionários que possa praticar. São atos que dizem com a incidência, nos seus pressupostos de fato previstos em lei, forma de arrecadação, montante do impôsto, prazos e épocas de pagamento etc. Tudo isso é disciplinado, regrado, regulamentado, movendo-se o Fisco dentro dêsses limites prefixados, dos quais não pode sair para praticar atos não relacionados com essa função exatora. Não está ao seu alcance recusar o impôsto, se oferecido na época própria, no montante exato e sôbre operação prevista em lei como pressuposto da sua incidência. Recusar o recebimento do impôsto devido nos têrmos da lei específica, para resguardo de outros direitos que a Administração se atribua, e para cuja ressalva existem os meios próprios, é desvirtuar a arrecadação tributária, dela se prevalecendo o Poder Público em contrário à letra e ao espírito da preceituação legal respectiva.

Em se tratando de uma situação contratual mais grave é ainda a exorbitância de tal procedimento. Ainda que se trate de uma *concessão*, (contratação de serviço público que comporta o duplo plano, o *regulamentar* e o pròpriamente *contratual*, como é elementar na exposição da matéria), não está ao alcance do poder concedente servir-se das suas faculdades de Poder Público para adotar as sanções que lhe aprouver no contrôle da execução das estipulações contratuais. As sanções são, em regra, como ensina Jèze, as estipuladas no contrato — e não outras quaisquer, como, por exemplo, as decorrentes do *poder de polícia* da Administração pública concedente, poderes de polícia que ela poderá exercer por *medidas de ordem geral*, aplicáveis indistintamente a todos (inclusive os concessionários de serviços públicos) aos permissionários, aos particulares etc. (medidas de segurança do tráfego, higiene, etc.), não, porém, a *êste* ou *àquele* concessionário em particular, como sanção substitutiva ou mais gravosa do que a prevista no contrato. Vejamos a lição do grande tratadista, que, de referência à controvérsia, põe como regra primeira: *O poder de polícia não pode ser empregado para sancionar o cumprimento de uma obrigação do concessionário que resulte ùnicamente da concessão.* Daí notícia a seguir da jurisprudência do Conselho de Estado, firme e seguida, no sentido de que os regulamentos policiais, as providências ou ordens dessa natureza (sabe-se que "o poder de polícia" abrange tudo o que se relacione com a tranqüilidade, segurança, salubridade, bem estar, higiene etc. das populações) não podem ser aplicadas a dado concessionário, *nessa qualidade*, como refôrço das sanções estipuladas no contrato de concessão. Eis as suas palavras textualmente reproduzidas, com os grifos do próprio autor: — Sôbre êste ponto, a jurisprudência do Conselho de Estado é muito firme. Para forçar o concessionário a cumprir as *obrigações que derivam da concessão, com a interpretação que lhe dê o concedente*, êste último não pode utilizar a ordem de polícia. Isto equivaleria a usurpar uma competência que seria do juiz (e não da Administração);

e substituir o regime das sanções previstas no ato de concessão, ou derivados da natureza da concessão, *por outro regime de sanções.*

Se o poder concedente assim procede — acrescenta — o Conselho de Estado lhe *anula* a decisão por *excesso ou desvio de poder* (*Princ. gen. — Teoria general de los contratos de l'administración*, ed. arg., vol. VI, págs. 120-121). No mesmo sentido, entre outros, Bielsa (*Derecho Administr.*, 4.ª ed., I, pág. 408, nota), Hauriou, (*Droit Administr.*, pág. 800); Dareste, *Les Voies de recours*, pág. 76).

O que daí se depreende, como regra a assentar, é que o Poder Público concedente, conservando embora os seus poderes de polícia para a promoção e resguardo do bem coletivo nas suas várias modalidades, pode legislar ou adotar as medidas que estejam na sua alçada com tais objetivos, mas por medidas *gerais* e *impessoais*, como diz Blondeau na citação de Bielsa, que serão aplicáveis, como as leis trabalhistas e as de natureza fiscal, a todos *indistintamente*, ao concessionário ou aos concessionários da comuna, se houver mais de um, aos permissionários da ocupação do domínio público, aos particulares no tocante ao tráfego ou utilização das vias públicas — a todos, enfim, e não, particularizadamente, a um dado contratante como sanção policial de reforço ou sucedânea da prevista no contrato. Não fôra assim, e estaria — acrescentam os expositores — nas mãos do poder concedente exercer uma atribuição de índole judicial, pois que as infrações ou contravenções de polícia, ainda que relacionadas com a execução de um serviço concedido, escapam à competência administrativa, delas conhece o juiz competente para julgá-las, aplicando as penas pecuniárias correspondentes.

É perfeitamente idêntica a hipótese que ora se verifica no caso da consulente. O poder de polícia, inerente a tôda administração, é uma faculdade do Poder Público, de que êste pode dispor para fins de interêsse geral e na medida dessa destinação. Do mesmo modo a arrecadação dos impostos, preceituada nas leis e regulamentos que a disciplinam como faculdade exercida pelo Estado (ou Prefeitura) como Poder Público, apanhando na rêde das suas disposições os contribuintes em geral, não podendo ser porém utilizada para, sob a forma de recusa do impôsto devido e relativo ao negócio jurídico correspondente, sancionar uma obrigação contratual do concessionário.

III. Diga-se de passagem — antes de examinar a configuração típica do *desvio* de poder em que se traduz a *injunção* administrativa adotada — que, previstos no contrato os meios destinados a resolver as dúvidas que decorram entre as partes contratantes e as medidas de coerção (multas contratuais, rescisão, caducidade) visando à prestação regular do serviço, são essas as sanções ou medidas adequadas, que o Poder Público, ao conceder o serviço, terá julgado suficientes e foram aceitas pelo seu co-contratante, pautando-se por tais normas a execução do contrato. Via de regra, diz Jèze, a sanção prevista no contrato deve ser havida por suficiente; a administração concedente não poderá aplicar outra. E se é certo que a moderna teoria das concessões de serviços públicos consente ao poder concedente maior soma de contrôle, tal ampliação, por desenvolvimento das estipulações, visa à *prestação do serviço*, na sua *regularidade, eficiência, aparelhamento técnico*, em estreita articulação com tais objetivos, isto é a prestação *regular, continuada, não interrompida* do serviço público contratado (obra cit., VI, págs. 12 e 25).

O imóvel ou imóveis de que se trata não fazem parte do parque industrial da emprêsa concessionária. São bens do seu patrimônio particular e separado. Se dúvida existe no tocante à classificação do imóvel de alienação contratada pela emprêsa, o curial seria mandar processar a guia do pagamento do impôsto de transmissão com a *ressalva*, tantas vêzes admitida na prática dos atos administrativos, de ulterior apuração, acêrca do ponto controvertido. Ainda porque a Prefeitura está, ela

própria, em dúvida, e isso mesmo se vê do despacho impugnado e até do expediente adotado de ser levantado um cadastro dos bens da concessionária para se verificar se o bem em questão pertence, ou não, ao seu domínio privado.

Considere-se ainda que, assim procedendo, a Prefeitura abandonou o juízo arbitral estipulado na *cláusula compromissória* do contrato definitivo, de unificação das linhas de carris, celebrado em 6 de novembro de 1907 (cláusula 49). Previu-se aí que as dúvidas e divergências que na execução do contrato viessem a surgir fôssem dirimidas por aquêle meio transacional, apropriado, na hipótese ocorrente, que é de natureza patrimonial. O caminho a seguir seria proceder na forma indicada pormenorizadamente naquela cláusula para a instituição do juízo arbitral, mediante o compromisso a ser celebrado pelas partes contratantes.

Se é certo que o pacto *de compromittendo* não é ainda o juízo arbitral, sendo lícito às partes, até então, recorrer à autoridade judicial, a opção que daí decorre não comporta a via administrativa, e sob a forma escusa adotada. Estará entre a via arbitral e a via judicial; não entre aquela, que é a prevista no contrato, e a via administrativa, ou, melhor, a injunção de que lançou mão o poder concedente, abusando das suas faculdades de Poder Público, para impor à outra parte um impedimento à livre disponibilidade dos seus bens.

IV. O caso é de abuso ou excesso de poder na sua modalidade conhecida por desvio ou desvirtuamento da atribuição exercida para servir a outro objetivo que não ao *fim do serviço*, pelo qual se mede o exercício legal da atribuição.

Paul Duez, apoiado em Michoud, assim explana a noção:

On dit qu'un acte est entaché de détournement de pouvoir lorsque son auteur a poursuivi un but non conforme à la loi du service. "En dehors des lois spéciales qui déterminent la compétence, la forme et le contenu légal des actes administratifs, il existe une loi générale qui, sans être écrite dans un texte précis, domine toute l'activité administrative, au moins dans les pays arrivés à un certain degré de civilisation. Cette loi, c'est que l'administrateur ne peut agir même pour des actes dont le contenu rentre dans sa compétence, qu'en vue de certains buts d'intérêt général et qu'il excède son pouvoir en agissant en vue d'un but autre que celui que la loi assigne à son activité".

E acrescenta:

Cette définition nous montre que la notion de détournement de pouvoir se rattache à la légalité et non à l'opportunité, en ce qu'elle fait apparaître un problème touchant la détermination des pouvoirs légaux de l'agent qui n'a pas le droit d'agir dans un but autre que celui indiqué expressément ou tacitement par la loi du service. Au fond, elle est un aspect spécial, plus raffiné, de la violation de la loi, ou, mieux encore, un cas d'incompétence: détourner un pouvoir de son but légal, c'est bien, en effet, agir incompétement" (Paul Duez, *Les Actes de Gouvernement*, pág. 206).

Nem mesmo no exercício dos poderes ditos discricionários da Administração se admite que esta use de tais poderes para fins outros que não os prefigurados na outorga legal. A legitimidade do ato administrativo há de vincular-se à *causa jurídica* que informa o ato, como longamente o demonstra Fiorini, na sua monografia, *La discrecionalidad en la Administración publica*, 1948, págs. 41 e segs.. A *causa* do ato diz com o *fim do serviço*, a razão de ser da instituição dêste, esclarece ainda Duez:

Il faudra que l'acte, pour être régulier, apparaisse, dans sa cause, conforme à la loi du service. Celle-ci ne permet pas au pouvoir discrétionnaire d'effectuer des actes dont les motifs ne seraient pas en harmonie avec elle. Une nouvelle source d'illégalités apparaître ainsi (*Ibidem*, pág. 207).

O fim visado pela autoridade, no exercício da sua atividade ou atribuição, há de ser o *fim do serviço*, fim específico, e não outro, ainda que, possìvelmente, de interêsse público.

La theorie du détournement de pouvoir est fondée sur cette idée que les administrateurs n'ont reçu de la loi leurs pouvoirs que pour le bien du service. Le pouvoir conféré à la puissance publique est lié au but de l'institution. Lorsqu'un administrateur, par la décision qu'il prend, vise un autre but que celui en vue duquel ses pouvoirs lui sont donnés, il sort vraiment de sa compétence. A un autre point de vue, on peut dire qu'il viole la loi en néconnaissant son esprit. Il y a donc détournement de pouvoir lorsqu'un administrateur use de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés (Appleton, *Du Contentieux Administr.*, pág. 622).

Nem basta alegar que o funcionário, saindo dos seus poderes legais, visou atender a um interêsse público, porquanto, ainda assim, se dará o desvirtuamento do poder que lhe foi conferido para um fim *determinado*, ao qual terá de cingir-se a autoridade. Vejamos a lição de Waline:

Dans un tel cas, le fonctionnaire ne peut user de ces pouvoirs en vue d'un but quelconque, même d'utilité publique, autre que celui précisé par le législateur.

E linhas adiante:

Le Conseil d'État se reconnaît ainsi le pouvoir d'interpréter les lois qui ont conféré pouvoirs aux différents fonctionnaires (v. C. E., 27 juin 1945, *demoiselle Roullliés) et de juger que ces lois ne leur ont donné de tels pouvoirs qu'en vue d'une fin déterminée, de sorte que tout exercice de ces pouvoirs en vue d'une autre fin, quelle qu'elle soit, est illégal* (*Droit Administr.*, pág. 132).

O desvio — diz ainda Waline, pode assumir uma feição processual, como no caso em que a Administração, pondo de lado a via legal, porque *plus longue ou plus onereuse pour l'administration* (e é bem a hipótese em exame), lance mão de um expediente desviado dos limites da sua atribuição (*Ibidem*, pág. 132).

V. Se o imóvel que a concessionária pretende alienar é, ou não, reversível, qualquer dúvida que houvesse estaria esclarecida pelo só fato de se tratar, ou não, de imóvel sujeito ao impôsto predial, ou dêle isento. Para a Prefeitura essa dúvida não pode existir, porque se o imóvel foi lançado para o impôsto predial, sinal é que não se inclui no aparelhamento do serviço concedido. Existe assim (mesmo abstraindo dos antecedentes, têrmos de acôrdo, seus aditamentos, despachos de Prefeitos anteriores, antecedentes que são atos oficiais praticados declaradamente com aquêle objetivo diferenciador) *um sinal exterior, um índice positivo de identificação dos bens não vinculados à execução do serviço*, pois que os utilizados nessa execução, gozam do favor contratual da isenção. Essa diversidade do tratamento fiscal corresponde à separação dos dois domínios, indicando clara, positiva e irrecusàvelmente quais os bens do patrimônio privado da concessionária, sôbre os quais nenhum direito ou expectativa de direito pode ter o concedente por efeito da ulterior reversão do serviço.

VI. O direito afetado é o direito que tem o proprietário de dispor dos seus bens (Cód. Civil, art. 524). Os limites ao exercício dêsse direito, fundados no poder de polícia, ou em outras considerações do interêsse público, hão de estar expressos em lei, como restrições gerais, impessoais. A violação provém da injunção adotada na tramitação do recolhimento do impôsto de transmissão, mediante a utilização pelo poder concedente da sua atribuição exatora (e o ato do Prefeito mandando trancar o processamento da guia é ato de superior hierárquico no setor administrativo da arrecadação de impostos) para, por essa via transversa, sancionar obrigações contratuais, ou ressalvar um pretenso direito, cuja conservação encontraria na lei, ou no próprio contrato, meios apropriados (via arbitral, deferimento com ressalva de ulterior apuração, ação declaratória) os quais foram postos à margem para ser adotado aquêle meio irregular.

A dúvida levantada não tem consistência — *data venia* dos ilustres prola-

tores dos pareceres em que se louvou o chefe do Executivo municipal; e as dúvidas que podem obstar a declaração do direito pela via de segurança hão-de ser sérias, fundadas, razoáveis, pois que, de outro modo, estaria ao alcance da malícia do Poder Público trancar sempre que quisesse aquêle meio assecuratório do direito mais líquido e mais certo.

O pressuposto de fato — não se tratar de imóvel integrante do aparelhamento do serviço e, portanto, não reversível — está sufiicentemente comprovado, de vez que identificado o imóvel como *não reversível* pelo lançamento e sujeição ao impôsto predial e taxas imobiliárias — ato fiscal que obedeceu precisamente a êsse pensamento, como se vê dos seus antecedentes, também, êstes, atos administrativos do concedente.

Tudo o mais é matéria de direito, e elementar na teoria das concessões de serviços públicos: *a*) que a reversão é *do serviço*, e porque deva êste ser *continuado* após o prazo do contrato, *reverte* ao concedente com os elementos *materiais* do seu aparelhamento; *b*) que no patrimônio do concessionário podem existir, além dos bens que constituem o parque industrial da exploração, outros sem tal destinação e, portanto, alheios aos favores e às obrigações do contrato; *c*) que tais bens não são do domínio concedido, e sim do domínio privado do concessionário, que dêles poderá dispor, como qualquer particular, sendo de observar a propósito que o direito que tem o proprietário de alienar os seus bens não é cerceado nem mesmo quando declarados de *utilidade pública*, para fins de desapropriação, enquanto não efetivada; *d*) que a arrecadação de impostos é atribuição *regrada* disciplinada por normas legais e regulamentares que não comportam a recusa do tributo fora das hipóteses previstas nessa preceituação, que é a *lei do serviço; e*) que, mesmo em se tratando de atribuição a ser exercida discricionàriamente, estaria limitada pelo *fim* objetivado na outorga legal; *f*) que a Administração concedente, servindo-se das suas faculdades de Poder Público (poderes de polícia, poderes tributários, poderes fiscais, etc.) para delas tirar uma sanção peculiar à execução de determinado contrato, desvirtua a finalidade da atribuição que lhe conferiu a lei, para praticar um ato estranho a essa finalidade, nisso consistindo o *desvio* cometido e lesivo de um direito.

O mandado de segurança é meio hábil para corrigir, não sòmente a violação frontal da lei (o que só raramente ocorre) mas também as modalidades decorrentes da interpretação *errônea* ou *indevida* da lei — e são êsses os casos mais freqüentes em que se configura um excesso ou abuso de poder. O que é defeso ao juiz é o exame da *conveniência* ou *oportunidade* da medida administrativa, consoante os ditames da doutrina e os preceitos legais da antiga Lei 221, de 1894, ainda aplicáveis como critérios de balisamento da apreciação judicial no julgamento dos atos da Administração. E mesmo em se tratando de atos discricionários, o contencioso da legalidade pode ser exercido para corrigir a incompetência ou o excesso de poder em que incorra a autoridade (Veja-se o nosso *Do Mandado de Segurança*, págs. 182 e segs. da 4.ª edição).

O desvio (*detournément*) do poder é o uso indevido ou vicioso que de suas atribuições faça a autoridade. Resolve-se afinal num problema de excesso ou abuso de poder e êste, por sua vez, conduz à incompetência.

Daí o dizer-se que o juiz do ato administrativo não sai do exame da legalidade quando pronuncia a nulidade do procedimento inquinado daquele vício, que se define por uma incompetência, não formal, mas material. A autoridade que recusa o pagamento de certo impôsto é *formalmente* competente para todos os atos relacionados com a arrecadação; mas, quando se serve dessas atribuições para um fim diverso, a que visa, e declaradamente, é *materialmente* incompetente, do que resulta o excesso

de poder ou seu desvirtuamento, que a êle se equipara.

O mandado de segurança é, pois, o meio próprio, ficando assim respondidos afirmativamente os três quesitos formulados.

Rio, 10 de agôsto de 1955. — *Castro Nunes*, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.