CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — REVERSÃO — FUNDO DE AMORTIZAÇÃO — PUBLICIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS — PROPRIEDADE DOS BENS DO CONCESSIONÁRIO — PERMUTA — DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA

— Reversão quer dizer que os bens se converteram ou se tornaram do domínio público, mas não quer dizer que já eram do domínio público, antes da concessão.

— Se o concessionário constitui um fundo de amortização com lucros que realizou, êste lhe pertence livremente, podendo ser empregado em bens de qualquer espécie.

— Os bens que não estejam ligados ou destinados à exploração do serviço não fazem parte da reversão.

— A falta de publicidade não importa em nulidade do contrato administrativo.

— Os bens destinados ao serviço da concessão petencem à concessionária sob condição resolutiva.

PARECER

* 1. — A Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico é sucessora de outras que obtiveram a concessão da Municipalidade do Rio de Janeiro para explorar a indústria do transporte de passageiros e cargas por meio de carris sôbre trilhos instalados nas vias e logradouros da cidade. Pelo contrato de 30 de agôsto de 1890 o prazo da concessão foi prorrogado até 31 de dezembro de 1930. Por fôrça da substituição da tração animal pela tração elétrica, êsse prazo foi mais uma vez dilatado até 31 de dezembro de 1960.

2. — O contrato de 30 de agôsto de 1890 continha esta cláusula:

"Findo o prazo da concessão, a Companhia ficará *ipso facto* dissolvida, e reverterão para o patrimônio municipal, em bom estado de conservação, todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes".

Esta cláusula foi alterada pelo contrato de 25 de maio de 1900, onde se lê simplesmente:

"Findo o prazo da concessão, a Companhia terá preferência para continuar a explorar as linhas, quando em igualdade de condições disputadas em concorrência pública, e a Municipalidade não chame a si êsse serviço".

3. — Entre a Municipalidade e a concessionária surgiram várias *questões judiciais* oriundas da cobrança de impostos sôbre bens, que a Companhia sustentava estarem isentos dêsse tributo. Essas questões ficaram, por comum acôrdo, dirimidas pelo têrmo contratual de 22 de julho de 1909, no qual se esclareceu serem tributáveis sòmente os bens reversíveis e não tributáveis os bens não reversíveis. Para maior clareza, fêz parte do acôrdo uma relação dos bens não tributáveis, que eram os que

* NOTA DA RED.: Sôbre o mesmo assunto ver os pareceres de Castro Nunes, publicados neste volume, e os de Barbosa Lima Sobrinho e José Sabóia Viriato de Medeiros, publicados no vol. 41, desta *Revista*, às págs. 433 e 503.

estavam aplicados no serviço da concessão e tributáveis os que não tinham essa aplicação, valendo a distinção, como se vê do têrmo, para as futuras construções ou aquisições.

4. — Em 29 de abril de 1910 novo acôrdo se fêz, sem alterar, no entanto, o de 22 de julho de 1909, cujas cláusulas continuaram em vigor.

5. — Os acordos de 1909 e 1910, acima referidos, foram submetidos ao Conselho Municipal, consoante se vê da Mensagem de 27 de abril de 1911. Durante dilatados anos êsses têrmos foram observados e praticados, sem controvérsia nem impugnação, tendo a Companhia obtido licença da Municipalidade não só para alienar, como para substituir bens, que deveriam, findo o contrato, reverter para o patrimônio municipal.

6. — Do têrmo de 6 de novembro de 1907, relativo ao grupo unificado de Companhias, consta a cláusula XLIII do teor seguinte:

"Findo o prazo da concessão reverterão para o domínio da Prefeitura Municipal todo o material fixo e rodante das Companhias ou Emprêsas e bem assim os imóveis, como usinas, motores, oficinas, estações, depósitos e tôdas as demais dependências especiais e próprias dos serviços dêste contrato, sem indenização de espécie alguma".

7. — Finalmente, por têrmo de 18 de dezembro de 1916, lavrado, como os outros, no livro próprio da Prefeitura, a "The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited" se tornou única titular das concessões das Companhias S. Cristóvão, Vila Isabel e Carris Urbanos "incluídos nas ditas concessões todos os direitos, privilégios, ônus, vantagens, cauções, bens móveis e imóveis, coisas e quaisquer outros bens afetos à execução dos serviços constantes do contrato de 6 de novembro de 1907... uma vez que, findo o dito prazo, a que se refere a cláusula XLIII do mencionado contrato de 6 de novembro de 1907, se devam considerar os aludidos bens como incluídos na dita cláusula XLIII, para os efeitos da reversão ao domínio da Prefeitura Municipal dêste Distrito Federal..."

8. — Êste é o resumo da circunstanciada exposição que precede à Consulta, a qual contém os elementos necessários ao estudo da matéria.

Reza o primeiro quesito:

"Podem as companhias concessionárias, a saber, tanto a "The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company" 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 previstos em seus contratos, recuperar o capital aplicado nas obras e serviços da concessão?

Podem êsses lucros ser aplicados em bens imóveis?

Êstes bens imóveis, assim adquiridos, são de 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 no serviço 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, assinada com "The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company Limited"?

Respondo afirmativamente: *a*) o fundo de amortização, para recuperação do capital, aplicado nas obras e serviços da concessão, é lícito e decorre da própria natureza do contrato: *b*) êsse fundo pode ser aplicado em bens de qualquer espécie, que ficarão sendo de exclusiva, plena e livre propriedade das

Companhias, pois não estão sujeitos à reversão; *c*) a cláusula XLIII do contrato de 1907 não é incompatível com a cláusula XIX do contrato de 1890, pois apenas explica e esclarece o que nesta se contém, entendida, como deve ser, pela razão jurídica e não por exagerado apêgo ao sentido literal de sua linguagem, com flagrante violação do artigo 85 do Código Civil.

9. — Iniciarei mostrando a impossibilidade de extrair do emprêgo da palavra *reversão* a conseqüência de que os bens das companhias concessionárias pertenciam ao domínio público. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, terceira edição n.º 263, figura três hipóteses: *a*) O serviço público não carece, necessàriamente, de instalações próprias; *b*) o serviço carece de instalações próprias que já existem; *c*) o serviço carece de instalações que ainda não existem. A hipótese da letra *a* não interessa. No caso da letra *b*, como as instalações pertencem ao poder público, elas são arrendadas conjuntamente com a concessão do serviço. Finalmente, na hipótese da letra *c*, a regra, como aconteceu no caso da Consulta, é fazer o concessionário, por sua conta e risco, com meios próprios, as instalações, juntando-se, assim à concessão do serviço público uma concessão de obras públicas. Observa Marcelo Caetano:

"A qualificação da concessão do serviço público numa das categorias correspondentes a estas três diferentes hipóteses *tem grande importância*, em especial por virtude de duas ordens de efeitos que daí derivam: o prazo da concessão e a *eventual reversão gratuita* do estabelecimento para o concedente no têrmo da concessão".

Idêntica distinção faz Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, seconda edizione, v. 2, n.º 89, esclarecendo que a concessão de serviço, acompanhada da construção, se chama concessão integral.

10. — Dessa explicação resulta a grande importância divisada por Marcelo Caetano na classificação, pois, se a concessão vem unida a um arrendamento, há bens a serem devolvidos; e se se trata de concessão integral há que ser devolvido a parte do solo público ocupada com as obras e instalações. Nesses casos, nada há que se objete quanto ao emprêgo da palavra reversão. Mas, na concessão integral, a palavra reversão não convém quanto aos bens adquiridos ou construídos pelo concessionário, porque êstes são de sua propriedade e não do concedente. Não se podendo alterar a natureza das coisas pelo mau emprêgo das palavras, visto que não *res sermoni sed sermo rei subjectus est*, a conclusão é não ter conseqüência jurídica o emprêgo do têrmo impróprio. Aliás, em matéria de concessões administrativas, a terminologia salienta-se pela imprecisão. Veja-se a seguinte passagem de Valerius, *Concessions et régies communales*, v. 1, página 131, Paris, 1920, onde se pretendeu que o Estado resgatasse o que não havia cedido:

"A expressão *resgatar a estrada de ferro*, disse o Tribunal, tomada literalmente, *é destituída de senso jurídico*... Não se pode resgatar senão o que foi cedido. O Estado não cedeu a propriedade da estrada de ferro, nem nenhum desmembramento desta propriedade...".

É o que, semelhantemente, acontece aqui: a Municipalidade não transferiu à concessionária os bens em questão, pela razão simplíssima de que não tinha êsses bens. Como, então, pretender que o simples uso inadequado da palavra reversão tenha a virtude de considerá-la proprietária?

11. — Valerius, lugar citado, pág. 149, mostra bem que o concedente não é proprietário antes da concessão. Nenhum direito preexistente tem. É a concessão que lhe dá êsse direito:

'Em geral, o distribuidor de água e de iluminação executa trabalhos e estabelecimentos, *cujo projeto êle mesmo concebeu*: precisou dirigir-se à comuna para obter permissão de usar a via pública. Êsses estabelecimentos se tornam, é verdade, finda a concessão, propriedade da autoridade concedente; mas, durante o prazo previsto no caderno de encargos, *pertencem ao concessionário*. É em virtude do caderno de encargos, *e não por fôrça de um direito preexis-*

tente, que a administração os faz entrar em seu domínio".

12 — Entretanto, o que não se justifica é dar à palavra reversão um sentido que se não adapta à hipótese, desprezando outro que assenta perfeitamente. Se em certos casos reversão pode significar a volta dos bens concedidos ao domínio público, em outros, quando, como se viu, não exista no concedente, nenhum direito anterior à concessão, a referida palavra só pode significar a transferência dos bens, que eram do concessionário para o concedente, em virtude do que pactuaram. E, assim, reversão não significará apenas restituição ou devolução, mas também exprimirá *redundar, converter-se, tornar-se, resultar*. É o que se lê no *Dicionário de Sinônimos e Antônimos* de Francisco Fernandes, terceira edição, pág. 783, vb. reverter. Aí se vê o seguinte exemplo de Alexandre Herculano:

"cujos bens reverteram em benefício do fisco".

Se eu disser que o excesso da arrecadação reverterá em benefício dos pobres, estarei dizendo que os pobres já eram donos dêsse excesso? Evidentemente não. Portanto, quando os bens transferidos não faziam parte do domínio público, mas passaram a êste por fôrça do contrato, reversão quer dizer que os bens se converteram ou se tornaram do domínio público, mas não quer dizer que já eram do domínio público, antes da concessão.

13. — Agora, quanto ao fundo de amortização. Nenhuma dúvida séria pode levantar-se quanto ao direito, que assiste às emprêsas concessionárias de serviços públicos, de constituir, com os lucros apurados na exploração, um fundo de amortização que lhes permita salvarem o seu capital, findo o prazo da concessão. Êsse direito decorre do próprio conceito da concessão administrativa, a qual exige seja outorgada a prazo longo, exatamente para possibilitar a amortização do capital. Eis o que escreve Marcelo Caetano, lugar citado, n.º 264:

"O prazo pelo qual a exploração do serviço público pode ser transferida para uma emprêsa privada não deve fixar-se arbitràriamente: a regra é de que *o prazo é função do tempo reputado necessário para a amortização, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para pôr o serviço a funcionar*".

Léon Blum, citado por Jèze, *Contrats administratifs*, Paris, 1927, página 87, salienta:

"Estes contratos de concessão se *concluem por períodos de tempo forçosamente extensos*, pois que o concessionário deve, em geral, *poder amortizar*, durante êste período, suas despesas de primeiro estabelecimento".

Atrás (página 83) pondera Jèze:

"Por outro lado, a concessão supõe muitas vêzes grandes capitais investidos na exploração do serviço concedido. Ex.: estradas de ferro, "tramways", ônibus, gás, água, eletricidade, etc. Êste capital não será obtido se não houver estabilidade. Não se encontrarão acionistas, não se encontrarão obrigacionistas para as grandes concessões, se estas não tiverem longa duração. Aliás, êstes capitais não são remunerados senão ao cabo de um longo período de tempo. Quando se trata de *obrigação*, há um quadro de amortização para estas dívidas. Quanto mais *lenta* fôr a amortização, tanto mais fraco será o encargo. Ora, importa aos usuários que o encargo da amortização seja fraco, porque as taxas serão mais reduzidas".

Cino Vitta, lugar citado, n.º 90, pág. 419, repete a lição de Jèze:

"Da concessão deriva para o concessionário o direito de gerir o serviço público. Êste direito tem uma determinada duração estabelecida no ato da concessão. Ocorre, em regra, que tal duração de tempo seja notável, porque para a instalação do serviço se exigem grandes capitais, que não podem investir-se se não há garantia de estabilidade em seu emprêgo: além disso, muitas vêzes há necessidade de recorrer ao crédito, e as obrigações contraídas não podem ser satisfeitas, senão mediante um plano de lenta amortização... Mais, quanto maior fôr a duração da concessão, tan-

to menor será o correspectivo do serviço por parte do usuários, o que representa interêsse público".

Zanobini, *Esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, no *Tratado* de Orlando, v. 2, parte 3, n.º 133, pág. 540, ensina idêntica doutrina:

"A duração da concessão é estabelecida sempre de modo a permitir que o concessionário realize, além de um juro remunerativo do capital empregado para a instalação e para execução do serviço, *também a restituição dêste capital*: a duração não pode ser inferior *ao tempo necessário para a realização do capital empregado, porque o concessionário não aceitará nunca uma concessão que não lhe garanta esta realização*".

Outra não é a lição de Bielsa, *Derecho administrativo*, v. 1, pág. 422, *cuarta edición*:

"En general ese término o periodo es el que el concessionario (y concedente) estima como suficiente *para reembolsar los intereses del capital empleado y el mismo capital*".

14. — Ora, se o prazo da concessão deve ser o suficiente para que o concessionário possa auferir os juros do capital empregado e recuperar êste mesmo capital, finda a concessão, a conseqüência fatal é que o fundo de amortização é não apenas lícito, mas necessário, porque sem êle, como observou Zanobini, nenhum capitalista se arriscaria numa emprêsa em que não houvesse possibilidade de recuperar o capital empregado. Mas, se o destinatário do fundo de amortização é o concessionário, se para êle é que se constitui êsse fundo, com lucros que êle realizou, claro é que êsse fundo lhe pertence livremente, podendo ser empregado em bens de qualquer espécie.

15. — Ninguém nega, no estado atual do direito administrativo, que o capital técnico e particular da emprêsa é de sua exclusiva propriedade, salvo o solo público, que é inalienável.

Comecemos por Marcelo Caetano, lugar citado, n.º 265, pág. 546:

"Mas, enquanto durar a concessão do serviço público, a quem pertence a propriedade do respectivo estabelecimento quando tenha sido o concessionário a montá-lo e nos têrmos do ato de concessão deva vir a reverter para o concedente? Há a distinguir duas hipóteses: *a*) o estabelecimento do serviço constitui uma universalidade que *a lei considera* de domínio público: *b*) os bens que constituem o estabelecimento do serviço são coisas meramente particulares".

Não se trata, no caso da Consulta, da hipótese da letra *a*: *nenhuma lei existe* considerando uma universalidade o estabelecimento de uma emprêsa constituída para o explorar o serviço urbano de iluminação e transporte de passageiros e cargas. Nem mesmo quando a lei se refere expressamente ao conjunto ou à unidade jurídica, como no caso das estradas de ferro, existe sempre a universalidade, pois alguns bens podem ser considerados separadamente. É o que dispõe o artigo 854 do Código Civil. Que dizer-se, então, dos bens, que constituem o fundo de amortização, os quais necessàriamente não fazem parte do serviço público, pois têm destinação diferente, que a índole do contrato permite e até exige? Tais bens, sem a menor dúvida, são de exclusiva propriedade do concessionário. É o que ensina Marcelo Caetano:

"Na hipótese *b* os bens são *propriedade do concessionário* enquanto durar a concessão. O concessionário apenas se obrigou para com o concedente a entregar-lhos gratuitamente se a concessão atingir o têrmo previsto. Trata-se, pois, da obrigação para o concessionário de fazer uma prestação de coisas ao concedente, *se* a concessão fôr mantida e as suas cláusulas observadas por êste e *quando* o respectivo prazo de duração expirar".

Zanobini, lugar citado, pág. 460, assim explica a matéria, reconhecendo a propriedade do concessionário:

"Os bens que servem para o exercício do serviço público, haja o concessionário adquirido de outros, ou os haja construído diretamente, *em regra pertencem ao concessionário*, porque representam o capital, no sentido econômico industrial,

no qual investiu um seu patrimônio. *Esta propriedade do concessionário* consta ordinàriamente de bens *móveis e imóveis*".

Em seguida, Zanobini estuda uma objeção oriunda de um dispositivo da lei italiana com referência aos bens imóveis das estradas de ferro.

"Tudo isso quer dizer que a estrada de ferro com os edifícios acessórios, no momento da decadência, é de propriedade do Estado. Mas, *que dizer do período precedente, durante o exercício?* Se o concessionário, no advento do têrmo, *não conserva* a propriedade das estradas, isso prova que *antes a propriedade das mesmas lhe pertence*".

Adiante:

"Cremos ao contrário que a conclusão deva ser, que a propriedade passa *ipso jure* do concessionário para o Estado, *sòmente no momento em que termina a concessão*. E não há nisso nenhuma contradição. O concessionário, que construíu a ferrovia, deve procurar obter durante o exercício, não só os juros do capital empregado, mas também o reembôlso do próprio capital: sabendo que, terminada a sua concessão, a ferrovia se torna propriedade do Estado, não aceitará a concessão senão por um tempo de tal modo longo, que lhe permita êste reembôlso. Por coerência, *é justo que, se a concessão termina, ainda que por fato do concessionário, antes que o exercício seja começado, ou durante o mesmo, o Estado, entrando na propriedade da ferrovia, deve compor ao concessionário os capitais por êle antecipados e não ainda, inteiramente, ou não ainda de todo resgatados*".

Em nota, Zanobini estende a teoria, exposta a propósito das estradas de ferro, a tôdas as espécies de concessão "*sull'appartenenza delle materiale immobiliare*".

16. — Também Bielsa reconhece que os bens do concessionário entram na classe da propriedade comum (lugar citado, página 420):

"La propriedad del concesionario es la comun".

Para não alongar demasiado êste parecer, pois ainda há vários quesitos a serem respondidos, deixo de referir outras autoridades, que reconhecem a propriedade do concessionário sôbre a emprêsa que construiu com dinheiro seu; mas reporto-me, notadamente quanto à lição dos autores norte-americanos, a outro trabalho onde a matéria vem amplamente estudada (*Problemas e Negócios Jurídicos*, v. 3, págs. 124 a 130).

17. — Os bens que constituem o fundo de amortização destacam-se dos que se destinam ao exercício e exploração do serviço público, sem quebrar a unidade econômica da emprêsa: o conjunto, a unidade jurídica desta continua representado pelo capital técnico, isto é, no caso, pelo solo, trilhos, postes, fios, estações, armazéns, oficinas, depósitos, construções e materiais acessórios da exploração. Os bens, assim separados no decurso da exploração, para recuperação do capital, entram para o domínio particular do concedente, que dêles poderá, como proprietário pleno e exclusivo, dispor como entender. Indagam, não obstante, as Consulentes: como se concilia essa conseqüência com o disposto na cláusula XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890 quando estipula que, findo o prazo da concessão, reverterão para a Municipalidade *todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes?* Sem insistir, por desnecessário, na consideração de que essa cláusula foi substituída por outras posteriores, notadamente pela de n.º XLIII do contrato de 1907, examinemos a referida cláusula XIX como se fôsse a única a regular o assunto. Reza a cláusula:

"Findo o prazo da concessão, a Companhia ficará *ipso facto* dissolvida, e reverterão para o patrimônio municipal, em bom estado de conservação, todos os bens que a Companhia possuir, imóveis, móveis e semoventes".

Deve entender-se: todos os bens *ligados ou destinados* à exploração do serviço público. Os que, como os do fundo de amortização, foram excluídos do serviço concedido, não fazem parte da reversão. Do contrário, o concedente enriquecer-se-ia *sem causa* à custa do concessionário. De fato: qual a causa da

reversão? É evitar a paralização do serviço público. Di-lo Bielsa, lugar citado, pág. 420:

"el fundamiento de la limitación del concessionário en punto a la disposición de sus bienes *afetados al servizio publico* está, como se ve, en la necesidad de asegurar la *continuidaded* del servicio publico".

Adiante (página 421) acrescenta Bielsa:

"En no pocos contratos de concesión se dispone que al vencer el término de ellos los bienes del concessionário *afectados al servizio público concedido* pasaran a ser propiedade del concedente".

O que domina o assunto, como diz Bielsa, é "princípio de la afectación". Villar Palasí, diz a mesma coisa na monografia sôbre as *Concessiones administrativas*, que escreveu para a *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 757:

"A la caducidad por transcurso de tiempo se sigue la reversión de las instalaciones *afectas a la explotación*, y, naturalmente, del dominio público concedido".

Zanobini, *Corso*, v. 3, *terza edizione*, pág. 315, observa que a reversão só abrange as instalações e materiais técnicos:

"O fim natural da concessão é determinado pela decadência do têrmo previsto no ato constitutivo. Tal decadência produz, além da cessação dos direitos e obrigações do concessionário, a passagem da propriedade das instalações e do material técnico dêste ao concedente".

18. — Ora, se o fim da reversão é assegurar a *continuidade* do serviço público, só os bens destinados a êsse serviço (*princípio de la afectación*) ficam nela incluídos. Os que constituem o patrimônio particular da emprêsa são excluídos, porque não existe para a inclusão nenhuma causa jurídica. Se, independentemente da consideração do motivo determinante, todos os bens devessem ser incluídos na reversão, mesmo os que legìtimamente foram separados para cobrir juros e capital, teríamos uma doação incompatível com tôda a exploração econômica. Como disse Zanobini, semelhante exigência afastaria da concessão administrativa todos os capitalistas. Os contratos interpretam-se de boa fé, menos pelas palavras do que pela intenção. Quem se obriga, obriga-se o menos possível, disse Domat (Cf. Baudry-Lacantinérie et Barde, *Obligations*, I, n.º 569, pág. 579). Não era possível que as Companhias se houvessem obrigado a entregar *todos os bens* sem nenhuma distinção. Sujeitá-las a essa inteligência extorsiva do contrato, é arbitrariedade incompatível com a regra exposta de que a reversão só abrange os bens destinados à exploração do serviço. Incluir também os bens separados para amortizar o capital, é negar o princípio da amortização, aceito por todos os escritores como imperativo da razão econômica e jurídica. Disse, portanto, muito bem Édouard Copper, *Industries communales*, tomo 2, n.º 192, pág. 383, Paris, 1906, reproduzindo a mais sensata jurisprudência:

"lorsqu'une ville s'est reservée la faculté de se rendre proprietaire de l'établissement principal de son concessionaire et de toutes ses dépendances, *sans aucune exception*, cette clause doit être entendue en ce sens que la ville est tenue de reprendre, les anexes de l'établissement, lorsqu'elles en constituent des dépendances nécessaires; *mais que cette obligation ne s'étend pas aux établissements que le concessionaire a librement acquis, ou créés, dans son interêt privé, et qui ne sont pas directement affectés au service concedé*".

19. — A cláusula XIX, portanto, do contrato de 1890 não é incompatível com a cláusula XLIII do contrato de 1907. Se esta não existisse, nem por isso se deveria, em sã, correta e jurídica interpretação, dar alcance diverso à cláusula XIX. Que diz, com efeito, a cláusula XLIII? Reza:

"Findo o prazo da concessão reverterão para o domínio da Prefeitura Municipal todo o material fixo e rodante das Companhias ou Emprêsas, e bem assim os imóveis, como usinas, motores, oficinas, estações, depósitos e tôdas as demais dependências especiais e pró-

prias dos serviços dêste contrato, sem indenização de espécie alguma".

Esta cláusula mais não fêz do que tornar expresso o que na outra estava implícito. Fêz-se logo a enumeração dos bens sujeitos à reversão, isto é, dos imediatamente ligados à execução do serviço concedido, de modo a que, finda a concessão, não houvesse descontinuidade nesse serviço. Não houve modificação alguma essencial. Apenas a redação é que difere. Contudo, a correta leitura do texto de ambas as cláusulas as concilia perfeitamente, dado que uma apenas torna explícito e circunstanciado o que a outra exprimiu de modo geral.

20. — Passemos ao segundo quesito:

"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 artigo 26 da Lei de Reorganização do Distrito Federal, n.º 939, de 29 de dezembro de 1902, consolidado no artigo 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 n.º 7.689, de 26 de novembro de 1909, de conformidade com o artigo 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?"

Não oferece dificuldade alguma a resposta dêste quesito. Informa a Consulta que os Prefeitos que assinaram os aludidos têrmos foram nomeados pelo Presidente da República, porque não foi possível constituir-se legalmente o Conselho Municipal. O artigo 19 do Decreto n.º 5.160, de 8 de março de 1904, dava ao Presidente da República competência para nomear o Prefeito; e o artigo 23 dêsse mesmo decreto dispunha que "no caso de anulação da eleição, ou em qualquer outro de fôrça maior, que prive o Conselho Municipal de se compor ou de se reunir, o Prefeito *administrará e governará* o Distrito de acôrdo com as leis municipais em vigor".

O Prefeito tinha, portanto, a faculdade não só de *administrar* como também de *governar*. A palavra govêrno tem vários significados. Mas, aqui não pode ser o significado restrito de poder executivo, já incluído na expressão *administrar*. Significa sem dúvida, a reunião dos poderes para formar, manifestar e atuar a vontade do Município em tudo quanto fôsse necessário para satisfazer as necessidades e interêsses coletivos. O Prefeito, portanto, nessa conjuntura anormal, reunia em si todos os poderes para administrar e governar, isto é, exercia os dois poderes: o executivo e o legislativo, com a restrição, porém, de observar as leis municipais em vigor e de informar o Conselho Municipal, logo que começasse a funcionar, dos atos por êle praticados.

21. — Os contratos de que se trata, portanto, estão cobertos pelas expressões *administrar e governar*, pois não se compreende a inexistência, mesmo temporária, de poder legislativo, num regime de funções repartidas entre êsse poder e o executivo. Faltando aquêle, êste exercê-lo-á, provendo-se, assim, a tôdas as necessidades do Município. Mas, o Prefeito não exorbitou. O artigo 127, § 13, lhe dava competência para propor, desistir e abandonar ações, bem como para fazer acordos e composições. Os contratos de 1909 e 1910, simples modi-

ficação e esclarecimento dos anteriores, estavam dentro dessa competência e foram praticados de conformidade com a forma especial permitida pelo artigo 54 do Decreto n.º 5.160, de 1904. O Conselho, quando se reuniu, foi devidamente informado. Tudo certo e legal.

22. — Mas, não houve a publicação. Que importa isso? É certo que o artigo 109 do Decreto n.º 5.160 determinava a máxima publicidade para os atos que importassem encargos para o município. Os atos de que se trata, não acarretavam só encargos. Eram atos bilaterais comutativos em que as prestações e contraprestações se equivaliam. Não eram atos novos, senão simples alteração de outros já existentes. A falta dessa publicidade não importa em nulidade. Tal sanção não está no texto referido. É recomendação útil, cujo cumprimento representa interêsse da Municipalidade. Mas, se ela, que é quem tinha obrigação de promover a publicidade, a dispensou, não pode, evidentemente, prevalecer-se de sua omissão, intencional ou faltosa, para argüir os atos de nulidade. A lei de que se trata é *local*. Interessa apenas ao Distrito Federal. Não podia criar formalidades contratuais, invadindo atribuição privativa do Congresso Federal, único competente para legislar sôbre o direito substantivo. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essas formalidades, criadas em leis locais, para defesa da Administração, não podem constituir, quando descumpridas, nulidades contratuais. Haja vista o acórdão seguinte, relatado por Pedro Lessa (*O Direito*, v. 112, pág. 623):

"o contrato não pode ser julgado nulo, por não ter sido precedido de concorrência ou hasta pública. Não se nota a ausência de nenhum dos elementos essenciais do contrato em geral, *partes capazes, livre consentimento, objeto possível e lícito*, nem ausência de alguma formalidade exigida especialmente para êste contrato *sob pena de nulidade*.

O regimento da Câmara dos Deputados de Minas declara que o contrato deve ser precedido de hasta pública, *o que era de conveniência para o Estado*; mas, *não prescreveu a nulidade* para o caso de se fazer o contrato sem a concorrência, *nem poderia prescrevê-la, visto como não lhe é facultado legislar em matéria de contrato*.

Não se deu igualmente uma nulidade de pleno direito, das estabelecidas no artigo 684 do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850. *Não se preteriu, em suma, uma solenidade necessária para a existência do contrato e fim da lei*. Preteriu-se uma formalidade *útil* para garantir melhor serviço, preços mais módicos, e outras vantagens".

No mesmo sentido, outra decisão posterior, reportada por Otávio Kelly, *Jurisprudência Federal*, n.º 396:

"A falta de concorrência pública, *devendo ser imputada ao poder público*, não pode dar lugar à rescisão do contrato em que ela ocorre".

23. — A doutrina não considera nulidade a falta de publicação, que não é elemento essencial dos contratos administrativos, cumprindo notar não ter aplicação à espécie explanações doutrinárias referentes à publicação de leis e decretos. Aqui se trata de contratos. E, quanto a êstes, a boa doutrina repele a nulidade. Em França assim se entende. Comecemos por Aucoc, *Conférences*, tomo 2, n.º 640, *deuxième édition*:

"Mas, o Conselho de Estado foi mais longe. Julgou que *não são de ordem pública* as disposições que exigem, salvo certos casos de exceção, *publicidade* e concorrência para os contratos lavrados em nome do Estado, e que o Estado *não pode invocar a inobservância dessas formalidades, como causa de nulidade do contrato, em face do terceiro que com êle contratou*".

Laubadère, *Droit Administratif*, n.º 322, pág. 174, ensina a mesma coisa:

"Os efeitos jurídicos do ato administrativo ainda não publicado decorrem do princípio geral acima indicado: *a ausência de publicidade não atinge a validade do ato*".

No mesmo sentido Jèze, *Principes généraux*, v. 3, pág. 291, *troisième édition*:

"Em princípio, a não *publicidade* de um ato uma vez realizada (*publicidade posterior ao ato*) não pode ter influência sôbre sua *validade*: ela *não é uma forma do ato, não faz corpo com o ato.* A sanção é uma questão de *oponibilidade* aos interessados".

Igualmente, Hauriou, *Précis, dixième édition*, pág. 397:

"a notificação ou a *publicação* não acrescentam nada à fôrça executória: a conseqüência é que *em caso algum* uma irregularidade na notificação ou na *publicação* pode inquinar de ilegalidade a decisão que dela foi objeto... A notificação ou a *publicação* não têm importância senão para tornar a decisão *oponível* aos terceiros e, por conseguinte, para fazer correr o prazo do recurso".

24. — Na Itália, a doutrina não varia. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, n. 50, pág. 316, escreve:

"A função da atividade de comunicação é a de dar existência ao elemento extrínseco, ao qual seja subordinada a produtividade de todos ou de parte dos efeitos dos atos administrativos. Ela vem após a completa formação do ato administrativo, não concorre a formá-lo; e, por isso, não há necessidade que constitua com êste um todo continuativo e único, pelo que se decidiu que a demora na publicação de uma deliberação não pode infirmar a validade intrínseca da própria deliberação; que a irregularidade da comunicação não vicia a vontade administrativa, mas sòmente tem o efeito de não produzir a decorrência dos prazos, quando prazos existam".

Também Fragola, *Gli atti amministrativi*, pág. 120:

"Pela decisão n.º 177, de 23 de abril de 1951, a sexta Seção do Conselho de Estado observou que as formalidades relativas à notificação e à *publicação do ato não influem em sua legitimidade*, mas podem sòmente interessar ao início do prazo para a interposição dos recursos".

25. — Se o suposto excesso de poder ou falta de publicidade constituissem, no caso, nulidade, esta seria apenas relativa, como bem se infere da lição de Ranelletti, *Guarentigie, quarta edizione*, n.º 59, pág. 84. Todavia, não há nulidade relativa sem prova de prejuízo; e êste não pode decorrer de contratos que durante dilatados anos, por tempo excedente ao prazo prescricional, foram observados e praticados, como soam os seus têrmos, sem controvérsia nem impugnação. Velasco, *El acto administrativo*, pág. 229, afasta a argüição de nulidade se o contrato entrou em execução:

"La nulidad no puede alegarse cuando la parte se refiere a un elemento que tiene aceptado, ni la Administración producirla o declararla si, a consequencia del acto, *han nascido derechos;* ni tampoco cuando los *defectos formales* se aceptan por las mismas partes, sin reparo alguno".

Campbell Black, *Constitutional law, third edition*, § 35, pág. 64, ensina:

"Person may also become estopped from denying the constitutionality of a statute, by participating in the procurement of its passage, by acquiescing in it after its passage, or by accepting benefits under it, althoug it may be invalid as to all other persons".

Com base nesta lição, decidiu o Supremo Tribunal Federal (*Revista do Supremo Tribunal*, v. 14, pág. 240):

"Não pode argüir a nulidade de um ato e nem ela lhe aproveita, quem participou na elaboração do mesmo ato, nêle aquiesceu durante ou depois de sua aprovação e lhe auferiu os benefícios, ainda que tal ato fôsse inválido a respeito de outras pessoas".

26. — Vejamos o terceiro quesito:

"Qual a natureza jurídica 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 a 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?"

Os bens destinados ao serviço da concessão, referidos na cáusula XLIII, pertencem às concessionárias sob condição resolutiva. Não se trata de propriedade a têrmo da Municipalidade. Se de tal se tratasse, mister seria cláusula expressa, porque semelhante obrigação refoge à índole da concessão administrativa que é exercida por *conta e risco* do concessionário (Marcelo Caetano, lugar citado, n.º 256). Se houvesse propriedade a têrmo em favor da Municipalidade, teríamos por parte das concessionárias uma renúncia de direitos simplesmente presumida, o que não é admissível. A concessão não foi de obra já feita, limitando-se ao serviço. Foi, sim, para criação das instalações inexistentes e para execução do serviço. concessão integral. Se as instalações não foram feitas com dinheiro da Municipalidade, mas das concessionárias a que título reivindica ela uma propriedade a têrmo, que não foi pactuada? O que se avençou foi a reversão findo o prazo da concessão. Isso pode ser condição resolutiva. Obrigação a têrmo não, porque o que se suspendeu não foi apenas o exercício do direito, mas a própria existência da obrigação. Êsse argumento da propriedade a têrmo é até inconciliável com a cláusula de reversão gratuita. Se mesmo antes da decadência do têrmo os bens já eram da Municipalidade, a que vem aquela ressalva: *sem indenização de espécie alguma?* Acaso a concedente poderia ser coagida a pagar indenização pelo recebimento do que já era dela? Isso põe de manifesto ser de todo estranha à relação jurídica a idéia de uma propriedade a têrmo. As partes não cogitaram disso.

Marcelo Caetano fala em obrigação condicional e a têrmo para justificar a sua conclusão de que não verificada a condição, ou se o concedente quiser obter os bens antes do têrmo, terá que comprá-los por seu justo preço. Mas reconhece que o concedente, durante a concessão é titular *apenas* de um mero direito de crédito (n.º 265, *in fine*):

"Portanto o concedente, nesta hipótese, tem *apenas*, relativamente aos bens e durante a concessão, *um direito de crédito*, mas não *quaisquer direitos reais*".

Bielsa, lugar citado, pág. 423, também aceita a tese do direito pessoal:

"ningún derecho real *adquiere imediatamente* el concedente por un contrato así, *puesto que los derechos reales en nuestro sistema positivo son los creados por la ley*".

Clóvis Beviláqua, em parecer circunstanciado, chega à mesma conclusão: o direito do concedente é *pessoal*, pois não existe lei criando êsse suposto direito real (*Soluções Práticas*, v. 2, pág. 87). Carvalho de Mendonça, citado por Adolfo Pinto, *Privilégio de Zona*, pág. 60, aceita a opinião da propriedade resolúvel; e bem assim Carlos de Carvalho, *Consolidação* ,art. 381.

27. — Quanto aos bens particulares das concessionárias uma vez que têm o domínio pleno, nenhuma dúvida há quanto a seu poder de livre disposição. O mesmo se diria, para valer até ao implemento da condição, quanto ao bens enumerados na cláusula XLIII, pois o artigo 647 do Código Civil estabelece:

"Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do têrmo, *entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência*, e o proprietário, em cujo favor se

opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha".

Entretanto as concessionárias aceitaram, quanto a êsses bens destinados imediatamente ao serviço da concessão, a restrição de prévia audiência da Prefeitura: só por isso não podem alienar sem essa restrição.

28. — Reza o quesito n.º 4:

"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?"

Respondo negativamente. Que é permuta? Planiol-Ripert, v. 10, n.º 393, assim definem êsse contrato:

"convenção pela qual o proprietário de uma coisa, ou o titular de um direito, transmite esta coisa ou êste direito a uma outra pessoa mediante a aquisição de uma outra coisa ou de um outro direito".

Ora, que coisa ou que direito transmitiu a concedente às concessionárias? Nenhuma coisa. Nenhum direito. A coisa não lhe pertencia; e tão pouco o direito. Mesmo que se tratasse de propriedade a têrmo, o que se nega, não podia a concedente exercer o direito que ainda dependia do advento do têrmo. A meu ver, trata-se de um caso de novação objetiva, assim explicada por Cunha Gonçalves, v. 5, n.º 640:

"*Haverá novação quando se mudar o objeto da dívida.* Por exemplo, *João* deve a *Antônio* uma certa soma de dinheiro e êste, não podendo apurar essa soma, obriga-se a entregar àquele um terreno que possui, de valor equivalente, o que o credor aceita. É manifesto que esta obrigação é mui diversa da anterior; e substitui esta, porque é incompatível a subsistência de ambas. De igual modo haverá novação quando, por exemplo, o devedor de uma parelha de cavalos *pur sang* inglêses se obriga a entregar, em lugar dêles, um automóvel de marca *Buick*".

Espínola, *Garantia e Extinção das Obrigações*, página 182, nota 287:

"Na novação objetiva ou real, os sujeitos da obrigação — credor e devedor — continuam os mesmos; o que muda é o objeto. Com essa modificação, fica extinta a obrigação existente, surgindo outra em seu lugar. Assim, por exemplo, em lugar de dinheiro, que é o objeto da obrigação, passa o devedor a ser obrigado ao pagamento de mercadorias".

Semelhantemente: ao invés de bens reversíveis as concessionárias entregarão outros bens não reversíveis. Com esta alteração, a obrigação, quanto aos primeiros, fica extinta, surgindo outra quanto aos segundos. Como se vê, não há falar em permuta.

29. — Último quesito:

"A operação 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 da concessão, tem cabimento num contrato entre a Prefeitura Municipal e a Companhia, representada esta por seus diretores? Podiam êstes exercer vàlidamente uma atribuição privativa dos acionistas, reunidos em assembléia geral, ou por fôrça de 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 da autorização expressa do artigo 4 do Decreto n.º 739, de 27 de março de 1900?"

A lei que regulava as sociedades anônimas, ao tempo do contrato, era o Decreto n.º 434, de 4 de julho de 1891. O artigo 148 dêsse diploma prescrevia:

"As companhias ou sociedades anônimas se dissolvem:

1.º) Pelo consenso unânime de todos os acionistas em instrumento público;

2.º) Por deliberação da assembléia geral;

3.º) Por insolvabilidade;

4.º) Pela cessação do pagamento das dívidas;

5.º) Pela terminação do prazo de sua duração;

6.º) Pela redução do número de sócios a menos de sete;

7.º) Mostrando-se que a sociedade não pode preencher o seu fim, por insuficiência de capital, ou por qualquer outro motivo".

Como se vê, a dissolução das sociedades anônimas era negócio privativo dos acionistas. Em nenhum dos incisos se lê que os diretores pudessem agir como representantes dêles. Houve evidente excesso de poder ou clara invasão de atribuições alheias. O Decreto-lei n. 2.627, de 26 de dezembro de 1940, que dispõe sôbre as sociedades anônimas, atualmente em vigor, também não dá aos administradores tal competência: os artigos 137, 138 e 139 tornam claro ser o assunto matéria de exclusiva deliberação da lei, dos estatutos ou dos acionistas. Jamais dos diretores.

É certo, entretanto, que a cláusula V do contrato de 25 de maio de 1900 revogou a sobredita estipulação, pois apenas declarou:

"Findo o prazo da concessão, a Companhia terá preferência para continuar a explorar as linhas, quando em igualdade de condições, disputadas em concorrência pública, e a Municipalidade não chame a si êsse serviço".

E dou, nesta altura, o presente parecer por encerrado. Mau grado a complexidade da Consulta, suponho que não deixei sem resposta nenhuma interrogação. Reputo certo e líquido o direito das Consulentes e nisso não estou em divergência com a própria Municipalidade, pois dos documentos, anexos à Consulta, verifico que nem sempre o direito das concessionárias deixou de ser reconhecido. Algumas vêzes o foi sem vacilações. Salientando êsse reconhecimento, as concessionárias certamente porão em relêvo a velha lição de que não há melhor interpretação de um contrato do que a resultante do modo como as partes o executaram.

São Paulo, 25 de julho de 1955. — *Antão de Morais*, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.