CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — REVERSÃO — FUNDO DE AMORTIZAÇÃO — INTERPRETAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS — ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER — INSTRUMENTO PÚBLICO — MANDADO DE SEGURANÇA

— A reversão tem por objetivo permitir que o concedente, finda a concessão, possa continuar a exploração do serviço com os bens que, durante o seu curso, tenham sido adquiridos pelo concessionário, visando à execução do contrato.

— Os bens reversíveis são, portanto, os necessários à continuidade dos serviços, ou cuja vinculação impede a sua desorganização; os demais, estranhos ao serviço, fogem ao alcance da cláusula de reversão.

— A emprêsa concessionária aplica o seu capital na exploração dos serviços concedidos. Findo o prazo de concessão deve, portanto, ser reembolsada do capital que gastou, sem prejuízo, outrossim, dos lucros que normalmente auferiu durante a exploração.

— Os bens utilizados na exploração do serviço concedido são de propriedade da concessionária, enquanto durar a concessão, embora estipulada a cláusula de reversão.

— O têrmo, lavrado em livro da repartição, por funcionário público, vale como instrumento público e faz prova préconstituída do ato jurídico que êle traduz.

PARECERES

CONSULTA

* As concessões de serviços de bondes no Distrito Federal contêm, tôdas elas, a cláusula de que os bens das concessionárias reverterão ao domínio da Municipalidade, findos os prazos das respectivas concessões.

Estas cláusulas referem-se inquestionàvelmente aos bens vinculados aos serviços a cargo das concessionárias e a maior parte delas são explícitas na designação dos bens reversíveis. Há mesmo, no tocante a uma delas, uma relação minudente de todos os imóveis reversíveis, acompanhados de plantas, a qual faz parte integrante de um têrmo que regula os bens sujeitos ao impôsto predial (antiga décima urbana) e os

---

* NOTA DA RED.: Sôbre o mesmo assunto ver os Pareceres de Barbosa Lima Sobrinho e Saboia de Medeiros, no vol. 41, págs. 433 e 503, e de Castro Nunes e Antão de Morais, no vol. 42, págs. 444 e 456.

Em decisão unânime, proferida em 24-1-56, a 7.ª Câmara Cível do T. J. do Distrito Federal concedeu Mandado de Segurança (v. 1.127) à Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico contra a Prefeitura do Distrito Federal, para solução da controvérsia, objeto do presente parecer. Foi Relator o Exmo. Sr. Desembargador Ary Franco.

bens isentos dêsse tributo, os bens reversíveis, vinculados aos serviços.

A razão de ser desta cláusula de reversão é assegurar a continuidade dos serviços, findo o prazo das concessões. Mas, por isto mesmo, porque ao têrmo do prazo de seus contratos todos êsses bens passam para o domínio da concedente, é que as emprêsas tiveram a necessidade de constituir um fundo de amortização que lhes permitisse, ao chegarem as concessões a um têrmo, recuperar o capital por elas aplicado na execução das obras e dos serviços das concessões. E êste fundo, obtido com os lucros e resultados da exploração dos serviços, tinha que ser razoàvelmente empregado na aquisição de bens imóveis, a fim de evitar os efeitos da contínua desvalorização do nosso dinheiro.

Destarte, as concessionárias vieram a possuir duas categorias de bens: os vinculados aos serviços concedidos, e portanto reversíveis, e os de seu patrimônio privado, integrantes do fundo de amortização, e conseguintemente irreversíveis.

Sempre assim se entendeu pacìficamente. Isto consta de contratos e de têrmos aditivos e complementares, que os esclarecem, para declarar, por exemplo, que, uns, os reversíveis, estavam isentos do impôsto predial (décima urbana) e outros, os não reversíveis, estavam sujeitos a êste tributo. Jamais foi esta situação posta em dúvida. E há mesmo, no tocante ao Hotel Avenida, construído pela Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, em terreno por ela adquirido, despacho do grande Prefeito Pereira Passos, recusando a proposta da Companhia para isentá-lo de impostos, tornando-o reversível, e declarando-o categòricamente *não reversível* e sujeito ao impôsto de décima urbana.

Entretanto, no processo n.º 7.000.696-54, relativo à guia para pagamento do impôsto de transmissão de propriedade de um imóvel do domínio privado da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, um dos Procuradores da Prefeitura emitiu parecer sustentando a reversibilidade de todos os bens da referida emprêsa (e das demais concessionárias de serviços de bondes), sem distinção entre os bens empregados nos serviços da concessão e os do patrimônio privado das emprêsas, e conseqüentemente, entendendo que a alienação de tais bens dependerá de autorização legislativa, devendo recolher-se aos cofres municipais parte do preço, correspondente ao período já transcorrido do prazo da concessão.

Referido parecer conclui da seguinte forma:

"Parece, pois, à Procuradoria que se deve ordenar às repartições arrecadadoras, que não encaminhem guia de transmissão de imóvel das referidas companhias concessionárias, quando não devidamente autorizadas, para êsse fim e no caso especial de cada imóvel, pelo próprio Prefeito do Distrito Federal.

Instaurado o processo de liberação, mediante solicitação das companhias concessionárias, o Prefeito mandará ouvir a Procuradoria Geral, o Departamento de Concessões e o Departamento do Patrimônio, para que se verifique o prazo da reversão, a necessidade ou não, do imóvel em face, não só dos serviços presentes da emprêsa, como de sua possível expansão no futuro, assim também como a possibilidade da utilização do imóvel em outros serviços públicos, ou em benefício da Cidade, para julgar, em definitivo, se pode ou não, ser aprovada a liberação.

Aprovada a liberação, o processo voltará ao Departamento do Patrimônio e ao Departamento de Concessões para que digam qual o valor do imóvel e qual a parcela que, nesse valor, deve caber à Municipalidade, tendo em vista o prazo da reversão. Estudar-se-á também qual o destino mais recomendável dessa compensação se no melhoramento da própria concessão, se para atender a outro interêsse da cidade.

Ajustados todos êsses pontos, e desde que com êles concorde a concessionária, será o expediente encaminhado à Câmara dos Vereadores, consubstanciando-se a proposta num projeto de lei, que valerá como autorização legislativa

para a renúncia à reversibilidade dos bens da concessionária".

Pronunciando-se sôbre êsse parecer, que endossa em tôda a linha, o Procurador Geral da Prefeitura do Distrito Federal assim encerra suas considerações:

"Em face do exposto declaro categòricamente concordar com o pronunciamento do Dr. Segundo Procurador que conclui pela reversão dos bens das Concessionárias".

E o Prefeito, sôbre tais pareceres, exarou o seguinte despacho:

"Em face do parecer da Procuradoria Geral, que conclui pela reversibilidade dos bens titulados pelas Concessionárias do Serviço de Bondes, (sic) determino, até ulterior deliberação, as seguintes providências preliminares:

1) o levantamento de *todos os bens imóveis das Concessionárias*, com a indicação do histórico e da destinação de cada um dêles;

2) a sustação dos processamentos das guias para pagamento do impôsto de transmissão de propriedade, e, bem ainda, de quaisquer requerimentos visando a aprovação de loteamento ou licenciamento de obras;

3) a constituição de uma comissão permanente, integrada por representantes da P. R. G., D. C. I. e D. R. M., que se incumbirão de examinar os processos a que aludem os itens supra 2 e 3 e o levantamento determinado no início.

Com êsse despacho deverá também ser publicado no mesmo "Diário Oficial" o parecer em que se louvou e que vai em cópia anexa".

Êste despacho é ambíguo no seu enunciado: ora parece sustentar, de acôrdo com o parecer da Procuradoria, que *todos* os bens imóveis das emprêsas concessionárias são *indistintamente* reversíveis ao patrimônio da Municipalidade, findo o prazo das concessões, ora parece apenas impedir provisòriamente, mas por tempo indefinido e certamente longo, a transferência de imóveis do domínio privado das emprêsas, mandando sustar o recebimento do impôsto de transmissão de propriedade, sem o que a transferência não se pode levar a têrmo, com o que viola, ademais, os dispositivos do dec. municipal n.º 8.662, de 28 de setembro de 1946, sôbre o processamento e tramitação das guias para pagamento do impôsto de transmissão de propriedade. Vale-se para isto a Prefeitura da circunstância de lhe pertencer, por ser de sua competência, o impôsto de transmissão de propriedade, praticando assim, ao que parece, um manifesto desvio de poder.

No primeiro caso, nega a propriedade plena das emprêsas sôbre bens imóveis de seu domínio privado. No segundo, tolhe e dificulta a execução de negócios convencionados, fazendo malograr operações por elas consideradas vantajosas e convenientes.

Nestes têrmos, pergunta-se:

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 do mandado de segurança?

*

PARECER

I

1. A cláusula XIX do contrato celebrado em 30 de agôsto de 1890 entre a Prefeitura do Distrito Federal e a Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico estabelece que:

"Findo o prazo da concessão a Companhia fica 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".

2. Em 1909, tendo surgido dúvidas quanto ao alcance desta estipulação, foi assinado, aos 22 de julho, no livro pró-

prio, um "têrmo de acôrdo" entre os representantes legais das partes contratantes.

3. A Prefeitura pretendia cobrar, e já intentara as ações judiciais competentes, os impostos da décima urbana sôbre prédios da concessionária.

4. Neste "têrmo de acôrdo", elaborado com o propósito de extinguir as demandas pendentes e estabelecer uma norma da conduta a ser observada pelos contratantes, ficou clara e expressamente dito que:

"I — São isentos de impostos de décima urbana todos os prédios da Companhia, privativos de seu serviço contratual e privilegiado de transporte de passageiros e cargas, tais como usinas produtoras de energia elétrica, oficinas de construção e reparação, cocheiras, estações, depósitos de carros e de materiais, escritórios de serviços técnicos".

"II — Ficam sujeitos ao mesmo impôsto de décima urbana todos os prédios da Companhia cujos fins sejam estranhos a êsses mesmos serviços e de que a Companhia se utilize para outros misteres, ou que possa usufruir renda por aluguel".

5. Feita a discriminação nos itens I e II, entre bens vinculados ao exercício da concessão — isentos de impôsto — e bens estranhos ao serviço — sujeitos à tributação — o mesmo têrmo, no item III, esclarece:

"Os prédios de que cogita a cláusula I, isto é, os isentos do respectivo impôsto de décima urbana, *reverterão para a Municipalidade* no fim do prazo das concessões da Companhia e os de que trata a cláusula II, isto é, os sujeitos ao referido impôsto de décima urbana, *não são reversíveis para a Municipalidade, sendo, portanto, de livre propriedade da Companhia*".

6. No mesmo ato apresentou a Companhia, segundo reza o item V do têrmo, uma relação de seus prédios, devidamente individuados, na qual a referida discriminação era feita, relação esta então autenticada pelos interessados e declarada parte integrante do acôrdo.

7. Dispondo para o futuro acordaram, ainda, as partes, que se "algum ou parte de algum dos prédios atuais da Companhia, por acôrdo com a Prefeitura e mediante as devidas compensações, deixar de se destinar aos fins de serviços privativos e privilegiados da Companhia", ... ", passará a ficar sujeito ao impôsto da décima urbana, e não mais reverterá para a Municipalidade, ficando, portanto, da livre propriedade da Companhia" (item VI).

8. O objeto do aludido "têrmo", que transparece de suas cláusulas, em tôda a evidência, foi o reconhecimento solene de que entre os bens da concessionária havia uma porção dêles sujeita a reversão, porque vinculados ao serviço concedido e outros não, por estranhos a êste, e, conseqüentemente, de livre disponibilidade da Companhia.

9. Esta discriminação não constava expressamente da cláusula XIX do contrato então vigente, amparado por ato legislativo.

O Prefeito teria exorbitado de suas atribuições ao celebrar o aludido têrmo, fazendo distinções quando o texto principal não distinguia, inovando, portanto, em favor da Companhia e em prejuízo da Municipalidade, uma liberalidade, um ato de renúncia teria praticado o Chefe do Executivo local, com violação da lei e da melhor prática administrativa, deduz-se da impugnação feita ao têrmo em causa.

10. O repúdio ao referido ajuste proposto, após 45 anos de observância, por um dos mais dignos advogados da Prefeitura foi, afinal, acolhido pelo Prefeito em despacho publicado aos 11 de junho último, juntamente com as razões da impugnação, no órgão oficial.

11. Para responder aos quesitos da consulta faz-se mister, entretanto, indagar, preliminarmente, qual a interpretação legítima da cláusula de reversão, inserta no contrato primitivo, e o sentido da discriminação feita tempos depois.

II

12. A reversão tem por objeto permitir que o concedente, finda a conces-

são, possa continuar a exploração do serviço com os bens que, durante o seu curso, tenham sido adquiridos pelo concessionário, visando à execução do contrato. Êste acervo, utilizado pelo concessionário, no interêsse do serviço, não pode ser desfalcado, sob pena de impossibilitar ou dificultar a continuidade da exploração.

13. A reversão é, pois, um corolário, uma conseqüência da concessão. Findo o prazo da exploração concedida, os bens a ela vinculados ficariam sem utilização e na livre disposição do concessionário, caso não fôsse prevista a reversão.

14. Mas, conforme adverte Oto Mayer:

"celui de qui émane la concession peut intervenir pour *s'emparer de ces moyens*, en tant qu'ils lui semblent nécessaires pour assurer la continuation de l'entreprise que l'intérêt public pourait exiger. C'est le rapport de concession même qui l'y autorise. Celui qui se soumet au rapport de concession se soumet par là même à l'obligation de laisser au besoin dans l'entreprise tout ce qu'il y emploie" ("Le Droit Administratif Allemand", ed. francêsa, 1906, Tomo IV, pág. 179).

15. Em voto recente, a propósito da validade da cláusula de reversão, o Ministro Orosimbo Nonato, recordava aos seus colegas do Supremo Tribunal Federal, qual o seu objetivo:

"Como vêem os eminentes colegas, trata-se de cláusula de reversão, cláusula muito encontradiça em nosso direito. Por um lado, o fato de ser a coisa destinada ao serviço público não faz com que o concessionário perca sua propriedade; *por outro lado, é necessário que no fim do contrato não haja qualquer hiato no serviço público que desempenhava o concessionário*'.

16. É a *continuidade do serviço* que a cláusula de reversão procura resguardar, sentenciava o Ministro Orosimbo, invocando a opinião de Oto Mayer, Francisco Campos, Chardenet e Gaston Jèze (*Revista Forense*, vol. 153, pág. 133-134, Voto do rec. ext. 18.135, proferido em 22-8-53).

17. Da mesma forma R. Bielsa depois de fazer comentários sôbre o regime dos bens do concessionário destinados ao serviço público, esclarece:

"El fundamento de la limitacion impuesta al concessionario en lo tocante a la disposicion de sus bienes afectados al servicio público, en caso de transferencia de la concession, está en la necessidad de assegurar la *continuidad del servicio público*" (*Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1947, Tomo I, pág. 423).

18. Pedro Batista Martins, dissertando sôbre os objetivos da reversão, dizia com clareza e profundidade:

"A reversão não é uma penalidade imposta ao concessionário, nem tampouco um simples expediente econômico tendente a enriquecer o patrimônio municipal mas apenas o meio de que se serve o poder concedente para impedir a desorganização do serviço de utilidade pública" (*Parecer*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 9, pág. 371).

19. Os bens reversíveis são, portanto, os necessários à *continuidade dos serviços*, ou cuja vinculação impede a sua *desorganização;* os demais, estranhos ao serviço, fogem ao alcance da cláusula de reversão.

20. A fim de não privar os usuários do serviço, é que o poder concedente se reserva o direito de reversão. Permitir que a reversão compreenda bens estranhos ao serviço é desvirtuar a finalidade e a conceituação do instituto.

21. A obrigação do concessionário se limita à entrega dos bens empregados no serviço. Se outros existirem não há razões para que dêles se apodere o poder concedente.

22. A reversão, como renúncia que é da proprieddade dos bens utilizados pelo concessionário, para execução de seus encargos, não se presume e não pode ser interpretada, ampliativamente, contra aquêle que renuncia.

23. Em verdade, a reversão não deriva de um direito de "propriedade preexistente" (Barbosa Lima Sobrinho, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, pág. 27) mas do fato de receber o concessionário o preço dos bens empre-

gados no serviço, através de tarifas adequadas, e de fundos de amortização, quando a estipulação disser que ela é gratuita, ou, mediante avaliação, de uma só vez, findo o contrato, no caso contrário (Dec. 1.746, de 13-10-1869; dec. 5.561, de 28-2-1874; Cód. de Águas, art. 166; José Saboia Viriato de Medeiros, *Parecer, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, pág. 489, com apoio em Clóvis Beviláqua, *Soluções Práticas de Direito*, vol. II, pág. 86, Francisco Campos, *Direito Administrativo*, pág. 183; Antão de Morais, *Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. III, pág. 11; Orosimbo Nonato, Voto *in Revista Forense*, vol. 153, pág. 133; R. Bielsa, *Estudios de D. Pub. — D. Adm.*, pág. 471).

24. Como lembra Francisco Campos "a reversão sem indenização nunca será de presumir, pois resulta sempre de uma disposição especial do contrato, por fôrça do qual *as tarifas serão calculadas não apenas para remunerar o capital mas para amortizá-lo no decurso da duração do contrato*".

25. E invocando a opinião de J. L. Huilier, assim resume o seu pensamento:

"A reversão pressupõe portanto da parte do concedente uma correspectiva prestação, seja ministrada de uma só vez, ao fim do contrato, seja parceladamente no curso de seu prazo" (*Direito Administrativo*, pág. 184).

26. Por isto é que J. Matos de Vasconcelos diz que "as concessões *com reversão devem ser feitas a prazo longo para permitir* uma amortização lenta e que não onere, demasiadamente, as tarifas cobradas ao público" (*Direito Administrativo*, vol. II, pág. 139).

27. Osvaldo Aranha Bandeira de Melo é do mesmo sentir ao sugerir que nas concessões por prazo determinado se estabeleça a cláusula de *reversão dos bens necessários ao desempenho da atividade delegada*" "a fim de que não haja interrupção do serviço" acrescentando que a reversão se deve dar sem indenização "pois se pressupõe, com a integral decorrência do prazo da concessão, durante o qual o concessionário auferiu as tarifas competentes, *recebeu não só o pagamento da contraprestação do serviço como houve a completa amortização do capital invertido na emprêsa*". (*Aspecto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, pág. 9-10).

28. Assim, estabelecida na lei, ou no contrato, a obrigatoriedade da reversão, ela deve ser entendida em sentido estrito. E se é gratuita maior cautela se impõe ao intérprete.

29. O concessionário adquire os bens destinados à exploração do serviço concedido com recursos próprios, com o seu capital e as arrecadações, motivo pelo qual tais bens lhe pertencem.

Para que o poder concedente fique senhor dêles, deve indenizar o concessionário, finda a concessão, salvo se no curso dela houver permitido a cobrança de tarifas compensatórias.

30. Não há, portanto, reversão, sem indenização. Esta se dá, em qualquer caso, mediante quantia paga, afinal pelo poder concedente, ao receber o acervo, ou no curso da exploração, através de expedientes vários, como sejam subvenções, garantia de juros e tarifas calculados com êste objetivo.

31. A expressão usualmente empregada nos textos — "reversão sem indenização" — significa que o concessionário, finda a concessão, não faz jus a uma indenização a ser apurada neste momento porque já teve oportunidade de se pagar durante a execução dos serviços.

32. Caso contrário, o concessionário teria agido sem espírito de lucro, por mera liberalidade, com o sacrifício de seu próprio capital, o que não é de supor.

33. Se o concessionário na exploração do serviço auferir lucros, pode distribuí-los imediatamente, em dinheiro, aos seus acionistas, ou reter parte dêles, para fazê-lo quando julgar oportuno, durante o prazo da exploração ou ao seu término.

34. Êstes lucros retidos podem ser conservados em caixa, em moeda cor-

rente, ou aplicados em outra espécie de valor.

35. Mas esta aplicação não modifica a sua natureza. Originam-se de lucros disponíveis, auferidos legìtimamente na exploração do serviço. São, portanto, bens que a reversão não pode abranger. Caso contrário haveria uma apropriação, sem indenização, dos lucros acumulados.

36. No caso em exame, estipulada a reversão, a emprêsa cuidou de empregar os seus lucros na aquisição de bens imóveis, como poderia aplicá-los em títulos da dívida pública e empréstimos, ou conservá-los em caixa. Não podem deixar de ser bens livres, estranhos à exploração do serviço.

37. Foi para tornar patente o que estava implícito na cláusula do contrato que se firmou o têrmo do acôrdo referido. Êste, entretanto, nada inovou. Era mesmo desnecessário para a inteligência da cláusula quanto ao seu alcance jurídico. Tinha, entretanto, uma finalidade prática, a de pôr fim às controvérsias surgidas no campo tributário. Mas, com ou sem o aludido têrmo, a discriminação entre bens reversíveis e não reversíveis decorria da própria natureza do instituto da reversão que é assegurar a transmissão de um acervo capaz de possibilitar a continuidade da exploração do serviço.

III

38. O têrmo, uma vez firmado, não pode, entretanto, ser agora desprezado para a interpretação da cláusula. Êle representa a vontade das partes contratantes, manifestada por forma solene. Não é um ato administrativo comum, unilateral, expedido pelo poder público no uso de suas prerrogativas. Dêle decorreram conseqüências de ordem patrimonial e fiscal para ambos os contratantes.

39. No princípio do século, a propósito de questão surgida entre a mesma Prefeitura do Distrito Federal e uma Companhia concessionária, opinaram os Conselheiros Lafayette Rodrigues Pereira, Rui Barbosa e Joaquim da Costa Barradas (*Revista Forense*, vol. 5, págs. 173-184).

Segundo o entendimento dêstes mestres:

"a administração pública municipal, estadual ou federal, nos contratos que celebra com particulares, companhias ou indivíduos, para qualquer gênero de serviço, toma a posição de particular e fica sujeita às disposições do Direito Civil, como simples particular; *não pode, pois, ulteriormente, assumindo a sua natureza de poder público, modificar, alterar ou derrogar as cláusulas ajustadas*".

40. A esta afirmação Lafayette acrescentava:

"É esta doutrina professada pelos povos cultos e expressamente consagrada e reconhecida como vigente entre nós pela consulta da Seção da Fazenda do Conselho de Estado de 3 de julho de 1871 e resolução imperial de 26 do mesmo mês e ano".

41. Certa cláusula contratual havia sido submetida à interpretação do Conselho Municipal cujo entendimento foi aceito pelo Prefeito e pela Companhia concessionária. Assim, para o insigne jurisconsulto, dita interpretação não mais poderia ser modificada ou derrogada só por uma das partes, como pretendia a Prefeitura.

42. Rui Barbosa dizia que havendo aprovado parecer de sua comissão e que foi observado "no lapso de quase oito anos", ficou a Prefeitura cingida a "essa inteligência do contrato".

43. Dissertando sôbre a interpretação autêntica, quer da lei, quer dos contratos, o grande jurista ensinava:

"Mas, ante a hermenêutica contratual, a interpretação autêntica reveste a mais irresistível de suas formas, a sua forma absoluta e suprema, *em se manifestando pela execução que as partes deram ao seu contrato*".

44. Depois de citar numerosos autores, concordes com a tese, proclamou Rui:

"O Conselho Municipal não pode, *mediante nova interpretação, contrária à observada há oito anos*, alterar a execução do contrato, visto que nela tem êste a sua interpretação definida pelo

próprio Conselho Municipal, com a aquiescência do outro contratante, *e o que se estabelece pela vontade comum dos dois contratantes, não se muda pelo arbítrio individual de um só*".

45. No caso que motivou estas opiniões recordou o Conselheiro Barradas que a interpretação dada pelo Conselho Municipal ao contrato, não revestira a forma legislativa, porque tomada mediante parecer de uma comissão e destituída de sanção.

46. A forma vinculativa de tal entendimento repousava, principalmente, segundo Lafayette e Rui, no seu caráter bilateral, traduzida na sua aceitação pela Prefeitura e pela Companhia concessionária e na sua observância *durante o prazo de oito anos.*

47. A lição que se extrai dêstes ensinamentos, emitidos poucos anos antes do têrmo de 1910, é preciosa para o caso ora em exame.

48. De fato, do confronto das situações, a posição da atual concessionária é muitas vêzes melhor.

O têrmo que assinou é claro e peremptório com o propósito de tornar explícito que a reversão era sòmente dos bens necessários ao exercício da concessão, excluídos os estranhos. *Foi observado durante* 45 *anos.* Em quase meio século a Prefeitura admitiu que a concessionária possuía bens livres; consentiu na sua alienação; permitiu a troca dêles por outros vinculados.

49. Não é demais recordar que na interpretação dos contratos administrativos são legìtimamente aplicáveis muitas das regras invocadas para o entendimento das leis e dos atos jurídicos de cunho privado, regidos pelo direito comum.

50. Conforme a lição de A. Lentini,

"Per l'interpretazione delle norme del diritto amministrativo valgono, di regola, gli stessi principi che disciplinano l'interpretazione delle norme giuridiche. (*Ist. di Dir. Amm.*, 1939, vol. I, pág. 61, n.º 12; F. D'Alessio, *Ist. di Dir. Amm.*, 1932, vol. I, pág. 157).

51. Com respeito à concessão, adverte Marcelo Caetano, depois de aludir ao princípio do *equilíbrio financeiro* que se deve sempre ter em consideração, que "não pode a Administração definir com fôrça obrigatória o sentido de uma cláusula duvidosa". E isto porque "está em causa não apenas o interêsse público, *mas também o interêsse particular do outro contraente, e os dois são independentes*" (*Manual de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1947, pág. 513).

52. L. Calvo Sotelo, dissertando sôbre a interpretação dos contratos administrativos invoca regra semelhante à que se encontra no art. 85 do nosso Cód. Civil, segundo a qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem":

"Se debe atender, mas que a la acepcion de las palabras, a su espiritu.

"La falta de expression en las circunstancias de um contrato debe de suplirse por lo que *se viene praticando en tiempo y contratos anteriores de igual classe y por los actos de los mismos interessados en que han manifestado la inteligencia que les deban*".

(*Derecho Politico y Administrativo*, 1927, pág. 491).

53. G. Pequinot, em obra de divulgação, editada recentemente, alude à interpretação dos contratos administrativos e inclui entre os elementos preponderantes

"*La commune intention des partes*".

54. Recorda que:

"Sans invoquer les articles du Cód. Civil, les tribunaux administratifs apliquent les mêmes regles d'interpretation qui sont des regles d'équité et de bon sens".

"*Ou ne peut compter les arrêts qui font état "de la comune intention des partes*". (*Des Contrats Administratifs*, 1953, fasc. 510, pág. 12).

A tradição do nosso direito é no mesmo sentido Antão de Morais (*Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. III, pág. 136-38) recolheu, a propósito, as opiniões de Amaro Cavalcânti, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Visconde do Uruguai, Ribas, Martinho Garcez, Lafayette e Rui Barbosa, ou seja:

"Quando a administração pública celebra algum contrato com particular, ainda para serviço público, ela desce ao plano em que figura a outra parte, *e fica em tudo sujeita ao direito civil* e ao poder judiciário" (Lafayette) .... "Se há noção corriqueira, inconcussa e universal, em matéria de contratos, assim ante o direito civil, *como ante o direito administrativo*, é a de que a administração pública nos contratos que cebelebra com os particulares, a êstes se equipara, ainda *na esfera do direito comum*, a cujos princípios *fica obrigada como os outros contratantes*".

55. É, aliás, norma consagrada entre nós, pelo art. 766 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, aprovado pelo decreto n. 15.783, de 8-11-22, que "os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os *contratos de direito comum, no que concerne ao acôrdo de vontades*".

56. A comum intenção das partes, manifestada na execução de um ato, ou contrato administrativo, segundo alguns publicistas, tem fôrça bastante para validar até mesmo os *ilegítimos*, desde que observada por longo tempo, ou transcorrida a prescrição trintenária. (Michel Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, 1954, págs. 254, 292; Piero Bodda, *Observazioni sulla potestá Governativa de Annullamento in ogni tempo degli amministrativi illegitimi, in Studi in onere di Frederico Cammeo*, 1933, vol. I, págs. 91-122; Jair Lins, *in Revista Forense*, vol. 54, pág. 375).

57. No caso da consulta a intenção das partes foi manifestada de forma explícita e, em conseqüência desta manifestação, durante 45 anos observou-se a conduta nela traçada, quanto à disponibilidade dos bens estranhos ao objeto da concessão ou que, em virtude de permuta, ficaram desembaraçados.

58. Os ensinamentos doutrinários, que acabam de ser indicados, são bastante eloqüentes para afastar a idéia de repúdio a uma interpretação da cláusula contratual de reversão, assentada pelas partes, fiel à natureza do instituto e observada por tão longo tempo.

IV

59. O despacho do Prefeito, obstando o processamento da guia para o pagamento do impôsto de transmissão de imóveis não utilizados pela concessionária na exploração do serviço concedido, importa em cercear e impedir a livre disponibilidade de bens não sujeitos à reversão.

60. Mas o direito de usar, gozar e dispor de seus bens é assegurado ao proprietário, no art. 524 do Cód. Civil, expressões estas que indicam no dizer de Clóvis Beviláqua "o conteúdo positivo do direito de propriedade" (*Cód. Civ. Comentado*, vol. 3, art. 524).

61. Dispor de seus bens é, pois, um "direito líquido e certo" do proprietário. Êste direito foi violado pelo despacho do Prefeito que criou situação impeditiva de seu exercício regular, uma vez que os tabeliães não podem lavrar escrituras de transmissão de bens imóveis sem a prova do pagamento do respectivo impôsto. (Cód. Civil, art. 1.137, Dec.-lei n.º 9.626, de 22-8-46).

62. A ilegalidade do ato do Prefeito e manifesta; atenta contra o direito de propriedade da concessionária, que em virtude dêle ficou privada de dispor de seus bens.

63. É sabido que o vício da *ilegalidade* compreende o de *abuso de poder*. Comentando o preceito constitucional, Seabra Fagundes esclarece que "a conceituação do abuso do poder terá caráter meramente teórico, por isto que do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o *abuso do poder* espécie do gênero *ilegalidade*, onde esta se constate caberá aquêle remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar" (*O Contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed., pág. 329).

Luís Eulálio de Bueno Vidigal afirma: "Não há necessidade de distinguir *ilegalidade* de abuso de poder, pois êste se compreende naquela" (*Mandado de Segurança, in* Revista Forense, vol. 139, pág. 45).

64. Ficam, assim, respondidos *afirmativamente* os dois primeiros itens da consulta.

65. Quanto ao terceiro quesito, pertinente ao cabimento do mandado de segurança, a mesma resposta se impõe.

66. Em verdade a proteção do mandado é para o direito líquido e certo e desta natureza é o direito da concessionária, violado pelo despacho do Prefeito.

Convém, todavia, relembrar que a controvérsia suscitada pela autoridade administrativa, para justificar o seu ato, é *questão de direito* e não de fato.

67. Fundou-se o despacho do Prefeito, ao adotar as razões invocadas por seus consultores jurídicos, na interpretação literal do *ato* de concessão, ao qual atribuíram *fôrça legislativa* e no repúdio do têrmo posterior, por vício de incompetência e defeito de forma, têrmo êste lavrado para tornar explícito o que naquela se continha necessàriamente, isto é, a possibilidade da reversão dos bens estranhos à exploração do serviço.

68. O que está em discussão, portanto, é uma tese jurídica. E esta, por mais complexa que seja não afasta o cabimento do mandado de segurança.

Orosimbo Nonato, com a clareza habitual, em voto recente, acentuava:

"Não importa parecer ao recorrente que a questão é implexa e própria a despertar decepções e dúvidas. No caso o fato não foi objeto de controvérsia. E a *quaestio juris*, por difícil que a alguém possa parecer, pode sempre encontrar desate no mandado de segurança, desde que o Juiz depare no direito pleiteado os característicos aludidos no § 24 do art. 141 da Constituição federal. (Voto proferido em 24-8-51, no Rec. Ext. n. 15.150, *in Revista Forense*, vol. 141, pág. 130).

Em outra oportunidade já havia sustentado o Ministro Orosimbo:

"A controvérsia não exclui a certeza, pois ao Juiz cumpre examinar o fundamento ou infundamentado dessa controvérsia. O que não se admite no mandado de segurança é a alta indagação dos fatos intrincados, complexos ou duvidosos. *O direito tem que ser certo. Está na lei*". (*Diário da Justiça*, de 17-3-42).

No Rec. de Mandado de Segurança n. 1.425, sendo Relator o Ministro Mário Guimarães, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 1-8-51 que:

"As divergências doutrinárias que se levantam sôbre a inteligência de um dispositivo legal *não tornam duvidoso o direito para a concessão do mandado de segurança*. O direito que se requer certo e incontestado é o direito subjetivo. Não a *norma agendi* (*Revista Forense*, vol. 148, pág. 179).

69. Êste ponto de vista é o corrente na doutrina e na jurisprudência (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *A nova lei do mandado de segurança*, *in* Revista Forense, vol. 141, pág. 24; Seabra Fagundes, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 22, pág. 369; Ministro Artur Marinho, Voto *in Revista Forense*, vol. 140, pág. 237; Pontes de Miranda, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. III, Tomo I, págs. 181-182; Luís Eulálio Bueno Vidigal, *Do Mandado de Segurança*, 1953, pág. 135 e segts.).

70. Cabe, a meu ver, em face do exposto, mandado de segurança contra o ato do Prefeito, lesivo a direito líquido e certo da consulente de dispor de seus bens irreversíveis.

E' o que me parece S. M. J.

Rio de Janeiro, 19 de agôsto de 1955. — *Carlos Meideiros Silva*, Advogado no Distrito Federal.

CONSULTA

Feito o histórico das concessões e transcritas as cláusulas n.º XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890, n.º XXVIII do contrato de 8 de julho de 1899, n.º XLIII do contrato de 6 de novembro de 1907, bem como os têrmos dos acordos de 22 de julho de 1909 e 29 de abril de 1910 e de 18 de dezembro de 1916 e prestados outros esclarecimentos sôbre o assunto a consulente assim formulou as suas perguntas:

I — Podem as companhias concessionárias, a saber, tanto a The Rio de Ja-

neiro 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 ?

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?

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?

III — 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 a 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?

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

V — 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 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 de autorização expressa do art. 4.º do Decreto n.º 739, de 17 de março de 1900?

*

PARECER

I

1 — A emprêsa concessionária aplica o seu capital na exploração dos serviços concedidos. Findo o prazo de concessão deve, portanto, ser reembolsada do capital que gastou, sem prejuízo, outrossim, dos lucros que normalmente auferiu durante a exploração.

2 — Se os bens que adquiriu e utilizou no serviço, continuarem na sua propriedade, terminado o contrato, a recuperação, em moeda corrente, do capital inicial e de seus frutos, porventura retidos, far-se-á com a alienação de tais bens, caso não prefira conservá-los e dar-lhes o destino que julgar conveniente.

3 — Estipulada, porém, a cláusula de reversão, ao poder concedente, do acervo utilizado durante a concessão, a emprêsa contratante só poderá reaver o que empregou, cobrando tarifas que no curso da exploração, além dos lucros razoáveis, lhe proporcione a integral amortização do capital aplicado.

4 — Assim, iniciada a exploração, a emprêsa concessionária passa a receber, através da tarifa ajustada, uma partícula desta que não se destina à manutenção do serviço em condições satisfatórias, mas à recuperação do capital (Luiz de Anhaia Melo, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, pág. 117; Bilac Pinto, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, pág. 181; Francisco Campos, Pareceres, I, págs. 165 e 185; Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, *Aspeto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público*, in "Rev. Dir. Administrativo", vol. 26, pág. 7; J. Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, vol. II, pág. 139; M. Waline, *Droit Administratif*, 6.ª ed., págs. 388; André de Labaudère, *Droit Administratif* — 1953, pág. 601; R. Bielsa, *Estudios de Derecho Público* — "Derecho Administrativo", 1950, pág. 475; G. Zanobini, *Tratatto;* Orlando, vol. III, pág. 540; Marcelo Caetano, *Manual de Dir. Administrativo*, 3.ª ed., pág. 555).

5 — O produto da arrecadação destinado ao reembôlso dêste investimento (como a parcela de lucros não retirados) por sua própria natureza, está destinado a desprender-se, a desvincular-se do acervo indispensável à exploração do serviço concedido, sujeito à reversão, no têrmo do contrato.

6 — A maneira prática e usual de se tornarem inconfundíveis e autônomas na contabilidade da emprêsa, as receitas percebidas para êsse fim, é a constituição de uma reserva ou de um fundo permanente de amortização do capital, no qual aquelas serão integradas anualmente nos balanços gerais (Plínio A. Branco, *Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública*, págs. 203 e seguintes; Walter T. Álvares, *Direito da Eletricidade*, pág. 155; Trajano M. Valverde, *Sociedade por Ações*, 2.ª ed., vol. II, n.º 672; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Dir. Com. Bras.*, 4.ª ed., vol. III, ns. 1.016-1.019).

7 — Esta é a nossa prática administrativa que se funda em remota tradição legal. O Decreto n.º 1.746, de 13-10-1869, sôbre a concessão de portos determinava no art. 1.º, § 4.º, que a emprêsa deveria "formar um fundo de amortização por meio de cotas deduzidas de seus lucros líquidos e calculados *de modo a reproduzir, o capital no fim do prazo da concessão*" (idem) Decreto n.º 24.599, de 6-7-34, art. 11; idem Cód. de Águas, Decreto n.º 24.643, de 10-7-34, art. 157).

8 — A intenção da emprêsa, titular de uma concessão sujeita à cláusula de reversão, de reaver, integralmente, o capital que aplicou não pode ser obstada. A constituição de um fundo de amortização para êsse fim é, portanto, um expediente legítimo.

A conversão do fundo, arrecadado em dinheiro, em bens imóveis, ou de outra natureza, é providência que a emprêsa pode tomar livremente, de acôrdo com a sua conveniência.

9 — Em parecer anterior, datado de 19 de agôsto último, tive oportunidade de afirmar que os bens reversíveis são exclusivamente os necessários à continuidade dos serviços; os demais fogem ao alcance da cláusula de reversão, conforme os ensinamento que então reproduzi de Otto Mayer (*Le Droit Administratif Allemand*, ed. francesa, 1906, tomo IV, pá. 179); Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, 1927, pág. 85; Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1947, tomo I, pág. 423; Orozimbo Nonato, *Revista Forense*, vol. 153, pág. 133 e Pedro Batista Martins, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 9, pág. 371.

10 — Assim opinei a propósito da cláusula XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890, celebrado pela Municipalidade com a Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico. Disse, então, resumindo outras considerações:

"No caso em exame, estipulada a reversão, a emprêsa cuidou de empregar os seus lucros na aquisição de bens imóveis, como poderia aplicá-los em títulos da dívida pública e empréstimos, ou conservá-los em caixa. Não podem deixar de ser bens livres, estranhos à exploração do serviço."

11 — O contrato de 6 de novembro de 1907 contém a cláusula XLIII cujo período inicial está assim redigido:

"Findo o prazo da concessão, reverterão para o domínio da Prefeitura Municipal todo o material fixo e rodante das Companhias ou Emprêsa 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*".

12 — No têrmo de transferência, celebrado em 18 de setembro de 1916, das concessões de antigas companhias à The Rio de Janeiro Tramway, Light & Power Cº. Ltd., lavrado com a intervenção e concordância da Prefeitura do Distrito Federal se encontra alusão a "*bens afetos a execução dos serviços constantes do contrato de 6 de novembro de 1907*".

13 — Como na hipótese anterior, sendo parte a Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico, a interpretação legítima da cláusula é a que subordina à reversão sòmente os bens "afetos à execução dos serviços" e não aquêles que, adquiridos com lucros disponíveis, se encontram em poder da concessionária, mas desvinculados da exploração do serviço.

Fica, assim, respondido o primeiro quesito da consulta.

II

14 — O têrmo assinado em 1909 (bem como o aditamento de 1910) pela Prefeitura e pela Cia. Ferro Carril do Jardim Botânico, cujo sentido procurei elucidar no parecer referido, teve como objetivo tornar patente o que estava implícito na cláusula do contrato de 1890. Nada inovou. Era mesmo desnecessário para a inteligência da cláusula quanto ao seu alcance jurídico. Tinha, entretanto, uma finalidade prática, a de pôr fim às controvérsias surgidas no campo tributário. Mas, com ou sem o aludido têrmo, a discriminação entre bens reversíveis e não reversíveis decorria da própria natureza do instituto da reversão que é assegurar a transmissão de um acervo capaz de

possibilitar a continuidade da exploração do serviço.

15 — Lavrado em livro próprio de repartição pública municipal, o referido têrmo passou a ter fôrça e validade de escritura pública, na forma do disposto no art. 26 da Lei de Reorganização do Distrito Federal, então vigente, de 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, assim redigido:

"Os têrmos constantes dos livros das repartições municipais, de *contratos e obrigações*, bem como os de entrega, cessão ou doação de imóveis para abertura ou melhoramento de ruas e logradouros públicos, *têm fôrça de escritura pública*, independendo qualquer que seja o seu valor, de insinuação e transcrição *para que valham contra terceiros*" (idem, art. 26 da Lei Federal n.º 939, de 29-12-1902; idem, art. 40 da Lei Federal n.º 1.101, de 19-11-1903).

16 — Equivalente a uma *escritura pública* o aludido têrmo é também um *instrumento público*, expressões que na linguagem do Cód. Civil (art. 133), segundo o comentário de J. M. Carvalho Santos (*Cód. Civil Interpretado*, vol. III, pág. 188), são sinônimas.

17 — Em verdade o têrmo lavrado por funcionário público, em livro próprio, na repartição competente, não é um simples *documento* mas verdadeiro *instrumento* por que se destina a fazer prova do ato jurídico que nêle se contém:

"A diferença entre *instrumento* e *documento* está em que aquêle é prova preconstituída do àto, êste é prova meramente casual".

18 — Êste critério de diferenciação, enunciado por Moacir Amaral dos Santos, *Prova Judiciária no Civil e no Comercial*, vol. I, pág. 82, encontra raízes em nosso direito segundo a lição de João Mendes, que depois de definir os instrumentos e os documentos assim se expressa:

"*Instrumentos públicos*, em geral, são os lavrados por oficiais ou *funcionários públicos* para atos de seus ofícios ou funções.

Subdividem-se em *instrumentos administrativos* e forenses....."

"Os *instrumentos administrativos* são as formas escritas dos atos das autoridades e dos outros funcionários e empregados da administração pública" — *Direito Judiciário Brasileiro*, 3.ª ed., pág. 194; idem, pág. 203).

19 — João Monteiro reporta-se às *Ordenações*, III, 61, fr. 10 *de probat*, para afirmar que "também se consideram instrumentos públicos os que estão guardados nos arquivos públicos" (*Teoria do Processo Civil*, 5.ª ed., pág. 398).

20 — Equiparado, por lei, a escritura pública e sendo, por definição, um *instrumento público* o têrmo é prova preconstituída do ato jurídico que êle traduz e, como tal, faz *prova plena entre as pessoas que nêle intervieram* (João Mendes, ob. cit., pág. 199).

21 — Para Clóvis Beviláqua a *prova plena* que o *instrumento público* produz, vai além das partes e atinge *terceiros*:

"*O instrumento público faz prova plena não sòmente entre as partes como, ainda, em relação a terceiros*, quanto à existência do ato jurídico e aos fatos certificados pelo oficial público" (*Código Civil Comentado*, 3.ª ed., vol. I, pág. 382).

22 — Francisco Campos, com apoio em Henri de Page e Planiol-Ripert, sustenta também que a presunção de veracidade do documento público "não se entende tão sòmente em relação às partes, mas *em relação a terceiro ou a todo o mundo*" (*Parecer*, *in* Revista Forense, vol. 72, pág. 255).

23 — Esta referência ao caráter público do *têrmo* e à prova dêle resultante, mostra que êle não pode ser acoimado de vício de forma. Assinado pelo Prefeito, vinculou automàticamente a Prefeitura, por si mesmo, independentemente de publicação prévia.

24 — A regra salutar concernente à publicidade dos atos administrativos municipais (invocada a propósito) por ser genérica e imprecisa (art. 44 da Lei n.º 85, de 20 de setembro de 1892) é desprovida de sanção específica e não pode ser apontada como motivo de *nulidade*, capaz de impedir, ou de adiar os efeitos

de um têrmo de natureza contratual e bilateral, destinado a afastar dúvidas surgidas na interpretação de cláusula da concessão, dúvidas estas cuja elucidação interessava principalmente às partes contratantes e signatárias do mesmo *têrmo*.

25 — De acôrdo com a lição invocada, valendo como escritura ou instrumento público, o têrmo obrigou às partes desde a sua lavratura.

26 — A propósito da existência e validade de resoluções de caráter legislativo, antes de publicadas, tive oportunidade de manifestar-me em longo parecer, emitido em 14-5-47, no qual me reportei à discussão havida no Supremo Tribunal Federal sôbre o Código de Águas e à doutrina corrente. Sustentei, então, que "com a assinatura de seu texto, ato material que corresponde à promulgação, a resolução passa a ter existência e validade de lei, como manifestação completa e acabada dos órgãos incumbidos da elaboração legislativa; *a ausência de publicação não lhe tira essa conseqüência*" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 9, págs. 242-246").

Êste exemplo mostra como a publicação nem sempre é condição essencial à validade de atos governamentais.

27 — No caso em exame, a publicidade do têrmo de 1909 (e do de 1910), se deu, posteriormente, no *Boletim da Intendência*, 1909, pág. 54, julho-set. e 1911, vol. 2.º, pág. 83.

28 — Ao assinar o têrmo de 1909 (e seu aditamento, em 1910) o Prefeito praticou ato normal de administração. Deu interpretação à cláusula da concessão, tornando evidente o que nela estava implícito, conforme procurei demonstrar no parecer de 19 de agôsto e repeti no presente, em resposta ao quesito anterior.

29 — Estava, aliás, o Prefeito de então, por fôrça de lei orgânica em vigor (art. 27, § 13, do Dec. n.º 5.160, de 8-3-1904), autorizado a

"Resolver sôbre a propositura, desistência e abandono das ações que interessarem à Fazenda Municipal, bem como sôbre acordos ou composição, nos têrmos das leis em vigor".

30 — O acôrdo em causa foi celebrado, portanto, por um Prefeito *capaz de transigir*, se tanto fôsse da conveniência da Prefeitura. Mas, a meu ver, o têrmo não teve o caráter de transigência, em detrimento do patrimônio municipal; nêle ficou dito que sòmente os bens necessários à exploração do serviço concedido seriam reversíveis, como é da essência do instituto da reversão.

Dada, por esta forma, resposta ao segundo quesito, passarei a dissertar sôbre o conteúdo do terceiro.

III

31 — Os bens utilizados na exploração do serviço concedido são de propriedade da concessionária, enquanto durar a concessão, embora estipulada a cláusula de reversão.

Neste sentido é a opinião doutrinária de melhor quilate.

32 — Clóvis Beviláqua, em parecer sôbre o assunto, disse:

"Aventou-se que a propriedade da emprêsa concessionária seria resolúvel, porque, em certa época, os bens aplicados teriam de passar à Municipalidade. Com esta idéia pretende-se provar que êsses mesmos bens pertencem à Municipalidade, cujo direito depende apenas de um prazo para tornar-se efetivo. A inconsistência desta construção é manifesta. Porque, se a propriedade fôsse resolúvel não se segue que os bens já pertencessem à Municipalidade. No domínio resolúvel, enquanto não se realiza a condição resolutória, ou o prazo final, *aquêle a quem há de passar o domínio não é proprietário.*"

E, depois de outras considerações, concluiu:

"Como quer que seja, o exclusivismo é essencial ao domínio, e sendo assim é claro como a luz solar que, na propriedade resolúvel, antes de realizada a resolução, a *propriedade pertence exclusivamente ao titular dela*" (*Soluções Práticas de Direito*, vol. II, pág. 86).

33 — Orosimbo Nonato, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, sustentou a mesma tese:

"Como vêem os eminentes colegas trata-se de cláusula de reversão, cláusula muito encontradiça em nosso Direito. Por um lado, o *fato de ser a coisa destinada ao serviço público não faz com que o concessionário perca a sua propriedade;* por outro lado, é necessário que no fim do contrato não haja qualquer hiato no serviço público que desempenhava o concessionário" (Voto no Rec. Ext. 18.135, *in* Revista Forense, vol. 153, pág. 133).

34 — A estas abalisadas opiniões se junta a de Francisco Campos:

"O capital do concessionário constitui propriedade sua. E êle o converte em instalações e materiais. Se, pelo fato dessa conversão, o capital muda de aparência, a sua relação jurídica com o concessionário não mudou. *O capital, sob a nova forma, continua a ser propriedade sua, embora afetada a um fim público ou ao serviço de uma entidade pública*".

"Pelo simples fato da concessão não se transfere ao concedente a propriedade do concessionário....."

"*Proprietário das instalações e dos materiais que destina ao funcionamento do serviço concedido, o concessionário,* se não se despoja dessa propriedade por ato expresso e inequívoco, continuará, expirado o prazo da concessão, a ser o seu proprietário (*Direito Administrativo*, pág. 183-184).

35 — No mesmo sentido opinaram Antão de Morais — *Problemas e Negócios Jurídicos*, vol. III, pág. 117, e Saboia de Medeiros (*Parecer, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, págs. 489-497).

36 — No direito estrangeiro se podem colhêr idênticas opiniões. Rafael Bielsa é peremptório:

"A juicio nuestro los principios aplicables son los seguintes:

1.º *La propriedad del concessionário es la comum* (*Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1947, Tomo I, pág. 420; *Estudios de Derecho Público* — Derecho Administrativo — 1950, pág. 472-474; idem Miguel S. Marienhoff — *Caducidade y Revocacion de la concession de servicios publicos*, 1947, pág. 80).

37 — Gaston Jèze faz a mesma observação:

"Tous les immeubles qui ne font pas retour au concédant restent la propriété du concessionnaire; ces immeubles portent, dans la pratique, le nom de "domaine privé" par opposition au "*domaine concédé*" (*Les Contrats Administratifs*, vol. IV, pág. 458).

38 — A cláusula de reversão não constitui, outrossim, direito real, porque desta modalidade não cuida a lei civil, sabido como é, que os direitos desta espécie são aquêles nela expressamente enumerados. É obrigação pessoal, cujo cumprimento, entretanto, foge às regras de direito comum, por envolver exercício de um serviço público.

Tenho, desta forma, como respondida a terceira pergunta.

IV

39 — O têrmo de 22 de julho de 1909, assim dispôs, na cláusula VII:

"Se, ao contrário, ainda de futuro, algum ou parte de algum dos prédios da Companhia, por acôrdo com a Prefeitura e mediante as devidas compensações, deixar de se destinar aos fins de serviços privativos e privilegiados da Companhia, como, por exemplo, na hipótese de mudança ou substituição de estações, supressão ou mudança de usina, a êsse prédio ou parte do prédio se aplicarão as disposições da cláusula II e da segunda parte da cláusula III, isto é, passará a ficar sujeito ao impôsto de décima urbana e não mais reverterão para a Municipalidade, ficando, portanto, de livre propriedade da Companhia."

A cláusula prevê a hipótese de um bem reversível e vinculado perder esta condição; neste caso a Companhia terá sôbre êle a propriedade plena, inclusive quanto à sua disponibilidade. A Municipalidade terá a devida compensação, recebendo outro, de propriedade da Companhia, livre e desembaraçado, que por fôrça do acôrdo ficará sujeito à reversão futura e, portanto, indisponível.

40 — Esta operação não é permuta, porque *ambos os prédios* — o antigo e o novo — são de propriedade da Companhia. A cláusula de reversão imposta originàriamente a um dêles, e, posteriormente, ao outro, dado em substitnição, não modifica aquela situação, não importa em negação do direito de propriedade.

41 — À troca, ou permuta, se aplicam as disposições referentes à compra e venda — *Cód. Civil, art.* 1.164 — a despeito de não haver preço. Como é óbvio, não tem aquêle sentido jurídico alguém trocar uma coisa que, apesar de indisponível, lhe pertence, por outra que também está no seu patrimônio.

42 — O expediente previsto na aludida cláusula é de *natureza administrativa*, cabendo à Municipalidade pugnar pelo recebimento das compensações e impedir que, da substituição, possa resultar qualquer prejuízo para a exploração do serviço concedido.

V

Finalmente, a cláusula XIX do contrato de 30 de agôsto de 1890, dispondo sôbre dissolução automática da Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico, findo o prazo da concessão, não tem conseqüências jurídicas. É sabido que compromisso de tal magnitude na vida de uma sociedade anônima não pode ser assumido à revelia de seus acionistas, cuja vontade deve ser colhida em Assembléia Geral, caso não conste de seus estatutos. Mas, se assim não fôsse, a cláusula já teria caducado, por fôrça da cláusula V do contrato de 25 de maio de 1900.

Com estas considerações penso haver respondido aos quesitos ns. 4 e 5 da Consulta.

S. M. J.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1955. — *Carlos Medeiros Silva*, Advogado no Distrito Federal.