# PROPRIEDADE DOS BENS DA CONCESSÃO

AFRÂNIO DE CARVALHO
Consultor Jurídico da Companhia
Hidrelétrica do São Francisco

SUMÁRIO: (Continuação) — V — *Reversões de bens e amortizações.* VI — *Bens reversíveis e bens não reversíveis.* VII — *Títulos de propriedade e seu registro.* VIII — *Resumo e Conclusão.*

## V — REVERSÃO DE BENS E AMORTIZAÇÕES

* 88. Os bens da concessão devem ser, no fim do prazo desta, entregues pelo concessionário ao poder concedente em virtude de sua destinação ao serviço público. Essa entrega constitui um corolário do contrato em que o concessionário se coloca transitòriamente em lugar do concedente para a prestação de um serviço que incumbe a êste. Como, na maioria dos casos, os bens hajam surgido da outorga do concedente e, em outros, se encontram alguns que já eram do domínio dêste, a quem primitivamente tudo pertencia, a linguagem jurídica generalizou a feição devolutiva da entrega, dando-lhe o nome de reversão de bens.

89. A reversão de bens constitui, por isso, um preceito tradicional nas leis brasileiras referentes a concessões de serviço público, de onde se traslada para os contratos, quer na esfera federal, quer nas esferas estadual e municipal. Ora debaixo de uma forma, ora de outra, ela está sempre presente na nossa legislação administrativa, havendo aparecido com caráter geral, pôsto subentendida, na primeira lei reguladora das concessões de serviço público e reaparecido com caráter especial, mas ostensiva, em cada uma das leis privativas das diferentes concessões de serviço público que sucessivamente se editaram, como a portuária, a ferroviária, a de energia elétrica e a telefônica (Lei de 29 de agôsto de 1828, art. 13; Decreto n.º 24, de 1835, art. 9.º; Decreto n.º 1.746, de 1869, art. 1.º, § 3.º, e Decreto n.º 24.599, de 1934, arts. 11. e 12; Decreto n.º 5.561, de 1874, art. 21, § 6.º Código de Águas, art. 165; Decreto-lei n.º 5.144, de 1942, art. 2.º, *b*).

90. Ao findar o prazo da concessão, portanto, de um lado, o concedente recebe os bens utilizados na mesma e, de outro lado, o conces-

---

* *Nota da Redação* — A primeira parte dêste trabalho está publicada no vol. 44.

sionário os perde. Êsses bens, recebidos pelo primeiro e perdidos pelo segundo, hão de ser transmitidos, por mais longo que seja aquêle prazo, em estado regular de modo a permitir a continuidade no funcionamento do serviço. Que cabe concluir daí? Daí cabe concluir que intercorrentemente o mecanismo da concessão deve fornecer meios para acudir ao desgaste dos bens pela ação do uso e do tempo e para restituir ao concessionário o capital nêles invertido.

91. Essa dupla finalidade, uma renovadora, a outra restitutiva, há-de ser atingida paulatinamente, para o que, à medida que corre o prazo da concessão, se devem acumular com as receitas desta as seguintes amortizações:

a) amortização industrial (depreciação), destinada a manter íntegros os bens da concessão, de modo que, no fim desta, sejam entregues ao concedente em condições de permitir a continuidade do serviço;

b) amortização financeira (amortização do capital), destinada a recompor o capital empatado nos bens da concessão, de modo que, no fim desta, seja integralmente devolvido ao concessionário.

Assim, na implantação do serviço, hão de ser criadas, na contabilidade do concessionário, ao mesmo tempo, uma reserva de amortização industrial, ou de *depreciação*, destinada a possibilitar os consertos e as substituições dos bens que se desgastarem pelo uso ou pelo tempo, e uma reserva de amortização financeira, ou simplesmente de *amortização*, destinada a recompor a pouco e pouco o capital nêles invertido para o fim de ser restituído ao concessionário.

92. O dualismo jurídico das partes da relação contratual reflete-se no dualismo econômico-contábil das reservas de depreciação e de amortização do capital, a primeira de interêsse sobretudo do concedente, a segunda do concessionário, embora se entrelacem no ponto em que aquela garante a produtividade, sem a qual esta não seria satisfatòriamente abastecida. Graças ao funcionamento dessas duas reservas, ao vencer-se o prazo da concessão o concedente pode recolher o acervo, isto é, os meios de exploração da mesma (obras, instalações, etc.), em condições regulares, capazes de assegurar a continuidade do serviço, e o concessionário recobrar inteiramente o valor do capital por êle invertido durante o curso daquele prazo. Assim, ficam satisfeitas as duas ordens de interêsse em jôgo no contrato de concessão.

93. A terminologia dessas reservas não é fixa, como não é uniforme a sua distinção dos respectivos fundos. Tradicionalmente a palavra amortização vem sendo empregada, em livros de direito, de economia e de contabilidade, para significar qualquer recomposição de valor em prestações, seja o valor representado por dinheiro, ou por bens de outra natureza. Modernamente, contudo, devido à influência norte-americana, vem se preferindo a palavra depreciação para traduzir a idéia de recomposição parcelada do valor representado por bens. Essa falta de fixidez terminológica reflete-se na legislação brasileira, que ora se vale da palavra amortização para ambos os casos, como na

lei de sociedades por ações, ora das palavras amortização e depreciação para diferenciá-las, como no Código de Águas e na lei do impôsto de renda, ora finalmente de outras palavras, entre as quais compensação e renovação, para distinguí-las em leis diversas, notadamente as de concessão portuária.

94. Diante da variedade de terminologia referente a essas reservas, convém fixar bem o sentido em que, seguindo a tendência predominante, são agora empregadas as expressões reserva de depreciação e reserva de amortização. A reserva de depreciação visa à reposição dos bens; a de amortização visa à devolução do capital ao concessionário, vale dizer, em regra, aos seus acionistas. A reserva de depreciação serve para manter os bens da concessão; a de amortização serve para criar um novo capital em lugar do que foi empregado nos bens. Enfim, a reserva de depreciação interessa diretamente ao concedente e à emprêsa que o substitui; a de amortização interessa diretamente aos acionistas desta.

95. Essas duas reservas, de direções opostas, porque uma se dirige para o concedente e a outra para o concessionário, são ambas essenciais no quadro econômico-contábil da concessão de serviço público, desde que se subentenda que a reversão de bens é um corolário do contrato. A futura lei geral reguladora das concessões de serviço público deve exigí-las em polos necessários de tôda concessão, em tôrno dos quais gravitem interêsses que se opõem, à semelhança do que fêz a lei de concessões telefônicas em vigor (Decreto-lei n.º 5.144, de 1942, art. 2.º, *b*). Fora esta pode-se dizer que as demais leis especiais ora se preocupam unilateralmente com uma delas, ora com a outra. Antigamente, a preferência legislativa voltava-se para a reserva de amortização, levada naturalmente pela necessidade de atrair capitais estrangeiros para as nossas grandes obras públicas; atualmente, volta-se para a reserva de depreciação, impelida menos pela observação do estado a que ficaram afinal reduzidas as obras públicas outrora concedidas do que pela notória influência que de certo tempo para cá passou a exercer a regulamentação norte-americana das emprêsas de utilidade pública, notadamente de eletricidade.

96. A propósito, cabe recordar que existe uma diferença fundamental entre o Brasil e os Estados Unidos no tocante ao assunto, pois, ao passo que no nosso país a reversão de bens constitui um corolário das concessões, ali não se cogita dela nas emprêsas de utilidade pública. Assim se explica por que, no caso brasileiro, existem normalmente duas reservas e, no caso norte-americano, apenas uma delas, a de depreciação, de que as comissões reguladoras daquelas emprêsas cuidam para um fim único, a saber, a fixação de tarifas. De fato, o que as referidas comissões buscam é coibir tarifas excessivas em conseqüência do ingresso na despesa de operação de uma cota exageradamente calculada para cobrir o desgaste anual do investimento, isto é, de um desarrazoado encargo de depreciação. Daí o relêvo que, no tratamento da matéria das *public utilities* nos Estados Unidos, assume a reserva de depreciação, embora a esta tenha se juntado

a reserva de amortização nos limitados casos de aproveitamentos hidráulicos concedidos pela Federal Power Comission com fundamento no Public Utility Act de 1935 (*Electric Power and Government Policy*, Survey by the Research Staff, The Twentieth Century Fund, New York, 1948, págs. 69/72).

97. Como se disse, a reserva de depreciação visa manter o acervo a ser transferido ao Estado, isto é, a prover às renovações de material desgastado ou obsoleto. Para formar essa reserva acumulam-se cotas anuais, que se fixam, dividindo o valor do material pelo número de anos de sua duração média. Como a duração do material é assim meramente estimada, a cota anual de depreciação apenas tenta representar aproximativamente a perda progressiva do valor do material. Essa tentativa de aproximação pode generalizar-se ao conjunto de materiais reunidos em certa concessão, fixando-se então uma cota anual que se traduz em uma porcentagem ou taxa sôbre o capital invertido nas instalações.

98. Dada a impossibilidade de medir exatamente a perda progressiva do valor de uma instalação industrial, decorrente da variedade de causas que podem contribuir para isso, como o desgaste pelo uso e pelo tempo ou a vetustez trazida pelo advento de aperfeiçoamentos técnicos em instalações novas mais produtivas, as nossas leis e regulamentos têm se abstido, com acêrto, de fixar as taxas de depreciação dos bens das emprêsas concessionárias de serviços públicos. A lei de sociedades por ações limita-se a prever a depreciação sem lhe fixar a taxa, no que acompanha o decreto que aprovou o plano de contas das emprêsas de energia elétrica. Cabe, portanto, aos concessionários a escolha das taxas sob a fiscalização do órgão administrativo competente, que tanto há-de evitar porcentagens excessivamente baixas, nocivas à incolumidade do acervo e, portanto ao concedente, como excessivamente altas, prejudiciais ao público, por importarem em capitalização a expensas dêste.

99. Quanto aos serviços de energia elétrica, a Divisão de Águas do Ministério da Agricultura aceita a taxa de 3% para a depreciação em sistema hidrelétrico. Nos Estados Unidos a porcentagem admitida pelas comissões reguladoras das emprêsas de utilidade pública oscila entre 2,5 a 3,5% do valor da propriedade depreciável, segundo verificação da Federal Trade Comission. Por outro lado, os banqueiros de investimentos, ao contratarem a colocação de obrigações das mesmas emprêsas, geralmente estipulavam, no interêsse dos tomadores, uma reserva anual para depreciação correspondente a 12,5% da renda bruta, mas essa porcentagem foi elevada nos últimos anos para 15% (*Electric Power and Government Policy*, Survey by the Research Staff, The Twentieth Century Fund, New York, 1948, pág. 268).

100. A nossa atual lei do impôsto de renda permite formar tanto a reserva de depreciação como a de amortização. No tocante à primeira, admite a dedução do lucro bruto do "valor das máquinas e instalações que caírem em desuso ou se tornarem obsoletas, diminuindo

das cotas que nos anos anteriores tenham sido deduzidas para atender à sua depreciação". No atinente à segunda, admite também a dedução do lucro bruto de "cotas destinadas à amortização de capitais invertidos em bens reversíveis" (Reg. do Imp. Renda, Decreto n.º 36.773, de 1955, art. 37, alínea *c* e § 1.º, letra *b*). Por sua vez, o plano contábil das emprêsas de energia elétrica prevê tanto a reserva de depreciação (reserva para depreciação de instalações), como a de amortização do capital (reserva para reversão), ambas dedutíveis da renda bruta (Decreto n.º 28.545, de 1950, Contas 11.0 e 11.1).

101. A reserva de amortização do capital visa a recuperar o capital a ser restituído ao concessionário (ou aos acionistas da emprêsa), isto é, a recompô-lo mediante cotas anuais deduzidas da renda da exploração. Como a restituição do capital deve efetuar-se, ou completar-se, no fim do prazo da concessão, o valor das cotas anuais obtém-se normalmente, dividindo o capital pelo prazo. Todavia, condicionada, como está, à renda da exploração, a cota pode variar de um ano para outro, dependendo das condições de cada caso, mas deverá oscilar em tôrno daquele valor médio.

102. O capital é amortizado por um processo semelhante ao que prevalece para restituição progressiva de um empréstimo hipotecário, quando entre credor e devedor se estipula o pagamento em prestações. Êsses pagamentos regulam-se de acôrdo com um plano preestabelecido, de sorte que se hajam de pagar periòdicamente quantidades determinadas, com as quais se pode calcular de antemão em que tempo ficará amortizado o capital. Todavia, enquanto na hipoteca de amortização progressiva, à medida que o capital, isto é, o débito, vai diminuindo, também deve diminuir o juro, na concessão aquêle decréscimo não abaixa o juro, ou dividendo, que é sempre calculado sôbre o montante do capital primitivo, ou investimento.

103. A reversão de bens e a amortização do capital, por conseguinte, guardam entre si uma estreita conexão. A primeira coexiste parede-meia com a segunda. Quanto maior fôr o prazo da concessão tanto menor será a anuidade da amortização. A anuidade da amortização pesa fortemente na composição das tarifas do serviço. Daí se deduz que a concessão com reversão de bens há-de ser outorgada ordinàriamente por prazo longo, de modo a aliviar a anuidade da amortização e, portanto, a atenuar um dos principais elementos da composição das tarifas cobráveis ao público.

104. A conexão que acaba de ser assinalada vem reconhecida na generalidade das leis referentes a concessões de serviços públicos no nosso país, desde as mais antigas até as mais modernas. A primeira lei geral reguladora de concessões já permitia que no contrato se outorgasse ao concessionário o "direito de cobrar certa e determinada taxa do uso da obra, que fizer o objeto da emprêsa por certo número de anos, que se entender necessário para a amortização do capital empregado na obra, com os seus competentes interêsses" (Lei de 29 de agôsto de 1828, art. 6.º). A primeira lei de concessões portuárias, depois de dizer em um parágrafo que, "findo o prazo ficarão

pertencendo ao Govêrno tôdas as obras e o material fixo e rodante da emprêsa", continuou no parágrafo seguinte que "a emprêsa deverá formar um fundo de amortização por meio de cotas deduzidas de seus lucros líquidos, e calculadas de modo a reproduzir o capital no fim do prazo da concessão" (Decreto n.º 1.746, de 1869, §§ 3.º e 4.º do art. 1.º). Aquela que na República a substituiu foi ainda mais enfática, pois preliminarmente malsinou em um considerando o dispositivo do art. 7.º do Decreto n.º 3.314, de 1886, visto restringir o prazo da amortização do capital aplicado na construção e no aparelhamento dos portos nacionais e dificultar o financiamento dêsses empreendimentos, para em seguida determinar em artigos sucessivos o entrelaçamento entre essa amortização e a reversão dos bens no fim do prazo contratual (Decreto n.º 24.599, de 1934, arts. 11 e 12). Dentre as leis modernas merecem destaque as concernentes às concessões de energia elétrica e às concessões telefônicas, pois também estabeleceram um nítido relacionamento entre a reversão de bens e a amortização do capital (Decreto n.º 24.643, de 1934, art. 157; Decreto-lei n.º 5.144, de 1942, art. 2.º, *b*).

105. O prazo de amortização ora tem na lei apenas um limite máximo, que deixa um extenso campo para a estipulação contratual, ora limites mínimo e máximo, que diminuem êsse campo, dentro do qual a Administração pode atuar para distribuir a amortização sem encarecer demasiado o preço do serviço para o consumidor. Na primeira lei portuária estabeleceu-se o prazo máximo de 90 anos, reduzido para 70 anos na segunda (Decreto n.º 1.746, de 1869, art. 1.º, § 3.º; Decreto n.º 24.599, de 1934, art. 1.º, parágrafo único); na lei ferroviária também foi admitido o prazo máximo de 90 anos (Decreto n.º 641, de 1852, art. 1.º; Decreto n.º 5.561, de 1874, art. 9.º); na lei de energia elétrica estabeleceram-se os prazos mínimo de 30 anos e máximo de 50 anos:

"Art. 157. As concessões, para produção, transmissão e distribuição da energia hidrelétrica, para quaisquer fins, serão dadas pelo prazo normal de 30 anos.

Parágrafo único. Excepcionalmente, *se as obras e instalações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo*, com o fornecimento de energia por preço razoável ao consumidor, a juízo do Govêrno, ouvidos os órgãos técnicos e administrativos competentes, *a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hipótese alguma de 50 anos*" (Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 1934, art. 157.)

De passagem, convém averbar que está se esboçando uma corrente de opinião em favor das concessões por prazo indeterminado, alegando-se contra o prazo determinado — embora não me pareça isso convincente — que "não é pràticamente possível estabelecer-se uma anuidade para resgatar o capital sempre crescente, em face do prazo da concessão que é decrescente e se torna cada vez mais restrito com o decurso do tempo" (José Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Imp. Nac., 1937, vol. II, pág. 139).

106. Com maior ou menor prazo, a amortização do capital tem assim o seu campo próprio na concessão do serviço público, já que, ao fim desta, os bens representativos do valor daquele hão de ser abandonados ao Estado. Ainda que a concessão tenha como titular uma sociedade de economia mista, o que é perfeitamente possível, dada a distinção entre a personalidade desta e a do Estado, cabe a amortização relativamente ao capital particular, que se associou ao público. Trata-se de uma operação deveras imprescindível em tôdas as sociedades que exploram direitos temporários, conforme põem em relêvo juristas cuidadosos em relacionar o problema jurídico com o econômico, assim como economistas e contabilistas, os quais não perdem de vista que reside na concessão a origem da prática da amortização do capital, não obstante estender-se a mesma presentemente a sociedades comuns, de todo alheias, pelo seu objeto, à interferência do poder público (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1947, tomo 1.º, n.º 140, pág. 424; Lyon-Caen & Renault, *Droit Comercial*, 14.ª ed., Paris, 1940, n.º 181; U. Navarrini, *Das Sociedades e Associações Comerciais*, trad. bras., Rio de Janeiro, 1950, vol. II, n.º 452-b; Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, 2.ª ed., Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, vol. I, n.º 115; Carlos de Carvalho, *Contabilidade*, 2.ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Bras., 1915, 1.º vol., pág. 276).

107. A lei brasileira de sociedades por ações prevê a amortização do capital que, no seu conceito, consiste em restituir antecipadamente aos acionistas o valor de suas ações, empregando para isso uma parte do lucro líquido verificado em cada exercício. Essa operação pode ser completada com a entrega aos acionistas de ações de gôzo ou fruição, que os habilita a manter a qualidade com que ingressaram na sociedade até o fim desta (Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, art. 18).

108. Consoante o exposto em capítulo anterior, a concessão requer sempre obras e instalações novas e, por conseguinte, várias e seguidas inversões de capital. Se o capital se conservasse invariável durante todo o prazo da concessão, seria fácil reconstituí-lo mediante anuidades constantes. Mas o problema se complica com o fluxo intermitente de recursos adicionais, sobretudo quando ocorre um de grande vulto ao aproximar-se o têrmo da concessão. Por um lado o acréscimo da anuidade da amortização pode tornar-se tão pesado que não permita descarregá-lo sôbre os consumidores do serviço através das tarifas. Por outro lado, embora suportável pelos consumidores do serviço, pode sobrevir em ocasião em que não seja mais possível computá-lo em revisão de tarifas. Num e noutro caso, não restará outra saída senão deixar um resíduo não-amortizado de capital para ser indenizado pelo concedente na expiração do contrato.

109. A moderna legislação portuária brasileira tentou resolver êsse problema, classificando o capital das concessões em capital *inicial* e capital *adicional*, um realizado no primeiro decênio da concessão, o outro nos decênios seguintes, encerrando-se, no fim de cada um dêles, a respectiva conta. Com o encerramento da conta, tornam-se conhe-

cidas primeiro a importância do capital inicial e depois, à proporção que passa o tempo, a de cada uma das parcelas do capital adicional, podendo-se calcular oportunamente a anuidade de amortização de cada uma delas, a ser atendida na revisão periódica das tarifas. Essa anuidade é calculada, excluindo sempre os decênios já decorridos, de modo a reproduzir o capital no fim do prazo da concessão. Não obstante, ao reiterar o mandamento da reversão dos bens findo o prazo da concessão, o decreto admite que nessa data ainda exista um resíduo não compensado pelo fundo de amortização e provê ao seu pagamento ao concessionário em apólices federais (Decreto n.º 24.559, de 6/7/1934, art. 12).

110. Qual é, porém, o capital a amortizar, quando esteja como concessionário uma emprêsa estrangeira? Êsse capital outro não é senão o valor em cruzeiros da moeda estrangeira na data em que foi aplicada em bens da concessão. Como no fim do ano é que se levanta o montante da inversão para o balanço, pode ser tomada, sem maior inconveniente, a média anual da taxa de câmbio para converter a moeda estrangeira em cruzeiros, a fim de resolver os casos de difícil determinação de data. Assim se fixa o custo histórico dos bens.

111. Essa conversão poderá ser acompanhada com facilidade doravante, depois que a legislação brasileira aboliu as liberalidades que serviam para obscurecer a escrita das emprêsas estrangeiras, concessionárias ou não de serviços públicos. O Código Comercial, de 1850, permitia que os negociantes estrangeiros escriturassem os livros comerciais e, por conseguinte, contabilizassem as suas operações mercantis em língua diversa da nacional, embora exigisse, para admití-los em Juízo, que fôssem primeiro traduzidos, na parte relativa à questão, por intérprete juramentado. A vigente lei de sociedades por ações, de 1940, preceituando que o capital da companhia seja expresso em dinheiro nacional, implìcitamente determina que tôdas as suas operações o sejam, mas o preceito tem o seu alcance limitado às companhias brasileiras, vale dizer, constituídas no país. Contudo, a última lei do impôsto de renda, de 1954, exigiu inequìvocamente que tôdas as emprêsas que funcionem no território brasileiro, quer tenham nêle a sua sede, quer no estrangeiro, escriturem os seus livros em língua e idioma nacionais e na forma estabelecida pela legislação comercial e fiscal. Além disso, marcou o tempo e o meio para passagem de um para outro regime, estatuindo que as firmas e sociedades cujas contabilidades são atualmente feitas em moeda estrangeira deverão operar a conversão ao encerrar o primeiro balanço anual depois da vigência da lei. Quer isso dizer que a contabilidade em língua e moeda brasileiras tornou-se absolutamente geral a partir de 1955 (Código Comercial, art. 16; Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, art. 4.º; Lei n.º 2.354, de 1954, art. 2.º, com a nova redação do art. 34, § 3.º, e novo § 5.º do Decreto n.º 24.239, de 22 de novembro de 1947).

112. A reversão de bens abrange todos os que entraram no acervo da concessão? A meu ver, a resposta afirmativa se impõe, pois todos foram pagos ao concessionário mediante a amortização do seu

capital. Nessa conformidade, deve ser entregue pelo concessionário ao concedente tudo quanto integra a unidade econômica da concessão, móveis e imóveis, com os seus acessórios. Nenhum dos bens pagos com aquela moeda pode ser excluído, ainda que a lei ou o contrato empregue uma linguagem aparentemente restritiva. Nesse caso, deve-se afastar, por absurda, qualquer interpretação excludente tanto mais quanto o texto pode ter sido redigido com o propósito de distinguir apenas os bens da concessão de outros ligados a atividade diversa, a que eventualmente o concessionário também se dedique. Considerando não ser rara a concessão de energia elétrica a emprêsa que já explora outra atividade, cumpre, a meu ver, interpretar nesse sentido o Código de Águas, quando diz que revertem "tôdas as obras de captação, de regularização e de derivação, principais e acessórias, os canais adutores dágua, os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como a maquinária para a produção e transformação da energia e linhas de transmissão e distribuição" (Código de Águas, art. 165).

113. Como, no entanto, não há sucessão de emprêsa entre concedente e concessionário, só reverte o patrimônio líquido, isto é, o conjunto de bens ativos escoimado de dívidas ou obrigações, que, ou são liquidadas prèviamente, como convém aconteça com as indenizações de despedida do pessoal, ou continuam a cargo do concessionário, que, assumindo geralmente a figura de uma sociedade comercial, deixará algumas daquelas para a fase de dissolução e liquidação. Dessa maneira, o poder concedente receberá os bens mediante inventário, com os títulos transcritos dos imóveis, as certidões negativas de ônus judicial ou extrajudicial, bem como de débitos fiscais, as certidões negativas de ações judiciais ou execuções contra o concessionário, as quitações de indenizações de despedida do pessoal e a prova da liquidação prévia de outras dívidas ou da garantia de um Banco de assumí-las.

114. Assim, o poder concedente, cuja propriedade já está protegida pela resolução retroativa de todos os direitos que se lhe opõem, ficará inteirado de que não precisará dar nenhum passo judicial para assegurá-la e de que não será molestado com responsabilidades do concessionário. Aliás, quanto a estas, dificilmente deixará de haver uma certa margem para composição entre concedente e concessionário, como se viu anteriormente, quando se tratou da contingência de pràticamente tôda concessão, que é deixar um resíduo não amortizado de investimento, o qual deverá ser indenizado pelo primeiro ao segundo.

115. A reversão de bens deve operar-se normalmente como contrapartida da amortização do capital. O contrato precisa assegurar o automatismo de uma e outra prestação. Daí poder dizer-se que o próprio da reversão de bens é fazer-se sem indenização, salvo a do resíduo não amortizado que porventura exista, como atrás se ressalvou. No entanto, o Código de Águas deixa livre à Administração optar entre as duas formas de reversão, pois transfere para a fase contratual a preferência entre a reversão *com* indenização e a reversão *sem* indenização, limitando o *quantum* da primeira:

"Art. 166. Nos contratos serão estipuladas as condições de reversão, com ou sem indenização.

Parágrafo único. No caso de reversão com indenização, será esta calculada pelo custo histórico menos a depreciação, e com dedução da amortização já efetuada, quando houver" (Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 1934, art. 166.)

116. Se a reversão deixar de ter a contrapartida da amortização intercorrente, há-de ter a da indenização final, e esta não poderá ser outra senão o custo histórico dos bens menos a depreciação sofrida pelos mesmos. Quando, apesar de estipulada a indenização final, houver uma amortização parcial, esta deverá ser também deduzida do custo histórico dos bens. Nesse caso, no fim do prazo, o concedente receberá os bens da concessão e o concessionário conservará consigo as reservas acumuladas de depreciação e de amortização, como se acharem no seu patrimônio, em dinheiro ou em bens que não estiverem substituindo os da concessão. Esta última solução discrepa do sistema, que, no rigor lógico, exigiria que a indenização consistisse na parte não amortizada do custo histórico, transferindo-se ao concedente todo o acervo, exceto a amortização em dinheiro ou em bens, exatamente como acontece no resgate, quando a reversão é gratuita. Já que no resgate o concedente chama a si, antes do prazo, os bens da concessão, deve indenizar a parte não amortizada dos mesmos, para o que a legislação portuária dispõe com acêrto que "o preço da encampação corresponde à diferença entre a importância do capital reconhecido pelo Govêrno... e a importância total que acusarem na ocasião os fundos de compensação em constituição" (Decreto no. 24.599, de 1934, art. 13, parágrafo único).

117. A reversão gratuita, uma vez ocorrida, cria um problema para os serviços públicos semelhantes na região, pois permitirá tarifas muito mais baixas do que as das concessões novas. Êsse problema tarifário, de menor vulto do que se supõe, visto como o serviço revertido tem sempre necessidade de investimentos adicionais, comporta várias soluções, entre as quais a equiparação de tarifas, indo o lucro extraordinário do serviço antigo abastecer um fundo comum de melhoramentos e expansões, como o fundo de eletrificação.

### VII — BENS REVERSÍVEIS E BENS NÃO REVERSÍVEIS

118. A reversibilidade ao concedente constitui predicado comum a todos os bens da concessão, formadores do patrimônio de que é titular o concessionário. Para isso, devolve-se a êste o valor dos bens por meio da amortização do capital. Está claro que, embora a reversibilidade abranja todos os bens, a amortização sòmente cobre os adquiridos com o capital do concessionário, ficando de fora os adquiridos com o capital do concedente, sem o que haveria um enriquecimento ilícito.

119. Decorrência da destinação dos bens ao serviço público, a reversão equaciona-se com a amortização do capital do concessionário.

Se existe uma equação financeira, para que ela não se altere é preciso que não se tire nenhuma quantidade de um dos seus têrmos sem tirá-la ao mesmo tempo do outro. Isso significa que nenhum bem pode ser distraído do acervo reversível sem a devida compensação.

120. Durante o prazo da concessão, alguns bens, que originalmente eram empregados no serviço dela, podem deixar de sê-lo, por se terem modificado as condições que os tornavam úteis em determinada finalidade. Para serem retirados do uso especial a que eram destinados podem concorrer causas várias, entre as quais a superveniente inadequação técnica, o deslocamento do eixo de operação do serviço e assim por diante. Todavia, não devem ser muito freqüentes os casos de retirada de bens notadamente imóveis, do uso especial da concessão, a menos tenha sido o serviço mal planejado.

121. A retirada de bens do uso especial da concessão pode ser transitória ou definitiva. Com efeito, um imóvel que, em dado momento, perdeu a sua destinação inicial pode adquirir outra diversa, imediatamente ou daí a certo tempo, sem sair assim do uso especial da concessão. Como a tendência desta é expandir constantemente suas instalações, haverá quase sempre a possibilidade de dar ao imóvel nova utilização para substituir a que perdeu. Não obstante, pode-se conceber que excepcionalmente um imóvel deixe, por completo, de ser útil à concessão, como, por exemplo, quando se fecha uma estação transformadora de energia elétrica para se construir outra em local mais conveniente.

122. Quando certo imóvel sai do uso especial da concessão, ocasional ou definitivamente, nada impede seja empregado em finalidade estranha, de acôrdo com a sua capacidade de produzir renda, notadamente mediante aluguel por prazo que não exceda o da concessão. Nesse caso, se a concessão gozar de isenção tributária, o imóvel passará apenas a ser tributado. Esta é a única conseqüência da mudança de destinação do imóvel. A diversidade de destinação não altera a reversibilidade do imóvel. Adquirido com o capital recuperável através do fundo de amortização, não pode ser extraviado do ativo reversível da concessão.

123. A propósito, cabe advertir também que a reversibilidade dos bens da concessão nada tem a ver com a sua intributabilidade. A reversibilidade relaciona-se exclusivamente com os fundos de onde se originam os bens; a intributabilidade relaciona-se com o uso especial dêsses bens. Se, portanto, o poder público concedente consentir em trocar, relativamente a certo imóvel, a reversibilidade pela tributabilidade, o que realmente faz é uma renúncia de direito, que, exorbitando da administração ordinária, requer autorização legislativa. Nessa eventualidade, sob a capa de um eufemismo, simplesmente joga fora uma de duas coisas que na ocasião lhe pertencem. Aliás, a intributabilidade nem é presentemente atributo inseparável dos bens do uso especial da concessão, pois a Constituição atual declara expressamente que "os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária,

salvo quando estabelecida pelo poder concedente ou quando a União instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interêsse comum" (Constituição, art. 31, parágrafo único).

124. Podem os imóveis desnecessários à concessão ser vendidos pelo concessionário? A resposta é afirmativa, uma vez que o concessionário enfeixa nas mãos tôdas as faculdades do proprietário, inclusive a de dispor. No entanto, não se há-de perder de vista que a disponibilidade está submetida a duas restrições, uma de ordem especial, outra de ordem geral. A primeira adere aos imóveis desapropriados, os quais têm de ser primeiramente oferecidos aos ex-proprietários, a quem cabe o direito de os reaver pelo preço da desapropriação. A segunda assinala a generalidade dos imóveis da concessão, pois tôdas as vendas de que forem objeto se resolvem findo o prazo da concessão.

125. Na verdade, tôdas as vendas de imóveis efetuadas pelo concessionário durante o prazo da concessão ficam resolvidas retroativamente quando a concessão expira pelo advento do seu têrmo. Êste é o efeito reflexo da resolução da propriedade do concessionário. A fim de evitar essa resolução retroativa das vendas, torna-se necessário que elas se processem com observância de duas cautelas, uma de fundo, outra de forma: a concordância liberatória do poder concedente e a sua manifestação por forma hábil.

126. A concordância pura e simples do concedente não basta para atingir aquela finalidade, pois é neutra ou indiferente em relação a mesma. Quando o concedente apenas concorda com as vendas de imóveis da concessão, deve-se entender que reconhece ao concessionário o direito de efetuá-las, e nada mais. Para o concedente abrir mão do próprio direito em relação aos imóveis, torna-se mister que o declare expressamente. Assim, só a concordância qualificada pela liberação expressa da reversibilidade produzirá aquêle efeito, visto como só assim se configura inequìvocamente o ato dispositivo do direito cujo exercício fôra diferido para o advento do têrmo resolutivo apôsto ao direito do concessionário. Como ensina Von Thur, qualquer disposição de direito presente ou futuro exige que seja determinado o direito a que se refere. A vontade de renunciar ou ceder direitos não se presume, e está sujeita a interpretação estrita (Von Thur, *Direito Civil*, § 60; Van Wetter, I, 83, nota 14; C. da Rocha, § 110, *in fine*; Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 68, *in fine*).

127. A concordância deverá constar da escritura de venda, em que o poder concedente comparecerá como terceiro interveniente, exatamente como acontece com o credor hipotecário na venda do imóvel hipotecado efetuada pelo devedor. Não pode essa concordância ser dada por qualquer forma, mas, sim, pela mesma forma da venda, isto é, por escritura pública, já que "a anuência ou autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que êste, e constará sempre que se possa, do próprio instrumento" (Código Civil, art. 132).

128. Pode a concordância liberatória ser dada pelo poder concedente sem autorização legislativa? Evidentemente não. A concor-

dância envolve uma renúncia de direito, ou mais precisamente, a renúncia ao direito de reversão. Êsse direito, originalmente ligado ao concedente, dêle se separa por fôrça da concordância que êle anui em prestar à venda: o concedente perde o direito. Ora, a renúncia de direito exorbita da administração ordinária e exige, portanto, que o renunciante esteja habilitado com poder especial. Segundo um princípio geral de direito, nenhum administrador de patrimônio alheio pode, à custa dêste, praticar atos de liberalidade sem autorização especial do titular do patrimônio. Os administradores particulares, os diretores de sociedades anônimas não os podem praticar sem outorga expressa dos seus respectivos mandantes (Código Civil, art. 1.295; Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, art. 119); com mais forte razão não os podem praticar sem essa outorga expressa os administradores públicos. Nas alienações onerosas, a outorga expressa é dada às vêzes em lei geral, que as sujeita à concorrência pública, como acontece atualmente na esfera da União (Decreto-lei n.º 9.760, de 1946, arts. 136/140). Nas alienações gratuitas (doações, renúncias), porém, a outorga nunca é antecipada em lei geral, mas depende sempre de lei especial (Regulamento da Contabilidade Pública, art. 768; Decreto-lei n.º 9.760, de 1946, art. 203).

129. Diversa é a questão de saber se a concordância liberatória do imóvel, a qual, *prima facie*, envolve sempre uma renúncia de direito, pode redundar afinal na sua simples modificação. Efetivamente, a concordância liberatória pode ter ou não ter o caráter de renúncia, ou, se se quiser, a renúncia pode corresponder ou não à realidade subjacente. A fim de dirimir êsse dilema, cumpre discernir, pelo exame prévio de vontades e pelo exame posterior de atos, se o produto da venda reverte em benefício do concessionário ou da concessão. No primeiro caso, confirma-se a renúncia, porque o concedente perde em definitivo o direito. No segundo, não se confirma, porque, em vez de perda, ocorre apenas uma modificação qualitativa do direito, uma substituição do objeto da relação jurídica por outro de natureza diversa. O deslinde da alternativa impõe uma introspecção mais profunda com o escôpo de averiguar se a exterioridade corresponde à interioridade, se a aparente renúncia se ajusta realmente ao que na prática judicial americana se tem definido como "an intentional relinquishment of a known right" (Williston, *On Contracts*, § 626).

130. Se o produto da venda fôr distribuído entre os diretores e acionistas da emprêsa ou incorporado ao fundo de amortização como acréscimo, tomará direção oposta à do concedente, cujo patrimônio se desfalcará na mesma medida em que o do concessionário se expandir. Com o empobrecimento do concedente e o conseqüente enriquecimento do concessionário, a concordância não terá passado então de simples renúncia de direito. Se, ao contrário, o produto da venda se incorporar ao ativo da concessão para ulterior emprêgo no serviço desta, isto é, se houver apenas com a venda uma transferência de valor do ativo imobilizado para o ativo disponível e eventual retôrno ao primeiro, então tomará a direção do concedente, cujo patrimônio não será lesado. Nesse segundo caso, o direito subsiste, mas passa a

recair em outro objeto, o que importa em dizer que não terá havido pròpriamente renúncia. Com maior evidência, deixará de haver renúncia quando fôr simplesmente entregue ao concedente o preço da venda do imóvel deduzido o *quantum* ainda não amortizado do seu custo histórico, mas essa hipótese, em que a concordância terá um correspectivo indubitável, raramente interessará ao concessionário...

131. De par com a venda, cabe aventar ainda a hipótese de permuta de imóvel desnecessário à concessão por outro que lhe seja vantajoso. Nessa eventualidade, o ônus da reversibilidade que pesa sôbre o imóvel que sai do patrimônio transfere-se para aquêle que em seu lugar entra, mediante um processo interno de sub-rogação administrativa, devendo a torna ou reposição porventura cabível reverter em benefício do concedente. A permuta poderá efetuar-se com terceiro ou com o próprio concessionário, se êste fôr administrador de dois patrimônios distintos, o da concessão e o seu particular. A possibilidade da coexistência dêsses dois patrimônios será adiante explicada.

132. As considerações que acabam de ser expendidas mostram como é complexa e delicada a matéria referente à concordância do concedente com as vendas e permutas que porventura lhe proponha o concessionário de referência a bens que repute desnecessários ao serviço da concessão. Essa concordância pode revelar-se tão altamente danosa ao concedente quão benéfica ao concessionário sòmente pelo fato da inoportunidade da venda, ainda que o produto desta reverta em favor do primeiro, conforme se viu em capítulo anterior, relativamente às sobras de terrenos portuários. Daí a conveniência de subordinar a concordância a um processo administrativo em que se examinem sucessivamente a existência de autorização legislativa, a necessidade e a oportunidade da operação e o destino do seu preço.

133. De par com o conjunto de bens reversíveis, pode-se conceber, porém, a existência de outro conjunto de bens não reversíveis, ambos subordinados a um único titular, que é o concessionário. Conquanto, em princípio, todos os direitos pertencentes a uma pessoa constituam uma esfera jurídica cerrada, que se designa como seu patrimônio, pode acontecer que a mesma pessoa, tenha, em virtude de razões legais, duas esferas jurídicas distintas, que se delimitem por critérios determinados e se mostrem suscetíveis de desenvolvimento econômico próprio. Neste caso, diz-se que há um patrimônio *geral* e outro *especial*. Como um e outro convergem em um titular comum, que os domina a ambos, observa-se que existe entre êles uma espécie de união pessoal. O titular comum, geralmente, se conserva à frente da administração de ambos, mas, se a separar, confiando a do patrimônio especial a outrem, êste não passará, sempre, de mero representante daquele (Von Thur, *Derecho Civil*, Ed. Depalma, B. Aires, tomo I, § 19, VIII, pág. 424).

134. Com efeito, assim como o capital do concessionário se transforma em um patrimônio, constituído de bens reversíveis, o fundo de amortização do capital pode transformar-se em um patrimônio

especial, formado de bens não reversíveis. Conquanto a lei geral de sociedades por ações preveja que o fundo de amortização seja empregado no resgate parcial ou total das ações, para o que deverá ficar bloqueado em caixa ou em banco, nada impede que, em vez disso, êle seja aplicado em bens que, por sua origem e por seu destino, são irreversíveis. Se o concessionário preferir a segunda modalidade, administrará os bens da concessão e os seus bens particulares, como o marido administra os bens do casal, e os particulares da mulher (Código Civil, art. 233, I) e o pai os bens do casal e os bens dos filhos (Código Civil, art. 385), dos quais é usufrutuário (Código Civil, art. 389).

135. Essa liberdade de levantar, ao lado do acervo reversível, um acervo irreversível concretizando em bens, notadamente imóveis, o fundo de amortização é tanto mais valiosa quanto permite que o concessionário, à semelhança do concedente, se forre, em parte, aos efeitos da desvalorização da moeda em períodos de inflação. Postos ao lado dos bens reversíveis, os bens não reversíveis passam a correr a mesma sorte, beneficiando-se da valorização superveniente tanto quanto aquêles. Dêsse modo, ao têrmo da concessão poderá ser restituído aos acionistas aproximadamente o mesmo valor *real* com que entraram para a sociedade, em vez do valor *nominal* do dinheiro. Aí está como, por meio dos bens irreversíveis, o concessionário escapa ao reembôlso pelo custo histórico...

136. Deve-se procurar a diferença entre os bens reversíveis e os não reversíveis única e exclusivamente na diferença dos fundos que os fazem surgir. Importa, pois, repetir, a fim de pôr em relêvo, que os bens não reversíveis sòmente podem ser adquiridos à custa de fundos da reserva de amortização, dentro das fôrças desta, e não de fundos de quaisquer outras reservas. Neste ponto está rigorosamente certo o artigo 12 do Decreto n.º 24.599, de 1934, quando, após estatuir a reversão dos bens das concessões portuárias, ajuntou que "ao mesmo tempo o concessionário incorporará ao seu patrimônio as importâncias dos fundos de compensação — leia-se amortização — constituídos ou em constituição". Por igual, os bens não reversíveis ficam fora da isenção tributária de que porventura gozem os bens reversíveis, a menos estejam empregados no uso especial da concessão. Deixando de parte essa qualidade acidental para retornar à essencial, dela se deduz, em suma, que o valor total dos bens não reversíveis constantes do ativo deve jogar com o valor da reserva acumulada de amortização registrada no passivo.

137. Para o fácil contrôle da real correspondência entre os bens não reversíveis e a reserva acumulada de amortização bastará que a contabilidade das emprêsas de serviço público adote contas apropriadas ao registro de aplicação da reserva, quer essa aplicação se traduza em aquisições de bens, quer em depósitos bancários vinculados aos fins da mesma. No primeiro caso, será utilizada uma conta do ativo imobilizado, semelhante à que, no plano contábil das emprêsas de eletricidade tem o título de "Outras Propriedades". No segundo

caso será usada uma conta do disponível vinculado com designação esclarecedora da espécie do fundo depositado e, conseqüentemente, da sua finalidade.

138. Dessa forma, os bens não reversíveis distinguir-se-ão claramente dos reversíveis, senão nos títulos aquisitivos, pelo menos nos lançamentos da contabilidade e nos registros do patrimônio do concessionário, de modo a poderem ser reconhecidos e identificados a qualquer momento, como tanto importa. Nas partidas contábeis os valores das compras de bens não reversíveis devem ser lançados a débito da conta que os represente e a crédito do fundo correspondente à reserva de amortização; os das vendas, a crédito daquela conta e a débito do fundo, o que redunda num aumento do disponível vinculado a expensas do ativo imobilizado. Nos registros patrimoniais os negócios dos bens reversíveis, uma vez separados pelas respectivas contas, refletir-se-ão fielmente nas entradas e baixas. Como os bens não reversíveis têm o seu próprio desenvolvimento econômico, visto seguirem destino oposto ao dos outros, não se admite que com êstes se confundam. Já que a confusão mais plausível tende a operar-se em detrimento dos bens reversíveis, êste é um dos pontos críticos sôbre os quais mais se há-de exercer a fiscalização do poder concedente.

139. Admitida a existência de bens não reversíveis, resta saber se a sua renda deve ser aplicada em acréscimo aos próprios bens, ou, ao contrário, ser incorporada à receita da exploração. A primeira solução prevalece, em virtude da regra segundo a qual o acessório segue o principal, embora isso redunde em deixar de remunerar a administração exercida pelo aparelho da concessão e permitir que o concessionário receba, em última análise, um lucro ou dividendo superior ao máximo taxado. Aí está como, por meio dos bens não reversíveis, o concessionário escapa também à remuneração pelo custo histórico...

140. Qual o destino dos bens não reversíveis no fim do prazo da concessão? Êsse destino depende de entrar, ou não, a emprêsa em liquidação naquela oportunidade, quando deixa de ser concessionária, mas não desaparece automàticamente. Se a emprêsa não entrar em liquidação, por se dedicar simultâneamente a outro ramo de negócio, neste provàvelmente absorverá os bens. Se, ao contrário, entrar em liquidação, por ter como único ramo de negócio a exploração do serviço concedido, então os bens se encaminharão conforme o curso do processo de liquidação. Com efeito, ao atingir o término do prazo e entrar em liquidação, a emprêsa não se extingue pròpriamente, mas apenas cessa de prestar o serviço da concessão para entregar os bens reversíveis, ultimar os negócios pendentes, receber os créditos, inclusive o do resíduo de capital não-amortizado, pagar os débitos e proceder à liquidação e partilha dos remanescentes bens não reversíveis. De ordinário, êstes deverão ser vendidos para a partilha do preço entre os acionistas ou sócios, salvo se êles preferirem a partilha *in natura*. Como a emprêsa geralmente tem a forma de sociedade anônima, o processo de sua liquidação, no qual se decidirá sôbre o

destino final dos bens não reversíveis, é o previsto na lei de sociedades por ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, arts. 137/148; cf. Código Comercial, arts. 344/353).

VII — TÍTULOS DE PROPRIEDADE E SEU REGISTRO

141. Ao outorgar a concessão, o Estado a formaliza mediante um contrato em que são estipuladas as cláusulas de interêsse público, inclusive as de reversão, de resgate e de caducidade, bem como as de interêsse particular do concessionário, sobretudo as de ordem financeira. Êsse é o título de concessão, que pode transmitir ou deixar de transmitir bens ao concessionário.

142. O contrato de concessão, lavrado em livros próprios das repartições públicas, às vêzes ainda é suscetível de registro na mesma repartição que o lavrou ou em outra. Assim acontece, por exemplo, com o contrato de concessão de aproveitamento de energia hidráulica, submetido a um registro especial, da Divisão de Águas, no qual devem ser averbados todos os atos, judiciais ou extrajudiciais, de que resultem modificações, quer em relação aos titulares, quer em relação aos títulos, sem falar no registro complementar do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (Decreto n.º 13, de 15 de janeiro de 1935; Decreto-lei n.º 5.764, de 19 de agôsto de 1943, art. 8.º).

143. O ingresso do contrato de concessão no registro administrativo dispensa a sua entrada no Registro de Imóveis? A êsse respeito, cabe recordar que o segundo Registro imprime uma organização sistemática à propriedade imobiliária, pelo que tende a abranger a totalidade dos imóveis. Ora, o contrato de concessão às vêzes transmite imóveis ao concessionário e, quando não os transmite, geralmente autoriza o concessionário a adquirí-los para torná-los finalmente coisas públicas. Está-se vendo, pois, que o primeiro registro não dispensa o segundo, sob pena de correrem risco os direitos envolvidos nos imóveis atuais e futuros constantes das estipulações do contrato de concessão.

144. No entanto, a realidade destoa da dedução que, à primeira vilsta, se tira, visto como o contrato de concessão costuma ficar totalmente alheio ao Registro de Imóveis. Segundo parece, a prática de deixá-lo de fora originou-se de uma opinião de tanto pêso que até agora conseguiu suplantar aquêle raciocínio. Lafayette entendia que estavam sujeitos à transcrição os atos de transmissão de imóveis entre particulares e o Estado como pessoa civil, quer o Estado seja o alienante, quer o adquirente, ficando, portanto, "excluídas as concessões que o Estado faz no caráter do poder público, como as de minas, caminhos de ferro, canais" (Lafayette, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Liv. Ed., 1877, vol. I, § 51).

145. Êsse entendimento, ao excluir da transcrição as concessões, esquece que nestas não têm interêsse apenas as partes contratantes, mas ainda terceiros. Com efeito, os bens componentes das concessões não ficam necessàriamente imobilizados nestas, mas, ao contrário,

costumam ser movimentados pelo concessionário mediante transferências ora translativas ora constitutivas, de que terceiros são destinatários. Quer nessas transferências se transmita o direito de propriedade, com o seu conteúdo pleno, quer um dos direitos nêle compreendidos, importa que o adquirente ou credor tenha conhecimento da natureza resolúvel da propriedade do concessionário, a fim de não ser surpreendido pela retroatividade do seu efeito.

146. Ora, tais transferências se fazem com base no registro de imóveis, onde, em geral, as aquisições do concessionário aparecem como puras e simples pela razão singela de que assim foram efetivamente havidas do alienante. O têrmo resolutivo, que lhes impõe um limite temporal, correspondente ao da concessão, consta alhures do registro administrativo da repartição competente que, localizada em certos casos na sede do município, fica, na maioria dêles, afastada da capital do Estado ou da União. Daí a impossibilidade jurídica e material de se tornar conhecida, onde deve ser, a natureza resolúvel da propriedade do concessionário para prevenir surprêsa à boa-fé de terceiros.

147. Êsse raciocínio está mostrando que, para não se quebrar a sistemática do nosso Registro de Imóveis, se torna necessário levar a êsse registro o têrmo resolutivo da concessão. Como? A meu ver, abrem-se à escolha do legislador dois meios: o primeiro dêles é sujeitar ao Registro de Imóveis todo contrato de concessão, a fim de que dêle conste o têrmo resolutivo a ser transcrito em qualquer futura aquisição de bens pelo concessionário, além da eventual transferência que a êste desde logo faça o concedente; o segundo, é sujeitar ao Registro de Imóveis apenas o contrato em que o concedente faça transferência de bens ao concessionário, mas impor a êste a obrigação contratual de em tôda futura aquisição de bens consignar na escritura, ao aceitá-la, o têrmo resolutivo para ser transcrito simultâneamente no Registro de Imóveis, sob pena de caducidade da concessão.

148. Quanto ao primeiro meio, oferece sérios inconvenientes, porque, havendo concessões que se estendem a numerosos municípios e até a diversos Estados, como as grandes concessões hidrelétricas, se tornaria extremamente difícil transcrevê-las em tôdas as comarcas onde os concessionários podem adquirir bens. A transcrição preventiva envolveria pesado ônus pecuniário e, não raro, se faria em vão por deixar de concretizar-se a aquisição que fôra prevista em determinadas comarcas. Ainda que se adotasse o procedimento *ex-officio*, isto é, mediante remessa de certificado do têrmo do contrato de concessão da repartição competente ao Registro de Imóveis, êsse meio não funcionaria provàvelmente a contento e se transformaria com freqüência em perda inútil de tempo para duas ordens de servidores públicos, os da repartição administrativa e os do cartório forense.

149. Ao invés, o segundo meio afasta êsses inconvenientes, pois a concessão sòmente porá em movimento o Registro de Imóveis, onde

e quando se tornar necessário. No caso da concessão transmitir bens ao concessionário, deverá o próprio contrato, com os limites e confrontações dos imóveis, ser transcrito na comarca da situação dêstes, como todo e qualquer título translativo de imóveis. No caso de não transmitir, que é o caso comum, deixará o contrato de concessão de ser transcrito, mas, em cumprimento de obrigação nêle imposta ao concessionário, deverá sê-lo, conjuntamente com tôda aquisição futura de imóveis, a declaração do concessionário de ficarem os imóveis adquiridos sujeitos a reversão ao concedente no fim do prazo da concessão. Essa declaração importa na estipulação de um têrmo resolutivo em favor de terceiro, a qual seria perfeitamente válida ainda que não resultasse de obrigação com êle anteriormente contraída. Como resulta de obrigação anterior, nela está implícita a aceitação do terceiro, a quem se destina.

Para compelir o concessionário a cumprir a obrigação de apor o têrmo resolutivo a tôda escritura de aquisição de imóveis a sanção do descumprimento não deve ser outra senão a mais enérgica, a saber, a caducidade da concessão, pois, por si mesma, cria tamanho risco que dificilmente um concessionário se sentirá tentado a arrostá-lo, ainda que a fiscalização se mantenha inoperante ou frouxa. Aliás, a multa comumente se transforma em sanção contra o consumidor do serviço público, já que costuma ser descarregada pelo concessionário na despesa da operação, paga por aquêle através da tarifa...

150. Nesta altura, surge a dúvida sôbre se o têrmo do contrato administrativo pode ser transcrito no Registro de Imóveis ou se torna necessária, para êsse fim, a escritura pública. De fato, tem sido sustentado entre nós que, para haver transmissão de bens imóveis acima da taxa legal, é indispensável a escritura pública, ainda que se trate de concessões de terras ou outros bens públicos em que haja transferência de domínio (Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, vol. III, comentário ao art. 134, pág. 141 e segs.; Benedito Costa, *Procuradoria Geral da Fazenda Pública*, Pareceres, Imp. Nacional, 1941; n.º 495, *apud* Temístocles Cavalcânti, *Direito Administrativo*, vol. V, 1943, pág. 174).

151. Sem embargo dessa opinião, a verdade é que a transferência de imóvel, excedente da taxa legal, do Estado para particular, pode ser feita por qualquer dos instrumentos criados pelo direito administrativo, como "títulos", ou "cartas", ou "contratos" de concessão, "têrmos" de livros oficiais, independentemente de escritura pública. A escritura pública, instrumento criado pelo direito privado, só é essencial na transferência de imóveis entre particulares. Êste é um corolário da divisão do direito em público e privado.

152. Nesse sentido, já havia pronunciamento doutrinário quando sobreveio o art. 5.º do Decreto n.º 19.924, de 27 de abril de 1931, para cortar qualquer dúvida, determinando expressamente o registro de títulos de terras expedidos pelo Estado. Corroborando êsse preceito, o Decreto-lei n.º 9.760, de 1946, que dispõe sôbre os bens imóveis da União, no § 4.º do art. 17, institui um "têrmo" para demarcação entre

a União e o seu confinante, e no art. 30 uma "carta" de discriminação, aquêle e esta "com fôrça de escritura pública" para o fim de averbação ou transcrição no Registro de Imóveis. Além disso, no art. 109 prevê a *constituição* do aforamento da União mediante "contrato" lavrado em livro próprio no S. P. U. (Serviço do Patrimônio da União), mas no art. 117 só admite a *transferência* do domínio útil mediante escritura pública, embora com alvará de licença do S. P. U., assim distinguindo perfeitamente as duas passagens do direito real: da União para o particular e do particular para outro particular. A meu ver, aquêle dispositivo da legislação do Govêrno Provisório passou despercebido tanto ao Sr. Carvalho Santos como ao Sr. Temístocles Cavalcânti, pois nêle já se encontrava o expresso reconhecimento da validade dos títulos próprios da Administração pública para transferência do domínio do Estado para o particular, anteriormente defendida apenas como decorrência da superioridade do direito público sôbre o privado (Daniel de Carvalho, *Pareceres*, Belo Horizonte, 1919, pág. 137; Afrânio de Carvalho, *Arrendamento, Posse e Detenção de Terrenos Municipais*, Rio, Tip. do J. Comércio, 1934, págs. 66/67; Temístocles Brandão Cavalcânti, *Direito Administrativo*, vol. V, págs. 174 e segs. e pág. 216).

153. Aliás, a legislação referente ao Distrito Federal vai além, pois admite a validade do têrmo da repartição municipal não sòmente para a transferência do imóvel da Prefeitura para particular, como dêste para aquela, ou para outro particular, em caso de interêsse da Prefeitura. Com efeito, as doações de terrenos para abertura ou reforma de via ou logradouro público e as incorporações por investidura fazem-se por simples têrmo em livro da repartição competente, cuja certidão serve de título para transcrição no Registro de Imóveis (Lei Orgânica do Distrito Federal, Lei n.º 217, de 1948, art. 49).

154. Daí se infere que a certidão do contrato administrativo da concessão, quando translativo, é tão apta a entrar no Registro de Imóveis quanto qualquer escritura pública de transmissão de imóveis ao concessionário. Desta sorte, através das duas providências conjugadas atrás aludidas, serão cabalmente assegurados os efeitos reais tanto daquele e dos demais títulos translativos como do têrmo resolutivo que os limita a todos. Com isso se dará adequada proteção aos interêsses de terceiros no tocante aos bens que forem incorporados à concessão.

155. A cláusula de reversão, associada geralmente, não a uma eventualidade, mas a um prazo, equivale correlatamente, não a uma condição, mas a um têrmo resolutivo. Todavia, a primeira palavra costuma ser empregada para cobrir situações que dizem respeito a ambas. Por isso, em matéria de registro imobiliário, quando o preceito alude a condição, concerne também ao têrmo.

156. De acôrdo com a legislação imobiliária, a condição resolutiva aposta a qualquer contrato de transmissão de bens precisa ser transcrita porque assume caráter real. Se não fôr transcrita a condição, será a transmissão havida como pura. Se fôr transcrita, uma vez

realizada, não há nova transcrição em nome do transmitente, mas simples averbação do fato à margem da transcrição feita em nome do adquirente, o que importa no cancelamento desta. Êsse cancelamento deve estender-se pelo mesmo meio a tôdas as transcrições e inscrições dela decorrentes, pois, resolvido o negócio principal, se resolvem reflexamente os negócios que dêle provieram.

157. Nesse sentido, nota-se a maior coerência entre as leis e regulamentos que se sucedem, os quais, ora com maior, ora com menor desenvolvimento, mandam sempre transcrever tanto a condição resolutiva como a suspensiva, já que as demais apresentam caráter pessoal. Haja vista, depois da Lei n.º 1.237, de 1864, e do Decreto n.º 3.453, de 1865, o dispositivo explícito do Decreto n.º 370, de 1890:

"Quando os contratos de transmissão de imóveis, que forem transcritos, dependerem de condições, estas se não haverão por cumpridas, ou resolvidas para com terceiros, se não constar do registro o implemento ou não implemento delas mediante declaração dos interessados, fundada em documento autêntico, ou aprovada pela parte, prèviamente notificada para assistir a averbação" (art. 8.º, § 5.º, do Decreto).

Tão explícito quanto êste, embora menos longo, é o dispositivo que se encontra reiterado no atual Regulamento dos Registros Públicos (Decreto n.º 4.857, de 1939, art. 239, n.º I, e art. 247, n.º 11; Cf. Dídimo da Veiga, *Direito Hipotecário*, Rio de Janeiro, Laemmert & Cia., 1899, n.º 237; Lisipo Garcia, *A Transcrição*, pág. 177 *passim*; Serpa Lopes, *Registros Públicos*, 2.ª ed., vol. III, n.º 542).

158. Se é certo que o nosso direito administrativo, ao disciplinar o contrato de concessão, tem descurado êsses pontos de contato com o direito privado e com o registro imobiliário, não menos certo é que começam a surgir as questões resultantes dessa falha. Essas questões terão de amiudar-se no futuro à medida que forem se extinguindo os contratos de concessão em vigor, os mais numerosos dos quais, referentes à energia elétrica, se acham presentemente em regime de prorrogação legal.

159. Como exemplo pode citar-se a interessante questão julgada, não faz muito, pelo Supremo Tribunal Federal, em que, discutindo-se o alcance e a eficácia de uma cláusula de reversão de bens, a discussão girou principalmente em tôrno da transcrição da referida cláusula no Registro de Imóveis, através da transcrição do instrumento da concessão ou de títulos aquisitivos vinculados ao mesmo. Essa questão merece ser consultada, porque, embora haja o acórdão final adotado com acêrto um fundamento processual para decidir, não pode ser negada a relevância dos temas substantivos nela versados.

160. Com efeito, a Prefeitura de Campo Grande, em Mato Grosso, concedeu a certa firma a construção e exploração de um matadouro público mediante contrato lavrado em livro próprio de sua secretaria, em uma de cujas cláusulas se pactuou a reversão de todos os bens à concedente no fim do prazo de quarenta anos. A concessionária adqui-

riu de particulares quatro lotes contíguos para construção do matadouro, declarando essa finalidade na escritura de compra dos dois primeiros, mas silenciando-a na escritura de compra dos dois últimos, escrituras essas transcritas ambas no Registro de Imóveis. Todos os lotes gozaram de isenção tributária solicitada pela concessionária.

161. Ao aproximar-se o fim do prazo da concessão, a concessionária propôs uma ação declaratória para determinar que só os dois primeiros lotes estavam sujeitos à reversão, em vez dos quatro pretendidos pela Prefeitura. O Juiz, contrariando a Prefeitura, julgou reversíveis apenas os dois lotes, mas, havendo apelação, o Tribunal de Justiça declarou a princípio reversíveis os quatro lotes (todos) e depois, em embargos, irreversíveis todos êles, porque o contrato de concessão nem revestiu a forma de escritura pública, apesar de valor superior à taxa legal, nem foi transcrito no Registro de Imóveis. O Supremo Tribunal Federal reformou, em recurso extraordinário, êsse julgado, por ter sido proferido *ultra petita* (acórdão do S. T. F. na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 40, pág. 313).

162. Nesse valioso acórdão o seu relator, Ministro Orosimbo Nonato, pôs em relêvo que, disputando-se sôbre a extensão da cláusula de reversão, o tribunal *a quo* decretara a sua ineficácia, não alegada pelas partes e indeclarável de ofício, o que, violando a proibição legal de julgamento excedente do pedido, bastava para provimento do recurso extraordinário e a reforma do julgado estadual. Todavia, aflorou também circunstancialmente os motivos de decidir adotados por êste, a saber, a equivalência da reversão a uma cláusula resolutiva, destinada a operar por si mesma a translação do domínio do concessionário para a Prefeitura no fim do prazo da concessão e, por via de conseqüência, a sua invalidade por não ter sido pactuada em escritura pública e em seguida transcrita. Neste particular ponderou tratar-se de bens, que não foram recebidos do poder concedente, pelo que rigorosamente não se configura a reversão, e que nem existiam no domínio do concessionário ao tempo de ser pactuada a cláusula, pelo que, antes de surpreender, no caso, os traços da condição resolutiva, é possível vislumbrar as marcas da promessa de alienação. Aí está, *data venia*, um manifesto desvio de rota, do direito público para o direito privado, pois, se o ponto de partida fôra a concessão, o de chegada havia de ser mesmo a reversão, que, naquele direito, designa a entrega final dos bens ao concedente, tenham ou não sido recebidos dêste. Por igual, a condição resolutiva, ou melhor, o têrmo resolutivo, modalidade de caráter geral dos atos jurídicos, é a figura que parece assentar melhor a uma declaração tendente a operar a resolução da propriedade, pouco importa se futura, mormente estando lançada num contrato a que são estranhas as formas privadas de transferência da propriedade, porque êle as possui próprias (reversão, resgate, caducidade).

163. Essas formas próprias de transferência de propriedade, previstas em lei ou contrato, permitem que o concedente, em ocorrendo, qualquer delas, tome ou retome os bens do concessionário por sua

própria autoridade para substituí-lo diretamente na prestação do serviço ou delegá-lo a outrem. Não se torna mister ao concedente recorrer para isso à ação de imissão de posse ou à de preceito cominatório para devolução ou entrega dos bens. Ao contrário, o ingresso do concedente na via judicial para êsse fim pode prejudicar até a continuidade do serviço público, que constitui um dos requisitos dêste.

164. Aliás, a faculdade reconhecida ao concedente de executar por si mesmo o ato que importar em transferência de bens nada mais representa do que a aplicação do princípio geral que confere à Administração o poder de dar cumprimento às próprias disposições. Êsse princípio muitas vêzes se acha sancionado pela lei positiva, de modo ora direto ora indireto. O Código de Águas, por exemplo, nos artigos 58 e 59, permite expressamente à Administração "por sua própria fôrça e autoridade" repor os rios públicos no antigo estado, acaso modificado por particulares, e, no artigo 169, substituir, em caso de caducidade, o concessionário, por si ou terceiro, na execução do serviço, "independentemente de qualquer procedimento judicial". Êstes são meros corolários do princípio, segundo o qual os atos administrativos possuem o atributo da executoriedade, pelo que a Administração pode executá-los por sua própria fôrça e autoridade, se não achar conveniente recorrer prèviamente ao juízo para o fazer (Francesco D'Alessio, *Dir. Amm. It.*, 4.ª ed., Torino, 1949, vol. 2.º, n.ºs 461/462, Oreste Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, n.º 90; Arturo Lentini, *La Giustizia Amministrativa*, Milano, § 4.º, n.ºs 4/10; Fritz Fleiner, *Dir. Adm. Alemão*, § 14; Rafael Bielsa, *Dir. Adm.*, 4.ª ed., B. Aires, 1947, tomo I, n.º 77, pág. 242; Antão de Morais, *Parecer na Rev. de Dir. Adm.*, vol. 38, pág. 426; Caio Tácito, comentário na *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 39, págs. 258/263, n.º 5).

165. Não violará, todavia, essa tomada ou retomada de bens da concessão um desrespeito à garantia constitucional da propriedade? A Constituição, no artigo 141, § 16, garante a propriedade particular, salvo desapropriação mediante *prévia* e justa indenização em dinheiro, só admitindo o seu uso para indenização *ulterior* em caso de perigo iminente como guerra ou comoção intestina. No entanto, o que o preceito veda é a ocupação da propriedade particular contra a vontade do dono, isto é, o atentado inopinado do poder público contra o direito de propriedade. Não veda a ocupação por acôrdo das partes, em que se proponha a indenização. Fica, portanto, fora do seu âmbito a tomada ou retomada da propriedade que decorra de uma relação jurídica anteriormente estabelecida entre o poder público e o particular. No caso, não sòmente preexiste essa relação, como ela se configura de tal maneira que o poder público não deixa de ser também, a seu modo, um titular da propriedade, o que faz com que, em última análise, êle tome apenas o seu exercício. Assim, inerentes à relação jurídica da concessão de serviço público, a reversão, o resgate e a caducidade conduzem normalmente à tomada ou retomada dos bens para eventual indenização posterior, a menos que a legislação ou contrato determinem ou estipulem o contrário.

166. O Supremo Tribunal Federal, embora sem dar a êsse relevante aspecto a ênfase que merece, tem se ocupado da questão de saber se existe, ou não, confisco da propriedade nas referidas hipóteses. O seu pronunciamento tende para o sentido negativo. A propósito, cabe citar o mandado de segurança requerido pela Emprêsa Luz e Fôrça Elétrica de Capivari S. A. contra o decreto federal que, declarando a caducidade da concessão, mandou entregar os bens desta à Prefeitura Municipal sem prejuízo de eventual indenização *posterior* acaso devida à concessionária. Nesse caso, de que foi também relator o Ministro Orosimbo Nonato, além de ficar reconhecido que o artigo 195 do Código de Águas não esgota os casos de caducidade, foi denegado unânimemente o mandado de segurança. Contudo, êsse pronunciamento, tanto pelos requisitos da ação sumaríssima que ocorreu, como pelos antecedentes desta, não exprime senão uma tendência para negar o confisco (acórdão do S. T. F. de 1/8/1951, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, pág. 209).

167. Ao recolher os bens em virtude da cláusula de reversão, o Estado os adquire sem suceder pròpriamente ao concessionário. Na verdade, ao passo que êste tinha uma propriedade temporária e, não raro, gravada, o Estado passa a ter uma propriedade perpétua e livre de ônus. Se a natureza e a compreensão do direito do concessionário não influem no direito do Estado, cuja propriedade se instaura em tôda a sua plenitude, não ocorre evidentemente a aquisição derivada mas a originária. Essa conclusão coincide com a opinião de Fleiner, para quem, na hipótese de reversão e na de resgate, o Estado adquire a propriedade a título originário, em virtude do direito público (Fritz Fleiner, *Droit Adm. Allemand*, § 20, pág. 215).

## VIII — RESUMO E CONCLUSÃO

168. Ao cabo destas considerações em tôrno do tema da propriedade dos bens da concessão, verifica-se que as conclusões delas emergentes são tão numerosas que se torna difícil resumí-las. Dentre tôdas sobressai a afirmativa da tese da propriedade resolúvel do concessionário, construção jurídica tradicional no nosso direito, que nada aconselha subverter.

169. De par com esta, o alongamento do tema aos seus naturais desdobramentos, tornando claros dados econômicos subjacentes nas relações jurídicas, pôs em relêvo a imperiosa necessidade de fiscalização econômico-contábil da concessão, sem a qual esta não se salvará da balbúrdia, capaz de trazer sérios prejuízos ao concessionário e ao público, embora provàvelmente mais a êste do que àquele. Se bem tivesse ficado implícito que essa fiscalização, por sua natureza, deve ser confiada a homens de alta competência e probidade, a fórmula de realizá-la, por meio de repartições ou de comissões, escapa ao alcance do estudo.

170. Sem trazer à tona os dados econômicos subjacentes nas relações jurídicas, não teria sido possível também esclarecer o exato significado que para o concessionário pode assumir o custo histórico,

contra o qual tamanha campanha se tem feito ùltimamente no país. Diante dêsse esclarecimento, justifica-se até em períodos de inflação, a manutenção daquele princípio, tradicional no direito brasileiro, e ardorosamente defendido, ao tempo em que foi adotado pelo Código de Águas, por dois engenheiros que honravam a Administração pública na Divisão de Águas, os Srs. A. J. Alves de Sousa e Adozindo de Oliveira.

171. Conquanto hajam as considerações expendidas buscado apenas associar informações cuja dispersão prejudica tantas vêzes o entendimento dos problemas jurídicos que dentro do assunto se suscitam, parece que as conclusões que dela se extraem podem ainda ser úteis à formulação da lei reguladora dos serviços públicos concedidos, que ora pende do Poder Legislativo (Constituição, art. 151). Sem prejuízo de outras que emergem da exposição do assunto à medida que a mesma se desenvolve, eis as principais conclusões que se deduzem dos capítulos anteriores.

1. A propriedade dos bens da concessão é do concessionário, embora resolúvel em favor do Estado no têrmo final do contrato.

2. A reversão dos bens da concessão ao Estado no têrmo final do contrato exige que, na vigência dêste, o concessionário acumule duas reservas, uma para manter intatos os bens e a sua produtividade, a outra para restituir o capital empatado.

3. A primeira reserva, de amortização industrial (*depreciação*), permite que os bens da concessão sejam entregues ao Estado em condições compatíveis com a continuidade do serviço público.

4. A segunda reserva, de amortização financeira (*reversão*), faculta ao concessionário recobrar intercorrentemente o capital invertido nos bens da concessão.

5. Findo o prazo da concessão, a reversão dos bens ao Estado opera-se normalmente sem indenização ao concessionário, salvo a de eventual resíduo de capital adicional.

6. A reversão sòmente se dá com indenização, quando o vencimento do contrato foi antecipado por encampação ou caducidade.

7. O concessionário pode converter a reserva de amortização de capital em bens imóveis, os quais, dada a sua origem e finalidade, serão irreversíveis.

8. A coexistência de bens reversíveis, da concessão, e de bens irreversíveis, do concessionário, sob a administração comum dêste, aconselha a maior vigilância do Estado, a fim de que unidades do primeiro grupo não venham a engrossar indevidamente o segundo.

9. O custo histórico dos bens da concessão pode ser mantido até em época de inflação, porque, além de ter corretivo eventual em tarifas para melhoramento e expansões, tem-no certo no emprêgo da reserva de amortização em imóveis, cujo valor sobe automàticamente com a desvalorização da moeda.

10. Os interêsses de terceiros ligados aos bens reversíveis devem ser protegidos pela publicidade da cláusula de reversão no registro de imóveis.