CONCESSÃO DE ESTRADA DE FERRO — DESAPROPRIAÇÃO — RESGATE

— Resgate e desapropriação são dois institutos jurídicos perfeitamente distintos.

— O resgate é privativo do poder concedente, como direito inerente à concessão de serviço público, decorre de cláusula expressa ou subentendida do contrato, para seu término antecipado e só pode ser exercido pelo poder contratante como espécie que é de distrato.

PARECER

A cláusula 34, do Contrato de Concessão, tomado por têrmo em 29 de maio de 1869, pelo qual a Companhia Paulista de Estrada de Ferro de Jundiaí a Campinas contratou com o Govêrno da Província de S. Paulo a construção da linha entre Jundiaí e Campinas, reza o seguinte: "Se o Govêrno julgar conveniente efetuar a desapropriação da estrada de ferro com tôdas as suas ramificações, pode-lo-á fazer debaixo das seguintes condições: 1.ª — a desapropriação não terá lugar antes de trinta anos depois da abertura de tôda a linha ao público, exceto por especial acôrdo entre o Govêrno e a Companhia. 2.ª — O preço da desapropriação será regulado pelo têrmo médio do rendimento líquido dos últimos cinco anos, contanto que êsse rendimento não seja menor de sete por cento. 3.ª — A Companhia receberá do Govêrno uma soma em fundos públicos, que dê igual rendimento".

Os contratos posteriores contêm cláusulas idênticas, assim: art. 38 no Contrato de 1873; art. 34 no de 1874; art. 40 no de 1880, etc., tôdas com essa mesma redação.

Todavia, o Decreto n.º 3.179, de 9 de março de 1920, "que aprovou as cláusulas para o Contrato de Unificação de tôdas as linhas férreas pertencentes à Companhia Paulista de Estradas de Ferro, para os efeitos do capital, da renda

e da desapropriação ou resgate", na cláusula III dispõe:

"Se o Govêrno do Estado julgar conveniente efetuar a desapropriação ou resgate das linhas férreas da Companhia com tôdas as suas ramificações, pode-lo-á fazer a partir do ano de 1927 e debaixo das seguintes condições:

a) o preço da desapropriação será regulado pelo têrmo médio do rendimento líquido das linhas nos últimos cinco anos, contanto que êsse rendimento líquido não seja menor de 8% sôbre o capital despendido e reconhecido pelo Govêrno;

b) a Companhia receberá do Govêrno uma soma em apólices do Estado que dê igual rendimento.

Essas apólices serão do mesmo juro da última emissão que houver sido feita pelo Estado. A renda líquida das linhas desapropriadas responderá preferencialmente pelo pagamento dos juros das apólices.

Se, depois de haver adquirido a propriedade das linhas férreas e suas ramificações, o Govêrno decidir arrendá-las, será a Companhia Paulista de Estradas de Ferro preferida em igualdade de condições. Pela preferência entende-se o direito que garantido fica à Companhia de ser ouvida sôbre as propostas que aparecerem e as bases em que o Govêrno julgue realizar o arrendamento, sem necessidade de apresentar a Companhia proposta sua".

Foi agora apresentado à Assembléia Legislativa do Estado o Projeto de Lei n.º 1.744, de 1958, que dispõe sôbre a declaração de utilidade pública de bens da Cia. Paulista de Estradas de Ferro, no seguinte teor:

"Projeto de Lei n.º 1.744, de 1958.

Dispõe sôbre a declaração de utilidade pública de bens da Cia. Paulista de Estradas de Ferro.

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo decreta:

Art. 1.º Ficam declarados de utilidade pública para o fim de serem desapropriados, as linhas férreas, o equipamento de transportes, e os prédios utilizados no serviço ferroviário da Companhia Paulista de Estradas de Ferro.

Art. 2.º O pagamento do preço da desapropriação se fará de acôrdo com o contrato aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 9 de março de 1920.

Art. 3.º A fim de atender às despesas com a execução desta lei fica o Poder Executivo autorizado a abrir na Secretaria da Fazenda um crédito especial até o limite de Cr$ 700.000.000,00.

Parágrafo único. O valor do presente crédito será coberto com os recursos provenientes do produto de operações de crédito que a Secretaria da Fazenda fica autorizada a realizar, mediante a emissão de letras do Tesouro, elevando-se o limite dessas operações para os efeitos desta lei.

Art. 4.º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

CONSULTA

À vista das cláusulas aprovadas pelo citado Decreto n.º 3.179, de 1920, a Companhia Paulista de Estradas de Ferro deseja saber:

Primeiro: Os vocábulos "desapropriação" e "resgate" são sinônimos, ou, ao contrário, têm significado jurídico próprio, designando institutos diferentes?

Segundo: O emprêgo do vocábulo "resgate", na redação do texto do Decreto n.º 3.179, de 1920, e nas respectivas cláusulas aprovadas, não evidencia o reconhecimento de que o vocábulo "desapropriação" vinha sendo impròpriamente empregado nos contratos anteriores, com o significado de resgate?

Terceiro: Considerando a natureza jurídica do resgate, a quem compete tomar a iniciativa de sua efetivação: ao poder concedente ou à Assembléia Legislativa?

Quarto: A efetivação do resgate depende de prévia declaração de utilidade pública, por lei?

Quinto: Visando o projeto de lei à declaração de utilidade pública de bens da Cia. Paulista de Estradas de Ferro para fins de desapropriação, o valor da indenização a ser paga e a forma do pagamento serão os mesmos previstos na

cláusula III do contrato aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 1920, como se se tratasse de resgate, ou o valor deverá ser apurado e pago em conformidade com as normas estabelecidas na lei das desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-1941), em face do estatuído no art. 141, § 16 da Constituição federal?

Sexto: Em se tratando de desapropriação, assiste à consulente o direito de recusar a entrega dos bens declarados de utilidade pública, até sua eventual condenação judicial proferida em ação regular?

Sétimo: Efetivada a desapropriação ou o resgate, qual a situação da consulente em relação às obrigações e encargos assumidos nos contratos de financiamento firmados com estabelecimentos bancários do país e do exterior, para ocorrer às despesas com as obras de construção do prolongamento de sua linha e com investimentos em aumento e melhoramentos de seus meios de transporte, obras, aumento e melhoramentos já realizados e incorporados aos serviços ferroviários desapropriados ou resgatados?

Oitavo: Sendo a longo prazo os contratos, referidos no número anterior, e tendo para assegurar o seu adimplemento — expressa ou implìcitamente — os fretes normais e as taxas adicionais, autorizados pelo Decretos-leis ns. 7.632, de 12-6-1945 e 9.766, de 6-9-1946, caberão ao Estado ou à consulente, as obrigações e encargos decorrentes de tais contratos, até à sua integral satisfação?

São Paulo, abril de 1959 — *A Diretoria.*

*

PARECER

Após exame ponderado do assunto exposto, passo a responder aos quesitos da consulta:

Ao primeiro quesito:

1. O emprêgo indiscriminado das palavras, pela má terminologia legal, não tem o condão de lhes atribuir significado jurídico diverso daquele que lhes é reconhecido na ciência do direito, nem de lhes emprestar sentido sinonímico quando designarem institutos jurídicos diferentes.

Desapropriação e resgate não são sinônimos. São vocábulos com significação específica, designando institutos jurídicos distintos.

Diferem entre si quanto à origem, quanto ao fundamento, quanto à natureza, quanto à finalidade, quanto aos efeitos e quanto ao modo de se realizarem.

O resgate (*rescate, riscatto, rachat, redemption, wiederkauf*) é sempre uma condição potestativa, uma cláusula específica do contrato de concessão de serviço público, particularmente da concessão de serviço ferroviário, de tal modo que, ainda quando não escrita, é considerada como subentendida nesse contrato.

É o que ensinam os mestres.

Lê-se no *Vocabulaire Juridique*, dirigido por Henry Capitant: *rachat de concession, Résiliation d'une concession de service public, à la volonté de l'autorité concédante, suivant des conditions ordinairement fixées par l'acte de concession et le cahier des charges qui l'accompagnent et qui impliquc normalment le payment d'une indemnité au concessionaire* (ed. 1936, pág. 401).

Gaston Jèze assinala que *Dans tout contrat de concession de service public, le droit de rachat est sous-entendu. Il n'est pas besoin de l'insorire dans le contrat* (*Les principes généraux du droit adminisratif, Théorie générale des contrats de l'administration, 1.ere partie*, Paris, 1934, pág. 234).

La résiliation avec rachat est toujours de droit pour l'administration concédant, sans qu'il soit besoin qu'elle soit stipulée dans l'acte de concession". Escreve Bonnard:

Et même l'administration ne peut pas y renoncer dans l'acte de concession; car il y a là pour l'administration un moyen d'assurer le bon fonctionnement des services publics qu'elle ne peut pas aliener (*Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935, págs. 582-3).

Le pouvoir de rachat existe toujours au profit du concédant, qu'il ait été ou

non prévu dans le cahier des charges. Il constitue, en effet l'application à la concession de service public du pouvoir générale de résiliation qui l'on rencontre dans tous les contrats administratifs" (A. de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, Paris 1953, pág. 602).

No mesmo sentido, o nosso grande J. X. Carvalho de Mendonça: "O resgate é da natureza do contrato de concessão; sem êle não poderia êste contrato ser justificado. Quando mesmo não fôsse reconhecido por lei expressa, ou estipulado no contrato, estava subentendido. À administração não seria lícito renunciar tal direito" (*Direito e legislação sôbre melhoramentos dos portos nacionais e serviços a cargo de companhias de docas*, no "O Direito", vol. vol. 87, pág. 564).

E Gastone Rossi acentua quanto às concessões ferroviárias: *Riscatto, é questo un istituto proprio delle ferrovie, per le quali piú vasto e diretto è l'interesse dello Stato* (*I Trasporti Terrestri in regime di concessione o autorizzazione*, Milano 1954, pág. 293, n.º 268).

Paul Delingny, depois de examinar o direito de resgate na legislação comparada dos seguintes países, Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Áustria, Hungria, Suíça e França, assevera que *La clause de rachat tire son principe et son fondement de la nature même des chemins de fer* (*Étude comparée du Droit de Rachat.* These, Paris 1904, pág. 177).

O resgate é, pois, a rescisão unilateral do contrato de concessão de serviço público (do serviço ferroviário, de modo especial), pela vontade do poder concedente, na conformidade com as condições estabelecidas no contrato e mediante pagamento de indenização ao concessionário.

Em razão de determinações, geralmente prescritas nas leis que regulam o seu exercício, têm-se sustentado constituírem pressupostos do resgate as seguintes condições: *a*) decurso do prazo de garantia; *b*) não ter expirado o prazo da concessão (porque, nesse caso, não haveria resgate, mas cessação do contrato pelo vencimento do prazo; *c*) notificação antecipada ao concessionário, ou seja *aviso-prévio* por prazo mais ou menos longo.

É o que ensina, por exemplo, o professor de direito administrativo da Faculdade de Direito de Lisboa, Marcelo Caetano: "Na verdade, o resgate pressupõe uma concessão com prazo fixo, é uma extinção antes do têrmo final previsto no ato constitutivo, e distingue-se dêsse têrmo pelo processo, pelas condições e pelos efeitos".

.....

"O resgate só pode fazer-se decorrido que seja o *prazo de garantia*, isto é, determinado prazo mínimo contado a partir da data da concessão. Êste prazo de garantia põe o concessionário a coberto das resoluções caprichosas do concedente, permitindo-lhe organizar o serviço e explorá-lo com segurança durante certo período para dar provas da sua capacidade e permitir um juízo justo acêrca das vantagens e inconvenientes da concessão".

.....

"Expirado o prazo de garantia o concedente pode resolver o resgate quando quiser, exercendo um poder discricionário só suscetível de impugnação por desvio de poder".

"Em regra, porém, está estabelecido que entre a notificação ao concessionário da resolução de resgatar e a efetivação do resgate decorra um período mais ou menos longo, durante o qual o concessionário se preparará para deixar de exercer a atividade concedida e o concedente por sua parte irá acompanhando com agentes seus a exploração, de modo a assegurar no momento oportuno uma transação sem sobressalto".

"A notificação antecipada, feita pelo concedente ao concessionário, da resolução de resgatar é, pois, um *pré-aviso*, ou *aviso-prévio*" (*Manual de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra 1951, págs. 562/3). No mesmo sentido a lição do Prof. André de Laubadère, da Faculdade de Direito de Paris, ao expor as *Conditions d'exercice du rachat conractuel*, no seu notável *Traité Theori-*

que et Pratique des Contrats Administratifs, Paris, 1956 (vol. III, págs. 180 e segs.), acompanhando a doutrina de seu eminente antecessor o Prof. Gaston Jèze (*Théorie générale des Contrats de l'administration*, Paris, 1936, 3.ª parte, pág. 1205 e segs.).

Tratando das condições do exercício do resgate, na monografia dedicada ao tema, que é o livro mais recente e mais completo sôbre o assunto (*Il Riscatto delle Concessioni Amministrative*, Milano, 1956), Enzo Silvestri, professor de direito administrativo na Universidade de Messina, faz idênticas afirmações:

D'altra parte l'assunzione diretta, prima della scadenza della concessione, é possibile solo in quanto vi sia il diritto di riscatto e le altre condizione per il suo esercizio (pág. 77).

Altra condizione frequentemente prevista dalla legge per l'esercizio del riscatto é che sia lasciato un dato periodo di tempo dall-inizio della concessione (pág. 77).

La norma o la convenzione inoltre stabiliscono frequentemente che il riscatto deve essere precedutto dal preavviso, di un ano o di altro periodo espressamente indicato (pág. 78).

Tale preavviso o diffida costituisce dunque la comunicazione della dichiarazione di riscatto, i cui effetti anzichè operare immediatamente sono differitti a una certa data (pág. 78).

Como, via de regra, as concessões de serviço ferroviário são outorgados por prazo dilatado (90 anos era o prazo estabelecido nas leis do Império, no Brasil) não podia o concedente ficar privado de assumir a gestão direta do serviço, em caso de interêsse público, pelo respeito devido ao contrato, que é lei entre as partes, e, assim, pela cláusula do resgate (escrita ou subentendida) fica-lhe assegurado aquêle direito.

O direito ao resgate é inerente à concessão do serviço ferroviário (Delingny, Rossi) e inalienável. *Le droit de rachat ne peut pas être ecarté par le contrat. C'est un droit inalienable* (Jèze, op. cit., pág. 234).

Segundo Cesare Gasca:

Se anche, adunque, nell'atto di concessione non fosse stato pattuito il termine, dopo il quale possa il Governo fare il riscatto, esso puó sempre farlo dopo trent'anni di esercizio della ferrovia (*L'Esercizio delle Strade Ferrate*, Torino, 1909, vol. I, pág. 215).

Foi êsse, também, o prazo de garantia assegurado à Consulente, pela cláusulas contratuais que regulam o resgate das linhas concedidas pelos Contratos de 1869, 1873, 1875 e 1880.

2. Mas ao lado dêsse direito do concedente exi.tem os direitos legítimos do concessionário que devem ser resguardados contra qualquer atentado.

Como ensina Jèze, o direito da administração de pôr fim, a qualquer momento, ao contrato de concessão, deve salvaguardar todos os interêsses legítimos do concessionário. *C'est ce qui a fait établir une théorie spéciale: le rachat de la concession.* O resgate supõe essencialmente que o exercício do direito da administração está rodeado de condições que, sem o suprimir, dão ao concessionário a certeza de que seus interêsses legítimos serão plenamente salvaguardados.

A teoria do resgate é, então, uma certa conciliação entre o direito incontestável da administração e os direitos legítimos do concessionário (Jèze, op. cit., pág. 233; Laubadère, op. cit, III, n.º 1.057, pág. 186).

Porque o concesisonário não pode se opor ao exercício dêsse direito pelo concedente, não lhe assistindo o ingresso à via judiciária para pleitear a declaração de invalidade do ato do concedente que decretou o resgate (salvo no caso de desvio ou abuso do poder, Marcelo Caetano, op. cit., pág. 563, de que resulte lesão de direito do concessionário; Constituição federal, art. 141, § 4.º), ficando o concessionário num estado de sujeição à vontade do concedente, impossibilitado de impedir que ela se manifeste e de obstar que se verifiquem os efeitos jurídicos dessa manifestação, sustentam alguns autores que o direito de resgate se enquadra na categoria dos

denominados *direitos potestativos*. (Enzo Silvestri, op. cit., pág. 114 e segs.).

A doutrina qualifica como direitos potestativos, segundo Messina, *quei poteri in virtú dei quali il loro titolare puó influire su situazione giuridiche preesistenti mutandole, estinguendole o creandole nuove mediante una attività propia unilaterale* (*Scriti Giuridice*, Milano, 1948, V, pág. 41, *Diritti potestativi*).

Característica dêsse direito é servir, como meio para se realizar determinada situação no interêsse exclusivo do seu titular (pelo que Chiovenda chamou-o *direito-meio*. *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. I, pág. 23).

Ao contrário do que ocorre com o direito subjetivo, a que corresponde uma obrigação por parte do sujeito passivo, ao exercício de um direito potestativo pelo seu titular corresponde, apenas, um estado de sujeição do sujeito passivo. Trata-se, como acentua a doutrina de alguns autores alemães, de um direito de poder, *Kann rechte* (Chiovenda, op. cit., pág. 21).

Sem entrar na discussão, de todo inoportuna neste momento, sôbre o reconhecimento da existência efetiva de "direitos potestativos", cuja admissibilidade lógico-jurídica é contestada pela doutrina tradicional, que os identifica em todos os casos, ou como espécies do próprio direito subjetivo ou como simples faculdade jurídica (Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, 1921, vol. I, pág. 350; ver sôbre o assunto Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947: *Poteri-Potestá*, pág. 172 e segs.), o certo é que a qualificação do resgate como direito potestativo (Enzo Silvestri) teve o mérito de chamar a atenção dos juristas para êsse aspecto dominante na teoria do resgate, o da sujeição passiva do concessionário aos efeitos jurídicos do exercício daquele direito.

3. O resgate, pela sua finalidade específica de rescindir o contrato de concessão do serviço ferroviário, antes do vencimento do prazo concedido para a sua exploração, produz dois efeitos imediatos e diretos: a reversão dos bens utilizados no serviço para o domínio do concedente, que poderá assumir a gestão direta do serviço, ou dá-lo novamente em concessão, e o pagamento ao concessionário de uma indenização, pela forma e no valor previstos na respectiva cláusula contratual.

São da magnífica monografia de Enzo Silvestri êstes ensinamentos:

Scopo del riscatto é di anticipare, rispetto alla scadenza normale, la fine del rapporto (pág. 243).

Altro effetto tipico, diretto, dell'atto di riscatto consiste, come si é gia detto, nel trapasso di proprietà degli impianti all'amministrazione concedente, secondo le modalitá stabilite dalla legge o dalla convenzione (pág. 245).

Altro effetto tipico, diretto, dell'esercizio del riscatto è il sorgere nell'amministrazione riscattante dell'obbligo del pagamento di una congrua indemnità, cui corrispondi il diritto del concessionario (pág. 266).

Com referência aos bens que, por motivo do término antecipado da conceção pelo exercício do resgate, devem passar para o domínio do concedente, a regra geral é que o resgate *deve ser total*, deve compreender todos os bens que, em razão de sua destinação, constituem um todo em função do serviço. Para a individuação dos bens, objeto da transferência, na falta de expressa indicação do contrato, deve-se tomar em consideração a relação funcional das coisas, sua destinação duradoura e efetiva ao exercício da concessão (E. Silvestri, op. cit., pág. 261; A. Laubadère, op. cit., III, n.º 1.068, pág. 193; Jèze, op. cit., 3.ª parte, pág. 1.218).

Isso porque o resgate não visa à aquisição dêsses bens, individuadamente, mas à assunção do serviço pelo concedente, para cujo funcionamento os bens são indispensáveis.

Por último, o exercício do resgate é *privativo* do poder concedente, como titular do direito que é considerado inerente ao contrato de concessão (G. Jèze, op. cit., pág. 235; E. Silvestri, op. cit., pág. 156; R. Bonnard, op. cit., pág. 583).

Tôdas essas normas aplicam-se, de modo especial e particular, ao resgate das concessões de serviço ferroviário, como se lê nos tratados especializados de Cimbali e Gasca (Giuseppe Cimballi, *Le Strade Ferrate*, no *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1914, vol. 7, 1.ª parte, pág. 710 e segs.; Cesare Gasca, *L'Esercizio delle Strade Ferrate*, Torino, 1909, vol. I, pág. 213 e segs.).

4. De todo o exposto pode-se concluir, em resumo, que o resgate é um direito de fundo publicístico, de natureza potestativa, inerente ao contrato de concessão de serviço público (especialmente o ferroviário); que tem por titular o poder concedente a quem compete privativamente o seu exercício, mediante prévio aviso; cuja finalidade é pôr têrmo antecipado à concessão, antes do vencimento do prazo concedido, mas após o decurso do prazo de garantia; que importa na transferência para o domínio do concedente de todos os bens utilizados no funcionamento do serviço e impõe ao resgatante a obrigação de pagar ao concessionário uma indenização no valor e pela forma convencionados na respectiva cláusula contratual; e, finalmente, contra o exercício normal do qual o concessionário nada pode obstar, devendo sujeitar-se passivamente aos efeitos jurídicos dêle decorrentes.

5. Ora, a despeito de alguns ligeiros pontos em que se assemelham, são maiores e marcantes os característicos peculiares à desapropriação que a distinguem do resgate, como instituto jurídico diverso. *Ma nonostante certe analogie nei principi informatori dei due istituti e la coincidenza di taluni effetti, la tentata indentificazione va esclusa* (Enzo Silvestri, op. cit., pág. 87).

O direito de desapropriar é um atributo da soberania do Estado e se funda no postulado de que a utilidade pública predomina sôbre a utilidade particular (Cfr. Ugo Nicolini, *La proprietà, il Principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1940, pág. 230; L. von Stein, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, trad. italiana, Torino 1897, n.º 571, pág. 891; Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., Torino, 1950, vol. II, pág. 91; Temístocles B. Cavalcânti, *A Constituição Federal Comentada*, 2.ª ed., Rio, 1952, vol. III, pág. 154; W. B. Munro, *The Constitution of the United States*, New York, 1952, pág. 144).

É um direito do Estado, cujo exercício é permitido às Províncias e aos Municípios, quando a utilidade pública disser respeito a essas circunscrições territoriais, e que pode ser delegado aos concessionários de serviços públicos e às autarquias que exerçam funções parestatais (G. Sabbatini, *Espropriazioni per pubblica utilità*, 3.ª ed., Torino, 1913, vol. I, pág. 177; Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 4.ª ed., Rio, 1948, vol. III, pág. 104; Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-1941, arts. 2.º e 3.º, na conformidade com a tradição do direito brasileiro, a partir das duas primeiras leis sôbre desapropriação por utilidade pública e Lei de 9 de setembro de 1826, que estabeleceu os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade e utilidade pública, e a Lei n.º 57, de 18 de março de 1836 que estabeleceu os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade pública municipal ou provincial).

Il diritto di espropriazione, quale diritto creato esclusivamente nell'interesse generale non puó costituire in massima che un diritto pubblico dello Stato. Quando un individuo ovvero una corporazione diventano il subbiettivo del diritto di espropriazione, essi possono essere a ció autorizzati soltanto dallo Stato. L'espropriante, chiunque esso sia, esercita un diritto statale di sovranità. Ensina G. Jellinek (*Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, trad. italiana, Milano, 1912, págs. 277/).

É um direito público do Estado que importa na mais séria restrição ao direito de propriedade, pelo que o seu reconhecimento é inscrito na lei fundamental como uma das garantias do homem em face do poder do Estado.

O direito de propriedade é assegurado, e o proprietário só pode ser privado de seus bens, no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (Constituição federal de 1946, art. 141, § 16).

6. A Constituição não o disse expressamente, como a Constituição Norte Americana nas Emendas V e XIV, sec. I, que a tomada da propriedade pelo Poder Público só poderá se verificar mediante o "devido processo legal", mas essa condição está implícita no texto. Em não havendo acôrdo entre o Poder Público e o proprietário para a entrega do bem declarado de utilidade pública, a desapropriação só se efetiva após o pronunciamento do Poder Judiciário.

This compensation is usually fixed by amicable agreement between the government and the private owner concerned; but failing such an agreement the matter goes to the courts and the amount of compensation is determined there by a jure (W. B. Munro, *The Constitution of the United States*, New York, 1952, pág. 144), (Cfrs. W. B. Munro, *The Govrenment of the United States*, 5.ª ed. New York, 1956, págs. 520, 1; Thomas Cooley, *The general principles of Constitutional Law;* 3.ª ed., Boston, 1898, pág. 363; Thomas Cooley, *Constitutional Limitations*, 6.ª ed., Boston 1890, pág. 649; W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 2.ª ed., New York, 1929, vol. III, pág. 1850, § 1224; Edward S. Corwin, *La Constitucion Norteamericana y su actual significado*, trad. cast. Buenos Aires, 1942, pág. 193/4; Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira* coligidos por Homero Pires, S. Paulo, 1934, vol. V, pág. 414 e segs.).

A desapropriação pressupõe ação e processo, como sempre se entendeu.

Embora, na sistemática legal vigente, destine-se o processo da ação expropriatória à mera apuração do valor do bem expropriado, para ser fixado na sentença o justo preço da indenização, "sendo vedado ao Poder Judiciário entrar na indagação de ser caso ou não de utilidade pública" (art. 9.º), devendo tal indagação ser ventilada por ação direta, em processo autônomo, tendente a anular o ato declaratório da utilidade pública (Francisco Campos, *Exposição de Motivos* do D.L. 3.365, de 24-6-1941), o certo é que, êsse mesmo jurisconsulto, após a promulgação da Constituição de 1946, opinou no sentido da inconstitucionalidade daquele dispositivo, e se manifestou decididamente favorável ao exame, pelo Poder Judiciário, do Decreto desapropriatório, sob o ponto de vista de sua legalidade ou da sua constitucionalidade, desde logo, no próprio processo da desapropriação, que é o momento oportuno e adequado para o proprietário defender-se contra a desapropriação ilegítima, ilegal ou inconstitucional (Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1956, vol. I, parecer n.º V, pág. 188/9).

Assim, consoante o ensinamento dêsse conspícuo jurista, assiste ao proprietário o direito de se opor à desapropriação infundada, ilegítima eu ilegal, no mesmo processo da ação expropriatória que lhe fôr proposta, porque o poder de desapropriação não é um poder discricionário, mas condicionado o seu exercício a um motivo ou a um fim, cuja existência é suscetível de verificação.

"É evidente que, autorizando a desapropriação apenas no caso ou para o fim de "utilidade pública", a Constituição, ao invés de conferir ao poder público uma liberdade discricionária ou ilimitada, condiciona a sua decisão ao contrôle do critério, do motivo e do fim" (Parecer cit., pág. 177).

Êsse contrôle, no regime jurídico estabelecido pela Constituição federal, entra na competência privativa do Poder Judiciário, como sustentou Rui Barbosa (*Comentários à Constituição*, vol. V, pág. 416/7; cfr. T. Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 695).

Mantida que seja a vedação estabelecida no art. 9 de lei das desapropriações, cuja atual inconstitucionalidade é proclamada pelo seu próprio autor intelectual, resta, ainda, ao proprietário o

acesso aos Tribunais pela ação direta (art. 20), para ser exercido o contrôle jurisdicional da legalidade do ato declaratório de utilidade pública (ver: Seabra Fagundes, *O Contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed., n.º 120, notas 3 e 4; Sabbatini, *Espropriazioni per pubblica utilità*, 3.ª ed., 1913, vol. I, pág. 282/3, mostra que êsse contrôle, na Itália, é exercido pelo Conselho de Estado).

O exercício do direito de desapropriar é condicionado à prévia declaração de utilidade pública, pelo poder competente.

Para maior garantia do direito de propriedade contra um critério arbitrário e indiscriimnado do Poder Público, no declarar a ocorrência de utilidade pública para fins de desapropriação, a lei enumera os casos de utilidade pública (D. L. 3.365, art. 5.º).

"Êste é o único sistema compatível com o espírito da Constituição Nacional, onde se institui o direito de expropriar com uma exceção à plenitude do direito de propriedade", observa Seabra Fagundes.

"Pôr na lei uma enumeração simplesmente exemplificativa ou abstrair de qualquer enumeração, seria deixar o Poder Executivo como árbitro único e inapelável dos casos de expropriamento". "Nenhum limite haveria, então, ao exercício do direito de expropriar, em contradição com a própria natureza dêste direito. Por outro lado tornar-se-ia impossível a qualquer indivíduo invocar o pronunciamento do Poder Judiciário a propósito dos atos do Poder Executivo, que, sob pretexto de desapropriação, lhe prejudicassem a propriedade" (*Da Desapropriação no Direito brasileiro*, ed. 1949, pág. 110).

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação não está condicionada a qualquer limite temporal. Em qualquer tempo, desde que se verifique um dos casos previstos na lei, o Poder Executivo pode decretar a utilidade pública. Para o exercício do direito de desapropriar é que a lei fixa prazo de cinco anos, contados da data de expedição do respectivo decreto, sob pena de caducidade dêste.

7. Quanto aos bens que podem ser declarados de utilidade pública para serem desapropriados, a lei vigente não estabelece a menor distinção. Todos os bens poderão ser desapropriados (art. 2).

Bens, no seu genuino significado jurídico de tudo o que possa constituir objeto de um direito (como se lê no *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dirigido por Vittorio Scialoja, voz "Beni", vol. I, pág. 505).

Móveis e imóveis, materiais e imateriais (como o direito de propriedade literária, a marca de fábrica, os privilégios e invenções, etc.), todos podem ser desapropriados porque todos constituem objeto do direito de propriedade (cfr. Walter Villegas, *Expropriación por causa de utilidad publica*, Buenos Aires, 1939, pág. 74:

La Constitución garantiza la inviolabilidad de propriedad, pero permitiendo la expropiación de ésta. El término "propriedad" ha sido utilizado por los constituyentes en un sentido comprensivo de todos los derechos patrimoniales y no en el restringido que suele dársele para expressar el domino sobre las cosas.

Assim, também, como todos os bens integrantes de um patrimônio, ou, apenas alguns, separadamente, podem ser necessários ao fim de utilidade pública, a desapropriação poderá ser total ou parcial.

Ao proprietário é assegurado indenização pela perda da propriedade; é a garantia constitucional do seu direito: *nor shall private property be taken for public use, without "just compensation"*, reza a V Emenda da Constituição norte-americana; "é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social, mediante *prévia e justa indenização em dinheiro*, proclama o § 16 do art. 141 da Constituição nacional.

Indenização *justa*, cujo valor será fixado por sentença judicial, mediante

apuração em processo regular; *prévia*, pois só após o depósito em juízo da indenização fixada por sentença será o expropriante imitido na posse dos bens expropriados; *em dinheiro*, pois, o preceito constitucional revogou a faculdade do pagamento ser feito em títulos da dívida pública federal mediante autorização prévia do Poder Legislativo, em cada caso, como dispunha o art. 32 da lei. É o ensinamento de Seabra Fagundes (*A Desapropriação no direito brasileiro*, págs. 25 e 441; Ver Carlos Maximiliano, *Comentários*, vol. III, pág. 114).

And this compensation must be pecuniary in its character, declara Cooley, *because it is in the nature of a payment for a compulsory purchase* (*Constitutional Limitations*, 6.ª ed., pág. 691).

Na expressiva lição do Prof. Sampaio Dória, "Bastaria indenização. Justa é reforço. Mas bem claramente, para que até cegos vejam, e surdos ouçam, e não sofismem: *justa indenização em dinheiro*.

"Justa indenização é receber o proprietário pelo uso ou gôzo que cede, do que é seu, o justo equivalente. E, para que não pairasse dúvida, a Constituição explicou: a indenização é em dinheiro. Não em títulos do poder desapropriante, mas de contado, moeda sonante, dinheiro. Toma lá, e dá cá (*Direito Constitucional*, 3.ª ed., São Paulo, 1953, vol. II, pág. 319).

8. Em síntese conclusiva temos que a desapropriação é um direito público do Estado, de origem constitucional, cuja finalidade é fazer prevalecer a utilidade pública sôbre a utilidade particular; que tem por objetivo a transferência coativa, para o domínio do expropriante, de bens declarados de utilidade pública; que pode ser exercido pelas diferentes pessoas jurídicas de direito público interno (a União, o Estado e o Município) e pelas pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções estatais (o concessionário e a autarquia) mediante autorização legal ou contratual; que tem seu exercício subordinado à prévia declaração de utilidade pública, por lei ou decreto, para um dos casos taxativamente enumerados na lei especial, estando a legalidade dessa declaração sujeita ao contrôle do Poder Judiciário; que, na falta de acôrdo, deve ser efetivado por decisão judicial, em processo regular, destinado à apuração do justo valor dos bens; que pode ser exercido a todo tempo, sem qualquer limitação, e a propósito de todos os bens patrimoniais; e, finalmente, mediante o pagamento ao proprietário de prévia e justa indenização em dinheiro.

9. Como ressalta do confronto entre as suas respectivas condições peculiares, resgate e desapropriação são dois institutos jurídicos perfeitamente distintos.

O resgate é privativo do poder concedente, como direito inerente à concessão de serviço público, decorre de cláusula expressa ou subentendida do contrato, para seu término antecipado, e só pode ser exercido pelo poder contratante como espécie que é de distrato. A desapropriação, como atributo da soberania do Estado, é um poder público que pode ser exercido pelo Estado e pelas demais pessoas jurídicas de direito público interno (a Província e o Município) e mesmo por pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atividades parestatais, quando autorizadas por lei ou contrato.

Assim, no caso da Consulente, o resgate da concessão de que é titular, em virtude dos contratos firmados com o Govêrno do Estado de S. Paulo, *só pelo Govêrno do Estado pode ser exercido;* nenhum outro Poder ou Autoridade pode pretender efetuar o resgate, por não ser parte no contrato. A desapropriação total ou parcial dos seus bens, empregados no desempenho do serviço, poderá ser efetuada pela União, e a desapropriação total poderá ser efetuada, também, pelo Estado de S. Paulo, (a desapropriação parcial não, em decorrência da proibição estabelecida na cláusula 11.ª, do contrato de concessão de 1869, reproduzida nos posteriores).

O resgate, quanto ao motivo determinantes, é ato discricionário do poder concedente e, como tal, não está sujeito ao contrôle do poder judiciário, salvo

no caso de abuso de poder, de que resulte lesão de direito do concessionário. A desapropriação é condicionada à prévia declaração de utilidade pública, segundo um dos casos taxativamente enumerados na lei especial, pelo que assiste ao proprietário o acesso aos Tribunais para discutir a legalidade do ato declaratório, pela inexistência da utilidade pública ou pelo não enquadramento nas hipóteses admitidas.

Quanto ao tempo, o resgate tem seu exercício limitado entre dois têrmos, o inicial que é o decurso do prazo de garantia, a partir do qual pode ser exercido, e o final que é o vencimento do prazo de duração da concessão, depois do qual o contrato se extingue, e fica, sempre, subordinado ao prazo do aviso prévio. A desapropriação pode ser levada a efeito a qualquer momento em que o exija a utilidade pública, sem nenhuma limitação temporal e sem aviso prévio.

O resgate se consuma por ato unilateral, independentemente da aquiescência do concessionário e sem interferência da atividade secundária e substitutiva do Poder Judiciário, para a atuação coativa da vontade concreta da lei. A desapropriação só se efetiva por acôrdo com o proprietário ou mediante sentença judicial, proferida em processo regular.

Com respeito ao pagamento das correspondentes indenizações, no resgate, a apuração do *quantum* e a forma do pagamento obedecem ao convencionado no contrato.

Na desapropriação, o montante da indenização será determinado pelo valor dos bens, na época da avaliação, segundo critérios estabelecidos na lei, para que a indenização seja justa, e o respectivo pagamento será prévio e em dinheiro, em moeda corrente, não podendo ser em títulos ou quaisquer outros valores, como é permitido no resgate.

Por último, quanto à finalidade, destina-se o resgate à resolução antecipada do contrato de concessão, e acarreta, como conseqüência, a transferência dos bens empregados no desempenho do serviço concedido para o domínio do concedente. A desapropriação, ao contrário, tem por finalidade a transferência coativa dos bens particulares para o domínio público da entidade expropriante, e, quando os bens desapropriados estiverem empregados no desempenho de serviço público concedido e forem de propriedade particular do concessionário, a sua desapropriação acarreta, como conseqüência, a extinção da concessão.

Como se vê, ambos os institutos podem atingir o mesmo resultado, de pôr têrmo a concessão, mas por motivos diversos, meios diferentes e produzindo diferentes efeitos quanto aos direitos e interêsses legítimos do concessionário, como adiante se demonstrará.

Ao segundo quesito:

1. A cláusula 34, do Contrato de Concessão, tomada por têrmo, em 29 de maio de 1869 (transcrita na Exposição que antecede a consulta), estabelece as condições para a desapropriação de estrada de ferro com tôdas as suas ramificações pelo Govêrno da Província de São Paulo.

Como se declara na *Exposição*, e tive oportunidade de conferir, os Contratos posteriores, para concessão de outras linhas contêm cláusulas idênticas: art. 34 no de 1875, linha de Cordeiro, às margens do rio Mogy Guaçu; art. 40 no de 1880, linha de Pôrto Ferreira a Descalvado.

É evidente, manifesta e inquestionável a impropriedade do emprêgo do vocábulo "desapropriação", para designar o instituto do "resgate", a que a cláusula se refere, em todos os contratos, de maneira clara e precisa.

Ao tempo em que foram contratadas as concessões, o direito público nacional já conhecia o instituto da desapropriação por utilidade pública, como "única exceção" ao direito de propriedade, que era garantido em tôda a sua plenitude (*Constituição do Império*, de 25-3-1824, art. 179, § 22), e já estavam "marcados em lei", como determinava a Constituição nesse § 22, "os casos em que teria

lugar e as regras para se determinar a indenização". A Lei de 9 de setembro de 1826, marcou os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade pública, e as formalidades que devem preceder à mesma desapropriação; estabeleceu o procedimento da verificação dos casos de necessidade e o da verificação dos casos de utilidade pública, bem como o da avaliação da propriedade para ser calculada a indenização.

A Lei n.º 57, de 18 de março de 1836, prescreveu regras semelhantes para a desapropriação por utilidade municipal ou provincial, segundo o art. 10, § 3.º, do Ato Adicional à Constituição; finalmente, o Decreto n.º 353, de 12 de julho de 1845, estabeleceu normas mais minuciosas para regular o procedimento da desapropriação.

A única excessão à plenitude do direito de propriedade garantido pela Constituição Imperial era a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, nos casos "marcados em lei", e mediante o pagamento de indenização, calculada de acôrdo com as regras estabelecidas na legislação.

A primeira observação que ocorre, para demonstrar a impropriedade terminológica dessas cláusulas contratuais, repousa no próprio enunciado do direito que é reconhecido ao Govêrno; "Se o Govêrno *julgar conveniente efetuar* a desapropriação da estrada de ferro, com tôdas as suas ramificações, podê-lo-á fazer debaixo das seguintes condições:" etc.

Nem a Constituição Imperial, nem as leis que regularam o exercício do direito de desapropriar, reconhecem ou autorizam desapropriação *por conveniência, a juízo do Govêrno* (Ver Pereira Rêgo, *Compêndio de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Recife, 1877, § 57, pág. 213).

Desapropriação só por necessidade ou utilidade pública, e nos casos marcados em lei.

Em segundo lugar, o exercício do direito de desapropriar, porque é um atributo da soberania do Estado, não pode ficar condicionado às restrições de tempo, de preço e de forma de pagamento, como as constantes das cláusulas em exame.

Tais cláusulas, como é bem de ver, regulam, positivamente, o instituto do resgate, sob a imprópria denominação de desapropriação.

2. Na doutrina francesa e na alemã o direito de resgate é considerado como uma espécie de desapropriação por utilidade pública, realizada em base de leis especiais, em razão da analogia entre os dois institutos, mas, como acentua Cesare Gasca, na percuciente crítica a essa orientação, "embora análogos, são dois direitos distintos e inconfundíveis".

Pare a me che non ocorra porre a raffronto il diritto del riscatto col diritto d'espropriazione, l'uno e l'altro avendo il loro fondamento in leggi speciale e diverse (Gasca, op. cit., vol. I, pág. 214).

Com efeito, Fritz Fleiner ensina que, no direito alemão, "*Todas las concessiones de ferrocarriles contienen normas en virtud de las cuales las empresas pasan a ser propiedad del Estado, bien después de extinguida la concessión, en la mayoria de los casos previo pago de tod osu valor ("reversión"), bien porque aquél haga uso del dêrecho de "rescate" antes del término de la concessión, en determinados plazos, nacionalizando en este caso el servicio".*

. . . . . .

El rescate previsto en la concessión, non es otra cosa que una expropiación forzosa de una empresa ferroviária.

Las cláusulas de los pliegos de condiciones de la concesión sobre la admissibilidad, plazo y precio del rescate no contienen un "pactum de vendendo", sino normas especiales para llevar a efecto la expropiación y señalar el precio de la indemnización (F. Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. cast. Labor, 1933, pág. 282).

Otto Mayer, entretanto, sustenta opinião mais condizente com a natureza dêsses diferentes institutos.

On peut avoir réservé au concédant le droit de rachat, c'est-à-dire le droit de revoquer la concession comme bon

lui semblera, à tout moment ou seulement à partir d'une certaine époque, et de s'emparer des ouvrages et moyen d'exploitation afin de continuer l'entreprise, le tout en indemnesant l'entrepreneur.

Le droit de rachat n'exist qu'autant que l'entrepreneur y a consentis lors de la concession ou aprés coup, ou que ce droit a sa base dans une régle de droit. La legislation ordinaire sur l'expropriation ne s'applique pas à notre hypothèse; elle ne vise, en effet, que l'enlèvement de la propriété immobilière de droit civil" (Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, ed. française par l'auteur. Paris 1906, vol. IV, pág. 182).

Assim, também, Berthélemy, acentuando a diferença específica entre os dois institutos, doutrina no direito francês:

Ce n'est pas non plus d'expropriation qu'il s'agit lorsqu'on procède au rachat d'une concession accordée. L'expropriation est la vente forcée de la propriété entrainant, par voie de conséquence, l'extinction des droits que des tiers avaient sur elle. Le rachat obligé d'une concession n'a pas ce caractère. Aussi cette opération ne peut-elle s'effectuer qu'en vertu d'une loi spéciale qui en détermine les conditions ou qu'en aplication d'une clause insérée dans la concession même (*Traité de Droit Administratif*, 13.ª ed., Paris, 199, pág. 667).

E o Prof. Laubadére examinando a natureza jurídica do resgate, depois de aludir à concepção de Jèze que o assemelha à desapropriação por utilidade pública, refuta-a por indefensável.

En realité, le rachat n'est nullement une expropriation. Il est tout simplement, comme nous l'avons dit, une résiliation qui, comme toute circonstance mettant fin à la concession, entraine la liquidation de celle-ci et par suite des reprises et transferts de biens materiels; ces transferts ne sont que la conséquence indirecte *du rachat; ils résultent en réalité des règlements qu'entraine le rachat* (*Contrats Administratifs*, vol. III, n.º 1.058, pág. 187).

Cimbali, combatendo a confusão entre os dois institutos, esclarece com muita proficiência:

Errôneamente, *a proposito del riscatto, si é detto che esso può aver luogo sia sotto forma di revoca, sia sotto forma di espropriazione. Il riscatto, appunto porchè non è revoca, né espropriazione, ha semplicemente luogo con le forma sue proprie con quelle, cioé, del riscatto.*

Il riscatto non é revoca, perché non viene operato ad arbitrio del concedente, ma in base a disposizioni di legge o a speciali patti contrattuali. Non é espropriazione a causa di pubblica utilitá perché la strada ferrata é essa stessa opera di pubblica utilitá e questa funzione adempie, sia che si trovi nelle mani dello Stato, sia che si trovi in quele di privatti (*Le Strade Ferrate* no *Primo Trat. di Diritto Ammnistrativo Italiano, a cura di* V. E. Orlando, Milano 1914, vol. 7, 1.ª parte, pág. 710).

No mesmo sentido adverte Enzo Silvestri:

Giova peraltro avvertire che è certamente erroneo far leva, par procedere alla identificazione dei due istituti, esclusivamente sul loro fondamento pratico e qualche effetto comune. Raffrontando l'espropriazione per pubblica utilità col riscatto é facile scorgere che mentre la analogie sono tenui, appaiono notevoli le differenze (op. cit., pág. 87).

A afinidade entre os dois institutos decorre da circunstância de que ambos produzem efeitos jurídicos sôbre o patrimônio particular, operando uma transferência coativa de bens, mediante o pagamento da correspondente indenização, como ensina o Prof. Rui Girne Lima, catedrático de direito administrativo da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre:

"A par da desapropriação — porém, distintos dela por múltiplos característicos — figuram alguns institutos jurídicos, entre cujos efeitos está, também, o de fundarem direitos do Estado sôbre bens determinados pertencentes ao patrimônio particular. Caracteriza-se êste surgimento de direitos subjetivos públicos do Estado pela concomitância da in-

denização por êste paga ao particular, que se destina, bem é de ver, a restabelecer o equilíbrio entre os dois patrimônios em confronto. Contam-se entre os institutos afins da desapropriação: *a*) a imposição de servidão administrativa; *b*) *o resgate das concessões de serviço público*" (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª ed., Pôrto Alegre, 1939, pág. 125, 6).

Simples afinidade que não importa na identificação dos dois institutos, como demonstrou Guido Zanobini (*L'esercizio privato delle funzioni e dei servici publici* no "Primo Trat. di Diritto Amministrativo Italiano", de V. E. Orlando, Milano 1935, vol. II, 3.ª parte, pág. 553).

3. Mas, de par com as distinções doutrinárias, há um argumento irrespondível para demonstrar que o vocábulo desapropriação vinha sendo impròpriamente empregado naquelas cláusulas contratuais, para designar o instituto do resgate, peculiar à concessão do serviço ferroviário, que é o seguinte: a partir do contrato de concessão da linha de Descalvado a Coqueirinho, tomado por Têrmo em 15 de outubro de 1888, a cláusula pela qual o Govêrno da Província de São Paulo, como poder concedente, se reservou o direito de rescindir o contrato, para assumir a gestão direta do serviço concedido, passou a ter esta redação:

"O Govêrno terá o direito de *resgatar* a estrada, depois de decorridos vinte e cinco anos desta data. O preço do *resgate* será regulado, em falta de acôrdo, pelo têrmo médio do rendimento líquido do último qüinqüênio, e tendo em consideração a importância das obras, material e dependências no estado em que estiverem então. A importância do *resgate* poderá ser paga em títulos da dívida pública interna, do tipo adotado. Fica entendido que a presente cláusula só é aplicável aos casos ordinários *e que não obriga o direito da desapropriação por utilidade pública que tem o Estado*" (cláusula 11.ª).

Com idêntica redação a cláusula 13.ª do contrato de 7 de março de 1889, de concessão da linha de Santa Rita do Pasa Quatro; com pequenas modificações, mas conservando as expressões "resgatar" e "resgate", a cláusula 15.ª do contrato de 10 de janeiro de 1890, da linha de Araraquara a Barretos, passando por Jaboticabal; idêntica à anterior, conservando as expressões "resgatar" e "resgate", a cláusula 15.ª do contrato de 17 de julho de 1890, de concessão da linha de São Carlos do Pinhal a Ribeirão Bonito.

Os demais contratos de concessão das várias outras linhas construídas pela consulente, e tomados por Têrmo após a promulgação da Lei estadual n.º 30, de 13 de junho de 1892, deixaram de consignar, em cláusula especial, o direito de resgate, porque a lei não lhe faz referência, e não o incluiu entre as cláusulas "padrão" — "que acompanham os decretos de concessão de estradas de ferro, no regime daquela lei" — sob cujo modêlo foram contratadas (Confira-se: a Lei n.º 30, as cláusulas oficiais, e os contratos de concessão da consulente, 1869 a 1913, no volume "Leis, decretos e contratos relativos às concessões vigentes de estradas de ferro, outorgadas pelo Govêrno de São Paulo, 1869-1913, Tipografia do "Diário Oficial", São Paulo, 1914).

O Govêrno de S. Paulo, como tudo leva a crer, reconheceu a impropriedade terminológica e emendou a mão, passando a empregar o têrmo certo nas concessões posteriores.

4. Em 1920, ao promover a unificação das várias concessões outorgadas à Companhia Paulista, para reuni-las nas cláusulas de um único contrato, para os efeitos do capital, da renda e do resgate, o Govêrno do Estado deparou com a dualidade de têrmos, para designar o mesmo direito, cujo exercício o Govêrno do Estado, se reservara, como poder concedente: "desapropriação", nos contratos firmados até 1880; "resgate", nos contratos firmados em 1888, 1889 e 1890; nenhuma referência a êsse direito, nos contratos posteriores à Lei n.º 30, de 1892.

Então, para ser fiel à letra dos contratos que se unificavam, o Govêrno manteve as duas expressões, embora, nos contratos de 1888, 1889 e 1890, tivesse sido proclamado, expressamente, que o exercício do resgate, na forma estabelecida na respectiva cláusula *não obriga o direito de desapropriação por utilidade pública que tem o Estado.* O que importa no reconhecimento explícito de que os dois vocábulos não são sinônimos, mas designam institutos jurídicos diferentes.

Em face dos princípios jurídicos e dos antecedentes contratuais expostos e analisados, pode-se concluir que a cláusula III do contrato de unificação, de 1920, *visa exclusivamente, ao resgate da concessão, e não à desapropriação dos bens do concessionário empregados no serviço concedido.*

Ao terceiro quesito:

1. Destinando-se o resgate a rescindir o contrato de concessão do serviço ferroviário, antes do vencimento do seu prazo de duração, é pacífico, na doutrina, que a sua iniciativa compete, exclusivamente, ao Poder concedente, como parte contratante, tendo em vista a sua natureza específica semelhante ao distrato.

Le rachat est une opération decidée unilatéralement et discrétionnairement par l'autorité concédante (P. Duez e G. Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, 1952, pág. 933).

L'autorité compétente pour décider la résiliation avec rachat est l'autorité concédant, si le rachat est prévu par l'acte de concession. S'il n'y est pas prévu, la compétence appartient à l'autorité administrative qui a le pouvoir d'organiser le service, escreve Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935, pág. 583).

No mesmo sentido Jèze:

L'autorité publique compétante pour décider le rachat est, en principe, l'autorité compétente pour accorder la concession, si le rachat est prévu par le contrat de concession. Si le rachat n'est pas prévu par le contrat, c'est l'autorité compétente pour organiser ou réorganiser le service public concédé (op. cit., pág. 235 e 3.e partie, pág. 1.215, n.º V; Laubadère, op. cit., III, n.º 1.064, pág. 190).

Como assinala E. Silvestri, o sujeito ativo do resgate é, em linha de princípio, o próprio ente concedente (op. cit., pág. 156).

O ato de resgate, como declaração de vontade da administração pública, destinado a obter fins práticos, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, enquadra-se, sem a menor dúvida, na categoria dos atos administrativos (sôbre o conceito de ato administrativo, ver Sílvio Trentin, *L'Atto Amministrativo*, Roma, 1915, pág. 128).

L'atto di riscatto inoltre costituisce un atto amministrativo tipico. Si é esattamente osservato che la tipicitá o atipicitá di un atto puó essere riferita sia alla causa sia alla strutura dell'atto, si che si puó in tal modo pervenire a conclusioni differenti, a seconda dell'elemento preso in considerazione.

L'atto del riscatto deve considerarsi tipico, sia in rapporto alla causa, sia in rapporto alla struttura (Enzo Silvestri, op. cit., pág. 195).

E é, precisamente, pela sua qualidade de ato administrativo, que os tratadistas, de modo geral, atribuem o exercício do resgate à Administração ou Govêrno, como direito ou faculdade peculiar ao contrato de concessão, que só a Administração ou o Govêrno pode outorgar.

"O resgate ou encampação é o direito facultado ou reconhecido *à administração* de retirar do concessionário o serviço concedido, acompanhado do respectivo material, mediante indenização, antes de terminado o prazo da concessão" (J. Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1937, vol. II, pág. 144; no mesmo sentido crfs.: Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., Torino, 1948, vol. I, pág. 409; André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1953, pág. 602, n.º 1.137; P. Duez et G. Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, Paris 1952, pág. 932, n.º

1.272; Guido Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, no "Primo Trat. di Diritto Amministrativo Italiano", de V. E. Orlando, vol. II, 3.ª parte, Milano, 1935, pág. 550; Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, ed. fr. par l'auteur, Paris, 1906, vol. IV, pág. 178; Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 3.ª ed., vol. I, págs. 393-4).

2. Na Itália, a Lei n.º 429, de 7 de julho de 1907, dispõe no art. 2.º:

Ove il riscatto de una linea sia soggetto a diffida, il Governo presenterá in tempo utile al Parlamento le proposte pel riscatto stesso. In ogni caso l'efficacia della diffida é subordinata, nell'interesse dello Stato, all'approvazione del Parlamento. Nel caso, in cui el Governo non ritenesse conveniente il riscatto, dovrá darne, in tempo utile, comunicazione al Parlamento.

Êsse dispositivo foi acolhido e reproduzido no art. 193, do diploma de 9 de maio de 1912, n.º 1.447, que unificou a legislação esparsa sôbre o serviço ferroviário.

Embora, o chamado texto único, n.º 1.447, de 1912, designe expressamente o Govêrno como a autoridade competente para exercer o resgate (art. 188), o certo é que o sistema adotado a partir de 1907, mereceu as mais vivas críticas dos autores especializados na matéria.

Para Cimbali, a lei de 1907 é regressiva, deu passo atrás, porque nesse assunto o Parlamento não entra, e depois de apontar e criticar o motivo dessa inovação exclama: *Sono, dunque, motivi personali, non razionali che hanno consigliatto questa riforma regressiva* (op. cit., págs. 718-9).

Em razão do sistema, o resgate tornou-se um ato jurídico complexo, de competência do Govêrno, mas de eficácia subordinada a aprovação do Parlamento (cfrs. Gastone Rossi, *Trasporti Terrestri*, Milano, 1954, pág. 295, n.º 269; Cesare Gasca, *L'Esercizio delle Strade Ferrate*, orino, 1909, vol. I, págs. 230 e segs.).

Todavia, como observa Silvestri, com muita precisão: *L'intervento del Parlamento, a sua volta, non può considerarsi come l'atto deliberativo, col quale si vuole esercistare il riscatto, ma piuttosto come una legge di approvazione in senso tecnico.*

.....

Se si tratasse di una proposta in senso proprio, bisognerebbe concludere che l'atto del Parlamento ha carattere deliberativo, che cioé a quest'ultimo spetta di esercitare il diritto di riscatto. L'assurditá di tale tesi é evidente".

.....

Sarebbe poi assolutamente anomala l'attribuizone di un compito de amministrazione attiva al Parlamento" (Silvestri, op. cit., pág. 214).

Como acima acentuou Cesare Gasca, a interferência do Parlamento diz respeito diretamente à aprovação dos meios para a operação do resgate, pois o Govêrno não pode realizar despesas extraordinárias, não previstas no orçamento, sem autorização de lei especial (op. cit., págs. 226-7). *Ma il Parlamento non deve essere investito di una preventiva autorizzazione al riscatto* (op. cit., pág. 220).

3. No caso particular da consulta, a competência para tomar a iniciativa do resgate das linhas férreas concedidas à Companhia Paulista é privativa do Govêrno do Estado de São Paulo.

A Assembléia Legislativa do Estado não tem competência para tomar a iniciativa do resgate das concessões de serviço público, porque, em se tratando de ato tìpicamente administrativo, seu exercício não se enquadra no âmbito das atribuições específicas do Poder Legislativo, tal como estão declaradas na Seção II da Constituição estadual, de 9 de julho de 1947, arts. 20 e 21.

Aliás, se o resgate, em causa, segundo a letra expressa da cláusula 34, do contrato de 1869 e da cláusula III, do contrato de unificação de 1920, só terá lugar "se o Govêrno do Estado julgar conveniente", parece óbvio, e dispensa qualquer explicação, que o Juiz da conveniência há-de ser sempre e exclusivamente o próprio Govêrno.

Na lição expressiva de Cesare Gasca:

Qualora il Governo ritenga opportuno di fare il riscatto dopo i trent'anni, o dopo un termine maggiore, o dopo il termine stabilito nella concessione, spetta a lui, come potere esecutivo ed amministrativo, di esaminare e giudicare se il riscato sia conveniente (op. cit., pág. 225).

Não teria sentido o Poder Legislativo tomar a iniciativa de promover o resgate da concessão de um serviço público, usurpando uma atribuição privativa do Governador, que, na qualidade de principal responsável pela Administração pública do Estado, é a única autoridade competente para julgar da conveniência do resgate, para o Estado assumir a gestão direta do serviço.

Ao que decorre das normas constitucionais, à Assembléia compete, apenas, quando para isso solicitada por Mensagem do Governador, autorizar a necessária operação de crédito para ocorrer ao pagamento do resgate, uma vez decretado pelo Govêrno. Nada mais.

Ao quarto quesito:

1. A resposta ao quarto quesito decorre, natural e lògicamente, das respostas dadas aos quesitos anteriores.

Como o resgate não se confunde com a desapropriação, como o resgate é um ato administrativo típico, da competência exclusiva do poder concedente; como o Poder Legislativo não tem competência para tomar a iniciativa do resgate; como o resgate pode ser decretado pelo poder concedente, a qualquer momento, após o período de garantia, quando seja julgado conveniente, como o poder concedente é o único juiz da conveniência do resgate; como tudo se demonstrou, nas respostas aos quesitos anteriores, então, é óbvio, e dispensa maiores indagações, que a iniciativa do resgate, pelo poder concedente independe de prévia declaração de utilidade pública, por lei.

A efetivação do resgate, como ato administrativo, privativo da Administração pública, far-se-á por Decreto do Poder Executivo.

Trata-se do exercício de uma atividade discricionária da Administração pública, autorizada por cláusula contratual expressa ou subentendida, do contrato de concessão, com a natureza de um direito potestativo.

"Expirado o prazo de garantia", ensina Marcelo Caetano, "o concedente pode resolver o resgate quando quiser, *exercendo um poder discricionário*, só suscetível de impugnação por desvio de poder" (*Manual de Direito Administrativo*, 3.ª ed., 1951, pág. 563).

E os mestres Paul Duez e Guy Debeyre acentuam:

Le rachat n'a aucunement le caractère d'une sanction, il est prononcé par l'Administration "seule en vertu de son pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle estime que l'intérêt général l'exige" (*Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, pág. 933; Laubadère, op. cit., vol. III, n.º 1.065, pág. 191; Jèze, op. cit., 3e parte, pág. 1.205).

Sôbre o conceito de *poder discricionário* ver a monografia de M. S. Giannini, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, págs. 51 e segs.

Como disse Guido Zanobini: *Si puó avere il diritto di riscattare il servizio in qualunque momento della concessione, "a perfetto arbitrio dell'autoritá"* (*L'Esercizio privato delle funzioni e dei servici pubblici*, citado, pág. 550).

2. Por se tratar do exercício de um poder discricionário, não é exigível da Adminstração pública, sequer, a motivação do ato do resgate. É o que doutrina Enzo Silvestri:

La dichiarazione di riscato quindi, in quanto esercizio di un diritto potestativo, non esige alcuna motivazione, nel senso che il motivo dell'esercizio non assume rilievo giuridico come elemento dell'atto.

La mancanza di motivazione non dá luogo in questo caso a violazione di legge, né tanto meno può essere prova di eccesso di potere (op. cit., pág. 201).

Admitida que seja a necessidade da motivação do resgate — como no direito francês, em razão da afinidade

com o instituto da desapropriação por utilidade pública, como sustenta Jèze (op. cit., pág. 235) — ainda, assim, a motivação constará do próprio decreto, expedido pelo Poder Executivo, independentemente de lei.

Ao quinto quesito:

1. O Projeto de lei n.º 1.744, de 1958, pelo hibridismo de suas disposições, constitui um exemplar daqueles casos, que o verbo candente de Rui Barbosa ferreteou com o estigma de "teratologia jurídica".

Pois, é que, declarando de utilidade pública, *para o fim de serem desapropriados*, as linhas férreas, o equipamento de transportes, e os prédios utilizados no serviço ferroviário da Companhia Paulista de Estradas de Ferro, determina que *o pagamento do preço da desapropriação se fará de acôrdo com o contrato* aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 9 de março de 1920, e autoriza o Poder Executivo a abrir na Secretaria da Fazenda um crédito especial *até o limite* de Cr$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de cruzeiros) para atender às despesas com a execução da desapropriação.

Como se vê, o projeto declara a utilidade pública, *para fins de desapropriação*, mas determina que o *pagamento do preço da desapropriação se fará de acôrdo com o contrato*, como se se tratasse de resgate, o que é simplesmente inadmissível.

Não se nega à Assembléia Legislativa competência para tomar a iniciativa da desapropriação por utilidade pública, pois essa competência está estabelecida em lei (Constituição estadual, art. 20, letra *c*; Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, art. 8.º).

O que a Assembléia Legislativa não pode, porque não tem autoridade para tanto, é prefixar, em lei, o preço da desapropriação e a forma de seu pagamento. Se o projeto visa *à desapropriação dos bens* da concessionária, utilizados no serviço concedido, o seu *justo valor* deverá ser apurado, por avaliação regular, no processo da desapropriação, e o preço da correspondente indenização deverá ser pago *prèviamente e em dinheiro*. É a garantia constitucional, contra a qual é impotente a Assembléia Legislativa.

Mas, se, no projeto, o vocábulo "desapropriação" é empregado como sinônimo de "resgate", em razão do emprêgo simultâneo de ambos, no texto do Decreto n.º 3.179, de 1920, então, o projeto é manifestamente inconstitucional, por flagrante usurpação de poder, pois a Assembléia Legislativa não tem competência para tomar a iniciativa da rescisão antecipada de um contrato de concessão de serviço público, ato administrativo, da atribuição privativa do poder concedente, que é o Govêrno do Estado.

O projeto, como diploma legislativo para fins expropriatórios, padece, ainda, de grave defeito de técnica.

Como ensina Robert Wilkin:

Le décret d'expropriation est en soi un acte "d'imperium; il ne doit contenir que la décision souveraine de déclarer d'utilité publique telles expropriations. Il n'est nullement requis que le pouvoir expropriant (Etat, province ou commune) y ajout l'exposé des moyens financiers dont il compte disposer pour réaliser les expropriations. La décision d'exproprier et les vois de réalisation sont deux choses différentes" (*L'Expropriation pour cause d'utilité publique*, Bruxelles, 1953, pág. 12, n.º 4).

Ademais, a cifra de setecentos milhões, fixada como limite para atender às despesas com a execução da lei, *é inadmissível*, em se tratando de desapropriação, cuja indenização terá seu montante apurado mediante avaliação atual dos bens desapropriados, segundo a lei especial; *é insuficiente*, mesmo no caso de resgate, uma vez que, na conformidade com o estatuído na letra *a* da cláusula III do contrato de unificação aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 1920, "o preço do resgate (impròpriamente chamado desapropriação) será regulado pelo têrmo médio do rendimento líquido da linhas nos últimos cinco anos,

contanto que êsse rendimento líquido não seja menor de 8% sôbre o capital despendido e reconhecido pelo Govêrno".

A importância em aprêço, foi colocada no projeto, como limite do preço da desapropriação, por evidente equívoco, pois, essa importância corresponde ao capital social da consulente, o qual, entretanto, não interfere nem com a desapropriação nem com o resgate. Para a desapropriação o que importa é o justo valor dos bens; para o resgate, o rendimento médio das linhas, em função do capital reconhecido; sendo certo que o capital reconhecido da consulente já ultrapassou, de muito seu capital social, como se declera em seus relatórios publicados.

Como consta das cláusulas I e II do contrato de unificação, aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 1920, "as despesas que a Companhia fizer, a partir de 1 de janeiro de 1920, com a construção de novas linhas férreas, melhoramentos das existentes e aumento de material rodante não poderão ser levadas a conta de capital reconhecido pelo Govêrno sem prévia autorização dêste" e "para os efeitos do capital, da renda e da desapropriação ou resgate, ficam unificadas tôdas as linhas férreas que a Companhia atualmente possui em tráfego e em construções, sendo também integradas no presente contrato, quaisquer outras linhas que ela vier a construir ou adquirir e que sejam complemento de seu sistema de viação, na qualidade de ramal ou prolongamento do mesmo".

Assim, em razão das construções de novas linhas em prolongamento, e da aquisição das linhas de outras ferrovias que incorporou ao seu sistema (Dourado, São Paulo - Goiás, Jaboticabal, Morro Agudo, Barra Bonita) o capital investido, já reconhecido pelo Govêrno e a ser reconhecido pela tomada de contas, até o exercício de 1958, é da ordem de *um bilhão e duzentos milhões de cruzeiros*, como se verifica da documentação exibida.

Quase o dôbro da irrisório importância que o projeto propõe para pagamento do resgate da concessão de que a consulente é titular!

O limite fixado no art. 3.º do projeto é inoperante, quer se trate de desapropriação, quer se trate de resgate.

E o pagamento do preço da indenização, em letras do Tesouro, a que se refere o parágrafo único do mesmo art. 3.º, só será possível em se tratando de resgate da concessão, mas, por ato do poder concedente, isto é, do Govêrno do Estado.

Ao sexto quesito:

1. Diversos são os dois institutos, desapropriação e resgate, quanto ao modo de se realizarem, como ficou demonstrado.

Porque o resgate é o exercício de um poder discricionário da Administração pública, da natureza dos direitos potestativos, contra êle nada pode argüir o concessionário, que se encontra em estado de sujeição, salvo no caso de desvio ou excesso de poder que acarrete lesão de direito do concessionário.

Le droit de rachat inscrit dans toutes les concessions ne peut donc être contesté, ni dans la légitimité de son principe, ni dans la faculté pour l'Etat d'en faire usage si bon lui semble, escreve Paul Deligny (*Étude Comparée du droit de rachat*, Paris, 1904, pág. 202).

A desapropriação, segundo texto expresso da lei especial (art. 10 do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941) deverá efetivar-se por acôrdo ou intentar-se judicialmente.

Nessas condições, se a consulente não concordar com a entrega dos bens de sua propriedade, mediante o pagamento da quantia fixada no projeto ou da que vier a ser declarada na lei, assiste-lhe, seguramente, o direito, garantido pela Constituição federal de só entregar os bens desapropriandos, após o pagamento de seu justo valor atual, em dinheiro, cujo montante deverá ser fixado por sentença, em ação regular.

Ao sétimo quesito:

1. A situação do concessionário, em relação aos contratos de financiamento

de construção de obras ou de aquisição de bens, incorporados aos serviços a seu cargo, varia segundo ocorra a desapropriação dos bens de sua propriedade pelo Estado, ou o resgate da concessão do serviço público pelo poder concedente.

No caso da desapropriação, por utilidade pública, o Estado expropriante deverá pagar ao proprietário expropriado, em dinheiro, uma indenização correspondente ao justo valor atual dos bens expropriados — imóveis (terrenos, faixas das linhas, edifícios e edificações em geral), material fixo (instalações, trilhos, etc.), material rodante (locomotivas, vagões, etc.), móveis e utensílios; em suma, o justo valor atual de todos os bens que adquirir pela desapropriação.

Com o pagamento do preço, fixado por sentença, o Estado adquire a propriedade dos bens desapropriados, livre e desembaraçada de quaisquer ônus. Como estatui o art. 31, da lei de desapropriações em vigor, "ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sôbre o bem expropriado.

Recebendo do Estado o pagamento do justo valor atual dos bens expropriados, ao concessionário incumbe continuar a responder pelas obrigações e encargos assumidos nos contratos de financiamento, firmados para ocorrer às despesas com as obras de construção de linhas e com aquisição de materiais e investimentos.

O Estado expropriante adquire os bens, pagando ao concessionário proprietário o seu justo valor atual, mas não o substitui nos contratos de financiamento.

Tendo em mãos a totalidade do preço dos bens, cuja construção ou aquisição foi financiada por terceiros, o concessionário, na conformidade com o que estiver estabelecido nos respectivos contratos de financiamento, deverá efetuar a liquidação integral e antecipada da dívida, ou poderá continuar amortizando-a, parceladamente, até a data fixada para seu vencimento; tudo dependendo das condições contratuais.

2. No caso do resgate da concessão, pelo poder concedente, a situação do concessionário em relação aos contratos de financiamento de obras e aquisição de bens, incorporados aos serviços públicos concedidos, é radicalmente diversa.

Como já ficou exaustivamente demonstrado, pelo exercício do resgate o poder concedente põe têrmo antecipado ao contrato de concessão para assumir, — diretamente ou através de outro concessionário com quem contratar — a gestão do serviço público concedido, pagando ao concessionário uma indenização, calculada de acôrdo com as normas constantes do contrato, que corresponde ao prejuízo decorrente da privação do desempenho do serviço, em função do capital reconhecido.

O concedente, chamando a si a gestão do serviço, recebe do concessionário os bens e obras empregados no seu desempenho, na situação em que se encontrarem, no momento do resgate. Os bens adquiridos e as obras realizadas, mediante contrato de financiamento com terceiros, passam para o domínio do concedente que, substituindo o concessionário, se sub-roga em todos os encargos e obrigações assumidos nos respectivos contratos.

Os contratos de concessão costumam, em regra, estabelecer que o concedente, em conseqüência do resgate, será obrigado a se substituir ao concessionário na execução das convenções concluídas por êste com terceiros.

Mesmo quando a substituição não esteja prevista expressamente, considera-se o concedente como eventualmente obrigado sempre que os contratos tenham sido assumidos pelo concessionário, como atos normais de administração, com o conhecimento e sem oposição do concedente (cfr. André de Laubadère, *Contrats Administratifs*, III, n.º 1.069, pág. 193).

Verifica-se uma situação jurídica regular, que a doutrina conceitua como hipótese típica de sucessão em sentido técnico ou restrito (E. Silvestre, op. cit., pág. 297), denominada pelo jurista italiano Trimarchi *Subingresso nel contratto* (ver o seu notável estudo sob

êsse título, publicado em *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezione civile*, vol. XXII, págs. 646 e segs.).

A disciplina do subingreso nos contratos, no caso de resgate, tem características próprias que a diferenciam de institutos jurídicos semelhantes, como por exemplo a transferência do estabelecimento, matéria regulada pelo direito privado.

Pelo resgate, a Administração pública não visa à simples transferência do estabelecimento (considerado êste como o complexo de bens e direitos integrados no patrimônio da emprêsa) mas objetiva a utilização dêsses bens e a manutenção dessas relações jurídicas no bom andamento do serviço público cuja gestão assumiu.

Por êsse motivo, no resgate, o subingresso da Administração pública nos contratos pactuados pelo concessionário, justifica-se pela exigência de assegurar a continuidade do serviço, mediante a utilização dos bens e direitos a que tais contratos se referem (cfr. Jèze, op. cit., pág. 240).

Condição indispensável para o subingresso da Administração resgatante nos contratos do concessionário é que o contrato tenha por finalidade o exercício do serviço público resgatado. O subingresso rege-se pela destinação dos contratos (cfr. E. Silvestre, op. cit., pág. 301; Trimarchi, *Subingresso nel contrato*, cit., pág. 648).

Como acentuou Cesare Gasca, ao examinar as conseqüências do resgate quanto aos contratos pactuados pelo concessionário, *in una parola le Stato ha diritto di metersi in luogo e vece del concessionario per tutto ció che si riferisce all'esercizio della ferrovia* (op. cit., pág. 255).

A posição ativa ou passiva do conconcessionário, em relação aos contratos em curso, transfere-se para a Amninistração resgatante tal como essa situação jurídica é configurada no momento do resgate (cfr. E. Silvestre, op. cit., pág. 302; Trimarchi, op cit., pág. 650).

Ao oitavo quesito:

1. Como ficou demonstrado na resposta ao quesito anterior, o que regula a substituição do concessionário pela Administração resgatante, nos contratos existentes no momento do resgate, é a destinação do contrato. Sempre que o contrato pactuado pelo concesisonário tiver por finalidade o exercício do serviço público, opera-se a substituição, em razão da continuidade do serviço.

No caso concreto, tendo a consulente contratado financiamentos a longo prazo, para a construção do prolongamento de uma linha e aquisição de materiais empregados no serviço, e dispondo das rendas normais da operação ferroviária, bem como das taxas adicionais, criadas pelos Decretos-leis ns. 7.632, de 12-6-1945 e 9.766, de 6-9-1946, para assegurar o adimplemento das obrigações assumidas nos contratos, se o Govêrno do Estado de São Paulo resolver efetuar o resgate da concessão de tôdas as suas linhas, de acôrdo com as cláusulas do contrato de unificação aprovado pelo Decreto n.º 3.179, de 1920, ao Govêrno resgatante caberá substituir-se à consulente nos contratos de financiamento e assumir tôdas as obrigações e encargos até à sua integral satisfação.

É óbvio que, privando a consulente da exploração do serviço ferroviário, por ter assumido a sua gestão direta, ao Govêrno resgatante se transfere o encargo de liquidar, com as rendas produzidas pelo serviço, as dívidas contraídas pela consulente para melhor e maior produtividade da ferrovia.

Passando a auferir os fretes normais e as taxas adicionais produzidos pela operação ferroviária das linhas resgatadas, ao Govêrno do Estado tocará aplicá-los na satisfação das obrigações assumidas pela consulente para o exercício do serviço concedido. Seria intolerável espoliação e causa de enriquecimento ilícito, se o Govêrno tendo resgatado o serviço, auferindo a renda de sua exploração, se recusasse a reembolsar o financiamento dos bens e obras que possibilitou a produção dessa renda.

Máxime, em se tratando de financiamentos para cuja liquidação foram empenhados os produtos totais ou parciais das receitas produzidas pelas taxas adicionais dos Fundos de Melhoramentos e de Renovação Patrimonial, como é expressamente autorizado pela legislação especial sôbre o assunto.

É o meu parecer, *pro-veritate*.

São Paulo, 30 de maio de 1959. — *Moacir Lôbo da Costa*, Advogado da Cia. Paulista de Estrada de Ferro.

A ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRÊSAS DE SÃO PAULO

DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

oferece a estudiosos de administração de emprêsas e homens de negócio, excelente oportunidade de treinamento e formação científica em seus cursos.

CURSO INTENSIVO DE ADMINISTRADORES

— Para dirigentes de emprêsas (gerentes, superintendentes e diretores).
— Mínimo de 3 anos de experiência e Entrevista de Avaliação do Candidato.
— Duração de 12 semanas.
(90 dias) aulas de 2.ª a 6.ª feira, de manhã e à tarde.
— Tempo integral e freqüência integral.
— Certificado de conclusão.

CURSO UNIVERSITARIO DE FORMAÇAO

— Para estudantes com 2.º ciclo completo (ou equivalente).
— Concurso de Habilitação (vestibular): História do Brasil e da Civilização, Português, Inglês, Nível Mental e Personalidade.
— Duração de 4 anos (de março a junho e de agôsto a novembro). Turmas pela manhã e à tarde.
— Diploma de Administrador de Emprêsas.

* * *

INFORMAÇÕES
RUA MARTINS FONTES, 109 — 9.º ANDAR — FONE: 34-0971
SÃO PAULO