— Arrendamento de hotel e fontes de águas minerais, do domínio estadual é contrato privado da Administração, regido pelo direito civil, inexistindo poder de rescisão unilateral, a critério do Estado.

Voto vencido — *O contrato em causa é de concessão de uso de bem público, com cláusulas exorbitantes de ente público.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. *versus* Estado de Santa Catarina
Recurso Extraordinário n.º 89 217 — Relator p/acórdão: Sr. Ministro DECIO MIRANDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 6 de junho de 1979. *Antonio Neder,* Presidente. *Decio Miranda,* Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: O acórdão recorrido assim relata e aprecia os fatos objeto da impetração afinal denegada:

"O Governo do Estado de Santa Catarina efetuou com a firma Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., após concorrência pública, um contrato de arrendamento do próprio estadual Caldas da Imperatriz, localizado naquela época no município de Palhoça, hoje Santo Amaro da Imperatriz.

O contrato fora autorizado pela Lei estadual nº 220, de 21 de maio de 1955, e aprovado pelo Dec. nº 472, de 16 de novembro de 1955 com o prazo de validade de trinta anos.

Este ano, através do Dec. nº 2 242, de 9 de fevereiro p.p., o senhor Governador do Estado declarou rescindido, unilateralmente, o referido contrato de arrendamento, determinando que "os bens e direitos que compõem o complexo patrimonial Caldas da Imperatriz" passassem à administração da CODISC.

Por esse motivo, taxando esse decreto de "manifestamente inconstitucional e ilegal,

violador de direito líquido e certo", a firma Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., impetrou o presente mandado de segurança.

Argumenta, em resumo, a impetrante que através de contrato legítimo, precedido de concorrência pública, o Governo do Estado, de acordo com a legislação federal pertinente, cedeu-lhe a lavra das águas minerais Caldas da Imperatriz, contrato esse devidamente reconhecido pelo DNPM, tendo a impetrante, depois, obtido autorização do Governo da União, pelo Decreto federal nº 44 936, de 1º de dezembro de 1958, para funcionar como empresa de mineração.

Legalizada essa situação, passou a impetrante a ter relacionamento jurídico direto com o DNPM, o qual, no mês de julho do ano de 1976, interditou a fonte Caldas da Imperatriz, provisoriamente, até o cumprimento de exigências formuladas e aprovadas em nova vistoria.

No entanto, enquanto a impetrante estava a cumprir as exigências do DNPM, com direito líquido e certo de defesa em processos que eventualmente lhe impusesse o DNPM para interdição definitiva ou cassação de sua atividade mineradora, com direito, inclusive, de recurso para o Presidente da República (arts. 68 e 69 do Código de Mineração), viu-se cercada em todos esses seus direitos, líquidos e certos, pelo ato violento, inconstitucional e ilegal da Autoridade coatora, em virtude da rescisão unilateral do contrato.

Tal decreto, ainda, ofendeu, em primeiro lugar, os arts. 8º, XVII, letra *h*, e parágrafo único, e 168, § 1º, da Constituição federal, pois toda questão pertinente a exploração de minas, só poderia ser resolvida no âmbito federal, vedada qualquer intromissão da autoridade estadual no sentido de impedir a atividade legal da impetrante e, secundariamente, ofender o disposto no art. 153, § 23, da CF, que assegura o livre exercício de qualquer atividade lícita.

Além da violação aos preceitos constitucionais invocados, o impetrado infringiu, também, o art. 87, parágrafo único, do Cód. de Mineração, pois, se nem por ação judicial poderia o governo do Estado durante o prazo do contrato, impedir o prosseguimento dos trabalhos de lavra da impetrante, muito menos poderia fazê-lo por ato administrativo.

Pois, se era certo que o Estado detinha no caso concreto o manifesto de lavra, verdade também que o cedera, através de lei, à impetrante, a qual foi autorizada a trabalhar em mineração pela Presidência da República, motivo porque, não poderia o Governo Estadual impedir definitivamente, por ato unilateral, esse trabalho.

Reforça o seu ponto de vista citando acórdão do Excelso Pretório, em que foi relator o eminente Ministro Bilac Pinto, transcrito pela *RTJ* nº 76/531.

Continua, dizendo que o Decreto coator pretendeu basear-se no poder discricionário do Estado de poder revogar unilateralmente os contratos administrativos, tese genérica que deve ser rejeitada, pois proibida expressamente pelo art. 83 do Código de Mineração, segundo o qual "aplica-se à propriedade mineral o direito comum..."

Mais uma vez traz à colação acórdão do Egrégio STF, in *RTJ* nº 69/229, Rel. Min. Xavier de Albuquerque que, ao conceder proteção possessória em favor de titular em exercício de lavra, acentuou que a posse da jazida, "ainda nos termos da mesma lei (art. 84 do Código de Minas), é bem imóvel distinto do solo onde se encontra, sendo que à propriedade mineral se aplica o direito comum (art. 83)".

Logo, o Estado celebrou com a impetrante um "contrato de arrendamento" regido pelo direito civil, e não um contrato administrativo de "concessão de uso", pois o imóvel "Caldas da Imperatriz" constitui

bem dominical do Estado e, por isso, sujeito às regras do direito comum.

Traz à colação citações de juristas e acórdãos do STF (p. 20 a 23) para reforço de sua argumentação.

Prossegue, dizendo que mesmo em se admitindo, somente para argumentar, que tal contrato possuísse caráter administrativo típico, ainda assim não se poderia revogá-lo unilateralmente pela Administração, pois como doutrinam os mestres, o contrato em causa fez nascer direito subjetivo em favor da suplicante, dando-lhe o direito de exigir o seu cumprimento até o seu termo final, salvo rescisão judicial ou amigável, o que não ocorreu na espécie.

Assim, essa rescisão unilateral do contrato, que investiu contra direito adquirido, líquido e certo, violou também o art. 153, § 3º, da Constituição federal, e o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Depois, em conclusão, recapitulando e condensando os seus argumentos, diz:

1. qualquer que seja a natureza atribuída ao contrato de arrendamento em causa, a rescisão unilateral, ofendeu direito líquido e certo da impetrante;

2. constituindo objeto do contrato cláusulas relativas à lavra e industrialização de água mineral, houve ofensa ao art. 83 do Cód. de Mineração;

3. estando a impetrante autorizada pelo Dec. Federal nº 44 936 a funcionar como empresa de mineração, importou aquele ato de intromissão indébita e inconstitucional em matéria privativa da União, nos termos do art. 8º, XVII, letra *h*, e parágrafo único, e art. 168, § 1º, da constituição federal;

4. finalmente, o ato governamental, imposto em caráter definitivo, feriu direito líquido e certo à mera provisoriedade da interdição da fonte, nos termos Minerais, além de que para tal ato a competência é da Presidência da República, única autoridade responsável para aplicar essa sanção após um processo regular de ampla defesa.

Encerra, afirmando que qualquer dos fundamentos apontados, por si só, seria bastante para a concessão da segurança, dada a inaudita violência que sofreu a suplicante, motivo porque, notificado o Senhor Governador do Estado, lhe fosse deferido o mandado de segurança contra o Decreto Estadual nº 2 242, de 9 de fevereiro de 1977, que rescindiu unilateralmente o contrato de arrendamento de Caldas da Imperatriz, celebrado a 15.10.55, pelo prazo de trinta anos, entre o Estado e a suplicante, e em conseqüência, se restabeleçam os direitos que a mesma possui, decorrentes desse contrato, expressamente autorizado pela Lei Estadual nº 220, de 21 de maio de 1955, e aprovado pelo Decreto nº 472, de 16 de novembro de 1955.

Devidamente notificado, o Senhor Governador do Estado prestou informações, e, como preliminar, pede a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, V, do Código de Processo Civil, dada a ocorrência de litispendência com o mandado de segurança preventivo aforado pela mesma empresa, visando impugnar o ato pelo qual se pretendia rescindir o contrato administrativo para a exploração do próprio Estadual Caldas da Imperatriz.

No mérito, em resumo, afirma que toda a argumentação aduzida no *writ of mandamus* pretende, unicamente, negar ao Estado a faculdade que tem de praticar atos destinados à proteção dos seus superiores interesses.

Faz um histórico sucinto sobre a relação contratual entre as partes, desde o seu início até a comunicação das irregularidades que vinham se sucedendo em Caldas da Imperatriz pelo DNPM, até a rescisão unilateral do contrato pelo Decreto nº 2 242, de 9 de fevereiro de 1977, publica-

do no *Diário Oficial* de 10 do mesmo mês e ano.

Diz tratar-se de um contrato administrativo, protegido pelas chamadas *cláusulas exorbitantes,* que colocam a Administração Pública em vantagem sobre o outro contratante, permitindo a modificação unilateral da obrigação. Baseia-se, para suas afirmações, em Cretella Júnior, in *Curso de direito administrativo,* p. 121, que diz: "Os direitos individuais só desempenham um papel acessório, visto que o essencial é o poder público e a maneira como se determina sua atividade pela organização do direito público". Que, por isso, fica afastada a possibilidade de vir um princípio de Direito comum a reger contratos de direito público.

Como a impetrante houvesse afirmado que o Estado dera feição nitidamente privada ao contrato ao notificar a suplicante para a instauração do Juízo arbitral, nos termos da cláusula XIX do contrato, matéria regida pelo Código de Processo Civil, o suplicado, contestando tal afirmação, alega que "o juízo arbitral poderá ser chamado a resolver as questões que digam respeito às cláusulas contratuais acessórias, ou até mesmo essenciais, jamais, no entanto, para avaliar o interesse público ou despir a Administração de poderes que só a ela são conferidos e aos quais não pode renunciar".

Cita lições de Hely Lopes Meirelles dizendo da possibilidade de revisão unilateral do contrato administrativo, e aborda ainda, em suas informações, outros pontos que se referiam ao mandado de segurança preventivo que transitava nesta casa, já que se transcreveram as informações prestadas naquele.

Encaminhados os autos à douta Procuradoria Geral do Estado, esta em parecer da lavra do Dr. João Carlos Kurtz, Promotor Público convocado, concluindo pela "ocorrência dos pressupostos que ensejam a litispendência, pois o presente mandado, quer pela identidade de partes, quer pela causa de pedir ou objeto, ou ainda, pelos fundamentos jurídicos aventados, é repetição do mandado de segurança nº 876", pendente de apreciação, naquela ocasião, por esta Egrégia Corte, opinou pela extinção do procesos, na forma do art. 267, V, do Código de Processo Civil.

Em seguida pedi informações à Diretoria Judiciária sobre a existência do mandado de segurança preventivo, e, como fosse ela a de que aqueles autos de nº 876 haviam sido julgados prejudicados por falta de objeto, mandei que o processo retornasse a Egrégia Procuradoria Geral do Estado para manifestações sobre o mérito.

Novamente com parecer do Dr. João Carlos Kurtz, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral do Estado, com a seguinte argumentação, *in verbis,* da qual me valho para integrar, além de outras, as razões de decidir pela denegação da ordem:

"Cuida-se de mandado de segurança aforado por Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., firma com sede em Florianópolis, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado que, através do Decreto nº 2 242, publicado no Diário Oficial de 10 de fevereiro deste ano, rescindiu, unilateralmente, o contrato de arrendamento existente entre o Estado de Santa Catarina e a impetrante, e que tinha por objeto a exploração, por esta, do próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz.

"Como já o fizera anteriormente, quando perseguia prevenir o ato agora consumado, a autora faz residir, na natureza do contrato existente entre ela e o Estado de Santa Catarina, o ponto essencial sobre que versa a lide, embora alinhe, ao longo da bem elaborada peça vestibular, outros fundamentos que merecem abordagem.

"Assim, partindo a empresa interessada, do raciocínio de que o ajuste que mantinha com o Governo do Estado, por dizer

respeito a bem dominical, era de natureza tipicamente privada e sujeito às regras do direito comum, afirma que o ato governamental ora hostilizado, praticado arbitrariamente, violou os arts. 8º, XVII, *h* e parágrafo único; 168, § 1º e 153, § 3º, todos da Constituição federal, além do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil e arts. 1 092 e 1 193 e seus parágrafos únicos, do mesmo Código, culminando por violentar, ainda, os arts. 63, § 3º, 68 e 69 do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 — Código de Mineração — e art. 18, do Decreto-lei nº 7 841, 8 de agosto de 1945 — Código de Águas Minerais.

"A autoridade apontada coatora, por seu turno, definindo o contrato firmado com a impetrante, como um ajuste de caráter administrativo e, destarte, sensível às normas de direito público, alega ter rescindido referido pacto, ante o descumprimento, por parte da empresa Caldas da Imperatriz, das cláusulas contratuais aprovadas pelo Decreto nº 4 472, publicado no *Diário Oficial* de 24.11.55 e por imperativos de interesse público, decorrentes do próprio inadimplemento contratual.

"Dado o induvidoso cabimento do pedido, resta examinar o mérito das questões suscitadas na inicial.

"Dentre estas ressalta, por sua especial importância para o deslinde do feito, a necessidade que se tem de definir se o ajuste firmado entre o Estado e a empresa-impetrante, era de natureza pública ou privada.

"Como bem lembra Cretella Júnior, sem embargo de se constituir a 'teoria do contrato administrativo, ponto dos mais relevantes no âmbito do direito público', os tratadistas da matéria, baldados os esforços, ainda não conseguiram estabelecer, com precisão e objetividade, a linha divisória entre os ajustes públicos e privados, representando esta questão, 'a fronteira menos definida do direito público e do direito privado' (in *Curso de direito administrativo,* 3. ed. p. 282).

"Themistocles Brandão Cavalcanti, em *Teoria dos atos administrativos,* levanta o mesmo problema, ao afirmar que esta questão, que vem desafiando os juristas e mereceu, recentemente, cuidadoso estudo de Jean Pécquinot, ainda não está solucionada, pois que não se conseguiu 'isolar o contrato administrativo dos demais contratos, por peculiaridades inconfundíveis' (in op. cit. p. 244).

"Inobstante isso — alerta o referido autor a minimizar as conseqüências das divergências doutrinárias — 'essas peculiaridades serão menos do conteúdo do contrato do que de certas prerrogativas de que se reveste a Administração para fazer executar o contrato em função do interesse coletivo' (in op. e p. cit.).

"O que importa, no entanto, para a solução do caso presente, é que a quase unanimidade da teoria universal aceita, hoje, a existência, ao lado do contrato de índole privada, de outra espécie de ajuste a que se agrega o Poder Público, o contrato administrativo.

"Este seria, segundo Hely Lopes Meirelles, 'o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própra Administração' (in *Licitação e contrato administrativo,* 3. ed. p. 193).

"Extrai-se desse conceito, que o eminente mestre que o subscreve e a exemplo do Prof. Marcelo Caetano, não condiciona a existência do contrato administrativo, a 'peculiaridades' outras que não a intervenção da Administração Pública no contrato, com vistas 'à consecução de objetivos de interesses público'.

"A respeito, leciona o insigne jurista lusitano:

'Em meu entender o que justifica que um contrato celebrado entre uma pessoa jurídica de direito público e outra entidade, pública ou privada, seja subtraído ao regime do Direito Privado para ser disciplinado segundo as normas próprias do Direito Administrativo é a circunstância de por ele ser associada duradoura e especialmente, mediante retribuição, alguma pessoa ao cumprimento de atribuições da pessoa jurídica de direito público outorgante'.

"E conclui o festejado autor, ao se referir à 'associação duradoura' que, segundo ele, 'dá caráter ao contrato':

'Em todos estes casos se verifica a característica mencionada, de associação duradoura de um particular, indivíduo ou empresa, à realização de fins de interesse público a cargo da entidade administrativa contratante' (in Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, p. 222-223).

"É verdade que outros, dentre eles, Jèze, Laubadère e o já citado Pécquinot, desenvolveram outras teorias a esse respeito. No entanto, porque se ativeram ao estudo do contrato administrativo, projetado, tão somente, para equacionar os ajustes que têm por finalidade a execução de um serviço público, suas conclusões desservem à hipótese em pauta, que não diz respeito a serviço público, nem, tampouco, a contrato de fornecimento, objeto da preocupação de Hariou.

"É de reconhecer, neste passo, que os estudos desses renomados mestres, se restringiram apenas a uma das faces do contrato administrativo que, nos tempos atuais, emerge como um instrumento fundamental de que se vale o Poder Público para gestionar, em todos os sentidos, na busca do interesse coletivo.

"Do exposto até aqui, tem-se que, com Marcelo Caetano e Hely Lopes Meirelles, dentre outros, está a melhor doutrina sobre o contrato administrativo que 'será, pois, o contrato celebrado entre uma pessoa jurídica de direito público e outra pessoa, com o objeto de associar esta por certo período e mediante retribuição ao desempenho regular de alguma atribuição de interesse público que deva prevalecer na disciplina contratual' (Marcelo Caetano, op. cit. p. 224).

"Estabelecida até aqui, então, a premissa de que um ajuste duradouro, a que se agregue a Administração Pública, para a satisfação do interesse público, deve ser considerado um contrato administrativo, chega-se à conclusão que o acordo que existia entre a impetrante e o Estado de Santa Catarina, era, na verdade, uma típica relação contratual administrativa, regida por princípios de Direito Público.

"Vale dizer, por decorrência, que os fundamentos de Direito Privado invocados na inicial, porque impertinentes, devem ser, de todo, arredados, a fim de que se busque, em princípios de Direito Público, a melhor equação da lide.

"Isto posto, é de se indagar se ao Poder Público, de uma forma geral e mediante a invocação do interesse público e inadimplência do contrato, pode a este rescindir, com legalidade e eficácia.

"Extrai-se do conceito de contrato administrativo que, embora guarde este semelhança com o contrato de direito comum, dele difere, nos elementos essenciais que compõe o acordo de vontades — os agentes, o objeto e a lei regente.

"Com efeito, enquanto no direito privado — como adverte Hely Lopes Meirelles — 'a liberdade é ampla e informal' (in *Direito administrativo brasileiro,* 3. ed. p. 178), mesmo porque, ao ajuste se agregam, sob normas do direito comum, particulares que visam interesses eminentemente individuais, já no contrato administrativo intervém como parte a Administração, perseguindo o interesse coletivo e sob a égide do direito público.

"Vê-se, então, que estando a Administração condicionada a ajustar sempre com vistas ao interesse público, sendo inadmissível, mesmo 'que realize qualquer ato ou contrato sem finalidade pública' (autor e op. cits., nota 4, p. 180), uma das características fundamentais do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que permite ao Estado adequar seus atos ou contratos ao interesse público, sempre variável no tempo.

"O princípio da mutabilidade do contrato administrativo é decorrência de característica especial e essencial desse ajuste, através do qual a Administração, na busca do interesse coletivo e da finalidade pública, participa com supremacia de poder, derrogando normas de direito privado, em favor da causa pública.

"A propósito, é de Hely Lopes Meirelles que 'o que tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica bilateral com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste... Dessa posição privilegiada da Administração — continua o autor — 'surgem as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum e a faculdade implícita da alteração e de rescisão unilateral do contrato, nos limites exigidos pelo interesse público. Tais são os traços marcantes do contrato administrativo, negado por alguns, mas afirmado pela imensa maioria dos publicistas modernos que reconhecem à Administração o poder de contratar no regime do direito público, bem diversificado do direito privado' (in *Licitação e contrato administrativo*. p. 194-195).

"Não é outra, a opinião de Marcelo Caetano, para quem 'o que há de característico no contrato administrativo é a sujeição especial do particular ao interesse público!... de tal sorte que enquanto a Administração 'pode rescindir por autoridade própria, salvo o recurso da outra parte aos tribunais, o particular não pode libertar-se dos vínculos contratuais, por mera manifestação de sua vontade, mesmo que execute um contrato bilateral desrespeitado pelo outro contraente'.

"E assevera o renomado mestre português:

'O interesse público é, em relação à Administração, uma idéia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. Desde que a coletividade exija, por virtude de transformações econômicas, técnicas, morais ou simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o caráter instrumental destes, como meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades coletivas, impõe a adaptação'.

'Se a Administração, mesmo ao contratar, continua sujeita ao império do interesse público e este não é imodificável, como não há de o seu colaborador particular ficar também sob esse domínio?'

'Daí uma especial cláusula de sujeição do contratante particular (que a legislação brasileira designa por 'contratado') ao interesse público, implícita na definição do contrato administrativo e que em geral aparece estipulada em cada caso, ou inserta nas condições gerais imperativas de cada categoria.'

"E arremata Marcelo Caetano:

'E não há contradição, senão aparente, entre a idéia de associação ou colaboração e a de sujeição, visto que, como ficou demonstrado, também o contraente público se encontra submetido ao interesse público: não existe por conseguinte colaboração possível entre as duas partes sem essa conum sujeição' (in "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", p. 225 *usque* 227 e 259-260).

"Do exposto, cumpre se infira, não só da doutrina colacionada, mas, também, com Caio Tácito ('Contratos Administrativos', artigo in *RDP*, v. 18, p. 45), Themistocles

Cavalcanti (*Tratado de direito administrativo*, 4. ed., v. II, p. 437) e outros tratadistas, ser possível a rescisão antecipada do contrato administrativo pelo Poder Público, sempre que a variação do interesse público o exigir, porque, se de um lado, é garantida ao particular contratante, a equação financeira do contrato, que visa a correlação entre os encargos e a remuneração, de outro lado, o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é prerrogativa inerente da Administração, que dela não pode se despojar, por se constituir preceito de ordem pública, inarredável pelas partes.

"Estabelecido, então, que o interesse público que se materializa nos atos da Administração, é o elemento fundamental e determinante da manutenção, ou não, dos contratos administrativos, sobreresta analisar, tão somente, as possíveis violências que teriam sido cometidas a preceitos constitucionais e à legislação sobre exploração e aproveitamento dos recursos minerais, pelo Decreto nº 2 242/77.

"Como já o dissemos de início, temos que a matéria de que aqui se cuida se subsume, mesmo, na indagação quanto à real natureza do contrato administrativo.

"Isto porque, os preceitos constitucionais invocados em supedâneo à causa da autora, são, de todo, impertinentes à espécie.

"Não se discute aqui — e nem o Decreto impugnado cuidou disso — sobre a propriedade ou os direitos de lavra de que são detentores o Estado de Santa Catarina e eventualmente, a impetrante, no que se refere ao complexo Caldas da Imperatriz.

"Os direitos da autora, decorrentes da autorização federal de que é titular, não foram questionados pelo ato governamental este que se limitou, atendendo a interesses públicos superiores, rescindir um contrato que se mostrava lesivo aos reclamos do Estado.

"Em verdade, a Administração Estadual, ao levar a cabo referida rescisão, não legislou sobre recursos minerais, nem sequer adentrou ao campo dos direitos adquiridos da empresa, absolutamente inexistentes na hipótese em pauta, dada a contingência da relação contratual existente entre o particular e o Poder Público, sempre condicionados às exigências transcendentes do interesse público, do bem comum.

"Tocante aos demais aspectos suscitados na prefacial e que dizem respeito a disposições inseridas no Código de Mineração e no Código de Águas Minerais, somos que não merecem melhor acolhida nessa Egrégia Corte.

"O art. 87, do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, que garante a continuidade do prosseguimento da lavra, trata, apenas, dos empecilhos que possam decorrer de ações judiciais, sem atender, é óbvio, a situações atípicas como esta, que extrapassa, totalmente, a matéria regulada pelo Código de Mineração, que trata dos direitos, do regime de aproveitamento e da fiscalização, pelo Governo Federal, dos recursos minerais do País (art. 3º).

"Por igual, as normas contidas nos arts. 63, § 3º e 68 e 69, desse mesmo código, assim como, a do art. 18, do Código de Águas Minerais — Decreto-lei nº 7 841, de 8 de agosto de 1945 — que estabelecem o procedimento e as penalidades aplicáveis pelo 'não-cumprimento das obrigações de pesquisa ou das concessões de lavra' (art. 63), só podem ter aplicação nas relações existentes entre o Poder concedente e fiscalizador — à União e seus órgãos competentes, como o Departamento Nacional de Produção Mineral, por exemplo — e o permissionário ou concessionário, e não entre o Estado de Santa Catarina e a impetrante, já que aquele, só subsidiariamente detém o poder de fiscalização, estando mesmo, na qualidade de concessionário, sujeito ao policiamento da União.

"Para finalizar, cumpre o alerta de que em se constituindo a prática impugnada, ato administrativo típico, não há como se exigir do Poder Judiciário o exame à luz de critérios de oportunidade ou conveniência que, por dizerem respeito ao mérito administrativo, são da alçada exclusiva da Administração, a quem compete definir o interesse público.

"De todo o exposto é de se concluir, em síntese, que em se tratando o Decreto nº 2 242/77, de ato governamental não defeso em lei, praticado por autoridade competente e na forma regular, não é sensível ao remédio heróico, ainda que se o inquine de injusto, pois, como ponderou o Ministro Eloy da Rocha, do Excelso Pretório, os atos ilegais são hostilizáveis pelo mandado de segurança; os injustos, não.

"Opina-se, destarte, pelo conhecimento do pedido e denegação da ordem, ante a ausência de direito líquido e certo a ser resguardado pelo *writ*."

Invoco, ainda, enriquecendo os argumentos deste julgamento, o brilhante voto proferido pelo eminente Des. João de Borba quando, com vistas dos autos, assim se manifestou:

"A impetrante invoca as seguintes ofensas à Constituição:

1. Art. 8, XVII, *h* e parágrafo único: competência da União para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais.

2. Art. 168, § 1º: as jazidas, minas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo e dependerão de autorização ou concessão federal, dadas exclusiva a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

3. Art. 153, § 23: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

"Não houve, entretanto, qualquer ofensa a princípios constitucionais. Os autos evidenciam que o direito de lavra das águas minerais de Caldas da Imperatriz foi, pela União, concedida ao Estado de Santa Catarina (Manifesto nº 1 042/42).

"Este, através de contrato, cedeu-o à impetrante, a qual, por sua vez, através do Decreto nº 44.936 de 1º de dezembro de 1958, foi concedida autorização para funcionar como empresa de mineração. O que o Estado fez foi rescindir, unilateralmente, o contrato que mantinha com a impetrante.

"Disso deflui que o Estado:

"I — não ofendeu o art. 8, XVII, *h*, e parágrafo único da Constituição federal por não haver legislado sobre matéria da competência da União;

"II — nem o art. 168, § 1º, porque o Decreto estadual atacado não concedeu concessão, apenas rescindiu o contrato mencionado;

"III — nem o art. 153, § 23, porque não vedou o livre exercício de trabalho da impetrante, a qual mantém íntegra a autorização que lhe foi concedida pela União para funcionar como empresa de mineração.

"Ora, se o Decreto estadual não legislou sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, porque apenas rescindiu o contrato que mantinha com a impetrante, se não dispôs contra o preceito constitucional de se constituírem propriedades distintas o solo e as jazidas, minas e demais recursos minerais, se não autorizou nem deu concessão de qualquer das últimas citadas, e não questionou sobre os direitos da autora e que decorrem do Dec. federal nº 44 936 de 1º de dezembro de 1958 não há qualquer ofensa à Constituição federal.

"Vencido este ponto, basta, como introito, para relembrar apenas dizer o seguinte:

1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato do Sr. Governador, o qual, através de decreto, rescindiu, unilateralmente contrato com a impetrante;

2. É que o Estado, mereceu do Governo federal, a concessão do Direito de lavra das águas minerais de Caldas da Imperatriz;

3. Por permissão do Código de Mineração cedeu aquela concessão à impetrante, por prazo certo, e, antes de expirado aquele prazo rescindiu, unilateralmente o contrato, baseando-se em infração de cláusulas contratuais, alegando razões de interesse público e conveniência administrativa, tais como, o bem estar geral, a saúde e a segurança pública;

4. A impetrante, que tinha do Governo federal, permissão para funcionar como empresa de mineração, como argumentos de direito procura distinguir entre contrato de direito privado a de direito administrativo;

5. Entende que trata-se de contrato de Direito Privado e, por isso, não podia ser rescindido unilateralmente;

6. Mas, mesmo que fosse encarado como de Direito Administrativo, ainda assim, a rescisão não podia ocorrer de forma como foi;

7. Tanto o eminente Relator, como o culto Des. Eduardo Luz, entenderam tratar-se de um contrato administrativo, como já tivemos oportunidade de entender, no Mandado de Segurança que precedeu a este.

E não temos porque mudar aquele entendimento, agora já vitalizado pelos votos eruditos que nos precederam neste julgamento;

8. O eminente relator negou a segurança impetrada. Já o não menos eminente Des. Eduardo Luz a concedia.

"Por ocasião do mandado de segurança preventivo, já deixamos claro o nosso ponto de vista sobre o assunto que, como se verá, tinha o mesmo enfoque final do em apreciação, ou seja:

"Podia o Estado rescindir unilateralmente o contrato e, em tal caso, quais as conseqüências que de tal ato adviriam? Ou não podia fazê-lo?

"Naquela oportunidade, fiéis à jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, defendemos que o contrato administrativo, resultante de concessão de serviço público 'contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo' e que 'ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato' *RTJ* 46/2.

"O acórdão, cuja ementa acabamos de citar, foi do plenário do Pretório Excelso, e subscrito, inclusive pelo então Ministro Victor Nunes Leal, embora preocupado com as conseqüências que poderiam advir para a concessionária, em virtude da demora na composição das perdas e danos.

"Na oportunidade em que lemos o acórdão mencionado, os argumentos do ministro citado, nos encheram de preocupação, preocupação essa que mais se acentuou quando o erudito Des. Eduardo Luz pronunciando seu voto disse 'eu quero deixar claro que a Empresa Caldas da Imperatriz, esconde-se atrás de uma ficção jurídica fria, mas atrás dessa pessoa escondem, abrigam-se as pessoas 'físicas dos seus diretores, dirigentes, que com esse ato unilateral, que não passa de uma confiscação, terão a sua parte comercial duramente afetada, se não atingidas por uma falência, pois não ignoramos de que uma futura indenização é muito demorada' (*sic*, sem correção do Des. mencionado).

"É lógico que essa preocupação nos fez meditar, e muito.

"Entretanto, como juízes que somos, não podemos perder de vista que duas são as partes neste processo:

a) De um lado o Estado que invocando razões de interesse público, entre os quais o bem estar geral, a saúde e a segurança

pública, decretou a rescisão unilateral do contrato que cedeu a concessão;

b) De outro uma sociedade, pessoa jurídica composta de pessoas físicas e que, poderá, talvez, ir à falência.

"E, se não podemos perder isso de vista, também não podemos partir do ponto de vista apriorístico de que, convalidada judicialmente a rescisão, terá a impetrante, concessionária de um serviço público, direito, a uma indenização por perdas e danos.

"Não, isso só na ação própria poderá ser decidido e, assim, por maior que seja nossa preocupação — ainda mais que, como ficou claro, não se sabe com quem está a razão fática — a solução encontrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal de admitir a rescisão, mas garantindo ao concessionário o direito de demandar por perdas e danos 'se, *frise-se,* a causa alegada pela administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato' é que se nos afigura a correta.

"Sem dúvida foi isso que levou o então ministro Victor Nunes Leal, a acompanhar seus demais pares, na solução encontrada.

"Acrescente-se que aquela solução não foi única, mas embasada em decisões anteriores do Excelso Pretório e citadas nos votos então proferidos pelo então Ministro Evandro Lins (fls. 9), Gonçalves de Oliveira (fls. 9 *in fine*) e Aliomar Baleeiro (fls. 10).

"Peço perdão aos meus eminentes pares, por estar a cansá-los, como também pelo muito que ainda terei que dizer, quando, normalmente, procuro ser breve.

"Mas, algumas lições merecem ainda citadas.

"Começo pela do Ministro Vilas Boas, relator do caso da Panair:

'O eminente Prof. Francisco Campos observa que existe larga e difusa controvérsia entre os autores quanto à natureza da concessão, sustentando uns que se trata de ato unilateral ou regulamentar, revogável *ad nutum* da Administração, e conceituando-a outros como autêntico contrato.

'Todavia, ainda os que, como Jèze, vêem na concessão puro meio para assegurar o fim de funcionamento do serviço público, regendo-se por princípios e regras peculiares, exorbitantes do direito civil, não fazem abstração do vínculo jurídico que é fonte de mútuos direitos e obrigações (*Direito administrativo,* v .I, p. 281 s.).

'Certamente, a perfeita concessão é um contrato, porque é negócio contraído por módulo *ne varietur:* encontro de vontades, gerando o concenso; objeto lícito, que consiste na prestação de um serviço; forma prescrita em lei; elementos acidentais, determinando as obrigações recíprocas.

'O contrato tem, na ordem civil, eficácia de lei entre as partes. Daí o princípio lapidarmente enunciado por Chiovenda, a que tanto se afeiçoa a moderna jurisprudência e a que se apega habilmente o insigne patrono da impetração: O processo, tanto quanto praticamente possível, deve dar ao titular do direito tudo o que este legitimamente pretende.

'Mas, *jure publico,* as coisas são diferentes.

'Marcel Waline, por exemplo, adverte: 'On voit que la circonstance que le concessionnaire est associé à la gestion d'um service public produit de nombreuses et importantes consequences, qui differencient très nettament la situation du concessionnaire de celle d'un contractant de droit privé'. — E uma das conseqüências da distinção é, a seu ver, esta: 'L'Administration reste donc toujours maitresse du service. Le concessionnaire est chargé de l'exécution du service, mais les conditions générales de cette execution restent fixées par l'administration, et par elle seule. Il n'y a pas le droit acquis contre l'intérêt public. La jurisprudence réserve seulement le recours en indemnité du concessionnaire'

(*Tr. élém. de droit administratif*, p. 387 seg.).

'Em contrato celebrado segundo as regras do direito comum, é defesa a inserção de cláusula que sujeite uma das partes ao arbítrio da outra (Código Civil, art. 115). No contrato administrativo, ao contrário, a condição protestativa de resilição, declarada unilateralmente, é implícita. O denunciado *fait du prince* tem sua justificativa no interesse coletivo, causa final do contrato, de que o Poder Público é o árbitro.

'Mas as coisas emanadas de ilegalidade podem ficar assim? Estamos acaso firmando um *bill* de indenidade? De modo algum. A lei e os princípios impõem o equilíbrio financeiro do contrato. Se a parte eventualmente mais poderosa adquire supremacia para o fim de rescindir, parecendo-lhe isso conveniente ao alto interesse do povo, no momento seguinte a igualdade se restaura, para o pleno ressarcimento oriundo do abuso de poder. Há de imperar sempre, em todas as relações humanas, aquele conceito de Justiça que Dante proclamou: 'Dealis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata, hominum servat societatem, et corrupta, corrumpit'.

'Nada de injustiça, mas a Justiça, que em verdade é, tem também o seu modo de ser.

'A ação mandamental não seria adequada para a anulação do ato administrativo com a restauração das coisas *ad statum ante*. A lei e os princípios se opõem a que o Poder Judiciário, sobrepondo o seu critério ao do Executivo, expeça um preceito ou mandado para que voltem a voar as aeronaves da Panair.

'Não poderíamos apresentar elementos de ordem técnica para uma solução desta envergadura. Não seríamos, se decidíssemos de outra maneira — penso eu — rigorosamente fiéis ao interesse público, que é o fim visado.'

"Naquele caso, também se manifestou, longamente, o Ministro Prado Kelly:

'A aceitar-se, contudo, que a existência de uma 'concessão tacitamente prorrogada' emerja do conjunto de conjecturas e deduções em que se firmam os impetrantes, não é de aceitar a prestabilidade do *writ* para impedir o poder concedente de exercitar faculdade implícita em todas as concessões: a 'rescisão unilateral', em decorrência do 'princípio fundamental' (apontado por Jèze) de que 'o serviço público concedido continua a ser um serviço público' e é 'direito inalienável da Administração organizá-lo segundo as necessidades do público interesse (*Princípios generales del derecho administrativo*, ed. 1950, 6/324). Esta verdade, já proclamada pela Alta Corte (*RDA* 30/296), conta com o abono dos tratadistas do melhor porte.

'Insiste, p. ex., André de Laubadère (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, ed. 1956, v. III, p. 155) que 'o poder de rescisão unilateral da Administração, sem previsão em contrato e sem instituição em lei, constitui uma regra propriamente original do direito dos contratos administrativos'. 'Não tem equivalente em direito privado, pois nos contratos civis não pertence, em princípio, a um dos contratantes rescindir unilateralmente o contrato, ao menos nos contratos de duração determinada'. Tal poder se assimile à faculdade, reconhecido à Administração, de introduzir mudanças nas cláusulas contratuais em curso de execução; importa em alterar a cláusula relativa ao prazo (p. 158). E repousa na existência de mudança ocorrente na organização ou nas necessidades do serviço: 'A idéia geral que o justifica é que a Administração deve poder, apesar das cláusulas convencionais, pôr fim aos contratos que se tornam inúteis ou não se adaptam aos reclamos da coletividade (conquanto sob reserva de indenização ao cocontratante); não deve ser obrigada a con-

tinuar recebendo prestações inúteis' (p. 158).

'Trata-se de regra geral, aplicável às diversas categorias de contratos, com a só exclusão dos que tenham caráter unicamente financeiro (empréstimos públicos, etc.), porque, nesse caso, a rescisão colimaria apenas satisfazer puros interesses pecuniários, que não correspondem ao fundamento real da instituição (p. 159; cf. Badaoui, *Le Fait du prince,* p. 120).

'Para ser lícita, a rescisão deve fundar-se em 'motivo de interesse geral'. E, quando se permite ao juiz do contrato a apreciação de tal motivo, a sua ação se cinge à verificação da existência dele 'e não se estende à apreciação do seu valor'. 'O poder de rescisão unilateral, de que dispõe a Administração, constitui uma prerrogativa exorbitante. Sua contrapartida reside no direito do co-contratante a uma indenização de rescisão, quando, é bem de ver, a rescisão não constitui a sanção de falta cometida por ele na execução do contrato' (p. 163).

'E corretamente pondera Rafael Bielsa, em trecho de sucinto ensino, que bem se adapta ao objeto da causa em julgamento:

'A rescisão decretada pela Administração Pública é evidentemente um ato *jure imperii* e, por conseguinte, só pode dar lugar ao procedimento administrativo. É decisão executória. O contrato pode, por via contencioso-administrativo (apenas judiciária em nosso sistema nacional) demandar a indenização, os danos e prejuízos causados pela decisão do Poder Administrador, mas então a competência judicial não se estende ao julgamento do ato administrativo, senão consiste no exame da causa alegada; o juiz limita-se a declarar a responsabilidade da Administração, ou a do contratante, conforme o caso.' (*Derecho administrativo,* v. I, 1947, p. 509).'

"Ainda no mesmo caso assim se manifestou o Min. Adalício Nogueira:

'Mas, ainda admitido imperasse, na espécie, o regime da concessão, nem assim estaria tolhido o poder concedente de acudir, com a providência adequada, ao deslinde de uma situação que reputasse nociva à incolumidade e à segurança gerais. Em tais casos, adverte Waline, o juiz exclusivo é a Administração Pública.

'Inteirado o Governo, mediante as investigações, que realizou, as pesquisas cuidadosas de que se cercou, as informações minuciosas, de que se muniu, de que estava inçada de inconveniências e perigos, a atividade operacional da empresa, imbuído do sumo dever, que lhe corria, de salvaguardar o interesse público, praticou o ato incriminado. Se a impetrante o considera lesivo do seu patrimônio, tem, aberta, em seu prol, a estrada da apuração de perdas e danos. Mas, esse ato não é, absolutamente, imotivado e se não o é, como contrapor-se-lhe a alegação que deve ser escorreita, de um direito líquido e certo?'

"No acórdão, cuja ementa citei no prólogo deste voto e referente ao Mandado de Segurança da Companhia Industrial de Ilhéus S.A. — também de concessão de serviço público — (*RTJ* 46) — seu Relator, o Ministro Evandro Lins (fls. 8 e 9), assim começou seu voto:

'Penso que o mandado de segurança não é meio idôneo para impedir ao poder concedente o exercício da faculdade, que está implícita em todas as concessões, ou seja, a rescisão unilateral do contrato, tendo em vista o interesse público. É claro que fica assegurado ao concessionário o direito de indenização por danos e prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão'.

"Por sua vez, o Min. Gonçalves de Oliveira (fls. 9 e 10) esclareceu:

'Entendo que é implícito, inerente ao poder concedente retornar, quando lhe aprouver, a concessão.

'Esse poder, a meu ver, sobreleva as cláusulas contratuais, até os mandamentos da legislação ordinária. É um poder de ordem institucional, de ordem constitucional.

'O Poder Público não pode abandonar nas mãos do concessionário o serviço público. Pode retomá-lo, quando julgar conveniente. Esta é a orientação doutrinária e jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal, ao apreciar as rescisões unilaterais dos contratos sobre exploração de energia elétrica em muitos municípios brasileiros.

'Recordo-me que a expressão 'abandonar nas mãos do concessionário do serviço público' é do eminente Ministro Orosimbo Nonato, relatando acórdão neste Tribunal, a propósito da mesma matéria.'

"E o Min. Themistocles Cavalcanti (p. 12) arremata:

'Cada vez mais se acentua a tendência para atribuir ao Estado a fiscalização e o controle dos serviços concedidos, e, evidentemente, essa cláusula de rescisão está implícita em todo contrato.'

"E a orientação dos mestres citados não foi, até aqui, alterada.

"É bem verdade, que na última sessão deste Tribunal Pleno, o eminente Des. Eduardo Luz, com o brilho que lhe é peculiar e inexcedível, ao votar, leu também um acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em caso em que foram parte o Estado da Guanabara e O. Ribeiro Tecidos S.A. e outros, inserto in *RTJ* 74, p. 258 e seguintes, e que entendeu guardar 'bastante semelhança, ou quase identidade com o caso *sub-judice*', porque embora o caso dos autos trate de um arrendamento, no acórdão mencionado, tratava-se de uma compra e venda de lotes, após concorrência pública, ambos, assim, contratos civis.

"Com a devida vênia e espero dela ser merecedor, embora respeite a opinião do culto magistrado, entendo que nenhuma semelhança guardam os dois casos.

"Assim foi resumido pelo ministro Oswaldo Trigueiro o caso Estado da Guanabara *versus* O. Ribeiro Tecidos S.A. e outros:

'O Estado, através do ato do seu Governador, ao revogar a licitação, deixou de cumprir o contrato de compra e venda, que já se tornara perfeito e acabado desde que o vendedor e os compradores acordaram na coisa, no preço e nas condições, já tendo havido até pagamento de parte do preço.'

"O assunto foi mais largamente esclarecido no voto do Ministro Rodrigues Alckmim:

'Verifico, deste autos, que em dezembro de 1969 se publicou edital de concorrência para a venda de terreno (lote urbanizado nº 4 da Quadra 15-A do Projeto aprovado 8 691). As propostas, que deveriam ser apresentadas até 5 de janeiro de 1970, se encerrariam em sobrecarta contendo dois outros envelopes: o primeiro, com a comprovação da idoneidade do concorrente, o segundo, com a oferta a prova do depósito de cinco por cento do preço básico de dois milhões de cruzeiros novos. A aceitação da proposta, após parecer de uma Comissão, dependeria do Governador, que se reserva o direito de anular a concorrência a seu exclusivo critério. O vencedor da concorrência teria de depositar, em dez dias, dez por cento do valor da proposta vencedora como sinal e princípio de pagamento, mais cinco por cento a título de comissão. O restante do preço seria pago em 45 prestações iguais e mensais. E pago o preço, a Sursan outorgaria escritura definitiva da venda, salvo motivo de força maior.

'Em 3.2.70 se comunicava aos impetrantes que o Governador aprovara a concorrência de dez por cento do preço. E foram depositadas, mês a mês, as prestações que se convencionaram.

'Mas, por ato de fevereiro de 1972, o Governador 'em face da conveniência administrativa de se assegurar espaço físico à expansão da Biblioteca Municipal', revogou a licitação do lote nº 4.

'Daí a impetração de segurança contra essa decisão, com fundamento em que inadmissível era a 'revogação' de ato jurídico perfeito de que resultaram direitos a favor dos impetrantes.'

"E que direitos resultantes daquele ato jurídico perfeito nasceram a favor dos impetrantes:

1. O de haver a coisa, pago o preço

2. E o de se insurgirem, *erga omnes*, contra quem quer que se lhes antepusesse na aquisição da mesma.

"Isso porque, a promessa de compra e venda de imóveis, loteados ou não, sejam urbanos ou rurais, em prestações sucessivas e periódicas ou quitados, inexistindo cláusula expressa de arrependimento, é IRRETRATÁVEL!!!, vindo a se constituir, desde que inscrita, um direito real sobre coisa alheia ou como outros preferem, um direito real *sui generis*, oponível a terceiros e que dá direito à adjudicação compulsória.

Ora, o Min. Alckmim, afirma que, no caso focado, o Estado 'submeteu-se às normas de direito privado, com a promessa de alienação' e, por isso considerou que 'já aprovada a concorrência, proclamados vencedores os impetrantes, *pagas as parcelas do preço regularmente*, nos termos do estipulado, nem mais cabia anulá-la, nem cabível era revogação dela, pois essa revogação não se admite com ofensa a direitos que do ato revogado decorrem. Considero, como o acórdão, que a Administração, por interesse público, pode tomar o *domínio* e, pois, no caso em que ele ainda não se transferiu aos impetrantes, pode desfazer o direito dos impetrantes — mas sempre mediante a prévia e justa indenização em dinheiro'.

"Como se vê, o voto em questão situou-se no entendimento de que o Estado, por força do contrato que gerou direito real, perdera a disposição da coisa, e é por isso que só poderia retomá-la, por interesse público, mediante aquela indenização.

"Não há, assim, no nosso entender qualquer similitude com o caso sob exame.

"De passagem talvez seja interessante ressaltar que aquele eminente ministro entendeu a ementa do acórdão recorrida 'juridicamente menos precisa' não traduzindo o exato fundamento da decisão.

"Assim está vasada a ementa:

'Se o ato administrativo fez nascer direitos subjetivos a favor de terceiros, a sua revogação só é permitida havendo interesse público e mediante a oferta de indenização ao prejudicado'.

"Ora, toda a relação jurídica faz nascer direitos subjetivos.

"Lida, sem maiores preocupações a ementa citada, poderia parecer que todas as vezes que o Estado resolvesse rescindir unilateralmente ato seu, teria que oferecer indenização, o que, sem dúvida, é um paradoxo como parece deixamos claro no início deste voto.

"Por fim, pedimos venia ao eminente desembargador que nos precedeu no voto, e a quem todos nesta Casa admiram por sua vasta erudição e empenho com as causas da Justiça, para divergir de afirmação que ouvimos, anotamos e conferimos com transposição gráfica da gravação feita, de que a 'concorrência pública transfere ao concorrente um direito de propriedade' e elucidando 'se ela não aliena os negócios, a concessão, ela transfere ao concorrente um direito de propriedade, constitucionalmente garantido, que só sofre limite na desapropriação'.

"Para o caso do Estado da Guanabara x O. Ribeiro Tecidos S.A. e outros, a assertiva estaria certa e nós prazeirosamente acompanharíamos S. Ex.ª.

"Mas, para o caso sob exame, nenhum direito de propriedade a impetrante adquiriu e, por isso, ousamos dissentir para ficar com a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal que ao caso tem aplicação, pois aqui, o que houve, com o apelido que lhe deram, nada mais foi que uma cessão do direito de lavra, do qual é titular, por obra e graça do governo da União, o Estado de Santa Catarina.

"Pedindo mais uma vez escusas aos nossos eminentes pares, por não termos tido capacidade para resumir mais este voto, concluimos acompanhando o voto do eminente Relator.

"Nego a segurança!"

Incontestável, portanto, em vista de tudo que aqui se pronunciou, o direito que tinha o impetrado de rescindir, unilateralmente, atendendo ao interesse público, o contrato de arrendamento em questão, eis que tal ato constitui uma regra resultante da necessidade de proteger o interesse público.

Trata-se, sem dúvida, de um contrato em que uma das partes, o Estado, está beneficiado por 'cláusulas exorbitantes', podendo, por isso mesmo, usar de prerrogativas que se sobrepõem à outra parte.

Não é demais insistir com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e contrato administrativo,* 3 ed., p. 200, quando afirma que: "As *cláusulas exorbitantes* podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratante para a cabal execução do contrato. Todavia, as principais são as que se exteriorizam na *possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato...*"

E, continua o mestre, à p. 201: "O poder que se reconhece à Administração de alterar unilateralmente as cláusulas reguladoras do serviço, ou de pôr termo prematuramente ao contrato, quando se tornar inútil ou inconveniente ao interesse público, funda-se, segundo LAUBADÈRE, na competência exclusiva das autoridades para organizar e administrar as obras e serviços públicos como verdadeiros donos desses serviços e dessas obras."

"Esse poder de alteração e rescisão *unilateral do contrato administrativo* é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas mesmo que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual."

Às fls. 204, ainda, arremata o preclaro mestre: "Resumindo: é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato *e até mesmo a sua extinção,* nos casos extremos, em que a sua execução se torna inútil *ou prejudicial à comunidade,* ainda que sem culpa do contratante; o direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou a rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar" (grifamos).

O contrato firmado entre as partes, indubitavelmente, como já está demonstrado, é um contrato de concessão de uso de bem público. Nem poderia ser diferente, pois apesar de levar o nome de contrato de arrendamento, assim não pode ser entendido, já que no direito administrativo não é permissível o uso e gozo do bem público com exclusão dos poderes irrenunciáveis da Administração sob pena de se admiti-lo como de direito privado.

Valemo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, mesma obra, a fls. 349, 350, 351, para fixar, definitivamente, como de concessão de uso de bem público, o contrato realizado entre as partes:

"Contrato de concessão de uso de bem público, também denominado de cessão de uso, é o ajuste administrativo pelo qual o Poder Público outorga a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a um par-

ticular, para que o explore por sua conta e risco, segundo a sua específica destinação. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos institutos assemelhados (autorização e permissão de uso) é o traspasse contratual e estável da utilização do bem público, para que o particular concessionário explore-o consoante a sua destinação legal e nas condições convencionadas com a Administração concedente. Tal o que ocorre com a concessão das áreas (boxe) de mercado, ou um hotel, ou um logradouro turístico pertencente ao Poder Público, mas confiado contratualmente à exploração de um particular.

"O contrato de concessão de uso de bem público é ajuste administrativo típico, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Substitui com vantagem a locação, o comodato e a enfiteuse que são contratos de direito privado, inadequados para os negócios públicos entre a Administração e os administrados, nos quais prevalece sempre o interesse da coletividade sobre o do particular, exigindo, assim, a supremacia do Estado para as alterações e rescisões unilaterais do ajuste, quando impostas pelo interesse público."

Por isso, sem dúvida também que, como concessionária de uso de bem público, teria a impetrante que se sujeitar às normas estabelecidas para tal condição e, quem nos dá perfeita noção dessas normas, para caracterizar como perfeita e legal a medida praticada pelo impetrado, é o ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Prestação de serviços público e administração indireta.*

Afirma o ilustrado mestre, depois de dizer que a concessão é um ato *intuitu personae* por excelência, a fls. 37, que: "O Estado mantém, por isso mesmo sempre e permanentemente total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto o Poder Público o desejar."

E, mais adiante: "Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário."

Às fls. 39 e 40, dissertando sobre os poderes do concedente, frisa o mestre que, sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer, pelo melhor modo possível, o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito. O concedente não se despoja — nem poderia fazê-lo — dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente dos interesses coletivos.

"Resulta daí que tem, permanentemente, sobre o serviço prestado pelo concessionário, plena disponibilidade, que se traduz na titularidade dos seguintes poderes: a) poder de inspeção e fiscalização, que o autoriza a manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Com isto poderá verificar, como de seu dever, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável as obrigações assumidas, ao acompanhar, mesmo no interior da vida da empresa, inclusive através do exame de livros, registros e assentamentos desta, as providências tomadas e a lisura delas para implemento dos encargos da concessão."

"b) Poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às condições do funcionamento do serviço. Por isso pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas ou taxas a serem cobradas. O concessionário não se

pode opor às alterações exigidas nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar da adoção das novas medidas estabelecidas pelo concedente."

"As tarifas, especialmente, não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual — e que por isso não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público — é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Ao concedente é lícito, como queira, a grandeza dela, contanto que ao fazê-lo mantenha incólume a igualdade matemática já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles.

"c) Poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuido. Tendo em vista que a concessão, conforme reiteradamente se vem lembrando não é senão uma técnica, através da qual o Poder Público visa a obter o melhor serviço possivel no interesse dos administrados, compreende-se que a este caiba o poder de retomar o serviço sempre que o interesse público o aconselhar. Tal providência, mero corolário do princípio teórico retro-assinalado de que o serviço nunca é transferido, mas simplesmente se transfere seu exercício, responde a um elementar direito do concedente, ínsito em a própria natureza do instituto e irrenunciável pelo Poder Público."

Daí constatar-se que a situação provocada pelo Estado, está revestida da supremacia de poder, com o seu caráter coercitivo legal, gerando o desequilíbrio entre as partes. Prevalece, é lógico, o interesse público sobre o interesse privado.

Com relação às determinações impostas pelo Código de Mineração e de Águas Minerais, a que se apega a impetrante, pouco resta dizer, além daquilo que foi exposto pela douta Procuradoria e que se adotou também como razão de decidir.

Admitir que somente o Governo Federal teria força para impedir a continuação da lavra, seria exigir que o Governo Estadual se postasse budisticamente, aguardando que Aquele se dispusesse a tomar as providências necessárias, mesmo que já se tivesse expirado o prazo contratual de arrendamento, para então, estar livre de um contrato que se encerrara e que não mais o interessava.

Por tudo isso, a inocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante e a negativa à ordem."

Manifestaram discordância oito desembargadores, que acompanharam o voto do ilustre Desembargador Eduardo Pedro da Luz, assim concebido:

Eduardo Pedro da Luz: Meu voto concedia a segurança. O estado de Santa Catarina obteve do Governo da União concessão para exploração industrial e aproveitamento comercial das fontes de águas minerais Caldas da Imperatriz, situadas no município de Santo Amaro da Imperatriz. Este direito de pesquisa e lavra, como permitia a legislação específica, cedeu o Governo do Estado à impetrante após autorização legislativa, através de contrato, precedido de concorrência pública em que fora proclamada vencedora. A suplicante foi autorizada posteriormente a funcionar como empresa de mineração pelo Decreto Federal nº 44 936, de 1º de dezembro de 1958.

O mencionado contrato abrangeu o arrendamento do próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz, localizado no

Município referido; é datado de 15.10.1955 e contém entre outros estas cláusulas:

"Cláusula I — O Governo do Estado de Santa Catarina, dá em arrendamento à firma 'Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A.' com sede nesta capital, à rua Felipe Schmidt, nº 9, pelo prazo de 30 (trinta) anos o próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz, localizado no município de Palhoça, neste Estado, compreendendo-se nele a porção do patrimônio nessário à execução do plano constante das plantas apresentadas pela Arrendatária que ficam fazendo parte integrante do presente contrato, e das demais benfeitorias existentes.

"Cláusula II — A arrendatária obriga-se e compromete-se:

a) Remodelar, mobilizar e equipar internamente com todos os requisitos modernos, de acordo com os memoriais descritivos e plantas anexas próprio estadual Caldas da Imperatriz.

b) construir um aumento com quatro (4) apartamentos e quatro (4) aposentos no prolongamento frontal do prédio novo, conforme plantas anexas;

c) construir um aumento sobre o prédio novo com vinte e seis (26) aposentos e quatro (4) apartamentos, conforme plantas anexas;

d) construir um sistema de esgoto local obedecendo as normas do Departamento de Saúde Pública;

e) aumentar, remodelar e aparelhar com moderna maquinária para a industrialização de água mineral o prédio já existente;

f) construir em local apropriado uma caixa d'água com respectiva bomba de recalque e instalações hidráulicas para todos os aposentos;

g) construir um aumento nos antigos banheiros, dotando-os de instalações modernas, tendo na parte superior um pavimento, com quartos para acomodações dos empregados e respectivos sanitários;

h) ajardinar, arborizar, pavimentar e dotar de passeios as adjacências do atual e dos futuros prédios;

f) transformar internamente o prédio histórico, conservando externamente suas linhas arquitetônicas, dotando-os com dependências descritas no memorial e plantas respectivas, inclusive central de uma rede interna de telefones.

"Cláusula III — Os prazos para apresentação dos projetos definitivos de todas as construções e benfeitorias previstas na cláusula II e respectivas alíneas, bem assim, os referentes à execução e início das obras a que alude a cláusula anterior, serão as seguintes:

a) De noventa (90) dias úteis, após a assinatura deste contrato para apresentação dos projetos definitivos de todas as construções a serem executadas;

b) de cento e vinte (120) dias úteis, após a assinatura deste contrato, para início das obras e benfeitorias estabelecidas pela cláusula II, alínea *a, b, c, d, e,* e *f,* que deverão estar concluídas no prazo máximo de dois (2) anos a contar da vigência do presente contrato;

c) de trezentos e sessenta (360) dias úteis, contados da assinatura do presente contrato, para início das obras e benfeitorias consignadas nas alíneas *g, h* e *i,* da cláusula segunda (2.ª) que, deverão estar concluídas no prazo máximo de 3 (três) anos.

"Cláusula XII — Compromete-se a arrendatária a ocorrer com as despesas de fiscalização até a quantia de três mil cruzeiros (Cr$ 3.000,00) mensais, com início na data da inauguração das obras e benfeitorias previstas na cláusula II, fazendo o depósito antecipado por trimestre na repartição, que lhe for determinada. Ao Governo do Estado, caberá privativamente, designar o funcionário encarregado de fiscalizar permanentemente os serviços e atividades a que se propõe a arrendatária,

bem como cuidar da fiel observância das cláusulas contratuais.

"Cláusula XIII — O Governo do Estado terá as seguintes vantagens:

a) Usar, mediante requisição da repartição competente, dois (2) aposentos com quatro (4) leitos, destinados para os indigentes;

b) usar sempre, que o requisitar, dois (2) apartamentos de luxo;

c) requisitar para o funcionalismo público estadual dois (2) aposentos, para os quais a arrendatária concederá a redução de trinta (30%) sobre as diárias;

d) receber dois por cento (2%) sobre o lucro líquido anual, verificado na venda da água mineral industrializada;

e) as requisições previstas nas alíneas *a* e *c*, deverão ser feitas com antecedência de pelo menos quarenta e oito (48) horas.

"Cláusula XV — O prazo de arrendamento será de trinta (30) anos, podendo o contrato ser transferido a terceiros, desde que obtenha o necessário assentimento por parte do Governo do Estado. Este prazo, poderá ser prorrogado a critério exclusivo do Governo do Estado, assegurada a arrendatária o direito de opção em igualdade de condições.

"Cláusula XVII — Expirado o prazo de arrendamento os imóveis edificados ou melhorados pela arrendatária, bem como as demais benfeitorias existentes com exclusão do maquinário industrial, utensílios e móveis, passarão ao patrimônio do Estado de Santa Catarina, em perfeito estado de conservação, sem qualquer ônus ou qualquer direito à indenização por parte da arrendatária. A tradição se fará por termo de recebimento assinado por comissão designada pelo Governo do Estado, que previamente, procederá a rigoroso exame dos bens existentes. Na hipótese das construções e respectivas benfeitorias se encontrarem em precário estado de conservação, a arrendatária se obriga a fazer as obras e reparos indispensáveis."

O impetrado no corrente ano, depois de mais de 20 anos de existência da avença, sob o fundamento de infração de cláusulas contratuais e por conveniência e oportunidade ditados pelo interesse do serviço público, via do Decreto estadual nº 2 242, de 9 de fevereiro de 1977, rescindiu unilateralmente o contrato em causa, surgindo a presente impetração contra este ato revocatório.

Nesta matéria pertinente ao ato administrativo e ao ato administrativo bilateral, — contrato, — difícil é encontrar aquela restea de luz que anuncia o fim do túnel. Complexo tema tem desafiado juristas e publicistas alienigistas e pátrios.

De qualquer modo, pelos motivos invocados o Estado de Santa Catarina, rescindindo unilateralmente negócio jurídico bilateral, atingiu e revogou ato administrativo anterior, ou seja, concorrência pública acabada e aprovada por ele mesmo. Com base em opiniões extremadas de Jése, Bielsa e Laubadère, este qualificando de "prérogativa exorbitante" (*Contratos administrativos*, v. II p. 163) invocou a Administração estadual o poder de rescisão unilateral do contrato administrativo e deu contrato por revogado, abrangendo concorrência pública perfeita e acatada. O direito administrativo brasileiro evoluiu muito nestes últimos anos principalmente com a aplicação de normas e princípios deste ramo a uma variadíssima gama de casos concretos, como tem procedido o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Se, o ato administrativo é em princípio revogável, este poder de revogar não é ilimitado. O poder de revogação unilateral do ato administrativo por conveniência e oportunidade, que difere da anulação, esta sem limite para a administração, encontra obstáculos nos direitos subjetivos, isto é, nos direitos já existentes. Registra o pro-

fesso: Cretella Júnior: "É ponto pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência que não pode ser revogado unilateralmente o ato administrativo, do qual incorram direitos subjetivos em favor de outros sujeitos, ao contrário do ato administrativo de qual derivem apenas interesses, que pode ser revogado, visto que o interesse público paira e sobrepuja o interesse individual (*Do Ato administrativo,* p. 172 e 173). Outro administrativista, o professor Miguel Reale, invocando as lições de Gascón Y Marín, de F. de Velasco e outros, adota a lição de Vicente Ráo, ao escrever: "No que diz respeito aos atos administrativos, a tese de sua revogabilidade absoluta está, hoje, totalmente abandonada. Um limite, entre outros, se reconhece e impõe à faculdade da Administração de alterar os seus atos anteriores, o limite, isto é, do respeito aos direitos já existentes, aos fatos e atos jurídicos dos quais esses direitos ou situações subjetivas resultaram em favor das pessoas" (*Revogação e anulamento do ato administrativo,* p. 95). Com aquela dupla condição de jurista e administrativista estribado em Velasco para quem "a ninguém é lícito opor-se aos próprios atos", Francisco Campos aponta:

"A irrevogabilidade dos atos administrativos que declaram, reconhecem ou geram direitos se funda, na minha opinião, em várias razões, cada qual mais poderosa do que a outra.

"1º) É indubitável que em um sistema jurídico que veda a retroatividade da lei, ou a aplicação da lei posterior a um ato consumado sob o regime legal anterior, será inadmissível o privilégio que se pretende conferir à autoridade administrativa de poder, livremente, anular, mediante ato revocatório, os efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior. Quando mais que o ato administrativo, cujo conteúdo consiste em aplicar a lei, adquire, por isto mesmo, o caráter geral de norma jurídica para o caso ou os casos que foram objeto da disposição administrativa. O ato administrativo substituiu-se, nessa hipótese, à lei ou é a própria lei em relação ao caso ou aos casos a que a autoridade administrativa aplicou o preceito legal. Não se compreende que a administração não se vincule por aquele ato, da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos efeitos produzidos sob a vigência da lei anterior.

"2º) No caso em que o ato administrativo se limita à aplicação da lei, a atividade administrativa é obviamente de natureza jurisdicional. É perfeitamente legítimo, portanto, nessa hipótese, atribuir-se, ao ato administrativo a força ou eficácia material atribuídas às decisões dos órgãos jurisdicionais, no sentido de a relação jurídica fixada no ato administrativo não poder mais ser alterada ou mudada pela autoridade que editou o ato, senão nos casos expressamente admitidos em lei. Veja-se sobre este aspecto do problema a admirável explanação de Merkl (*Allgemeines, Verwaltungsrecht,* § 14, p. 201-213; *Teoria Geral de Derecho Administrativo,* § 14, p .263-278). A lição de Merkl pode resumir-se no seguinte período: o ato administrativo que aplica a lei a um caso concreto só pode ser revogado ou modificado por outro posterior na hipótese e na medida em que a própria lei atribua a esse ato posterior a força modificadora ou revocatória da mesma maneira que uma sentença judicial só poderá ser revogada ou modificada por outra posterior nos casos admitidos em lei.

"Walter Jellinek, que julga inadequado atribuir-se ao ato administrativo a eficácia material da res judicata, admite, entretanto, que tal força deva ser atribuída aos atos administrativos quando têm por conteúdo uma decisão, ou a aplicação da lei ao caso concreto, particularmente quando a decisão é tomada mediante processo, ou com a audiência e a contradição da outra parte.

Eis as palavras finais de Jellinek em relação ao assunto:

'Se, porém, o ato administrativo contém uma decisão, deve ser considerada, em analogia com a decisão judicial, como irrevogável' (Enthält aber einmal ein Verwaltungsakt aine Entscheidung, dann besteht die Vermutung für seine Unwiderruflichkeeit nach Analogie des gerichlichen Urteils).

"No mesmo sentido manifesta-se Ludwig von Köhler, *Grundlehren des Deutschen Verwaltungsreschts*, p. 186-187:

'Auch die Verwaltungsbehörde is ant ihre Entscheidung gebunden, sowoit ein Verwaltungs sakt in einzelnen Fall der Rechtsfindung dient, "ahnlich dem gerichtlichen Urteil' (Desde que o ato administrativo tem por conteúdo a determinação do que seja o direito para o caso concreto, a autoridade administrativa se vincula à sua decisão, à semelhança do que acontece com a decisão judicial).

"3º) A irretratabilidade dos atos administrativos que decidem sobre a situação individual é, ainda, um imperativo da segurança jurídica. Não é verdade, como afirma Fleiner (Droit Administratif Allemand, p. 125), com o objetivo de impugnar a extensão aos atos administrativos que consistem em aplicar a lei do conceito da eficácia material da sentença:

'L'activité de l'Administration n'a pas pour but de procurer la certitude juridique, mais d'atteindre un résultat matériel utile pour l'Etat dans les limites du droit.'

"Em primeiro lugar, a conceituação dos fins é inteiramente relativa. Um determinado objetivo pode ser considerado a certo momento como fim, e em outro momento como meio. Demais, nos casos em que a administração se limita, de maneira exclusiva, à aplicação da lei, ou nessa aplicação se esgota a sua atividade, não se pode deixar de afirmar que naqueles casos o fim da atividade administrativa seja precisamente, e de modo exclusivo, a obtenção da certeza jurídica, ainda que o resultado não seja definitivo, como é o caso, por exemplo, nos sistemas em que os atos administrativos estão sujeitos ao controle de uma jurisdição privilegiada (justiça administrativa) ou da justiça comum. Seja como for, na hipótese considerada, o fim precípuo, senão exclusivo, da atividade administrativa era precisamente conseguir, no seu interesse, assim como no interesse do administrado, a certeza jurídica, ou seja, determinar ou declarar em relação ao caso concreto a norma pela qual ele deverá reger-se. O fato de que os tribunais poderão rever os atos da autoridade administrativa não exclui o interesse de que, enquanto não adquirida, de modo definitivo, não seja necessária a conservação de um estado de certeza que funcione provisoriamente como elemento de estabilização das reações jurídicas. Pelo fato de não ser definitiva, nem por isso a certeza, embora sujeita a verificação posterior, deixa de ser um elemento indispensável às relações humanas. Enquanto, portanto, os tribunais não substituem pela certeza judicial a precária certeza administrativa esta pro veritate habetur" (*Direito Administrativo*, v. II, p. 99, 100, 101 e 102).

No campo jurisprudencial foi proclamada a Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Merecem destaque as referências a esta Súmula insertas na Obra de Jardel Noronha e Odaléa Martins, principalmente o mandado de segurança nº 12 512 assim ementado: "Os atos administrativos de que resultam direitos, a não ser quando expedidos contra disposição ex-

pressa de lei, são irrevogáveis (op. cit. v. 25, p. 3).

Mais recentemente, o Excelso Pretório afirmou o princípio:

"Ato administrativo que afeta direito subjetivo só pode ser invalidado pela própria administração quando viola dispositivo expresso de lei. Recurso extraordinário não conhecido" (*DJU*, nov. 1976, p. 10 205).

D'outro lado, avançando em considerações tem-se como criadores de direitos, e portanto, irrevogáveis: a) os atos obrigatórios; b) os chamados atos-condição; c) os atos bilaterais e contratos administrativos; os atos cuja execução foi iniciada — Michel Stassinopoulos (apud José Frederico Marques, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 39, p. 19).

Assim, incabível era a revogação do ato administrativo consubstanciado na concorrência pública que teve desfecho no contrato rescindido. Ilegítimo o ato revocatório do Governo do Estado. Pretextando revogar negócio jurídico, o impetrado atingiu ato irrevogável.

Mais, não há argumentar que a invocação de infração de cláusula contratual, como mencionado no ato revocatório, não se situe nos conceitos de "oportunidade ou conveniência". A infração contratual administrativa é mérito e é ligada a oportunidade e conveniência como bem dilucida Zanobini: "Il giudice chiamato ad esaminare l'atto discrezionale sotto l'aspetto della legittimità decide una controversia giuridica, in quanto confronta l'atto amministrativo con le leggi ed i regolamenti che ad esse si riferiscono; invece, il giudice investito di una competenza di merito, non conosce soltanto di una controversia giuridica, ma anche di una controversia di buona amministrazione, perchè deve esaminare se l'autorità, pur mantenendosi entro i limiti della legge, abbia agito utilmente, convenientemente, nel modo più utile all'interesse pubblico e meno gravoso per gli interessi particulari dei singoli" (*Corso di diritto amministrativo*, v. II, p. 209). Verifica-se, pois, que a Administração não se cingiu ao exame puro da legalidade do ato. Mas, indo além, adentrou no merecimento do próprio ato.

No que tange ao contrato, ele participa da natureza do contrato administrativo. Os velhos autores franceses, na divisão dos atos administrativos, distinguiam os atos de império e atos de gestão, os primeiros realizados pela administração pública em cumprimento de suas funções específicas, como na concessão em que o particular se substitui ao estado na execução de um serviço e, os segundos, que os age como pessoa de direito privado, como ocorre num simples contrato de locação, principalmente quando figura como locador. Porque o contrato administrativo é o tipo mais perfeito do ato administrativo bilateral, ressaltou Pécquinot, com vistas a velha divisão linhas antes apontada, citado por Brandão Cavalcanti: "Alguns contratos são administrativos por natureza — as concessões de serviços públicos, os relativos à função pública; outros existem, porém, que não o são necessariamente, como a locação, o arrendamento, certos fornecimentos, etc. (*Teoria dos atos administrativos*, p. 251). Mas, tal doutrina, completamente desacreditada, foi combatida por Duguit, conforme o autor antes citado: "A Administração, diz ele, quando intervém, não o faz nunca como qualquer particular. A sua intervenção tem uma peculiaridade, que é a de prover ao funcionamento do serviço público, e é esse o característico que define o ato administrativo, qualquer que ele seja" (op. cit. p. 96). E conclui o publicista pátrio: "Mas, todos esses contratos devem ser considerados administrativos porque foram concluídos pela Administração, qualquer que tenha sido o fim em vista. Devem, ainda mais, obedecer às exigências formais impostas pelas leis e pelos regula-

mentos administrativos, e, por isso, também são contratos administrativos.

"Todos eles têm a marca do Estado e, por isso mesmo, sofrem a influência que lhes imprime a intervenção do Poder Público.

'O Estado, sem embargo de entrar em relação contratual com a pessoa privada, não se despe por isso, jamais, dos direitos e faculdades que constituem a sua própria qualidade de poder'.

"E esta é a doutrina universalmente aceita (op. cit. p. 255).

Em magistral obra, o professor Canasi, da Universidade Nacional de Buenos Aires, aponta outros critérios distintivos dos contratos administrativos e de direito privado: da jurisdição, formal, do serviço público, interesse público e das cláusulas exorbitantes (*Derecho administrativo*, v. II, parte especial, p. 448 e segs.).

Bem se vê, que o contrato em causa, ou porque concluído com o Estado, ou, pelo formalismo adotado na sua elaboração, plenhe de sofisticações como autorização legislativa, concorrência pública etc., ou ainda o interesse geral ligado a indústria do turismo ou por suas cláusulas exorbitantes como a de reversão (Cláusula XVII), caracteriza o contrato típico administrativo.

Quando assim não entendido, — o que se admite só para argumentar — inviável seria o *writ* civil na precisa lição de Celso Agrícola Barbi: Entende-se pacificamente, na doutrina brasileira, que o mandado de segurança só será remédio adequado se o ato lesivo ou ameaçador tiver sido praticado pelo Estado como Poder Público, excluídos, assim, os atos em que ele tenha agido como pessoa privada, pois nestes casos estará sujeito apenas aos remédios comuns das leis processuais" (*Do Mandado de segurança*, ed. 1976, p. 118).

Progredindo no exame da controvérsia, tenho que o contrato administrativo em causa conceitua a concessão administrativa. Considero como o professor Canasi no seu "Derecho Administrativo" que "o contrato de concessão tem caráter bem mais amplo, pois abrange todo ato jurídico de direito público em que o concedente delega ao concessionário poder jurídico, assim como também o uso, ocupação de bens do domínio público" (op., v. cit. p. 579). Assim, também, têm entendido os tribunais, com base na opinião de Hely Lopes Meirelles. (*Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex, v. 32/319 e 35/209). Pois, nesta conceituação restrita de concessão como na sua mais ampla acepção de transferência do serviço público para o particular, no caso de mister pertinente ao turismo, função principal do complexo Caldas da Imperatriz a rescisão do contrato tal como ocorreu revestiu-se de gritante ilegalidade, ou na adequada expressão de Canasi, "expropriação sem indenização ou confiscação (op. e v. cit. p. 479 e 483). Registra este mestre: "Es cierto que el servicio no se enajena, sino que se delega, pero la concesión, como sistema contractual, forma parte del derecho de propiedad del titular del contrato, en su más amplia y acabada extensión, y sólo cede ante la expropiación pública, que es una limitación y restricción impuesta por el Código Civil al dominio privado en el solo interés público... (op. e v. cit. p. 488). E, em outro local, citando Marienhoff a revogação, por razões de oportunidade encontra fundamento em causa expropriatória em virtude de utilidade ou interesse público, devendo pagar desde logo a correspondente indenização (op. e v. cits. p. 593 e 594).

É o que doutrina Ranelletti — a Administração não pode sem autorização legal revogar o ato que criou direito subjetivo de particular com a ulterior obrigação de indenizá-lo. É que um precedente dessa ordem configura verdadeiro caso de expropriação de um direito subjetivo por utilidade pública (*R. de Dir. Adm.* 39, p. 19).

Finalmente arremato com esta decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal que guarda com o caso sub-judice pontos de identidade: "Concorrência Pública — Aprovação — Promessa de venda feita pela Administração, nos termos da concorrência. Pagamento do preço pelos compromissários compradores. Pretendida revogação do contrato, com fundamento em conveniência na utilização do terreno prometido à venda. Inadmissibilidade da revogação do negócio jurídico, por ato unilateral da Administração. Possibilidade de retomada do bem com prévia e justa indenização aos compromissários compradores — Inexistência de dissídio com a Súmula 473. Recurso Extraordinário não conhecido (*RTJ* 74/258). É do voto do ministro Rodrigues Alckmim esta passagem: "Considero, portanto, que, já aprovada a concorrência, proclamados vencedores os impretantes, pagas as parcelas do preço regularmente, nos termos do estipulado, nem mais cabia anulá-la, nem cabível era a revogação dela, pois essa revogação não se admite com ofensa a direitos que do ato revogado decorrem. Considero, como o acórdão, que a Administração, por interesse público, pode tomar o domínio e, pois, no caso em que ele ainda não se transferiu aos impetrantes, pode desfazer o direito dos impetrantes — mas sempre mediante a prévia e justa indenização em dinheiro. (*RTJ* cit. p. 263). É o resumo do voto que proferi na sessão concedendo a segurança e conforma-se com a doutrina deste último aresto do egrégio Supremo Tribunal Federal.

A indagação constitucional fica arredada face o princípio de que o Juiz não a enfrentará se puder por outros meios solucionar a questão.

E não é demasia salientar que atrás de Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., uma ficção jurídica fria, escondem-se, abrigam-se as pessoas físicas dos seus diretores, dirigentes, que com este ato unilateral, ou melhor, um ato confiscatório, terão sua parte comercial duramente afetada, senão atingida por falência, pois não há ignorar que uma indenização reclamada sob os remédios processuais comuns é muito demorada."

Inconformada a impetrante interpôs recurso extraordinário com base nas letras *a, c* e *d* do inciso III do art. 119 da Constituição federal, fls. 193/233, subscrito pelo ilustre professor Galeno Lacerda, o qual foi admitido pelo ilustre Presidente Des. Ary Pereira Oliveira, pelo despacho de fls. 247/267.

Arrazoaram as partes, fls. 269 e 275.

A douta Procuradoria-Geral, por seu ilustre Procurador Mauro Leite Soares, assim opina:

"1. O Tribunal *a quo,* fls. 134, denegou mandado de segurança visando a anulação de decreto baixado pelo Governador do Estado de Santa Catarina que determinou a rescisão do contrato de arrendamento celebrado com a recorrente em 1955 e referente à lavra das águas minerais Caldas da Imperatriz, localizada em Santo Amaro da Imperatriz, porque a rescisão unilateral e antecipada foi calcada no interesse público e dentro dos princípios do direito administrativo, não originando ofensa a direito líquido e certo, eis que revestido da supremacia do poder que enseja o prevalecimento do interesse do Estado em detrimento do interesse privado, ao lado de o direito de lavra das águas minerais pertencer ao Estado que, embora cedendo-a à recorrente por meio de contrato, conservou o direito de rescisão pelo decreto impugnado que não legislou sobre jazidas, minas e outros recursos minerais.

2. Daí o recurso extraordinário apoiado nas letras *a, c* e *d,* alegando-se contrariedade aos arts. 8º, VII, letra *h* e § único, 153, §§ 3º e 23 e 168, § 1º, da Constituição federal e negativa dos arts. 6º da LICC; 1092, § único e 1193, § único, do Código Civil;

83 e 87 do DI. nº 227/67, 18 do Dl. nº 7 841/45, e 7º do Dl. nº 271/67.

3. Somos pelo não conhecimento do recurso.

4. O ato do governo catarinense de rescisão de contrato de arrendamento não possui ilegalidade ou abuso de poder. O recorrido, como titular dos direitos de lavra referentes ao Manifesto 1042/42 do manancial de águas minerais denominado Caldas da Imperatriz, arrendou à recorrente a exploração do mesmo através de contrato aprovado por decreto datado de 24.11.55. Afirmou o recorrido às fls. 103, em suas informações:

"Embora ao Estado de Santa Catarina, *em decorrência da própria relação contratual administrativa,* fosse facultado fiscalizar a execução do contrato, isto, entretanto, não ocorreu, e meu Governo só veio a ser cientificado sobre as graves irregularidades que vinham se sucedendo em Caldas da Imperatriz, quando, em 2 de agosto de 1976, recebeu do Sr. Diretor do 1º Distrito Regional do Departamento Nacional de Produção Mineral, o ofício 828/76, pelo qual foi alertado sobre a possibilidade de vir a ser instaurado processo de caducidade dos direitos de lavra que lhe foram concedidos pelo aludido Manifesto, se não assegurada, pela Administração Estadual, a interdição das fontes de água mineral a que se obrigou a efetuar o DNPM, face à inexistência de condições técnicas e higiênicas na exploração industrial das mesmas."

5. Aliás, a recorrente foi a primeira a justamente indicar os motivos da rescisão do contrato quando, em sua petição inicial, fls. 5, esclarece que o Departamento Nacional da Produção Mineral interditou a fonte, conforme comunicação que lhe foi feita pelo ofício 829, de 28.7.76, sendo que a mais séria das acusações era a da poluição das águas.

6. Pretendeu ela, na sua impetração, discutir a legalidade ou a motivação da interdição processada pelo órgão específico do Ministério das Minas e Energia. É de se notar, porém, a inapropriedade da discussão para o caso em exame, como realmente a própria recorrente então reconheceu.

7. O decreto que rescindiu o contrato relaciona em seus considerandos um conjunto de fatos que, sem dúvida, ensejava a intervenção do recorrido sob a forma procedida, isto é, procurando resguardar o interesse público, ao lado de também se ajustar à conveniência da administração quanto ao seu direito de lavra em imóvel de sua propriedade. O decreto em questão, estampado às fls. 36, consubstancia não somente um direito do Estado, senão que mais certamente um dever de preservar o interesse público, a saúde pública e o seu próprio patrimônio.

8. A discussão travada nos autos quanto à natureza jurídica do contrato, sem dúvida muito brilhante, não nos parece merecer prosseguimento nesta instância extraordinária, mesmo porque em seu deslinde estaríamos em face da interpretação das cláusulas contratuais e do exame da matéria de fato intrinsecamente ligada ao mesmo. O que mais nos preocupa e que nos parece interessar ao caso concreto ora em exame é a própria motivação do ato impugnado e quanto a ela, isto é, à sua motivação e fundamentação, temos que não ofendeu a lei, nem foi praticado com abuso de poder a ensejar o reconhecimento de direito líquido e certo para o seu desfazimento. No caso, foi um terceiro, ou seja o Ministério das Minas e Energia através do seu Departamento Nacional da Produção Mineral, que denunciou ao recorrido a existência de irregularidades graves por parte da recorrente em relação à execução dos serviços de aproveitamento do manancial mineral, irregularidades essas que ensejaram a in-

terdição da fonte e que provocariam a própria declaração de caducidade dos direitos de lavra, pertencentes ao Estado recorrido e que haviam sido simplesmente arrendados à recorrente. A rescisão do contrato de arrendamento, que é uma espécie do contrato administrativo no caso, operou-se na conformidade da "variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratante; o direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar", como bem afirmou o recorrido às fls. 108, transcrevendo trecho de Hely Lopes Meirelles.

9. Permitindo-nos, ainda, remissão aos fundamentos do acórdão recorrido e à impugnação de fls 236 do Estado, somos, se conhecido, pelo não provimento do recurso extraordinário."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): O mandado de segurança foi denegado pelo voto de desempate do ilustre Presidente do Egrégio Tribunal *a quo*, não obstante, como se verifica da leitura do v. acórdão recorrido, um fato é certo: todos os eminentes julgadores concluíram que o contrato em apreço é de natureza administrativa, de direito público, e não privado.

Com efeito, o eminente Relator, Desembargador Mauro Colaço, com apoio da maioria do Tribunal, é expresso em afirmar:

"O contrato firmado entre as partes, indubitavelmente, como já está demonstrado, é um contrato de concessão de uso de bem público. Nem poderia ser diferente, pois apesar de levar o nome de contrato de arrendamento, assim não pode ser entendido, já que no direito administrativo não é permissível o uso e gozo do bem público com exclusão dos poderes irrenunciáveis da Administração sob pena de se admiti-lo como de direito privado" (fls. 166).

O eminente Desembargador Eduardo Pedro Luz, em seu voto catalizador das divergências, após transcrever cláusulas contratuais, conclui:

"No que tange ao contrato, ele participa da natureza do contrato administrativo" (fls. 180), e reitera, mais adiante (fls. 182):

"Bem se vê, que o contrato em causa, ou porque concluído com o Estado, ou, pelo formalismo adotado na sua elaboração, prenhe de sofisticações como autorização legislativa, concorrência pública, etc., ou ainda o interesse geral ligado à indústria do turismo ou por suas cláusulas exorbitantes como a de reversão (Cláusula XVII), caracteriza o contrato típico administrativo", concluindo após outras considerações, nestes termos:

"...tenho que o contrato administrativo em causa conceitua a concessão administrativa. Considero como o professor Canasi no seu *Derecho administrativo* que o "contrato de concessão tem caráter bem mais amplo, pois abrange todo ato jurídico de direito público em que o concedente delega ao concessionário poder jurídico, assim como também o uso, ocupação de bens do domínio público" (fls. 182).

Definido o contrato como de direito público, concessão de uso de bens públicos, como observou, com argúcia, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República:

"A discussão travada nos autos quanto à natureza jurídica do contrato, sem dúvida muito brilhante, não nos parece merecer prosseguimento nesta instância extraordinária, mesmo porque em seu deslinde estaríamos em face da interpretação das cláusulas contratuais e do exame da matéria de fato intrinsecamente ligada ao mesmo" (fls. 319).

Tal entendimento tem apoio nas Súmulas 279 e 454.

Admitido o caráter de contrato de concessão de uso de bens públicos, com finalidade de interesse também público, exploração industrial e turística de uma estância hidromineral, o que é certo é que o decreto de lavra decorrente do Manifesto nº 1042/42, sempre pertenceu ao Estado de Santa Catarina, desde o tempo da visita da Imperatriz Thereza Christina, e esse direito de lavra não foi cedido ou alienado em caráter definitivo pelo Estado de Santa Catarina, pela concessão realizada, que somente deferiu à concessionária o direito de industrializar as águas minerais de conformidade com a lei e o contrato (Cláusula XI — *b*).

O contrato de concessão de uso de bens públicos não importou, como pareceu à minoria vencida, na cessão dos direitos de lavra, mas tão-só o direito de uso e exploração das instalações industriais para comercialização das águas minerais, com encargos para o concessionário, tanto assim que, pelo ofício nº 829/76, da 28 de julho de 1976, do Sr. Diretor do 1º Distrito Regional do DNPM, foi o Estado alertado sobre a possibilidade de vir a ser instaurado processo de caducidade dos direitos de lavra que lhe foram concedidos pelo aludido manifesto, em virtude de irregularidades observadas na exploração industrial das Caldas da Imperatriz.

Dessa comunicação resultou, após outras providências de natureza informativa, o Decreto nº 2 242, de 9 de fevereiro de 1977, ora impugnado, que assim dispõe:

"Rescinde o contrato de arrendamento do próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz e dá outras providências:

O Governador do Estado de Santa Catarina, usando da competência privativa que lhe confere o art. 93, I e XIX, da Constituição do Estado, e,

Considerando os termos do ofício GD 829, de 28 de julho de 1976, dirigido ao Governo do Estado, pelo Diretor do 1º Distrito Regional do Departamento Nacional de Produção Mineral, que informam sobre as inadequadas condições de exploração e aproveitamento das fontes de água mineral existentes no próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz;

Considerando os resultados bacteriológicos obtidos em análises de amostras coletadas por técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral e do Departamento Autônomo de Saúde Pública deste Estado;

Considerando a existência de inúmeras irregularidades apuradas por *experts* do DNPM no *processo de aproveitamento* dese bem mineral, tanto no setor balneáreo como no de sua industrialização ou engarrafamento;

Considerando que essas irregularidades se contrapõem às normas e exigências do Código de Minas, Código de Águas Minerais e Portarias ministeriais ou departamentais;

Considerando o fato de que, a Empresa Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. não deu atendimento às exigências do Departamento Nacional de Produção Mineral, o que ensejou a interdição da *Fonte,* e posterior lacre das instalações, através de procedimentos integrados da Secretaria da Saúde e da Secretaria de Segurança e Informações;

Considerando ser o Estado de Santa Catarina o legítimo proprietário da área onde se situam as fontes termais, dos direitos da lavra referentes ao Manifesto nº 1 042/42 e de benfeitorias que ali se encontram;

Considerando que, para a exploração comercial, turística e industrial desses bens e direitos, foi celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a Empresa Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. contra-

to de arrendamento aprovado pelo Decreto 472, de 16 de novembro de 1955, publicado no Diário oficial do Estado de 21 desse mesmo mês e ano;

Considerando que urge afastar a possibilidade de instauração de processo de caducidade do Manifesto nº 1042/42, promovendo-se as medidas indispensáveis à correta exploração daquele próprio estadual, para evitar futuros prejuízos ao Estado de Santa Catarina;

Considerando que cumpre ao Poder Público, através de seus órgãos específicos, exercer, em sua plenitude, o poder de polícia sanitária, quando ficar demonstrada a existência de situações nocivas à saúde pública e ao bem-estar social;

Considerando que a exploração industrial das águas minerais de Caldas da Imperatriz, dadas as ocorrências referidas, configura matéria que se circunscreve nas razões de interesse do serviço público, de interesse social ou de conveniência administrativa;

Considerando, por outra parte, que as providências solicitadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, levaram o Estado de Santa Catarina a determinar o exame circunstanciado sobre a exploração daquele próprio estadual, tendo em vista o cumprimento do contrato de arrendamento;

Considerando que, por sugestão do Senhor Procurador-Geral do Estado, foi constituída *comissão* destinada a elaborar relatório pormenorizado sobre o estado do próprio estadual Caldas da Imperatriz em confronto com as cláusulas contratuais, para se apontar a ação omissiva ou comissiva da arrendatária que tenha importado em descumprimento do referido contrato;

Considerando que referida comissão concluiu ter a arrendatária deixado de cumprir várias cláusulas, conforme consta do respectivo relatório;

Considerando que existem causas justificativas devidamente comprovadas, para a ação unilateral do Estado;

Considerando que a Administração pública pode antecipar o término do contrato, pela rescisão administrativa, por razões de interesse do serviço público ou por conveniência administrativa;

Considerando que, entre as razões de interesse público que admitem a rescisão pura e simples do contrato administrativo, incluem-se as exigências técnicas do serviço, a conveniência do bem estar geral, da saúde e da segurança pública;

Decreta:

Art. 1º — Fica rescindido o contrato de arrendamento do próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz, celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a Empresa Caldas da Imperatriz, Comércio e Indústria S.A.

Art. 2º — A secretaria da Indústria e Comércio e a Secretaria de Tecnologia e Meio Ambiente constituirão Comissão de Estudos para a apresentação, em 30 dias, de sugestões sobre o destino a ser dado aos bens a que se refere o artigo anterior.

Art. 3º — Enquanto não se decidir sobre a destinação dos bens e direitos que compõem o complexo patrimonial Caldas da Imperatriz, a operação e administração do mesmo serão exercidas pela Companhia Distrito Industrial Sul Catarinense — CODISC.

Art. 4º — A Procuradoria-Geral do Estado deverá propor as medidas judiciais cabíveis para haver, da arrendatária, as importâncias não recolhidas aos cofres públicos, segundo o avençado no contrato.

Art. 5º — Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 1977."

Trata-se, assim, de verificar, nesta oportunidade, a legalidade e constitucionalidade do ato impugnado, frente aos princípios de direito aplicáveis à espécie, já que não

se discute a competência da Autoridade que o editou — e tem esta a presunção de verdade que acompanha os atos públicos, dada a natureza administrativa do contrato.

De fato, não dispôs o decreto argüido de exorbitante, sobre os direitos de lavra, e suas relações com o Governo Federal, mas tão-só sobre o inadimplemento da concessão de uso, denominada impropriamente de arrendamento, matéria, portanto, de exclusiva competência estadual, pois a concessionária não era titular do direito de lavra.

"A palavra concessão tem no direito administrativo diversas aplicações, embora parta sempre de um conceito comum que é a delegação pelo Estado a um particular de direitos que lhe são próprios."

"Há, no entanto, uma constante nesse conceito, que é a delegação do Estado e a reserva de uma parcela de poder sobre a coisa ou serviço concedido que obedecerá a um regime de regulamentação legal", como observou, com propriedade, o Ministro Themistocles Cavalcanti — Das Concessões de Serviços Públicos (*Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, v. VI n. 19, p. 931).

Pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente" (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. RT, p. 316).

Entre os direitos do concedente, arrola Themistocles Cavalcanti, partidário da teoria da concessão como contrato de direito público, por tê-la por mais lógica e de acordo com a realidade (id. p. 111), o de exercer o seu poder de polícia sobre o serviço público, e o de dar por finda a autorização ou concessão nos casos previstos; o de assumir a execução direta ou promover a sua continuidade, nos casos de interrupção ou mau funcionamento (id. p. 100).

Ao concessionário cumpre a obrigação de manter o serviço adequado e, sem dúvida, a de sujeitar-se à fiscalização permanente.

A concessão pode terminar, diz ainda o douto jurista, pela rescisão do contrato ou pela revogação ou caducidade, por falta contratual ou pela completa ineficiência do serviço.

A cláusula de rescisão está implícita em todo contrato, o que se não admite é a rescisão ou revogação sem justa causa, em detrimento de direitos subjetivos legítimos.

A Súmula 473 é expressa quanto à revogação por motivo de conveniência ou oportunidade, caso em que manda respeitar os direitos adquiridos, ressalvada, em todos os casos, a apuração judicial.

Não se refere, porém, a meu ver, expressamente, aos casos de rescisão ou aos de revogação, por justa causa, ou seja, o inadimplemento do contrato pelo concessionário de serviços ou bens públicos.

A jurisprudência desta Corte tem admitido, v.g., Mandado de Segurança nº ... 18 028-DF, a rescisão unilateral do contrato administrativo por ato da administração (Porto de Ilhéus):

"Ementa: Concessão de serviço público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato — Mandado de Segurança indeferido. *RTJ* 46/2 a 13 (Relator eminente Ministro Evandro Lins)

No famoso caso da Panair, eminentes Ministros desta Corte, acolheram os ensinamentos de Marcel Waline, André Lauba-

dère, Rafael Bielsa e outros, e admitiram, até mesmo, que a administração, deve poder, apesar das cláusulas convencionais, pôr fim aos contratos que se tornam inúteis ou não se adaptam aos reclamos da coletividade (conquanto sob reserva de indenização ao co-contratante); não deve ser obrigada a continuar recebendo prestações inúteis" — (voto do eminente Ministro Prado Kelly, *RTJ* 40/250).

Mesmo que se não admita o conceito em toda a sua extensão, o certo é que o julgado reconheceu não haver, em tais casos, direito líquido e certo a ser amparado por via do *mandamus*, que foi indeferido.

Não tem aplicação à espécie os v. acórdãos trazidos à colação. O RE nº 77 890-RJ — *RTJ* 76/531, relatado pelo eminente Ministro Bilac Pinto, porque nesse caso a segurança foi concedida ao concessionário da lavra perturbado em sua indústria por ato do Governo local. De tal hipótese não cuidam os autos.

Por igual o v. acórdão no RE nº 79 802-GB, relatado pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmim — que apreciou compra e venda de imóvel estadual feita em hasta pública, o que é diverso de concessão de uso ou exploração de bens públicos, no interesse coletivo — *RTJ* 74/258.

O v. Acórdão no RE 76 373-MG, relatado pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque, tratou de questão possessória entre um concessionário de lavra de outro por turbação causada por outro interessado na exploração de areia e cascalho — *RTJ* 69/229, no mesmo local da lavra.

Realmente, o impetrado, usando do seu poder de autotutela, apenas preservou o seu direito de lavra — Manifesto 1042/42, que lhe outorgara a União, contra a desídia do concessionário, que o ameaçava de caducidade, como revela a notificação feita pela União Federal, ao impetrado, face às análises sanitárias das águas minerais comercializadas pela concessionária, com manifesta inobservância do conrtato avançado com o poder público estadual.

Justificava-se, assim, a rescisão unilateral do contrato administrativo por ato unilateral do Poder concedente, como ensina Themistocles Cavalcanti (loc. cit.) e observa Marcelo Caetano: "Como poder da Administração, a rescisão aparece como sanção aplicável por inexecução das obrigações assumidas pela outra parte ou como faculdade cujo exercício dependerá das circunstâncias do interesse público.

A rescisão imposta como sanção implica, necessariamente, efeitos punitivos para quem a sofre. O poder de aplicar é vinculado, devendo fundar-se em graves faltas de cumprimento do pactuado suscetíveis de produzir danos apreciáveis para a Administração (*Princípios fundamentais do direito administrativo*. Forense, p. 259).

Na espécie, a falta da concessionária foi denunciada à Administração pela União Federal, e por esta comprovada em sindicância mandada proceder pela Administração Pública, e que concluiu, até prova em contrário, pela falta grave da concessionária.

Assim, não violou o Estado direito adquirido da impetrante, nem o livre exercício de atividade lícita, nem privou a concessionária da sua condição de empresa mineradora, que poderá exercer suas atividades em outras condições e em lavras outras que venha a obter por iniciativa própria.

Não violou, também, o Código de Minas, pois o manifesto de lavra pertencia ao Estado e não à impetrante, o que se verificou foi a rescisão da exploração concedida, pelo Estado, à sua concessionária faltosa, que, por sua desídia, ameaçava de caducidade o direito de lavra do concedente.

A interdição provisória da fonte, por culpa da concessionária, legitimava, a meu ver, o ato unilateral do Poder Público

concedente da exploração industrial da estância hidromineral.

Ao Estado, como titular do Direito de Lavra, não alienado, é que estão assegurados o direito da exploração e, conseqüentemente, os direitos de suspensão da interdição da fonte, mediante o atendimento das exigências feitas pelas autoridades federais.

Nada impede que o Estado por sociedade sua, ou de economia mista, ou ainda por intermédio de nova concessionária, prossiga na exploração da estância hidromineral, que lhe pertence.

É claro que, se de futuro, vier a provar-se que a rescisão unilateral do contrato administrativo, não tinha justa causa, responderá o Estado pela indenização que for apurada.

Antes disso, porém, não há como se ter por abusivo o ato impugnado e violador de direito líquido e certo a ser amparado por via de *mandamus*.

Em conseqüência, tenho por incensurável o v. acórdão recorrido, e inocorrentes as violações dos textos constitucionais e legais dados como violados, e o dissídio invocado, pelo que, sem embargo da admiração que me merece o ilustre patrono da recorrente, não conheço do recurso, reportando-me, no mais, ao parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

VOTO

O Sr. Ministro Decio Miranda: Sr. Presidente, no início de seu douto voto, o eminente Relator focalizou o problema à luz de regras pertinentes à concessão de serviço público. Tenho, porém, que, na espécie, não se caracteriza a hipótese de um contrato de concessão de serviço público.

Nesses contratos de concessão de serviço público, é forçoso sejam estabelecidas regras pelas quais, delegado o serviço, continua ele sendo serviço público, tanto que ao Poder Público compete fixar as tarifas do serviço, enfim, a retribuição pela qual o serviço é entregue ou prestado aos seus destinatários. Há até a regra de que podem as tarifas ser, em casos excepcionais, inferiores ao próprio custo do serviço, porquanto a obrigação reconhecida ao Poder Público, nesses casos, é assegurar, por meio da tarifa, por meio do preço do serviço, ou por outro meio, como a subvenção, o equilíbrio financeiro da concessão.

No caso concreto, nenhuma regra há sobre o custo do serviço e seu preço de remuneração pelo público. Trata-se, pois, a meu ver, como sustenta a recorrente, de um contrato de arrendamento. Certamente um arrendamento complexo, porquanto envolvia não apenas o imóvel em si mesmo, como a utilização das águas minerais nele existentes.

Com isto não se nega que se trate de um contrato administrativo, *lato sensu*. É administrativo porque, na sua formação, interveio o Poder Público.

Mas sua natureza, sua substância é, a meu ver, a de um contrato de arrendamento, de direito comum.

Ora, estando presente um contrato de arrendamento, com prazo certo, resultado de uma concorrência pública vencida pelo ora recorrente, estou em que não era possível utilizar o Estado de seu poder inerente, para obter, unilateralmente, a rescisão do contrato.

Dir-se-á: houve uma prova de inadimplemento por parte da arrendatária, que foi notificada pelo Serviço Federal de Fiscalização de Águas Minerais, quanto a provas de poluição das águas.

Mas o acórdão recorrido não se baseou, primacialmente, no fato do alegado inadimplemento, para autorizar a rescisão do contrato.

O item 2º, da ementa do acórdão recorrido, bem mostra o fundamento em que se baseou o acórdão, a dizer (fls. 188):

"O ato de rescisão unilateral do contrato não originou ofensa a direito líquido e certo da impetrante, eis que, revestido da supremacia de poder com caráter coercitivo legal, que gera o desequilíbrio entre as partes, para que prevaleça, logicamente, o interesse do Estado (interesse público) em detrimento do interesse privado."

Vê-se, portanto, que o fundamento nuclear do acórdão é uma diferença entre os direitos do Poder Público e os direitos de quem com ele contrata. Há sempre uma supremacia, uma reserva de poder, considera o acórdão, em favor do ente público.

Parece-me, porém, que, em se tratando de um contrato de direito comum, obtido regularmente em concorrência pública e com prazo certo, não há essa supremacia de poder do ente público. Há uma igualdade entre os contratantes.

Ora, se se trata de um contrato de arrendamento e em que, pela existência de prazo certo, há igualdade entre os contratantes no curso do prazo de vigência, a pretensão à rescisão do contrato, parte de um ou de outro contraente, há de se manifestar por via judicial.

Ponderou o eminente Relator que, segundo a Súmula 473 deste Tribunal, a administração pode revogar, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial, os atos por ela praticados. Mas aqui não se trata de revogação. Revogação consistiria em fazer cessar o ato, independentemente de inadimplemento do interessado. Trata-se, realmente, de uma rescisão contratual.

A tese de que a administração pode, unilateralmente, rescindir os contratos que haja firmado, sujeitando-se apenas à indenização conseqüente, não me parece possa ser recebida em caráter absoluto.

Se o contrato tem prazo certo de duração, como no caso, a existência implícita de cláusula de rescisão, a qualquer momento do seu curso, implicaria em dizer que, na verdade, o contrato não tem prazo. Se o contrato tem prazo, mas se, ao lado desse prazo, há supremacia da administração, que a ela permite, a qualquer momento, rescindir o contrato, o prazo é letra morta.

Assim, com a vênia devida ao eminente Relator, penso que o caso é do conhecimento de recurso extraordinário e de seu provimento, porque o acórdão, afirmando a possibilidade de supressão dos direitos do arrendatário pela simples manifestação de vontade do outro contratante, certamente atentou contra o ato jurídico perfeito, contrariando, assim, o § 3º, do art. 153, da Constituição federal.

Invocou-se também, como fundamento do recurso extraordinário, a letra *c*. Creio, porém, que não era o caso de se apoiar o recurso na letra *c*, pois não se trata de ato legislativo ou normativo, que se haja de confrontar com a Constituição ou com a lei federal. Trata-se de ato do Estado como contratante de direito comum.

Meu voto, portanto, é este: conhecendo do recurso, pela invocação da letra *a*, dou-lhe provimento, por encontrar, no caso, contrariedade ao § 3º, do art. 153, da Constituição federal.

EXTRATO DA ATA

RE nº 89 217-6 — SC — Rel., Min. Cordeiro Guerra. Recte: Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. (Advs. Galeno Lacerda, Hugo Mósca e outros). Recdo: Estado de Santa Catarina (Governador do) (Advs. Napoleão Xavier do Amarante e outro).

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos do Ministro Relator não conhecendo, e do Ministro Décio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Falaram pelo Recte. o Dr. Galeno Lacerda e pelo Recdo. o Dr. Napoleão Xavier do Amarante. T. Pleno, 26.10.78.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Decio Miranda.

Procurador-Geral da República, o Prof. Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Autorizado pela Lei estadual nº 220, de 21 de novembro de 1955, e após concorrência pública, o Estado de Santa Catarina celebrou, no dia 15 de outubro de 1955, com Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., "contrato de arrendamento do próprio estadual *Caldas da Imperatriz,* localizado no município de Palhoça, pelo prazo de trinta anos".

Por esse contrato a arrendatária obrigou-se:

"a) Remodelar, mobiliar e equipar internamente com todos os requisitos modernos, de acordo com os memoriais descritivos e plantas anexas, o próprio estadual Caldas da Imperatriz;

b) construir um aumento com quatro (4) apartamentos e quatro (4) aposentos no prolongamento frontal do prédio novo conforme plantas anexas;

c) construir um aumento sobre o prédio novo com vinte e seis (26) aposentos e quatro (4) apartamentos conforme plantas anexas;

d) construir um sistema de esgoto local obedecendo as normas do Departamento de Saúde Pública;

e) aumentar, remodelar e aparelhar com moderna maquinária para a industrialização de água mineral o prédio já existente;

f) construir em local apropriado uma caixa d'água com respectiva bomba de recalque, e instalações hidráulicas para todos os aposentos;

g) construir um aumento nos antigos banheiros, dotando-os de instalações modernas tendo na parte superior um pavimento com quartos para acomodações dos empregados e respectivos sanitários;

h) ajardinar, arborizar, pavimentar e dotar de passeios, as adjacências do atual e dos futuros prédios;

i) transformar internamente o prédio histórico conservando externamente suas linhas arquitetônicas, dotando-os com dependências descritas no memorial e plantas respectivas, inclusive central de uma rede interna de telefones" (fls. 35, cláusula II).

Ficou estipulado, ainda, que:

"A arrendatária, tão logo estejam concluídas as necessárias instalações, providenciará no sentido de dispor de pessoal habilitado indispensável à manutenção do serviço, em padrão satisfatório de cortesia, conforto e higiene.

Os preços correspondentes aos serviços a que se propõe a oferecer a arrendatária, deverão previamente ser submetidos à aprovação do Governo do Estado, e nunca serão inferiores a média dos hotéis similares e congêneres do sul do país" (fls. 35, cláusulas IX e X).

De seu turno,

"Durante a vigência do Presente contrato, assegurará com exclusividade o Governo do Estado à Arrendatária as seguintes vantagens:

a) direito de aproveitar as terras existentes ou que venham a existir dentro do patrimônio das "Caldas da Imperatriz", para as finalidades exclusivas previstas neste contrato;

b) direito de industrializar as águas minerais nas fontes, para o que se obriga o Estado, no que tange às relações com as repartições federais que disciplinam a concessão, a fazer bem e efetivo o arrenda-

mento ora feito, de modo a permitir ao arrendatário a sua normal exploração nos termos do presente contrato" (fls. 35, cláusula XI).

Comprometeu-se mais, a arrendatária

"... a ocorrer com as despesas de fiscalização até a quantia de três mil cruzeiros (Cr$ 3 000,00) mensais com início da data da inauguração das obras e benfeitorias previstas na cláusula II, fazendo o depósito antecipado por trimestre da Repartição que lhe for determinada. Ao Governo do Estado, caberá privativamente, designar o funcionário encarregado de fiscalizar permanentemente os serviços e atividades a que se propõe a Arrendatária executar, bem como, cuidar da fiel observância das cláusulas contratuais" (fls. 35, cláusula XII).

E o Estado terá as seguintes vantagens:

"a) Usar, mediante requisição da Repartição competente, dois (2) aposentos com quatro (4) leitos destinados para os indigentes;

b) usar, sempre que o requisitar dois (2) apartamentos de luxo;

c) requisitar para o funcionalismo público estadual, dois aposentos, para os quais a Arrendatária concederá a redução de trinta por cento (30%) sobre as diárias;

d) receber dois por cento (2%) sobre o lucro líquido anual, verificado na venda da água mineral industrializada;

e) as requisições previstas nas alíneas *a* e *c* deverão ser feitas com antecedência de pelo menos quarenta e oito (48) horas" (fls. 35, cláusula XIII).

Entretanto, o Governo do Estado de Santa Catarina no dia 9 de fevereiro de 1977, baixou o Decreto nº 2 242, rescindindo unilateralmente o contrato de arrendamento, ainda com cerca de oito anos de vigência, e determinando que os "bens e direitos que compõem o complexo patrimonial Caldas da Imperatriz passassem à operação e administração da Companhia Industrial Sul Catarinense — CODISC, enquanto não for decidido sobre a destinação dos aludidos bens e direitos".

Os motivos da rescisão do contrato constam do Decreto nº 2 242, nos seguintes considerandos:

"Considerando os termos do ofício GD nº 829, de 28 de julho de 1976, dirigido ao Governo do Estado, pelo Diretor do 1º Distrito Regional do Departamento Nacional de Produção Mineral, que informam sobre as inadequadas condições de exploração e aproveitamento das fontes de água mineral existentes no próprio estadual denominado Caldas da Imperatriz;

Considerando os resultados bactereológicos obtidos em análises de amostras coletadas por técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral e do Departamento Autônomo de Saúde Pública deste Estado;

Considerando a existência de inúmeras irregularidades constatadas por *experts* do DNPM no *processo de aproveitamento* desse bem mineral, tanto no setor balneário como no de sua industrialização ou engarrafamento;

Considerando que essas irregularidades se contrapõem às normas e exigências do Código de Minas, Código de Águas Minerais e Portarias ministeriais ou departamentais;

Considerando o fato de que, a Empresa Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. não deu atendimento às exigências do Departamento Nacional de Produção Mineral, o que ensejou a *Interdição da Fonte*, e posterior lacre das instalações, através de procedimentos integrados da Secretaria da Saúde e da Secretaria de Segurança e Informações;

Considerando ser o Estado de Santa Catarina o legítimo proprietário da área onde se situam as fontes termais, dos direitos de lavra referentes ao Manifesto nº 1 042/42 e de benfeitorias que ali encontram;

Considerando que, para a exploração comercial, turística e industrial desses bens e direitos, foi celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a Empresa Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. o contrato de arrendamento aprovado pelo Decreto nº 472, de 16 de novembro de 1955, publicado no Diário Oficial do Estado de 21 desse mesmo mês e ano;

Considerando que urge afastar a possibilidade de instauração de processo de caducidade do Manifesto 1 042/42, promovendo-se as medidas indispensáveis à correta exploração daquele próprio estadual, para evitar futuros prejuízos ao Estado de Santa Catarina;

Considerando que cumpre ao Poder Público, através de seus órgãos específicos, exercer, em sua plenitude, o poder de polícia sanitária, quando ficar demonstrado a existência de situações nocivas à saúde pública e ao bem estar social;

Considerando que a exploração industrial das águas minerais de Caldas da Imperatriz, dadas as ocorrências referidas configura matéria que se circunscreve nas razões de interesse do serviço público, de interesse social ou de conveniência administrativa;

Considerando, por outra parte, que as providências solicitadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, levaram o Estado de Santa Catarina a determinar o exame circunstanciado sobre a exploração daquele próprio estadual, tendo em vista o cumprimento do contrato de arrendamento;

Considerando que, por sugestão do Senhor Procurador Geral do Estado, foi constituída *comissão* destinada a elaborar relatório pormenorizado sobre o estado do próprio estadual Caldas da Imperatriz em confronto com as cláusulas contratuais, para se apontar a ação omissiva ou comissiva da arrendatária que tenha importado em descumprimento do referido contrato;

Considerando que referida comissão concluiu ter a arrendatária deixado de cumprir várias das cláusulas conforme consta do respectivo relatório;

Considerando que existem causas justificativas devidamente comprovadas, para a ação unilateral do Estado;

Considerando que a Administração Pública pode antecipar o término de contrato, pela rescisão administrativa, por razões de interesse do serviço público ou por conveniência administrativa;

Considerando que, entre as razões de interesse público que admitem a rescisão pura e simples do contrato administrativo, incluem-se as exigências técnicas do serviço, a conveniência do bem-estar geral, da saúde e da segurança públicas" (fls. 36/37).

Discute-se no recurso extraordinário a legalidade desse ato do Poder Público, impugnado pela arrendatária através de mandado de segurança, que foi indeferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por maioria de um voto. O Relator do recurso extraordinário, eminente Ministro Cordeiro Guerra, não conheceu da irresignação derradeira, por entender que "o Decreto argüido de exorbitante não dispôs sobre os direitos de lavra e suas relações com o Governo Federal, mas tão somente sobre o inadimplemento da concessão de uso, denominada impropriamente de arrendamento, matéria portanto de exclusiva competência estadual, pois a concessionária não era titular do direito de lavra". Dissentindo dessa orientação, o eminente Ministro Decio Miranda conheceu do recurso pela letra *a* e lhe deu provimento, sob o fundamento de que, no caso concreto, inexistindo regra sobre o custo do serviço e seu preço de remuneração pelo público, o contrato não é de concessão de serviço público, mas de arrendamento envolvendo o imóvel em si mesmo e a utilização das águas minerais. Com isso, aduz S. Ex.ª, não se nega que se trate de contrato administrati-

vo, porque, na sua formação, no seu início, e na sua contratação, interveio o Poder Público, mas a natureza, a substância é a de um contrato de arrendamento com prazo certo, resultante de concorrência pública, não sendo possível utilizar o Estado de seu poder inerente, para obter, unilateralmente, a rescisão da avença.

Cuida-se, pois, de dar ao contrato, celebrado pelos litigantes, a qualificação legal. Essa pesquisa, de ordem doutrinária e jurisprudencial, não extravasa dos lindes do mandado de segurança, nem do recurso extraordinário. A ela não incidem, ademais, as Súmulas 279 e 454, visto que a operação não demanda o reexame de provas e, muito menos, a interpretação de cláusulas contratuais. Trata-se tão somente de atribuir ao contrato a definição legal, tarefa a que o "juiz não pode eximir-se". "Da mihi factum, dabo tibi jus."

Hely Lopes Meirelles, tantas vezes citado pelos litigantes, conceitua o contrato administrativo como sendo "todo aquele que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a realização de serviço, execução de obra, ou obtenção de qualquer outra prestação de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração" (*Direito administrativo brasileiro*. 2 ed., p. 227).

Explicitando essa conceituação, acentua o consagrado jurista: "o contrato administrativo é bilateral, comutativo, oneroso, formal, realizado *intuitu personae* e destinado a satisfazer um interesse público, caracterizado" (op. cit. p. 228). E acrescenta: "Quando a inadimplência for do particular pode a Administração declarar rescindido o contrato, indicando os motivos da resilição e assumindo a sua execução por via administrativa ou judicial, para que não pereça a obra, o serviço ou a prestação contratada, que se presume sempre de interesse coletivo" (op. cit. p. 235).

Essa doutrina, que erige em princípio distintivo, entre o contrato administrativo propriamente dito e outras avenças regidas pelo direito privado, embora celebradas pelo Poder Público, a existência nos primeiros da concessão de um serviço público, ou de utilidade pública, assim reconhecidos pela Administração Pública e, por isso, insuscetível de ser prejudicado ou paralizado pelo inadimplemento do concessionário, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, inclusive no acórdão proferido no RE nº 18 028-DF, cuja ementa é a seguinte:

"Concessão de serviço público.

O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato" (*RTJ* 46/2).

Apreciou esse aresto o mandado de segurança impetrado pela Cia. Industrial de Ilhéus S.A., concessionária dos serviços do Porto de Ilhéus. Em seu voto, o eminente Ministro Victor Nunes, depois de lembrar que havia indeferido o mandado de segurança impetrado pela Panair, salientou que "são conhecidos os exemplos em que o Governo retoma um serviço público concedido, para garantir a sua continuidade" (*RTJ* 46/11). Tese com a qual concordou o eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, dizendo: "cada vez mais se acentua a tendência para atribuir ao Estado a fiscalização e o controle dos serviços concedidos e, evidentemente, essa cláusula de rescisão está implícita em todo o contrato" (*RTJ* 46/12).

Pela expressão todo o contrato quis significar o eminente Ministro Themistocles Cavalcanti, todo o contrato de concessão de serviço público. É manifesto que, se a União, Estado ou Município, vende bem dominical (art. 66, III, do Código Civil)

ou o dá em arrendamento para a utilização privada do locatário, vale dizer, a fim de ser, por ele, utilizado como residência ou nos seus negócios, defeso será ao locador, apesar de sua condição de pessoa jurídica de direito público, rescindir unilateral e antecipadamente a avença, sem a intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, se a hipótese é a de locação de bens conjugada à cessão de serviço público, sendo os primeiros os meios de execução dos segundos, ínsita está a cláusula de rescisão em favor da Administração Pública.

As objeções que o eminente Ministro Decio Miranda apresentou em seu voto à qualificação do contrato celebrado entre os litigantes como contrato administrativo propriamente dito, encontram respaldo na orientação que acabo de expor. Realmente, como tal não poderia ser definida a avença, se, tal como S. Ex.ª expôs, não tivessem sido estabelecidas regras pelas quais, "apesar de delegado o serviço, continue ele sendo serviço público, tanto que, de rigor, ao Poder Público compete fixar as tarifas de serviço público, enfim, os preços, que, em casos excepcionais, podem ser inferiores ao próprio custo".

Todavia, consoante se viu pela leitura que procedi do teor do contrato, não se caracteriza ele pelas indicadas omissões. Assim, o contrato tem por objetivo o complexo de bens denominado Caldas da Imperatriz, para ser utilizado na exploração de hotel e na industrialização das águas minerais das fontes ali existentes. Para isso, a contratada se obrigou a realizar as obras previstas no contrato, sob a fiscalização da contratante. E ficou estabelecido que os preços correspondentes aos serviços deverão previamente ser submetidos à aprovação do Governo do Estado, e nunca serão inferiores à média dos hotéis similares e congêneres do país (cláusula X, fls. 35). Comprometeu-se ainda a contratada a atender às despesas da fiscalização a ser exercida pela Administração Pública, até a quantia de Cr$ 3 000,00 mensais, com início da data de inauguração das obras e benfeitorias previstas na cláusula II (fls. 35).

Penso que essas cláusulas afastam da espécie *sub judice* a qualificação de simples arrendamento disciplinado pelo direito privado, para enquadrá-la como concessão de serviços públicos, com a cláusula implícita da rescisão unilateral, tendo em vista o interesse público, ficando assegurado à concessionária o direito de indenização por danos e prejuízos sofridos, se demonstrar *a posteriori,* na via ordinária, a improcedência da causa alegada para a rescisão.

Quanto ao fundamento, igualmente invocado no recurso extraordinário, de que o Estado de Santa Catarina privou a recorrida de sua condição de empresa mineradora, violando, em conseqüência, o art. 87 do Código de Mineração e a jurisprudência que proíbem, terminantemente, a quem quer que seja, mesmo por ação judicial, o impedimento dos trabalhos de pesquisa e lavra, cumpre ponderar que esse direito, vinculado ao trabalho de pesquisa e de lavra, não pode arrebatar da Administração Pública o poder de rescindir a concessão, referente aos bens e utensílios de sua propriedade utilizados pela concessionária. A recorrente ficou impossibilitada de exercer esses misteres por ato da União, que interditou a fonte, e, posteriormente, mandou lacrar as instalações, em face da existência de inúmeras irregularidades verificadas por *experts* do DNPM no processo de aproveitamento desse bem mineral, tanto no setor balneário como no da sua industrialização e engarrafamento.

Ante o exposto, com a *venia* do eminente Ministro Decio Miranda, acompanho o voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra, para não conhecer do recurso extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE nº 89 217 — 6 — SC — Rel., Min. Cordeiro Guerra. Recte. Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. (Advs. Galeno Lacerda, Hugo Mósca e outros). Recdo. Estado de Santa Catarina (Governador do) (Advs. Napoleão Xavier do Amarante e outro).

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos do Ministro Relator não conhecendo, e do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Falaram pelo Recte. o Dr. Galeno Lacerda e pelo Recdo. o Dr. Napoleão Xavier do Amarante. T. Pleno, 26.10.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Cunha Peixoto após os votos dos Ministros Relator e Soares Muñoz não conhecendo e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 6.12.78.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Decio Miranda.

Procurador-Geral da República, o Prof. Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: 1. Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., após concorrência pública, celebrou, em 15 de outubro de 1955, contrato, com o Estado de Santa Catarina, de arrendamento pelo prazo de trinta anos, do imóvel denominado Caldas da Imperatriz, compreendendo o hotel, sua ampliação, e o direito à industrialização das águas minerais lá existentes.

Entretanto, o Governo do Estado de Santa Catarina, no dia 9 de fevereiro de 1977, baixou o Decreto nº 2 242, rescindindo unilateralmente o contrato de arrendamento, ainda com cerca de oito anos de vigência, e determinando que os "bens e direitos que compõem o complexo patrimonial de Caldas da Imperatriz passassem à operação e administração da Companhia Industrial Sul Catarinense, enquanto não for decidido sobre a destinação dos mencionados bens e direitos".

Contra o ato, Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. impetrou mandado de segurança, denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina por voto de desempate.

2. A vencida interpôs recurso extraordinário, tendo os eminentes Ministros Cordeiro Guerra — Relator — e Soares Muñoz, não conhecido do apelo, enquanto o não menos eminente Ministro Decio Miranda dele conhece e lhe dá provimento.

3. Cinge-se a questão em saber qual a natureza do contrato firmado entre as partes.

É que a administração pode utilizar-se do instituto do contrato, quer na sua pureza originária, isto é, sob as normas exclusivas do direito privado, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambos os casos, haverá a participação do Estado, interesse e finalidade pública, mas na primeira hipótese o ajuste será de natureza privada e somente no segundo haverá contrato administrativo propriamente dito.

4. Daí a necessidade de distinguir entre o contrato privado da administração — compra de um edifício particular, arrendamento para uso do serviço público, etc. — e contratos de administração típicos — contrato de serviço público, de obras públicas e outros em que avulta o interesse público.

Isto porque, neste último caso, predomina o interesse público e, assim, a Administração dispõe sempre do privilégio de fixação e alteração das cláusulas pertinentes a

esse interesse público; e, até mesmo, de por fim ao contrato em meio de sua execução.

Na verdade, constitui hoje foros de cidade que o contrato administrativo propriamente dito traz ínsito o poder de rescisão unilateral, pouco importando que não haja, neste sentido, cláusula prevista expressamente em lei, ou consignada no contrato.

Com assinala Berçait, "el rasgo más sobresaliente que la ejecución normal del contrato administrativo, es la posibilidad de su modificación en forma unilateral por la Administración pública, cuando una necesidad pública colectiva así lo exige".

"Esta posibilidad, junto con las otras dos de ejecución directa y de rescisión también unilateral, constituyen lo caracteristico del régimen jurídico especial queregla la vida del contrato administrativo como elemento esencial de éste" (Miguel Angel Berçait. *Teoria general de los contratos administrativos*, p. 297, n. 159).

É que o contratante particular busca uma colocação produtiva para seu capital, enquanto que a Administração Pública vela pelo interesse público, pela satisfação das necessidades coletivas.

5. O exame do contrato *sub judice* mostra, desde logo, que o objetivo principal das partes foi a exploração das águas minerais existentes na região em que se situa o hotel. A exploração deste é parte acessória, ou melhor, uma necessidade para o aproveitamento das águas, cuja exploração constitui um privilégio do Estado de Santa Catarina. Com efeito, a transferência do hotel para uso da recorrente, por trinta anos, não vem acompanhada, de imediato, de nenhuma contraprestação. Esta só ocorre após trinta anos do início do contrato, ou melhor, em seu término, quando, nos termos da cláusula XVI, a recorrente deverá entregar à Entidade Pública todas as instalações — recebidas e construídas — sem nenhuma compensação. E note-se que as construções a que se obriga a arrendatária são pequenas em proporção ao vulto do negócio, e, ao tempo em que ela deve utilizar a fonte, o prédio já recebido e os acréscimos. De conformidade com a cláusula II, a impetrante ficou obrigada, na verdade, a: "I) construir um aumento com quatro apartamentos no prolongamento frontal do prédio novo; II) construir um aumento sobre o prédio novo com vinte e seis aposentos e quatro apartamentos."

Não resta dúvida de que outros melhoramentos devem ser introduzidos no conjunto, mas estes, ou são de pouca monta, ou facultativos, como esclarece a cláusula VI. As obras ali descritas só serão construídas "caso a sua situação (da arrendatária) financeira o permita".

Durante trinta anos, a única prestação a ser recebida pelo Estado é um percentual de 2% "sobre o lucro líquido anual, verificado na venda da água mineral industrializada" (cláusula XIII, letra *d*).

Fonte esta que pertence ao Estado e que, nos termos da letra *b*, da cláusula XI, seria transferida, como foi, com o prédio do hotel, à arrendatária. Estabelece a cláusula XI:

"Durante a vigência do presente contrato, assegurará com exclusividade o Governo do Estado à Arrendatária as seguintes vantagens:

a) direito de aproveitar as terras existentes ou que venham a existir dentro do Patrimônio das Caldas da Imperatriz, para as finalidades exclusivas previstas neste contrato;

b) direito de industrializar as águas minerais nas fontes, para o que se obriga o Estado, no que tange as relações com as repartições federais que disciplinam a concessão, a fazer bem e efetivo o arrendamento ora feito, de modo a permitir ao arrendatário a sua normal exploração nos termos do presente contrato."

Para não deixar nenhuma dúvida sobre a natureza administrativa do contrato, ora em exame, basta a leitura da cláusula XV, *verbis:*

"A requerimento da arrendatária, providenciará o Governo do Estado a desapropriação das áreas de terras, vizinhas das Caldas da Imperatriz, que forem julgadas de interesse pela arrendatária, para a execução deste contrato. As despesas de desapropriação serão reembolsadas ao Estado pela Arrendatária."

Ora, a desapropriação pressupõe um interesse público ou social e, assim, a possibilidade desta medida, por iniciativa exclusiva da Arrendatária, mostra à evidência que se trata de coisa que interessa à coletividade. Nada mais se precisaria acrescentar para mostrar ser o contrato em apreço tipicamente administrativo e, portanto, rescindível unilateralmente, conforme a opinião dominante dos doutores.

6. Não se examina aqui se a impetrante deu ou não causa à rescisão, mas apenas o direito do Estado de rescindir unilateralmente o contrato, sofrendo, evidentemente, as conseqüências de seu ato, se a arrendatária não foi inadimplente.

Como assinala Berçait, "ni el contratante puede oponer a la satisfacción de las necesidades públicas colectivas la inmutabilidad de su contrato, ni la Administración pública puede sacrificar los interes legítimos del cocontrante en su aspecto económico, para dar satisfacción a las necesidades por la cuales debe velar.

El contrato administrativo permite contemplar ambos aspectos y satisfazer ese doble juego de interese que compreende, mediante la adaptación de las obligaciones pactadas a las mudables necesidades públicas, y mediante el pago correlativo de la indemnizaciones pertinentes al cocontrate" (op. cit., p. 283-4, n. 148).

Esta matéria, porém, só poderá ser discutida em ação ordinária.

7. Por estes motivos, e pelos constantes dos votos dos Ministros Cordeiro Guerra e Soares Muñoz, não conheço do recurso, *data venia* do Ministro Decio Miranda.

EXTRATO DA ATA

RE nº 89 217 — 6 — SC — Rel., Min. Cordeiro Guerra. Recte: Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. (Advs. Galeno Lacerda, Hugo Mósca e outros). Recdo: Estado de Santa Catarina (Governador do) (Advs. Napoleão Xavier do Amarante e outro).

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos do Ministro Relator não conhecendo, e do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Falaram pelo Recte. o Dr. Galeno Lacerda e pelo Recdo. o Dr. Napoleão Xavier do Amarante. T. Pleno, 26.10.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após os votos dos Ministros Relator e Soares Muñoz não conhecendo e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 6.12.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Moreira Alves, após os votos dos Ministros Relator, Soares Muñoz e Cunha Peixoto não conhecendo, e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Não tomou parte no julgamento o Sr. Ministro Rafael Mayer. T. Pleno, 8.3.79.

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, o Prof. Henrique Fonseca de Araújo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Moreira Alves: 1. Observo, inicialmente, que o presente recurso extraordinário foi interposto com fundamento, também, na letra *c* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, uma vez que se tratava de ato do Governo do Estado de Santa Catarina atacado, por via de mandado de segurança, em face da Constituição e de Leis federais, e julgado válido pela Justiça local.

Assim, e com a devida vênia do eminente relator e dos colegas que o acompanharam, conheço do recurso.

2. Passo, portanto, ao julgamento da causa.

Como bem observaram os votos já proferidos neste julgamento, a controvérsia se cinge, substancialmente, à determinação da natureza jurídica do contrato celebrado entre o Estado de Santa Catarina e Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A., e denominado de arrendamento do imóvel Caldas da Imperatriz. O eminente relator, atento à circunstância de que os votos vencedores e vencidos que integram o acórdão recorrido se manifestaram concordemente no sentido de que se trataria de contrato administrativo, adstringe-se ao exame — e conclui em sentido afirmativo — da possibilidade de rescisão unilateral, por parte da Administração Pública, de tais contratos, ainda quando neles não haja cláusula expressa a propósito. O Sr. Ministro Decio Miranda diverge dessa opinião, porquanto considera que a premissa não é exata: no caso, haveria contrato privado da Administração e não contrato administrativo propriamente dito, razão por que aplicável seriam as normas de direito civil, e, portanto, inadmissível a rescisão unilateral. Examinando, também, a natureza jurídica desse contrato, os Srs. Ministros Soares Muñoz e Cunha Peixoto consideram, pelo fato de nele encontrarem as denominadas *cláusulas exorbitantes*, que se trata de contrato administrativo propriamente dito.

Não há dúvida de que a doutrina brasileira em sua grande maioria segue a francesa que admite a existência do contrato administrativo propriamente dito.

Não há dúvida de que a doutrina brasileira em sua grande maioria segue a francesa que admite a existência do contrato administrativo. Estão em minoria autores como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969. v. I, n. 56.7 e 56.8, p. 606 e segs.), que negam a existência quer do contrato de direito público defendido por alemães e italianos, quer do contrato administrativo, de origem francesa, admitido na Espanha, em Portugal e nos países latino-americanos.

Acolhida que seja a doutrina da existência do contrato administrativo propriamente dito, é mister distinguir quando o contrato celebrado pela Administração Pública é contrato privado e quando é ele contrato tipicamente administrativo, até porque, em se tratando deste, prevalece a tese de que está nele implícito o poder de a Administração rescindi-lo por ato unilateral, pela consideração de que o interesse público impõe a observância do princípio da continuidade do serviço público que não pode ficar na dependência do interesse dos particulares.

Essa distinção, segundo a orientação francesa, se faz, como observa Laubadère (*Traité de droit administratif*. 6. ed. Paris, p. 337, Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1973, v. I, n. 573, p. 337) pelo seguinte critério alternativo:

"Pour identifier le contrat administratif, la jurisprudence a adopté un critère alternatif dans lequel se trouvent combinées l'idée du *choix par l'administration du procédé de droit public* (...) mais aussi l'idée que, dans certains cas, l'objet même du

contrat le rende nécessairemente administratif.

Il faut d'abord souligner que le critére ne se trouve ni dans les *formes* et *procédures* employées pour la conclusion du contrat, ni dans une *distinction entre les diverses collectivités publiques.*

. . . . . .

Cela étant, la formule alternative adoptée par la jurisprudence fait concurrement appel au critére de la *clause exorbitante* et à celui de la *partipation directa du conontractant à l'exécution même du service public.*"

No caso ora sob julgamento, afasta-se, desde logo, o critério distintivo baseado no próprio objeto do contrato, o que só ocorre quando há a participação direta do contratante particular na execução de serviço público, objeto esse que é em si mesmo, conforme bem acentua Laubadère (op. cit., n. 576, p. 339), exorbitante ao terreno do direito privado.

Com efeito, na espécie, o objeto do contrato denominado pelas partes contratantes como sendo de arrendamento é bem público simplesmente dominical (pertencente, portanto, ao domínio privado do Estado), razão por que, no próprio direito francês, por muito tempo, se considerou, como regra absoluta, que a eles se aplicavam as normas de direito comum, e, ainda hoje, quando se afastou o caráter absoluto da observância, continuava a afirmar-se que, em princípio, prevalece, com referência a esses contratos, o direito civil, só cedendo passo ao direito público se existirem cláusulas exorbitantes. É ainda o que informa Laubadère (op. cit., n. 575, p. 338):

"En principe, les contrats conclus par l'administration et concernant son domaine privé sont des contrats de droit commun en raison de l'application générale du droit privé et de la compétence judiciaire à l'ensemble de la gestion du domaine privé (infra, nº 752): C.E. 26 janvier 1951, Sté anonyme minière, 49; T.C. 24 janvier 1952, Conservateur des eaux et forêts de Corse, 613. Cette règle a pu longtemps paraître absolue; mais la jurisprudence admet aujourd'hui que les contrats relatifs au domaine privé peuvent être des contrats administratifs du fait de la présence de clauses exorbitantes: C.E. 17 décembre 1954, Grosy; T.C. 2 juillet 1962, Consorts Cazautels; T.C. 22 novembre 1965, Calmette, D. 1966.258, note Lenoir."

Como se vê, mesmo no direito francês, que se inclina decididamente em favor da Administração Pública em matéria contratual, prevalece, no fundo, a idéia de que o contrato administrativo propriamente dito somente existe quando a supremacia do Estado transparece nitidamente, ou porque decorre da natureza mesma do seu objeto (como sucede, na concessão de serviço público, que não pode ficar na dependência do interesse particular), ou porque resulta de cláusulas opostas a ele pelas partes contratantes, e em virtude das quais ressalta, claramente, a posição de superioridade em que se coloca a Administração Pública em face do contratante particular.

No Brasil, seu direito positivo — ao contrário do que sucede com a doutrina e a jurisprudência francesas — propende para a aplicação do direito comum aos contratos administrativos, tendência essa que, por via de interpretação restrita, se afasta dos contratos administrativos que visam à consecução de serviços públicos, pela natureza de seu objeto, mas que é inarredável em se tratando de contratos, como o presente, que dizem respeito a coisas pertencentes ao domínio privado da Administração Pública. Demonstra-o, de maneira cristalina, esta análise de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (op. cit., nº 56.8, p. 612-613):

"O Código de Contabilidade Pública da União, Lei federal nº 4 356, de 28.1.1922, trata do contrato nos arts. 54 a 57. No art. 54 dispõe apenas sobre as formalidades a

serem observadas para a validade dos contratos em que a União seja parte. No 55 prescreve que nos atos de prorrogação, suspensão ou rescisão dos contratos deverão ser respeitadas todas as formalidades exigidas para a legalidade dos mesmos. Como não esclarecem quais sejam, além do registro do Tribunal de Contas a que se refere expressamente, se há de entender que são os do direito comum. Nos arts. 56 e 57 trata da fiscalização de atos pertinentes aos contratos pelo Tribunal de Contas. Não se refere a contratos administrativos como constituindo espécie distinta dos contratos comuns.

Já o regulamento, Decreto federal nº 15 783, de 8.11.22, se refere ao contrato administrativo mas o sujeita ao direito comum. Realmente o art. 766 desse Regulamento dispõe: "Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas previstas no presente capítulo."

Destarte, rege-se o contrato administrativo, segundo o direito positivo nacional, estritamente, pelos mesmos princípios gerais do direito privado, dispostos no Código Civil, relativamente ao acordo de vontades, nas suas vinculações recíprocas e ao objeto desse acordo, quanto às respectivas prestações.

Apenas quanto à estipulação, aprovação e execução do contrato deve observar as normas de direito público insertas no citado Regulamento. Porém, em nenhum dos seus preceitos a respeito, constantes dos arts. 773 a 778 sobre a estipulação dos contratos, dos arts. 784 a 794, sobre a aprovação dos contratos, e dos arts. 795 a 802 sobre a execução dos contratos prevê a modificação unilateral pela Administração Pública das suas cláusulas na conformidade do interesse público. Ao contrário, declaram que as partes devem atender às condições avençadas.

Só se tolera a sua alteração em proveito do particular, tendo em vista a teoria da imprevisão. E isso mesmo em virtude de textos legais posteriores, que prevêem o reajuste de preço, como o Decreto federal 309, de 6.12.61, para os contratos de obras e serviços da União, ou por força de julgados, que vêm reconhecendo a cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos, mas tanto nos firmados pela Administração Pública como parte, como, outrossim, entre particulares.

Portanto, no direito brasileiro se não admite possa a Administração Pública, nos contratos ajustados com os administrados, de obra pública ou de fornecimento, de empréstimo público ou de oferta de concurso, alterar unilateralmente, no interesse coletivo, mediante *fait du prince*, as suas cláusulas, senão nos termos dispostos expressamente no contrato ou em lei anterior, a cujos ditames o administrado aderiu ao manifestar a sua vontade, firmando o contrato.

Aliás, esses contratos correspondem a contratos específicos regulados pelo Código Civil, como salientado.

Ora, ainda quando se admita, apesar desses dispositivos legais, a existência, em nosso sistema jurídico, do contrato administrativo, e se afaste da aplicação deles, por interpretação restritiva, os contratos de concessão de serviços públicos, pela natureza peculiar de seu objeto, só se poderá considerar como sendo contrato administrativo propriamente dito contrato de locação de coisa pertencente ao domínio privado do Estado, quando resulte inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de colocarem a Administração Pública em posição de supremacia, pela adoção de

cláusulas que exorbitem, evidentemente, da disciplina das relações jurídicas privadas. A não ser assim, prevalece a norma de direito positivo que sujeita esses contratos ao direito comum, até para que o contratante particular, que se fiou nela, não seja surpreendido com interpretações que não correspondem à inequívoca vontade negocial declarada quando da celebração do contrato.

Na espécie, com a devida vênia dos votos dos eminentes Ministros Soares Muñoz e Cunha Peixoto, que examinaram o conteúdo das cláusulas contratuais em causa, não ocorre essa inequivocidade. Ao contrário, há cláusulas expressas que afastam a posição de supremacia da Administração Pública no que é indispensável a ela — e, por isso mesmo, se considera implícito nos contratos administrativos propriamente ditos — ou seja, o poder de rescisão unilateral. De feito, reza a cláusula XIX: "Qualquer divergência que surgir, entre a Arrendatária e o Governo do Estado de Santa Catarina, bem assim, nos casos previstos neste contrato, serão resolvidos por dois árbitros, nomeados um de cada parte. Se estes dissentirem, submeter-se-á o assunto a um terceiro, escolhido pelos dois primeiros". E é ela complementada pela cláusula XXI: "O foro, para resolver quaisquer das questões suscitadas na aplicação deste termo de contrato, que não forem resolvidas por arbitramento, na forma da cláusula XIX, será o da capital do Estado de Santa Catarina". Note-se a expressividade das expressões: "qualquer divergência que surgir"; e "quaisquer das questões suscitadas na aplicação deste termo de contrato". São, com toda a evidência, abrangentes de todos os litígios entre os contratantes, inclusive o relativo ao inadimplemento pela inobservância de obrigações contratuais. E em face delas, não há que se falar em "poder implícito de rescisão unilateral", pois os poderes implícitos só existem quando não há cláusulas expressas em contrário, ou, se as há, estas (e isso não ocorre na hipótese, pois se trata de domínio privado do Estado) são nulas, por ferirem princípios de ordem pública.

Essas cláusulas XIX e XXI, por si só, afastariam a pretensão do Estado de ter poder implícito de rescisão unilateral no contrato em apreço. Mas, é de observar-se, outrossim, que, nesse negócio jurídico, ainda quando inexistissem essas duas cláusulas que se compadecem apenas com a disciplina privada dos contratos, não há cláusulas exorbitantes para que ele se configure, inequivocamente, como contrato administrativo propriamente dito. A cláusula de reversão de bens se explica como contrapartida da cessão de uso dos bens dominicais, certo como é que, ao longo dos trinta anos do prazo contratual, a Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. nada paga por ela, e a requisição de dois aposentos com quatro leitos para uso de indigentes e de dois apartamentos de luxo não é, evidentemente, contra-prestação a ela. A obrigação (cláusula X) de que os preços não deverão ser inferiores à média dos hotéis similares e congêneres do sul do país se justifica em face, até, do a que se propôs a arrendatária na cláusula VI (promoção de construções, se o permitir a situação financeira desta), bem como da reversão final dos bens, o que, explica, igualmente, a existência de fiscalização permanente por parte de funcionário do Estado (cláusula XII). Basta, para se chegar a essa conclusão, que tais cláusulas poderiam ser apostas em contrato, com as peculiaridades do presente, firmados apenas entre particulares. Nem se pretenda, por fim, que o contrato em causa é administrativo propriamente dito, porque, pela cláusula XV, o Estado, a requerimento da Arrendatária, providenciará "a desapropriação das áreas de terras, vizinhas das Caldas da Imperatriz, que forem julgadas

de interesse pela Arrendatária para a execução desse contrato", sendo que "as despesas de desapropriação serão reembolsadas ao Estado pela Arrendatária". Essa cláusula, em si mesma, não exorbita ao terreno do direito privado, ao contrário do que parece à primeira vista. No que ela interessa ao contrato, diz respeito, apenas, à faculdade que se dá a arrendatária de solicitar ao arrendador que adquira (se fosse particular, por meio de compra; por ser o Estado, por meio de desapropriação) terras vizinhas à arrendada, com direito a ressarcimento das despesas daí decorrentes. Ademais, não é em virtude dessa cláusula que o arrendamento em apreço passará a ser de utilidade pública, tanto assim que desapropriação que se fizesse para aumentar o domínio privado do Estado, com vistas ao interesse da exploração comercial dele por arrendatária particular, que ressarciria a Administração Pública das despesas com a expropriação, dificilmente poderia ser enquadrada nos casos de utilidade ou necessidade públicas, ou do interesse social, únicos que permitem a desapropriação.

De qualquer sorte, como salientei anteriormente, em contratos cujo objeto é o domínio privado do Estado, e em que há cláusulas expressas que são incompatíveis com o poder implícito de rescisão unilateral, não é possível pretender-se, por qualquer dos critérios distintivos dos contratos tipicamente administrativos, que se esteja na presença de um deles.

3. Em face do exposto, e com a devida vênia dos votos que não conhecem do recurso, dele conheço, e lhe dou provimento, para conceder a segurança.

RE nº 89 217 — 6 — SC — Rel., Min. Cordeiro Guerra. Recte. Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. (Advs. Galeno Lacerda, Hugo Mósca e outros). Recdo.: Estado de Santa Catarina (Governador do) (Advs. Napoleão Xavier do Amarante e outro).

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos do Ministro Relator não conhecendo, e do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Falaram pelo Recte. o Dr. Galeno Lacerda e pelo Recdo. o Dr. Napoleão Xavier do Amarante. T. Pleno, 26.10.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após os votos dos Ministros Relator e Soares Muñoz não conhecendo e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 6.12.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Moreira Alves, após os votos dos Ministros Relator, Soares Muñoz e Cunha Peixoto não conhecendo, e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Rafael Mayer. T. Pleno, 8.3.79.

Decisão: Pediu vista o Ministro Leitão de Abreu, após os votos dos Ministros Relator, Soares Muñoz e Cunha Peixoto não conhecendo, e dos votos dos Ministros Decio Miranda e Moreira Alves conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 28.3.79.

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Leitão de Abreu: Antes que a nossa lei civil o fizesse, a doutrina nacional e alienígena já distinguia os bens públicos segundo o uso a que se destinem. Usando desse critério, o clássico Otto Mayer, escrevendo quanto ao direito administrativo alemão — ao qual, aliás, não se

adstringiu, pois escreveu, também, sobre o direito administrativo francês — classificava os bens públicos em bens administrativos e bens fiscais. Os primeiros — observa — constituem os meios pelos quais o Estado promove o interesse público: utilizando-os para isso é que o Estado realiza a administração pública. Os segundos, isto é, os bens fiscais, somente fornecem ao Estado meios pecuniários. A primeira categoria é desdobrada, entre nós, em duas espécies: a dos bens de uso comum e a dos bens de uso especial. A segunda, a dos bens fiscais, tem, em nosso direito, a denominação de bens dominicais, aí compreendidos — define o Código — os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Os bens de uso comum e de uso especial encontram a sua disciplina, como é natural, no direito público, constitucional e administrativo, uma vez que servem, imediatamente, a fins públicos. Quanto aos bens do patrimônio fiscal, o Estado deles se utiliza para os seus interesses pecuniários. Natural é, assim, também, que às relações daí resultantes se aplique o direito civil ou, de modo mais amplo, o direito privado. "Mais partoute cette activité" — ensina Otto Mayer — "l'Etat sort de son rôle général. C'est encore de l'administration, mais c'est plutôt une administration comme celle d'un particulier qui gère ses affaire. On parle ici *d'administration fiscale*. La chose commune poursuit ici, dit-on, non pas des intérêts publics, mais *ses intérêts privés*". *(Le Droit administratif allemand*". Paris, 1905. t. I, p. 181-182).

Pode o Estado, por conseguinte, realizar contratos, quanto aos bens do patrimônio fiscal, isto é, repetindo as palavras do Código Civil, aqueles que lhe constituem o patrimônio, como objeto de direito pessoal ou real, segundo o direito civil, desde que aja como se fora qualquer particular. A cláusula final significa que, não agindo como tal, mas usando do império, que lhe é próprio, de introduzir no contrato cláusula exorbitante do direito comum, o pacto assumirá outra feição, convertendo-se em contrato tipicamente administrativo e, como tal, regido pelos princípios publicísticos, aplicáveis a contratos dessa natureza. Somente, pois, quando o contrato, que tenha por objeto bem dominical, servir puramente a interesse pecuniário do Estado, impera sobre ele o direito privado. Em vez de contrato administrativo, em sentido estrito, será ele, nesse caso, simplesmente, contrato da Administração, análogo ao celebrado por particulares.

O bem dominical ou do patrimônio administrativo pode, no entanto, perder essa condição, em caráter provisório ou não, se afetado ao uso comum ou a uso especial, passando a reger-se esse uso, em tal caso, pelo direito público. Nada impede, por outro lado, que, em relação a bem daquela natureza, a Administração realize, com particular, contratos que objetivem atender ao interesse coletivo, contratos nos quais, por isso, se insiram cláusulas exorbitantes do direito privado. Tanto numa como noutra hipótese, o direito privado cede o lugar, então, na disciplina da matéria, ao direito público.

Toda a questão, na espécie vertente, está em saber, por conseguinte, se, no contrato dito de arrendamento, a Administração cedeu, temporariamente, ao arrendatário, o direito de lavra de que é detentor, bem como a utilização dos mais bens a que se refere a avença, para servir ao interesse pecuniário do Estado, ou se, ao revés, realizou a cessão dos aludidos bens para que fossem eles empregados em fim de interesse público ou coletivo. Cumpre averiguar, de outro lado, se, no contrato, se incluiu cláusula exorbitante do direito privado.

A análise das cláusulas contratuais e do contrato no seu todo não convence que a Administração, com o arrendamento do próprio estadual Caldas da Imperatriz, tenha querido promover interesse pecuniário. Se é verdade que se arroga direitos, são eles de porte insignificante, de feição quase simbólica. Outra qualificação não merecem eles, diante do que se lê na Cláusula XIII, onde se diz: "O Governo do Estado terá as seguintes vantagens: a) usar, mediante requisição da repartição competente, dois aposentos com quatro leitos destinados para os indigentes; b) usar sempre que o requisitar, dois apartamentos de luxo; c) requisitar para o funcionalismo público estadual dois aposentos, para os quais a arrendatária concederá a redução de trinta por cento sobre as diárias; d) receber dois por cento sobre o lucro líquido anual, verificado na venda da água mineral industrializada.

Dir-se-á que, em outras cláusulas, se estipulam, quanto ao arrendatário, obrigações que redundariam em vantagem patrimonial para o Estado, tais como as concernentes à remodelação, ampliação do aludido próprio estadual, bem como a sua conservação. A verdade é, no entanto, que o cumprimento desses deveres atendia, fundamentalmente, em grande parte, ao interesse também do arrendatário, intitulado, pelo contrato, a usar dos bens arrendados durante o longo prazo de trinta anos. A Cláusula XVII estabelece, certamente, que expirado o prazo do arrendamento, as benfeitorias passarão ao patrimônio do Estado, sem qualquer ônus. Parece claro que o arrendamento não se fez com o fim de obter a vantagem contemplada nessa cláusula, pela qual o Estado, simplesmente, visa a resguardar-se do ônus que para ele representaria a indenização de melhoramentos introduzidos no aludido próprio estadual em benefício, também, da sua própria exploração pelo arrendatário. Observa, aliás, o Ministro Cunha Peixoto, que uma das obrigações da arrendatária, talvez a de maior vulto, isto é, a constante da Cláusula VI, é de caráter facultativo.

Ao ceder a empresa particular a exploração do próprio estadual Caldas da Imperatriz visou a Administração transferir a particular a execução de serviço, que entendia ser de utilidade coletiva, não tendo sido animada, desta sorte, pelo propósito de angariar lucro patrimonial ou tirar proveito pecuniário desse negócio jurídico.

Impressiona o argumento, deduzido pelo eminente Ministro Moreira Alves, de que existem cláusulas contratuais que afastam a posição de supremacia da Administração Pública, porque incompatíveis com ela. A primeira delas, Cláusula XIX, reza: "Qualquer divergência que surgir, entre a arrendatária e o Governo do Estado de Santa Catarina, bem assim nos casos previstos nesse contrato, serão resolvidos por dois árbitros, nomeados um de cada parte. Se estes dissentirem, submeter-se-á o assunto a um terceiro, escolhido pelos dois primeiros". A segunda, Cláusula XXI, estabelece: "O foro, para resolver quaisquer das questões suscitadas na aplicação deste termo de contrato, que não forem resolvidas por arbitramento, na forma da Cláusula XIX, será o da capital do Estado de Santa Catarina".

Indubitável é que tais cláusulas sugerem ser de natureza privada o contrato a que aderem. A este não se poderiam, destarte, aplicar princípios que são próprios dos contratos administrativos, notadamente do contrato de concessão de serviço público. Entretanto, como realçou o eminente Ministro Cunha Peixoto, cláusula existe, igualmente, no contrato, que é claramente exorbitante do direito privado. É a que consta da Cláusula XV, onde se lê: "A requerimento da arrendatária, providenciará o Governo do Estado a desapropriação das áreas de terras, vizinhas das Caldas da Imperatriz, que

forem julgadas de interesse pela arrendatária, para a execução deste contrato. As despesas da desapropriação serão reembolsadas ao Estado pela arrendatária". Ora, desapropriação só se legitima no caso de necessidade, utilidade pública ou por interesse social. Se o Governo do Estado se obrigou a desapropriar, pedindo à arrendatária, em benefício da execução do contrato, áreas de terras vizinhas das Caldas da Imperatriz, asusmiu encargo que envolve o exercício da autoridade pública, encargo manifestamente exorbitante do direito privado. Demais disso, como a desapropriação supõe que o bem desapropriado se destine à utilidade pública, ou ao serviço público, decorre, inevitavelmente, dessa cláusula, que o contrato, na espécie, tem por objeto a realização de fim de utilidade pública.

Por estes fundamentos, conheço do recurso pela letra *c*, tal como o fez o Ministro Moreira Alves, porém, com a vênia de Sua Excelência e do Ministro Decio Miranda, lhe nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, o debate foi longo e douto, mas serei, como sempre, tão breve quanto possa.

Das assentadas anteriores e dos memoriais das partes, que nos chegaram com fartura, ficou-me impressão coincidente com a posição que aqui sustentaram os Srs. Ministros Décio Miranda e Moreira Alves. Não vou renovar fundamentação que justifique essa posição, porque não poderia dizer mais, nem melhor, do que já o disseram esses eminentes Colegas.

Agora, acaba de proferir voto o Sr. Ministro Leitão de Abreu, que, no geral, não discorda das posições dos autores de votos divergentes daquele do eminente Relator. Contudo, S. Ex.ª localiza o seu exame na índole do serviço que é prestado pela arrendatária, ora recorrente e impetrante, e o toma como serviço público, melhor, como serviço voltado para o interesse coletivo. É por isso que S. Ex.ª entende que a celebração do contrato de arrendamento, pelo Estado, visou mais à satisfação desse interesse coletivo, do que à objetivação de interesse pecuniário do Estado.

A meu ver, não deve ser considerado público o serviço que qualquer particular pode prestar independentemente de concessão. Qualquer titular de concessão de lavra, em fonte de água mineral, pode explorá-la, como pode construir no imóvel um hotel, e explorar a atividade hoteleira conjugada com a atividade hidromineral. Esse serviço nada tem de público. Se o Estado é que detém a propriedade da terra, se também detém a concessão federal de lavra, mas se entende de não explorar diretamente a estância hidromineral, preferindo arrendá-la, ele transfere a outrem, mediante arrendamento, não o serviço público, mas o serviço privado, que ele também poderia executar por se equiparar, nessa condição, a qualquer particular.

O eminente Ministro Leitão de Abreu ponderou que as cláusulas que remuneram o Estado no contrato em questão, traduzem retribuição virtualmente simbólica, e relembrou, então, o seu conteúdo. Eu ponderaria que o interesse pecuniário do Estado não estaria sendo atendido apenas pela retribuição direta que a arrendatária acaso lhe propiciasse, mas por se livrar o mesmo Estado, reconhecidamente mau administrador de serviço dessa índole, dos encargos, dos ônus e dos riscos da exploração direta do serviço, que não é público, de sorte que, de forma indireta ou reflexa, sempre terá estado presente, na intenção do Estado, o fito de atender a seu interesse pecuniário.

O eminente Ministro Cordeiro Guerra volta a insistir na cláusula que permite ao Estado a fiscalização da exploração da estância. Essa cláusula, a meu ver, não afeta

de público a índole do serviço, nem a relação jurídica oriunda do pacto. Em qualquer contrato privado de arrendamento — por exemplo, se uma empresa hoteleira arrenda a outrem, também particular, certo hotel — é curial haver cláusula que permita fiscalizar a exploração do hotel e a manutenção de seu nível qualitativo. Tal cláusula não me parece exorbitante, para o efeito de definir o contrato como de direito público ou administrativo.

Finalmente, a cláusula a que deu maior valor o eminente Ministro Leitão de Abreu, e que foi salientada no voto do eminente Ministro Cunha Peixoto, prevê a possibilidade de desapropriação pelo Estado, a instância da arrendatária, de áreas adjacentes, para ampliação de instalação hoteleira. A meu ver, essa cláusula prevê o impossível, porque não há como supor-se que o Estado possa desapropriar terrenos adjacentes para transferi-los à entidade particular que lhe arrendou o hotel. Dela não posso tirar a conseqüência fundamental de atribuir ao contrato a índole de contrato administrativo, como tal rescindível unilateralmente pelo Estado contratante. E nisto é que está realmente o problema.

Finalmente, não excluo que o Estado de Santa Catarina possa ter motivos — nem sequer examino essa questão — para pleitear, onde e como deva, a rescisão do contrato, se a recorrente, como contratante, não houver cumprido pontualmente as obrigações que assumiu. Mas, fazê-lo por ato administrativo unilateral, por mero decreto do Governador, isso não é possível.

Por essas razões, com a vênia do eminente Ministro Relator e demais Colegas que o acompanham, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Sr. Presidente, também conheço do recurso pela letra *c*. Nas circunstâncias do caso, diante das cláusulas que foram examinadas pelas duas correntes que se formaram, não tenho dúvida em emprestar a minha adesão àquela corrente que entende caracterizar-se, na hipótese, um contrato de arrendamento de Direito Privado. A mim não impressionou a Cláusula 15.ª, segundo a qual se obrigou o Estado a fazer desapropriação de área de terra, e sim aquelas outras, examinadas principalmente pelo eminente Ministro Moreira Alves. Em conseqüência, *data venia* do eminente Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento, de acordo com o voto do Ministro Decio Miranda e dos que o acompanharam.

EXTRATO DA ATA

RE nº 89 217 — 6 — SC — Rel., Min. Cordeiro Guerra. Recte: Caldas da Imperatriz Comércio e Indústria S.A. (Advs. Galeno Lacerda, Hugo Mósca e outros). Recdo: Estado de Santa Catarina (Governador do) (Advs. Napoleão Xavier do Amarante e outro).

Decisão: Pediu vista o Ministro Soares Muñoz, após os votos do Ministro Relator não conhecendo, e do Ministro Décio Miranda conhecendo e dando provimento ao recurso. Falaram, pelo Recte. o Dr. Galeno Lacerda e pelo Recdo. o Dr. Napoleão Xavier do Amarante. T. Pleno, 26.10.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Cunha Peixoto, após os votos dos Ministros Relator e Soares Muñoz não conhecendo e do voto do Ministro Decio Miranda conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 6.12.78.

Decisão: Pediu vista o Ministro Moreira Alves, após os votos dos Ministros Relator, Soares Muñoz e Cunha Peixoto não conhecendo, e dos votos dos Ministros Decio Miranda e Moreira Alves conhecendo e dando provimento ao Recurso. T. Pleno, 28.3.79.

Decisão: Conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento, vencidos os Senhores Ministros Relator, Soares Muñoz e Cunha Peixoto, que não conheceram, vencido também, em parte, o Senhor Ministro Leitão de Abreu, que conheceu do recurso e lhe negou provimento. Não tomou parte no julgamento o Senhor Ministro Rafael Mayer. T. Pleno, 6.6.79.

Presidência do Senhor Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, substituto, o Dr. Francisco de Assis Toledo.