# SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

ODILON BRAGA
Ex-Ministro da Agricultura

*SUMARIO:* REALIDADES DO DIREITO PÁTRIO: § 1.º — *Imunidade tributária de bens e serviços a cargo da União e dos Estados: doutrina e jurisprudência.* § 2.º — *Caracterização judicial da concessão de serviço público.* § 3.º — *Considerações sôbre a doutrina relativa à propriedade resolúvel das concessões de serviços públicos.*

## REALIDADES DO DIREITO PATRIO

* 43. Admitido que "o serviço público concedido" nada mais é do que uma "public utility" do tipo americano, ou seja, apenas, um *negócio privado* submetido a uma intervenção mais profunda e minuciosa do Poder público, fica fora de discussão que a propriedade de seus bens e direitos deverá ser de caráter privado, pelo que consequentemente o *capital* da concessão não poderá ser senão o relativo ao valor dos ditos bens e direitos. Tudo se restringe a decidir que *valor* lhes deverá ser atribuído: se o chamado *justo valor atual,* isto é, *valor de funcionamento,* ou se o *valor de reprodução,* isto é, o do custo de sua nova montagem, no pé em que se ache.

Se, porém, o *serviço* fôr considerado realmente *público,* no sentido de pertencente ao campo de atuação do Poder público, a sua *propriedade* deverá ser igualmente pública e, nesse caso, o que há a decidir é se ela se transfere ao concessionário para ser *readquirida* pelo Poder concedente, ou se o concessionário tão sòmente entra na sua *quase-posse,* em virtude do *direito de uso e gôzo,* para a sua exploração econômica, único objeto da concessão, pelo que reverte ao Poder concedente findo o prazo outorgado.

---

* NOTA DA RED.: As duas primeiras partes dêste trabalho estão insertas nos vols. VII e VIII desta Revista.

No primeiro caso, poderá ser sustentado que, transferida ao concessionário, êste a incorpora ao seu *patrimônio privado,* pelo que o seu *valor,* quer para o cálculo de tarifas, quer para o da indenização a pagar-se, em caso de restituição, por expiração de prazo ou de resgate, deverá ser o do *justo preço* ou o do *custo de reprodução* ou ainda um *valor* que traduza a composição dos dois fatôres.

Partindo das realidades das nossas concessões de portos, de muitas das nossas concessões de vias férreas, e mesmo de algumas das nossas concessões de serviços urbanos, em cujos atos e contratos expressamente se declarou que os concessionários sòmente teriam o *uso* e *gôzo* dos bens e direitos da concessão ou que seriam êles *reversíveis sem indenização,* fácil é extrair-se a convicção de que, pelo menos no referente a elas, a propriedade *não fôra transferida* e que aos concessionários se dera simplesmente a *quase-posse* dos ditos bens e direitos para que, no decurso dos longos prazos de sua exploração, pudessem reproduzir o capital efetivamente invertido.

E duas razões fortíssimas militam em favor dessa maneira de considerar a matéria, ambas fornecidas pela nossa mais alta côrte de justiça: a primeira, a decorrente de seus repetidos julgados sôbre a impossibilidade de tributação, quer pela União, quer pelos Estados, quer pelos Municípios dos serviços concedidos; a segunda, a que de maneira direta e expressa provenha de alguns julgados nos quais o caráter público da propriedade ficou iniludìvelmente determinado.

### *§ 1º — Imunidade tributária de bens e serviços a cargo da União e dos Estados*

44. Se até 10 de novembro de 1937, ditos serviços, *por enérgica exigência de seus concessionários,* foram havidos como intributáveis, por serem *públicos,* isto é, pertencentes aos respectivos Poderes que os concediam, o que lhes assegurou economias consideráveis, como admitir que a essas vantagens possam êles juntar as da valorização da propriedade indispensável à execução de tais serviços?

A situação simplifica-se do seguinte modo: na hora em que deveriam pagar impostos, apressaram-se os concessionários a dizer que não estavam sujeitos a êles porque exploravam "bens e serviços públicos"; mas, desfeita a ameaça, volveram a considerar que os serviços eram públicos porque se

prestavam ao *público* e não por pertencerem ao Poder público e que a propriedade de seus bens e direitos estava incorporada ao seu patrimônio privado.

Ora, se assim fôsse, os tribunais não lhes teriam garantido uma imunidade fiscal sòmente aplicável a *bens* e *serviços* realmente públicos.

O fundamento legal que adotaram para repelir as investidas do Fisco foi da isenção de direitos contida na outorga das concessões, quando se tratava de Tesouro do Poder concedente. Quando a ameaça provinha do Poder de outra esfera federativa, o fundamento foi o do art. 10 da Constituição Federal, *verbis*: "É proibido aos Estados tributar *bens* e rendas federais ou *serviços a cargo* da União, e recíprocamente".

Evidentemente, os *serviços a cargo da União* ou recìprocamente *a cargo dos Estados* não poderiam ser senão os *serviços* pertencentes à União e aos Estados e nunca os *serviços* que apenas estivessem sujeitos à intervenção mais ou menos extensas de seus governos.

E' mais do que claro que a tributação, por parte dos Estados e recíprocamente da União, dos *serviços* apenas regulados e mesmo favorecidos pela União ou pelos Estados não poderia, de jeito algum, comprometer a segurança do regime federativo. Ora, João Barbalho justificava o texto transcrito como garantia da harmonia a existir entre a União e os Estados, acrescentando: "E por outro lado, os aparelhos governamentais dos Estados, sua dotação, seu funcionamento, *tudo que concerne a seus serviços,* necessàriamente tem de ficar imune e isento do poder taxatório da União. Na qualidade de Estados, com autonomia, com direito de estabelecer seu mecanismo governamental, suas instituições, seus serviços públicos, essas entidades componentes da União não poderiam nisso estar sujeitos a pagar-lhe coisa alguma, sob título algum. Importaria o contrário, obrigá-los à contribuição pelo próprio fato de terem-se constituído em Estados, o que é absurdo". [25]

Para Aurelino Leal, os *serviços* a que alude o texto "são as diferentes molas do mecanismo administrativo ou econômico, *organizados* pela União e pelos Estados, por êles dirigidos ou *por êles concedidos*. Mas, para que sejam livres de tributação nos têrmos do art. 10, parece-me indispensável que tenham

---

25. J. Barbalho, *Constituição Federal Brasileira,* 2.ª ed.; pág. 59.

*basilarmente* o caráter de "serviço público", *como tais organizados originàriamente* e explorados, ou não, pela União ou pelos Estados de acôrdo com a conveniência de cada um".

E acrescentava: "O serviço de estradas de ferro é *basilarmente* um serviço público. Uma vez concedido a particulares, as vantagens e direitos da União ou dos Estados acompanham a concessão, e, portanto, livre é esta da ação tributária do fisco geral ou estadual". [26]

Rui Barbosa provàvelmente teve ocasião de reportar-se a êsse texto mais de uma vez, em sua qualidade de consultor quase obrigatório de algumas de nossas maiores emprêsas de serviços públicos concedidos. E' possível que a sua opinião, como advogado, tenha sofrido muitos desvios; mas a que o Sr. Homero Pires compendia apresenta, sempre, elevado grau de desinterêsse, pelo que pode ser aceita sem maiores reservas.

Pois bem, ao referir-se à imunidade tributária de que estamos tratanto, escreveu Rui: "Que se entende por *serviços?* Desde que os serviços, de que se trata, estão *"a cargo dos Estados"*, claro está que são, necessàriamente, *serviços públicos.* Pois o que é o que se entenderá por *serviços públicos?* Félix Moreau, no seu admirável *Manual de Direito Administrativo,* no-lo expõe: "Um serviço público é o complexo de meios, do pessoal e do material, com os quais uma pessoa administrativa se desempenha de sua tarefa, ou de certa parte de sua tarefa"... *"Toda a organização criada por uma pessoa administrativa é um serviço público,* ainda quando seja de natureza comercial, ou industrial, como o serviço dos correios, dos telégrafos, dos telefones". [27]

E, como sempre, estende-se na demonstração de que *serviços a cargo da União ou dos Estados* são os seus respectivos *serviços públicos,* pelo que sòmente êles estariam livres de tributação. Segue-se, como corolário, que os *serviços públicos explorados por concessão não perdem sua característica de serviços organizados pela União e pelos Estados, razão pela qual são intributáveis.* Se, além do direito de explorá-los, a União e os Estados transferissem aos concessionários a propriedade de seus bens e direitos patrimoniais, automàticamente êles deixariam de ser "serviços públicos" e passariam

---

26. Aurelino Leal. *T. e Prat. da Const. Fed. Bras.*, 1926, pág. 152.
27. Rui Barbosa, *Com. à Const. Bras., apud* Homero Pires, vol. 1, pág. 338.

a ser "serviços privados de utilidade pública", porque não mais seriam "serviços *a cargo* da União ou dos Estados", isto é, pertinentes à sua estrutura administrativa, ainda quando explorados por via de concessão. *A cargo* da União e dos Estados sòmente permanecem aquêles "bens" e "serviços" que Estados e União indiretamente pagam por meio de auxílios, subvenções, garantias de juros e arrecadação de taxas.

45. Esse assunto foi intensamente debatido, de 1906 a 1909, perante a mais alta instância judiciária do Estado de S. Paulo, no caso Est. de S. Paulo *versus* S. Paulo Railway Co.

Tratava-se do *impôsto sôbre capital realizado das emprêsas industriais e sociedades anônimas* e respectiva multa, relativos ao exercício de 1905, judicialmente cobrados da referida companhia pela Fazenda do Estado de S. Paulo.

Nos embargos à penhora, a S. Paulo Railway Co. Ltd., por seu advogado, José Xavier Carvalho de Mendonça, alicerçou de preferência a sua defesa no seguinte fundamento: "Ora, as estradas de ferro de concessão federal e correspondentes serviços são tidos e havidos *como bens e serviços* federais, e, assim, os Estados não podem tributar as emprêsas concessionárias, sob qualquer pretexto, modo ou forma. Esta restrição ou limitação do poder de taxar, que gozam os Estados, está definida expressamente no art. 10 do Constituição Federal (art. 5.º dos Embargos).

No artigo 6.º Carvalho de Mendonça reproduziu os Avisos n.º 16, de 13 de julho, e n.º 22, de 11 de setembro, ambos de 1896, e o n.º 28, de março de 1906, todos do Ministério da Viação e Obras Públicas, nos quais se declarava e repetia que "as estradas de ferro devem ser tidas e havidas por *bens federais* e representam *serviços de caráter idêntico*".

Depois de considerar as lições dos constitucionalistas americanos, a propósito do tema, Carvalho de Mendonça advertia, ainda nos embargos ao executivo:

"Inspirados nestes princípios, informadores e justificativos do art. 10 da Constituição Federal, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo têm resolvido e assentado que os Estados não gozam o poder de taxar: *a)* as emprêsas concessionárias de obras de melhoramento dos portos nacionais (Lei n.º 1.145, de 31 de dezembro de 1903, art. 19); *b)* as emprêsas de loterias que têm contratos com a Administração Fe-

deral (acórdãos do Sup. Trib. Fed. de 6 de março de 1897, p. 162, de 13 de janeiro de 1900, na *Jurisprudência* de 1900 p. 187); *c*) as emprêsas de navegação regular entre os portos da República, que obtiverem concessão e favores do Govêrno Federal, recebam ou não subvenções do Tesouro Nacional (Vejam-se os decs. sôbre a organização do Lóide Brasileiro; o dec n.º 5.198, de 19 de abril de 1904 — "Comp. Cruzeiro do Sul"; o dec. nº 6.165, de 9 de out. de 1905, cl. XV, "Emprêsa Esperança Marítima"; e o dec. nº 6.164, da mesma data, cl. XV, "Comp. Naveg. S. João da Barra e Campos".

O Juiz dos Feitos da Fazenda do Estado de S. Paulo julgou improcedentes os embargos e subsistente a penhora, entre outros fundamentos, por haver considerado que a imunidade tributária estabelecida pelo art. 10 da Constituição entendia com "os *bens* e rendas federais ou serviços *a cargo da União*", ao passo "que a embargante não é uma emprêsa da União e nem são federais as suas rendas e bens", tratando-se, pelo contrário, "de uma emprêsa particular que explora o serviço de transporte, embora tenha contrato com o Govêrno da União".

Nas *Razões* da apelação, Carvalho de Mendonça insistiu na argumentação produzida nos *Embargos* à penhora, esforçando-se em caracterizar como "obra" e "serviço" da União a estrada construída e explorada pela S. Paulo Railway Co.: "A apelante — declara-o êle, em nome da Companhia — é, portanto, concessionária de *uma obra* federal, de um *serviço* federal. Nessas condições, ela não pode sofrer taxação por parte do Estado de S. Paulo, cujo poder se acha limitado pelo art. 10 da Constituição Federal. Os concessionários de *obras ou serviços públicos ocupam o lugar* da pessoa administrativa concedente (Hauriou, *Droit Administratif*, 4ª ed., p. 722); *são sub-rogados nos direitos* da administração (Batbie, *Droit Public et Administratif*, v. 7º; p. 275); *substituem* a Administração *em seus direitos* (Perriquet, *Contrats de l'Etat*, p. 242).

Ora, se a administração federal está isenta de impostos estaduais, os concessionários de estradas de ferro federais gozam de igual direito".

Em face da confissão, judicial e reiterada, feita pela S. Paulo Railway Co., de que era simples concessionária de *uma obra federal e respectivo serviço*, o então Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo reformou a sentença apelada para jul-

gar provados e procedentes os embargos à penhora, atendendo a que o impôsto era indevido, *ex-vi* do art. 10 da Constituição em vigor, por tratar-se de "sociedade estrangeira, formada com capitais de seus nacionais e com sede no seu país, para exploração, por concessão federal, *de serviço federal...*"

Não se conformando com esta decisão, a Fazenda do Estado de S. Paulo embargou o acórdão, evidenciando o ponto crucial da questão, ao arguir: "VII — que a embargada é uma emprêsa particular, *única proprietária da linha férrea Santos a Jundiaí e seus pertences,* que, por concessão da União, explora a indústria de transporte, que lhe proporciona os elevadíssimos lucros, geralmente conhecidos".

Realmente, na decisão dêsse ponto estava restrita tôda a questão.

De que índole era o direito exercido pela Companhia sôbre a estrada que explorava? Era um direito de uso e gôzo, como sucedia com quase tôdas as demais estradas de ferro concedidas? Achava-se expressa ou implícita no ato de outorga da concessão ou no seu contrato a cláusula da reversão? Respondidas tais questões, de modo afirmativo, não poderia haver mais dúvida: tratava-se de *obras e serviços a cargo* da União, isto é — *de obra pública contratada para ser paga dentro de certo prazo por meio dos lucros de sua própria exploração.* Ora, Carvalho de Mendonça respondia, em nome da Companhia, que sim, naturalmente porque considerava implícita, nos atos de outorga e contratos da concessão, sob a forma de resgate, a *reversão* não declarada. Por isso, recorria à opinião dos mestres do direito administrativo da França, onde vigorava e vigora a concessão do tipo adotado pelas nossas leis de portos e de estradas de ferro.

E o eminente jurista estava certo. Se no contrato da Companhia, datado de 26 de abril de 1856, havia cláusulas que pareciam apoiar a arguição do Procurador dos Feitos da Fazenda de S. Paulo, relativa ao direito de *propriedade* exercível pela Companhia sôbre as suas linhas, essas cláusulas não poderiam ter tal interpretação porque, se a tivessem, se achariam em flagrante desacôrdo com o disposto no Dec. n.º 1.759, base legal do aludido contrato.

O que S. M. o Imperador concedeu ao Marquês de Monte Alegre, ao Conselheiro José Antônio Pimenta Bueno e ao Ba-

rão de Mauá, foi o encargo de "construir, usar e custear" a estrada de ferro Santos-Jundiaí, dentro de certo prazo. A cláusula 1.ª, cujo intuito deve reger todo o contrato, repete as expressões "construção, custeio e gôzo", devendo ainda levar-se em conta que, a êsse tempo, a lei a que o ato de S. M. o Imperador estava sujeito, era a de n.º 641, de 26 de junho de 1852, em virtude da qual o que constituia para os concessionários a vantagem pròpriamente dita da concessão, não era a da incorporação da estrada ao seu patrimônio; era a do "privilégio de uso por 90 anos". Ora, esgotado êsse prazo, cessaria o "privilégio de uso", passando a estrada a ser pública, ou seja — do domínio público.

Estava, pois, bem fundado o insigne jurista que defendia os interêsses da "Inglêsa", ao escrever, malicioso: "Revida-nos o douto Procurador Geral: a S. Paulo Railway Co. Ltd. é *proprietária* de sua linha férrea; executa um serviço seu e não da União. Sim, a embargada é *proprietária* da linha férrea de Santos a Jundiaí, mas executa *serviço federal* (lei n.º 109, de 1892, acima citada). As grandes vias de comunicação e transporte são *obras e serviços públicos*. Admitamos essa propriedade, de acôrdo com a valiosa opinião do representante do Estado de S. Paulo, *não obstante as decisões bem conhecidas do Supremo Tribunal Federal no célebre caso das Docas de Santos.*

Note-se que essa *propriedade* está sujeita ao resgate ou *encampação* pelo Govêrno Federal na forma da cl. XXXVI do dec. 1.759, de 26 de abril de 1856, e da cl. X do dec. 1.999, de 2 de abril de 1895".

Os grifos são do próprio Carvalho de Mendonça, sendo nossos tão sòmente os referentes às "Docas de Santos". Por que o advogado da "Inglêsa" se reportaria ao "célebre caso das Docas de Santos ?". Porque estava convencido de que a "Inglêsa" sòmente exercia, como as "Docas", um direito de uso e gôzo sôbre a estrada que construíra, a qual deveria reverter à União findo o "prazo do privilégio", ou mesmo antes, na hipótese de "resgate".

Todo o debate poderá ser lido na *Rev. Forense,* v. XI, ps. 273 - 279.

Confirmando o acórdão embargado, o Poder Judiciário consagrou a afirmação de que a S. Paulo Railway Co. Ltd. explora *Bens e Serviços Federais*.

46. A matéria foi de novo discutida e aclarada no caso "Câmara Municipal de S. Paulo *versus* S. Paulo Railway Co. Ltd. Trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 709, pelo acórdão de 14 de novembro de 1919, foi, finalmente, decidido que, na espécie, o recurso era incabível, "porquanto a recorrente cobrou impostos de indústria e profissões a que não era obrigada a pagar a recorrida, e assim decidiu a justiça local, *respeitando o dispositivo da Constituição federal, art.* 10".[28]

Em face de tais decisões, concernentes a uma estrada de ferro que tem sido errôneamente considerada de propriedade privada, torna-se inútil prosseguir no empenho de provar que, no Brasil, é a lei da *terra* que declara "pública" a "propriedade" dos "bens" inerentes aos "serviços públicos" explorados por concessão, sôbre os quais os respectivos concessionários sòmente exercem um *direito de uso e gôzo*.

Êsse direito expressa-se: *a*) de maneira explícita, quando declarado nas leis e decretos pertinentes aos diversos serviços concedidos; *b*) ou de maneira implícita, quando nos atos e contratos das concessões figurem as cláusulas específicas de reversão sem indenização ou de *resgate* pelo custo histórico à vista do estado em que se acharem as obras respectivas. Em muitos casos, como no das "Docas", vemo-lo afirmado, explìcitamente, e confirmado pela imposição da *reversão*. Com mais freqüência, porém, resulta das cláusulas de *reversão,* ou de *resgate,* como acontece, por exemplo, com os serviços de gás, iluminação, bondes e telefones desta capital.

*§ 2º — Caracterização judicial da concessão de serviço público*

47. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal "no célebre caso das Docas de Santos", referido pelo insigne advogado da S. Paulo Railway, no seu não menos célebre caso da cobrança do *impôsto de capital,* acima resumido.

Realmente, o Supremo Tribunal Federal, no seu magistral acórdão de 26 de agôsto de 1908, que decidiu a ação

---

28. *Rev. do Sup. Federal.* vol. 27, pág. 57.

movida pela União Federal contra a Companhia Docas de Santos, restaurou, em tôda a pureza de suas linhas, a construção jurídico-administrativa que as leis do Império vinham levantando, no terreno da "concessão de serviços públicos", segundo o modêlo do direito administrativo da Europa continental e particularmente da França.

Nesse — e por todos os títulos — memorável acórdão o Supremo Tribunal deixou restabelecidos e confirmados os fundamentos do sistema a que obedece o projeto.

Vamos reproduzir a sua ementa que, pela segurança da doutrina e clareza da redação, condensa de maneira insuperável tôda a matéria do acórdão.

Ei-la: "Na concessão de *uma obra* ou *serviço público,* como é um pôrto de mar, o *Govêrno não transfere propriedade alguma ao concessionário;* êste obtém, apenas o *uso ou gôzo* da coisa durante o prazo da exploração concedida.

"— Os direitos de *poder público,* de que o concessionário é investido, como *o de desapropriar* ou *arrecadar taxas* do público, não os exerce *jure proprio,* mas como *mero delegado* ou *mandatário* do poder concedente, e nos precisos limites da delegação recebida.

"— Quaisquer que sejam os favores e direitos reconhecidos ao concessionário, todos êles são outorgados em vista do bem público; conseguintemente, *se entendem sempre regulados e fiscalizados pelo poder concedente.*

"— O concessionário, mesmo quando a concessão assenta em um verdadeiro contrato, *nada pode pretender que não se ache expressamente concedido nas cláusulas do instrumento; nada pode obstar ao poder concedente, que não se ache aceito expressamente pelo dito poder nas cláusulas referidas;* tudo que não estiver expressamente concedido, se entende negado, e subsistente no poder concedente; porque *todo o direito* do concessionário *nasce da concessão* e com a concessão, ao contrário do poder concedente, *que se entende sempre na posse e gôzo de tôda faculdade, sôbre a qual não se tenha livremente coartado.*

"— O poder concedente nada pode fazer que *afete ou diminua* os favores e direitos concedidos quanto à *substância* dos mesmos; mas, a não ser nos casos nomeadamente declarados no contrato, *tudo pode ordenar quanto ao regulamento dos modos da execução da obra ou serviço, que é seu, e assim continua,* assim como em relação *à mais completa fiscalização,* em bem do público.

"— Embora reduzida a contrato, uma concessão para a exploração de serviço público, pròpriamente dito, e na qual se delegam ao concessionário *direitos desse poder público* isto é, *o exercício de poder sôbre uma parte da administração ou do domínio público,* não pode ser sòmente regida pelos preceitos do direito civil ou privado; êste direito seria incapaz de criar uma concessão da *espécie* e ditar-lhe o seu objeto e fim.

"— Tôda concessão desta natureza *é, antes de tudo, ato do direito administrativo* e, como tal, explorada pelo concessionário, sempre sob as vistas imediatas do Govêrno concedente.

"— A exibição de livros, no caso sujeito, nada tem de comum com a proteção que o Código do Comércio (art. 17) estabelece em favor das firmas ou estabelecimentos comerciais. *Essas e êstes são coisas ou propriedade exclusiva de indivíduos ou associações privadas,* nas quais não cabe ao Govêrno nenhuma ingerência: ditos estabelecimentos se fundam, subsistem e são explorados, *como propriedade exclusiva e conta de seus donos,* como sucede com quaisquer outros bens ou haveres dos indivíduos em geral, *inteiramente diverso do que sucede com o concessionário, o qual não tem existência jurídica, não se forma econômicamente, não age senão em virtude da concessão que o criou: não explora coisa sua e, sim, propriedade ou serviço alheio,* e só continua a subsistir e agir dentro das cláusulas da respectiva concessão — *tal qual recebera do Govêrno ou poder concedente.* Conseguintemente, a sua existência, os seus direitos e o exercício dêstes não foram e nem são *atos seus exclusivos, mas atos derivados e dependentes do poder, que os outorgou ou delegou, e ao qual, por isso mesmo, tem o concessionário de prestar contas.*

"— Qualquer que seja a forma, posteriormente tomada pelo concessionário, isto é, de *emprêsa ou associação,* aos olhos do poder concedente, êle é e continua sempre *simples concessionário,* qualidade única, em que foi reconhecido por êsse poder, e daqui a *comunhão de interêsses e direitos,* já relativamente à exploração ou gestão dos serviços, *já resultante do uso que o concessionário faz dos direitos que exerce por* MERA DELEGAÇÃO do poder concedente: êle não pode invo-

car outra qualidade para opor-se à ação do Govêrno, nem declarar-se *um estranho ao Govêrno ou ao interêsse público,* representado por êste.

"— O concessionário, como qualquer outro *agente* ou *delegado* do poder público, desde que arrecada taxas, *se constitui no dever de mostrar ao poder, em cujo nome age e quando o mesmo exigir, que não saiu da esfera dos poderes recebidos, no modo, na aplicação e na importância das taxas arrecadadas*: trata-se do exercício de um *poder soberano,* que não é lícito transferir a ninguém mediante contrato e apenas *suscetível de delegação dentro de limites e condições postas,* as quais cumpre, ao delegante, sem exceção, fiscalizar e verificar, em nome do bem público, *razão e fundamento único* de semelhante delegação ao indivíduo ou empresa privada.

"— Desde que, na espécie sujeita, a lei e o contrato reservaram ao Govêrno o direito de *inspecionar o custeio ou custo* das obras e o *direito de reduzir, em bem do público,* as taxas arrecadadas, quando estas dessem um lucro superior a 12%, ao dito Govêrno compete examinar a escrituração da concessionária para os fins declarados; direitos que exerce, já em virtude de sua qualidade inerente de *fiscal do bem e dos serviços públicos em geral,* já em virtude das próprias cláusulas da lei e do contrato, que *deram existência* à própria concessionária. A clareza dos dispositivos da lei e das cláusulas não dá, no caso, pretexto para a dúvida; *mas, se esta se desse, devia ser decidida contra a concessionria e em favor do público ou do interêsse público,* tal é a regra universalmente ensinada em matéria de concessão, que alguém explora sôbre coisa ou serviço público". [29]

Diante da limpidez dessa doutrina, que flui das fontes mais puras do nosso direito administrativo, desarmam-se todos os ardis de dialética daqueles que, por dever de ofício, se sentem obrigados a turvá-la.

48. Há, aí, qualquer sombra de *propriedade resolúvel*? Teria a Companhia Docas de Santos deixado de argumentar com o sentido por alguns emprestado aos §§ 3.º e 9.º do art. 1.º da Lei de Portos de 1869? Se não o fêz, fica certo

---

29. *Rev. de Dir.*, vol. 10, pág. 70.

que jamais deu aos referidos textos a inteligência forçada que agora, advogado, aliás de outras emprêsas, lhes quer atribuir.

Realmente, segundo informa o nosso ilustre colega Miranda Carvalho, em sua importante obra — *Estudo de Portos no Brasil* (1930), p. 469: "o Dr. Carvalho de Mendonça, na monografia publicada no *O Direito,* vol. 87, contesta, com bons fundamentos, que os *concessionários de serviços públicos sejam proprietários das obras construídas. Meros usufrutuários é que eles são, pois a propriedade das obras é sempre do Estado".* Isso escreveu Miranda Carvalho, depois de haver reconhecido, à p. 466, que a concessão é "uma verdadeira empreitada, em que o Estado paga as obras que, de futuro, reverterão ao seu pleno domínio, com a outorga do direito de perceber determinadas taxas", opinião esta que apóia com o seguinte e precioso trecho de Carvalho de Mendonça: "O direito de receber as taxas pelos serviços prestados *representa a moeda com que a União paga a empreitada do construtor,* isto é — o seu trabalho e capital empregados nas obras, e o custeio e conservação destas durante o prazo estipulado.

As *propriedades da Companhia,* a que se reporta o § 9º do art. 1.º da velha *Lei de Portos,* não podem ser senão os seus *bens patrimoniais,* a saber — os privilégios constitutivos da concessão e as inversões de capital convertidas em *obras e material fixo,* reversíveis depois de pagos pela moeda do contrato, ou seja, pela arrecadação de taxas dentro do prazo outorgado e quando muito o seu material rodante. Por isso foi que a Lei disse as *propriedades da Companhia,* no plural, e não — a *propriedade da Companhia* para *significar domínio. "Propriedade,* no sentido lato, — esclarece o conciso e sempre seguro Coelho da Rocha, — diz-se tudo o que faz parte da nossa fortuna, ou patrimônio: tudo o que nos pertence, seja corpóreo ou incorpóreo. No sentido estrito, diz-se *propriedade* (*dominium*) o direito de usar e dispor de uma coisa livremente, com exclusão de outros". [30]

49. No que respeita a serviços urbanos, dependentes de "privilégio de ocupação" de praças, ruas e vias públicas, depois

---

30. *Inst. de Dir. Civ. Port.*, 1907, L. II, § 401, pág. 326.

de algumas hesitações, o Supremo Tribunal Federal reiterou, *quanto à propriedade,* a doutrina firmada no acórdão de 26 de agôsto de 1908. Tal se deu no retumbante caso Société Anonyme do Gaz *vs.* Guinle & Cia. e Comp. Brasileira de Energia Elétrica.

O tema central dos debates foi o da legitimidade jurídica da posse privada de bens do domínio público.

Julgou-se a Société Anonyme du Gaz com ela, em virtude do *seu privilégio de ocupação exclusiva de ruas e praças para a distribuição de energia,* a fim de repelir a pretensão da Companhia Brasileira de Energia Elétrica, que queria cruzar a "área do privilégio" para fornecimento de energia à Estrada de Ferro Central do Brasil e ao Ministério da Marinha.

Depois de discussões demoradas e de julgamentos contrariados por alguns votos vencidos de grande pêso, o Supremo Tribunal mais uma vez deixou decidido "que as concessões são de direito estrito, *não podendo os concessionários pretender o que não está formalmente determinado nos contratos*"; e mais: "que o Estado *não transfere ao concessionário a propriedade, mas sòmente o uso e gôzo da coisa pública,* o direito de ocupar, durante um tempo determinado, em troca de vantagens e interêsses de ordem geral"; "que à concessionária cabe o poder jurídico sôbre parte da coisa pública, para fazer da mesma um uso especial conforme a concessão".

Adotando a conclusão dêsse acórdão, o Ministro Hermenegildo de Barros, em curta e luminosa declaração de voto, advertiu que o acórdão embargado reconhecia a "quase posse da autora nas ruas e praças do Distrito Federal, quando só poderia ter reconhecido a *quase-posse das coisas, das obras, que a autora porventura tivesse nas ruas e praças* e que fôssem destinadas ou necessárias à execução de seu contrato para a iluminação".

Realmente assim era. Mesmo no referente a tais coisas ou obras, a Société não dispunha senão de uma simples *quase-posse,* isso porque o contrato, em cláusula iniludível, estabelecia a sua *reversão.*

Nesse famoso caso, coube a Raul Fernandes, advogado de raríssimas qualidades profissionais, pela agilidade e clareza das idéias e pelo "charme" do trato pessoal, a defesa indireta das prerrogativas inalienáveis do Poder público.

*§ 3º — Considerações sôbre a doutrina relativa à propriedade resolúvel das concessões de serviços públicos*

50. Bastam êsses julgados relativos à imunidade tributária e à interpretação das cláusulas de privilégio e de reversão das nossas concessões de portos, estradas de ferro e serviços urbanos que dependam de ocupação de vias públicas, com efeitos de exclusividade, para que se tenha como aceitável e bem fundada a estrutura jurídica do projeto.

É certo que Carlos de Carvalho, no art. 381 de sua *Consolidação,* dispôs que "o domínio ou propriedade resolúvel pode resultar de concessão do poder público", acrescentando, no parág. único, que as concessões para "construção, uso e gôzo de estradas de ferro", reversíveis, estariam nesse caso. Mas, ao fazê-lo, o eminente jurista limitou-se a interpretar, a seu modo, expressões legais que poderiam ser entendidas diferentemente, como, aliás, o foram pelo Supremo Tribunal, no acórdão acima referido.

No tocante à propriedade, o acórdão foi peremptório: "Considerando, etc... que, em consequência, a concessionária, ora agravante, nos próprios têrmos da sua concessão, *nenhuma propriedade tem* no pôrto de Santos, nem nos *direitos de poder público,* que exerce; age em nome dêste Poder, tendo, apenas, o uso e gôzo da respectiva exploração como, aliás, está expresso em cláusula do contrato (2.ª), onde se diz etc...".

Ora, a lei básica das nossas concessões de estradas de ferro, a de n.º 641, de 26 de junho de 1852, sòmente estabelecia como vantagem privada da concessão "o privilégio do caminho", isto é, de sua exploração lucrativa, "por um prazo que não excederá de noventa anos, contados da incorporação da Companhia" (art. 1.º).

O dec. n.º 5.561, de 28 de fevereiro de 1874, nada mais fêz do que regulamentar a lei n.º 641, de 1852. Do seu artigo 7.º se vê que o "preço" ou "custo" da concessão, pelo qual se deveria decidir a concorrência, era fundamentalmente o do "prazo do privilégio". Por que se haveria de adotar como critério de preferência para aceitação de propostas de construção de estradas de ferro, o do menor "prazo de privilégio", senão porque o pagamento da "obra pública" — estrada de ferro — estava implícito no tempo de seu uso e gôzo, ou de

sua exploração? Punha-se a construção da estrada em hasta pública para descobrir-se quem a executaria pelo *menor custo*, isto é — *pelo menor prazo de exploração privativa*. Logo, findo *o privilégio,* a obra pública — estrada de ferro — que *nunca deixara de ser de encomenda e propriedade do Poder concedente,* lhe deveria ser entregue, sem qualquer outra indenização.

Era o que expressamente dispunha o § 6º do art. 21 do dec. n.º 5.561, meramente interpretativo da lei n.º 641, de 1852: "Findo o prazo da concessão, a não haver expressa estipulação em contrário, reverterão para o Estado tôdas as obras da estrada, bem como o respectivo material rodante, sem indenização alguma".

51. O único julgado que, de costume, se aponta como consagração da doutrina de Carlos de Carvalho, temo-lo no acórdão de 14 de setembro de 1895, lavrado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso Fazenda Nacional *versus* Rio Claro São Paulo Railway Co. [31]

Trata-se de um acórdão isolado, de fundamentação menos consistente, no qual mais uma vez se observa que as próprias empresas ferroviárias jamais se consideraram proprietárias das estradas que exploram.

O acórdão reconhece que a estrada tem de ser devolvida ao Estado, findo o prazo do privilégio, e contudo afirma que a sua *propriedade* chegou a deslocar-se para o patrimônio privado do concessionário. Argumenta com o disposto no art. 1.º do dec. n.º 1930, com uma interpretação forçada, que não se harmoniza com a *inalienabilidade* e a *impenhorabilidade* estabelecidas pelos arts. 143 e 144 do mesmo decreto.

Sentindo inseguro o terreno em que pisavam, os Ministros julgadores resolveram firmá-lo, mediante apêlo às estacas de uma resolução da Câmara dos Deputados concernente a... um caso de reconhecimento de poderes! Contudo, mesmo nesse caso da inelegibilidade do Barão de Aquiraz, a doutrina exata e sã teve como defensores homens do porte de Teófilo Otôni, Cesário Alvim e Dantas.

---

31. Acs. anexos ao rel. do presidente, Imp. Nacional, 1897, págs. 179-181.

Da justificação da emenda por êles apresentada à conclusão do parecer da Comissão que, por conveniência política, foi aprovado pelo plenário, apura-se que as estradas de ferro eram consideradas "obras públicas, daquelas que não são diretamente construídas pelo Estado, *mas construídas por conta do Estado* por indivíduo ou associação, como ensinam todos os escritores de direito administrativo, estrangeiros e nacionais, como sempre entendeu o Conselho de Estado, e como sempre afirmou a Administração em todos os seus atos relativos a essa parte da viação pública". Prosseguindo, esclareciam os autores da emenda: "E nem se dá confusão de *origem* com o *destino* da obra, porque as estradas de ferro nestas condições são obras públicas pelo seu *destino* e pela sua *origem* — pelo seu *destino* porque fazem parte da grande viação pública e do *domínio nacional,* e pela sua *origem porque são construídas por conta do Estado, que paga o preço da obra com a cessão do usufruto e da exploração*: é do Estado o ônus da construção que a Comissão considera origem do domínio".

Mas os brilhantes signatários da emenda não pararam aí. Enfrentaram de cara o problema que nos preocupa, escrevendo: "Também não há confusão de *propriedade limitada* com domínio útil ou usufruto, *porque é do Estado a propriedade limitada,* e da Companhia o *direito que limita a propriedade,* direito que é a remuneração das despesas feitas na *construção da obra por conta do Estado,* de que a Companhia se encarregou por contrato, *em que o Estado não cede nem podia ceder o domínio direto* e sim o domínio útil, nas cláusulas que regulam a exploração. Assim tem entendido o Govêrno em todos os Regulamentos, principalmente no art. 21, § 6.,º do decreto 5.361, de 28 de fevereiro de 1874". Tirante a equiparação do *usufruto ao domínio útil,* que pode ser discutida, a doutrina da emenda afigura-se-nos digna dos maiores encômios. Dita equiparação era, até certo ponto, justificada porque possível no direito contemporâneo e sobretudo porque os institutos do direito privado mal se ajustam às realidades do direito público.

O último argumento do acórdão refere-se à possibilidade de hipoteca das estradas de ferro, criada pelo art. 2º, § 1º, da lei n.º 169-A , de 1890. Também a admite o projeto. Sob que condição? Sob a condição, antes já estabelecida, de prévia au-

torização do Poder concedente; isto é — do Poder que retém o direito de disponibilidade e o de *desafetação.*

Mas, o que mais espanta é que no caso decidido houvera transmissão de *propriedade,* embora não de *domínio.* O direito de *uso e gôzo,* constitutivo do privilégio da Estrada de Ferro Rio Claro do Araquara, era de manifesto caráter patrimonial, pelo que sua transmissão à Rio Claro S. Paulo Railway Co. poderia ter dado lugar à exigência do impôsto de transmissão, independentemente da discussão sôbre a natureza do domínio relativo à via-férrea. Tanto mais quanto o material rodante da estrada transferida poderia ser considerado de *propriedade resolúvel* da emprêsa vendedora, bem como as *terras devolutas* que, porventura, estivessem incluídas na concessão.

Em suma: o acórdão de 1895 não chegou a firmar jurisprudência, uma vez que seus fundamentos foram rejeitados por outros julgados posteriores, aos quais nos reportamos. Sem embargo disso, serviu de apoio à doutrina elaborada na Consolidação de Carlos de Carvalho, que, de sua vez, reaparece no Código Civil, arts. 852-855.

Se não estivéssemos tratando de matéria que, substancialmente, escapa à esfera do direito privado, por certo teríamos de considerar que o Código sómente regula, nos textos referidos, a hipoteca, e, indiretamente, a natureza do domínio das estradas de ferro privadas, de construção igualmente admitida pelas nossas leis ferroviárias (dec. nº 1930, arts. 147, 148 e 149).

Aliás, Clóvis Beviláqua, ao referir-se às empresas de carris-urbanos, que "têm sómente o uso e gôzo" de suas linhas, distingue-as das estradas de ferro, para excluí-las da propriedade privada, sem atentar que também estas, as construídas por via de concessão, estão, de regra, condicionadas àquele declarado direito de uso e gôzo.[32]

52. Não importa muito que haja no direito pátrio autores e comentadores, sobretudo civilistas, que sustentem opiniões diversas da que resulta do direito administrativo do Império.

Não devemos esquecer que muitos dêsses autores e publicistas acumularam as funções de advocacia com as de doutrina, sendo por isso bem difícil discriminar quando atuaram como simples juristas.

32. *Cód. Civ. Bras.,* 1923, vol. 3.º, pág. 438, n.º 2.

E temos aí o motivo pelo qual, ordinàriamente, os engenheiros, mesmo os das empresas concessionárias, mal disfarçam o seu desaprêço pelos aspectos jurídicos, não raro essenciais, dos negócios públicos confiados ao seu estudo. É que os vêem interpretados, quando submetidos à consulta de personalidades de primeira grandeza do nosso mundo jurídico, por maneira tão diversa das realidades sabidas e registradas nos processos administrativos, que acabam descrendo do direito, ao invés de acabar sorrindo para as suas deformações, resultantes de incapacidade, negligência, precipitação, interêsse ou dever profissional.

Infelizmente, o aparelhamento admnistrativo de estudo jurídico e defesa dos interêsses públicos no campo, de relevantíssima importância, dos serviços explorados por concessão, não tem disposto, entre nós, dos meios necessários para o eficaz cumprimento de sua missão.

Constituído por pessoal reduzido, disperso e mal remunerado, e desprovido de verbas que lhe permitissem opor, aos pareceres apresentados pelas emprêsas, estudos oriundos de outros mestres do direito pátrio, sem embargo de haver contado, por vêzes, com a dedicação sem par e com alta competência de juristas de porte excepcional, impossível lhe foi, em muitos casos, resistir à pressão daqueles aos quais fôra dada a missão de transformar os nossos "serviços públicos concedidos" em simples "serviços de utilidade pública", para que se deslocassem do distema da nossa tradição jurídica para o da tradição do direito americano.

Se o *argumento de autoridade* de um modo geral foi sempre considerado de valor subsidiário, o seu valor é ainda mais escasso quando se cogite de controvérsia sôbre direitos e interêsses de emprêsas poderosas, porque se torna delicado apurar as determinantes reais de sua elaboração. Por isso, preferimos recorrer à jurisprudência da suprema instância judiciária da República, firmada em casos que, por sua importância capital, tiveram de ser atentamente examinados.

53. Além da conveniência da manutenção do princípio de que é *pública* a *propriedade* dos bens vinculados à execução do "serviço concedido", sendo apenas de retenção, para *uso e gôzo*, o direito do concessionário, consideramos demonstrada a sua perfeita conformidade com o direito consagrado pelos nossos tribunais.

(*Continua*)