

Concessão de Serviço Público

(*Contrato ou ato administrativo?*)

JOAQUIM PIMENTA

CONSISTE a concessão em atribuir o Estado ou outra entidade de direito público, a um particular, ordinariamente a uma empresa, o encargo de organizar e fazer funcionar um serviço público, ou de o administrar, se já existente.

Embora o termo *concessão* seja de uso comum ou tenha mais de um emprego, designando, por exemplo, o ato de permitir o Estado que alguém ocupe ou explore um terreno de sua propriedade ou de domínio público, ou um contrato de locação de obras, nós o tomamos no sentido de ser uma delegação de poderes, quando o serviço, pela sua própria natureza ou objetivo de ordem pública ou social, se torna privativo do Estado, do Município, por êles diretamente administrado, ou, indiretamente, em regime concessionário, com exclusividade ou sem concorrência de terceiros, se assim fôr determinado por lei, ou no ato concedente.

Conforme a legislação de cada país, entram na categoria de serviços privativos do Estado, além dos que outrora eram tidos por *essenciais* (justiça, polícia, forças armadas) os que, de *facultativos*, como eram considerados, se tornaram não menos *essenciais* à segurança do Estado ou à existência, ao progresso, ao bem estar da sociedade, sobressaindo os de transporte ferroviário, os serviços urbanos de luz, de água, de esgoto, ou outros incluídos em igual plano. Fora desses serviços, há os que, sem serem privativos de uma entidade de direito público, só podem ser explorados por particulares ou por empresas privadas, com *autorização* do poder público, quais sejam serviços de transporte marítimo, aéreo, urbano ou outros incluídos na categoria de não privativos da Administração Pública.

A distinção que se pode fazer entre serviço *concedido* e serviço *autorizado*, deve ser feita entre *concessão de serviço público* e *concessão de trabalhos públicos*. Ainda no século XIX, tais expressões eram tidas por equivalentes, pois que a segunda, tanto designava um contrato entre o Estado e um particular, para execução de obras (portos, estradas, calçamentos de ruas, etc.), como para a execução de um serviço público transitório ou permanente, a pequeno ou a longo prazo.

A *concessão de trabalhos públicos*, também chamada de "obras públicas", é um contrato de locação que com elas termina. Se tem o nome de

contrato administrativo, porque um dos contratantes é entidade de direito público ou porque a obra se destina a um serviço público, tal contrato não difere, na sua substância, do ajustado entre pessoas de direito privado.

A *concessão de serviço público*, também com o nome de *contrato administrativo*, ou com o nome de contrato de *direito público*, para distingui-lo dos demais sob aquela denominação, não há dúvida que contém um veículo de obrigações recíprocas entre o concedente e o concessionário, obrigações que, em essência, não diferem das que constituem o fundo subjetivo dos contratos bilaterais, de *direito privado*; motivo por que os primeiros tratadistas de Direito Administrativo, ou, posteriormente, os que continuaram aferrados ao civilismo clássico, AUCOC, PERRIQUET, DALLOZ, na França, PICARD e D'OFFSCHMIDT, na Bélgica, RUTTIMANN, na Alemanha, RANELETTI, e CUNEO, na Itália, como em outros países, não faziam diferença entre a concessão de um serviço público e qualquer outro contrato de natureza consensual. No Brasil, informa o professor THEMÍSTOCLES CAVALCANTI "não nos faltam defensores à teoria privatística, principalmente entre juristas e advogados. Ela vem, aliás, da tradição do Império, atravessou a República, devido à predominância das idéias civilistas, agora caindo em desuso, em virtude das novas tendências do nosso direito público". Entre seus partidários cita os dois CARVALHO DE MENDONÇA (J. X., o comercialista e M. I., o civilista), MENDES PIMENTEL, ASTOLFO REZENDE e PLÍNIO BARRETO. (TH. CAVALCANTI, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 308 e 309, 1956, 4.^a ed., Liv. Freitas Bastos).

Uma diferença, entretanto, existe para os juris-publicistas que fazem da concessão um contrato de *direito público*, e não, de *direito privado*, entre eles, aliás em grande número, GASTON JÈZE, FOIGNET, FORTI, CARBONI e BIELSA; no Brasil, RUI BARBOSA, MÁRIO MASAGÃO e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI.

A diferença que nos parece ser a que eles tomam por fundamental, é que a concessão se rege por normas que não são as mesmas que regulam os contratos de direito privado — são *normas de direito público*, com o objetivo de atender a uma necessidade, a um interesse, do Estado, do Município, ou da sociedade de que são eles órgãos de defesa, de proteção.

Mesmo subordinada a normas de direito público, não deixa de ser um contrato, e firmam eles, porque, como pretende demonstrar o professor MÁRIO MASAGÃO: "a) a concessão não tem por objeto coisa fora de comércio; b) que, para ser perfeita, é indispensável a anuência do concessionário; que essa anuência não é simples pressuposto ou condição, nem negócio unilateral, e sim manifestação de vontade que contratualmente se funde com a do concedente; c) que a falta de discussão das cláusulas não impede o aparecimento do contrato". (M. MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, pp. 59-60, 1933).

Esse duplo aspecto de que se reveste a concessão induziu outros juristas a considerá-la "um contrato de direito misto" — privado e público ou *público-privado*, entre outros, RAGNISCO, GASCON Y MARIN e COGLIOLO; no Brasil, o professor CARDOSO DE MELO NETO.

Sem falar na primeira doutrina que indetifica a concessão com o contrato bilateral, de direito privado, além dessas duas, também em divergência, mais

por uma questão de palavras, pois ambas salientam a combinação de *elementos normativos* e de *elementos contratuais* na estrutura do instituto, há, opondo-se as três, a teoria que considera a concessão um ato de *poder público, administrativo, unilateral*.

Esta doutrina tem por partidários os velhos tratadistas franceses, DUFOR e BATBIE, embora a maioria viesse a ser de juristas alemães, entre outros, OTTO MAYER, HAENEL, LOENING, SELLER e FLEINER; na Itália, seguem-na CAMMEO, SANTI ROMANO, MERLA, entre os principais; na Espanha, GOMEZ GONZALEZ e VELASCO; no Brasil, ALCIDES CRUZ.

Embora não os reúna a todos um pensamento uniforme, são os seguintes os principais argumentos que se apresentam, para justificar a tese de que a concessão é um *ato administrativo unilateral*, ou como a definimos, logo de início — uma *delegação de poderes do concedente ao concessionário*: “a) a concessão não é um contrato, porque o seu objeto é coisa fora do comércio; b) enquanto, em um contrato, as partes livremente discutem as suas cláusulas, na concessão, as condições são estipuladas pelo concedente, para serem aceitas, sem discussão; c) são normas de direito público, e não de direito privado, que regulam a concessão; d) o contrato é figura peculiar ao direito privado. Ele supõe vontades iguais, livremente concordantes, igualdade que não existe entre o Estado e o súdito, na esfera do direito público... que se há contratos de direito público interno, isto é, entre o Estado e particulares, na esfera do direito público, na concessão não se perfaz um desses contratos”. (Cf. MÁRIO MASAGÃO, ob. cit., pp. 33-34).

Confrontemos os argumentos de uma e outra teoria, a que considera a convenção um *contrato de direito público*, e a que considera que seja ela um *ato administrativo unilateral*:

1.º) O *objeto* da concessão é um serviço que é ou se tornou parte integrante da máquina administrativa do Estado, serviço cuja organização e funcionamento é concedido a um particular, a uma empresa, não na qualidade de *comerciante*, mesmo tomando o termo no sentido mais amplo, porém, na qualidade de *administrador* que se torna, pelo ato de concessão, em *representante* de um interesse que não é propriamente dos governantes, mas que pertence à Nação ou a uma coletividade que nela se encrava; que, por isso mesmo, se converte em patrimônio público, inalienável, a soma de bens móveis e imóveis que formam a estrutura, técnico-administrativa do serviço concedido. O que neste existe de *comercial* ou obedece a fins lucrativos, não é o *interesse público* que o concedente representa, mas o *interesse privado* do concessionário, de explorar economicamente o serviço; exploração que conduz a uma *relação contratual* de comércio, não entre concedente e concessionário, mas entre este e os usuários ou a *clientela* que tiver de utilizar-se do serviço, mediante o pagamento de uma taxa que é ainda o concedente que fixa ou autoriza; que pode, discriminariamente, alterar, aumentar ou diminuir, por ato de autoridade, administrativo, extracontratual;

2.º) A concessão é um contrato, porque ela não pode prescindir da anuência do concessionário, ou de uma dupla manifestação de vontade, em ajustá-la, mesmo sem discussão das cláusulas que a devem regular, antecipada e privativamente formuladas pelo concedente.

Se há, realmente, um contrato, trata-se, neste caso, de um *contrato de adesão*, de ênuência do concessionário a condições estipuladas pelo concedente, como é de *adesão* e contrato entre aquêle e o usuário que não discute o serviço que recebe e a taxa que deve pagar, como é o contrato de trabalho também de *adesão*, entre o empregador e o empregado, que não discute nem o serviço que vai prestar, nem o salário que vai receber; os três, incluídos na categoria dos “contratos dirigidos”.

Mesmo sem contestar a dupla manifestação de vontade que precede o *ato de concessão*, uma das quais em plano de inferioridade que exclui a forma típica de um *contrato consensual*, como êste se caracteriza — por livre e ampla faculdade de discutirem, de estipularem as partes o que deve ser aceito e não aceito; convém, entretanto, assinalar que o conteúdo jurídico da concessão de um serviço público não altera o fundo de autoridade que é inerente à administração dêste serviço, quando a cargo do Estado; isto é, o concessionário, mais do que um simples *contratante* do serviço, passa a ser o seu *administrador*, com os mesmos poderes de o organizar, de o fazer funcionar, bastando citar, entre tais poderes, o de desapropriação por necessidade do mesmo serviço.

Para LEÓN DUGUIT, não são as cláusulas financeiras, de caráter contratual que ligam concedente e concessionário, o que define a natureza jurídica da concessão; são “disposições relativas ao funcionamento do serviço: a administração pode modificá-las por via unilateral. Poderia ela fazê-lo, se fôsem as cláusulas de um contrato? Evidentemente não. Que se não venha dizer que ela o poderia, porque há um contrato de direito público. Eis aí uma expressão que não tem sentido; e é um sofisma perigoso que não tende a nada menos do que a dar uma base jurídica a um poder arbitrário do Estado”. E conclui, linhas adiante:

“O governo não pode abdicar o poder de modificar, no interesse do público, as regras de uma exploração pública, mesmo concedida; está no seu papel e não faz senão cumprir a sua missão, quando modifica, no próprio interesse do serviço, as condições em que êle funciona. Êle pode seguramente agir assim, mesmo quando as disposições, que determina, venham agravar os encargos do concessionário. Êle o pode sem que a sua decisão possa ser argüida de nulidade. Não atenta contra uma situação jurídica subjetiva; modifica somente o regime legal do serviço público”. (L. DUGUIT, *Les Transformations du Service Public*, pp. 141-142, 1913); e

3.º) Não deixa de ser um argumento favorável à tese unilateralista a perfeita analogia que transparece entre o concessionário e o funcionário público. Em relação ao cargo que êste exercia, a primeira doutrina era a mesma que considerava os dois e o Estado ou o Município, vinculados por um contrato de direito privado. Ora, não há por onde se possa justificar seja a função pública um contrato ou objeto dêste o cargo a que ela corresponde. Ela é de natureza regulamentar, institucional, estatutária, para ficar sob a dependência de um acôrdo de vontade, jamais levado em conta, sempre que uma das partes, o Estado, entende de fazer valer a sua autoridade em tudo que se relacione com o exercício do cargo, que é peça integrante de sua máquina administrativa. Assim como o pretendente a uma concessão de serviço público aceita, sem discutir, o encargo de o administrar, o mesmo

ocorre com aquêlé que é nomeado para um cargo, sem discutir, tampouco, como o deverá exercer. Pode o cargo ser modificado, substituído por outro ou suprimido, sem que assista ao ocupante outro direito além das vantagens ou do que se tornou em patrimônio seu, em consequência de o haver desempenhado.

Não é diversa a situação do concessionário: pode o concedente modificar, reduzir, ampliar, chamar a si a administração do serviço concedido, desde que seja assegurado ao concessionário o direito a um indenização por ônus ou prejuízos, explícita ou implicitamente não previstos no ato de concessão. Porque, o que nesta prevalece, não é um vínculo de contratualidade entre concedente e concessionário, vínculo que aquêlé pode discricionária e legalmente romper, mas o que, na sua essência, representa o serviço público, isto é, o interesse coletivo que determina a sua criação, que exige o seu funcionamento, *soberano*, para ficar a mercê de um *acôrdo de vontade*, daí resultando a preferência que tem sôbre o *interesse privado* do concessionário, não menos juridicamente protegido ou salvaguardado, porém, nas condições acima indicadas.

Neste ponto, em vez de se contrapor, como quer DUGUIT, a “noção de serviço público” ao “conceito de soberania”, os dois se pressupõem, se completam, se confundem pela identidade de conteúdo axiológico que os torna fundamentais em uma concepção unitária da ordem jurídica e social, estruturada pelo Estado.