

Pessoal das empresas concessionárias de serviço público

PAULO POPPE DE FIGUEIREDO
(Técnico de Administração)

O presente artigo é um estudo do aspecto jurídico do pessoal que trabalha nas empresas concessionárias de serviço público. À luz da doutrina, analisando e discutindo as diversas correntes concernentes à matéria, o Autor apresenta uma visão de conjunto deste assunto tão debatido, mas sempre atual para os estudiosos da Administração Pública. Sem tomar, propriamente partido das correntes apresentadas, este trabalho é uma síntese bastante útil destas questões relativas à pessoal (N. R.)

UMA forma de prestação indireta do serviço público é a que o Estado realiza por intermédio da concessão.

Há uma tendência bem acentuada de o Estado moderno não executar diretamente os serviços públicos que não considera essenciais e fundamentais; estes, ele os realiza pelos seus próprios servidores, por intermédio de órgãos e repartições que, em conjunto, constituem a prestação direta. Aquêles servidores têm uma situação jurídica bem definida na Constituição e leis ordinárias (funcionários, extranumerários e outras modalidades estudadas), são pagos pelo orçamento geral da União.

As autarquias são a forma peculiar de que o Estado lança mão para descentralizar funcionalmente certos serviços, criando pessoas jurídicas de direito público que representam verdadeiras parcelas da sua própria administração.

A concessão, depois das autarquias, é outra modalidade indireta do serviço pública; contudo, convém não confundir concessão com admissão e autorização.

Na admissão, segundo Mário Masagão, o Estado reconhece no particular qualidades e requisitos preexistentes; há um direito anterior e o particular,

preenchendo as condições impostas pela lei, usufrui desse direito mediante ato administrativo do Estado que lhe outorga os benefícios solicitados.

Admissão é, assim, um ato administrativo não discricionário por meio do qual se declara existir em um particular os requisitos indispensáveis para o exercício de determinado direito, segundo as condições impostas em lei preexistente.

Autorização, por outro lado, e segundo o mesmo autor, é ato administrativo discricionário da autoridade que permite ao particular exercer atividade que a lei declara proibida (Exemplo: tráfego de automóveis, exploração de pedreira, etc.).

Assim, a autorização sobre ser ato discricionário, é unilateral, dependendo sempre da solicitação de particular. Portanto, a autorização não decorre de um direito preexistente da pessoa e o ser discricionário significa que a qualquer momento a sua outorga pode caducar ou ser revogada, a critério exclusivo da administração.

Logo, a autorização dá ao particular direitos de desempenhar certa atividade que seria havida como proibida se não fôsse devidamente permitida. A autorização não delega poder público, pois apenas faculta ao particular o exercício de serviço público mediante o consentimento expresso da autoridade competente sem o qual o particular estaria proibido de exercê-lo.

Examinadas a admissão e a autorização, convém, agora, verificar a natureza da concessão. Esta, ao contrário da autorização, constitui delegação de poder público próprio do Estado, o qual é exercido pelo particular para que possa realizar a concessão, que lhe foi atribuída mediante ato administrativo determinado.

Há duas espécies de concessão (Vide Mário Masagão — “Natureza jurídica da concessão do serviço público”):

- a) a concessão de obra pública; e
- b) a concessão de serviço público.

Na realização de obras públicas, o Estado as pode executar diretamente, como é o caso do emprêgo das dotações da Verba 4 — Obras, Equipamentos e Aquisição de imóveis, efetuando-se os serviços com o pessoal para obras.

Ou pode executá-las ainda por meio de empreitada ou, por fim, por meio de concessão de obra pública. Nesta última hipótese, o concessionário não recebe a retribuição determinada e fixada, como na empreitada, mas fica com o direito de, no futuro, administrar o serviço público, auferindo, dêste modo, tarifas e recursos com que amortizará o capital empregado nas obras anteriores.

Não é essencial, contudo, que sempre proceda a concessão de obras públicas para que se tenha a concessão de serviços públicos; ocorre, muitas vezes, que esta concessão se realize sem que o concessionário tenha anteriormente efetuado qualquer obra pública.

Segundo o exposto, a concessão de serviço público pode vir, assim, acompanhada ou não da concessão de obras públicas.

De maneira geral, a natureza jurídica da concessão é controvertida, dando ensejo ao aparecimento de teorias mais desencontradas. Há três grupos distintos (Vide Mário Masagão, *op cit.*):

- a) teorias unilaterais;
- b) teorias contratuais; e
- c) teoria mista.

As teorias unilaterais admitem ainda duas formas diferentes, isto é, a concessão poderá provir de um ato administrativo unilateral ou de dois atos unilaterais, um do Poder Público e outro do concessionário.

O caráter unilateral da concessão tem fundamento no fato de que os seus autores a conceituam como ato administrativo emanado da soberania do Estado. É um ato decorrente do poder de império e da posição *sui-generis* do Estado. E por ser assim, o Estado poderá restringir ou revogar a concessão sem que caiba ao concessionário direito a reclamações ou indenizações.

A teoria que admite o concurso de dois atos unilaterais se baseia em a necessidade da concessão se originar de um ato administrativo que revele a vontade do Estado, de um lado e, de outro, do ato do concessionário que revele a sua vontade e anuência, constituindo êste último condição ou pressuposto para a constituição do negócio jurídico.

Em geral, os adeptos das teorias unilaterais são adversários da tese de contrato de direito público, muito embora reconheçam também que a concessão não é contrato de direito privado. E daí os grupos unilaterais já citados, dos quais um defende o princípio de que o concessionário tem apenas obrigações diante do ato de autoridade e de império do Estado; o outro grupo unilateral defende a tese de que há necessidade da anuência do concessionário, anuência esta que apenas teria o caráter de condição para que o ato administrativo se efetue.

As teorias contratuais se subdividem em:

- a) contrato de direito privado;
- b) contrato de direito público; e
- c) contrato de direito misto.

A concessão para os adeptos da teoria do contrato de direito privado se regeria pelos princípios do direito civil desde que, segundo afirmam, apenas se admitiria contrato em direito privado.

No caso, consideram que todo contrato exige igualdade de condições das partes vinculantes, isto é, vontade equivalente para a constituição do acôrdo.

Quanto à espécie de contrato de direito privado da concessão, a divergência é grande; admitem uns que há um contrato *sui-generis*, outros que há contrato de locação, de venda, de doação e outros, por último, reputam de difícil definição a categoria especial dêste contrato. Não há, assim, acôrdo entre os autores que se batem pela tese de que a concessão se deve reger pelas normas civilistas, o que evidencia, conseqüentemente, a inaplicabilidade dos princípios de direito privado para regular as concessões de serviço públicos.

Na realidade, a concessão é contrato de direito público e, como tal, não se rege pelo Código Civil mas pelo direito administrativo.

A tese dos que propugnam ser o contrato somente admissível no direito privado não se justifica porque o contrato não pertence a um ramo qualquer de direito, pertence à teoria geral de direito,

e assim, existe não só no direito civil, como no comercial e público.

Quanto à teoria de que a concessão é contrato de direito público, é evidente que o Estado encarrega outra pessoa, física ou jurídica, de realizar por si o serviço público, isto é, realizar e explorar o serviço público, em nome do Estado, mediante delegação de funções.

Gaston Jèze, por exemplo, grande defensor desta teoria, expõe que, no contrato administrativo, as duas partes não se encontram em nível de igualdade, como no direito privado; reconhecem, de antemão, que há situações desiguais desde que o Estado representa o serviço público e o concessionário o seu interesse privado.

Ora, o conhecimento prévio dessas condições não tira do ato administrativo da concessão o seu caráter contratual desde que o concessionário reconhece que o Estado, pelo seu poder de soberano, e com fundamento na ordem jurídica, lhe delegará poderes para o representar, poderes estes que são peculiares ao próprio Estado e que apenas poderão ser executados por outrem mediante acôrdo e consentimento do Estado.

O certo é que, no Estado de Direito, o contrato de direito público se baseia no fato de que a ordem jurídica existente não dá absoluta predominância do Estado face ao outro contratante desde que impera o princípio de que o próprio Estado realiza uma auto-limitação dos seus poderes.

Assim, é inegável que a concessão é de direito público, maximé tendo-se em conta que a Constituição, no art. 153, estabelece princípios normativos para a autorização e a concessão.

T. Brandão Cavalcanti, examinando o assunto, neste particular, declara que não seria lícito pretender atribuir a tais contratos a natureza privada, quando o Estado se reserva o direito de intervir em qualquer tempo na modificação posterior das obrigações assumidas.

Por seu turno, Mário Masagão, concluindo o seu brilhante estudo, considerou que a natureza jurídica da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, e realizado *intuitu personae*, isto é, oneroso, porque ambas as partes se constituem, reciprocamente, credores e devedores de prestações; sinalagmático porque as vantagens de cada parte estão na equivalência de prestações feitas à outra; comutativo, porque essas prestações, quando

futuras, são esperadas como certas; e *intuitu personae*, porque a idoneidade do concessionário é elemento essencial ao assentimento contratual da administração.

Quanto à concessão em si, Gaston Jèze reputou necessário a existência de cinco elementos para que a mesma se integre:

1. A concessão se perfaz mediante contrato administrativo de direito público;
2. A concessão visa à exploração e funcionamento de um serviço público;
3. A concessão é explorada pelo concessionário, que assume todos os riscos;
4. A concessão se faz mediante remuneração que dá direito ao concessionário de exigir do público um taxa fixada pelo Estado em seu benefício, taxa que será cobrada durante o período da concessão;
5. A concessão, enfim, é contrato de longa duração.

Mário Masagão acrescenta outras características à concessão como, por exemplo:

I — o funcionamento de um serviço público fica incumbido, pela administração, a uma pessoa jurídica de direito privado, que se obriga a exercê-lo;

II — a incumbência é feita *intuitu personae*, pois a administração leva em conta a idoneidade daquele a quem confia o encargo;

III — a concessão é feita por tempo, que tem prazo final ajustado;

IV — o serviço público concedido conserva esse caráter, mas é exercido pelo concessionário em seu próprio nome, e não no da administração concedente;

V — a administração pode delegar ao concessionário poderes públicos cujo exercício seja necessário para a execução de serviço;

VI — os riscos do serviço incumbem ao concessionário;

VII — a remuneração deste consiste na percepção, total ou parcial, durante o prazo da concessão, dos tributos pagos pelos que se utilizam do serviço de acôrdo com tarifas que não podem ser unilateralmente modificadas.

Outra modalidade das teorias contratuais consiste em considerar a concessão como contrato de direito misto. Os seus defensores se valem dos argumentos de que, sendo inadmissível o contrato de

direito público, há, na realidade, na concessão, um verdadeiro contrato bilateral de direito civil embora modificado ou influenciado pelo regime do direito público.

Portanto, os propugnadores desta teoria, na essência, procuram ressaltar os interesses e direitos do particular, por meio do direito comum, e, por outro lado, ressaltam a personalidade do Estado, considerando a necessidade de se temperar o contrato de direito privado pelos princípios do direito público.

Mário Masagão é de parecer que o contrato de direito misto é uma ficção inútil, nascida de pressupostos falsos.

A última teoria que pretende explicar a natureza jurídica da concessão é aquela que a considera simultaneamente um ato administrativo e contrato de direito privado.

A concessão seria, então, uma operação complexa, integrada de dois elementos, constituiria, assim, um ato-contrato, aquêle emanado do Estado e êste realizando a vontade do particular, dois elementos que se fundiriam, dando, como resultado, um contrato de direito privado, no qual a vontade do concessionário e a do concedente estaria representada.

Cabe indagar, agora, se pelo fato de o concessionário exercer serviços públicos e a concessão constituir um contrato de direito público, a natureza jurídica do vínculo que prende os empregados é de direito público ou de direito privado. No primeiro caso, os empregados seriam havidos como servidores públicos e teriam um regime próprio; na segunda hipótese, seriam empregados privados e estariam amparados pela legislação de proteção ao trabalho.

Realmente, é grande a controvérsia que existe para conceituar a situação jurídica do pessoal dos serviços públicos descentralizados.

Contudo, na espécie, o concessionário é pessoa jurídica de direito privado e, como tal, o vínculo que o liga aos seus empregados é pura e simplesmente de direito privado. Nada obsta a que esteja no gozo de privilégio de poderes específicos do Estado para poder executar e realizar a concessão. Uma coisa não influi ou interfere na outra, porque é o concessionário, pessoa de direito privado, quem assume os riscos da atividade econômica dos seus empregados e não o Estado, ao qual aquêle está vinculado por um contrato de direito público.

Sabe-se, também, que o conceito amplo de funcionário público tem levado a autores, como Duguit, considerar os empregados das empresas concessionárias como funcionários públicos.

Entretanto, o conceito de funcionário, pelo Código Penal (art. 321) é também amplo, abrangendo o pessoal das autarquias, mas não podia ir até ao extremo de Duguit de querer compreender igualmente o pessoal das empresas concessionárias.

O conceito de funcionário é legal e relativo e, em o nosso direito administrativo, segundo, aliás, Ruben Rosa, pressupõe a inclusão dos cargos nos quadros efetivos das repartições públicas.

Consoante o sentido restritivo do conceito de funcionário público, seria absurdo pretender considerar os empregados das empresas concessionárias como tal; aliás, nem poderiam ser considerados servidores públicos desde que não estão sujeitos ao regime de direito público que lhes daria um regime peculiar.

Não obstante, o Governo pode interferir, no interesse público e atendendo a razões de ordem geral, impor a rescisão do contrato da concessão. Principalmente, quando prevalecem razões econômicas.

Em 1945, o Governo, verificando que a situação financeira das empresas concessionárias não permitia um aumento geral de salários dos seus empregados, determinou, por meio do Decreto-lei n.º 7.524, de 9-5-45, a criação de uma taxa adicional de 10% sobre os preços dos fornecimentos de energia, de gás, água e telefone para, com isso, permitir que as empresas concessionárias concedessem o aumento geral de salários e, assim, robustecer a resistência econômica dos seus empregados, face ao elevado custo da vida.

Conseqüentemente, o poder público, quando necessário, poderá impor a revisão das tarifas, com fundamento na teoria da imprevisão. Mas, tudo isto não dá aos empregados das empresas concessionárias qualquer direito para pretender uma equiparação ao servidor público, muito embora o regime jurídico do concessionário os afaste também de uma situação idêntica ou semelhante aos empregados de indústria ou do comércio.

Prevalece, assim, o critério de que os seus direitos são regulados pela legislação trabalhista, podendo sindicalizar-se, pagar impôsto sindical e gozar de tôdas as regalias da Consolidação das Leis do Trabalho.