ASPECTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

SUMÁRIO: *Condições de outorga da concessão. Concorrência pública. Natureza jurídica da emprêsa concessionária. Taxas e Tarifas. Isenções fiscais e subvenções. Prerrogativas do concessionário. Prazo da concessão. Encampação. Reversão. Regime de concorrência, de exclusividade e monopólio. Utilização de bens públicos e privados. Desapropriação e servidão. Execução do serviço. Propriedade dos bens utilizados na concessão. Conclusão.*

I — CONDIÇÕES DE OUTORGA DA CONCESSÃO

1 — O instrumento jurídico da concessão de serviço público deve conter: a) — a forma de duração; b) — as condições de encampação; c) — o âmbito e natureza do serviço; d) — o "quantum" das tarifas fixas ou as bases de percentagens, máxima e mínima, para cálculo dos lucros em função de determinados elementos; e) — os privilégios outorgados, as faculdades conferidas, as isenções reconhecidas, e os auxílios prometidos; f) — as finalidades da concessão; g) — os métodos gerais sôbre a realização do serviço e localização do aparelhamento; h) — o registro jurídico dos bens do serviço; e i) — o regime da caução.

2 — A outorga da concessão deve ser feita mediante concorrência pública realizada pelo poder público, espontâneamente ou por provocação de interessados. Nada impede prévios entendimentos da Administração com alguma emprêsa sôbre a prestação do serviço, desde que a concorrência seja levada a efeito, realmente, dentro de prazo dilatado, com ampla publicidade e precisa fixação das condições do serviço a fim de permitir que tôdas as pessoas, acaso interessadas, possam comparecer a ela, apresentando as suas propostas.

O critério de escolha dos concorrentes deve ser o da preferência pelo que tiver melhores ofertas sôbre o aspecto econômico e técnico

do serviço e der demonstração de aptidões financeiras capazes de levá-lo a efeito nos têrmos projetados. O ato de adjudicação condiciona a regularidade da competência para outorga da concessão, por conseguinte a violação dos textos que regulam a adjudicação importa na sua nulidade. Ao escolhido, incumbe prestar a caução determinada, como garantia do correto desempenho do serviço concedido e fiança de que o levará a bom têrmo, satisfazendo os interêsses públicos em jôgo.

A outorga da concessão é ato discricionário do concedente, por conseguinte, não lhe cabe obrigação de reconhecê-la a determinado indivíduo, sendo-lhe lícito apreciar, segundo as circunstâncias e conveniências, a quem deferi-la. Assim, salvo disposição em contrário, é permitido ao concedente, tendo em vista razões de oportunidade administrativa, recusar a concessão a qualquer dos concorrentes ou outorgá-la àquele julgado apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores, ante o valor das propostas apresentadas, dentro dos limites legais prescritos, que regem os princípios da concorrência.

Os editais de concorrência esclarecerão a natureza do serviço que se pretende dar em concessão e as condições gerais de sua exploração, expondo o modo de organização e funcionamento imediato que deve ter o serviço e as vantagens de ordem econômica oferecidas.

Tais normas podem constar de lei geral, relativas às concessões no país e, apenas, de lei do concedente ou, então, de lei especial para determinadas concessões, completadas, qualquer delas, ainda, com preceitos de ordem regulamentar próprios e necessários à cada individualidade de serviço, não previstos, nos pormenores, pelos textos legais.

É admissível disposição particular disciplinando o regime de serviço a ser concedido. Êsse texto, entretanto, deverá respeitar as normas constantes daquelas leis, gerais ou especiais, para não se estabelecer sistema de desigualdade entre concessionários, ainda que de serviços diferentes, salvo, é claro, hipóteses peculiares perfeitamente justificáveis.

3 — Os concessionários podem ser pessoas físicas ou coletivas, sendo estas sociedades de pessoas ou de ações.

Exigindo as emprêsas de serviços públicos grandes capitais, a fim de prestar atividade, quando solicitada, de forma imediata e permanente, é preferível sejam levadas a efeito por pessoa coletiva em vez de pessoa física, a qual pode constituir um ser de vida mais longa, senão, de certo modo, perene, e de posição econômica muito mais consolidada, principalmente as sociedades por ações e em forma anônima.

Realmente, a sociedade anônima supera qualquer outra modalidade de exploração, pelas seguintes razões: a) — possibilita a formação de emprêsa com grandes capitais, o que é necessário para o gênero do serviço; b) — limita os riscos dos investimentos, dividindo-os pelos acionistas, segundo o número de ações; c) — consiste em sistema mais adaptável à exigência de prestação estável, pela sua quase perpetuidade de vida, independente dos seus acionistas e sucessiva

substituição dêstes, de velhos por novos, suavemente, sem quebra da uniformidade de movimento, por simples transferência dos títulos na bolsa; d) — faculta a unidade de direção, apesar de constituída de muitos acionistas, a qual é mais perfeita que em qualquer outra sociedade, em virtude dos amplos poderes reconhecidos aos diretores, que, na verdade, são quem administram a emprêsa; e) — desfruta de muito crédito e tem possibilidade de obter grandes fundos, para inverter no serviço, quando, preciso, uma vez bem organizada e funcionando regularmente, pela emissão de obrigações; f) — permite que tais empréstimos, dada a continuidade de vida da emprêsa, sejam feitos a longos prazos e a juros módicos.

Atendendo a que as emprêsas concessionárias de serviços públicos os executam por delegação e que a concessão é dada "intuitu personae", precisam ser conhecidos do concedente os tomadores dos seus títulos, sejam de obrigação, sejam de ação, pois assim melhor poderá êle exercer o seu poder de polícia de gestão do serviço. Daí a conclusão a que se deve chegar: a emissão de títulos cumpre ser exclusivamente nominal; e as emprêsas de capital estrangeiro, que pretendem explorar serviço público, convém recebam nova organização no país. Na verdade, o que se impõe é a personalização e a nacionalização das emprêsas, a fim de se atingirem, realmente, os objetivos visados, de completa fiscalização dos serviços concedidos.

Há sociedades por ações, organizadas para prestação de serviço público, em forma de cooperativa, isto é, em que os usuários são os acionistas da sociedade. Essas sociedades cooperativistas se classificam em verdadeiras ou fictícias, segundo reconheçam os usuários como únicos titulares de ações, ou, além dêles, admitam outros acionistas, e considerem êstes como titulares das ações comuns e aquêles titulares das ações preferenciais.

A última etapa é a socialização pelo poder público, do próprio serviço, seja parcial (sociedades mistas), seja totalmente (estatização ou municipalização).

4 — Os serviços públicos podem ser custeados pelos impostos, que são as contribuições destinadas a atender, indistintamente, sem qualquer especificação, às necessidades de ordem geral da Administração pública, respondendo, pela sua satisfação, todos os cidadãos, na medida das suas capacidades; ou pelas taxas, que são as contribuições destinadas a remunerar, sem intuitos especulativos, especìficamente, a determinados serviços prestados pelo poder público aos interessados, e no exercício tanto da sua atividade jurídica, como da sua atividade social, serviços êsses solicitados, em virtude de benefícios oferecidos a terceiros, ou exercidos obrigatòriamente, em consequência de terem sido provocados por êles, sejam de caráter pessoal ou real, isto é, refiram-se a atividade de terceiros ou a melhoramentos em bens corpóreos, que lhes são próprios. Os serviços custeados pelos impostos são os de interêsse geral e, pelas taxas, os de interêsse particular.

As importâncias requisitadas a título de taxa devem corresponder aproximadamente às despesas normais feitas com a prestação do serviço, sem qualquer preocupação de lucro, portanto. Pois, se tal objetivo ficar comprovado, ela se transformará em preço. Assim, perderá o caráter de pagamento requisitado pela Administração, no exercício dos seus poderes financeiros, como contraprestação de serviços prestados por ela, para tornar-se, simplesmente, proveito de atividade comercial jurídico-privada da Administração. Porém, se o preço for tabelado pelo poder público, fora da ação direta da lei da oferta e da procura, e em função de unidade que serve de base de cálculo quantitativo do seu pagamento, denomina-se tarifa. Enquanto a taxa se estabelece por razões política, o preço se fixa por motivos econômicos. Já a tarifa tem como causa êsses dois elementos conjugados.

Os serviços públicos concedidos, embora mediatamente interessem a coletividade, interessam de modo imediato aos usuários, e, por isso, em regra, a êstes cumpre custeá-los, mediante o pagamento de taxas ou tarifas.

5 — Às vêzes, entretanto, pelo fato de ser muito elevado, o custeio do serviço, não é possível mantê-lo, exclusivamente com o rendimento auferido dos usuários pelo pagamento das tarifas, a menos sejam estas estabelecidas em padrão muito alto, acima das possibilidades da maioria dêles. Como se trata de serviço cuja organização e funcionamento se impõem por razões de política administrativa, então, o poder público, mediante privilégios financeiros, conferido ao concessionário, contribui para o seu custeio, com as rendas obtidas dos impostos gerais, assegurando, assim, recursos econômicos à emprêsa, por meio de subvenções ou adiantamentos reembolsáveis, e ainda, a exonera, parcial ou totalmente, da responsabilidade de pagamento de tributos, que pesam sôbre ela e os seus bens, pelo reconhecimento de isenções fiscais. São os privilégios financeiros positivos e negativos reconhecíveis aos concessionários.

As subvenções podem ser monetárias ou em outros bens. As subvenções em dinheiro compreendem, respectivamente, o simples pagamento mensal ou anual, pelo concedente ao concessionário, de determinada importância, prèviamente fixada ou o pagamento de certa quantia, como garantia de juros preestabelecidos ao capital da emprêsa, na hipótese da renda de serviço não ser suficiente para conferir a êsse capital o lucro estipulado, apurada a necessidade ou não dêsse reajustamento, pelo concedente, a favor do concessionário, ao fechar-se, nos períodos convencionados, cada exercício financeiro. As subvenções em outros bens consistem na doação ou comodato de imóveis ou de aparelhamento conveniente à consecução do serviço concedido.

Os adiantamentos reembolsáveis constituem empréstimos que o Estado se obriga a fazer ao seu delegado, para execução de obras de melhoramento e ampliação do serviço, que permitirão à emprêsa obter maiores e melhores proveitos ou para garantia de pagamento de juros

devidos pelo concessionário a terceiros, provenientes de dívidas assumidas com autorização do concedente, para obter numerário a fim de conseguir a remodelação de aparelhamento e atender às necessidades da concessão, satisfazendo, de modo mais atual, os seus objetivos. Êsses adiantamentos são, em regra, reembolsáveis mediante participação do concedente nos lucros futuros da emprêsa, ou ao término da concessão, na liquidação desta.

Em princípio, as isenções significam favores conferidos ao concessionário, dispensando-o do pagamento de tributos que recaem diretamente sôbre os serviços concedidos e sôbre os bens utilizados exclusivamente no desempenho daqueles. Compreendem, como norma, apenas os impostos, estando delas excluídas as taxas.

6 — A fim de evitar abusos dos concessionários, limitando-se convenientemente o seu lucro, pode-se estabelecer que a renda auferida e excedente ao necessário para cobrir os juros do capital e integrar os fundos especiais previstos legalmente, seja havida como *extra* e reverta a favor do concedente. Consiste na coparticipação do concedente nos lucros da emprêsa, com o intuito de impedir que, utilizando-se de prerrogativas peculiares dos entes políticos, obtenha o concessionário lucros excessivos.

7 — O concedente deve proteção ao concessionário, a fim de facilitar-lhe o desempenho da concessão, aprovando as regulamentações de serviços feitas por êle, de forma a ordenar a maneira razoável da sua utilização pelo público, e conferindo os poderes necessários ao seu desempenho, enfim prestando-lhe assistência conveniente, para que exerça, normalmente, o serviço concedido.

Entre as regalias administrativas que se reconhecem, em geral, ao concessionário, para que possa levar a bom têrmo o serviço público delegado, cumpre ressaltar: a) — o direito de prestação do serviço; b) — o direito de exclusividade em dita prestação; c) — o direito de uso excepcional dos bens públicos; d) — o direito de impor restrições ao domínio particular.

Regulam-se, assim, as prerrogativas do concessionário não só frente a terceiros como em face do concedente.

8 — A concessão pode ser por prazo determinado ou indeterminado, e misto.

O poder público, entretanto, reserva sempre a faculdade de, a qualquer tempo, proceder à encampação da concessão. Esta consiste no ato jurídico pelo qual o poder público chama a si, no curso da exploração, a emprêsa, para execução do serviço que vinha sendo levado a efeito por terceiros, mediante delegação.

O serviço, apesar de concedido, continua a ser serviço público, por conseguinte, permanece o Estado com a prerrogativa de explorá-lo nos moldes mais convenientes à coletividade: diretamente ou por concessão. Quando está sendo explorado por qualquer dêsses processos, se assim julgar conveniente, pode alterá-los, substituindo um pelo

outro, ou mesmo, suprimir a qualquer momento a sua exploração. O Estado é o único juiz do interêsse público.

As concessões por prazo determinado são aquelas em que, nos respectivos contratos, vem fixada a época de expiração; enquanto as concessões por prazo indeterminado são aquelas em que não há prazo para extinção, prèviamente ajustado pelas partes.

As concessões de prazo misto são as que, tendo prazo determinado para o seu término, podem ser automàticamente prorrogadas, uma vez não haja denúncia por qualquer das partes, em época prefixada, antes do prazo de extinção, ou, ao contrário, desde que uma das partes, em ocasião predeterminada, e também antes do prazo da extinção, declare, e a outra concorde, o intento de continuação. Na primeira modalidade a prorrogação é tácita e o rompimento expresso, dando-se, exatamente, o oposto na segunda.

Há quem pretenda que as concessões a prazo misto correspondem, na verdade, às de prazo indeterminado com a fixação prévia, todavia, de casos de direitos de renúncia e revogação, no fim de determinadas épocas. E assim, realmente, pode ser entendido.

A encampação se dá tanto nas concessões a prazo determinado, como nas a prazo indeterminado. Entretanto, nas concessões a prazo determinado, como êste foi estipulado para delegação de serviço, e, por conseguinte, se permitiu a exploração de emprêsa, mediante concessão, em dado período, o concessionário tem direito de haver indenização pelo dano emergente e lucro cessante, enfim compensação pelas perdas, se provar venha a sofrer prejuízos com a encampação. Ao contrário, nas concessões a prazo indeterminado, a encampação sem indenização é da índole do sistema, independentemente de qualquer pagamento pelo dano emergente e lucro cessante, visto que as concessões não podem, pela sua natureza, ser perpétuas. Em tal hipótese, se prescreve, apenas, certo prazo, chamado de garantia, dentro do qual a encampação será feita mediante o pagamento de dano emergente e lucro cessante, e sem qualquer indenização depois de estar decorrido.

As soluções ora expostas se explicam. Isso porque, ao assumir a concessão por prazo determinado, o concessionário faz os cálculos com referência à inversão de capitais e sua remuneração, tendo em vista o período integral estabelecido para desempenho do serviço. Na concessão por prazo indeterminado, é diferente a situação. Uma vez se assegure ao concessionário um período inicial em que tais garantias sejam dadas, — visto que, via de regra, os primeiros anos de concessão são os mais trabalhosos e os que menores lucros oferecem ao concessionário, — compreende-se, após o decurso dêle, a encampação seja feita independente de qualquer indenização por pretensos prejuízos dela decorrentes.

Não se justifica ingresse alguém em um negócio atendendo às possibilidades de lucros futuros e seja logo despojado sem qualquer indenização pelos prejuízos, recebendo apenas o pagamento dos bens invertidos em tal negócio. Mas, se tal se dá, após anos de exercício do serviço, durante os quais desfrutara das vantagens da concessão

que lhe foi outorgada sem prazo determinado, nada há que objetar à encampação mediante simples pagamento dos bens, sem cogitar-se de qualquer indenização por danos emergentes e lucros cessantes; pois é inadmissível pretenda simples delegado de serviço público, portanto, encarregado transitório dêste, transformá-lo em atribuição sua, indefinidamente.

O ato jurídico da concessão pode prever o "quantum" a ser pago como indenização pela encampação ou, ao menos, as bases para se apurar êsse "quantum", isto é, o modo da indenização e o mérito do seu cálculo. Na falta dêsses elementos será ela avaliada, nos têrmos da legislação vigente, e não havendo acôrdo será tal indenização fixada em processo judicial competente. Com o decreto de encampação, entra o poder público, desde logo, na posse dos bens, resolvendo-se "a posteriori" a questão do pagamento. Se há acôrdo prevendo a sua reversão ao término do contrato, o pagamento dos bens corresponderá ao valor proporcional de utilização dêles durante o período que falta para extinguir-se a concessão e ocorrer a sua reversão, já completamente amortizados, e satisfeitos os interêsses que tivera em vista o concessionário ao obter a concessão.

9 — As concessões de prazo determinado se dão a prazo longo ou curto.

As de prazo longo têm a vantagem de encorajar grandes investimentos. Porém, não atentam a que as condições de exploração do serviço e, mesmo das suas necessidades, oscilam dentro de certas épocas e, por isso, talvez seja desaconselhável prender-se o poder público em concessões de longo prazo. O mérito das concessões de prazo curto, alega-se, está, justamente, em facilitar o reajustamento das condições de serviço, impostas pelas transformações industriais, de ordem técnica, pelas alterações das situações econômicas e pelo exame das conveniências peculiares do próprio serviço e do público em geral. Mas, é de reconhecer-se, as necessidades de reajustamento nem sempre coincidem com os prazos de término de concessão. Como o aparelhamento das emprêsas de serviços públicos tem destino especial e próprio, ninguém se arrisca a instalar emprêsas adequadas para tais fins sem a garantia de largo período de exploração delas.

O prazo da concessão deve ser estabelecido tendo em vista, além das razões de conveniência administrativa, as considerações relativas ao interêsse do concessionário, ao objeto da concessão e às questões de ordem financeira.

Assim, com referência aos serviços públicos concedidos, que exigem o investimento por parte do concessionário de grandes importâncias monetárias, a concessão deve ser de prazo dilatado, a fim de permitir a amortização progressiva dos capitais, com a simples cobrança de tarifas módicas dos usuários como contraprestação de serviços fornecidos.

Se o poder público resolve, mediante serviço público concedido, despertar hábitos sociais novos, é natural que, de início, o serviço seja deficitário, pois só dará margem a lucros quando esteja o público ha-

bituado com êle, e, por conseguinte, o prazo da concessão em tais circunstâncias, deve, também, ser grande, para compensar as épocas de prejuízo, sob pena de não provocar interêsse aos particulares para aceitarem a incumbência de prestação do serviço, na qualidade de delegados do poder público.

As concessões de prazo indeterminado têm a vantagem de jamais compreender danos emergentes e lucros cessantes pela encampação do serviço, após os primeiros anos de organização e funcionamento em período prèviamente estabelecido, por ser ocorrência normal das concessões sem prazo. Por êsse sistema, entretanto, fica assegurada ao concessionário, uma vez se lhe não queira mais como delegado do poder público, a prerrogativa da encampação da emprêsa, nos têrmos ajustados no instrumento da concessão. Por outro lado, o concessionário não se desobriga de prestar o serviço enquanto o poder público entender da sua conveniência, desde que lhe seja assegurada a equação financeira da emprêsa. É lícito, não obstante, com autorização do poder público, transferir-se a terceiro a concessão. É o regime de estabilidade e permanência da emprêsa, constituindo, êste, característico dos serviços públicos e, aquêle, necessidade para o seu bom desempenho.

Aos méritos apontados nas concessões de prazo indeterminado cumpre salientar os defeitos das concessões de prazo determinado, curto ou longo.

Os inconvenientes das concessões a prazo resultam da dificuldade que se tem, de início, em fixar-se êsse prazo, se longo ou curto, segundo a natureza do serviço, bem como da possibilidade de permitir fraudes na obtenção de concessões a longo prazo, em serviço que se impõe prazo curto, e, de outro lado, de facilitar prejuízos na outorga de concessões a prazo curto, em serviço que exige prazo longo.

Demais, o serviço público é contínuo, insusceptível de subordinar-se a prazos prefixados de existência, e de caráter estável, pela própria exigência de investimentos de grandes capitais.

Além disso, nos últimos anos da concessão, haverá, sempre, luta entre o concedente e concessionário, pois êste usará de todos os subterfúgios para evitar renovações do aparelhamento e proceder à extensão do serviço, visto que lhe falta interêsse para aceitar tais exigências daquele. Ademais, ao término da concessão surgem situações difíceis na mudança de concessionário, pelos incômodos de encontrar quem queira continuar o serviço com aparelhamento velho, sendo que, na maioria das vêzes, isso não convém, mesmo por razões de interêsse coletivo.

Ocorre, ainda, a dificuldade na substituição imediata e total do aparelhamento, sem paralisação do indispensável serviço público e possibilidade de acarretar prejuízos urbanísticos, como no caso de remoção de canalizações e trilhos, o que implica no deslocamento e consequente reposição de calçamento da cidade. Daí, em regra, continuarem as concessões com os antigos concessionários, em virtude de

sucessivas renovações e assim temos a sua transformação em concessões perpétuas.

Ao fim da concessão, em regra, os bens e aparelhamentos, já amortizados, estão em péssimas condições e é difícil se consiga do concessionário revisão e renovação de materiais em tal período, pois êste não sabe se o poder público aquiescerá na renovação da concessão e ignora em que condições será feita e, muitas vêzes, não se interessa mesmo por ela, em virtude de exigir nova e grande inversão de capitais, negócio que pode lhe não tentar, porque, de regra, é mais difícil encontrar financiamentos para renovações de emprêsa que para instalação de uma nova.

As concessões por prazo indeterminado têm a vantagem de eliminar os inconvenientes apontados e não constituem, como alegam muitos, uma forma de delegação perpétua do exercício de serviço público, pois há sempre a ação regulamentar do poder público, fazendo verdadeiras revisões periódicas da concessão, como, ainda, existe a faculdade da encampação.

Contra êsse sistema há apenas uma objeção ponderável, qual seja a de poder constituir a concessão a prazo indeterminado entrave para substituição dela por outra para execução do novo serviço, uma vez, em curto estágio de civilização, o serviço concedido seja havido como inconveniente e inadequado.

Essa situação, entretanto, é a mesma da concessão a prazo determinado, pois se não pode presumir que as necessidades de transformação coincidam, senão exata ao menos aproximadamente, com as épocas do término da concessão.

Aliás, lei geral reguladora das concessões de serviços públicos pode prever a solução da hipótese, que ocorre só de tempos a tempos longínquos, visto que os sistemas de serviços públicos se transformam de épocas em épocas, servindo a várias gerações, ao contrário de outras atividades comerciais e industriais, em geral, que surgem até de ano para ano.

Demais, essa situação não impede outras concessões; quando muito poderá, segundo os têrmos da então vigente, obrigar ao pagamento de indenização ao concessionário, pelos danos que venha a sofrer com as providências tomadas pelo poder público, extinguindo o serviço obsoleto, pela revogação da concessão ou outorga de concessão nova a outrem.

10 — As concessões a prazo determinado devem estabelecer, em regra, a reversão dos bens, necessários ao desempenho da atividade delegada, independente de qualquer pagamento e em bom estado de utilização, a fim de que não haja interrupção do serviço e possa ser continuado pelo concedente ou dado em concessão a terceiro. A emprêsa, assim, continua a existir, havendo, apenas, sucessão de um para outro negociante. Aliás, em falta de disposição expressa em contrário, é de admitir-se como estipulada a reversão, pois se pressupõe, com a integral decorrência do prazo da concessão, durante o qual o concessionário auferiu as tarifas competentes, recebeu não só o paga-

mento da contraprestação do serviço como houve a completa amortização do capital invertido na emprêsa. Tal providência é *desnecessária e não convém mesmo* para as concessões a prazo indeterminado, porque a questão pode ser resolvida, segundo a oportunidade administrativa, pela encampação.

A reversão apresenta os seguintes inconvenientes: a) — ao término da concessão, deve estar todo o capital amortizado e, se o prazo não fôr bastante longo, as tarifas para se conseguir tal fim precisam ser bem altas; b) — acarreta limitação do capital ao estritamente necessário, isto é, ao mínimo indispensável à prestação do serviço, como, ainda, a limitação do número de empregados, e a restrição de qualquer despesa considerada supérflua; c) — dificulta a renovação do aparelhamento quando próximo o têrmo da concessão; d) — faz com que as vantagens da reversão sejam auferidas por geração que não pagou as tarifas, compreendendo contraprestação do serviço mais amortização do capital; e) — favorece disputa entre concedente e concessionário, para compelir a êste que mantenha o aparelhamento, nos últimos anos da concessão, em bom estado, dando-lhe conservação adequada, sendo, muitas vêzes, aquêle obrigado a medidas coercitivas para tal. Disso resultam: tarifas altas com serviço de padrão baixo e sem qualquer vantagem com a reversão, pois os materiais voltam ao poder público em condições de grande depreciação, quase inúteis.

Ordinàriamente o serviço público concedido é de tempo ilimitado. Pleiteia-se, não obstante, a limitação do prazo porque pode o interêsse público exigir a extinção do serviço que vinha sendo prestado, por inadequado à época; ou, ainda, pode acontecer que surjam novos pretendentes à execução do serviço, aos quais apresentem propostas mais interessantes e sob modalidades diferentes da sua prestação; finalmente, por razões político-administrativas, pode convir seja a consecução dêle assumida pelo próprio poder público.

Mas, a limitação do prazo não significa em se determiná-lo e, sim, em se fixarem condições que impeçam se transforme a concessão em delegação perpétua a terceiro, de atividade própria do Estado.

Êsse objetivo se consegue, de maneira mais satisfatória, com as concessões a prazo indeterminado, do que com as concessões a prazo determinado, pois enquanto aquelas admitem revisões periódicas, segundo as necessidades públicas, estas restringem, de algum modo, vários aspectos da regulamentação, que se subordinam às épocas de vigência da concessão.

Daí se dizer que a concessão a prazo indeterminado satisfaz melhor a continuidade do serviço e permite que as despesas normais para sua instalação e funcionamento, bem como o valor dos bens necessários, se realizem em função dêle. Além disso, suprime as dificuldades que se oferecem com a concessão a prazo determinado por ocasião do seu término, relativas à escolha de novo concessionário, à continuação do serviço, à situação dos bens. Ademais, o serviço será prestado de forma satisfatória, sob pena de o poder público encampá-lo.

11 — A concessão do serviço público pode ser feita em concorrência ou em exclusividade.

O regime de concorrência é aquêle em que várias emprêsas concessionárias prestam a mesma comodidade, disputando, entre si, as preferências dos que se utilizam do serviço. O regime de exclusividade é aquêle em que se reconhece a uma emprêsa privatividade na exploração de determinado serviço, a qual decorre *da própria natureza dêle,* que impede a concorrência, portanto, exclusividade de fato, ou *da relação jurídica* em que se assegura não conferir a outrem o exercício do mesmo serviço, em dado local ou zona, e, portanto, exclusividade de direito.

Cumpre, desde logo, esclarecer que a exclusividade se não confunde com o monopólio, o qual é de admitir-se, apenas, nos serviços exercidos pelo próprio Estado e jamais nos delegados, pois o monopólio é contrário à liberdade de comércio e indústria, e entrava a instituição de serviços de interêsse geral. Êle consiste na interdição de utilizar-se de determinada comodidade por qualquer outro meio, senão o prestado por quem possui o seu monopólio, sujeitando-se os infratores à punição por inobservância do preceito legal que o instituiu. Assim, na atividade jurídica, o monopólio do serviço de justiça, ou na atividade social, o monopólio do serviço de correio, os quais só podem ser prestados pelo Estado, sendo absolutamente vedado a terceiros exercerem êsses serviços, sob qualquer modalidade, salvo expressa disposição legal em contrário, autorizando-os em circunstâncias especiais.

A exclusividade outorga ao concessionário, simplesmente o privilégio de explorar, sem concorrência econômica e direta de outras emprêsas, o serviço concedido. A concessão a título exclusivo não interdita, de forma absoluta, os particulares de obterem a prestação do mesmo serviço independente do concessionário, utilizando-se de meios apropriados para isso. Assim, apesar da concessão com exclusividade do serviço de eletricidade, pode um indivíduo, para seu uso, fabricá-la pessoalmente; e, mesmo, pode vender a terceiros a comodidade, objeto da concessão, desde que não interfira nos elementos que a justificaram, tal como o fornecimento de gás, sem o uso de canalizações na via pública, como seja o caso do gás engarrafado.

A exclusividade não tira ao Estado o poder de reorganizar o serviço público concedido, ou de organizar outro serviço público concedido, que lhe seja complementar, ou mesmo de prover idêntico serviço público em outro local ou zona. A única proibição é a de explorar ou conceder *serviço absolutamente idêntico* e que importe em *concorrência direta* ao anteriormente concedido com exclusividade. Assim, a concessão, com privilégio exclusivo de prestação de gás, não impede outra em moldes semelhantes para a de eletricidade, embora ambos os serviços sejam de fornecimento de energia, refrigeração, calor e iluminação; do mesmo modo, a concessão de serviço de bondes, com privilégio exclusivo em cada cidade, não impede a outorga de concessões de linhas de ônibus até nos mesmos percursos e de metropolitanos

nas mesmas zonas. A concessão do serviço funerário a alguém não se opõe à complementar de fornecimento de caixões mortuários a outro interessado. Inexiste incompatibilidade entre concessões de transporte por via férrea, aérea e rodoviária, pois, em absoluto, não há desrespeito, por isso, ao princípio da exclusividade de serviço.

Nessas hipóteses, entretanto, deve caber ao primitivo concessionário o direito de preferência para exploração do novo serviço, em igualdade de condições com a proposta de terceiros, julgada mais vantajosa ao interêsse público. É prerrogativa que se lhe reconhece como garantia para amparar o seu capital pelo reflexo econômico que possa advir à sua emprêsa pelo exercício de outra congênere na prestação da comodidade, embora por outros processos técnicos.

Pela outorga de concessão com a cláusula de exclusividade, o concedente se obriga, apenas, a não conceder, a outrem, concessão do serviço público então delegado. Jamais se obriga a proibir que terceiro consiga a mesma comodidade por meios diversos, uma vez obtida sem o exercício de atividade que só pode ser desenvolvida, mediante concessão e, mesmo ainda, se obriga a deixar de outorgar a terceiro competência para que forneça até a mesma comodidade, por concessão de natureza diferente. Ademais, a exclusividade constitui prerrogativa para estimular a ação, nunca para proteger a inércia. Verificada a impossibilidade de atender aos consumidores em desenvolvimento do serviço, prestando a comodidade, pela extensão das suas atividades, é de suspender-se, sem prejuízo para o interêsse geral, e conceder-se a terceiros a exploração dêle.

O desrespeito ao privilégio exclusivo não obriga o Estado, uma vez não tenha participação em tal ato, pois não incumbe à Administração pública tomar as providências para observância dêle, mas ao próprio concessionário e isso perante os tribunais competentes, salvo ajuste expresso em que assuma tal obrigação.

Todavia, em havendo o Estado outorgado a concessão com exclusividade, fica êle com o direito de tomar as medidas acauteladoras dêsse privilégio contra os usurpadores, exercitando-o, no entanto, apenas quando, a seu critério, julgado conveniente.

O privilégio exclusivo não se presume, precisa ser explícito na concessão, se bem que não haja necessidade de vir expresso, sendo a interpretação dêle restrita e só admissível se permitida por texto legal. E êle só se concebe, realmente, nos casos naturais, necessários, ou lógicos, normais.

12 — Os serviços públicos concedidos devem ser explorados com exclusividade, em princípio.

Entre as razões que militam a favor dessa orientação, sobressai-se a que considera a necessidade de investimento de grandes capitais para o seu bom desempenho, não só devido ao custo de montagem e manutenção da emprêsa, como à necessidade de grande número de empregados para atender, em qualquer tempo, aos atuais e aos novos clientes, cujas solicitações de serviço variam segundo as épocas e as horas. Ao contrário do que acontece com os serviços de caráter par-

ticular, em que as emprêsas exploradoras podem negar a prestação de determinado serviço por falta de aparelhamento e podem, ainda, por sua vez, cobrar o que entenderem pela prestação dêle, incumbe às emprêsas concessionárias a prestação de serviço sempre que solicitado e nas tabelas fixadas pelo poder público, de forma a não permitir a discriminação de tarifas e tratamento.

Quando há fiscalização do poder público relativamente à gestão do serviço, a duplicidade de emprêsas concorrentes é, de certo desaconselhável, por constituir inútil competição, que só se deve procurar como elemento indireto para aperfeiçoamento do serviço e barateamento dos preços — vantagens que, na hipótese, são obtidas diretamente pela ação do poder público na regulamentação e fiscalização da gestão da concessão.

A concorrência só servirá, por conseguinte, para dificultar a exploração do serviço e encarecê-lo. Além disso, a sua própria natureza impede, em muitos casos, a existência de várias emprêsas explorando-o, como sejam os de serviços que necessitam de ocupar locais especiais para depósito, locais êsses que podem não existir em quantidade suficiente em uma cidade, ou que exigem a utilização excepcional de bem público para satisfação adequada da necessidade para a qual foi criado. Finalmente o equipamento do serviço só tem utilidade para a exploração concedida e, consequentemente, devem evitar-se competições desnecessárias, capazes, mesmo, de perturbar a estabilidade financeira das emprêsas.

Assim, a concorrência parece ruinosa para o serviço, porque ou as emprêsas entrariam em acôrdo, para se dirimirem contendas desaconselháveis, constituindo-se em "trust", cujos malefícios são conhecidos e, por essa forma, ficaria inutilizado qualquer proveito a ser obtido pela competição, ou, então, haveria lutas na prestação do serviço, o que acarretaria a quebra de alguns, prejudicando a estabilidade e prestação do próprio serviço, ocasionando a disputa e retraimento de capitais pelo receio de consequências desastrosas na exploração. Os serviços públicos são daqueles que devem dar lucros moderados, por isso os seus exploradores precisam estar, mais ou menos, certos em auferir tais lucros, pois do contrário preferirão empregar os seus haveres em emprêsas arriscadas, mas que em compensação lhes oferecem probabilidades de proveito muito superior.

13 — Os bens de uso comum estão afetos à utilização direta do povo em geral, mas aos concessionários de serviço público se lhes reconhece o uso específico de ditos bens, desde que necessários ao bom desempenho das suas atividades. Não se trata entretanto, de simples permissão de uso especial que se faculta a todos os cidadãos desde que preencham as exigências legais para tanto, como seja o pagamento de certa taxa e a satisfação de determinadas condições prèviamente impostas. Constitui, na verdade, um privilégio excepcional, com referência aos meios indispensáveis para a prestação conveniente do serviço, e durante o período de vigência da concessão. Essa utilização extraordinária diz respeito, por exemplo à ocupação de via pú-

blica, com canalizações, postes, fios e trilhos e pode ser feita de forma subterrânea, aérea e na superfície. Tal uso, entretanto, não pode tornar o bem incompatível, em caráter permanente, com o seu destino próprio, isso porque essa concessão não deve contrapor-se à utilidade social e geral dos bens públicos.

14 — Havendo sido a propriedade particular reconhecida como necessária para que as pessoas pudessem viver melhor a sua vida social, o uso e gôzo dela cumprem ser proporcionados aos interêsses individuais e coletivos, de forma que o domínio seja particular, mas utilizado em função do bem social. Daí ficar o instituto jurídico da propriedade sujeito a restrições impostas pelo poder público, quanto ao seu uso, gôzo e disposição.

Relativamente à disposição, promulgam-se leis que permitem o desapossamento dela e transferência para terceiro, mediante o processo de expropriação, direta ou indireta, feito pelo poder público ou por delegados dêste, para o seu emprêgo em obras e serviços de necessidade ou utilidade pública. Êsses empreendimentos são do próprio Estado, de seus delegados, ou ainda, de particulares, os quais se justificam pelo bem público em jôgo.

O desapossamento da propriedade mediante a expropriação pede, como preliminar, a completa indenização do bem a quem dêle fica privado com a sua transferência para terceiro, a fim de ter um destino público.

Hipóteses de restrições ao uso e gôzo temos, respectivamente, nas *limitações* e nas *servidões* de ordem legal e administrativa, impostas ao proprietário no aproveitamento do seu bem. Aquelas, as limitações, são restrições pelas quais, em forma geral, se restringe o uso da propriedade sem permitir coparticipação de outrem, ao passo que estas, as servidões, envolvem, ainda, mais essa restrição, qual seja a coparticipação de outrem na utilização da propriedade de certa pessoa. Assim, pelas servidões, terceiros interferem no gôzo dela, restringindo-o a seu favor, afetando a exclusividade do proprietário no seu integral aproveitamento; e enquanto pelas limitações apenas se risca, de modo geral, os contornos da sua utilização pelo próprio titular.

Embora não haja, como regra, base para pleitear-se indenização pelas limitações e servidões, é claro, no Estado de Direito, se não pode deixar de reconhecer a faculdade de o proprietário exigir a composição dos danos que venha a sofrer, em consequência de tais limitações e servidões, quando ocorra prejuízo real e efetivo aos seus bens, pela sua desvalorização ou pelo impedimento de utilização satisfatória dêles, bem como pelos abusos do poder público no exercício dessa prerrogativa, que lhe cabe, de estabelecer restrições à propriedade individual.

As regalias reconhecidas ao concessionário, de estabelecer restrições ao direito de propriedade, compreendendo os direitos de limitação, de servidão e expropriação, podem ser por êle impostas, coercitivamente, aos outros particulares e fixadas mediante acôrdo com as entidades políticas.

Entretanto, o exercício de qualquer dessas faculdades só se admite quando autorizado em lei do poder público competente, a qual deve estabelecer o modo e forma do seu exercício. Mesmo quando constantes tais prerrogativas do instrumento da concessão, é indispensável a promulgação do texto especial prevendo a utilização delas em cada hipótese. Essa outorga apenas dá direito ao concessionário de exigir do poder público as medidas necessárias para que êle possa exercê-las, uma vez se imponha o seu emprêgo para desenvolvimento das obrigações assumidas de prestação do serviço público.

Assim, a todo ato expropriatório, ou de constituição de servidão ou, mesmo, de limitação de uso e gôzo de propriedade, deve preceder texto do concedente declarando de utilidade pública os bens, reconhecendo a necessidade da servidão, ou proclamando a conveniência da limitação. Com fundamento nêle, o concessionário poderá valer-se das medidas coercitivas de estilo ou proceder aos entendimentos amigáveis, para fazer prevalecer aquelas restrições ao direito de propriedade, necessárias à consecução do serviço público.

O exercício, portanto, dessas prerrogativas próprias dos entes políticos, sempre fica subordinado à sua conformidade com o interêsse coletivo, sendo que só lhe é conferido em virtude da delegação que lhe fôra confiada de levar a efeito serviço público, e tendo em atenção serem condições para o seu bom desempenho.

15 — No instrumento de concessão se estabelecem as condições e prazos em que os, ora examinados, privilégios financeiros e regalias administrativas, são conferidos, sendo que pode haver lei fixando as diretrizes gerais e os princípios fundamentais na matéria, que condicionará então os favôres a serem deferidos pelo concedente ao concessionário.

Uma vez constem do instrumento da concessão, devem ser respeitadas na forma e pelo prazo dêste ou pelo prazo estipulado, ficando o concedente obrigado a tomar as providências necessárias à sua efetivação, quando assim se haja acordado. Se, entretanto, só provêm de ato unilateral do poder público, prerrogativa conferida por mera conveniência pública, são suscetíveis de revogação em qualquer tempo.

A interpretação dos privilégios e regalias é, sempre, restritiva e contra o concessionário, pois as vantagens conferidas a um particular, dando-lhe tratamento diverso do reconhecido aos outros, merecem sempre hermenêutica a mais estrita possível, como preceito de exceção, sòmente admitidas quando compatíveis com o interêsse público. Essa orientação no exame de privilégios e regalias, ainda mais se impõe com referência à extensão de ditas franquias nas relações entre concedente e concessionário, pois se êste é subrogado nas prerrogativas daquele, nas suas relações com terceiros, já nas com o delegante é um particular simplesmente, a quem, mediante textos competentes, se outorgou o exercício do serviço público.

16 — O concessionário, ao organizar o serviço, deve providenciar os elementos necessários ao seu funcionamento, a saber: meios materiais e meios pessoais.

O pessoal é admitido como qualquer trabalhador de emprêsa privada, mediante relação jurídica de emprêgo, sujeito, entretanto, a certas obrigações específicas, tendo em vista a natureza do serviço que lhe fica afeto, podendo com referência a alguns deveres ser equiparado ao funcionário público.

E' condição do regime de concessão que o concessionário forneça os materiais para seu funcionamento, seja adquirindo-os do antigo concessionário ou do próprio poder público, que os possuia por haver exercido diretamente o serviço ou, porque os obteve, para transferir ao concessionário, com o intuito de facilitar a organização do serviço, seja adquirindo diretamente dos negociantes o aparelhamento necessário para montagem do serviço.

É possível que o poder público ceda ao concessionário o uso de alguns materiais, reservando-se, então, a propriedade dêles. Entretanto, pelo próprio gênero de exploração do serviço, grande parte do aparelhamento, ao menos correspondente aos bens móveis, deve ao concessionário, caber a sua aquisição pois uma das razões pelas quais o poder público delega ao particular a execução do serviço é evitar a inversão de grandes capitais em emprêsas comerciais e industriais.

A execução do serviço público, às vêzes, pressupõe a execução de obra, porém êsse requisito não lhe é essencial, ou porque esta já existe ou porque não seja necessária à gestão do serviço. Mas, quando isso se impõe lhe cabe não só prover o aparelhamento como efetivar a execução da obra pròpriamente dita.

Discute-se, no entanto, se a obra e o aparelhamento devem ser havidos, uma vez integrados no serviço público, como de propriedade do concedente ou do concessionário. Há três correntes: a) — a propriedade é do concedente, sendo que o concessionário tem apenas o direito de uso e gôzo durante a concessão, recebendo a compensação afinal, segundo o pactuado; b) — a propriedade dos bens é do concessionário e, se o concedente os quiser, terá de encampar a emprêsa ou desapropriar os bens, a menos que haja disposição expressa em contrário; c) — a propriedade dos bens é do concessionário com reversão para o concedente ao fim do prazo da concessão, salvo se existir cláusula diferente.

A doutrina francesa se filia à primeira corrente, a italiana à terceira, enquanto a alemã adota a segunda. As duas últimas concepções são perfeitamente sustentáveis, dependendo a sua escolha do acôrdo entre concedente e concessionário por ocasião da outorga da concessão, sendo que na de prazo determinado é de preferir-se o sistema da reversão dos bens ao concedente no seu término, ao passo que o outro sistema é mais aconselhável na hipótese de concessão por prazo indeterminado. Já se verificou a razão de diversidade de orientação, ao se discutirem os dois processos por ocasião do exame das concessões a prazo determinado ou indeterminado. Na falta de disposição ex-

pressa, pelos motivos aduzidos, que justificam soluções díspares, é de presumir-se que, nas concessões a prazo determinado, há a reversão dos bens, admitindo-se o contrário nas concessões a prazo indeterminado. A concepção, dominante na escola francesa, de que os bens são do concedente, sendo reconhecido ao concessionário simples gôzo dêle, é menos sustentável diante do próprio conceito de concessão e de forma e condições de exploração do serviço, e se acha desprezada mesmo pelos modernos tratadistas daquela nacionalidade.

Explica-se, de certo modo, essa concepção com referência à concessão de obras públicas, outrora muito em uso.

Entendia-se que o concessionário procedia como se fôsse empreiteiro que houvesse acordado pagamento deferido de obra a ser levada a efeito e então produzida. Êsse pagamento, mediante sua própria atuação, êle recebia através do rendimento auferido pela exploração consequente do serviço. Reconhecia-se, assim, direito real do concedente sôbre os bens. Já na outra concepção existe apenas direito de crédito do concedente relativamente aos bens da concessão, em virtude de obrigação do concessionário de fazer determinadas obras ou obtê-las, a fim de entregá-las ao têrmo da concessão, gratuitamente ao poder público, satisfazendo à prestação de coisa ajustada ou atendendo a própria natureza do instituto jurídico da concessão a prazo determinado.

17 — De passagem, convém observar, que as concessões de obra pública precederam às de serviços públicos. O elemento fundamental das concessões antigas era a execução de trabalho público. Encerrava sistema utilizado pelo govêrno para obter melhoramentos públicos independente de inversão de fundos, pois entregava a terceiro essa atribuição. Executando êste a obra pública, ficava com o direito de cobrar tarifa por seu uso pelos cidadãos, e para levá-la a efeito lhe outorgava a Administração os poderes necessários. Ao fim de certo tempo a obra revertia ao poder público sem qualquer despesa, constituindo, portanto, um processo econômico de realização de empreendimentos públicos, com o capital de outrem.

Muitas vêzes, como consequência da execução da obra, havia necessidade de explorá-la, prestando os serviços aos quais ela era destinada. Assim, a par da concessão de obras públicas surgia a concessão de serviços públicos. Não obstante, êstes não tomavam posição independente e eram considerados como decorrência natural, apenas, da concessão de obras públicas. Com o correr dos tempos, dada a importância que tomaram tais serviços e o vulto das suas explorações, foi se delineando a figura da concessão de serviço público. E, hoje em dia, os papéis se inverteram, sendo que a concessão de obra passou a ocupar a posição de elemento integrante da de serviço público.

Está em desuso a outorga da concessão de obra pública simplesmente, sem o imediato objetivo de prestação do serviço. Todavia, é de reconhecer-se a possibilidade da sua existência sem a necessária prestação de serviços, tal seja a, ainda, às vêzes empregada, concessão de trabalhos de retificação dos rios, em que ao concessionário se re-

conhece o privilégio de expropriar as áreas necessárias ao empreendimento público e mais apreciáveis áreas remanescentes nas circunvizinhanças, utilizando-se da desapropriação por zona, as quais ficarão valorizadas com a obra pública. Essas terras, beneficiadas com o empreendimento, são loteadas e vendidas pelo concessionário, para pagamento de seu trabalho. Em vez da desapropriação dos imóveis das zonas beneficiadas pela obra executada, de cuja venda se indenizará das despesas feitas e retirará o lucro pelo qual se incumbiu da concessão, é, outrossim, possível remunerar-se o concessionário de outra maneira, permitindo-lhe cobrar de terceiros taxa de melhoria pelos benefícios e valorizações decorrentes da obra pública levada a efeito, lançando-se o tributo sôbre os imóveis adjacentes àquela, beneficiados e valorizados com a sua realização.

18 — A concessão, como já se disse, é "intuitu personae", não sendo possível, portanto, ao concessionário transferir nem a emprêsa nem o direito de exploração do serviço, como, ainda, lhe é vedado revender mesmo uma parte do aparelhamento, sem que para qualquer dêsses atos obtenha a aquiescência do concedente. Na falta de disposição expressa, tal é a regra. Todo ato jurídico em desrespeito a êsse postulado deve ser havido como nulo de pleno direito, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas ou cabíveis, as quais podem ir até à caducidade da concessão.

Por outro lado, os bens estão imunes de medidas de execução forçada, enquanto empregados no serviço público, a saber: penhora, arresto, sequestro, etc., salvo se dados em garantia pelo concessionário, com autorização do concedente, pois a eficiência do serviço não pode ficar prejudicada e, menos ainda, sofrer interrupção, que poderia ocorrer se aquela providência judicial fôsse admitida em princípio. Enquanto utilizados no serviço público, estão tais bens em uma situação jurídica análoga à dos de "res extra commercium", sujeitos a regime especial.