CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — LICENÇA, AUTORIZAÇÃO E PERMISSÃO

— A concessão de serviço público importa na delegação de poderes com caráter de exclusividade.

— A autorização, permissão ou licença, concedida a título precário, é sempre revogável pela administração.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de Santos e outros *versus* J. Ribas & Cia. Ltda.
Agravo de petição n.º 83.337 — Relator: Sr. Desembargador
J. C. FERREIRA DE OLIVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 83.337, da comarca de Santos, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo agravantes a Prefeitura Municipal de Santos e Frigorífico Razzo Ltda. e outros, e agravado J. Ribas & Cia Ltda.: Acordam em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimentos a todos os recursos, oficial e voluntários, para cassar a segurança concedida e denegar o pedido, condenando a impetrante nas custas.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela firma J. Ribas & Cia. Ltda. contra o Sr. Prefeito Municipal de Santos, por ter baixado a portaria n.º 158, de 24 de maio dêste ano, e proferido despacho no processo administrativo n.º 22.713/56, pelos quais man-

dou fazer a matrícula do Frigorífico Razzo Ltda., alterando a cota de fornecimento de carne, antes concedida à sociedade impetrante, que é marchante de gado regularmente matriculado de acôrdo com o Regulamento do Matadouro, aprovado pelo Decreto Executivo municipal n.º 249, de 30 de julho de 1947.

Diz a impetrante, em resumo, que a distribuição de cotas entre os marchantes foi feita pela Prefeitura, tendo em vista a capacidade de fornecimento de cada um e de acôrdo com o convênio estabelecido no Gabinete da Prefeitura, consoante atas constantes do processo administrativo n.º 12.210/53.

Esclarece ainda que, na reunião de 24 de junho de 1954, atribuiu-se à impetrante uma cota de 30% do fornecimento de carne bovina para o Município de Santos, ao mesmo tempo que aos outros marchantes foram fixadas as suas respectivas cotas. Três concorrentes, porém, desistiram posteriormente do fornecimento do produto. Por êsse motivo, em reunião de 26 de julho de 1954, os 24% que tocavam a êsses marchantes foram redistribuídos em cotas iguais de 6% às outras quatro firmas concorrentes. Ficou, assim, a impetrante, com a cota de 36%. Logo depois, todavia, a firma Mário Bonagura declarou que não poderia atender ao aumento de sua cota, e, por êsse motivo, a sua cota de 6% foi dividida entre Pecuária Noroeste Ltda., que ficou com um total de 26% e a impetrante, com a cota total de 39%.

Por aí se verifica que a distribuição de cotas de abastecimento de carne da cidade de Santos se fêz mediante convenção de quatro firmas com a Prefeitura Municipal, as quais prestaram as cauções exigidas pelo Regulamento Municipal.

Tais cotas, pois, deveriam ser respeitadas, na forma do parágrafo único do Decreto n.º 249, de 1947, só podendo ser canceladas a pedido do fornecedor ou à vista da prática de alguma infração regulamentar, na forma dos arts. 13 e 14 do citado Decreto n.º 249.

Ora, a impetrante não pediu o cancelamento de sua cota e nem infringiu o Regulamento, de sorte que ilegal é o ato da Prefeitura reduzindo a sua cota de 39% para 20%, constante da mencionada portaria n.º 158, e redistribuindo os 19% restantes a duas outras firmas e mandando matricular, no processo administrativo n.º 22.713/56, o Frigorífico Razzo no dia seguinte à portaria questionada.

Tanto mais que a impetrante já fizera contratos de fornecimento de carne com os Municípios de Cubatão e São Vicente, mediante concorrências regularmente processadas, contratos êsses em vigor desde 1955 e também violados pela citada portaria n.º 158, que indevidamente os incluiu na cota de 20% a que reduziu a anterior concedida à impetrante.

Sustenta a impetrante que tais atos do Sr. Prefeito Municipal fogem à sua competência, pois são da alçada do Legislativo Municipal, por fôrça da Lei Orgânica dos Municípios (art. 16, § 1.º, n.º XVII) e do próprio parágrafo único do art. 8.º do Decreto n.º 249, acarretando ainda grandes prejuízos à suplicante e a terceiros, ligados à sua organização.

Pleiteando a declaração da nulidade dos mencionados atos do Sr. Prefeito municipal, a impetrante solicitou ainda a sustação liminar do ato impugnado, que lhe foi concedida pelo despacho de fls.

Prestou então a Prefeitura de Santos as suas informações, oferecendo documentos e os textos dos Decretos ns. 607 e 609, que revogaram o art. 8.º do Decreto n.º 249 e facultaram ao Sr. Prefeito a qualquer tempo, e obrigatòriamente a cada dois anos, a revisão da distribuição de cotas. Pediu a revogação da suspensão liminar do ato impugnado, por ter-se baseado em dispositivo já revogado (fls.), mas sem qualquer êxito, pois o juiz *a quo* manteve aquêle despacho inicial.

Justificou, então, o impetrado, o ato impugnado, tecendo longas considerações e historiando tôda a legislação exis-

tente a respeito para demonstrar que inexiste, no caso, qualquer concessão em favor dos marchantes, dado o interêsse público que não admite a imutabilidade do regime de cotas no fornecimento de carne à população. Assim, a cota atribuída à impetrante, pela portaria de julho de 1953, exatamente igual àquela contra a qual se rebela, estriba-se na mesma lei que permite a sua revisão e alteração.

Aduz ainda o impetrado que os acordos a que se apega a impetrante foram realizados com o então Encarregado do Matadouro, ao arrepio da lei, não se revestindo por isso de nenhuma validade perante a Municipalidade, podendo vigorar apenas entre os marchantes. Nem êsse Encarregado do Matadouro tinha poderes de representação da Prefeitura e foram tais acordos feitos sem autorização legislativa e sem concorrência pública. E nenhum contrato dêsse gênero pode ser firmado pelo prefeito sem a observância das aludidas formalidades legais. Nem contêm tais acordos qualquer cláusula pela qual a Municipalidade se obrigue a respeitá-los indefinidamente ou por prazo certo ou fique impedida de torná-los sem efeito. Não têm, ademais, fôrça para impedir que a Municipalidade aja de conformidade com as posturas municipais (fls.).

Junto aos autos o processo administrativo n.º 12.210/53 (fls.), e ouvido o Ministério Público, proferiu o juiz substituto, então em exercício na Vara da Fazenda Pública de Santos, a sentença de fls., concedendo a segurança impetrada e recorrendo de ofício para êste egrégio Tribunal de Justiça.

Não se conformaram, porém, a Prefeitura Municipal de Santos e o Frigorífico Razzo Ltda., e outras firmas, terceiros interessados na decisão, argüindo estas a nulidade da sentença, por falta de sua citação para o feito, além de contestarem, todos os agravantes, o mérito da decisão. A Prefeitura, com suas razões, ofereceu um parecer do Professor Miguel Reale.

Os recursos processaram-se regularmente e o juiz *a quo* manteve a decisão agravada.

Nesta instância, a Procuradoria da Justiça opinou pelo provimento dos recursos.

A decisão agravada, realmente, não pode prevalecer.

Seria nula, com efeito, pela omissão de citação inicial de outros interessados na decisão e atingidos pela medida concedida em favor da impetrante, especialmente pela falta de chamamento para o processo do Frigorífico Razzo Ltda., porque como litisconsortes passivos necessários, nunca poderiam deixar de ser convocados para o feito, nos têrmos do art. 19 da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Mas, como a cassação do mandado aproveita a todos os litisconsortes, deixa-se de pronunciar tal nulidade, nos têrmos do art. 275 do Código de Processo Civil, que reza: "Quando o juiz puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração da nulidade, não a pronunciará, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta".

No mérito, nota-se desde logo que a decisão agravada partiu de duas premissas falsas: 1.ª, a de ser a firma impetrante concessionária de um serviço público; e 2.ª) porque seriam inconstitucionais os decretos municipais de ns. 607 e 609, respectivamente de 10 de junho de 1953 e 3 de julho do mesmo ano.

Mas antes de se demonstrar a insubsistência de tais premissas, cumpre historiar a legislação vigorante em tôrno da matéria.

Quando a Prefeitura Municipal de Santos assumiu a direção do Matadouro Municipal promulgou o Decreto n.º 445, de 31 de dezembro de 1946.

Êsse decreto-lei foi baixado com apoio no art. 12, n.º I, do Decreto-lei federal n.º 1.202, de 8 de abril de 1939, que dispõe competir ao Prefeito expedir decretos-leis nas matérias de competência do Município.

E no art. 3.º daquele Decreto-lei n.º 445, que ainda se acha em vigor, ficou

assente que todo marchante matriculado poderia apresentar gado para ser abatido no Matadouro, observadas as disposições do referido decreto-lei e dos regulamentos respectivos.

A 18 de abril de 1946, foi promulgado o Decreto-lei n.º 454 (fls.), que veio complementar a questão da exploração direta do Matadouro, por meio de normas em que o Prefeito ficava autorizado a regulamentar as relações dos marchantes com a Prefeitura Municipal.

Bem por isso é que o Sr. Prefeito municipal, a 30 de julho de 1947, baixou o Decreto executivo n.º 249, aprovando o Regulamento do Matadouro.

E dentre os dispositivos dêsse decreto, figura o parágrafo único do art. 8.º que asim ficou redigido: "Enquanto vigorar o sistema de cota fixa de matança, não se admitirá a matrícula de novos marchantes, senão para substituir outros, cuja matrícula tenha sido cassada ou cancelada".

Em 1953, no entanto, pelos Decretos executivos ns. 607 e 609, foi dada nova redação ao art. 8.º, parágrafo único, supratranscrito, passando a vigorar com o seguinte teor: "Enquanto vigorar o sistema de cota fixa de matança, o Prefeito, na época que julgar oportuna: *a*) rateará essa cota, em partes de números não inferiores a dois, entre os marchantes e companhias frigoríficas que se candidataram à respectiva obtenção, para isso preferindo aquêles que, a critério da Prefeitura, oferecerem maior conveniência para o abastecimento e para o Matadouro (Decreto-lei n.º 454, de 18 de abril de 1947, art. 1.º); *b*) procederá à revisão do rateio em períodos não superiores a dois anos; *c*) dará a novo marchante, ou distribuirá entre os marchantes já matriculados, a seu juízo, a cota daquele que, nos têrmos do art. 13, tenha a sua matrícula cassada".

Foi com base nos citados dispositivos legais e regulamentares que a Prefeitura Municipal de Santos, a 23 de maio dêste ano, baixou a portaria n.º 158, procedendo à revisão e a redistribuição das cotas de matança do Matadouro.

Para a decisão agravada, o ato impugnado seria nulo de pleno direito, porque baseado nos Decretos ns. 607 e 609, de 1953, por serem êstes inconstitucionais. E isso porque a Lei Orgânica dos Municípios declara competir privativamente à Câmara Municipal legislar sôbre o abastecimento público (art. 16, § 1.º, n.º XVII), de modo a excluir a competência do Executivo para legislar supletivamente ou por delegação de poderes, conforme proibição constitucional prevista no art. 36, § 2.º, da Carta Magna de 1946.

Mas laborou em manifesto equívoco o jovem prolator da sentença, porque, ao baixar os Decretos ns. 607 e 609, modificando o texto do parágrafo único do art. 8.º do Decreto n.º 249, de 1947, não praticou o Sr. Prefeito nenhum ato legislativo, mas simplesmente regulamentar, de sua absoluta competência constitucional.

Valendo os Decretos-leis ns. 445 e 454 como lei, por fôrça do Decreto-lei federal n.º 1.202, os decretos subseqüentes, baixados pelo Sr. Prefeito, destinam-se meramente a regulamentá-los a estabelecer as normas de sua execução, como se previu no próprio art. 12, § 2.º, n.º V, do citado Decreto-lei n.º 1.202 e também no art. 3.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado e no art. 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal.

Não feriram, pois, os indigitados decretos executivos ns. 607 e 609 os preceitos dos arts. 16, § 1.º, n.º XVII, 32 e 52 da Lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947, porque esta lei, denominada Lei Orgânica dos Municípios, se limitou a discriminar, no art. 16, as matérias de competência privativa das comunas, tanto do Legislativo como do Executivo. vo.

De resto, cumpre notar que a doutrina e a jurisprudência já firmaram o princípio de que o poder regulamentar é da essência mesma do Executivo.

Trata-se, pois, de matéria afeta exclusivamente ao Executivo, pela sua própria natureza, visto que concernente a serviços que só êle pode regular, administrar e fiscalizar, se bem que possam ser confiados a terceiros para a sua prestação.

Demais, quando a impetrante obteve a cota de 15% para o fornecimento de gado ao Matadouro Municipal, através da portaria n.º 215, de 3 de julho de 1953, já se encontrava em vigor o Decreto n.º 607, ora impugnado, dando nova redação ao discutido parágrafo único do art. 8.º do Decreto n.º 249, de sorte que desde aquela época não vigia mais a proibição de se alterarem as cotas de tal fornecimento.

Assim, se inválida fôsse a portaria n.º 158, por igual razão também o seria a anterior, de n.º 215. É o que bem ressalta o parecer do Professor Miguel Reale com inteira pertinência à espécie dos autos.

Nem se pretenda negar a vigência dos Decretos-leis ns. 445 e 454, que conferem ao Município a faculdade de fixar, mediante regulamento, as condições para a matrícula e para a divisão das cotas de cada marchante de gado.

Tanto a Constituição federal como a estadual respeitaram a legislação anteriomente promulgada, de molde que continuou íntegra a faculdade regulamentar do Executivo Municipal outorgada pelos citados Decretos-leis federais ns. 445 e 454.

A Lei Orgânica dos Municípios, portanto, não poderia invalidar a legislação ordinária precedente.

Por conseguinte, a portaria n.º 158, contra a qual se insurge a impetrante, não passa de um ato administrativo com inegável apoio legal, praticado dentro da esfera de ação e do poder discricionário do Executivo, conferida pelo Decreto-lei n.º 445, no seu art. 4.º, n.º III, e art. 5.º, e ainda pelos Decretos ns. 607 e 609, de 1953, segundo os quais, na época que julgasse oportuna, poderia ratear as cotas entre marchantes e companhias frigoríficas.

E como ato discricionário legítimo, a portaria n.º 158, visando ao interêsse coletivo, que sempre se presume nos atos das autoridades administrativas, não descambou para o abuso ou desvio de poder. Pelo menos, não há prova alguma nesse sentido, mesmo porque o desvio de poder é matéria de fato que só pode ser reconhecida mediante provas e por isso mesmo incomportável no âmbito restrito do mandado de segurança.

Não se cuida aqui, pois, de ato arbitrário, sem fomento de justiça, mas tomado dentro do poder discricionário que à autoridade municipal conferiram os dispositivos legais antes focalizados.

Nem se pretenda, por outro lado, que a impetrante se tornou concessionária de um serviço público, qual o fornecimento de gado ao Matadouro Municipal, em virtude de acordos efetuados entre os marchantes e o Encarregado daquela dependência municipal.

Tais acordos não configuram contratos de concessão de serviço público, por lhe faltarem os requisitos básicos dêsse ato jurídico-administrativo bilateral.

E não é preciso recorrer às numerosas teorias administrativas em tôrno da classificação dos executores de serviços públicos para se evidenciar, desde logo, que a impetrante não passa de mera permissionária de serviço público.

Assim se conclui, porque a sua autorização ou licença para a prestação do serviço provém de ato administrativo decorrente de leis e regulamentos, dada a título precário e sem prazo determinado, sob o regime da livre concorrência.

Concessão, segundo Marcelo Caetano, é o ato pelo qual a Administração transfere para um particular, por tempo determinado, alguns dos seus poderes, a fim de que êle os exerça por sua conta e risco, mas no interêsse público. Autorização, ao invés, é o ato que torna possível a um particular o exercício futuro de um direito ou poder já existentes (autor cit., *Direito Administrativo*, pág. 241).

M. I. Carvalho de Mendonça, por sua vez, esclarece: "A concessão deriva-se da atividade social organizadora do Estado; a autorização decorre de sua atividade conservadora e jurídica. Quando o Estado concede, age com poder discricionário, em virtude de regras de Direito Público. Êle manifesta, então, o poder exclusivo daquilo que os alemães chamam a auto-limitação, enquanto que, na autorização, só põe em ação a faculdade de auto-limitação, precisando, porém, da possibilidade, ao menos abstrata, de uma lei preexistente" (*Das Concessões Administrativas e de Natureza Jurídica da Garantia de Juros*).

A distinção, portanto, como adverte Temístocles B. Cavalcânti, entre a simples licença e a concessão, não se acha na forma unilateral ou bilateral da relação jurídica, mas na própria natureza da situação do explorador do serviço, nas obrigações que assume para com o público e nos direitos que decorrem de sua substituição ao Estado na execução do serviço (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 10, págs. 249/256; *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II/396 a 406).

Fora de dúvida, porém, que as permissões são meros atos administrativos praticados *jus imperii* e, conseqüentemente, revogáveis por vontade exclusiva da Administração pública, isto é, discricionàriamente, se bem que do ato revogatório possa emanar a obrigação de indenizar.

Acresce ainda que a concessão importa na delegação de poderes do órgão estatal concedente do serviço público e por isso, via de regra, não há concessão onde não haja exclusividade e privatividade do concessionário na exploração do serviço. E ainda para os que não exigem exclusividade na concessão, não se poderia reconhecê-la no caso dêstes autos, pela ausência de contrato precedido de concorrência pública e autorização legislativa, como o exige a lei como condições essenciais para a sua constituição.

Para o Professor Francisco Campos, a distinção entre um e outro instituto reside na sua natureza jurídica. A licença é um ato unilateral do Poder Público, participando, ao mesmo tempo, dos atos de gestão do domínio público e dos seus atos de polícia administrativa. E' um ato puramente regulamentar e, como todo ato regulamentar, revogável, *ad nutum* da Administração, por outro ato regulamentar. À base da concessão, porém, não se encontra apenas o ato unilateral da Administração, mas também, um ato de vontade do concessionário; do acôrdo de ambos, resulta o ato jurídico definitivo em que se incorpora e concretiza a concessão. Êste ato, resultante do encontro dos dois, é, exatamente, a convenção ou o contrato, em cujo diploma não figura apenas a Administração concedente, mas, inicialmente, o concessionário, cuja manifestação de vontade é essencial para que se dê ou configure a concessão (*Direito Administrativo*, ed. 1943, págs. 177/178).

De qualquer forma, porém, que se encare a posição da impetrante perante a Prefeitura de Santos, forçoso é convir que o seu convênio com essa, não passa de mera permisssão, autorização ou licença, a título precário e revogável *ad nutum* da Administração.

Tanto mais que nos acordos entre os marchantes e o Encarregado do Matadouro Municipal, não foi êste credenciado pelo Sr. Prefeito para representar a Municipalidade e nenhuma cláusula existe no convênio a obrigá-la a respeitar o avençado e a impedi-la de modificá-lo ao seu alvedrio, de acôrdo com o interêsse público.

Cuida-se, pois, de um convênio que, embora ratificado mais tarde pelo Sr. Prefeito, não lhe retirou a faculdade de alterá-lo, modificá-lo ou rescindi-lo. E se a alteração dêsse convênio importa na sua rescisão parcial e na obrigação de indenizar por parte da Municipalidade é questão que não cabe discutir nestes autos.

Por ora, basta acentuar que, em face da lei, mesmo depois de firmado o convênio pelo Encarregado do Matadouro Municipal com a impetrante e outros

marchantes de gado, permanaceu íntegra a faculdade do Executivo de alterá-lo ou rescindi-lo, total ou parcialmente, porque assim o autorizam os Decretos ns. 607 e 609, de 1953, visto que nenhum direito líquido e certo, adquirido pela impetrante, se depara na hipótese sobretudo porque agiu o Poder Público em função do interêsse coletivo, sempre presumido nos atos administrativos. Tanto mais que nada obsta a interferência unilateral do Poder Público nos contratos feitos com os particulares para a execução de serviços públicos, ainda mesmo que se cogite de concessão de serviço publico, quer para alterar a forma de sua execução, quer para limitar o seu alcance, quer ainda para extingui-los parcial ou totalmente.

Foi o que bem ressaltou erudito julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"E' hoje aceito sem discrepância pela doutrina que o contrato de concessão de serviços públicos asila cláusulas de duas categorias, a saber, de ordem contratual e de ordem regulamentar. E' de natureza regulamentar a cláusula que disciplina as prestações que o concessionário deve fornecer aos usuários. As cláusulas regulamentares, equiparadas que são à lei, são variáveis como esta e podem ser modificadas à vontade pela Administração, porque é por meio delas que esta atende às necessidades da coletividade..." (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 38/332).

No mesmo sentido se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal, através de brilhante voto do Ministro Orosimbo Nonato e com apoio na melhor doutrina, assentando o princípio de que a concessão de serviço público não pode ser paragonada a contrato de Direito Privado. Em conseqüência, admite-se a interferência do Poder Público na concessão até para decretar a caducidade do contrato, ressalvada a indenização ao concessionário em certos casos (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 30/289 a 297).

Ora, se assim acontece com a concessão de serviços públicos, que dizer-se da mera permissão de prestação de tais serviços, como é a hipótese dos autos?

Pelo exposto, deu-se provimento unânimemente aos recursos para cassar a segurança concedida.

São Paulo, 15 de outubro de 1957. — *Davi Filho*, Presidente, com voto. — *J. C. Ferreira de Oliveira*, Relator. — *Plínio de Carvalho Pinto*.