CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ARRENDAMENTO DE POSTOS DE GASOLINA

— A exploração de postos de gasolina, pertencentes à Prefeitura do Distrito Federal, deverá fazer-se mediante concessão, precedida de concorrência pública.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. *versus* Prefeitura do Distrito Federal
Apelação cível n.º 33.801 — Relator: Sr. Desembargador
HUGO AULER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 33.801, em que são apelantes o Juízo de Direito da Quarta Vara da Fazenda Pública, Emprêsa Nacional de Petróleo S. A., e Prefeitura do Distrito Federal, e apelados os mesmos:

Acordam os Juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo processual e reconhecer a competência do Poder Judiciário para a causa em julgamento, e *de meritis*, também unânimemente, em dar provimento à primeira e terceira apelações para o efeito de reformar a sentença recorrida e declarar prejudicada a segunda apelação.

E assim decidem pelos seguintes fundamentos:

A Prefeitura do Distrito Federal, autorizada pelo Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, firmou um contrato com a Emprêsa Nacional de Petróleo S. A., por atos de 2 de março e 30 de dezembro de 1921, posteriormente modificados por fôrça do Decreto n.º 4.132, de 13 de janeiro de 1933, e do Decreto n.º 4.170, de 14 de maio de 1933, através do têrmo de 24 de março de 1933, para montagem e instalação, em logradouros públicos desta Cidade, de postos de fornecimento de gasolina, óleo, água e ar a veículos a motor, e conseqüente exploração dêsses serviços de abastecimento (doc. de fls. 11). Decorridos os trinta dias de prazo de vigência do contrato, tôdas as instalações e acessórios materiais foram objeto de inventário e arrolamento, e reverteram ao patrimônio municipal, sem direito a qualquer indenização, nos têrmos do art. 18 do Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921. E como não conviesse à Prefeitura do Distrito Federal tomar a si a exploração direta de tais serviços à coletividade social, houve por bem firmar o contrato de prorrogação, por prazo igual, através do têrmo de 3 de janeiro de 1951 (doc. de fls. 11). Entretanto, o Tribunal de Contas do Distrito Federal recusou o registro sob a invocação de não existir autorização legislativa para a prorrogação e haver o legislador dado à Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. sòmente um direito de preferência para continuar na exploração dos serviços, em igualdade de condições, no art. 18 do Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, direito que sòmente poderia ser apurado através de concorrência pública ou de hasta pública, na conformidade dos arts. 44 e 45, § 2.º, da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948, que é a Lei Orgânica do Distrito Federal (doc. de fls 12-14). Por essa razão a Prefeitura do Distrito Federal abriu inscrição para licitação em hasta pública do arrendamento de trinta e um (31) postos de fornecimento de gasolina, óleo, água e ar a veículos a motor, os quais já haviam revertido para o patrimônio municipal, procedendo à publicação de editais, inclusive, para a sua realização no dia 7 de abril de 1953

(docs. de fls. 15-42). Em conseqüência, tendo obtido em hasta pública o arrendamento de tais bens, na conformidade do art. 45, § 2.º, da Lei Orgânica do Distrito Federal, a Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. e a Prefeitura do Distrito Federal celebraram o respectivo contrato a 28 de maio de 1953 (doc. de fls. 45-46). Mas a êsse contrato de arrendamento foi negado registro pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, sob o fundamento de não se tratar de locação, mas de concessão, sujeita essa última a concorrência pública e a prévia autorização do Poder Legislativo (doc. de fls. 47-50).

Por tôdas essas razões foi que a Emprêsa Nacional de Petróleo S. A., houve por bem propor, contra a Prefeitura do Distrito Federal e o Tribunal de Contas do Distrito Federal, a presente ação cominatória para o efeito de compelir judicialmente o Poder Executivo Municipal a abster-se da prática de qualquer ato contra o seu direito ao arrendamento e aquela Côrte de Contas a registrar o respectivo contrato sob a cominação da pena de Cr$ 3.000,00 (três mil cruzeiros) por dia, tudo nos têrmos do art. 302, n.º XII, do Código de Processo Civil (doc. de fls. 2-9).

A ação foi contestada pela Prefeitura do Distrito Federal que alegou a municipalização dos serviços de fornecimento de gasolina, óleo, água e ar a veículos a motor, em postos de abastecimento instalados em logradouros públicos desta Cidade, agora plenamente integrados no patrimônio municipal, afirmando, em conseqüência, a necessidade de concessão de tais serviços públicos, a ser obtida através de concorrência pública e mediante prévia autorização do Poder Legislativo (doc. de fls. 84-91).

Proferindo o despacho saneador de fls. 111-112, foi interposto o agravo no auto do processo de fls. 116, reduzido a têrmo a fls. 118 dêstes autos, contra a partida pela qual o Dr. Juiz *a quo* indeferiu a produção de prova testemunhal.

Realizada a audiência de instrução e julgamento (ata de fls. 119), foi proferida a sentença de fls. 121-125, através da qual teve acolhida a pretenção jurídica unilateral posta em Juízo (ata de fls. 119).

Daí os presentes recursos de apelação.

É o relatório.

Preliminarmente: Não merece provimento o agravo no auto do processo, interposto a fls. 116 e reduzido a têrmo a fls. 118 dêstes autos. O escopo da pretensão jurídica unilateral posta em Juízo, restrita ao reconhecimento da natureza do ato jurídico pelo qual deva ser outorgado pela administração pública o uso dos bens de seu domínio para exploração de serviços por uma pessoa jurídica de direito privado, está a indicar que se trata apenas de dar solução a um conflito de teses sustentadas contraditòriamente pelas partes em litígio. Nessas condições, inexistindo qualquer questão de alta indagação, é bem de ver que independe de prova testemunhal a entrega da prestação jurisdicional nesta ação.

Por sua vez é de entender-se, também, que as decisões das côrtes de contas estão sujeitas, quando envolvendo a fiscalização da atividade financeira do poder público, porque suscetíveis de apreciação de direitos individuais, ao contrôle jurisdicional.

Realmente, sob o regime imperial existia o contencioso administrativo de estilo francês e cuja extinção fôra ardorosamente propugnada por estadistas pátrios, dos velhos tempos da Monarquia. Mas, abolido pelo regime republicano, mesmo na vigência da Lei n.º 392, de 8 de outubro de 1896, que tentou o seu restabelecimento, a jurisprudência o pôs em confronto com o art. 60, letras *b* e *c*, da Constituição federal de 24 de fevereiro de 1891, para darlhe o repúdio mais formal. E daí a lição do insígne Pedro Lessa:

"Conseqüentemente, às pessoas julgadas responsáveis por débitos de qualquer origem para com a União Federal, pelo Tribunal de Contas, é sempre facultado fazer valer o seu direito perante os juízes federais, não se podendo

atribuir às decisões dêsse tribunal a mesma eficácia jurídica adjetivada às dos Tribunais do contencioso administrativo, no período imperial. Nas questões judiciais discutidas perante a justiça federal, as sentenças do Tribunal de Contas só têm o valor jurídico de informações, pôsto que muito preciosas, de esclarecimentos, embora de valor inestimável. Reputar definitiva e irrevogàvelmente julgadas pelo Tribunal de Contas as questões suscitadas entre a União e as pessoas para com ela responsáveis, fôra infringir inquestionàvelmente claras e peremptórias normas do art. 60, letras *b* e *c*, da Constituição. Dêem, se quiserem, aos acórdãos do Tribunal de Contas o efeito de provas, exibidas perante os Juízes federais por ocasião de intentar a fazenda pública uma ação judicial, mas de provas que podem ser ilididas; ou mesmo o efeito de sentenças que podem ser reformadas pela justiça federal. O que não é possível, em face das duas expressas e terminantes disposições do art. 60, é vedar aos particulares a discussão judicial e a decisão pelos juízes federais de quaisquer questões que se suscitam entre êles e a União ou a Fazenda Nacional" (*Do Poder Judiciário*, Rio, Ed. Francisco Alves, 1915, págs. 149-150). Ademais, no próprio contencioso administrativo do sistema francês, tão defendido por Alibert (*Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Admnistration*, Paris, Ed. Payot, 1926, págs. 329-338) e Roger Bonnard (*Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Admnistration*, Paris, Ed. Delagrave, 1934), há hipóteses em que a côrte de contas exerce uma jurisdição puramente administrativa, permitindo, dêsse modo, a declinação para os tribunais ordinários, o que ocorre, por exemplo, como observa A. P. Mirimonde, quando ela examina a regularidade de um ato ou de um processo administrativo, na ausência de qualquer contestação (*La Cour des Comptes*, Paris, Recueil Sirey, 1947, Cap. V, págs. 111-112). A verdade, porém, é que se há-de fazer uma distinção: as côrtes de contas atuam como juízo de contas e como órgãos de fiscalização do orçamento e da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e das pensões. No exercício de sua atribuição de julgar as contas, prevista no inciso II do art. 77 da Constituição federal, de 18 de setembro de 1946, as suas decisões administrativas se revestem de irrevogabilidade equiparável à autoridade da coisa julgada na esfera do direito processual. No exercício de sua atribuição de fiscalizar a execução do orçamento ou de julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões, previstas nos incisos I e III do art. 77 daquela Carta Constitucional, as suas decisões não se revestem de eficácia e de imutabilidade a não ser que se opere a preclusão pelo Poder Judiciário. É que a legalidade ou a constitucionalidade de qualquer ato da pública administração constituem questões que não poderão de modo algum ser suprimidas da esfera da influência do Poder Judiciário, por fôrça do disposto nos arts. 141, §§ 2.º, 3.º e 4.º, 182, 187 e 193 da Constituição federal de 18 de setembro de 1946. (Conf.: Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de* 1946, São Paulo, Ed. Max Limonard, 1953, 2.ª ed., vol. II, pág. 364, n.º 8; Seabra Fagundes *O Contrôle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1941, n.º 62, págs. 110-112).

Portanto, na espécie *sub judice*, desde que se trata de argüição de uma lesão ao direito da Emprêsa Nacional de Petróleo Sociedade Anônima, causada pela decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, através da qual foi negado registro ao contrato de arrendamento firmado com a Prefeitura do Distrito Federal, na conformidade do art. 45, § 2.º, da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948, logo se está a ver a propriedade do recurso ao contrôle jurisdicional daquele ato da Côrte de Contas.

De meritis: Os têrmos em que foi posta a demanda pelo contraditório judicial estão a indicar que a solução da lide deverá emergir da conclusão

que fôr enunciada sôbre a natureza do ato jurídico pelo qual a administração pública defere, a uma pessoa jurídica de direito privado, o uso de bens de seu patrimônio municipal, para a prestação de determinados serviços à coletividade social, ou melhor, se o desdobramento da posse de postos de gasolina, óleo, água e ar, instalados em logradouros públicos, destinados ao abastecimento de veículos a motor nesta cidade, constituiu um ato administrativo de concessão de serviços públicos ou de simples arrendamento de bens.

Ora, em direito administrativo, a concessão é o ato jurídico pelo qual a administração pública delega, a uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica de direito privado, a prestação de um serviço público, agindo a concessionária *nomine* próprio, pôsto que por delegação, durante determinado prazo e sob certas condições compreendidas em um estatuto regulamentar especial, com o direito de percepção de preços estabelecidos pelo poder concedente, que lhe são pagos pelos usuários dos serviços públicos que são objeto da concessão. Essa definição é a que é dada com mais ou menos luxo de pormenor pelo magistério dos tratadistas de direito administartivo. Conf.: Gaston Jèze (*Principes Généraux de Droit Administratif*, Paris, Ed. Marcel Giard, 1926, Tomo III, pág. 342); Hauriou (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1938, págs. 504-505); Roger Bonnard (*Précis de Droit Administratif*, Paris, L. G. D. J., 1934, Liv. V. Tít. II, pág. 701); Paul Duez-Guy Debeyre (*Traité de Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1952, n.º 785, págs. 504 e 505); Marcel Waline (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Recueil Sirey, 6.ª ed., 1950, Tít. III, Cap. IV, Sec. I, pág. 380); Wigny (*Droit Administratif*, Bruxelas, ed. Émile Bruylant, 1953, n.º 79, pág. 70); Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Ed. Dott. A. Giuffré, 1949, 4.ª ed., vol. III, sec. III, § 2.º, pág. 306); Rafael Bielsa (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ed. El Ateneo, 1947, 4.ª ed., Tomo I, n.º 119, pág. 363); Guillermo Varas (*Derecho Administrativo*, Santos, Editorial Nascimento, 1949, n.º 171-a, pág. 292); Marcelo Caetano (*Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1951, 3.ª ed., n.º 256, pág. 534); Temístocles Cavalcânti (*Tratado de Direito Administrativo*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1948, Vol. II, pág. 365); Mário Mazagão (*Natureza Jurídica da Concessão de Serviços Públicos*, São Paulo, ed. Saraiva, 1933, pág. 19).

Todavia, o desate da controvérsia não se restringe à definição jurídica do contrato de concessão de serviços públicos, mas, justamente na noção de sua *causa*, pois, como bem o diz Georges Péquignot, o fim do serviço público marca todo e qualquer contrato administrativo. Êle não é sòmente uma condição de formação ou um critério; é a *alma*, o *motor*. É o fim que explica, justifica e mensura a desigualdade entre as partes contratantes; que substitui em grande parte a vontade declarada das partes para permitir a interpretação do contrato; que comanda os próprios efeitos. É a pedra angular de sua construção. (*Théorie Générale du Contrat Administratif*, Paris, ed. Pédone, 1945, Cap. I, pág. 255). Mas, justamente a noção do têrmo "serviço público" tem sido um tema sôbre o qual reina a maior confusão, tanto assim que Philippe Comte chegou a afirmar que "a noção de serviço público tem sido uma das mais confusas, posto que essencial, parecendo-lhe impossível dar-lhe até êste momento uma satisfatória e precisa definição" (*Essai D'une Théorie D'Ensemble de la concession de Service Public*, Paris, Recueil Sirey, 1934, pág. 11). Veja-se, por exemplo, a lição de Léon Duguit, que, apreciando sob o ângulo sociológico a questão, afirma que "se percebe desde logo a noção do serviço público: é tôda atividade cujo desempenho deve ser asegurado, regulado e controlado pelos governantes porque a execução dessa mesma atividade é indispensável à realização da interdependência social, sendo de tal natureza que

não poderá ser realizada completamente senão pela intervenção da fôrça governamental" (*Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Ed. E. Boccard, 1928, 3.ª ed., Tomo II, § 8.º, pág. 61). E depois de perguntar a si mesmo quais as atividades cujo desenvolvimento constitui para os governantes uma obrigação, responde o insígne mestre gaulês que "à medida que se desenvolve a civilização aumenta o número de atividades suscetíveis de servir de suporte aos serviços públicos, explicando, ainda, que a civilização consiste ùnicamente no aumento do número das necessidades de tôda espécie que deverão ser satisfeitas dentro do menor tempo, razão por que, à medida que progride a civilização, a intervenção governamental se torna cada vez mais freqüente, por isso que, sòmente ela poderá realizar o que normalmente constitui a civilização" (*obra cit.*, Tomo II, § 8.º, págs. 62 e 63). Por sua vez, Gaston Jèze, apreciando a questão mais sob o ponto de vista jurídico do que sob o prisma sociológico, depois de dizer que "serviço público é tôda organização de caráter permanente, destinada a satisfazer de maneira contínua e regular uma determinada categoria de necessidades de interêsse geral" (*obr. cit.*, Tomo II, Cap. I, Sec. I, pág. 2), esclarece que são, "única e exclusivamente, serviços públicos as necessidades de interêsse geral que os governantes, em um dado país e em uma época dada, resolvem satisfazer pelo processo de serviço público" (*obr. cit.*, Tomo II, Cap. I, Sec. I, n.º 1, pág. 16).

De posse dêsses elementos essenciais que devem permitir a caracterização do têrmo "serviço público", fornecidos pela doutrina do direito administrativo, poder-se-á concluir, com André de Laubadère, que "o elemento essencial na definição do serviço público é a noção do interêsse geral; o serviço público tem por fim dar satisfação a uma necessidade de interêsse geral. O Estado erige uma atividade em serviço público ao invés de abandoná-la à iniciativa privada, quando considera que a necessidade pública à qual corresponde essa atividade estaria insatisfeita ou ficaria insatisfeita pela iniciativa privada; dessarte é a satisfação de uma necessidade, de um interêsse geral, que justifica e anima o serviço público. Essa idéia define o serviço público, distinguindo-o das emprêsas privadas de administração (*Manuel de Droit Administratif*, Paris, L. G. D. J., 1955, 1.ª parte, Tít. I, Cap. II, Sec. I, § 1.º, pág. 19). Em conseqüência, afirma o eminente Professor da Faculdade de Direito de Paris: "a idéia essencial que deve servir de ponto de partida é que pertence ao poder público, única e exclusivamente, decidir quais as atividades que devem ser erigidas em serviços públicos. O Estado, único juiz do interêsse geral, aprecia livremente a oportunidade de criar ou suprimir serviços públicos, segundo as exigências do momento" (obr. cit., 1.ª parte, Tít. I, Cap. II Sec. I, § III, pág. 23). Essa conclusão tem a vantagem de afastar a idéia de Zanobini, segundo a qual "pressuposto necessário para que um ente público possa proceder a um ato de concessão é o caráter monopolístico da atividade que constitui o seu objeto" (*obr. cit.*, Vol. III, Sec. III, § 2.º, n.º 3, págs. 307 e 308), combatida, aliás, por Miele (*La distinzione fra enti publici e privati* in "Scritti in Memoria Di Francesco Ferrara", Milano, 1942, Vol. II, págs. 473 e 582, n.º 14) e por Hauriou para quem "se bem que, por via de regra, um serviço público represente um monopólio, não é essencial essa condição" (*obr. cit.*, pág. 44). Domina a matéria o princípio de que a exploração concomitante dos mesmos serviços por emprêsas privadas não exclui a sua prestação, direta ou indiretamente, pelo Estado, nem impede que seja considerada como serviço público essa mesma prestação. O ato legislativo pelo qual a administração pública organiza um serviço público que envolve a mesma atividade comercial ou industrial supõe, como observa Gaston Jèze, que a iniciativa privada não dá plena satisfação ou não pode dar senão uma incompleta satisfação a

uma necessidade de interêsse geral" (*obr. cit.*, Tomo II, Cap. V, Sec. V, pág. 99).

Feito êsse esbôço da doutrina prevalente em direito administrativo, sôbre a noção de serviço público e de sua concessão, a aplicação dos princípios emergentes de sua conceituação ao problema que se envolve nas dobras da presente ação está a indicar a conclusão da prestação jurisdicional a ser entregue nesta sede de apelação.

Com efeito, há mais de trinta e cinco anos passados, quando era por demais deficiente o sistema de abastecimento dos veículos a motor, o Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, outorgou ao Prefeito do Distrito Federal autorização legislativa para contratar um serviço de fornecimento a varejo de gasolina, por meio de postos, bombas, tanques ou outros aparelhos modernos, de segurança e perfeição, que a seu juízo melhor correspondam a êsse fim e aos interêsses públicos desta cidade, sem prejuízo do trânsito público e do tráfego de veículos, segundo a redação dessa disposição legal. Por êsse diploma legal é bem de ver que foi criado mais um serviço público *a latere* dos serviços idênticos que já vinham sendo deficientemente explorados por emprêsas privadas. A circunstância de não ser naquela época atendida satisfatòriamente a necessidade social de fornecimento de gasolina, graxa, óleo, água e ar aos veículos a motor em tráfego na cidade, justificava perfeitamente a criação de mais êsses serviços públicos, e, portanto, a sua municipalização ordenada através do Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, e do Decreto n.º 4.132, de 13 de janeiro de 1933, conforme foi dito, aliás, no contrato de concessão de 3 de janeiro de 1951 (doc. de fls. 11). A intenção do órgão governamental, representado por aquêles atos do Poder Legislativo Municipal, teve o mérito de criar tais serviços públicos, dotando-os de regularidade e continuidade, no interêsse social. E criar um serviço público é declarar que serão aplicáveis as regras de direito público à exploração, exclusiva ou não, de determinados serviços destinados a melhor atender às exigências da coletividade social. E criado o serviço público por lei, não mais cabe discutir a sua natureza que está implícita no ato legislativo de sua criação, pois, como bem o diz Gaston Jèze, "o Parlamento tem um poder discricionário de apreciação do emprêgo do processo de serviço público, por isso que se trata, na hipótese, de uma questão política. Sob o contrôle da opinião pública, exclusivamente, o poder legislativo determina se as circunstâncias políticas e econômicas ou sociais conduzem, ou não, à sua adoção" (*obr. cit.*, Tomo II, Cap. V, Sec. I, n.º II, pág. 96).

E justamente por tôdas essas razões é que, *sub specie iuris*, foram celebrados entre a Prefeitura do Distrito Federal e a Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. os contratos de concessão para exploração dos serviços municipalizados de fornecimento de gasolina, óleo, graxa, água e ar em postos de abastecimentos instalados em logradouros públicos, através dos têrmos de 2 de março de 1921 e de 24 de março de 1933 (doc. de fls. 11).

A natureza de tal concessão de direito público, não resulta apenas da noção do têrmo "serviços públicos" exposta através da enunciação preambular de todos aquêles princípios fundamentais, mas também do fato de ter o Poder Legislativo municipalizado tais serviços, do pormenor de haver o Prefeito do Distrito Federal, mediante autorização legislativa, dado delegação à Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. para promover a respectiva exploração com o direito de cobrar dos usuários os preços constantes da tabela sujeita à sua aprovação com possibilidade de revisão oficial e a obrigação de ficar subordinada a regulamento especial e a uma permanente fiscalização, e curvar-se ao direito de resgate constituído pela reversão de todos os bens para o patrimônio municipal, findo o prazo da concessão. E não a desnatura o fato de ter a concessão dêsses serviços públicos tido por objeto imediato a execução de obras

públicas destinadas à construção e instalação de bombas e tanques subterrâneos de gasolina, aparelhos de água e ar, em determinados logradouros públicos, pois, em hipóteses tais, a feitura de obra nada mais é do que um *meio* para atingir o *fim* que é o funcionamento dos serviços públicos. Primitivamente, nos princípios do Século XIX, ainda sob os efeitos da Revolução Francesa, os Estados não dispunham de sistemas de administração e de grandes capitais para a realização de obras de vulto, especialmente as estradas de ferro para melhoramento das comunicações; por sua vez, o liberalismo econômico, envolvendo o culto da iniciativa privada, impedia os Estados de lançar-se a tais empreendimentos. Por outro lado, não só os particulares não desejavam inverter seus capitais em tais obras sem que lhes fôssem dadas garantias pelo Estado, como também a ausência de uma declaração de utilidade pública para servir de suporte à necessária desapropriação os impedia de ocupar terras de propriedade alheia. Daí a solução pela qual o Estado fazia a concessão de obras públicas, expropriando as terras por utilidade social, deferindo ao particular, por sua conta e risco, a respectiva execução com o privilégio de explorar os serviços durante um prazo suficiente para a percepção dos lucros correspondentes ao investimento dos capitais. A concessão dos serviços públicos era, pois, o acessório da concessão de obras públicas. No entanto, uma vez executadas as obras, foi fácil ao govêrno verificar que a execução das obras se revestia de menos importância do que o funcionamento dos serviços, pôsto que o respectivo funcionamento dependesse de criação das condições materiais para a sua prestação contínua e regular. E foi dessa conclusão que adveio uma distorsão daqueles dois conceitos, passando a concessão de obras públicas a ser o acessório da concessão de serviços públicos que, por sua vez, passou a ser o principal. E foi por essa razão que Roger Bonnard disse, e bem, que, "sob o ponto de vista atual essa concessão de obras públicas é um elemento secundário, pois a concessão dos serviços é o elemento principal. Se se recorre ao processo de concessão é essencialmente porque se quer assegurar por êsse sistema o funcionamento do serviço. Concede-se, não em vista da organização do serviço, mas em consideração ao seu funcionamento. Não há concessão de obras públicas, mas acessório à concessão de serviços. E aí está a razão por que atualmente é denominada concessão de serviços públicos" (*obr. cit.*, Livro M, Tít. II, Cap. II, Sec. III, pág. 719, Conf.: Paul Duez -Guy Debeyre (*obr. cit.*, Parte IV, Tít. III, Cap. I, Sec. II, n.º 807, pág. 577); Marcelo Caetano (*obr. cit.*, § 24, n.º 259, pág. 537).

Outrossim, o fato de ter-se operado o desgate de tôda as obras realizadas pela Emprêsa Nacional de Petróleo S. A., através de sua reversão sem direito de indenização, ao patrimônio da Prefeitura do Distrito Federal, por fôrça do disposto no art. 18 do Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, também não elimina da relação jurídica a ser formada com a mesma concessionária ou terceiro o caráter de concessão de que, estando agora os postos de abastecimento de veículos a motor, construídos nos logradouros públicos da cidade, integrados no patrimônio municipal, o que se teria em vista seria ùnicamente o respectivo arrendamento, merece repulsa frontal. O uso por terceiro de tais bens, a exemplo do que ocorreu com sua construção, irá constituir um elemento acessório do funcionamento dos serviços públicos que será mais uma vez o elemento principal da concessão. A sua posse direta será o *meio* pelo qual deverá ser atingido o *fim*. Ademais, em direito administrativo, a posse direta de bens dominiais do Estado, condicionada ao uso exclusivo determinado por sua destinação, jamais poderá servir de suporte a mero arrendamento. Trata-se então de concessão de direito exclusivo de uso excepcional e que, segundo Marcelo Caetano, se apresenta geralmente sob dois aspectos: "conces-

são de aproveitamento direto" e "concessões para instalação de serviços" (*obr. cit.*, § 25, n.º 234, págs. 585-86). Dessarte, o elmento *uso;* tal como o elemento *obra pública*, é absorvido pelo funcionamento contínuo e regular do serviço público que, exercendo uma atração sôbre qualquer um daqueles *meios* destinados ao *fim* da satisfação de uma exigência social, o engloba através da teoria do vínculo indivisível, como elemento acessório, no instituto de concessão de serviços públicos.

Finalmente, também não exclui a exigibilidade da nova concessão para continuidade da prestação dos mesmos serviços públicos o fato de ter-se operado a extinção da concessão anterior por fôrça do vencimento do prazo estipulado para sua duração. Criado o serviço público por lei a sua supressão sòmente se realiza por um ato contrário ao de sua criação e, portanto, através do processo de revogação. E por essa razão foi que Paul Duez-Guy Debeyre afirmaram que daí resulta: "1.º) que o ato de supressão tem a mesma natureza jurídica do ato de criação: é um ato-regra; 2.º) que a autorização competente para decidir sôbre a criação é, em princípio, da autoridade competente para decidir sôbre a supressão" (*obr. cit.*, Liv. II, Tít. I, Cap. II, Sec. L, § 2.º, n.º 777, pág. 546). E assim deve ser porque, como acentuou Gaston Jèze, o ato de supressão de um serviço público é uma lei material e não uma lei formal (*obr. cit.*, Tomo II, Cap. V, Sec. III, § 1.º, pág. 136). Outra sòmente poderia ser a conclusão se uma nova lei material houvesse decidido suprimir a municipalização dos serviços de fornecimentos de gasolina, graxa, óleo, água e ar a veículos a motor nos postos de abastecimento instalados em logradouros públicos desta cidade.

Nessas condições logo se está a ver a legalidade da decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, através da qual foi recusado o registro de contrato de arrendamento celebrado entre a Emprêsa Nacional de Petróleo S. A. e a Prefeitura do Distrito Federal pelo têrmo de 28 de maio de 1953 (docs. de fls. 45-46 e de fls. 47-50). A única partida dessa decisão da Côrte de Contas que merece censura é a que declara a invalidade da autorização legislativa contida no Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921. Como bem o disse o Ministro João Lira Filho, em decisão anterior: "findo o prazo do contrato será a Prefeitura titular dos bens ora em poder do concessionário e o serviço a que êles se referem poderá continuar em regime de concessão, mediante contrato obediente a tôdas as condições e formalidades legais. Os serviços da Prefeitura que não forem executados pela própria administração, diz o art. 44 da Lei Orgânica, serão contratados por concorrência pública ou administrativa, na forma que a lei determinar. O serviço de que cuida o processo poderá ser concedido, enquanto não derrogado o Decreto n.º 2.418, nos têrmos que vierem a ser consignados no edital de concorrência e, respeitada, inclusive quanto ao prazo, a legislação em vigor" (doc. de fls. 13v.). Essa conclusão, sim, está jurídica e legal. Com efeito, enquanto não fôr revogado por ato legislativo idêntico o Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921, que municipalizou os serviços de fornecimento de gasolina, graxa, óleo, água e ar a veículos a motor em postos de abastecimento construídos em logradouros públicos, dando prévia autorização ao Prefeito do Distrito Federal, não só para entregar pela primeira vez a terceiro a respectiva exploração, como também para promover, finda a primeira concessão, a concorrência pública ou administrativa para outorga de nova concessão e na qual a concessionária primitiva poderá ter *ad libitum* do Chefe do Poder Executivo Municipal reconhecido um direito de preferência em igualdade de condições, subsiste a autorização legislativa em face da extensão que lhe foi dada pelo art. 18 do citado diploma legal em vigor. Como bem o diz Rafael Bielsa, "tôda e qualquer concessão de serviços públicos, máxime se assume a forma de um monopólio ou comporta

exceções ou privilégios, é precedida de prévia autorização que constitui requisito essencial para que se torne perfeita a concessão. E se essa autorização determina a *forma*, a *natureza* e a *extensão do serviço*, tanto deverá ser *conteúdo obrigatório* do contrato de concessão, o que equivale a dizer que essa convenção deverá ser celebrada de acôrdo com o disposto pela autorização no que fôr da competência do poder ou da autoridade que outorga a autorização" (*obr. cit.*, Vol. I, Cap. IV, § 1.º, n.º 122, pág. 373). Na hipótese, a *extensão* do serviço compreendido na autorização legislativa foi além da concessão original porque se estendeu à que lhe tivesse de suceder quando concedeu ao Prefeito do Distrito Federal o poder de reconhecer *ad libitum* a favor de concessionário primitivo, que realizará as obras públicas de instalação dos meios destinados à respectiva exploração, o direito de preferência em igualdade de condições, como deflui claramente do art. 18 do Decreto n.º 2.418, de 22 de janeiro de 1921.

Nessas condições logo se está a ver que cabe à Prefeitura do Distrito Federal, se não desejar executá-los pela própria administração, submeter os serviços públicos municipais em questão ao regime de nova concessão, fazendo-o, todavia, mediante concorrência pública ou administrativa, na forma que a lei determinar, tudo nos têrmos do art. 44 da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948. E enquanto não fôr atendida essa norma cogente da Lei Orgânica do Distrito Federal é bem de ver que não se há-de ter por adquirido que se esteja a merecer proteção legal através de uma prestação jurisdicional.

Por todos êsses fundamentos é que se impõe o provimento da primeira e terceira apelações para o efeito de cessar a sentença *sub censura* e de declarar prejudicada a segunda apelação.

Custas *ex lege*.

Sala das Sesssões da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24 de setembro de 1957. — *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, Presidente. — *Hugo Auler*, Relator. — *Eurico Portela*.