CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — INTERVENÇÃO DO PODER CONCEDENTE — GREVE

— Não há como retirar da Administração o direito e o dever, que lhe incumbem, de intervir na concessão para restabelecer a regularidade e a continuidade do serviço concedido.

— Durante a intervenção não pode o interventor dispor dos bens do concessionário.

PARECER

1. Em 16 de fevereiro de 1956 a Companhia de Gás de São Paulo firmou acôrdo com o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Produção de Gás de São Paulo para aumento coletivo dos salários dos empregados. A cláusula sexta dêsse acôrdo dispôs que os aumentos seriam custeados mediante recursos tarifários correspondentes, ficando a sua vigência, em cada serviço, dependendo dos atos oficiais, que autorizassem os acréscimos de tarifas necessários à cobertura dos referidos aumentos de salário, bem como da elevação do Abono de Natal e dos encargos decorrentes das legislações de previdência e trabalhista. Êsse acôrdo foi homologado pelo Ministro do Trabalho.

2. A consulente é uma emprêsa de serviço público, cujos recursos dependem de tarifas fixadas pelo poder concedente. De há múito vem operando com manifesta insuficiência de tarifas, situação agravada enormemente com o impôsto único sôbre combustíveis e lubrificantes. Assim, excede de suas possibilidades o pagamento das majorações condicionalmente combinadas.

3. Para possibilitar a sua imediata execução, logo, em 21 de fevereiro, por ofício assinado pela consulente pelo representante do sindicato de seus empregados, foi levado ao conhecimento da Prefeitura Municipal os têrmos do acôrdo e os cálculos feitos. O Executivo encaminhou à Câmara Municipal o projeto que autorizava a execução do acôrdo. A Companhia foi convidada a comparecer em reunião, que se realizaria no dia 23 de março. Nessa reunião foram prestados ao legislativo municipal todos os esclarecimentos pedidos, os quais se confirmaram em ofício de 25 do mesmo mês.

4. Em 26 de março a assembléia geral do sindicato deliberou decretar a greve geral, comunicando às autoridades que a mesma só terminaria quando o aumento de salário fôsse autorizado. A consulente empregou todos os esforços para evitar a execução da greve. Mas, não conseguiu. Em face dessa situação, a Câmara Municipal deliberou, em sessão extraordinária, intervir na emprêsa para o fim de aumentar imediatamente os salários convencionados e obter a cessação da greve, o que foi conseguido.

5. O Prefeito Municipal vetou parcialmente a lei que determinou a intervenção. Êsse veto foi acolhido em parte, para o fim de: 1.º) restringir os efeitos da intervenção à finalidade exclusiva de rever incontinenti as tarifas; 2.º) para determinar a nomeação do interventor.

6. Em face do exposto, instruída a consulta com os elementos necessários ao seu estudo, pergunta-se no primeiro quesito:

"É lícito ao Poder Concedente intervir em emprêsas concessionárias de serviço público?"

Em tese não se lhe pode negar êsse direito, que repousa no princípio de que a continuidade do serviço público é a base da concessão. Se o serviço público se interrompe, criando, como no caso do fornecimento de gás, uma situação de calamidade pública, não há como negar à Administração o emprêgo dos meios necessários para restabelecer o serviço. E, como as providências demandam imediata execução, que impossibilita recurso ao judiciário, a Administração, por sua conta e risco, pode usar do seu privilégio de execução prévia (*privilège du préalable*).

7. Não é difícil justificar o assêrto, comumente aceito pela melhor doutrina. De um modo geral eis o que escreve André de Laubarère, *Contrats Administratifs*, tomo 2, n.º 597, página 153, tratando das sanções coercitivas:

"As sanções coercitivas são sanções destinadas a assegurar a execução do contrato mediante providências que visam dominar o inadimplemento (*défaillance*) do cocontraente, *substituindo-se a Administração ou substituindo um terceiro ao cocontraente inadimplente.*

Sua justificação repousa na idéia de que o que importa antes de tudo ao público (nos contratos que interessam a êste diretamente como a concessão de serviço público) ou, de uma maneira mais geral, ao interêsse público, é que o contrato seja efetivamente executado. É, com efeito, êste resultado que visam as sanções coercitivas, ao passo que as sanções pecuniárias miram uma reparação em dinheiro e as sanções resolutórias uma exclusão do cocontraente, isto é, resultados que não asseguram por si mesmo a *continuidade do serviço público.*

As sanções coercitivas dos contratos administrativos não deixam de ter correspondente nos contratos civis; em particular o artigo 1.144 do Código Civil dispõe que o credor "pode, em caso de inexecução, ser autorizado a fazer executar êle mesmo a obrigação a expensas do devedor"; mas as sanções coercitivas do direito administrativo comportam naturalmente um regime jurídico muito diferente em conseqüência das regras gerais já indicadas para tôdas as sanções dos contratos administrativos, notadamente a da competência da Administração para pronunciá-las por si mesma, usando de seu privilégio de prévia execução.

Ao lado das regras comuns a tôdas as sanções dos contratos administrativos, as sanções coercitivas comportam caracteres que lhes são próprios:

São sanções *temporárias*, que não põem fim ao contrato e conduzem sòmente à substituição provisória do cocontraente, na medida em que se revela não poder cumprir os seus compromissos; elas podem ser, aliás, e o são mui freqüentemente, *seguidas* de sanções resolutórias *definitivas*, quando o inadimplemento do cocontraente se afigura irremediável.

De outro lado, são sanções que comportam a substituição do cocontraente por *sua conta e risco.*

São, pois, sanções *severas*, mais pesadas em princípio para o cocontraente do que as sanções pecuniárias; em conseqüência, *não podem ser pronunciadas senão por faltas graves do cocontraente*".

8. De outro sentir não é Gaston Jèze, *Cours de droit public*, v. 3, capítulo 3, onde estuda, circunstanciadamente, a sanção das obrigações contratuais nos contratos administrativos, ensinando (página 71) que o regime jurídico das sanções em direito público se prende às seguintes proposições essenciais:

"*Primeira regra* — O silêncio do contrato quanto à sanção de tal ou tal obrigação, não deve ser interpretado como significando a vontade das partes de que esta obrigação não tem sanção, que não tem, pois, importância verdadeira. *Tôda a obrigação contratual tem uma sanção, mesmo se o contrato não a previu.*

Segunda regra — Muito ordinàriamente o contrato prevê sanções tais que permitem à Administração assegurar ela mesma a continuidade do funcionamento do serviço público. Além das perdas e danos e da resilição do contrato, a sanção consiste *no poder de a Administração se substituir imediatamente ao cocontraente ou de substitui-lo ràpidamente, sem aguardar a decisão do juiz do contrato.* O direito público repele, portanto, o princípio fundamental de direito privado, que ninguém pode fazer-se justiça por si mesmo.

Sob o contrôle *a posteriori* do juiz do contrato, a Administração, em caso de inadimplemento do cocontraente, *adotará, ela própria, imediatamente, tôdas as providências necessárias.* As conseqüências pecuniárias destas providências ficam a cargo do cocontraente em falta, *com a condição de que a providência administrativa seja proporcionada à gravidade da falta cometida.* A Administração incorre, para com o cocontraente, *em responsabilidade* no caso em que a medida administrativa *exceda o que é necessário para assegurar o funcionamento do serviço público.*

Terceira regra — Quando o contrato prevê expressamente certa sanção para uma obrigação determinada, em princípio a Administração não pode aplicar outra mais rigorosa, salvo se a insuficiência da sanção contratual editada puser *em perigo certo* o funcionamento do serviço público".

9. Passa Gaston Jèze em seguida a aplicar essas regras gerais aos principais contratos administrativos. Quanto à concessão de serviço público, no que diz com as sanções e providências coativas, principia observando (página 72):

"O contrato de concessão de serviço público é o que associa, no mais alto grau, o empresário ao funcionamento do serviço público. É, pois, necessário que as providências de coação sejam as mais enérgicas".

E logo em seguida (página 73):

"Hoje, admite-se que nenhuma obrigação de serviço público seja desprovida de sanções. *mesmo quando o contrato não prevê nenhuma.* O silêncio do contrato não pode ser interpretado no sentido de ausência de sanção. Esta solução é recente".

10. Não era assim na doutrina antiga; mas as necessidades do serviço público exigiram nova orientação (página 75):

"No começo do século XX, com o desenvolvimento prático da concessão do serviço público, a doutrina e a jurisprudência analisaram de maneira mais precisa as relações jurídicas que nascem do contrato de concessão. A solução antiga afigurou-se não sòmente demasiado absoluta, mas ainda injustificável. Não se baseia em nenhum princípio de direito. É razoável afirmar que uma obrigação jurídica inscrita em um contrato é desprovida de sanção? A vontade das partes contraentes não é que tôda a obrigação deve ser executada? A execução de uma obrigação não comporta necessàriamente uma sanção? Em direito privado, o Código Civil organiza esta sanção quando as partes guardaram silêncio. É razoável que em direito público, onde está em causa o interêsse geral, não haja sanção? Sob o ponto de vista do bom funcionamento do serviço público concedido, a ausência de sanção teria como resultado fatal impelir à negligência o concessionário, o que se traduziria, para os usuários, em perturbações econômicas ou sociais. O princípio fundamental da continuidade e da regularidade do serviço público exige que tôdas as obrigações do concessionário tenham uma sanção enérgica".

Adiante (página 83):

"O concessionário deve saber que sua obrigação é mais estrita que a de um devedor ordinário, por isso mesmo que se trata de um *contrato administrativo pròpriamente dito,* que o faz colaborar muito ativamente em um serviço público organizado para dar satisfação a uma necessidade de interêsse geral. Investido, o mais das vêzes, em um monopólio, êle deve esperar que tôda a falta de sua parte seja reparada *imediatamente,* no interêsse dos usuários que, quase sempre, não podem obter de outro modo a prestação prometida".

Adiante, na mesma página:

"Tal é a considerável evolução que se produziu. Afastou-se, cada vez mais, das concepções civilistas. a fim de dar ao regime jurídico da concessão de serviço público uma *grande flexibilidade.* Desde então, *o direito comum das sanções em direito público* não deve ser o mesmo que o *direito comum das sanções em direito privado.* O direito comum das sanções nas relações entre particulares, é a indenização pecuniária, *com recurso prévio ao juiz. O direito comum das sanções no contrato de concessão de serviço público, é o direito de a Administração adotar ela própria, imediatamente, sem prévia intervenção judiciária, tôdas as providências*

indispensáveis para assegurar o funcionamento do serviço público.

Êste poder não consiste sòmente no poder de a Administração pronunciar *ela própria,* sem prévio recurso ao juiz, perdas e danos: *êle vai até à substituição mais ou menos completa, conquanto momentânea, da Administração ao concessionário.* Todavia, o *concessionário tem garantias*: ordinàriamente, *constituição em mora; contrôle a posteriori* do juiz do contrato; *responsabilidade da Administração*".

11. Explanando a questão de poderem as sanções de direito comum administrativo completar as sanções contratuais, Gaston Jèze (página 90) nos conduz à intervenção ou sequestro:

"Com o fim de assegurar a execução *direta* da prestação ao público nas condições previstas no caderno de encargos da concessão, a Administração pode substituir sua ação à do concessionário, no caso de *inexecução persistente,* embora o contrato não preveja esta solução. Ela não viola o contrato, porque o contrato não teve em vista a culpa grave. A Administração aplica a sanção *de direito comum público* em matéria de contrato de serviço público: a substituição total ou parcial da Administração ao concessionário, a colocação sob sequestro (*la mise sous sequestre*)".

A página 94 assim se define o sequestro:

"A colocação em sequestro é uma providência provisória, temporária, cujo objeto é retirar do concessionário, por certo tempo ,o exercício dos direitos que êle tem por fôrça do contrato de concessão, com o fim de assegurar provisòriamente o serviço público concedido".

Passa, então, Gaston Jèze a indicar as condições essenciais da *mise sous séquestre*:

1.º) A *mise sous séquestre* supõe essencialmente uma *falta grave cometida pelo concessionário,* de natureza a pôr em perigo a *continuidade* e a *regularidade* do serviço público.

2.º) O sequestro é uma medida *provisória.* O sequestro tem por objeto retirar *momentaneamente* do concessionário tôda ou parte da exploração, porque êle se mostrou incapaz de fazer funcionar o serviço público, e de lhe substituir *provisòriamente* um outro empresário designado pelo concedente.

3.º) A colocação sob sequestro é pronunciada pela Administração, sem *prévio* recurso ao juiz do contrato.

4.º) A colocação sob sequestro não deve, *em princípio,* ser precedida da *constituição em mora* do concessionário.

5.º) A colocação sob sequestro deixa a exploração do serviço a cargo do concessionário".

12. Não importa indagar a natureza contratual ou regulamentar do sequestro. O essencial, diz Jèze (página 99) é o seguinte:

"O poder de pôr sob sequestro *faz essencialmente parte da organização de todo o serviço público concedido.* Não é criado para êste ou aquêle concessionário: êle tem uma *importância geral, impessoal. Em tôda a concessão de serviço público,* a Administração pública tem o poder de garantir o bom funcionamento do serviço pela *mise sous séquestre.* Está mesmo aí, em minha opinião, uma regra de organização *essencial;* ela é de *ordem pública;* a Administração *não pode renunciá-la,* pelo próprio fato de lhe ser interdito não fiscalizar o serviço concedido e não intervir no caso de inadimplência do concessionário. A Administração é a defensora dos usuários. Para que os usuários não sejam abandonados à discrição do concessionário, para que o serviço público funcione regularmente em seu proveito, a Administração concedente tem o direito e o *dever* de fazer funcionar, ela própria, o serviço público, se o concessionário não o fizer".

13. Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif,* página 309, transcreve, em nota, a seguinte passagem da Exposição de Motivos da lei de 3 de dezembro de 1908, relativamente à ligação de vias de transporte:

"*É a priori,* e mesmo desde a origem da concessão, absolutamente certo que o poder público, *que não pode transigir sôbre sua obrigação de salvaguardar o interêsse público* — pois que esta obrigação é uma das suas principais razões de ser — será chamado a tomar, futuramente,

para cumprimento dêste dever, ao qual não pode fugir, novas disposições, e a dar ao concessionário ordens, que era impossível prever no momento do contrato... Decorre, com evidência, dos princípios gerais acima recordados, que o govêrno, pessoa pública, possui em matéria de concessão *todos os poderes de intervenção, de contrôle e de direção,* que uma lei ou um regulamento da Administração pública, tendo fôrça de lei, não lhe podem retirar antecipadamente..."

14. Péquignoy (página 343) explica a terminologia dada a essas providências coativas:

"A terminologia relativa a estas providências coercitivas provisórias é bastante flutuante na jurisprudência. Jèze adota as expressões de *sequestro* para a concessão, *mise en régie* para o contrato de trabalho público, *execução temporária* para o contrato de fornecimento múltiplos ou contínuos e *compra* por falta para o contrato de fornecimentos simples. Sob esta diferença de têrmos, *a instituição é a mesma* com a só modificação de pormenores que podem provir da natureza particular do contrato a considerar. Cada uma destas sanções *exige uma culpa de certa gravidade, que ponha em perigo a continuidade do serviço, dado que a medida tem por fim e por efeito garantir esta continuidade.* Mas, a inadimplência do cocontrante deve ter a aparência de provisória, porque, se fôr definitiva, caberia recorrer à resilição do contrato, seguida ou não de nôvo contrato por conta e risco do cocontraente.

Estas providências são *de direito comum administrativo* e existem *apesar do silêncio do contrato,* salvo disposição expressa dêste; elas podem ser tomadas pela Administração sem recurso ao juiz do contrato, mas devem ser precedidas de constituição em mora e prazos".

15. O professor Fernandez de Velasco, *Los contratos administrativos,* página 272, assim justifica a intervenção:

"Quanto ao fundamento doutrinal desta faculdade administrativa, êle pode encontrar-se *na própria natureza jurídica do ato da concessão,* partindo sempre do pressuposto de que esta respeita a um serviço público. Assim sendo, não se poderia cingir à consideração clássica do contrato; já vimos que, dando esta denominação ao ato jurídico, a que nos vimos referindo, é sempre com o fundamento de que corresponde a um conteúdo especial e que se propõe a atender fins de serviço público. Colocada assim a questão, e considerando que na concessão se trata de um serviço público, é claro que se ratifica a doutrina, exposta no princípio dêste livro, de que não se poderia conciliar a rigidez típica do contrato com a flexibilidade, que impõe a execução de um serviço público, disciplinado por uma norma que, enquanto afeta, ao mesmo tempo, a Administração, o concessionário, os usuários do serviço, e, em suma, todos os elementos, que integram o serviço público, tem natureza primordialmente *objetiva* e há de estar sempre ajustada às necessidades do serviço; se êste, demais, é uma manifestação da atividade administrativa, tôdas as qualidades jurídicas desta atividade repercutirão sôbre o próprio serviço, e como a atividade administrativa não se desenvolve nem se traduz no simples exercício de direitos subjetivos, já que também, e principalmente, está dominada pela idéia do *dever,* decorrem, em última análise, outras tantas faculdades *impostas pela necessidade de que se atenda ao bom funcionamento do serviço público, pouco importando* que êste dependa diretamente da Administração ou se encontre a cargo de um concessionário. Os órgãos públicos podem e devem fazer *tudo aquilo que exija o bom funcionamento do serviço,* sem se deter ante a idéia de que a lei formal, que editam, seja contrária a nenhum outro direito... Agindo assim, o Estado *não viola nenhuma situação jurídica subjetiva;* simplesmente modifica o regime legal de um serviço público, o que para êle constitui sempre um *dever,* e, por conseguinte, *terá o poder de fazê-lo,* na medida em que pretenda produzir um melhoramento na realização de um serviço público".

16. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo,* terceira edição, n.º 273, página 570, dá ao sequestro um sentido restrito, admitindo-o no caso de abandono do serviço pelo concessionário; mas a justificativa, que dá, serve também para os casos em que há inadimplência, embora sem abandono:

"É a esta intervenção do concedente na exploração do serviço concedido, para assegurar a *regularidade* e *continuidade* em caso de deficiência do concessionário,

mas por conta dêste, que se chama o *estado de sequestro da concessão*".

17. Bielsa, *Derecho Administrativo*, cuarta edición, tomo I, n.º 132, página 402, admite a intervenção em amplos têrmos:

"Se durante a vigência da concessão o concessionário não presta o serviço, ou, sem autorização especial da Administração pública concedente o presta parcial ou deficientemente (deficiência grave), esta pode proceder à execução direta. Opera-se, assim, uma substituição na execução.

Funda-se êste direito do concedente: 1.º) em que o serviço público deve ser prestado pela Administração pública, pois é uma *atribuição jurídica dela;* 2.º) em que ela deve assegurar a *regularidade* e *continuidade* do serviço aos administrados.

Para que a Administração pública possa proceder à execução direta é indiferente que a supressão do serviço ou sua prestação parcial ou irregular seja ou não imputável ao concessionário (culpa ou negligência). Tem importância, porém, o procedimento ou situação legal do concessionário no que diz: 1.º) com a *responsabilidade administrativa* (multa) e com a responsabilidade civil (indenização); 2.º) com a *caducidade*, que a Administração pública pode decidir segundo a gravidade da culpa ou negligência do concessionário".

Em seguida, mostra Bielsa que a intervenção, sendo da essência da concessão, não pode ser renunciada, sendo nula e inoperante a cláusula que isso dispuser:

"A atribuição da Administração pública concedente, que não é, por isso, sòmente faculdade, senão *dever* de proceder à execução direta, ou por substituição, *é da essência do regime da concessão;* não é necessário, pois, que essa atribuição *esteja expressamente consignada na lei ou no contrato.* Tal cláusula seria inoficiosa e redundante. Além disso, não se trata de um princípio nôvo; êle existe no direito comum (artigo 505, incisos 1 e 2), que é de aplicação analógica e subsidiária (*Acórdãos da Côrte Suprema*, CVII, 134 e CXVIII, 347), enquanto não se oponha um preceito ou princípio de direito público".

18. Ficou, dessarte, elucidado o primeiro quesito. Se o fim da concessão é obter serviço regular e contínuo; se êste fim é da essência do contrato, não há como retirar da Administração o direito e o dever, que lhe incumbem, de intervir na concessão para restabelecer a regularidade e a continuidade do serviço concedido. Mas, indaga-se no segundo quesito:

"Sendo afirmativa a resposta, em que condições pode dar-se a intervenção?"

Já ficou explicado: paralisado o serviço ou realizado em graves condições de desordem e atropêlo, de modo a gerar situação de calamidade ou sofrimento público, sem que o concessionário tenha meios de resolver as dificuldades, é lícito ao poder concedente decretar a intervenção. Em regra, deverá dirigir-se ao judiciário, constituindo em mora o concessionário. Mas, nos casos de urgência, pode usar do privilégio do Prealabre, não esquecendo, todavia, as cautelas com que deve agir como bem lembra Jesus Gonzalez Peres, *Derecho processal administrativo*, tomo I, página 102, nota 4:

"Esta faculdade de executar forçosamente os atos administrativos está submetida a limites importantes, como demonstraram *Chinot, Le privilège* e Dupond, *Les conditions de l'exécution forcée par voie administrative*. Pois, em princípio, ùnicamente o juiz tem faculdade de autorizar as vias de execução".

Como vimos o principal limite é a falta grave do concessionário. Transcrevo, agora, no original, a lição já lembrada acima de Gaston Jèze:

"La mise sous séquestre suppose essentiellement une *faute grave commise par le concessionaire*, de nature à mettre en peril la continuité et la regularité du service public".

Cometeu a Consulente essa culpa grave? É o que vamos ver no quesito seguinte:

"A greve autoriza a intervenção?"

19. Bielsa, obra citada, página 403, escrevendo sôbre a suspensão do serviço público em conseqüência de greve, doutrina:

"Para que a greve seja dirimente da responsabilidade é necessário que não seja

imputável ao concessionário... A greve deve ser extraordinária e inevitável para ser dirimente da responsabilidade... Embora não exista um direito orgânico de greve, é possível qualificar a legitimidade ou arbitrariedade dela, em cada caso particular".

Gaston Jèze, *Principes Généreaux*, v. 4, troisième édition, página 282, doutrina:

"Para que haja fôrça maior é necessário, enfim, que o empresário, que não pôde *impedir* a greve, não tenha podido *suspendê-la* por concessões *razoáveis*".

20. É muito importante a questão de averiguar se a greve foi determinada ou não por culpa do concessionário. Se nenhuma culpa lhe pode ser imputada, a intervenção poderá ser realizada com o fim de regularizar e continuar o serviço público. Mas, as conseqüências de ordem financeira variam conforme haja ou não culpa do concessionário. Se êste fôr culpado, a intervenção se fará por sua conta e risco; se fôr inocente êsse encargo caberá ao poder concedente. É o que nos ensina Gaston Jèze, *Cours*, v. 3, página 101:

"A exploração *en régie*, é às vêzes prevista por um regulamento, pelo caderno de encargos da concessão, para os casos de interrupção do serviço *sem culpa do concessionário*. Neste caso, a Administração não tem, contra o concessionário, um meio de coerção. Por hipótese, o concessionário está na *impossibilidade* de explorar. Não cabe constrangê-lo a fazer o *impossível*. A exploração *en régie*, convencionada ou não pelas partes, destina-se a assegurar a continuação do funcionamento do serviço público. As conseqüências desta exploração *en régie* não são as mesmas que as do sequestro, medida de coerção.

No caso da exploração *en régie sem culpa do concessionário*, o concedente, que tem a responsabilidade do funcionamento do serviço público apossar-se-á *gratuitamente* do conjunto das instalações necessárias à fabricação e ao fornecimento das prestações visadas pelo contrato de concessão; mas a exploração se realizará por conta e risco do concedente "*mais l'exploitation aura lieu aux risques et périls du concedent*.) No fim da exploração *régie*, o concedente deverá entregar ao concessionário, em bom estado de conservação, todo o material de exploração e execução do serviço...

Um bom exemplo de colocação *en régie*, sem culpa do concessionário, na ausência de uma cláusula no contrato de concessão, é a interrupção do serviço concedido, em conseqüência de uma *greve, não provocada pelo concessionário*. O concessionário não incorreu em culpa. Pode acontecer que a Administração tome providências para facilitar a exploração do serviço pelo concessionário... Pode acontecer também que a Administração se encarregue ela própria da exploração do serviço concedido; neste caso, a Administração não pode aplicar o regime do sequestro. A decisão de colocação sob sequestro será anulada e perdas e danos serão devidos ao concessionário".

21. Jèze insiste na sua distinção entre sequestro e *mise en régie*. Entretanto, já mostrei com *Péquinhot, Théorie générale du contrat administratif*, página 343, que

"l'institution *est la même* avec les seules modifications de détails qui peuvent provenir de la nature particulière du contrat à envisager".

Aliás, a mesma doutrina, a propósito da intervenção ou sequestro, é ensinada por André de Laubadère, *Contrats administratifs*, tomo II, n.º 602, página 157, isto é, que não havendo culpa do concessionário, a intervenção se faz por conta e risco do concedente:

"cumpre sublinhar que se o estudamos aqui a propósito das sanções por inadimplências do contrato, o sequestro pode também ser pronunciado, *fora de tôda a culpa do concessionário*, para remediar a sua impossibilidade de garantir o serviço, quando esta impossibilidade não resulta de culpas, que lhe sejam imputáveis, mas, por exemplo, de fatos de fôrça maior *tais como uma greve de que não seja responsável o concessionário;* nesses casos, o sequestro pode, com efeito, ser decretado *para assegurar a continuidade do serviço sem constituir uma sanção;* e é muito importante distinguir êste sequestro no interêsse do serviço, do sequestro-sanção, porque como se verá mais longe

(n.º 607), o encargo das conseqüências onerosas do sequestro é regulado diferentemente num e noutro caso".

E, no lugar indicado (n.º 607) escreve Laubadère:

"Esta imputação a cargo do concessionário, das conseqüências onerosas do sequestro, não cabe senão quando êste é pronunciado para sancionar uma culpa; ao contrário — e é, como já se assinalou acima, o interêsse essencial da distinção — quando o sequestro é provocado por um fato não imputável ao concessionário, por exemplo um fato de fôrça maior ou, ainda, uma manobra do concedente, as despesas da operação ficam a cargo dêste último".

22. Ora, o que se vê do exame dos documentos, que instruem a Consulta, é que nenhuma culpa pode ser imputada à Consulente pela paralisação do serviço de fornecimento de gás à população. Ela fêz tudo quanto era possível para evitar a greve, que, aliás, não podia ser declarada, por se tratar de atividade profissional fundamental (decreto-lei n.º 9.070 de 15 de março de 1946, artigos 3 e 10; Código Penal, artigo 201): sôbre a vigência dêstes textos veja-se na *Revista dos Tribunais*, v. 198, página 37, o parecer do dr. Carlos Medeiros Silva, Consultor Geral da República; ou *Pareceres*, do Consultor Geral da República, v. 2, página 91; e, ainda, o erudito ensaio do dr. Moacyr Lobo da Costa, *Revista Forense*, v. 154, páginas 41 e seguintes.

Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, n.º 788, página 599, observam:

"*A greve do pessoal do concessionário é ilícita* porque fere o princípio de continuidade do serviço público, ao qual êle colabora. O contrato de trabalho do pessoal que entra em greve deve ser considerado como rompido: o concessionário pode proceder à substituição dos grevistas e a autoridade concedente pode constituir em mora o concessionário para proceder à despedida e substituição dos grevistas. E assim a greve, por sua só aparição, não constitui, em princípio, para o concessionário um caso de fôrça maior que o dispense de executar o serviço".

23. Sem dúvida, isso será possível quando se trate de greve parcial, que não acarrete a impossibilidade de continuar o serviço. Mas, no caso, a impossibilidade absoluta decorre da greve *geral*. E essa greve foi determinada pela atitude da Câmara Municipal, que se recusou a aceitar o disposto na cláusula sexta do acôrdo firmado entre a Consulente e seus empregados. O aumento de salário pleiteado pelos empregados, concedido pela emprêsa e homologado pelo Ministro do Trabalho, nos têrmos do artigo 615 da Consolidação das Leis do Trabalho, ficou subordinado à condição suspensiva de fornecer a Câmara Municipal os acréscimos tarifários correspondentes. Esteve por essa condição o Executivo Municipal, que enviou à Câmara o projeto correspondente. Os empregados, entretanto, apesar dos esforços da concessionária, no sentido de impedir a declaração da greve, não quiseram esperar a solução da Câmara. Que culpa cabe à companhia? Reconhecendo a justiça da pretensão, determinada pela incrível desvalorização do dinheiro nacional, atendeu a seus funcionários dentro do razoável, sem lhe passar pela mente a possibilidade de não conceder a Câmara o reajustamento necessário, dado que o aumento de salários — coisa que a Câmara fàcilmente verificaria se pusesse de lado o veso das tarifas arbitrárias ou confiscatórias — constituia despesa superior aos resultados da exploração no exercício de 1956.

24. Passemos ao terceiro quesito:

"Pode o interventor praticar atos de gestão e de disposição dos recursos ou reservas financeiras da emprêsa? Pode a Câmara Municipal, no exercício da intervenção fixar os salários dos empregados e determinar o momento a partir do qual devam ser pagos?"

Gaston Jèze, *Principes Généreaux*, troisième édition, v. 3, página 349, doutrina:

"*O serviço público concedido continua sendo um serviço público.* Não é uma exploração que se torne uma emprêsa privada... A concessão não é senão um modo de gestão de um serviço público. A idéia essencial que constitui o fundamento do serviço público permanece intacta. Trata-se de dar satisfação a uma necessidade de interêsse geral, necessidade bastante imperiosa de molde a justificar o emprêgo de processos jurídicos de direito público".

Mas isto não quer dizer que o patrimônio da emprêsa não lhe pertença com todos os atributos de uma propriedade particular. Notadamente, as concessões têm os mesmos direitos e garantias constitucionais que as demais propriedades: salvo o poder de polícia, nenhuma outra intervenção é possível, a não ser para manter a regularidade e continuidade do serviço público, o que, afinal, representa também interêsse do concessário. O que, sobretudo, não é possível é assumir o interventor a gerência da sociedade, praticando atos de senhor e possuidor. Pode, sem dúvida, usar do aparelhamento técnico da emprêsa para restabelecer o serviço. Não pode dispor dos bens da emprêsa, pois a intervenção tem alcance limitado: seu fim não é administrar a emprêsa, mas apenas fazer funcionar o serviço público.

25. No *Corpus Juris*, vb. *Franchises*, § 33, página. 1.022, vem, a propósito, o transunto da jurisprudência americana:

"Proteção constitucional como propriedade ou contrato. Uma concessão tem o direito, como propriedade, à proteção das garantias constitucionais, e não pode ser tomada do concessionário, salvo com o pagamento da indenização devida, nem destruída ou arbitràriamente violada por subseqüente legislação, ou por um ato arbitrário das autoridades públicas, que impeçam o seu exercício".

Ainda no *Corpus Juris*, vb. *Constitutional law*, § 538, página 969, lê-se o seguinte, que ponho em linguagem:

"Ante o poder reservado, a carta de uma corporação, ou a lei que lhe confere existência como tal, pode ser emendada ou revogada. Contudo, uma concessão ou direito concedido à corporação para usar a propriedade pública com um objetivo público, quando executada, torna-se um direito adquirido de propriedade. Conquanto, pois, ela possa ser desapropriada mediante indenização e, em comum com tôdas as demais propriedades, esteja sujeita ao poder de polícia, não pode ser revogada ou anulada, a menos que o poder de fazê-lo conste da concessão".

26. Gaston Jèze põe em relêvo que a intervenção não retira ao concessionário o seu direito de proprietário (*Cours*, v. 3, página 117, nota 2):

"A colocação em sequestro, determinada pela impossibilidade momentânea na qual se achava a companhia de cumprir suas obrigações para com o Estado, não é senão uma providência provisória *que não importa nem confisco nem decadência.* Ela atinge apenas a *administração* da estrada, que faz passar, durante certo tempo, para as mãos do Estado, e *deixa intacta o direito que resulta para a Companhia da concessão feita*".

Laubadère, *Contrats*, v. 2, n.º 607, expõe os efeitos da *mise sous sequestre* na concessão de serviço público:

"A colocação sob sequestro não põe fim ao contrato de concessão. Ela não retira ao concessionário o seu direito à concessão. O Conselho de Estado precisa que o concessionário fica sòmente privado temporàriamente do *exercício* dos direitos que lhe provinham da concessão... A Côrte de cassação declara da mesma sorte que o sequestro não importa nem confisco, nem caducidade... e *deixa intacto o direito que decorre da concessão para o concessionário*".

27. Se, portanto, o direito do concessionário permanece intacto, durante a intervenção, só perdendo êle o *exercício* dêsse direito, no que diz com o restabelecimento do serviço público, não se compreende como possa o interventor substituir-se em tudo e por tudo ao concessionário. Baseado em que lei ou princípio de direito se arroga êle a faculdade de fixar salários, determinar-lhes a época de pagamento e dispor para tal fim de reservas e recursos a que a emprêsa, no uso de seu direito, deu destino especial? A intervenção não tem êsse propósito. Seu único fim é êste, exposto por Gaston Jèze (*Cours*, v. 3, página 116):

"La mise sous séquestre a donc deux objets:

1.º) *Assurer la continuité du service, dans l'intérêt des usagers, dans l'intérêt général;*

2.º) *Donner au concessionaire le temps de se retrouver*".

Aí estão, pois, as duas únicas coisas que o interventor pode fazer: assegurar a continuidade do serviço e dar ao concessionário tempo para se reorganizar. É exato que para pôr em ordem o serviço

desorganizado o interventor poderá usar do que pertence à emprêsa. Nem podia ser de outro modo. Mas, deve conter-se nesse confim. Não pode fazer o que só a emprêsa tem o direito de praticar: fixar salários. Ouçamos, ainda, Jèze (*Cours*, v. 3, página 116):

"Para assegurar a continuidade do serviço, a Administração vai apoderar-se *provisòriamente* de todo o material e meios de exploração. É a Administração que dirigirá a exploração com todos os elementos já reunidos pelo concessionário.

Mas a Administração não se torna dona da maquinaria (no sentido amplo da palavra). *Ela não é tampouco, o empregador do pessoal salariado já preso à exploração.*

Ela tem simplesmente *a posse, o uso, e a direção* de todos êstes elementos. O proprietário da instalação, o empregador do pessoal continua sendo o concessionário. Cumpre assim, distinguir entre o *direito* do concessionário à concessão e o *exercício* dêsse direito. A colocação em sequestro atinge sòmente o *exercício* do direito".

Ora, se o interventor não é empregador; se tem simplesmente a *posse*, o *uso* e a *direção*, baseado em que princípio pode êle determinar salários e dispor do patrimônio da emprêsa? Pois não ficou bem esclarecido que a intervenção realizada sem culpa do concessionário, é feita por conta e risco da Administração? Sendo assim, pode ela, sem dúvida, pagar aos empregados o mesmo salário que a emprêsa fixou; mas, o aumento correrá por sua conta e a emprêsa tem o direito de exigí-lo.

28. A Constituição Federal garantiria a emprêsa, se já não estivesse garantida pela doutrina existente no direito administrativo e que acabei de expor. Se o concessionário, malgrado a intervenção, conserva todos os seus direitos de propriedade, quanto aos bens e direitos da concessão, salvo o exercício, foi verdadeiro atentado efetivar o aumento fora das condições constantes do acôrdo. Resta indagar se a Constituição Federal autoriza a intervenção. Expressamente é autorizada pelo artigo 209, n.º v. Mas, aí se trata de estado de sítio. Pode o serviço público estar sendo executado com tôda a eficiência e regularidade. Apesar disso, a intervenção poderá ser decretada se fôr necessária para consecução da paz interna ou externa. Como se vê, é diferente a hipótese da intervenção, quando vigentes tôdas as garantias constitucionais. Neste caso, só será possível para restaurar o serviço público desorganizado por culpa grave do concessionário.

29. O artigo 146 tem objeto especial: visa reprimir os abusos do individualismo e preencher as suas insuficiências, com base no interêsse público. Nada tem que ver, portanto, com êsse artigo, cuja aplicação depende da lei especial, a reorganização forçada de um serviço público desorganizado. Nada tem que ver com isso a disciplina da ordem econômica e social.

30. O artigo 141 § 16 prevê a desapropriação e a requisição. Da primeira não há que falar; e da segunda só cabe observar que a simples intervenção para regularizar o serviço público concedido não está compreendida nos pressupostos do parágrafo: perigo iminente, como guerra ou comoção intestina. Acresce que, em direito administrativo não se permite a requisição em matéria de concessão de serviço público. Ouçamos Laubadère, *Contrats Administratifs*, v. 2, n.º 601, página 155:

"*Exclusão do processo da requisição.* — O exercício em face do cocontratante de processos coercitivos não reveste qualquer forma. Sabe-se que existe em direito administrativo uma grande variedade de meios de coerção por parte da Administração com respeito aos particulares; mas êstes processos têm seus fins próprios e a Administração não pode indiferentemente utilizá-los, apesar do interêsse prático que possam apresentar, no domínio da sanção das obrigações contratuais. A ilustração mais típica é fornecida pelo direito de requisição. *Uma jurisprudência constante decide que o direito de requisição não pode, sem desvio de poder, ser empregado pela administração para assegurar a execução de um contrato administrativo.*

É assim, especialmente, em matéria de *concessão de serviço público;* a Administração não pode, a título de sanção, usar do direito de requisição relativamente à emprêsa concessionária, quer se trate de requisição da propriedade, que conduza a uma nacionalização disfarçada, *ou de uma simples requisição de uso*".

Como exceção, admite-se a requisição do pessoal dos serviços públicos para reprimir a greve ilícita.

31. Sendo assim, isto é, não prevendo êsses textos, os únicos que se referem à suspensão das garantias do direito de propriedade, o direito de intervenção, como se justifica êle em face da Constituição Federal? Justifica-se pela disposição geral do artigo 141:

"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à segurança individual e à *propriedade*...."

O têrmo propriedade compreende também os contratos, como se lê no *Corpus Juris*, vb. *Constitutional Law*, § 966, página 1.200:

"The right to make contrats is both a liberty and a *property* right, and is within the protection of the guaranties against the taking of liberty or *property* without due process of law".

Além. § 988, página 1.212:

"The term *property* as used in the various guaranties against the taking of *property without* due process of law, *is used in its most general sense as embracing everithing over which a man may have exclusive dominion*".

32. Afora isso, o ato jurídico perfeito é expressamente contemplado no artigo 141 § 3.º. Ora, acima ficou bem esclarecido que a intervenção para restabelecer o serviço público concedido desorganizado, no sentido de lhe imprimir novamente regularidade e continuidade, é da *essência* do contrato de concessão, não precisando cláusula expressa a respeito e sendo nula de pleno direito a que se convencionar envolvendo renúncia, por parte da Administração, de exercer êsse direito indeclinável. O concessionário não pode alegar ignorância dêsse requisito fundamental da concessão. Tem obrigação de saber; e a obrigação de saber, diz *Hering* (*Oeuvres Choisies*, tomo 2, página 15) equivale ao conhecimento. Trata-se, pois, de cláusula implícita do contrato. Como tal, obriga tanto quanto as expressas: *eadem est vis taciti atque expressi consensus*. A intervenção, portanto, justifica-se como cláusula implícita do contrato de concessão.

33. A intervenção não é ato odioso. É do interêsse do concessionário, como bem explica Gaston Jèze, *Cours*, v. 3, página 107:

"É do interêsse do *concessionário* que a colocação sob sequestro seja empregada pela Administração nas hipóteses graves. A colocação sob sequestro é para o concessionário, uma medida menos rigorosa que a decadência. Em todos os casos de culpa grave, que ponha em perigo durável o funcionamento do serviço público concedido, a Administração recorreria à decadência, se não dispusesse da colocação sob sequestro. Ora, a decadência acarreta sempre a ruina *definitiva* do concessionário. Mais vale, por conseguinte, *para o concessionário*, que a Administração não recorra a êste meio último e irreparável.

Em outros têrmos: se a Administração não tiver, *nas hipóteses graves*, o poder de pôr em sequestro, ela deveria, ou deixar o serviço público funcionar irregularmente, ou pronunciar a decadência. A primeira alternativa (funcionamento irregular) não pode ser admitida. A segunda (decadência), desastrosa para o concessionário, é perigosa para a Administração e para o público: será preciso encontrar um outro empresário, fazer um contrato sempre delicado, etc.. Nesse entretempo o serviço corre o risco de ser interrompido. Isto leva a dizer que a *decadência* não é sanção adequada. É sanção para ser aplicada em última instância, quando ficar bem demonstrado que o concessionário não pode garantir no futuro o funcionamento regular do serviço, e que a colocação sob sequestro dará ao concessionário o tempo de se reorganizar para retomar a exploração normal e regular do serviço concedido.

Estas considerações são muitas vêzes postas de lado. Alguns propendem para ver, na colocação sob sequestro, uma providência de gravidade excepcional análoga à decadência. Isso é um êrro certo".

34. Na hipótese, como demonstrei, a intervenção só se justificava para fazer novamente funcionar o serviço. Nisso estava o interêsse de todos: da Administração, da emprêsa e do público. Mas, como a emprêsa nenhuma culpa tinha no motivo determinante da interrupção do serviço — a greve — cabia conforme mostrei, à Administração resolver pelos próprios meios, por sua conta e risco, a si-

tuação. Com o aumento do salário, a greve cessou. Todavia, a injustiça e a ilegalidade dêsse procedimento é evidente, porque a emprêsa não pode suportar êsse acréscimo de despesas sem que a condição avançada seja cumprida: o aumento correspondente das tarifas. Seja ainda Jèze quem nos lembre (*Cours*, v. 3, página 105):

"La mise sous sequestre n'a pas pour objet de *punir* de concessionnaire, de lui *infliger* un sacrifice pécuniaire. Elle est destinée à donner au public les prestations sur lesquelles il est en droit de compter. Si, par *sa faute grave et prolongée*, le concessionnaire ne les fournit pas *du tout* ou ne les fournit que très différentes de ce qui a été prescrit, l'administration doit prendre les mesures *necessaires* pour que le service public soit assuré dans les conditions d'organisation. La mise sous sequestre permetra d'obtenir ce resultat".

Não terminarei sem lembrar que o aumento ilegal de salários, decretado pela concedente, não constitui apenas um abuso de poder, uma violação flagrante do acôrdo feito: ofende também o artigo 151, § único, da Constituição Federal, que determina seja o capital das emprêsas concessionárias *justamente remunerado*. Um aumento coletivo que absorve os resultados da operação de um exercício, não fere êsse princípio? Se o poder concedente agisse com mais eqüidade e ponderação, faria cessar a greve, sem necessidade de nenhuma providência extraordinária. Bastava atender ao projeto enviado pelo Executivo: definitivamente, se tivesse elementos para tanto; condicionalmente, conforme o resultado de ulterior verificação. Assim, a lei e a justiça receberiam a devida homenagem.

É o parecer que aqui dou por encerrado.

Antão de Moraes, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.