SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO — CONCESSÃO E SUBCONCESSÃO — CONTRATO COM TERCEIROS

— A subconcessão, autorizada no contrato de concessão, é relação jurídica bilateral, não se confundindo com a permissão administrativa.

PARECER

I

De acôrdo com a legislação própria, a Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC), sociedade de economia mista municipal, constituída no Estado de São Paulo, nos têrmos do Decreto-lei estadual nº 15.958, de 14 de agôsto de 1946, explora com exclusividade a concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros dentro do Município da Capital, pelo prazo de 30 anos.

A concessão foi autorizada pelo decreto-lei acima referido, com as modificações constantes do Decreto-lei municipal nº 365, de 10 de outubro de 1946 e se efetivou mediante contrato em 24 de janeiro de 1948.

Constam dêsses atos, no que concerne ao objeto da consulta, as seguintes disposições, sucessivamente editadas:

1º No Decreto-lei estadual nº 15.958, de 14 de agôsto de 1946, que primeiramente estipulou a concessão com privilégio exclusivo, a Municipalidade de São Paulo ficou autorizada a adquirir o acervo do serviço de bondes (art. 3º e de auto-ônibus (art. 4º), então existentes, para a formação do capital da sociedade de economia mista, a se constituir como concessionária do serviço unificado sob a égide municipal (art. 2º);

2º no Decreto-lei municipal nº 365, de 10 de outubro de 1946, que complementa àquele, o legislador, certamente premido pela realidade dos fatos, manteve o princípio da exclusividade em favor da CMTC, mas temperou a sua rigidez, admitindo em princípio, tanto a cessão parcial ou total da concessão, como a transferência parcial da execução do serviço, mediante contrato com terceiros, em ambos os casos com o assentimento da Municipalidade.

Eis o texto do art. 12:

Art. 12. A concessionária não poderá ceder ou transferir, no todo ou em parte, a presente concessão, sem prévia e expressa autorização da Prefeitura Municipal de São Paulo, sendo-lhe lícito, entretanto, desde que o faça sob sua única e exclusiva responsabilidade, contratar com terceiros a prestação do serviço concedido em certas e determinadas linhas, justificando sua conveniência perante a Prefeitura Municipal, sempre juiz da aprovação desta em cada caso.

O *contrato com terceiros*, tal como foi concebido na lei municipal, não se confunde com a *cessão* ou *transferência* da concessão, mas importa em que o concessionário está habilitado a delegar, a seu risco, o dever de execução do serviço, em linhas contratadas, sob contrôle do Poder Concedente.

Na primeira hipótese, ter-se-ia um caso de *sucessão*, substituindo-se a pessoa do concessionário; na última, constitui-se numa relação jurídica secundária e acessória, na qual, embora subsistente a concessão, o serviço passa, em parte, à exploração de outrem.

É, em suma a forma de *subconcessão*, mediante previsão legal e conhecimento do concedente, admitida na doutrina, e no direito positivo, como excelentemente leciona Enzo Silvestri, em trabalho recente:

"Nelle concessioni di pubblici servizi, le leggi generalmente prevedono la possibilitá della cessione o della subconcessione e sottopongono sempre l'esercizio di questo diritto all'autorizzazione o all'approvazione della autoritá concedente". ("Concessione amministrativa", *in Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, 1961, pág. 382).

3°) Fundado nesses preceitos legais, o contrato de concessão da CMTC, formalizado no têrmo de 24 de janeiro de 1947, após a cláusula de exclusividade na exploração do serviço (cláusula 1ª), prevê a *subconcessão*, segundo o disposto na cláusula 6ª, assim redigida:

Cláusula 6ª — Justificando sua conveniência perante a Prefeitura, e mediante aprovação desta, em cada caso, fica a Companhia autorizada, desde que o faça sob sua única e exclusiva responsabilidade, a contratar com terceiros a prestação do serviço concedido em certas e determinadas linhas rurais.

Regulamentando essa cláusula, foi baixado o Decreto nº 2.215, de 21 de julho de 1953, parcialmente modificado pelos de números 3.438, de 14 de janeiro de 1957, 3.609, de 26 de julho de 1957 e 5.401, de 28 de julho de 1962.

À luz dessas normas legais e contratuais, a CMTC, tolhida pela insuficiência de meios, tanto administrativos como financeiros, valeu-se amplamente do concurso de emprêsas particulares de ônibus, às quais entregou, como é notório, parte substancial da rêde viária na cidade de São Paulo.

O espírito de unificação do sistema de transporte coletivo, que presidiu à formação da sociedade concessionária, em verdade não se consolidou no tempo, diante de poderosas circunstâncias de fato, que culminaram na grave crise econômico-financeira que assoberba a companhia estatal, cujos *deficits* anuais, nos últimos anos, foram da ordem de quatro bilhões de cruzeiros.

No curso dos anos, a CMTC atribuiu a emprêsas particulares, mediante contratos, que mais tarde denunciou, ou através de autorizações a título precário, a maior parte do serviço, de tal modo que, segundo esclarece a consulta, apenas explora diretamente 20% do volume do transporte urbano na cidade de São Paulo, tocando às emprêsas de auto-ônibus, assim admitidas, a gestão efetiva de 80% do serviço concedido.

Ocorreu, assim, a superposição de uma *situação de direito*, não claramente definida, de conveniência entre o privilégio exclusivo da CMTC e os contratos ou autorizações das emprêsas particulares de auto-ônibus e uma *situação de fato*, notória e ostensiva, consolidada no tempo, com a tácita aprovação do Poder Concedente, em que a prestação dos serviços contratados longe de ser precária ou eventual, apresenta caracteristicos de essencialidade e preponderância, no tocante à continuidade e regularidade do serviço de transportes coletivos urbanos.

O Decreto nº 2.215, de 21 de julho de 1953, como os que o alteraram, expressamente qualificam como *contratantes* às emprêsas a que foi delegada a prestação

do serviço, sujeitando-as às mesmas garantias do serviço-pelo-custo (que visa a preservar a equação financeira das concessões), como à fiscalização contábil da Prefeitura (arts. 4º e 5º do Decreto nº 2.215; arts. 8º, 9º e 10 do Decreto nº 2.215, alterados pelo Decreto nº 5.401, de 28 de outubro de 1962).

Tendo cessado a 31 de dezembro de 1965 a vigência do Decreto nº 2.215, de 21 de setembro de 1953 (*ex vi* do disposto na redação ao seu art. 17 pelo art. 2º do Decreto nº 3.438, de 14 de janeiro de 1957), o Govêrno Municipal, visando à "adaptação das normas regulamentares vigentes às condições atuais do serviço", entre elas a "situação de fato criada e as dificuldades atuais da concessionária que a impedem de passar a operar, de imediato, tais linhas", ou seja, as linhas contratadas com terceiros, cuja essencialidade assim ficou confessada, baixou nôvo ato regulamentar da concessão.

Trata-se do Decreto nº 6.386, de 19 de janeiro de 1966, que, conforme sua ementa, "disciplina a exploração de linhas de ônibus por emprêsas particulares, nos têrmos do art. 12 do Decreto-lei nº 365, de 10 de outubro de 1946".

Tomando como pressuposto a *situação de fato*, que o inspira, com base no interêsse público, o decreto consagra, para as emprêsas particulares em efetiva exploração dos serviços, uma definida *situação de direito*, mandando que com elas a concessionária — CMTC — celebre contrato de linhas, nos têrmos ali estipulados.

É a disposição do art. 13 do citado decreto, que se endereça específica e expressamente às "emprêsas que, na data da publicação dêste decreto, explorem efetiva e comprovadamente linhas de ônibus, em virtude de contratos vencidos ou cartas de permissão".

Se dúvida houvesse, assim, quanto à qualidade jurídica dessas emprêsas como subconcessionárias, ou seja, contratantes de serviços com a concessionária, mediante aprovação do concedente, estariam esvaídas diante da ratificação pública que lhes outorgou o ato municipal.

Cristalino se tornou o direito subjetivo e, preciso, o *negócio jurídico*, de que são partes, antes com a aprovação tácita e, agora, expressa do Poder Municipal.

A execução dos contratos, com prazo de 5 anos (art. 11, letra *a*), ficou a cargo da CMTC, que teria a iniciativa da convocação das emprêsas, para manifestarem sua adesão às condições estipuladas no ato regulamentar da concessão, vàlidamente emitida pelo concedente.

Antes, porém, que se firmassem tais contratos, entendeu o Prefeito do Município de São Paulo que exorbitara de sua competência, diante do que dispõe a Lei Orgânica dos Municípios (Lei estadual nº 9.205, de 28 de dezembro de 1965).

E assim convencido, revogou o mencionado Decreto nº 6.386, de 19 de janeiro de 1966, provendo através de nôvo ato — o Decreto nº 6.547, de 11 de julho de 1966 — sôbre a mesma matéria.

Já agora, porém, a título de regulamentar a lei e o contrato da concessão — que se referem, como vimos, a *contratos com terceiros* — o Poder Concedente desclassifica essa situação jurídica derivada para entendê-la como mera *permissão*, inclusive quanto às emprêsas que, atualmente e a longo prazo, exploram o serviço de linhas de ônibus (art. 8º, § 1º).

II

Os atos municipais que regulamentam a concessão, não obstante a forma de que se revestem, são atos administrativos materiais.

Traduzem o exercício, pelo poder concedente, da faculdade unilateral de regular ou modificar as condições do serviço público concedido (ato do príncipe), que é, em princípio, discricionária.

Mas, como é presentemente correntio na doutrina e na jurisprudência e já assumiu, entre nós, foros de norma legal (Lei federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 2º, letra *d*), mesmo nos atos discricionários a existência material ou jurídica dos motivos é um dos requisitos essenciais de validade.

É nulo o ato administrativo, "quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido".

Já tivemos oportunidade de mostrar a adequação, entre nós, da doutrina da existência dos motivos no regime dos atos administrativos (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, pág. 78; vol. 37, pág. 8; vol. 38, pág. 350; vol. 56, pág. 11).

No mesmo sentido opinam, entre muitos, Seabra Fagundes (*Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª edição, pág. 41), Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 159), José Cretella Júnior (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 233), para não recorrermos à copiosa e consolidada bibliografia estrangeira sôbre a matéria, na qual são clássicos os trabalhos de Gaston Jèze e Roger Bonnard.

Tais considerações são oportunas, pôsto que o nôvo decreto (Decreto nº 6.547, de 11 de julho de 1966), ao amputar o direito das emprêsas à lavratura dos contratos, calcou-se, confessadamente, no motivo determinado da *ilegalidade* do ato anterior (Decreto nº 6.386, de 19 de janeiro de 1966), que, nesse sentido, consagrava tal situação jurídica constituída.

A *ilegalidade* consistiria na inconformidade do ato primitivo com a disposição do art. 48 da Lei Orgânica dos Municípios.

Mas, que dispõe êsse preceito de lei que vede o reconhecimento de uma situação de fato e de direito que o precede?

Diz a malsinada disposição *ipsis litteris* o seguinte:

Art. 48 — A permissão de serviço público, sempre a título precário, dependerá de ato unilateral do Prefeito, após edital de chamamento dos interessados para escolha do melhor pretendente, e a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato precedido de concorrência pública.

§ 1º — Serão nulas de pleno direito as permissões e as concessões feitas em desacôrdo com o estabelecido neste artigo.

§ 2º Os serviços permitidos ou concedidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Município, incumbindo, aos que o executam, sua permanente atualização e adequação às necessidades dos usuários.

§ 3º — O Município poderá retomar os serviços permitidos ou concedidos desde que executados em desconformidade com ato ou contrato, bem como aquêles que se revelaram insuficientes para o atendimento dos usuários.

§ 4º — As concorrências para a concessão de serviço público serão precedidas de ampla publicidade, inclusive nos jornais da Capital.

A disposição, que se insere no capítulo sôbre as "obras e serviços municipais", visa a regular a forma de gestão dos serviços públicos que tanto serão executados pela Prefeitura (administração direta ou descentralizada), como por terceiros, mediante concessão, ou permissão.

É o critério que prevaleceu na Constituição do Estado da Guanabara (1961), quando admite, salvo para serviços públicos essenciais, como tal definidos em lei, possa ser *delegada* ou *concedida* a sua prestação, acrescentando que:

"A *concessão* será dada por concorrência pública, e as *autorizações* ou *permissões* obedecerão a normas uniformes." (art. 45, § 2º).

A lei federal também se vale dessas expressões como categorias ou graus de exploração de serviços próprios do Estado, ou sujeitos ao seu contrôle.

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agôsto de 1962) distingue os serviços concedidos, autorizados ou permitidos pela União.

A Constituição federal, a propósito do aproveitamento dos recursos minerais e de energia elétrica também alude a *autorizações* ou *concessões*, que, segundo o Código de Águas (arts. 140 e 141) são, bàsicamente, caracterizados pela utilidade pública e a comercialização dos últimos, a compreender aproveitamentos de maior potência.

III

A legislação como a doutrina ou a jurisprudência não consolidaram, entre nós, a clara linha divisória entre a autorização ou permissão administrativa e a concessão.

Há, todavia, certos indícios diferenciais que possibilitam a discriminação conceptual.

Primeiramente, uma graduação de intensidade, partindo do ato mais simples — autorização ou permissão — para o mais complexo — concessão.

Outra, de natureza qualitativa, em que especialmente se esmeram o direito italiano e alemão, como tivemos ensejo de realçar em estudo sôbre a matéria (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 75, pág. 390).

A autorização, ou permissão, em sua essência, pressupõe um direito individual, cujo exercício se possibilita mediante ato administrativo específico. Não cria direito nôvo, mas libera a atividade privada, sujeita ao poder de polícia do Estado, removendo os obstáculos que a ela se opõem.

Daí o esclarecimento de Flaminio Franchini, no sentido de que

"l'autorizzazione, cioè, a parte il valore giuridico che essa ha e lo scopo giuridico al quale essa adempie, ha in sè il potere attivo di rimuovere, non quello di trasmettere: l'autorizzante, infatti, permette, acconsente, na non crea, nè trasferisce alcunchè in favore dell' autorizzato" (Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati — Milão, 1957, págs. 11-12, nota 18).

Daí a concepção de que a *autorização* ou *permissão* é um ato administrativo unilateral, não-constitutivo de direito, podendo ser revogado, pelo seu caráter precário, ao passo que a *concessão* se entende bilateral, gerando direito subjetivo que não pode ser livremente desfeito; pelo mesmo motivo a concessão, segundo a jurisprudência brasileira, teria o caráter de exclusividade que não se vincularia à permissão (ver ac. do Supremo Tribunal Federal *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, pág. 114; ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, pág. 225; Walter Álvares — *Direito da Eletricidade*, vol. II, pág. 367; Gabino Fraga — *Derecho Administrativo*, pág. 325).

IV

A Lei Orgânica dos Municípios quando se refere, em seu art. 48, às duas modalidades — permissão ou concessão — não estabelece o critério de classificação dentro do qual se devam distribuir os serviços municipais a serem atribuídos aos particulares.

Limita-se a figurar-lhes as características: a permissão é ato unilateral, de iniciativa da administração; a concessão é ato bilateral e depende de autorização legislativa.

Uma e outra são, todavia, delegações diretamente outorgadas pelo Poder Público a terceiros, sujeitas à cláusula *enquanto*

bem servir, ou seja, caducando pelo inadimplemento do concessionário ou permissionário (art. 48, § 3º).

Qual será, diante dêsses sinais distintivos, a natureza jurídica dos serviços de transporte coletivo no Município de São Paulo?

A resposta parece emanar claramente da lei e do têrmo de contrato.

Não sòmente a outorga do serviço à CMTC decorre de autorização legislativa, como tem o caráter de exclusividade, para não referir a designação expressa de *contrato de concessão*, de que se valem o legislador e a Administração.

Dir-se-á, todavia, que, embora a CMTC seja *concessionária* do serviço de transportes, as emprêsas que exploram, em sua zona de concessão, linhas de ônibus, são apenas *permissionárias* do serviço.

Haveria, lado a lado, no mesmo serviço, *concessionário* e *permissionário*, exercendo atividade idêntica, mas sob regime jurídico diverso.

Admitindo-se *ad argumentandum*, essa anomalia, onde, porém, o texto de lei que a instituiu?

A *permissão de serviço público*, de que trata o art. 48 da Lei Orgânica dos Municípios, é uma relação jurídica entre a Administração e o permissionário, que daquela recebe a autorização para a prestação do serviço permitido.

Permissão e *concessão* não podem conviver na mesma área e no mesmo serviço, não sòmente porque a última pressupõe a exclusividade, como porque são ambas atos de delegação do serviço que não comporta, simultâneamente, dois titulares.

Se a Prefeitura pretendesse dar às emprêsas particulares de ônibus a *permissão* nas linhas que exploram, teria òbviamente que retomá-las à CMTC, à qual estão *concedidas*.

V

O que se contém na cláusula 6ª do contrato de concessão da CMTC e no art. 12 do Decreto-lei nº 365, de 10 de outubro de 1946 (ato com fôrça e figura de lei) é coisa diversa.

Não se trata de limitar, restringir ou derrogar a concessão atribuída à CMTC, mas de propiciar-lhe a faculdade de, pela modalidade do *contrato com terceiros*, de conhecimento do Poder Concedente, *subconceder*, ou seja, transferir a outrem, sob sua responsabilidade, parte dos encargos da concessão.

Embora fiscalizada e aprovada pelo Município, a relação jurídica da *subconcessão* (o contrato com terceiros) se constitui entre as pessoas jurídicas do concessionário, como outorgante e da emprêsa particular, ou contratante (segundo a terminologia do Decreto nº 6.386, de 19 de janeiro de 1966), como outorgado.

O Município regulamenta a *subconcessão*, mas não a outorga diretamente, nem participa ou intervém no contrato, ainda que possa fixar-lhe o padrão, por fôrça de sua competência disciplinar da concessão.

VI

Conseqüentemente, não tem existência jurídica o motivo em que expressamente se fundou o Decreto nº 6.547, de 11 de julho de 1966 (ato materialmente administrativo) para revogar o anterior e transmudar em mera *permissão*, revogável a qualquer tempo, o *contrato* de prestação de serviços das emprêsas privadas de ônibus de São Paulo, aceito *de facto* e reconhecido *de jure* pelo Poder Público Municipal.

Falso o motivo invocado — de incompatibilidade com a Lei Orgânica dos Municípios, nulo se torna o ato, sobrevivendo o direito subjetivo das emprêsas, con-

solidado no art. 13 do Decreto nº 6.386, de 19 de janeiro de 1966, que convalesce diante da eficácia do nôvo ato que pretende impor a figura inviável e injurídica da *permissão* sobreposta a uma *concessão* que se não extingue nem reduz.

VII

Respondendo, pois, aos quesitos da consulta, somos de parecer que:

1º) continua em vigor, após a Lei Orgânica dos Municípios, o art. 12 do Decreto-lei municipal nº 365, de 10 de outubro de 1946, tanto na parte que proíbe à CMTC ceder ou transferir a concessão, salvo autorização expressa, como na que lhe faculta, sob sua responsabilidade, *contratar com terceiros* a prestação parcial do serviço;

2º) da mesma forma, continua em vigor, pelo prazo nêle previsto, o contrato de concessão de 24 de janeiro de 1946 entre a Prefeitura e a CMTC, cuja cláusula 6ª permite, igualmente, o *contrato com terceiros* para exploração de certas linhas;

3º) o *contrato com terceiros* corresponde a uma *subconcessão*, prevista na lei e no contrato e consentida pelo concedente que pode, todavia, regulamentar a sua forma, no uso do poder disciplinar da concessão;

4º) a *subconcessão* é um contrato, ou seja, uma relação jurídica bilateral entre o concessionário e o subconcessionário, não se constituindo em permissão, seja do concessionário, seja do concedente;

5º) o Decreto municipal nº 6.386, de 19 de janeiro de 1946 não é compatível com a Lei estadual nº 9.205, de 26 de dezembro de 1965 (Lei Orgânica dos Municípios);

6º) não procede, assim, a sua revogação que, sob êsse falso motivo, foi feita pelo Decreto municipal nº 6.547, de 11 de julho de 1966, que não pode ofender o direito subjetivo das emprêsas à formalização de seus contratos, como dispôs o art. 13 do citado Decreto nº 6.386;

7º) não sendo profícua a via administrativa, podem as emprêsas, na defesa de seus direitos, ameaçados de lesão, valer-se do mandado de segurança contra a Administração Municipal, ou da ação cominatória para prestação de ato, a ser proposta contra a CMTC e a Prefeitura.

É o meu parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1966. — *Caio Tácito*, Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.