CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — SUBCONCESSÃO — TRANSPORTE COLETIVO — DIREITO ADQUIRIDO — MANDADO DE SEGURANÇA

— O poder regulamentar do estado concedente incide não apenas sobre o serviço desempenhado pelo concessionário, como também sobre o serviço prestado pelo subconcessinário.

— Consiste a subconcessão na transferência que o concessionário, autorizado pelo concedente, faz para outra empresa de uma parte dos encargos do serviço concedido e dos poderes necessários para cumpri-los.

— Se numa subconcessão onerosa, o subconcessionário paga ao concessionário para que este lhe ceda parte dos serviços concedidos, o subconcessionário tem direito adquirido a continuar na exploração daqueles serviços.

PARECER

I

1. Mediante a Lei municipal nº 555, editada a 6 (seis) de março de 1957, o Poder Executivo de Jundiaí foi autorizado a conceder a exploração dos Serviços Coletivos de Transporte da cidade, através de contrato, vigente pelo prazo de 20 (vinte) anos, à empresa Auto-Ônibus Ltda., e de 15 (quinze) anos à empresa Auto-Ônibus Três Irmãos S.A.

2. A escritura do contrato celebrado entre a prefeitura e a empresa Auto-Ônibus Jundiaí Ltda. foi lavrada aos 21 dias do mês de março de 1957, passando o acordo a fazer parte integrante da referida lei.

3. Pelo contrato comprometeu-se a concessionária a executar, no Município de Jundiaí, o Serviço de Transporte Coletivo de passageiros, por meio de ônibus, em linhas e itinerários que se propõe a explorar, ficando pactuado que dois anos antes do término do prazo de vigência do contrato poderia o acordo ser renovado por igual período, se assim o desejassem as partes contratantes, por meio de autorização legislativa.

4. Mediante prévia aprovação da Prefeitura Municipal, em cada caso, a concessionária *poderia subcontratar* com terceiros a execução do serviço em determinadas linhas de transporte, contanto que assumisse exclusiva responsabilidade e com integral respeito às condições contratadas com o Município (cláusula 6ª do contrato).

5. Convencionou-se também que a concessionária *não poderia ceder ou transferir* a mencionada concessão sem prévia e expressa autorização da municipalidade (cláusula 7ª do contrato).

6. Paralelamente foi também celebrado contrato entre o Município e a concessionária Auto-Ônibus Três Irmãos S.A., aos 8 dias do mês de abril de 1957, integrando-se igualmente o acordo no texto da Lei nº 555.

7. Com base na cláusula sexta do contrato, celebrado entre a Prefeitura de Jundiaí e a empresa Auto-Ônibus Jundiaí,

esta, agora na condição de subconcedente, celebrou *contratos de subconcessão,* transferindo a exploração de alguma de suas linhas a empresas subconcessionárias, isto é, a) à Auto-Ônibus Três Irmãos Ltda., em 1º de maio de 1962; b) à Viação Jundiaiense Ltda., em 21 de maio de 1962; c) à Auto-Ônibus Chechinato Ltda., em 21 de fevereiro de 1963, tendo havido para isso, em cada caso, a anuência da municipalidade, conforme a cláusula 7ª do contrato, ficando ainda convencionado, nos três casos, que *a duração dos contratos de subconcessão seria igual à duração do contrato de concessão,* firmado entre a Prefeitura de Jundiaí e a concessionária empresa Auto-Ônibus Jundiaí. Os três contratos celebrados foram *onerosos,* já que as subconcessionárias remuneraram a empresa que lhes outorgou a subconcessão.

8. Em suma, *a duração dos contratos de subconcessão,* ajustados entre a empresa subconcedente Auto-Ônibus Jundiaí S.A. e cada uma das três empresas subconcessionárias se prolongará até ao ano de 1977, ou, mais precisamente, até 20 de março de 1977.

9. Relembre-se que o *contrato de concessão* entre a Prefeitura e a concessionária Auto-Ônibus Jundiaí S.A. foi prorrogado pelo prazo de 20 vinte anos a partir de 20 de março de 1977.

10. Autorizada pela Lei nº 1 690, de 24 de abril de 1970, a Prefeitura de Jundiaí, em 7 de julho de 1970, firmou *escritura de aditamento e prorrogação ao contrato de concessão,* celebrado com a empresa Auto-Ônibus Três Irmãos, em 8 de abril de 1957, ajustando que a outorga se prolongaria por mais 15 anos, contados a partir do término do prazo inicial concedido.

11. Em 17 de fevereiro de 1970, a Lei nº 1 668 preceituou, em seu art. 1º, que "em todo contrato de concessão de serviço público deverá constar, obrigatoriamente, cláusula proibitiva de subconcessão" e que "em havendo *subconcessão,* há mais de cinco anos, considerar-se-á a subconcessionária como concessionária" (parágrafo único do art. 1º).

12. Autorizada, também por Lei Municipal, a de nº 2 113, de 18 de junho de 1975, foi firmada, em 30 de junho de 1975, escritura de *prorrogação do contrato de concessão,* celebrado em 21 de março de 1957, entre a Prefeitura de Jundiaí e a Auto-Ônibus Jundiaí S.A., prorrogação essa por mais 20 anos, a partir de 20 de março de 1977. O *contrato de concessão,* anexo à Lei nº 555, de 6 de março de 1957, passou a fazer parte integrante da nova lei, devendo ser cumprido, em todos os seus termos e avenças, adaptando-se, *no que couber,* à legislação vigente (art. 3º da Lei nº 2 113, de 18 de junho de 1975).

II

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." (art. 153, § 3º da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.)

"Pela presente lei, fica autorizado o Executivo municipal a conceder a exploração dos serviços de transportes coletivos da cidade, mediante contratos que ficam fazendo parte integrante desta lei às seguintes empresas: a) Auto-Ônibus Jundiaí Ltda. — por 20 anos, b) Auto-Ônibus Três Irmãos — por 15 anos." (art. 1º da Lei nº 555, de 6 de março de 1957.)

"A concessionária executará no Município o Serviço de Transporte Coletivo de passageiros, por meio de ônibus em linhas e itinerários que se propõe a explorar, de acordo com a relação que fica fazendo parte deste contrato." (cláusula 1ª do contrato entre o município e a empresa concessionária Auto-Ônibus Jundiaí S.A.)

"A concessão é feita pelo prazo de 20 anos a contar da data da assinatura do presente contrato, podendo, entretanto ser renovada por igual período, se assim acordarem as partes contratantes, em entendimento que deverá ter lugar dois anos antes do término do primeiro prazo e mediante a competente autorização legislativa. Parágrafo único — Não havendo acordo para a renovação, será colocado o serviço em nova concorrência pública até seis meses antes de findo o presente contrato." (cláusula 4ª)

"Mediante prévia aprovação da Prefeitura Municipal, em cada caso, a concessionária poderá subcontratar com terceiros a execução do serviço em determinadas linhas de transportes, contanto que o faça sob sua exclusiva responsabilidade e com integral respeito às condições, ora contratadas." (cláusula 6ª.)

"A concessionária não poderá ceder ou transferir concessão, sem prévia e expressa autorização da municipalidade." (cláusula 7ª.)

"Em todo contrato de concessão de serviço público, deverá constar, obrigatoriamente, cláusula proibitiva de subconcessão." (art. 1º da Lei nº 1 668, de 17 de fevereiro de 1970.)

"Em havendo *subconcessão,* há mais de cinco anos, considerar-se-á a subconcessionária como concessionária." (Parágrafo único da Lei nº 1 668, de 17.2.1970.)

"Fica o Executivo municipal autorizado a prorrogar, pelo prazo de 20 anos, o contrato de concessão existente entre a municipalidade e a empresa Auto-Ônibus Jundiaí S.A., para execução, no município, de serviço de transporte coletivo de passageiros, por meio de ônibus." (art. 1 da Lei nº 2 113, de 18 de junho de 1975.)

"A prorrogação de que trata o art. 1º terá vigência a partir do término do contrato em vigor." (art. 2º da Lei nº 2 113, de 18 de junho de 1975.)

"O contrato de concessão, anexo à Lei nº 555, de 6 de março de 1957, fica fazendo parte integrante desta lei, devendo ser cumprido em todos os seus termos e avenças, adaptando-se, no que couber à legislação vigente." (art. 3º da Lei nº 2 113, de 18 de junho de 1975.)

III

13. Em razão dos fatos expostos, das leis municipais citadas e das cláusulas contratuais referidas, as três empresas subconcessionárias solicitaram-nos, por intermédio de seus patronos, *parecer jurídico,* sintetizado na presente consulta, desdobrada nas seguintes indagações:

1ª A que contratos de concessão se aplicam as disposições da Lei municipal nº 1 668, de 17 de fevereiro de 1970?

2ª Da prorrogação convencionada em 27 de junho de 1975, poderiam constar cláusulas alterando o contrato original, firmado em 1957, por força da Lei municipal nº 1 668/70?

3ª Ao ceder parte das linhas, de forma onerosa, com base nas cláusulas 6ª e 7ª do contrato de concessão de 1957, mediante anuência e autorização expressa do Poder Público, houve *sucessão* e *subconcessão?*

4ª Retornando ao patrimônio da concessionária aquelas linhas vendidas, haverá enriquecimento ilícito por parte da mesma?

5ª Há cláusula resolutiva nos contratos de sucessão e subconcessão, ou a vigência destes deve acompanhar o prazo da concessão prorrogada?

6ª A alteração das cláusulas da concessão original, impedindo a continuidade da subconcessão e da sucessão, fere direito líquido e certo das empresas Auto-Ônibus Três Irmãos, Viação Jundiaiense S. A. e Auto-Ônibus Chechinato S. A.?

IV

A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

14. A consulta que nos é dirigida pelas três empresas subconcessionárias de Jundiaí leva-nos à pesquisa de alguns institutos clássicos do direito administrativo universal e brasileiro, a saber, o instituto da *concessão* e o da *subconcessão* de serviços públicos.

15. *Lato sensu,* "concessões" são procedimentos que, em determinados casos concretos, constituem a favor de determinadas pessoas uma nova condição jurídica ou um novo direito subjetivo (Ranelletti. *Teoria degli atti amministrativi speciali.* 7. ed. 1945 p. 22); *em sentido estrito,* técnico, preciso, *concessão* é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral (Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo.* 6. ed. 1963 p. 553). Realmente, além das hipóteses em que, por meio dos próprios órgãos, o Estado e as demais pessoas jurídicas públicas desempenham inúmeras vezes *funções* e *serviços públicos* que lhes são inerentes, existem outros casos em que o mesmo se verifica através de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, por meio de concessões (Ranelletti. *Teoria degli atti amministrativi speciali.* 7. ed. 1945. p. 4-5).

16. O concessionário de funções ou serviços públicos, em virtude do ato de concessão, não passa a fazer parte da organização administrativa do Estado, nem se torna órgão do Estado. Nem se coloca diante do poder público numa *relação de serviço,* como o empreiteiro, no contrato de locação de obra, assumindo, porém, o desempenho da função ou do serviço como simples particular, em nome e por conta própria (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1966. v. 3, p. 121-2). É um dos clássicos exemplos do chamado *exercício privado de função ou serviço público,* transferido da *pessoa pública* para a *pessoa privada,* dando como conseqüência a criação, no particular, do direito ao exercício da função ou do exercício dos poderes públicos correspondentes (cf. Zanobini. L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici. In: Orlando. *Primo Trattado.* 1935. v. 2, parte 3, p. 235 e seguintes).

17. Cumpre lembrar que *funções, serviços* e *poderes* são inerentes ao Estado, à pessoa jurídica pública — União, estados, municípios — não podendo, em hipótese alguma, ser "transferidos" para as pessoas de direito privado: o que se transfere é tão-só o *exercício* correspondente às *funções,* aos *serviços,* aos *poderes.* Pela *concessão,* o Estado faculta ao particular o direito a tal *exercício,* o que possibilita a este último a prática de várias operações, típicas dos entes públicos — as denominadas *prerrogativas de potestade pública* — como, por exemplo, o direito de promover desapropriações, o de recolher tributos, o de exercer o poder de polícia, entre outros.

A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA PRÁTICA

18. Objetivamente considerada, na prática, a *concessão de serviços públicos* apresenta traços típicos inconfundíveis, a saber:
a) a existência de relação jurídica entre a administração (federal, estadual ou municipal) e o administrado — pessoa jurídica de direito privado, pela qual a primeira incumbe a segunda da gestão de um serviço público;
b) a incumbência é *específica* — feita *intuitus personae* — não-genérica, pois o

poder público aprecia a idoneidade da pessoa a quem transfere as atividades;

c) a incumbência é feita por determinado tempo, que pode ser prorrogado;

d) o serviço público concedido é desempenhado pelo concessionário, que o executa no próprio nome;

e) a administração delega ao concessionário o direito ao exercício de certos e determinados poderes — e não os próprios poderes públicos, que são indelegáveis — o que lhe possibilita tomar uma série de medidas necessárias ao desempenho cabal e integral da incumbência;

f) os riscos advindos pela efetiva realização do serviço público concedido são da responsabilidade tão-só do concessionário

g) o concessionário, ao invés de receber diretamente do Estado o pagamento pelo desempenho dos serviços públicos, recebe dos usuários ou utentes as respectivas quantias em dinheiro, quando da utilização dos serviços oferecidos, ou seja, as chamadas *tarifas,* em vigor durante o prazo da concessão não alteráveis, de modo unilateral, pela empresa concessionária (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1966. V. 3, p. 122-3 e Masagão, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público.* 193. p. 26-7).

AS CLÁUSULAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO

19. A própria lei, editada pela Câmara Municipal, autoriza o Poder Executivo local a conceder o desempenho dos serviços públicos, mediante contratos que, regra geral, ficam fazendo parte integrante da lei.

20. Tratando-se de *contratos de direito público,* observa-se no acordo a presença de dois tipos bem distintos de cláusulas — as regulamentares e as contratuais — caracterizando-se as primeiras por "fixarem a organização e o funcionamento do serviço, de tal modo que poderiam figurar num *regulamento administrativo;* elaboradas unilateralmente pela administração, são por isso mesmo modificáveis por iniciativa do Estado" (Rivero. *Droit administratif.* 6. ed. 1973. p. 433). As *cláusulas regulamentares* estão na área afeta ao denominado *poder regulamentar* do concedente.

21. A jurisprudência e a doutrina consideram que certo número de *cláusulas,* aceitas pelo concessionário, tiram sua força não do consentimento, mas do poder da administração de organizar o serviço, ou seja, do *poder regulamentar* da administração. Numa concessão de serviço de transporte coletivo de passageiros, por exemplo, as *regras de segurança* enunciadas no *caderno de encargos* são, na realidade, embora aceitas pelo concessionário e revestindo a forma de um acordo de vontades, cláusulas regulamentares, cuja verdadeira fonte está no poder que tem a administração de *disciplinar* o serviço. São *regulamentos de serviço,* postos em forma contratual, mas permanece a *natureza de regulamento* que lhes é peculiar (cf. Vedel. *Droit administratif.* 4. ed. 1968. p. 699).

22. Ao lado das *cláusulas regulamentares,* acham-se inseridas, nos *contratos de concessão de serviços públicos,* as denominadas *cláusulas contratuais,* estipulações de caráter tipicamente contratual, que não podem, por isso mesmo, ficar na esfera do *poder regulamentar do concedente,* o que significa que são imutáveis por parte, apenas, do poder público. São cláusulas que definem, entre outras coisas, a *remuneração do concessionário,* delas dependendo a *equação financeira do contrato.*

A SUBCONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

23. Consiste a *subconcessão* na transferência que o concessionário, autorizado

pelo concedente, faz para outra empresa de *uma parte* dos encargos do serviço concedido e dos poderes necessários para cumpri-los, nas condições que entre o *concessionário* e o *subconcessionário* forem estipuladas. Como ninguém pode transmitir senão aquilo que tem, claro está que o *concessionário,* ao fazer a *subconcessão,* tem de se confinar nos limites da sua própria concessão e de se subordinar às cláusulas desta (cf. Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo.* 7. ed. 1965. p. 582).

24. "Nas concessões de serviços públicos, as leis prevêem, regra geral, a possibilidade da *cessão* ou da *subconcessão* e submetem sempre o exercício deste direito à autorização ou à aprovação da autoridade concedente" (cf. Silvestri, Enzo. Concessione amministrativa). *Enciclopedi del diritto.* 1961. v. 8, p. 382.

25. Não se confunde, é claro, a *cessão, transferência* ou *trespasse* com a *figura iuris* da *subconcessão,* pois, ao passo que, na primeira hipótese, o concessionário transfere a outra empresa, com o assentimento do concedente, a sua posição no serviço, obrigando-se o novo concessionário a cumprir as cláusulas do primitivo ato constitutivo, no caso da *subconcessão* o concessionário conserva a sua posição jurídica perante o concedente para com quem é responsável pelo conjunto do serviço. Em face do *subconcessionário,* é o concessionário que figura como *concedente.* Não há relações diretas entre o *concedente,* propriamente dito, e o subconcessionário, salvo quando no ato da *subconcessão* se tenha estabelecido o contrário (Cf. Marcello Caetano. *Manual de direito administrativo.* 7. ed. 1965, p. 582-3). Em outras palavras, "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" (Caio Tácito. Parecer. *RDA,* nº 86, p. 332 e *RDP,* nº 6, p. 94.)

DIREITOS DO CONCESSIONÁRIO

26. Os *direitos do concessionário* estão consubstanciados nas *cláusulas contratuais.* O *contrato* faz *lei* entre as partes. Durante todo o prazo da concessão, conservam-se intangíveis as *cláusulas contratuais.* Nem a lei pode alterá-las. Prorrogado o prazo da concessão, as *cláusulas contratuais* projetam-se para o futuro, continuando a vigorar. O poder público lesaria os direitos adquiridos do concessionário, caso pretendesse alterar o que foi pactuado. O que pode ser alterado é tudo aquilo que fica na faixa do *poder regulamentar do concedente* e que se abriga nas *cláusulas regulamentares.* Tudo o que for objeto das *cláusulas contratuais,* porém, mesmo por *mútuo consenso* é inalterável. Modificar as *cláusulas* é alterar o regime jurídico da concessão, o que implicaria atribuir situação privilegiada ao concessionário, quebrando-se o *princípio da igualdade* dos administrados. "Prorrogar" é dilatar o tempo, sem "inovar". Na prorrogação o regime jurídico anterior continua. Alterá-lo é trazer elemento novo ao regime jurídico anterior.

DIREITOS DO SUBCONCESSIONÁRIO

27. *Acessorium sequitur principale* — eis um princípio consagrado pelo direito privado e aceito pelo direito público. Assim como há um elo entre a Administração e o concessionário, assim também existe um nexo entre o concessionário e o subconcessionário. As posições são as mesmas. Em forma de proporção, poderemos dizer que Concessionário : Administração:: Subconcessionário : Concessionário. Desse modo, o *poder regulamentar* do Estado-concedente incide não apenas sobre o ser-

viço desempenhado pelo concessionário como também sobre o serviço prestado pelo subconcessionário. Assim também, o concessionário, agora concedente em relação ao subconcessionário, é obrigado a respeitar as cláusulas contratuais ajustadas. Dilatado o *prazo da concessão,* está dilatado igualmente o *prazo da subconcessão.*

O PROBLEMA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

28. Merlin de Douai, citado por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946.* 2. ed. 1953. v. 4, p. 99-100), define como adquiridos os direitos "que entraram para o nosso patrimônio, que dele fazem parte e que não mais podem ser tirados por aquele de quem os obtivemos". "É de ver-se, desde logo, que se elimina", acrescenta Pontes de Miranda, "qualquer referência à lei — o critério é subjetivo; porque se considera do lado do titular e porque faz dependente a qualidade de inibição por parte daquele de que proveio o direito" (Pontes de Miranda. *Comentários...* cit. p. 100).

Pacifici Mazzoni assinala que "o *direito adquirido* é a conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade" (*Istituzioni di diritto civile ialiano.* 1880. v. 1, p. 73, apud Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira.* 1918. P. 227, nota 200).

"*Direito adquirido* é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua *propriedade,* já constitui um bem, que deve ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo" (Plácido e Silva. *Vocabulário* jurídico. 2. ed. 1967. v. 2, *sub voce* "direito adquirido").

Pedro Nunes define o *direito adquirido* como "toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia" (*Dicionário de tecnologia jurídica.* 1948. *Sub voce*).

29. Pois bem, a Constituição brasileira de 17 de outubro de 1969, em seu art. 153, § 3º, consagra o princípio do direito adquirido, resguardando-o até da norma jurídica vigente, ao dispor que *"a lei não prejudicará o direito adquirido,* o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

A INOVAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

30. "Inovar" é alterar, modificar, transformar, metamorfosear, substituir o que estava fazendo por *fato novo.* "Juridicamente, a *inovação* somente é tida em cogitação quando, no processo, se mostra na forma de *atentado,* isto é, vem *ferir direitos,* seja pela modificação material da coisa, seja pela alteração do que já se tenha decidido no curso da ação. Neste sentido, chegam mesmo a confundir *inovar* com *atentar* e *inovação* com *atentado.* Lexicamente, não se deve admitir semelhante confusão. A *invocação* formula o *atentado,* quando é feita contra *direito,* quando se mostra uma *lesão ao direito.* Deste modo, *atentado* é a *inovação contra direito,* não inovação simplesmente" (Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico.* 1967. v. 2. *sub voce*).

Na campo do direito administrativo, a *inovação* distingue-se também do *atentado,* porque este último lesa *direitos.* Ora, os *direitos adquiridos* erguem-se como barreira intransponível, opondo-se aos *atentados* que os ameacem, cabendo ao Poder Judiciário a recomposição do equilíbrio vio-

lado. Nesse caso, as cláusulas contratuais, inseridas nos acordos administrativos, estão imunes às *inovações,* assim como aos *atentados.* Prorrogada a duração do contrato, as *cláusulas contratuais* conservam-se imunes, resistindo às *inovações* e aos *atentados.*

O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

31. "Ninguém pode enriquecer à custa alheia" — eis um dogma jurídico que se incorporou, em definitivo, à ciência do direito desde a época dos romanos (nemo potest locupletari iactura aliena; nemo locupletari potest alterius iactura; iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem. D.50.127.2006). No Brasil, o tema foi muito bem estudado, em monografias de concurso, por Jorge Americano (*Ensaio sobre o enriquecimento sem causa.* 1933.) e por José G. do Valle Ferreira (*Enriquecimento sem causa.* 2. ed. 1950.). "Não basta o aumento de um patrimônio e a diminuição de outro. É preciso que se verifique uma relação mútua entre os dois fenômenos, isto é, que o enriquecimento tenha resultado do empobrecimento. Esta correlação entre os dois fatos é essencial e constitui um dos pontos mais discutidos pelos autores. Freqüentemente, o enriquecimento provém de um fato que irá refletir somente nos patrimônios enriquecido e empobrecido." (Valle Ferreira. *Enriquecimento sem causa.* 2. ed. 1950. p. 140-1.). Estudando a *teoria do quase contrato* (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1966. v. 3. p. 223.), tivemos a oportunidade de citar Waline, que se preocupa em asinalar "o cuidado da justiça distributiva, mais precisamente, o desejo de restabelecer o equilíbrio entre dois patrimônios, dos quais um se enriqueceu, ao passo que outro se empobreceu, sem que nenhuma causa jurídica válida pudesse justificar esses dois fenômenos correlatos". (cf. *Droit administratif.* 9. ed. 1963. p. 632.)

32. Se numa *subconcessão onerosa,* o *subconcessionário* paga o *concessionário* para que este lhe ceda parte dos serviços concedidos, o *subconcessionário* tem *direito adquirido* a continuar a exploração daqueles serviços. Qualquer *fato,* ou mesmo *lei,* que interrompa a exploração dos serviços subconcedidos, provoca um *desequilíbrio patrimonial,* a favor do *concessionário* e em prejuízo do *subconcessionário,* sofrendo este um *emprobecimento injusto* ("Nemo potest locupletari iactura aliena").

CLÁUSULAS RESOLUTIVAS NAS CONCESSÕES

33. Pode haver, nos contratos, quer de direito privado, quer de direito público, determinadas disposições *expressas,* mediante as quais as partes convencionam ser rescindível o acordo ocorrendo inexecução, por parte de um dos contratantes, das obrigações estipuladas. Além das *cláusulas resolutivas expressas,* há, em todo contrato, disposições *implícitas,* tácitas, subentendidas ou deduzidas, as quais nem sempre têm força bastante para romper o contrato, *ipso iure,* pois, regra geral, dependem de decisão judiciária, que as declare.

34. Nos *contratos de concessão de serviço público,* podem figurar ou não *cláusulas resolutivas,* porque estando em jogo interesses do Estado, prevalece o princípio do interesse público sobre o interesse privado. De qualquer modo, haja ou não *cláusulas resolutivas expressas,* várias *causas* podem determinar a extinção das concessões de serviços públicos, a saber, o *decurso do tempo,* o *resgate* (ou *encampação*), a *revogação,* a *caducidade,* a *força maior,* a *falência do concessionário,* a *renúncia,* a *nacionalização.* (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1966. v. 3, p. 163.) O que não se pode verificar é a

rescisão sem justa causa, principalmente quando o rompimento fere direitos do concessionário ou do subconcessionário.

O TEMA DA "LEI EM TESE"

35. Em questões de *mandado de segurança,* é freqüente o emprego da expressão *lei em tese,* para configurar situação toda especial que, durante certa época, de acordo com jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, seria invulnerável ao emprego do remédio heróico. A proposição categórica "não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (*RT* n. 229, p. 367; *RF* n. 113, p. 402; *RF* n. 128, p. 165), passou a ser um dogma do direito, nesse campo, porque se o Poder Judiciário decretasse a nulidade de uma lei, em abstrato, atentaria, contra a independência dos poderes. Com efeito, sempre foi pacífico o entendimento de que o mandado de segurança não era recurso de natureza declaratória, jamais podendo ser empregado para a decretação de inconstitucionalidade de leis em tese.

36. Em dois casos, porém, o aludido dogma comporta exceções: primeiro, quando se trata de lei auto-executável (*self-enforcing*), lei que se aplica imediatamente; depois, quando o texto legal, embora pessoal e abstrato, na aparência, atinge de modo inequívoco uma única e exclusiva pessoa, enquadrando-a (*RT,* n. 235, p. 554).

"LEI EM TESE" e DIREITO LÍQUIDO E CERTO

37. A *lei em tese* — lei formal e regulamentar, decreto geral — é norma geral, abstrata, objetiva, insucetível de lesar direitos individuais, contrapondo-se à *lei de efeito concreto* que traz, em si, o alvo desejado, atingindo, pois, em cheio, *situações jurídicas individuais,* específicas, o que lhe abre o flanco para o mandado de segurança. (cf. Castro Nunes. *Do mandado de segurança.* 7. ed. 1967. p. 92-6.)

38. Desse modo, se a lei, na aparência *em tese,* enquadra, na realidade, certo e determinado caso, o Estado é responsável civilmente pelos danos causados, quer se trate de providência intencional, quer o ato tenha sido editado sem intenções específicas. (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1970. v. 8, p. 260.) Inúmeras vezes, promulgada a lei, percebe-se que uma ou várias de suas disposições feriram os direitos de um cidadão, em especial. Dirigida, às vezes, para um determinado setor, acaba prejudicando terceiros, nem sequer cogitados pelo legislador. Funcionou para uns "como lei" — a generalidade —, para outros funcionou "como lei com endereço calculado" — ato administrativo, como aconteceu, certa vez, na França, no clássico exemplo La Fleurette, que acarretou a responsabilidade do Estado por edição de texto de lei que, visando o equilíbrio geral e impessoal do mercado de laticínios, acabou prejudicando uma firma determinada, por proibir a todos o emprego de certo tipo de glicose. (cf. *Tratado de direito administrativo.* 1970. v. 8, p. 94.)

39. A antiga orientação que chegou até a ser cristalizada na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal firmou o dogma de que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese", mas a moderna orientação jurídica de nosso país entende que "se a lei apenas o é formalmente, sendo do ponto de vista material um ato administrativo, aquele remédio é cabível" (TJRGN, voto vencido do Des. Seabra Fagundes, em *RF* n. 132, p. 511.) Em regra, com efeito, "não cabe mandado de segurança contra lei em tese, mas o princípio comporta exceções, desde que se trata de lei executória por si mesma, ou quando o texto legal, embora impessoal,

atinge inequivocamente uma única e exclusiva *pessoa*" (TJMG, em *RT*, n. 235, p. 554).

EM CONCLUSÃO

40. Se concessionária, subconcessionária ou empresa que recebe concessão, a título de sucessão, celebram acordo com o poder público, para a exploração de serviço público por determinado prazo, todas essas empresas privadas têm o direito líquido e certo àquele desempenho, enquanto bem servirem, enquanto executarem o serviço a contento da administração. Prorrogado o prazo da concessão, da subconcessão ou da empresa sucessora, continua em vigor o que foi estipulado, em virtude do princìpio "suporta a lei que fizeste". Desse modo, Lei municipal que altere cláusulas da concessão original, impedindo a continuidade do desempenho, quer pela concessionária, quer pelas demais empresas — subconcessionárias ou sucessoras — fere direito líquido e certo, o que permite às entidades prejudicadas solicitar ao Poder Judiciário, por via do mandado de segurança, a restituição daquele direito violado. Nesses casos, a lei, na aparência, *em tese*, é mero ato administrativo, que pode ser atacado pelo remédio heróico, visto enquadrar situação subjetiva específica.

V

Expostos com objetividade *os fatos* (I), apontadas as leis brasileiras que fundamentam *os direitos* dos consulentes (II), enumerados *os princípios* que orientam as teses ventiladas (IV), estabelecidos os *contornos nítidos dos institutos em jogo*, firmada nossa colocação, já exposta em obras anteriores, estamos de posse de todos os elementos, que se erigem em premissas que nos conduzem às conclusões, respostas dos vários quesitos formulados.

1. Pergunta:

A que contratos de concessão se aplicam as disposições da Lei Municipal nº 1 668, de 17 de fevereiro de 1970?

Resposta:

Ao preceituar, em 17 de fevereiro de 1970, que "em todo contrato de concessão de serviço público deverá constar, obrigatoriamente, cláusula proibitiva de subconcessão" e que, "em havendo subconcessão, há mais de cinco anos, considerar-se-á a subconcessionária como concessionária", *a Lei municipal nº 1 668 aplica-se a todo e qualquer contrato de concessão de serviço público celebrado*, em Jundiaí, mas, frise-se, *a todo contrato novo*, jamais a *contrato prorrogado*, porque "a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o *direito adquirido* e a coisa julgada" (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 3 238, de 1º de agosto de 1957). "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável o arbítrio de outrem." "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." (art. 153, § 3º da Emenda nº 1, de 1969.) O *direito adquirido*, no caso, é o óbice contra o qual esbarra a lei nova que, revogando embora a lei anterior, não atinge *situações perfeitas e acabadas*, como as decorrentes de *prorrogação*. Em razão da *regra de irretroatividade, os contratos* de concessão, celebrados no ano de 1957, em Jundiaí, antes, pois, da promulgação da Lei nº 1 668, são inatingíveis pelos dispositivos deste diploma legislativo que vale apenas para os *novos* contratos. Ora, os contratos celebrados em 1957 são *antigos* contratos,

inatingidos, portanto, pela Lei nº 1 668, de 1970, a qual se aplica a *novos* contratos, não a contratos *prorrogados,* o que lesaria direitos adquiridos.

2. Pergunta:

Da prorrogação convencionada em 27 de junho de 1957, poderiam constar cláusulas alterando o contrato original, firmado em 1957, por força da Lei Municipal nº 1 668/70?

Resposta:

De maneira alguma. Em 27 de junho de 1975, o que poderia ter sido feito seria a pura e simples *prorrogação do contrato* de *concessão de serviço público de transporte coletivo* entre a Prefeitura Municipal de Jundiaí, de um lado, e de outro lado, a empresa Auto-Ônibus Jundiaí S.A., constando, porém, no acordo, *as mesmas cláusulas,* nunca *outras cláusulas,* que alterassem o regime jurídico contratual anterior, firmado em 1957, visto que "prorrogar" é "prolongar, protrair, fazer durar além do tempo estabelecido". (cf. Caldas Aulete. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.* 3. ed., v. 2, *sub voce.*) *Prorrogação* "com inovação" não é *prorrogação, é novo ajuste, é novo contrato.* Ora, a *outorga da concessão,* que é sempre precedida de *concorrência* ou *licitação,* seu pressuposto necessário, exige do vencedor uma série de requisitos. O licitante, por sua vez, ao inscrever-se, é impelido a tanto por uma série de vantagens que a administração lhe oferece, constantes do edital e corporificadas, depois, nas *cláusulas contratuais.* Todo esse conjunto forma o *regime jurídico da concessão de serviço público,* daí por diante inalterável. Do contrário, estaria lesado o *princípio da igualdade dos administrados diante* do serviço público, por tratar-se de *inovação,* atentatória à imutabilidade contratual. Colocando o particular contratante em situação privilegiada diante dos outros administrados, que ficam fora da relação jurídica, a inovação favorece o concessionário, premiando-o, sem que as demais empresas possam disputar o privilégio. Por outro lado, o *subconcessionário,* atingido pela *inovação,* vê cair por terra o direito subjetivo público de continuar a exercer os direitos que vinha exercendo. Alterar o contrato original, mediante a inserção de *novas cláusulas* é ferir o direito líquido e certo de todos os afetados pela medida esdrúxula.

3. Pergunta:

Ao ceder parte das linhas, de forma onerosa, com base nas cláusulas 6ª e 7ª do contrato de concessão de 1957, mediante anuência e autorização expressa do Poder Público, houve *sucessão* e *subconcessão?*

Resposta:

Houve apenas *subconcessão,* jamais *sucessão,* porque (a) a empresa concessionária, autorizada pelo poder público concedente, transferiu apenas *uma parte* dos encargos do serviço concedido e dos poderes indispensáveis para cumpri-los, bem como porque (b) a empresa concessionária conservou sua posição jurídica perante o concedente, assumindo a responsabilidade pela totalidade do serviço desempenhado, acrescendo ainda que se trata (c) de relação jurídica acessória e secundária. Na *sucessão,* ao contrário, o concessionário, também com assentimento do concedente, transfere a outra empresa sua posição no contrato, obrigando-se o novo concessionário a cumprir as cláusulas do primitivo contrato. De um modo bastante simples, encarando-se o tema quantitativamente, na *subconcessão* a transferência é de *uma parte* dos serviços a serem executados; na *sucessão,* a transferência é *total.*

4. Pergunta:

Retornando ao patrimônio da concessionária aquelas linhas vendidas, haverá enriquecimento ilícito por parte da mesma?

Resposta:

Ocorre evidentemente *enriquecimento injusto* da *concessionária,* se esta cede a uma empresa parte das linhas, *a título oneroso,* e mais tarde, as retoma, sem indenização, mesmo em decorrência de causa fática ou legal. Como "ninguém pode enriquecer à custa alheia", o desequilíbrio patrimonial concretiza-se no momento da retomada. Trata-se do rompimento puro e simples de um contrato oneroso entre dois particulares, beneficiando-se uma das partes e prejudicando-se a outra parte.

5. Pergunta:

Há cláusula resolutiva nos contratos de concessão e subconcessão, ou a vigência destes deve acompanhar o prazo da concessão prorrogada?

Resposta:

Prorrogando-se o prazo da concessão, estão a salvo os direitos do *concessionário* e, *ipso facto,* os do *subconcessionário,* já que o *acessório segue o principal.* Se a *concessão* é feita por determinado tempo, transcorrido este, resolve-se a *concessão.* O mesmo ocorre com a *subconcessão,* sabido é que não existe nem *concessão,* nem *subconcessão* sem *termus ad quem* prefixado. No entanto, prorrogado o prazo da concessão, a cláusula resolutiva temporal perde a eficácia, no limite do primeiro prazo, transferindo-se para o limite do segundo prazo e, automaticamente, o acordo entre *concessionário* e *subconcessionário* não se resolve. Prolonga-se, no tempo. É claro que tanto para o *concessionário* como para o *subconcessionário* a *inexecução dos serviços* concedido, a *falência,* a *renúncia,* além de outras causas, podem determinar o rompimento do vínculo contratual.

6. Pergunta:

A alteração das cláusulas da concessão original, impedindo a continuidade da subconcessão e da sucessão, fere direito líquido e certo das empresas Auto-Ônibus Três Irmãos, Viação Jundiaiense S.A. e Auto-Ônibus Chechinato S.A.?

Resposta:

Na verdade, as cláusulas da concessão original, outorgada pela Prefeitura Municipal de Jundiaí à empresa Auto-Ônibus Jundiaí, não poderiam, como não podem, ser alteradas, porque "prorrogar" é "dar normal continuidade", no tempo, ao que foi pactuado, jamais "descer ao conteúdo" do contrato, alterando-o, inovando-o. Se, autorizada por lei municipal, a empresa Auto-Ônibus Jundiaí celebrou contratos de subconcessão com as empresas subconcessionárias Auto-Ônibus Três Irmãos, Viação Jundiaiense e Auto-Ônibus Chechinato, ficando convencionado, entre as partes, que *a duração dos contratos de subconcessão* seria igual à duração dos contratos de concessão, ajustados entre a concessionária original e a Prefeitura local, o direito líquido e certo das três empresas subconcessionárias é ferido se ocorrer alteração das cláusulas da concessão original, impedindo-se a continuidade da *subconcessão.* Que ato feriu o direito líquido e certo das *subconcessionárias?* A lei municipal que, na aparência, é *lei em tese,* na realidade, é *ato administrativo complexo* com endereço certo e, como tal, passível de ser atacado pelo mandado de segurança.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 11 de agosto de 1975. *J. Cretella Júnior,* Professor de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.