SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

ODILON BRAGA
Ex-Ministro da Agricultura

SUMÁRIO: Considerações gerais. Serviço pelo custo. Serviço público concedido. Conceituação básica. Necessidade e natureza do contrato na concessão de serviços públicos: § 1.º *Indicações da Comissão Geral.* § 2.º *Diversidades fundamentais.* § 3.º *Vícios básicos da teoria contratual elaborada pelas emprêsas de serviços públicos.* § 4.º *Restauração da doutrina verdadeira.* § 5.º *Últimos esforços.*

CONSIDERAÇÕES GERAIS

*1. O projeto que submetemos à deliberação final da Comissão Coordenadora consolida e sistematiza tôda a matéria constante dos boletins de votação dos quesitos formulados pelos Srs. Oscar Weinscheinck, Odilon Braga, Hélio Macedo Soares e Ubaldo Lôbo.

Seu esbôço, redigido pelo membro que vem relatando os trabalhos da Comissão, continha, ao pé de cada texto, exata referência à fonte a que se reportava. O critério, que com o maior rigor prevaleceu no estudo e alteração dos textos esboçados, foi o de considerar-se definitivamente findo o debate em derredor da matéria vencida, e o de permitir-se tão sòmente que se lhe introduzissem pequenas variações de ajustamento, suscetíveis de assegurar maior apuro à construção lógico-jurídico do conjunto. Tal foi igualmente o intuito que inspirou a redação de alguns textos sôbre matérias não votadas, em relação às quais a Subcomissão se julgou com liberdade de iniciativa.

---

* NOTA DA REDAÇÃO: Relatório submetido à Comissão especial incumbida pelo Ministro da Justiça, prof. Francisco Campos, de elaborar o ante-projeto de lei sôbre a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, nos têrmos do art. 147 da Constituição de 1937.

Os textos dessa espécie são, porém, de número reduzido e de importância secundária. O que constitui a estrutura do projeto reflete, pura e simplesmente, a opinião que prevaleceu nas votações da Comissão Coordenadora, opinião que, de seu turno, traduz a vontade dominante no seio da Comissão Geral, cuja colaboração de contínuo consultamos, animados do desejo de aproximar-nos o mais que nos fôsse possível daquele pensamento fundamental que, embora nem sempre definido, resultava das declarações orais e escritas de seus membros.

Para êsse fim, recorremos a meúdo aos trabalhos apresentados pelos Srs. Miranda Carvalho, Eugênio Gudin, Hélio Macedo Soares, Alcides Lins, Lair Tostes, Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco, Seabra de Oliveira, Valdir Niemeyer, Lemos Neto, Saturnino de Brito, Ubaldo Lôbo, Oscar Weinscheinck e Odilon Braga, procurando descobrir o que nêles havia de harmonizável para cimentação da larga base sôbre que assentar os alicerces e o arcabouço da nova lei.

2. Entre as afirmações mais repetidamente feitas desde as primeiras reuniões da Comissão Geral, uma logo se destaca: a de que a lei em elaboração deveria ter a natureza e o alcance de uma verdadeira lei orgânica dos serviços públicos concedidos. O excelente ante-projeto apresentado pelo Sr. Miranda Carvalho concretizava amplamente êsse propósito, a ponto de consolidar, com segurança e brilho, os dispositivos regulamentares e contratuais de maior interêsse, pelo que será sempre de consulta proveitosa.

Mas com o fito de restringir o seu campo de estudos e de debates, bem como de dar maior flexibilidade ao que fôsse julgado realmente orgânico e comum a todos os tipos de serviços públicos concedidos, orientou-se a Comissão Coordenadora no sentido de excluir da lei nova tudo que, sem perigo para o seu sistema, pudesse ser transferido para o campo das leis especiais, regulamentos, cadernos de especificações e contratos, que os governos da União, dos Estados e dos Municípios tivessem de formular a fim de mais plástica e seguramente acudirem às peculiaridades das situações que se lhe oferecessem. Só por êsse modo lhes seria possível compor os interêsses públicos confiados à sua guarda com os das emprêsas que dêles se incumbissem por via de concessão.

O desenvolvimento prático dos trabalhos da Comissão Geral e da Comissão Coordenadora confirmou, de maneira inequívoca, a

necessidade de dar-se caráter orgânico à lei em elaboração, porque o estudo aprofundado de cada uma e de tôdas as dificuldades que iam surgindo sempre desfechava, por derradeiro, na questão essencialíssima de definir-se a exata índole jurídica do instituto da concessão de serviço público e da sua base econômica.

3. Mas em se tratando de serviços públicos da mais variada utilização, tais como os de portos, navegação, vias-férreas, carris-urbanos, barcas, eletricidade, telefones, águas, esgotos, gás, limpeza pública, pompas fúnebres, cumpria-nos começar por descobrir a estrutura econômica e jurídica adaptável a tôdas as suas múltiplas modalidades.

Não foi nada fácil conseguir-se êsse objetivo, porque em país algum do globo tal esfôrço foi até agora tentado no campo da legislação pròpriamente dita. Tem havido, isso sim, tentativas de sistematização doutrinária, notadamente na Europa Continental e nos Estados Unidos da América; nestes, assentadas sôbre a jurisprudência nem sempre firme dos tribunais ordinários, e, naquela, mais sòlidamente erguidas sôbre a jurisprudência específica dos tribunais administrativos.

Se, por um lado, à Comissão Coordenadora faltavam modelos legislativos que lhe fôssem de útil consulta, por outro, no direito positivo pátrio, quer de origem legislativa quer jurisprudencial, poucos eram os subsídios que se lhe ofereciam como antecipação orgânica da tarefa que lhe fôra confiada.

A não ser a legislação de portos e de estradas de ferro que nos viera do Império, uns poucos acórdãos do Supremo Tribunal Federal concernentes à sua aplicação, e alguns contratos típicos de serviços urbanos, tais como o de gás desta Capital, nada mais ela encontrava que servisse aos seus propósitos.

Muito pelo contrário, as leis, regulamentos e contratos de serviços públicos, elaborados após o advento da República, particularmente os relativos a serviços de eletricidade e telefones, fugiam ao sistema do direito administrativo imperial, atinente aos serviços acima referidos, para assemelhar-se ao sistema correspondente do direito americano, de cunho acentuadamente privatista.

Em suma: no terreno da observação prática, a Comissão encontrava, por uma parte a execução, em muitos pontos já perturbada, do sistema das leis imperiais reguladoras das concessões de portos e estradas de ferro e, no Distrito Federal, do contrato dos serviços de

gás do Rio de Janeiro; e, por outra parte, a execução um tanto tumultuária das leis, decretos e contratos relativos aos serviços ferroviários de eletricidade e telefones, concedidos já no período republicano.

Deve ser acrescentado que no atinente aos serviços de eletricidade, de importância cada dia mais preponderante, ao hibridismo do regime puramente contratual, resultante das infiltrações do direito americano, sucedeu o tumulto da aplicação do Código de Águas, lei digna de todos os louvores, inspirada no moderno direito francês de aproveitamento de quedas dágua, mas, infelizmente, de interpretação refratada mercê do prestígio dos trabalhos técnicos e econômicos dos escritores que nos Estados Unidos têm versado o palpitante tema de regulação eficaz dos serviços gerais de uso público (*public utilities*).

4. Essas realidades, todavia, nem sempre foram claramente percebidas pelos membros da Comissão Geral. Dentre êles, os que de preferência se interessavam pelos serviços de eletricidade e telefones afirmavam que em matéria de *serviços de utilidade pública* no país sòmente havia o caos, caracterizado pelos abusos da *regulamentação puramente contratual.* E o faziam cobertos de razão, não sòmente quando os denominavam *serviços de utilidade pública* em lugar de *serviços públicos concedidos,* como ainda quando os entreviam imersos na balbúrdia da mais absurda liberdade contratual. Porque, efetivamente, no tocante a êles a *lei* era sempre o *contrato,* e *contrato* de natureza civil, pelo que não passavam de *serviços privados de utilização pública,* muito semelhantes aos serviços idênticos do sistema americano.

Os que, porém, vinham da prática e da observação dos fenômenos jurídicos e econômicos peculiares à concessão e execução dos serviços de portos e estradas de ferro, notadamente dos primeiros, negavam a existência do caos e da regulação chamada contratual, pondo tôda a ênfase de suas declarações nos aspectos típicos do nosso direito administrativo tradicional concernente àqueles "serviços públicos explorados por concessão". E de seu turno amparavam-se a fatos e verdades indiscutíveis, visto que os nossos serviços portuários e os de maior parte das nossas concessões de estradas de ferro se acham harmoniosamente ajustados às mais avançadas formas do direito europeu concernente a *serviços públicos concedidos* e sujeitos a um regime legal bem definido, que os subtrai aos efeitos da rigidez das convenções, e à luz do qual o próprio *contrato* assume um novo caráter que, em substância, o torna de direito público.

Está dessarte explicado porque houve tão categóricas divergências e tão acalorados debates entre os Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco de uma parte e os Srs. Miranda Carvalho e Oscar Weinschenck, de outra. Os primeiros jogavam especialmente com os fatos apurados no terreno da exploração dos serviços de eletricidade, que até o Código de Águas não passavam de *serviços privados de utilidade pública*. Os segundos, especialmente o Sr. Miranda Carvalho, partiam das sugestivas realidades inerentes aos *serviços públicos de portos*, explorados por concessão.

As declarações e o anteprojeto apresentados pelo Major Hélio Macedo Soares em nome do Conselho Nacional de Energia Elétrica tinham de ficar, como efetivamente ficaram, a meio caminho das duas posições anteriormente acusadas.

Era a posição correspondente a uma sábia aplicação do Código de Águas, que, no tocante à índole jurídica da concessão de *serviço público*, obedece ao sistema francês, que servira de base à nossa legislação imperial de portos e estradas de ferro; e no referente à sua vida econômica, aos ensinamentos do sistema americano.

Eis porque, abandonado pelo autor destas linhas, o critério da *tarifa máxima*, próprio do sistema francês, e aceito o da *tarifa variável*, calculada sôbre o custo do serviço, peculiar ao sistema americano, sentiu-se êle à vontade para unir os seus esforços aos dos representantes do Conselho Nacional de Energia Elétrica, a fim de encaminhar a coordenação no sentido de suas maiores possibilidades, que era, afinal, o do sistema do próprio Código de Águas.

5. Realmente, nenhum outro campo oferecia maiores probabilidades de úteis entendimentos.

Os serviços telefônicos talvez pudessem permanecer, sem maiores inconvenientes, sob o sistema da *regulação contratual*, mitigada pela contínua atuação de comissões do tipo americano, segundo a forma proposta pelo Sr. Lair Tostes. Nunca, porém, os muito mais importantes de portos e estradas de ferro. Devolver tais serviços à condição de *serviços privados de utilidade pública* seria, entre nós, retrogradar aos absurdos do liberalismo anterior a 1848.

E os de abastecimento de água? Seria possível equipará-los aos *serviços privados de utilidade pública* quando o Sr. Saturnino de Brito, aliás com excelentes razões e em perfeita consonância com a doutrina mais recente, demonstrou que não devem nem mesmo

ser incluídos entre os *serviços públicos concedidos,* porque devem ser *serviços públicos de administração direta?*

Para os serviços de eletricidade, os Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco esboçaram um sistema que de certo haveria de aperfeiçoar o seu atual caráter de *serviços privados de utilidade pública.* Mas, ainda assim, tal sistema deixaria a desejar se comparado com o dos nossos *serviços públicos de portos explorados por concessão.* O que deu aos ilustres colegas a falsa impressão de que no Brasil, em matéria de *serviço público concedido,* nada havia que pudesse ser aproveitado, foi, como já se disse, a circunstância de haverem assentado êsse juízo sôbre as penosas realidades da exploração dos nossos serviços urbanos de eletricidade.

Bem andou, pois, a Comissão Coordenadora quando resolveu definir-se pela expressão constitucional — *serviço público concedido,* que exclui a possibilidade de sua confusão com os *serviços de utilidade pública;* e quando conseqüentemente aderiu ao sistema jurídico-administrativo das nossas concessões de portos e vias-férreas perfeitamente adaptado à doutrina e à jurisprudência dos países da Europa continental, e em particular da França.

SERVIÇO PELO CUSTO

6. Do sistema indicado substituiu apenas uma peça: a da *tarifa fixa e máxima.* Preferiu, nesta parte, o sistema americano de tarifa de *serviço pelo custo* (art. 15).

Tal qual se vê, a Comissão Coordenadora, de pleno acôrdo com a sua razão de existência, procurou harmonizar, sôbre a base ampla de nossas tradições jurídico-administrativas, firmadas no Império, o sistema jurídico europeu e o sistema econômico americano, aplicáveis aos serviços de utilização geral que a Constituição denomina *serviços públicos concedidos.*

Realmente, o ponto fraco do sistema europeu era o da *tarifa máxima e fixa* para todo o tempo da concessão, o que acarretava aos concessionários de serviços públicos considerável margem de riscos, ùltimamente atenuada por efeito da elaboração das duas teorias na França conhecidas como "fait du Prince" e "imprévision".

A nossa própria experiência, nesse particular, era mais do que concludente, e só por si bastava para explicar a existência do art. 147 da Constituição. Preferiu-se, por isso, o sistema americano de *tarifa variável,* calculada em função do custo real da prestação do serviço,

aliás de acôrdo com as declarações nesse ponto quase unânimes da Comissão Geral.

Mas, o estudo da experiência americana convenceu-nos, por outro lado, de que o caráter jurídico de suas "public utilities" não sòmente repugnava à nossa concepção tradicional de *serviço público concedido,* como ainda significaria lamentável recuo dos avançados marcos estabelecidos pela nossa excelente legislação básica de portos e estradas de ferro e pela legislação local concernente a alguns serviços urbanos, notadamente os de águas e esgotos e distribuição de gás. Seria chocante, realmente, que, iludidos pela aparente superioridade do direito americano, deslocássemos da esfera da ação e da propriedade do poder público para as das emprêsas concessionárias todos os nossos serviços de portos e estradas de ferro e os nossos serviços urbanos reversíveis, máxime levando-se em conta que o espírito do tempo "nos aponta direção precisamente oposta".

SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. CONCEITUAÇÃO BÁSICA

7. Sem embargo disso não se poderá negar que o projeto sintetiza a opinião da maioria dos membros da Comissão Geral, a partir de sua conceituação básica do que seja *serviço público concedido.*

Os Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco foram peremptórios quando, em sua "Declaração de Princípios", advertiram que ditos serviços não são "negócios privados" e "que todos os que nêles se empenham são agentes públicos, exercendo uma função do Estado" (item I). Não contentes com isso, escreveram: "A concessão é uma *delegação* e não um abandono de autoridade. O Estado se reserva os poderes de intervenção, contrôle e direção" (item II).

Os Srs. Mário da Cunha Peixoto, Pires do Rio e Hélio Macedo Soares, nas conclusões da justificação do anteprojeto do Conselho Nacional de Energia Elétrica, foram também categóricos:

"1 — A concessão é delegação de poder público. 2 — O serviço público concedido é serviço público... 3 — O poder público concede o serviço dentro de limites de tempo e de espaço sujeitos exclusivamente à sua apreciação... 6 — O direito do concessionário abrange, limitando-se a tanto, a integridade, recuperação e remuneração do capital que emprega no serviço. 7 — O investimento do concessionário se equipara a um empréstimo público com direitos e obrigações especiais".

O Sr. Lemos Neto, que apresentou trabalho dos mais interessantes, inicia-o com os seguintes postulados:

"1) A concessão, ato de império do concessor, é uma delegação do poder público. 2) O serviço público concedido é serviço público; as suas condições administrativas, técnicas, econômicas e financeiras devem ser regulamentadas pelo poder público no interêsse público. 3) O concessionário *só terá direito a uma justa e adequada remuneração do capital prudentemente investido nas instalações e serviços e a sua devida e equivalente recuperação,* no ato da expiração, rescisão ou encampação da concessão; a êstes direitos do concessionário, como contrapartida da concessão de suas obrigações, se reduzirá a parte essencialmente contratual da concessão, protegido o concessionário pelas garantias reconhecidas pela carta constitucional."

Nas suas observações de réplica aos Srs. Anhaia Melo, Alves de Sousa, Bilac Pinto e Plínio Branco, disse o Sr. Miranda Carvalho que aceitava sem restrições o princípio contido no primeiro item da "Declaração de Princípios", formulada por aquêles colegas, a saber, que o suprimento dos serviços em causa é "uma função do Estado", que "pode ser exercida diretamente, em regime de economia mista, ou por delegação mediante concessão", não sendo, pois, "negócios privados", visto "que todos os que nêles se empenham são agentes públicos, exercendo uma função do Estado".

O Sr. Ubaldo Lôbo foi menos explícito ao definir o *serviço público explorado por concessão,* mas ao opinar sôbre a forma da concessão, revelou-se muito mais radical do que se poderia esperar. "A concessão — escreveu — constituindo ato de soberania do poder público, não terá a forma contratual. O concessionário será um delegado do poder concedente, e os seus direitos e os deveres daquele serão definidos no decreto da concessão, baseado na lei orgânica referida no item 2" (item II).

O autor destas linhas não chegou a fazer declarações de princípios. Mas, na primeira exposição que apresentou à Comissão lê-se:

"O vocábulo *público* presta-se a confusões. Pode significar o que é próprio do "público", isto é, de uma clientela mais ou menos extensa e indistinta; e pode significar o que é próprio do poder preposto à administração dos *interêsses coletivos locais ou gerais.*

"Êsse poder exerce *funções e serviços.* As funções, êle as exerce de conformidade com o plano constitucional em vigor, escrito ou de

tradição. Os serviços, executa-os em campo mais ou menos extenso, *por via direta ou delegada,* consoante as exigências de espaço e tempo.

"Nos países novos, ordinàriamente, êsse campo alarga-se de maneira considerável, porque aos governos incumbe uma intensa "e vasta atividade de *suplência* da iniciativa privada, escassa e desprovida de capitais. Por isso são públicos, isto é, reconhecidos como inerentes à atribuição dos governos centrais, regionais e locais, *serviços* que em outros países poderiam ser considerados de caráter privado.

"Para que alguns dos serviços referidos fôssem instalados entre nós, o Govêrno concedeu privilégios, subvenções, garantias de juros, isenções de direitos aduaneiros e outras vantagens. E que não havia "público" que os justificasse como serviços de iniciativa privada... Havia, sim, o *interêsse geral* de estimular-se o progresso econômico e a civilização do país.

"O *interêsse* que sugeriu a sua criação foi, sim, um *interêsse público,* mas *interêsse geral, interêsse nacional,* e não o interêsse específico de um *certo público.* Qualificou-se de *interêsse público* porque sempre foi de apreciação peculiar ao poder público.

"Foram sempre criados por *autorização legislativa,* o que desde logo os reveste de caráter oficial. Os órgãos legislativos, que os criaram, reservaram-se expressa ou implìcitamente o direito de os modificar e regulamentar, não obstante garantindo aos concessionários as merecidas compensações pecuniárias. As suas *tarifas máximas* constaram sempre das leis de sua criação e só foram revistas em virtude de leis posteriores. Referiam-se de preferência a *taxas* e não a *preços.* E, ponto de importância capital, em quase todos os contratos de concessão introduziu-se a cláusula da *reversão sem indenização,* que deveria marcar, de maneira nítida, o caráter oficial das instalações contratadas" (pág. 11).

8. Os Srs. Eugênio Gudin, Oscar Weinschenck, Alcides Lins, Artur Pereira Castilhos e Frederico Burlamáqui, embora, no "Sumário dos princípios cardeais", não se definissem de modo nítido a respeito da natureza dos "serviços" em causa, deixaram entender que não os consideram simples "serviços de utilidade pública", porque claramente os qualificam como "serviços públicos concedidos", mostrando-se, ainda, acessíveis à noção que os torna compreendidos no

campo de ação do poder público. Não é para admirar que tenham tido essa atitude, sabido, como é, que todos êles se acham familiarizados com as bases orgânicas da nossa legislação de portos e estradas de ferro, perfeitamente acordes com o espírito das conclusões do Conselho Nacional de Energia Elétrica, acima transcritas.

Os ilustres colegas preocuparam-se mais com o problema do *risco* a que se viam expostas as emprêsas concessionárias de serviços públicos, sobretudo por fôrça das variações cambiais e monetárias, e com o da garantia da integridade, recuperação e remuneração do seu capital, *verbis*:

"A *Declaração de Princípios* estabelece, em seu n.º 2, que a "concessão é uma delegação e não um abandono de autoridade e que o Estado se reserva os poderes de intervenção, contrôle e direção. O major Macedo Soares, na "Introdução" de seu trabalho diz que "são de natureza regulamentar tôdas as disposições que *não afetam a integridade, a recuperação e a remuneração do capital do concessionário*".

"Tudo está em saber, porém, *qual a maneira de tornar efetivas essas garantias* de integridade, recuperação e remuneração do capital" (n.º 2).

A maneira foi finalmente encontrada após exaustivas discussões e reiteradas pesquisas de textos e fórmulas que satisfizessem os intuitos comuns.

9. Se dúvida pudesse haver sôbre a unidade do pensamento da Comissão Geral a respeito da verdadeira natureza jurídica dos serviços públicos que se faziam objeto de suas cogitações, seria ela de imediato fulminada em face da unânime votação pela qual a Comissão Coordenadora decidiu que os bens tangíveis da concessão deveriam ser considerados de propriedade do poder concedente (O. W. e O.B.-b — VIII).

Bem se vê, pois, que a noção de *serviço público explorado por concessão,* resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental.

Por efeito dela, o serviço denomina-se "público", não porque seja de utilização do "público" ou de "um público", mas porque pertence ao sistema das atividades do poder público (arts. 1.º, 8.º, e 10.º).

Por conseguinte, o que êste concede não é o *serviço* mas tão sòmente a sua exploração lucrativa, mediante o uso e o gôzo dos bens e direitos destinados a assegurar a sua organização e seu funcionamento" (art. 9.º).

Deram-lhe o seu assentimento, na Comissão Coordenadora, os Srs. Miranda Carvalho, Alcides Lins e Oscar Weinschenck, porque, na realidade, tal era a noção básica do "serviço público explorado por concessão" que encontravam nos mais sólidos fundamentos da nossa legislação relativa a portos e estradas de ferro.

NECESSIDADE E NATUREZA DO CONTRATO NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

10. Mas, admitido que o objeto da concessão não é o *serviço* em si, porque é a sua *exploração lucrativa*, mediante *uso* e *gôzo* dos bens, direitos e prerrogativas convenientes ao seu funcionamento, somos conseqüentemente forçados a considerar que ao poder concedente cabe a livre faculdade de estabelecer as condições que deverão ser observadas na sua execução, uma vez resguardados os lucros razoàvelmente previstos para satisfação do concessionário (art. 8.º).

Ora, o alcance prático dêsse objetivo exige, por um lado, que se dê à *exploração lucrativa* do serviço concedido uma posição conhecida e certa de equilíbrio (equilíbrio financeiro), garantida por um *contrato;* e, por outro lado, que o *capital* a remunerar ou a restituir, em caso de resgate, ou reversão, seja o realmente invertido na sua execução.

Êsse capital, no sistema do projeto, é que constitui a *propriedade* do concessionário, *propriedade* de valor constante, não sujeita a riscos de desvalorização ou de confisco pelo poder concedente (arts. 11, 12, 13, 16 e 17).

§ 1.º — *Indicações da Comissão Geral*

11. No atinente à necessidade do contrato, a Comissão Geral dividiu-se, igualmente, em dois grupos.

Na "Introdução" do ante-projeto do Conselho Nacional de Energia Elétrica, sustentou o major Hélio Macedo Soares que "a concessão não é um *contrato* e as relações entre o poder público e o seu delegado *não são contratuais e sim estatutárias*".

Os signatários da "Declaração de Princípios", embora não o havendo dito expressamente, ao que parece participavam dessa mesma opinião, dada a veemência do seu ataque à denominada "regulamentação contratual" (item 10).

A êsse modo de pensar aderiu também o Sr. Ubaldo Lôbo, visto que, segundo se vê do trecho já transcrito, considera que "os direitos e os deveres daquele (o concessionário) serão definidos no decreto da concessão, baseado na lei orgânica referida no item n.º 2".

A corrente oposta constituia-se pelos Srs. Miranda Carvalho, Lair Tostes, Eugênio Gudin, Oscar Weinschenck, Alcides Lins, Artur Pereira de Castilho e Frederico Burlamáqui.

O pensamento central dessa corrente encontra-se no "Sumário de princípios cardeais", firmado pelos últimos, *verbis*:

"Diante do que acabamos de expor relativamente ao *risco inerente ao capital que se inverte na exploração de concessões de serviço público no Brasil*, não julgamos possível que se consiga obter capital para a exploração dos nossos serviços públicos *senão mediante contratos que, mau grado sua flexibilidade, estabeleçam, com segurança e efetividade, os princípios cardeais que regulam o investimento de capital.*

"Reconhecemos o absurdo dos antigos contratos em que se fixaram tarifas a vigorar por vinte, trinta ou cinqüenta anos, *como reconhecemos a necessidade de tornar êsses contratos mais flexíveis e mais adaptáveis à evolução econômica e social do país*, mas não acreditamos, absolutamente, que qualquer capital aceite uma inversão em serviço público cuja direção geral seja entregue, sem apelação, a uma Comissão composta de membros de livre nomeação e demissão pelos Governos" (n.º 3).

12. O Sr. Lemos Neto e o atual relator ficaram em posição intermédia, e, por conseguinte, de coordenação.

Conforme vimos, no item 3, transcrito dos seus "Princípios Gerais", o Sr. Lemos Neto julgou indispensável a existência do *contrato*, mas restringiu os seus efeitos *à garantia da remuneração justa e adequada do capital do concessionário* bem como *à sua recuperação*, nos casos de expiração, rescisão ou encampação da concessão.

Ora, essa posição era precisamente a adotada pelo direito administrativo da Europa continental, a que o nosso esteve sempre filiado, consoante demonstrou, por mais de uma vez, o autor destas linhas. Êste, em sua primeira exposição levada à Comissão Geral,

advertiu que, no sistema europeu, o *contrato* atua como proteção, necessária e justa, dos interêsses convocados pelo poder público para a execução do serviço, acrescentando:

"Precise-se bem: o contrato não garante ao concessionário *o direito de impedir a modificação,* e implìcitamente *o de tirar partido de sua posição* para reclamar novas e maiores vantagens, tal qual sucede no direito americano, que desconhece *a concessão de serviço público* e equipara a relação contratual, existente entre o poder público e o executor do privado de serviços de utilidade pública, *à dos contratos do direito comum.* O contrato a que aludo, elemento formativo da *concessão de serviço público do sistema europeu-continental,* apenas garante ao concessionário *um direito de reajustamento das condições* financeiras da concessão" (n.º 19, págs. 9/10).

Na fundamentação da primeira tentativa articulada de coordenação das opiniões emitidas, o tema acima proposto foi largamente desenvolvido e secundado pelo apoio de grandes mestres do direito administrativo da França e da Itália.

Ora, o que se tem condenado, entre nós, não é a existência do *contrato,* aliás indispensável ao nosso sistema: é, isto sim, que nos contratos se considerem rìgidamente estabelecidas *as condições de execução do serviço* e que sejam êles em tudo equiparados aos contratos de natureza civil, como queria Lafayette, apoiado na consulta da Seção de Fazenda do Conselho de Estado, de 3 de junho de 1871.

§ 2.º — *Diversidades Fundamentais*

13. Nos Estados Unidos da América, dispensou-se a "regulação contratual" porque naquele país não é o "serviço" que se faz objeto da concessão. Não é sequer a sua "exploração". O objeto da concessão (*franchise*) é ali o gôzo de certas prerrogativas inerentes ao poder público, especialmente as de ocupação permanente da via pública e de desapropriação (*"eminent domain"*). Porque *os serviços de utilização pública* reclamam o revestimento de tais concessões, considerou-se, muito justificadamente, que a sua prestação ficasse condicionada por via contratual.

As Côrtes, porém, sempre se opuseram a que tais concessões fôssem outorgadas com exclusividade, a fim de resguardar "the power and oportunity for *free* and *open competition* in the operation of mu-

nicipal public utilities", conforme assinala Pond, no seu monumental *A Treatise of Law of Public Utilities* [1].

Demonstrando-se, pela experiência, que, na maioria dos casos, essa exclusividade logo se impunha como fato inevitável, suprimindo os efeitos automáticos de contrôle, próprios da concorrência, do que resultava a ineficácia da "regulação contratual" do gôzo de tais privilégios inerentes ao poder público, resolveu-se conferir às "Public Utilities Commissions", não *o poder de regulamentar* o serviço, à nossa moda, conforme errôneamente se poderia supor, mas o de "regular" as condições de sua execução, para que fôsse explorado com as limitações implícitas no regime de competição.

Di-lo o citado Pond e por maneira expressa e clara: "The theory of the regulation of municipal public utilities by the state through such a commission is to avoid competition which is now generally recognized as a needless economic waste and an entirely is sufficient method of securing the necessary regulation and control. Under this method the state through its commissions *takes the of competition and furnishes the regulation which competition can not give,* and at the same time avoids the expense of duplication in the investment and operation of competing municipal public utilities".

Isso pôsto, fica patenteado que nos Estados Unidos da América os *contratos,* quando existentes, tinham por fim garantir o poder público e o público a que o serviço fôsse destinado. Verificado que, excluída a concorrência, eram inoperantes com aquela finalidade, julgou-se preferível a sua dispensa, para que a matéria fôsse decidida pelas "Public Utilities Commissions", de seu turno controladas pelos tribunais.

14. Mas, no Brasil, ao contrário do que sucede nos Estados Unidos, a regra foi tradicionalmente a da *exclusividade,* porque o serviço de exploração concedida foi sempre incluído na esfera de ação do Estado, e, por conseguinte, esteve sempre submetido ao contrôle autoritário-administrativo do poder concedente. Isso reconhecido, o contrato se faz necessário, *como garantia não do govêrno e sim do concessionário,* que sem êle ficaria à mercê do arbítrio, por vêzes caprichoso, de autoridades que nem sempre se dão conta da embriaguez resultante do poder que exercem; ou de tal maneira apaixo-

1. 1932, pág. 4.

nadas na defesa de interêsses sòmente por elas pressupostos como *públicos* que não hesitam diante de obstáculo algum, nem mesmo do oferecido por direitos solenemente assegurados ou pelo respeito devido à serenidade de julgamento dos tribunais.

Se no clima jurídico dos Estados Unidos, que é o da "common law" *e da exploração privada dos serviços de prestação pública,* ordinàriamente equiparados aos negócios comuns, o contrato deveria atuar em favor do poder público, no clima jurídico do Brasil, em que êles são equiparados aos *serviços públicos pròpriamente ditos,* clima que para êles é o do "império", o *contrato* visa a um efeito oposto, a saber — o de garantir os interêsses dos concessionários.

Ainda assim será um contrato mais de direito público do que de direito privado e deverá regular tão sòmente o que, na concessão, constitui o negócio oferecido à exploração da iniciativa particular, ou seja, o seu mecanismo de retribuição financeira, a fim de que dêle resultem os lucros razoàvelmente previstos ao tempo de outorga da concessão.

§ 3.º — *Vícios básicos da teoria contratual elaborada pelas emprêsas dè serviços públicos*

15. A famosa Consulta de 3 de junho de 1871, da Seção de Fazenda do Conselho de Estado, mencionada por Lafayette, em vários pareceres que, à vista de sua enorme autoridade de jurisconsulto, deveriam desorientar as instâncias administrativas e judiciárias do país, a ponto de anuírem na transformação dos *contratos relativos a serviços públicos em algo superior à própria razão de existência do Estado,* não poderia jamais ter o alcance que lhe emprestou aquêle eminente brasileiro. Na referida *Consulta* não se decidiu que o Poder Judiciário deveria, na aplicação dos *contratos de concessão de obras e serviços públicos,* igualar a Administração aos particulares que com ela fizessem convenções, para o efeito de a submeter a contínua ameaça de responder por perdas e danos em caso de modificação de qualquer dos seus preceitos; o que se decidiu foi que, em caso de *cobranças* resultantes de contratos feitos pelo Estado, as *decisões* da autoridade administrativa não deveriam ter fôrça de sentença, pelo que ditas cobranças deveriam ser feitas por inter-

---

2. Ob. cit., pág. 8.

médio do Poder Judiciário, perante o qual, em se tratando de obrigações liquidáveis em dinheiro, o Estado figura como contratante e não como Poder.

Eis o caso apreciado:

A Companhia Brasileira de *Paquetes a Vapor* deixara de pagar ao Ministério da Viação, então denominado da Agricultura, a quantia de 430:875$750, relativa a lucros líquidos excedentes de dividendos distribuídos aos acionistas no ano de 1865; à vista disso, entendeu o Ministro da Agricultura que bastava extrair aquela conta e executar a Companhia por intermédio do Juizo dos Feitos da Fazenda. O Ministro da Fazenda, reconhecendo que a dívida não era de *origem fiscal*, considerou que deveria ser liquidada por ação ordinária, perante o Poder Judiciário. No caso, a dúvida não consistia na *paridade da posição contratual* do poder público, em face de uma Companhia de Navegação, beneficiada por um contrato de garantia de juros, firmado pelo Govêrno; consistia, pura e simplesmente: *a*) na determinação do juízo perante o qual a cobrança deveria efetuar-se, se no privativo dos Feitos da Fazenda ou se nos dos tribunais ordinários; *b*) na verificação judicial do direitó pretendido pelo Estado.

E, acertadamente, decidiu-se que, na espécie, o Estado figurava como parte contratante e não como poder, devendo *ipso facto* recorrer aos tribunais ordinários para fazer valer os seus direitos. [3]

A despeito disso, foi com o apoio dessa famosa *Consulta* que as emprêsas interessadas conseguiram implantar no país o absurdo jurídico de que *ao poder público era vedado o exercício de tôda faculdade que não lhe fôsse expressamente assegurada nos contratos de serviços públicos*, quando da índole dêsse tipo de negócio público resultava princípio diametralmente oposto.

Alcançaram êxito nesse empenho porque o levaram a cabo auxiliadas pela hábil dialética de homens do vulto e do respeito do Visconde de Ouro Preto, do Conselheiro Lafayette, do Conselheiro Rui Barbosa e de Carvalho de Mendonça, para sòmente citar os mortos.

Lafayette chegou ao exaspêro de sustentar, no caso da "Companhia Quiosques do Rio de Janeiro", *que uma simples interpretação de cláusula contratual uma vez aceita pelo poder concedente equivalia*

3. Rego Barros, *Apontamentos sôbre o Contencioso Administrativo*, 1874, págs. 90-96.

a uma convenção tácita, pelo que sua modificação importaria em violação do contrato![4] A paridade contratual era dessarte quebrada em desfavor do poder público!

§ 4.º — *Restauração da Doutrina Verdadeira*

16. Felizmente chegou o momento em que o Supremo Tribunal Federal restaurou a doutrina verdadeira, decidindo que o concessionário não pode pretender "direito ou favor maior do que os declarados *expressamente* na concessão" nem "pode jamais obstar a ação do poder concedente senão *naquilo* e até onde êste se tenha obrigado efetivamente a não intervir"; e por via de conseqüência que "sempre que o poder público, *na concessão de uso e gôzo de um privilégio,* não se tenha obrigado, por cláusula expressa, a abster-se de tais e tais atos, não quanto *à substância do privilégio e aos favores concedidos,* mas quanto aos *modos práticos* da exploração ou *os meios de sua melhor fiscalização,* em bem dos fins da mesma concessão, é indiscutível, *que no mesmo poder subsiste inteira e completa faculdade a semelhante respeito*" [5].

Ninguém nega, ou tê-lo-á feito jamais, que em certos contratos, tais como os de *empreitada* para construção ou conservação de obras públicas e os de *arrendamento* de bens patrimoniais, o poder público se iguala, como parte, ao outro contratante. E isso foi o que afirmou o Conselho de Estado, do Império, na *Consulta* de 26 de fevereiro de 1867, aprovada pela Resolução Imperial de 13 de abril do mesmo ano. O que se contesta é que, em se tratando de *concessão de exploração de um serviço público,* o contrato firmado pelo poder concedente seja idêntico aos contratos de *empreitada de obras públicas* ou de *arrendamento de bens patrimoniais do Estado,* tal qual se tem sustentado, depois das opiniões nesse sentido emitidas pelos Conselheiros Lafayette e Rui Barbosa e pelo insigne comercialista Carvalho de Mendonça, no Congresso Jurídico de 1922 [6].

§ 5.º — *Últimos Esforços*

17. O discurso, pronunciado, na primeira reunião da Seção de Direito Administrativo daquele Congresso, pelo acatado comercialista, sintetiza, de maneira vigorosa e clara, a artificiosa construção dou-

4. *Rev. For.*, vol. 5.º, pág. 174.
5. *Rev. de Dir.*, vol. 10, págs. 80/81.
6. *Rev. do Sup. Trib. Fed.*, vol. 81, págs. 341/350.

trinária que, na qualidade de advogado das "Docas de Santos" e da "São Paulo Railway", vinha tentando erigir no direito pátrio. Identificando deliberadamente contratos de *fornecimento, aquisição e alienação de bens* e de construção de obras públicas por meio de *empreitada,* nos quais o poder público, com o assentimento geral, figura como pessoa jurídica de direito privado e contratos em virtude dos quais êle transfere a particulares "serviços" que são "públicos" e cuja execução, por isso mesmo, lhe cabe regular e regulamentar, sem quebra das rendas previstas para a *sua exploração,* o orador, baseando-se, também, na *consulta* de 3 de junho de 1871 (que diz ser de julho, reproduzindo o engano de Lafayette e reportando-se aos votos dos grandes juristas que constituiam o "brain trust" das nossas maiores emprêsas de serviços públicos, sustentou, mais uma vez, que "a Administração pública não tem o direito de alterar uma só linha dos contratos que celebrar *more privato*", e que "não é possível admitir qualquer modificação ou revogação do negócio jurídico senão mediante o mútuo consentimento das partes", sob pena de responder "conforme as regras do direito civil, pelas perdas e danos".

Sem embargo disso, ao estudar de perto o que denomina "contrato de concessão", reconheceu que "o traço característico dêsse contrato é a cessão e transferência, por muitos chamada também *delegação,* do *direito de explorar industrialmente a obra, "Direito que pertence à Administração"*. Esta, prossegue, "deixa-se substituir *temporàriamente* pelo empreiteiro, *a quem* transmite o *direito de perceber taxas tarifadas dos que se utilizam da obra"*. E esclareceu: "O produto das taxas destina-se à *manutenção* do tráfego ou serviço, à *conservação* da obra durante o *uso e gôzo* do concessionário e *à indenização e remuneração do capital por êle empregado"*.

O eminente mestre demorou-se a examinar o "contrato de concessão de obras públicas", que não pode existir "sem a reversão", para dizer: *"considero a reversão de sua essência"*. Depois de referir-se a outras espécies de concessões: de terrenos de marinha, de terras devolutas, de pesca, de salinas, de minas, advertiu que a "de obras públicas é diferente de tudo isso, conforme mostrei".

Realmente, a "concessão de obra pública" envolve a organização e execução de um "serviço público", cujas *taxas* são arrecadadas pelo concessionário para custeio do "serviço" e amortização e remuneração do capital empregado, consoante reconhecia o orador. Isso pôs-

to, a menos que ainda estivéssemos em plena Idade Média, torna-se inadmissível que "obra" e "serviço" fiquem incorporados ao arbítrio e ao patrimônio do concessionário, que os explorará como entender. O "serviço" e o "direito de explorar a obra" pertencem à Administração, de acôrdo com o, nesse ponto, insuspeito parecer do orador. O que ela transfere, e isso mesmo *temporàriamente,* é o direito de explorar industrialmente a "obra" e não o "serviço". Êste continua a ser "público" e, sendo assim, o seu *modo de execução* há de depender das deliberações do poder concedente.

Para que o arbítrio dêsse poder não prejudique os interêsses legítimos do concessionário, que são os da remuneração e reprodução do capital realmente empregado, prefixa-se, sob forma contratual, o equilíbrio financeiro dos encargos e vantagens recìprocamente assumidos pelas partes.

O projeto, conforme se vê dos arts. 8.º, 9.º, 11.º e 12.º, consagra a doutrina imperial restaurada pelo Supremo Tribunal, no acórdão acima referido, doutrina subjacente no discurso de Carvalho de Mendonça, pronunciado no Congresso Jurídico de 1922.

(*Continua.*)