

Universidade Federal de Santa Catarina

A CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA.

ASPECTOS ESPECIAIS. O FENÔMENO NO BRASIL.

Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do grau de Mestre em Ciências Humanas — Especialidade Direito.



0.262.543-4

Celso Wiggers

Maio de 1978

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de

Mestre em Ciências Humanas — Especialidade Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação.

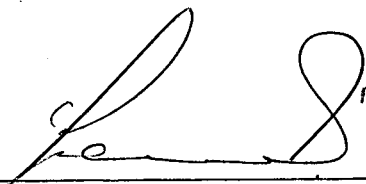


Prof. Paulo Henrique Blasi - Orientador

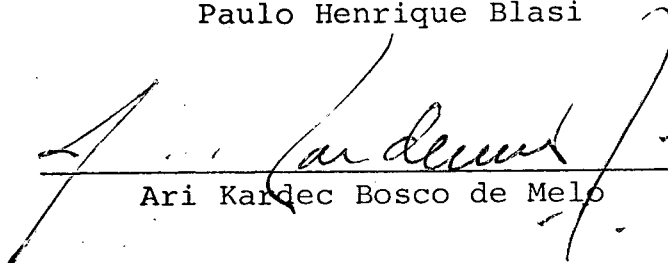


Prof. Paulo Henrique Blasi - Coordenador do Curso

Apresentada perante a banca examinadora composta dos professores:



Paulo Henrique Blasi



Ari Kardec Bosco de Melo

Dalmo Bastos Silva

Aos que persistem, apesar das
dificuldades.

S U M Á R I O

Página

1 - Aspectos evolutivos da intervenção do Estado na economia	4
2 - Serviço público. Conceito e classificação	11
3 - Descentralização administrativa	23
4 - Formas de prestação de serviços de utilidade pública por particulares	41
5 - A concessão como forma de execução de serviços de utilidade pública	48
5.1 - Características do contrato de concessão	61
5.2 - Licitação como exigência prévia para a formalização do contrato	66
5.3 - Prazos na concessão	79
5.4 - Regime de bens afetados à concessão	86
5.5 - Greve nos serviços dados em concessão	97
5.6 - Responsabilidade criminal dos empregados nos serviços concedidos	100
5.7 - Intervenção do Estado nos serviços concedidos .	103
5.8 - Extinção da concessão de serviços de utilidade pública	106
6 - Cooperativas de prestação de serviços de utilidade pública	117
7 - Concessão de serviços de utilidade pública no Brasil	
7.1 - Evolução histórica	121
7.2 - Fase de transição	142
7.3 - Formas de gestão	152
7.4 - Decisões e controles centralizados	157
8 - Conclusões	164

AEG	- Allgemeine Electricitäts Gesellschaft
Amforp	- American Foreign Power
art.	- artigo
CEEE	- Companhia Estadual de Energia Elétrica
CHESF	- Companhia Hidro Elétrica do São Francisco
CIP	- Conselho Interministerial de Preços
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CMTC	- Companhia Municipal de Transportes Coletivos
CNP	- Conselho Nacional do Petróleo
CONAB	- Conselho Nacional de Abastecimento
CVRD	- Companhia Vale do Rio Doce
CSN	- Companhia Siderúrgica Nacional
DAC	- Departamento de Aeronáutica Civil
DENAE	- Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DENTEL	- Departamento Nacional de Telecomunicações
DNER	- Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
DNOS	- Departamento Nacional de Obras de Saneamento
DNPVN	- Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis
DOE	- Diário Oficial do Estado
DOU	- Diário Oficial da União
ECT	- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ELETRORÁS	- Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
EMBRATEL	- Empresa Brasileira de Telecomunicações
FEPASA	- Ferrovia Paulista S.A.
FUNABEM	- Fundação Nacional do Bem Estar do Menor
INFRAERO	- Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
LBA	- Legião Brasileira de Assistência
NOVACAP	- Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil
PETROBRÁS	- Petróleo Brasileiro S.A.
PORTOBRÁS	- Empresa de Portos do Brasil S.A.
R.F.F.S.A.	- Rede Ferroviária Federal S.A.
SENAC	- Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI	- Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SEPLAN	- Secretaria de Planejamento da Presidência da República

SESC - Serviço Social do Comércio
SUNAB - Superintendência Nacional do Abastecimento
TELEBRÁS - Telecomunicações Brasileiras S.A.
VARIG S.A. - Viação Aérea Riograndense
VASP - S.A. Viação Aérea São Paulo
USP - Universidade de São Paulo

R E S U M O

O trabalho se preocupa com a organização administrativa do Estado, desde que ele assumiu a responsabilidade de cuidar da coletividade que congrega, criando sistemas para lhe dar assistência.

Abordou-se a natureza dos serviços que podem ser dados em concessão.

Assumem importância, em face do tema, as formas de gestão de serviços de utilidade pública, o contrato de concessão, suas formalidades, seu conteúdo, sua extinção, os riscos do concessionário e suas conseqüências, bem como a necessidade ou não de ser realizada licitação para a escolha do concessionário, etc..

Merece atenção a descentralização administrativa, de vez que através dela o Estado chegou à criação de sociedades de economia mista e empresas públicas para a execução e manutenção dos serviços até então explorados pela administração centralizada, de forma direta, ou por concessão a particulares, ou ainda mediante arrendamento, sem passar pela autarquização, em muitos casos.

Foi analisada a evolução histórica da concessão de serviços de utilidade pública no Brasil, partindo da implantação da sistemática na primeira metade do século XIX até os dias atuais.

R É S U M É

Le présent travail traite de l'organisation administrative de l'Etat depuis qu'il a assumé la responsabilité de s'occuper de la communauté qu'il rassemble, en criant des systèmes pour l'assister.

On a abordé la nature des services qui peuvent être concédés.

Face à ce thème, il est important de considérer les formes de gestion des services d'utilité publique, le contrat de concession, ses formalités, son contenu, son extinction, les risques du concessionnaire et leurs conséquences; de même que la nécessité, ou non, de réaliser une adjudication pour le choix du concessionnaire, etc..

On a dû considérer le problème de la décentralization administrative, puisque c'est le moyen par lequel l'Etat est arrivé à la création de sociétés d'économie mixte et d'entreprises publiques, pour l'exécution et le maintien des services jusque là exploités par l'administration centralisée, directement ou à travers de concession à des particuliers, ou encore par baillage sans utiliser dans de nombreux cas les établissements publics ("autarquias").

On a analysé l'évolution historique de la concession de services d'utilité publique au Brésil, à partir de son implantation dans la première moitié du XIXème. siècle et jusqu'à nos jours.

I N T R O D U Ç Ã O

Com o advento do liberalismo econômico o Estado passou a perder influência sobre as atividades desenvolvidas pelos particulares, especialmente quando vinculadas ao campo econômico.

Os novos serviços, de responsabilidade do Poder Público, não podiam deixar de ser prestados à coletividade.

Uma das formas encontradas foi a concessão de serviços de utilidade pública e de obra pública a particulares que, investindo seus capitais, os executariam, sob contrato e debaixo da supervisão da administração pública, na forma prevista no instrumento contratual.

Com a evolução, alguns aspectos do contrato de concessão passaram a ser modificados, introduzindo-se a participação financeira do Estado nesses empreendimentos, sob forma de garantia de juros, subvenções, participação acionária especial e, de forma indireta, a sua responsabilidade, decorrente da teoria da imprevisão.

Dessa forma foi desfigurado o caráter original da concessão de serviços de utilidade pública a particulares, entrando em declínio.

É de ressaltar que esta nova atitude da administração pública coincidiu com pressões de novas teorias sócio-econômicas obrigando o Estado a intervir de forma mais direta.

O contrato de concessão, suas características, alterações e conseqüências fazem parte do trabalho desenvolvido.

Tornou-se necessária a abordagem destes aspectos para se aquilatar da sua importância, a fim de poder avaliar a mudança ocorrida no relacionamento do Estado com o particular, no campo da prestação de serviços de utilidade pública.

Esta alteração ocasionou a criação de entidades pelo próprio Estado, e das quais ele é o controlador, fazendo aparecer um novo tipo de vinculação.

O objetivo, tanto dos particulares, quanto das entidades criadas pelo próprio Estado, é o de implantar, explorar e manter os serviços, mediante concessão, entregues por outorga ou contrato.

Não é difícil caracterizar a implantação de empresas de economia mista e empresas públicas com a incumbência de executar serviços anteriormente dados em concessão a particulares, bem como evidenciar a defasagem desta transformação entre a Europa e o Brasil, considerando aquela como o berço das modernas empresas estatais.

O lado histórico assume importância particularmente no Brasil, em face da necessidade de apresentar a evolução no espaço e no tempo, pois, passou-se do investimento direto de capital estrangeiro na área de concessão de serviços a particulares, para a tomada de empréstimos do mesmo capital estrangeiro por parte do Estado ou por entidades por ele criadas e controladas, para a implantação, prestação e manutenção dos mesmos serviços de utilidade pública, outrora entregues a particulares.

Assim a teoria geral da concessão permanece válida, independentemente de quem seja o prestador do serviço de utilidade pública.

O trabalho pretende evidenciar que o Estado procura ter sob seu controle, um maior número de atividades, criando, para tanto, na área, desde que tenha caráter empresarial, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Assim se torna possível a prática de preços políticos, alteração da finalidade da empresa, nomeação de seus dirigentes, sem que haja vínculo contratual, bem como manter um controle mais rígido por parte da administração pública.

As grandes empresas estatais brasileiras, no campo dos serviços de utilidade pública são, em sua maioria, juridicamente, sociedades de economia mista, mas de fato são empresas

públicas, em face de o Estado exercer sobre elas um controle absoluto, sendo proprietário de mais de 90% (noventa por cento) do capital com direito a voto.

Realizado o levantamento bibliográfico, passou-se a utilizar os métodos descritivo e comparativo para desenvolver o assunto no espaço e no tempo.

Capítulo 1

1 - ASPECTOS EVOLUTIVOS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

NA ECONOMIA

A sociedade organizada, independentemente de seu fundamento político, filosófico ou ideológico, condiciona a liberdade do homem.

FUSTEL DE COULANGES, citando Tucídides e Aristóteles, entre outros, descreve a onipotência do Estado da antiguidade:

"Nada no homem havia de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e estava votado à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até aos quarenta e seis anos, e em Atenas e Esparta por toda a vida. Os seus haveres estavam sempre à disposição do Estado; se a cidade carecia de dinheiro, podia ordenar às mulheres que entregassem as suas jóias, aos credores que abandonassem os seus créditos, aos possuidores de oliveiras que cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado".¹

A história mostra que os ricos conseguem governar por mais tempo. Foi também o que aconteceu na idade média absolutista. A nobreza enfraqueceu quando a burguesia, enriquecida pelo comércio, conseguiu se apropriar de bens de raiz.

Assim estribada, a força dessa nova classe se acentuou, lutando contra o absolutismo reinante, a fim de conseguir o poder ou dele participar, o que começou a se concretizar a partir do final do século XVIII.

Com a riqueza veio a ambição pelo poder, necessário este para proteger aquela.

Para a maioria dos historiadores e estudiosos da sociologia e ciência política, foi a revolução industrial, ocorrida na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, que deu o passo

¹ COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. 10.ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, p. 279.

inicial, no sentido do desenvolvimento econômico, na acepção em que hoje é aceito.

Também na segunda metade desse século ADAM SMITH ensinava o liberalismo econômico, afastando a influência do Estado sobre a iniciativa particular, que passou a exercer, livremente, o jogo do mercado econômico-financeiro.

Afirma SMITH que "para arrancar um Estado do mais baixo grau de barbárie e elevá-lo à mais alta opulência bastam três coisas: a paz, impostos módicos e uma razoável administração da justiça. Tendo isso, tudo o mais virá com o decurso natural das coisas".²

A transformação social e econômica que nos demais países europeus iniciou, aproximadamente, em meados do século XIX, — também conhecida como segunda revolução industrial — teve sua origem em quatro características:

- a - imaginação criadora;
- b - fase inicial do domínio da energia;
- c - concentração de capital financeiro;
- d - substituição do trabalho humano pela máquina.

Nasceram, assim, grandes e poderosos conglomerados industriais, comerciais e financeiros, objetivando lucro em escala cada vez mais crescente e, influenciando, por sua vez, na própria área de atuação do Estado.

A participação estatal em empreendimentos tipicamente de caráter particular não é nova. Já o fazia o Estado Nacional da era mercantilista, em moldes semelhantes aos dos nossos dias, o que pode ser observado no contrato havido entre os "Estados Gerais dos Países Baixos" e a Companhia das Índias Ocidentais, fundada em 1621, que estipulava em uma das suas cláusulas:

"já prometemos e agora ratificamos que manteremos e defenderemos a Companhia contra quem quer que seja, na livre navegação e tráfico e para esse fim, em auxílio da mesma, entraremos com uma

² Apud HUGON, Paul. História das Doutrinas Econômicas. 13. ed., 2. tiragem, São Paulo, Ed. Atlas, 1973, p. 115.

soma de um milhão de florins, a ser paga em cinco anos, sendo fornecidos os primeiros duzentos mil florins logo que os co-participantes fizerem a primeira entrada, ficando entendido que participaremos dos lucros e dos riscos na razão da metade desse milhão de florins, do mesmo molde que os outros co-participantes".³

Com a queda do absolutismo e a subida da burguesia ao poder, também começou a concretização do "laissez-faire", preconizado por Quesnay, provocando a acumulação do capital financeiro que se intensificou a partir do início do século XIX, chegando, em meados desse século, a vultosas quantias.

A consequência direta é o afastamento do Estado da execução dos serviços que hoje recebem a denominação de serviços de utilidade pública.

Afirma MIRANDA VALVERDE que

"o século XIX, que fora o ponto mais alto a que chegaram nos domínios da ciência e da técnica, os conhecimentos humanos, caracteriza-se, entretanto, sob o tríplice aspecto — econômico, social e político — como a era do mais intransigente egoísmo individual, a se refletir, no seio das nações amadurecidas, nos métodos e processos do capitalismo absorvente, sempre em busca de lucros mais elevados".⁴

Neste ambiente nasceu a considerada primeira Sociedade de Economia Mista brasileira, em 1808 (Alvará de 12/10): o Banco do Brasil.

O Príncipe Regente fixou as bases para a constituição de uma sociedade anônima, tendo outorgado os estatutos.

Vale ressaltar que o Banco do Brasil teve foros de autarquia por Alvará de 24 de setembro de 1814, quando suas dívidas adquiriram, por certo período, o privilégio executivo, igual às dívidas fiscais.

³ VALVERDE, Miranda. Sociedades Anônimas ou Companhias de Economia Mista. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Rev. Forense, v. 102, abr./mai./jun. 1945, p. 417-418.

⁴ VALVERDE, Miranda. Idem, p. 418.

Negada ao Estado a execução de atividades econômicas, partiu-se para a concessão de serviços de utilidade pública ou de obra pública a particulares, possuidores de capital acumulado e dispostos a investir.

A livre disputa do capital, sempre com tendência à maior concentração, criou e incentivou o desenvolvimento do socialismo e do sindicalismo, que passaram a pressionar os Governos e os proprietários do capital, exigindo concessões destes e intervenções daqueles em favor da grande massa trabalhadora.

As novas doutrinas político-econômico-financeiras passaram a compelir os governos a ceder perante reivindicações populares e aceitar a execução de tarefas, antes, inteiramente entregues a particulares.

Dois elementos substanciais pressionavam o Estado: os governados, de um lado, e os grandes conglomerados econômico-financeiros particulares, do outro.

Era preciso contentar a ambos: aos primeiros proporcionar serviços adequados e tarifas sociais, e aos segundos, remuneração justa do capital investido e de manutenção.

No século XIX, a maneira clássica de resolver o problema, e considerada excelente, foi a concessão da exploração dos serviços de utilidade pública a particulares.

Assim, o Estado que havia se restringido a alguns encargos e que em parte era o responsável pela acumulação de recursos em mãos de grandes empresas comerciais, industriais e financeiras, e mesmo em poder de indivíduos, passa a intervir, não só na área dos serviços de utilidade pública, mas também no sistema econômico como um todo.

Primeiramente adota medidas tímidas, objetivando atender as reivindicações sociais, de forma a controlar a movimentação do capital, com vistas a um maior benefício da coletividade, o que levou a doutrina do liberalismo econômico a um acentuado declínio a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando, por necessidades decorrentes do conflito armado, o Estado passou a intervir, de forma mais ostensiva e intensiva na economia, ten-

do como primeira meta os serviços de utilidade pública, dados em concessão.

As reais intervenções do Estado nos sistemas econômico e social, em seu aspecto global, conforme acentuado, se fizeram sentir a partir do final da Primeira Guerra Mundial, com a Revolução Socialista na Rússia, em 1917, e de um modo especial, no mundo ocidental, através da Constituição de Weimar, em 1919.

Esta Constituição, já sob o signo da nova ordem, dava autorização expressa; em seu artigo 156, para a participação do Estado na administração de empresas e sociedades de fins econômicos, "podendo o poder público usar das medidas convenientes para conseguir e manter, na administração delas, influência preponderante", no dizer de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE.⁵

RENÉ BRUNET, estudando a Lei Magna em questão, afirma que:

"Aux termes, en effet, de l'article 156 de la Constitution le Reich peut:

- 1º - Transférer les entreprises privées dans le domaine public, c'est-à-dire en attribuer la propriété au Reich, aux Pays, aux Communes;
- 2º - Participer lui-même ou faire participer les Pays ou les Communes à l'administration de ces entreprises ou s'assurer à lui-même d'une autre manière une influence décisive dans ces entreprises; ou bien enfin;
- 3º - Sans attribuer en tout ou en partie la propriété de ces entreprises à la collectivité, régler sur la base de l'autonomie et d'après les principes de l'économie collective, la production et la répartition des richesses".⁶

A interferência do Estado na vida econômica é admitida pelos grandes economistas da primeira metade do século XX: Schumpeter e Keynes. Este afirma ser admissível e até necessária a intervenção do Estado na economia, para regular os ciclos econômicos.

Na década de 1920/30 a atribuição de execução de ser

⁵ In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Rev. Forense, v. 102, abr./mai./jun. 1945, p. 421.

⁶ BRUNET, René. La Constitution Allemande du 11 Aout 1919. Paris, Ed. Payot & Cie., 1921, p. 306-307.

viços de utilidade pública começou a ser confiada em grande escala a empresas em que a Administração Pública tinha participação do capital e da administração, especialmente na Europa.

Surge a sensação de incompatibilidade, ante a filosofia de que o capital particular visa lucro, o que não deveria constituir objetivo do capital estatal. O lucro deste deve traduzir-se em bem estar social.

Mais tarde aparece a conciliação, com a tendência de também o Estado auferir lucros financeiros, nos termos das empresas de capital não estatal. Este pensamento foi defendido no Seminário de Rangun (realizado em 1954) em que se estudaram problemas das empresas públicas.⁷

No caso brasileiro é FRANCISCO CAMPOS, em parecer elaborado em 1934, que expõe a nova posição:

"Sob a pressão das situações e emergências criadas pela revolução industrial, em pleno processo de desenvolvimento, o governo procura adaptar a sua máquina, ainda há pouco tempo simples e rudimentar, às complexas operações administrativas indispensáveis ao controle que lhe impõe do ponto de vista do interesse público, sobre as novas forças, cuja crescente utilização constitui um dos característicos dominantes da civilização dos nossos dias. De uma agência política, que era no século XIX, o governo passou a ser uma agência administrativa, de funções as mais intrincadas e complexas".

E prossegue FRANCISCO CAMPOS:

"As questões relativas à escravidão e ao sufrágio, ao estado de sítio e à intervenção nos Estados, às liberdades públicas, à organização das suas garantias, não exigiam habilitações técnicas especiais, nem eram questões que fizessem apelo à inteligência aplicada aos domínios, ainda obscuros, da economia e da tecnologia".⁸

⁷ SHERWOOD, Frank P. As Empresas Públicas. (textos selecionados), Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1964. Problemas da Empresa Pública, texto do Seminário de Rangun, trad. por Hugo Wahrlich, p. 25-27.

CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943, p. 126.

O intervencionismo econômico se generalizou rapidamente após o conflito de 1914-1918, independentemente da estrutura econômica, política e social do Estado, variando os motivos, que podem ser assim resumidos:

- a - defesa do interesse coletivo, buscando um ideal de justiça social;
- b - fortificação das fronteiras do território do Estado;
- c - inconveniência de abandonar serviços assumidos por força das circunstâncias, durante o conflito mundial;
- d - instalação de indústrias básicas;
- e - ativação e incrementação da exploração de recursos naturais, em face da ausência de capital particular interessado;
- f - conveniência na associação com capitais privados;
- g - aquisição do capital social de empresas particulares em dificuldades econômico-financeiras (caso dos bancos na Alemanha e na França, na década de 1920);
- h - incorporação ao patrimônio estatal de empresas, às quais o Estado houvera dado garantias (avais, fianças, etc.);
- i - fortificação do poder estatal (autodefesa) em confronto com as empresas multinacionais, para manutenção do status quo;
- j - pressões sociais;
- k - flexibilidade administrativa.

No Brasil tais fatos começaram a se fazer sentir, a partir da década de 1930, crescendo de intensidade na década de 1960.

Capítulo 2

2 - S E R V I Ç O P Ú B L I C OConceituação e classificação

Desde GASTON JÈZE e LEON DUGUIT discute-se sobre a noção de serviço público. Alguns autores procuram catalogar diversas características que, se concomitantes, levam a um conceito de serviço público. Outros o definem, ora em sentido estrito e outras vezes em sentido lato.

Há, contudo, um consenso no sentido de que a criação ou supressão de um serviço público é reservada à lei, sendo, segundo LAUBADÈRE, a satisfação de um interesse geral o objetivo de sua criação.¹

Os fatores tempo, espaço, doutrinas sociais, políticas e econômicas dificultam ainda mais um entendimento comum para a conceituação da matéria.

No Brasil, a atual Constituição Federal, em seu artigo oitavo, inciso XV, enumera expressamente serviços que, no final do século XIX, apenas iniciavam sua extraordinária expansão, não sendo portanto, na época, alvo de grande atenção e muito menos considerados de tanta importância, a ponto de figurarem no próprio texto constitucional, como acontece atualmente.

Com a evolução, o Estado assumiu novos deveres e encargos para com a coletividade. CARL SCHMITT, após especificar os direitos individuais do homem como cidadão, caracteriza "os direitos do indivíduo" a prestações por parte do Estado, citando entre outros o direito ao trabalho, à assistência e ao socorro, à educação, instrução, etc., chamando-os de "direitos sociais".²

¹ LAUBADÈRE, André de. Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 580.

² SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. México, Editora Nacional, p. 197.

FRANCISCO CAMPOS justifica a nova responsabilidade do Estado como decorrente da evolução social e do crescimento industrial e científico.³

Foi nesse período, década de 1930, que a administração pública brasileira iniciou sua política no sentido de dinamizar a atividade governamental, tornando-a mais abrangente, seguindo o exemplo, em especial dos países europeus, ampliando os serviços de responsabilidade do Estado.

No direito administrativo alemão o conceito de serviço público, segundo ERNST FORSTHOFF, pode ser sintetizado na expressão "assistência vital" (Daseinsvorsorge). Entre esses serviços menciona água, gás, transportes, energia elétrica. Dá como característica a insusceptibilidade de escolha, pois a coletividade não tem condições de eleger, em face da necessidade e falta de opção.⁴

LASO prefere chamar de "cometidos esenciales", certos serviços os quais não se admite sejam confiados a particulares, devendo o Estado executá-los diretamente, tais como a defesa nacional, polícia e outros, citando para tanto, a própria legislação do Uruguai.⁵

O mesmo autor, caracterizando o que se possa entender por serviço público, assim se expressa:

"Los servicios públicos como el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público".⁶

³ CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Imprensa Nacional, Rio, 1943, p. 126.

⁴ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Gráficas Uguinor, Instituto de Estudios Politicos, 1958, p. 475 e segs.

⁵ LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho Administrativo. 3. ed., Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963, vol. I, p. 63.

⁶ LASO, Enrique Sayagués. Idem, p. 65.

O autor ainda se posiciona de forma toda particular, de vez que não defende a conceituação em sentido lato, mas vai além daqueles serviços que ele próprio denomina de "cometidos esenciales", que seriam, na realidade, parte de um todo chamado serviço público.

Como os demais autores, também LASO ensina não ser possível determinar, de forma absoluta, quais são ou seriam os serviços públicos, citando, a título de exemplo, o transporte coletivo na França, que passou de atividade privada para serviço público, acrescentando que a evolução dos serviços de comunicações é ilustrativa, sob esse aspecto.⁷

RAFAEL BIELSA, após dividir os serviços públicos em próprios e impróprios, assim se manifesta:

"El concepto de servicio público prácticamente se ciñe al de servicio propio. En concepto nuestro es servicio público propio toda acción o prestación (diferenciarse, desde luego, la "acción" de la "prestación") realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía."⁸

BIELSA em não admitindo os serviços públicos impróprios, na sua conceituação, como integrantes dos deveres diretos do Estado, é partidário de uma interpretação restritiva, que vai além dos "cometidos esenciales" de LASO, mas fica aquém de uma abrangência mais ampla, que inclui no conceito toda e qualquer atividade governamental.

Dentre os serviços públicos próprios, BIELSA ainda distingue os obrigatórios, como a água, a segurança, a saúde pública e a higiene, e os facultativos, como o telefone, etc., assegurando o Estado, para estes, a continuidade, preços módicos e uniformes, entre outras garantias, de forma direta.

⁷ LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho Administrativo. 3. ed., Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963, vol. I, p. 66, nota 2.

⁸ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, La Ley, 1964, v. I, p. 462-463.

BIELSA ainda fala em "serviços de interesse público", que, pela própria expressão, não são precisamente, no seu entender, serviços públicos próprios.⁹

É a filosofia estatal, representada pelos governantes, que vai dividir os serviços públicos em próprios e impróprios, sendo que estes últimos se encontram dentro do conjunto de serviços que o Estado não considera necessário prestá-los ele próprio ou por concessão, mas se contenta em regular os fins, a continuidade e os preços.¹⁰

Como os demais autores, estudiosos da matéria, também BIELSA preleciona que as características de generalidade, uniformidade, continuidade e regularidade são elementos indispensáveis para satisfazer o "interesse público", significando esta expressão, para o autor, serviço público próprio.¹¹

Comparadas as expressões utilizadas e os significados a elas atribuídos é possível perceber-se a proximidade de entendimento entre a abrangência dos serviços públicos próprios de BIELSA e a assistência vital de FORSTHOFF.

Entre nós, HELY LOPES MEIRELLES adota semelhante classificação.

Ao classificar os serviços públicos, levando em consideração a finalidade, a essencialidade e os destinatários, admite sua divisão em públicos e de utilidade pública, em próprios e impróprios, etc.¹²

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, após distinguir "serviço governamental" e "atividade administrativa pública" apresenta a noção de serviço público:

"Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes sob um regi

9 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, La Ley, 1964, v. I, p. 463 e segs.

10 BIELSA, Rafael. Idem, p. 459 e segs.

11 BIELSA, Rafael. Ibidem, p. 467.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 294.

me de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo".¹³

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ao conceituar serviço público inclui os serviços essenciais e secundários como abrangidos pela expressão. Conceitua serviço público como

"atividade da Administração que visa a assegurar de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação das necessidades, essenciais ou secundárias, da coletividade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração".¹⁴

JOSÉ CANASI acentua o caráter público dos serviços, para justificar a intervenção estatal, pois o Estado os regula unilateralmente, para assegurar a sua generalidade, uniformidade, regularidade e continuidade, podendo a execução ser direta, ou seja, pela própria administração pública, ou de forma indireta, esta mediante concessão. Entende CANASI que

"el servicio público puede definirse como la actividad estatal, o bajo su control, que tiene por objeto reglamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva surge de forma regular y continua de su prestación, conforme a una regla de derecho preestablecida por la autoridad competente de carácter público".¹⁵

DUGUIT estende a noção de serviço público a toda atividade que deva ser regulada, assegurada e controlada pelo Estado.

Para MARCELLO CAETANO a noção de serviço público está ligada à maneira pela qual é executado:

"Chamamos de serviço público ao modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessi

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 20.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 333.

¹⁵ CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1974, v. II, p. 19-20.

dade colectiva individualmente sentida".¹⁶

Discorrendo sobre o surgimento das necessidades coletivas na vida social, CAETANO se baseia na sociologia para apresentar a noção acima transcrita:

"Umas vezes como consequência necessária da existência em sociedade (necessidades colectivas essenciais), outras por efeito da criação no seio dos grupos sociais de processos de substituir os indivíduos no esforço de buscar os bens úteis para a satisfação de necessidades individuais generalizadas (necessidades colectivas instrumentais".¹⁷

MARIENHOFF, procurando sintetizar uma noção de serviço público acentua a necessidade do controle estatal, para que assim possa ser entendido:

"Por servicio público ha de entenderse toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o interés de carácter general cuya índole o gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requiera el control de la autoridad estatal".¹⁸

Entre os administrativistas pátrios pode-se citar HE LY LOPES MEIRELLES como o autor que conceitua serviço público em sentido lato, afirmando que "é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais e secundárias da coletividade, ou simplesmente conveniências do Estado".¹⁹

Segundo ele, serviços públicos são os considerados essenciais para a sobrevivência social e do Estado. São indelegáveis a terceiros. Nesta acepção também são chamados de "serviços próprios do Estado". Exemplo desses serviços são os de polícia,

¹⁶ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, v. II, p. 985.

¹⁷ CAETANO, Marcello. Idem, p. 983.

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. II, p. 55.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 292.

segurança, defesa nacional, preservação da saúde, etc.²⁰

Os serviços de utilidade pública são aqueles para os quais o Estado reconhece a sua conveniência, podendo executá-los diretamente ou por terceiros (concessão, permissão ou autorização). O risco é dos prestadores e a remuneração é realizada pelos usuários, tais como transportes coletivos, energia elétrica, telefone, gás, etc., sob o controle do Estado.

Enquanto os primeiros objetivam satisfazer "necessidades gerais e essenciais" da coletividade, os segundos têm como objeto, segundo o mesmo autor, "facilitar a vida do indivíduo na coletividade". Estes últimos recebem de MEIRELLES a denominação de "serviços impróprios do Estado".²¹

Aqui se observa que a classificação apresentada por HELY LOPES MEIRELLES engloba serviços públicos essenciais, secundários ou de utilidade pública e mesmo os de natureza meramente industrial.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, quando classifica os serviços em questão, se manifesta de maneira semelhante, dividindo-os em "serviços essenciais ou serviços públicos em sentido estrito" e "serviços secundários ou serviços de utilidade pública". Enquanto aqueles são indelegáveis, ante sua importância para satisfação das necessidades essenciais da coletividade e a sobrevivência do próprio Estado, como a defesa nacional, a diplomacia, segurança interna, estes podem ter a execução confiada a terceiros, por não terem a característica de essencialidade, mas serem úteis para "as conveniências da vida social".²²

Dessa forma os "cometidos esenciales" de que fala LA SO correspondem na classificação de HELY LOPES MEIRELLES a "servi

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 294.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 293.294.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1974, p. 334.

ços públicos"; no entendimento de D. F. MOREIRA NETO a "serviços públicos em sentido estrito"; e até certo ponto aos "serviços públicos próprios obrigatórios" de BIELSA.

Seriam pois serviços públicos, os essenciais, próprios do Estado, cuja execução fosse, imperativamente, realizada de forma direta pela administração pública centralizada, sem admitir delegação a terceiros. E serviços de utilidade pública, os secundários, impróprios do Estado, admitindo delegação a terceiros para execução de forma descentralizada e indireta.

Para VEDEL e WALINE, definir serviço público não seria muito aconselhável, motivo pelo qual apresentam apenas elementos que, obrigatoriamente, integram a noção de tais serviços. VEDEL se baseia em decisão do Conselho de Estado francês, que salienta quatro caracteres indispensáveis, descrevendo-os assim:

"- un service public remplit une mission d'intérêt général. C'est la condition nécessaire, mais non suffisante, pour qu'une activité constitue un service public;

- l'Administration exerce un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission d'intérêt général. Il s'agit donc de l'hypothèse dans laquelle l'Administration ne se borne pas à permettre, à encourager ou à aider, mais se réserve un droit de contrôle sur la manière dont le service est accompli;

- l'organisme chargé de la gestion du service public est investi de prérogatives de puissance publique;

- en contrepartie de ces prérogatives, l'Administration dispose d'un pouvoir de tutelle, qu'elle exerce à propos de la nomination des membres du Conseil d'administration et, par l'intermédiaire d'un commissaire du Gouvernement, sur les décisions prises par les organes de gestion".²³

Pelas características acima fica claro que a noção é abrangente, de vez que admite a concessão a particulares ou ainda a pessoas de direito privado, fugindo, portanto, da noção de "serviço público em sentido estrito".

Para MARCEL WALINE quatro são os pontos que o estudo deve abranger, abstraindo-se, dessa forma, de uma conceituação su

²³ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 811-812.

cinta. Segundo ele, não há uma definição legal e nem jurisprudencial para serviço público.

Os quatro aspectos, conforme WALINE, são:

"1º - Le service public suppose toujours une oeuvre d'intérêt public à accomplir.

2º - Il faut que se but soit poursuivi sur l'initiative et sous l'autorité d'une personne de droit public, quitte, d'ailleurs, à préciser le sens du mot "autorité", qui n'implique pas une direction quotiniennne, mais seulement un pouvoir d'organisation générale et de contrôle.

3º - Le service public suppose-t-il une entreprise comportant, d'une part, aléas financiers, et, d'autre part, une organisation publique?

A ces questions, on ne peut répondre d'une façon absolument affirmative; c'est ici qu'apparaissent les variantes (graves) de la définition.

4º - Le service public suppose en revanche un régime de droit public, la question qui se pose étant alors de savoir si ce régime doit être considéré comme un élément de la définition ou s'il n'en est pas plutôt une conséquence".²⁴

OVIEDO e USEROS se manifestam em sentido semelhante. Ensinam que o conceito de serviço público pode ser deduzido

- "a) del fin que el servicio cumple;
- b) de la persona que lo atiende;
- c) de la manera como se preste;
- d) finalmente del régimen que lo regula".²⁵

Os mesmos autores espanhóis também preferem apresentar o que chamam de "traços cardeais" do tema serviços públicos, resumindo em sete itens que incluem, além da noção, características de sua gestão, cujo primeiro item traz as bases essenciais:

"1º - La noción de servicio público se ha de formar con la concurrencia de tres bases esenciales: a) un objeto de interés público; b) una garantía administrativa internamente virtual en el desarrollo de la actividad correspondente; y c) una organización material preordenada al fin de que se trate".²⁶

²⁴ WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris, 1969, p. 456.

²⁵ OVIEDO, Carlos Garcia e USEROS, Enrique Martinez. Derecho Administrativo. 9.ed., Madrid, E.I.S.A., 1968, v. II, p.199.

²⁶ OVIEDO, Carlos Garcia e USEROS, Enrique Martinez. Idem, p. 215-216.

No entender de JEAN RIVERO três são os princípios fundamentais que caracterizam os serviços públicos:

- a - a continuidade do serviço público;
- b - a possibilidade de modificação do regime dos serviços; e
- c - a igualdade de todos diante do serviço.²⁷

DE LAUBADÈRE, com traços próprios, apresenta ângulos particulares, afirmando de forma categórica que não há um serviço público pela sua própria natureza, mas que a concepção como tal varia segundo a época e os homens que estão no poder. Também não aceita a tese de um serviço público virtual, pois, conforme ele, só a lei pode transformar um serviço privado em público.²⁸

DE LAUBADÈRE vai além dos demais estudiosos do serviço público, ao apresentar os seus princípios fundamentais. Para ele são:

- 1º - princípio da continuidade;
- 2º - princípio da adaptação;
- 3º - princípio da neutralidade;
- 4º - princípio da obrigação da administração de fazer funcionar corretamente o serviço público; e
- 5º - princípio de igualdade diante do serviço público".²⁹

O autor não deixa, contudo, de definir serviço público como sendo "une activité assumée par une collectivité publique, en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général".³⁰

RIVERO traça relação entre serviço público e interesse geral. Segundo ele,

²⁷ RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1975, p. 430-431.

²⁸ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 581-582.

²⁹ LAUBADÈRE, André de. Idem, p. 618-619.

³⁰ LAUBADÈRE, André de. Ibidem, p. 578.

"Créer un service public, c'est affirmer que l'intérêt général serait compromis en cas de non-satisfaction du besoin social correspondant, et que l'intervention d'une personne public est indispensable pour y parvenir".³¹

Há outras características que possuem vinculação com a noção de serviço público, levando em consideração o destinatário. Com base nesse princípio a divisão é em relação ao usuário direto, que pode ser "uti universi", quando não há identificação de usuários propriamente ditos, pois o Estado o utiliza em benefício de todos, ou seja, da coletividade. É "uti singuli", quando existe usuário que se beneficia diretamente e de forma imediata. O primeiro, segundo HELY LOPES MEIRELLES, é mantido pelos impostos por não ser individualmente mensurável; e o segundo, por tarifas, por permitir a sua mensuração a nível de usuário.³²

PONTES DE MIRANDA ao estudar a matéria utiliza expressão própria, com significado também particular. Evita, até certo ponto, a ambigüidade da expressão serviço público. O eminente constitucionalista refere-se em seus estudos a "serviços ao público", o que traz em seu bojo um significado inteiramente original, em nosso direito administrativo. O serviço pode não ser público, mas ser destinado ao público.³³

BILAC PINTO, escrevendo em 1953, afirma que a expressão "serviço de utilidade pública" já era de uso corrente, apesar de "há vinte anos não ter nenhum sentido", atribuindo tal uso à influência dos autores americanos, na literatura técnica e jurídica brasileira na área "dos serviços públicos concedidos". Esta influência veio através da experiência dos autores americanos que foi adquirida com "atritos e choques entre as municipalidades americanas e as public utilities".³⁴

³¹ RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7.ed., Paris, Ed. Dalloz, 1975, p. 423-424.

³² TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 200-201. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 3.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 295.

³³ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, v. VI, p. 266 e segs.

³⁴ PINTO, Bilac. Estudos de Direito Público. Rio de Janeiro, Rev. Forense, 1953, p. 38-39.

No Direito positivo brasileiro as duas expressões: serviço público e serviço de utilidade pública são, normalmente, tomadas como sinônimas, quando na realidade, há acentuada diferença entre elas, conforme ficou exposto.

Delineados os parâmetros e caracterizada a distinção entre expressões utilizadas, às vezes de forma imprópria, passa-se a tratar dos "serviços de utilidade pública", ou seja, daqueles serviços que admitem a sua execução por terceiros, por concessão, de modo particular, aparecendo assim duas formas de gestão: centralizada e descentralizada, cada uma com peculiaridades próprias a serem analisadas.

Capítulo 3

3 - DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A maior ou menor descentralização depende, em grande parte do regime de governo e do sistema de distribuição de atribuições por ele adotado.

Isto levou HANS KELSEN a estudar a centralização e descentralização sob o aspecto jurídico:

"Existe certo grau mínimo abaixo do qual a centralização não pode cair, e certo máximo que a descentralização não pode ultrapassar sem dissolver a comunidade jurídica; pelo menos uma norma, a norma básica, deve ser uma norma central, deve vigorar para o território inteiro, senão o território não seria o de uma única ordem jurídica e não se poderia falar em descentralização como de uma divisão territorial de uma única e mesma comunidade jurídica.

O direito positivo conhece somente a centralização e descentralização parciais".¹

Esta descentralização ou centralização de HANS KELSEN é abrangente, pois atinge a todas as funções jurídicas estatais: constituinte, legislativa, administrativa e judicial, segundo a aceção de ENRIQUE S. LASO, que em seguida passa a estudar a descentralização administrativa, apresentando-a da seguinte forma:

"La descentralización administrativa, es decir, la que opera en el ámbito de la administración y respecto de la función administrativa unicamente, es la que alcanza más desarrollo en los tiempos modernos y que, por lo mismo aparece siempre en primer plano".²

No período imperial, o Visconde de Uruguay, em 1862, já preconizava a descentralização como solução para dar dinamidade à administração pública: "Ha muitos assumptos nos quaes a

¹ KELSEN, Hans. Formas da Organização Estatal: Centralização e Descentralização. Traduzido por Rudolf Aladar Merall. In Re vista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1946, v. IV, p. 51.

² LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho Administrativo. 3. ed., Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963, v. I, p. 206

acção do interesse particular ou local he mais activa, mais prompta, mais efficaç, mais economica do que a do governo".³

A análise deste último autor a respeito da centralização é sob o aspecto da manutenção do poder decisório, na área administrativa.

URUGUAY estuda a centralização sob o ângulo político (Governo Central, Provincial e Municipal) conjugado com o poder decisório na área administrativa.

Para ele "a centralização administrativa porém tende a retirar a vida dos membros para concentrá-la no coração".⁴

Na primeira república é possível captar a realidade que dominava na administração pública brasileira pelas palavras de VIVEIROS DE CASTRO. Reinava a centralização, demonstrando, contudo, a necessidade e os benefícios que poderiam advir se as decisões fossem melhor distribuídas.

Em toda história da administração pública brasileira sempre se julgou viável e frutífera a descentralização, mas difícil a sua implantação e execução, o que pode ser medido pelas palavras de VIVEIROS DE CASTRO, no começo do século XX: "A descentralização não pretende inaugurar o princípio exclusivo e egoísta do individualismo; pelo contrário, encaminha-o e aproveita-o em benefício da sociedade, nos diversos centros parciais da população".⁵

Mais adiante, falando da centralização, diz:

"A centralização pôde dar uma feição brilhante e uma aparente robustez ao corpo social, pôde ostentar todo o aparato da ordem material; mas, aniquilando as liberdades locais e individuais, esteriliza os germens da vitalidade pública e ma

³ URUGUAY, Visconde do. Ensaio sobre o Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, vol. II, p. 182.

⁴ URUGUAY, Visconde do. Idem, p. 180.

⁵ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1914, p. 395.

ta os elementos da ordem moral, sem qual é ephemero todo o poder, e fallaz toda a civilização".⁶

A reforma administrativa de 1967, consubstanciada no Decreto-lei nº 200/67 e suas modificações posteriores, teve uma maturação longa.

O Prof. HÉLIO BELTRÃO, um dos integrantes do grupo que preparou a reforma, aponta os princípios fundamentais, que têm como objetivo dar maior dinâmica à administração pública, solucionando com mais rapidez os problemas que se apresentam, não fazendo, contudo, distinção entre desconcentração e descentralização.

Expõe os seguintes princípios fundamentais que integram a filosofia básica:

I - Desconcentrar a autoridade executiva, através de uma vigorosa política de DESCENTRALIZAÇÃO, capaz de restituir aos órgãos centrais sua função diretora, orientadora e normativa, e de transferir aos órgãos locais — que estão em contato direto com o público e com os problemas — a autoridade necessária à solução dos problemas da administração ordinária.

A DESCENTRALIZAÇÃO deverá operar-se em três planos:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, mediante ampla delegação da autoridade executiva, efetuando-se a revisão das leis e regulamentos centralizadores, como foi acima indicado.
- b) da Administração para a órbita privada, delegando-se tarefas executivas mediante contrato. Sempre que praticável, a execução contratada deverá substituir a execução direta, excetuados, evidentemente, os casos de segurança nacional ou manifesta inconveniência.
- c) da União Federal para os Governos locais — (quando aparelhados) efetuando-se a delegação através de convênios, com programas aprovados pelo Governo Federal, fiscal da execução.

⁶ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo. 3.ed., Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1914, p. 395.

A adoção de uma política de descentralização implica na decisão de correr conscientemente os riscos da descentralização, que embora existentes, são incomparavelmente menores do que os da centralização".⁷

A administração pública pode ser direta e indireta.

CELSON ANTÔNIO B. DE MELLO a define como

"a atividade exercida pelo Estado (ou por quem lhe esteja fazendo as vezes), no exercício de suas prerrogativas de autoridade, como parte diretamente interessada numa relação jurídica, de baixo da lei e em obediência a ela, a fim de cumprir as finalidades assinaladas no ordenamento normativo".⁸

O art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, classifica como administração direta os "serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" e como administração indireta as entidades dotadas de personalidade jurídica própria, representadas pelas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Decreto-lei nº 200/67 original equiparava as fundações instituídas pelo poder público às empresas públicas (art. 4º, § 2º). Mas, sem motivo que encontre uma justificativa convincente, o dispositivo em questão foi revogado pelo art. 8º do Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

Quando o Decreto-lei nº 200/67 fala em administração indireta, quer na realidade delinear a administração descentralizada.

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO a descentralização pode ser:

1 - territorial ou vertical, que se divide em: a) Estados, Municípios e Distrito Federal. b) Administrativas: distri

⁷ BELTRÃO HÉLIO. Reforma Administrativa. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, p. 13/14.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 12.

tos, sub-distritos, bairros, etc. e c) Judiciária: comarcas, termos, circunscrições, zonas, etc.

2 - funcional, horizontal ou institucional, que são as autarquias, para as quais existe autonomia institucional.

3 - hierárquica ou desconcentração, que consiste na subdivisão de uma pessoa de Direito Público em órgãos que mantêm relação hierárquica entre si (subordinação e coordenação, com objetivo de especialização de funções).

4 - por delegação, que constitui na entrega da execução de certas atividades a particulares.

Estão integrados neste item, segundo o autor, os sindicatos e as paraestatais, que possuem como origem a lei; as concessões que têm como base um contrato e as permissões, calcadas num ato administrativo unilateral.

A delegação, segundo ele, engloba todas as modalidades de administração indireta.

5 - descentralização social: que tem por objetivo retirar do Estado a execução direta de atividades, que possam ser entregues, com um "simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica mais adequada, a unidades sociais já existentes, como a família, o bairro, as agremiações profissionais, a igreja", etc., para que por delegação possam promover atividades administrativas, para beneficiar "o grupo que congregam".⁹

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO procura distinguir atividade governamental, de atividade administrativa:

"Assim como pode haver pessoa governamental exercendo atividade privada, também pode existir pessoa não governamental exercendo atividade administrativa, pública. Neste caso, cabe falar em descentralização administrativa, enquanto no anterior não procederia".¹⁰

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 3.ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1975, p. 95.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de ..., p. 15

MÁRIO MASAGÃO divide a descentralização em orgânica, política e por colaboração.¹¹

Para este autor, a descentralização por colaboração assume três aspectos: "o da delegação, o da concessão de serviços públicos e o da instituição de autarquias".¹²

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO apresenta o conceito de descentralização política:

"Por conseguinte, haverá descentralização política quando houver uma pessoa jurídica — diferente do Estado — com poderes de criar o direito e agir em sua conformidade, hauridos na Constituição e exercitáveis nos limites de sua esfera própria e privativa de competência, circunscrita a uma área territorial".¹³

Continuando, registra as características que diferenciam a descentralização política da descentralização administrativa. Para ele

"as descentralizações políticas:

- 1 - criam o Direito, em sua esfera de competência;
- 2 - seus poderes promanam diretamente da Constituição;
- 3 - são imunes à tutela administrativa, submetendo-se, no entanto, a controle político e jurisdicional".

"as descentralizações administrativas:

- 1 - não criam o Direito, mas apenas, agem em sua conformidade, desempenhando funções meramente administrativas;
- 2 - seus poderes provêm de lei ordinária (federal, estadual ou municipal);
- 3 - sujeitam-se à tutela administrativa, de sorte que seus atos podem ser apreciados quanto à legitimidade e quanto ao mérito pela descentralização política em cuja esfera circunscritam".¹⁴

¹¹ MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 65-81.

¹² MASAGÃO, Mário. Idem, p. 77.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 25.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 48-49.

Pode-se associar o que ENRIQUE S. LASO chama de "descentralização legislativa" e o que os autores pátrios entendem por "descentralização política".¹⁵

Para GABINO FRAGA, a descentralização administrativa, no Estado Federal se realiza somente no âmbito do Poder Executivo.¹⁶

Assim, as descentralizações que incluem atribuições legislativas devem ser aceitas como políticas e ter amparo na Constituição Federal. Entre nós, estão, neste caso, os Estados - Membros e os Municípios.

No entender de EROS ROBERTO GRAU, Professor da USP e da Fundação Getúlio Vargas,

"não há como confundir, também, a descentralização, que rejeita a distribuição (descongestionamento) de capacidades funcionais, com desconcentração, conceito que implica distribuição de funções a várias entidades, porém subordinadas ao organismo administrativo".¹⁷

Afirma o mesmo autor que a concessão de serviços de utilidade pública é a origem da administração indireta. Sentencia ele que

"Assim, tão logo se tornou necessário a organização estatal, desempenhar atividades de natureza industrial e comercial, a opção que o regime liberal encaminhou, para que se provissem (sic) tais funções, foi a do regime de concessão".¹⁸

Segundo ainda GABINO FRAGA, a desconcentração "consiste en atribuir facultades de decisión a algunos órganos de la Administración que, a pesar de recibir tales facultades, siguen sometidos a los poderes jerárquicos de los superiores".¹⁹

¹⁵ LASO, Enrique Sayagués. Ob. cit., v. I, p. 208.

¹⁶ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1973, p. 200.

¹⁷ REVISTA DE DIREITO PÚBLICO. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 17, jul./set. 1971, p. 114.

¹⁸ IDEM, p. 120.

¹⁹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., p. 200.

Ainda, conforme ele, a descentralização se apresenta sob três modalidades:

- a - descentralização por regiões;
- b - descentralização por serviços; e
- c - descentralização por colaboração.²⁰

Ensina JEAN RIVERO, baseado em DI MALTA, que a desconcentração é uma modalidade da centralização.²¹

É RIVERO que, com palavras precisas, traça a abrangência de cada uma:

"Dans la déconcentration, la décision est toujours prise au nom de l'État par un de ses agents; il y a seulement substitution d'un agent local (par exemple le préfet) au chef de la hiérarchie (normalement le ministre). Dans la décentralization, la décision n'est plus prise au nom et pour le compte de l'État par un de ses agents, mais au nom et pour compte d'une collectivité locale par un organe qui émane d'elle".²²

Por vias radicalmente diferentes, continua o mesmo autor, a administração se aproxima dos administrados.

O exemplo apresentado por RIVERO não se adapta ao caso brasileiro. Aqui, pode-se citar como exemplo a delegação de poderes do Ministro da Agricultura para o Delegado do mesmo Ministério em Santa Catarina, para assinar contratos de locação, em nome do Ministério, que interessam à entidade neste Estado.

Para BIELSA a desconcentração administrativa corresponde à administração hierárquica com subordinação, também hierárquica, e com base em ROMANO acrescenta que a autarquia implica na descentralização administrativa que é, um "desdobramento" da personalidade do Estado, de vez que as entidades por si mesmas não

²⁰ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, p. 201.

²¹ RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1975, p. 307.

²² RIVERO, Jean. Idem, p. 308.

constituem o Estado, mas este lhes confia funções próprias do Estado.²³

Entre nós os autores criticam a legislação brasileira, pelo fato de confundir administração indireta com descentralização ou esta com desconcentração.²⁴

Segundo HELY LOPES MEIRELLES:

"Serviço descentralizado é todo aquele que o Poder Público transfere a sua titularidade ou, simplesmente, a sua execução por outorga ou delegação, a autarquias, entidades paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente".²⁵

A desconcentração é na realidade uma técnica administrativa que consiste na distribuição entre os diversos órgãos dentro da própria administração centralizada, enquanto que a descentralização é motivada, principalmente, pela transferência de um serviço de uma entidade para outra, com vistas a melhor execução, considerando sua finalidade específica.

HELY LOPES MEIRELLES assim se expressa:

"Serviço centralizado é o que o Poder Público presta por suas próprias repartições em nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador de serviço, que permanece integrado na agora denominada Administração Direta (Decreto-lei ... 200/67, art. 4º, I)".²⁶

Continua o mesmo autor ensinando que a execução é direta quando o próprio órgão competente ou responsável pela prestação do serviço o executa por seus meios sem contratar terceiros.

Será indireta a execução quando o encarregado do serviço contrata a sua execução com terceiros.²⁷

²³ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. I, p. 239, notas 38 e 39.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1975, p. 303. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973, p. 31 e segs.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 302.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 302.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem, p. 303.

Esta posição não coincide com o que dispõem os arts. 4º, 5º e 10 do Decreto-lei 200/67, para os quais administração centralizada é administração direta, e execução descentralizada integra elementos de descentralização política (art. 10, § 1º, b), de desconcentração (art. 10, § 1º, a) e de descentralização administrativa (art. 10, § 1º, c), referindo-se neste último caso a concessões para particulares, na acepção de HELY LOPES MEIRELLES anteriormente exposta.

Sob este aspecto assevera HELY LOPES MEIRELLES

"que o legislador da Reforma Administrativa, após enquadrar na Administração Indireta alguns entes descentralizados, deixando de lado, porém, os concessionários de serviços públicos e entidades paraestatais conhecidas por fundações governamentais e serviços sociais autônomos, propõe, sob o nome genérico de descentralização, tomado o termo na sua acepção vulgar, um amplo descongestionamento da Administração federal, através da desconcentração administrativa, da delegação de execução de serviço e da execução indireta".²⁸

Ao estabelecer-se este amálgama, deve-se ter em mente que, possivelmente, as regras constantes destes artigos, procuram estabelecer apenas uma técnica de execução dos encargos de responsabilidade do poder público.

O confronto entre dois dispositivos do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, que autorizou a constituição da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), evidencia bem a acepção diversa em que é tomado o termo indireto. São eles os arts. 6º, § 4º e 18, que dispõem:

"Art. 6º, § 4º - Poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades integrantes da Administração Federal Indireta".

Na realidade o significado deve ser administração federal descentralizada.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 5. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 70L

Em contrapartida o art. 18 assim dispõe:

"Art. 18 - A ECT procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contratos e convênios, condicionando esse critério aos ditames de interesse público e às conveniências da Segurança Nacional".

Esta execução indireta pode inclusive atingir entidades da administração descentralizada, pois sua finalidade é outra, na realidade, em face do caráter monopolístico da ECT.

Dessa forma não pode ser chamado pelo Estado de administração indireta se o serviço a ser executado é de responsabilidade do próprio Estado. Constitui, isto sim, administração descentralizada, a execução de um serviço de utilidade pública, por intermédio de uma entidade criada pelo próprio Estado, e da qual mantém, de uma ou de outra forma, controle em qualquer circunstância.

O § 7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200/67, por sua vez, dispõe regra que se contrapõe ao que consta do § 1º, letra c, do mesmo artigo e ao que prescreve o art. 4º, II e letras a, b e c, do mesmo Decreto-lei nº 200/67, com redação dada pelo Decreto-lei 900, de 1969, quando estabelece que

"... a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

A iniciativa privada aqui mencionada não é constituída pelas entidades estatais que são pessoas jurídicas de direito privado, e sim pelas entidades particulares.

Vê-se que este dispositivo é coincidente com a conceituação emprestada por HELY LOPES MEIRELLES para execução indireta.

É admitida, pois, na acepção deste autor, a execução direta e indireta tanto na administração centralizada como na administração descentralizada.

EROS ROBERTO GRAU discorrendo sobre o assunto assevera que

"Como já vimos anteriormente, as expressões "administração descentralizada" e "administração indireta", por um lado, e "administração centralizada" e "administração direta", por outro, são costumeiramente utilizadas, em doutrina e na legislação, como sinônimos. Não obstante, não se confundem os conceitos que se contêm em tais expressões".²⁹

Ele classifica as expressões em dois campos: no do direito e no da ciência da administração.

Segundo GRAU, no campo do direito a divisão é a seguinte:

1. administração direta:
 - 1.1 - centralizada;
 - 1.2 - descentralizada.
2. administração indireta.

Explicando a sua forma de entender a questão afirma que, na área do direito, a

"administração direta (exercida sempre por pessoa jurídica de direito público, centralizada ou descentralizadamente)"; e "administração indireta (exercida sempre por pessoa jurídica de direito privado, descentralizadamente)".³⁰

E conclui EROS ROBERTO GRAU, conceituando

"administração direta como a modalidade de administração pública exercida através de pessoa jurídica de direito público e administração indireta como aquela exercida através de pessoa jurídica de direito privado".³¹

Assim integram, segundo ele, a administração indireta no direito:

- a - as fundações de direito privado;
- b - as empresas públicas;

²⁹In REVISTA DE DIREITO PÚBLICO, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. 17, jul./set. 1971, pág. 116.

³⁰Idem, p. 117

³¹Ibidem, p. 118.

- c - as sociedades de economia mista;
- d - os consórcios de direito privado;
- e - as empresas privadas;
- f - os particulares.³²

O que a maioria dos autores procura analisar sob o ângulo do direito administrativo, é por este autor visto sob o prisma da ciência da administração.

Conforme ele, estudada sob este aspecto as expressões anteriormente referidas, podem ser divididas em administração centralizada e administração descentralizada, sendo a primeira "exercida sempre por pessoa jurídica de direito público" e a segunda "exercida ora por pessoa jurídica de direito público, ora por pessoa jurídica de direito privado".³³

O simples confronto das opiniões de EROS ROBERTO GRAU e HELY LOPES MEIRELLES mostra haver uma profunda divergência entre os dois autores ao analisar as expressões, de vez que o primeiro toma como ponto de referência a ciência da administração e o direito e o segundo, se atendo ao direito (no caso, administrativo).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO faz uma divisão que se assemelha a de EROS ROBERTO GRAU, e que poderia ser resumida da seguinte forma:

1 - Prestação direta:

A execução está a cargo de pessoas jurídicas de direito público, sendo indelegável, subdividindo-se em:

- a - prestação centralizada: quando a responsabilidade da execução é de pessoa jurídica de direito público de natureza política: União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal, em face do campo de competência de cada uma;

³² In REVISTA DE DIREITO PÚBLICO. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. 17, jul./set. 1971, p. 118.

³³ Idem, p. 116-117.

b - prestação descentralizada: quando a atribuição da realização é de pessoa jurídica de direito público descentralizada de natureza administrativa: autarquias federais, estaduais, municipais, mistas, pluriestaduais ou plurimunicipais, cuja criação é feita por lei, cometendo-lhes serviços específicos.

2 - Prestação indireta: quando a realização dos serviços é através de pessoas de direito privado, criadas pelo Estado, para colaboração estreita, ou chamadas para este fim, ou ainda por ele reconhecidas na prestação de serviços de utilidade pública.

O Estado continua a decidir, não se despidendo do seu "poder-dever" de regulamentar, transferindo a execução, com os aspectos de:

- a - Prestação paraestatal;
- b - Prestação concessional;
- c - Prestação permissional;
- d - Prestação reconhecida.

3 - Prestação complexa: quando a execução é realizada por intermédio de convênio ou consórcio administrativo, assim caracterizados pelo autor:

Convênio: acordo entre duas ou mais entidades para execução de um serviço público, de competência de uma das convenientes, devendo esta ser uma entidade pública.

Consórcio: consiste num acordo entre duas ou mais entidades públicas da mesma natureza, para execução de um serviço público, que é de competência de todos os consorciados.

São variedades de cooperação administrativa.

Para a execução do convênio poderá ser criada uma nova entidade, segundo MOREIRA NETO, que é feito pelas entidades acordantes, aparecendo as modalidades de autarquias, paraestatais, concessionais e permissionais derivadas.

Indica o autor a prestação complexa para ser aplicada na execução dos serviços públicos das Regiões Metropolitanas.³⁴

Vê-se que as opiniões divergem quanto à classificação em prestação direta, indireta, centralizada e descentralizada, na área da execução dos serviços públicos e serviços de utilidade pública.

Assim considerado, as concessões de serviços de utilidade pública a particulares, seria, realmente, administração in direta, porque o poder público não tem o poder de escolher ou no mear a direção da empresa encarregada de executar o serviço assim concedido. Limita-se apenas em controlar e fiscalizar a execução dos serviços dados em concessão.

Para MARIENHOFF a concessão de serviços de utilidade pública constitui "um caso de colaboração, por participação voluntária na prestação dos serviços públicos".³⁵

A forma descentralizada da administração pública, se gundo a legislação brasileira, se divide na área federal em:

- a - pessoas jurídicas de direito público: autarquias;
- b - pessoas jurídicas de direito privado, das quais o Estado mantém o controle do capital votante: empresas de economia mista e empresas públicas;
- c - fundações instituídas pelo poder público;
- d - serviços sociais autônomos: SESC, SENAC, SENAI, etc.

Pode-se afirmar que a forma indireta de execução dos serviços de utilidade pública é realizada por:

- a - concessionários de serviços de utilidade pública de capital particular;

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976, p. 341-343.

³⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, v. III-B, p. 576.

b - terceiros contratados pelas entidades da administração centralizada e descentralizada, para execução de serviços cuja responsabilidade pela prestação é dessas entidades.

Em apoio ao ponto de vista acima expresso citam-se os artigos 1º e 2º do Decreto-lei Complementar nº 7, de 6 de novembro de 1969, do Estado de São Paulo, segundo os quais:

"Art. 1º - O Estado descentralizará os serviços que, por sua natureza e finalidade, justifiquem autonomia técnica, administrativa ou financeira.

Art. 2º - A descentralização se efetivará mediante a constituição de:

I - autarquias;

II - empresas públicas e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua administração centralizada ou descentralizada;

III - fundações".³⁶

Mais dois motivos justificam e apoiam a divisão apresentada:

1 - o Decreto-lei nº 200/67, nem em sua redação original, nem na atual contempla a concessão de serviços de utilidade pública, quando feita a empresa de capital particular, como integrante da administração descentralizada ou como dispõe o artigo 4º, II, do referido diploma legal, da administração indireta, que se refere apenas a autarquias, empresas públicas e empresas de economia mista.

2 - o fato de o Estado não participar da direção das empresas concessionárias de serviços de utilidade pública, constituídas de capital exclusivamente particular, em face de não participar do capital social da empresa, ou delas participar minoritariamente.

Para alcançar os seus objetivos, o poder público está utilizando, em grande escala, do instituto da descentralização administrativa, que hoje é consagrado em todos os Estados desen -

³⁶ In REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. 409, nov. de 1969, p. 491

volvidos e na maioria dos subdesenvolvidos, ou em vias de desenvolvimento, com as particularidades próprias de cada um, independentemente de regime político.

No Brasil a descentralização multiplicou-se nos últimos dez anos, tantas as empresas e fundações cuja criação tem sido de iniciativa do poder público.

Para aquilatar da importância da administração descentralizada na vida da administração pública brasileira, vale citar alguns algarismos que traduzem uma situação real, ocorrida em 1976.

Em declaração de voto do Ministro MAURO RENAULT LEITE, do Tribunal de Contas da União, quando da apreciação do parecer prévio das contas do Governo, relativas ao exercício de 1976, referindo-se à administração descentralizada, assim se expressa:

"Note-se que enquanto a administração direta gerou receitas e despesas de Cr\$172.372.127.126,86 e Cr\$ 168.181.101.505,69, respectivamente, a administração indireta registrou valores quase oito vezes maiores: Cr\$ 1.237.435.884.565,81 e Cr\$ 1.214.039.507.505,67".³⁷

Nesse total, sem dúvida, cabe às empresas de economia mista e empresas públicas, uma parcela substancial, certamente a maior, o que diz da sua importância no contexto da administração descentralizada.

Esta descentralização leva a especializações de funções que, por sua vez, elevam a dinâmica da administração governamental para maior impulso na solução dos problemas do Estado para com a coletividade, apesar de haver sempre uma tendência nas organizações administrativas no sentido de manter o status quo.

Assim HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, referindo-se ao México, afirma que "la descentralización ha permitido confiar a organismos técnicos o especializados la tarea económica, social y cul

³⁷ Ata nº 38, sessão de 8 de junho de 1977, anexo II, p. 14. In DOU de 28 de junho de 1977, seção I - parte I, p. 8.102.

tural que la administración activa no ha tenido oportunidad o medios de efectuar".³⁸

Em sentido semelhante se manifesta THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, quando discorre sobre descentralização:

"Na descentralização funcional são criados órgãos próprios, geralmente com funções especializadas e diferenciadas pela natureza da tarefa.

São os departamentos e as autarquias e, algumas vezes, até empresas públicas que desempenham essas funções e que aliviam o poder central. Geralmente, a especialização de funções e um estatuto próprio, permitem melhor execução do serviço".³⁹

Dessa forma o Estado criou uma nova faixa de atuação, por intermédio de organismos que mantêm sob seu controle, para intervir prontamente, quando julgar necessário, utilizando-se do seu poder, mas usufruindo da maleabilidade que foi buscar e busca ainda, na empresa particular. Executa, assim, os serviços de utilidade pública de sua responsabilidade, sem os dar em concessão a empreendedores particulares para implantação e exploração.

³⁸ SIERRA, Humberto Briseño. La Empresa Estatal en México. In La Empresa Pública. Tuells, Evelio Verdera Y, v. II, 1970, p. 1.846.

³⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1966, p. 92.

Capítulo 4

4 - FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADEPÚBLICA POR PARTICULARES

Antes de especificar as modalidades de concessão e suas finalidades, cabe caracterizar as figuras da permissão e da autorização, que possuem traços assemelhados aos da concessão.

Essas duas formas apresentam como características essenciais a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade.

A permissão "é um ato administrativo discricionário, pelo qual o poder público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração".¹

A permissão admite prazos e condições para garantir rentabilidade e assim provocar o interesse dos particulares. Em razão disso é que HELY LOPES MEIRELLES aceita a permissão condicionada, que para ele é aquela em que o próprio poder público se autolimita, na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário como incentivo para a execução do serviço. Assim se reduz a discricionariedade e a precariedade da permissão às condições legais da outorga.²

Em qualquer tempo pode o permitente cassar a permissão, tanto a condicionada como a simples. No primeiro caso, em havendo prazo determinado, deverá haver indenização ao permissionário, se a cassação ocorrer durante o período da permissão e antes do seu término, assemelhando-se aqui à concessão, desde que não haja culpa do permissionário.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, p. 157.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 157.

Para o autor acima mencionado, a permissão

"não se confunde com a concessão nem com a autorização; a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público".³

Vai além o Prof. HELY LOPES MEIRELLES. Para ele, "serviços permitidos são todos aqueles que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público, e, por ato unilateral (termo de permissão) comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho".⁴

A autorização pode ser assim definida:

"é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, trânsito por de terminados locais".⁵

O alvará de autorização pode ser cassado, a qualquer tempo, sem direito a indenização.

A autorização constitui sempre uma relação de direito privado entre o autorizatário e o interessado (usuário), como no caso de contratação de guarda bancário, por exemplo, sem responsabilidade do poder público que expediu o alvará de autorização.

O autorizatário não pode transferir o serviço a terceiros.⁶

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, p. 157.
 4 MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 356.
 5 MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem, p. 156-157.
 6 MEIRELLES, Hely Lopes. Idem ibidem, p. 359.

Nos dois sistemas, assim como nas concessões, as ta ri fas são fixadas pelo poder público.

Entre as características comuns às três modalidades, se destacam:

- 1 - Todas constituem serviços delegados ao parti-
cular;
- 2 - execução por conta e risco do concessionário,
permissionário ou autorizatário;
- 3 - execução confiada ao interessado intuitu per
sonae.

No direito positivo brasileiro o instituto da permis ão está, hoje, cedendo terreno para o da autorização, mas com a conceituação daquela. Assim pode-se mencionar a própria Consti-
tuição Federal que faz referência apenas à concessão e à autoriza ção (art. 8º, XV).

Idêntico fato se observa em outros diplomas legais em que os termos são tomados como sinônimos, ou mesmo substituída a palavra permissão pela de autorização, como é o caso do art. 75, V, do "Regulamento dos Serviços Rodoviários Interestaduais e In-
ternacionais de Transporte Coletivo de Passageiros", aprovado pe-
lo Decreto 68.961, de 20 de julho de 1971 e modificado pelo Decre to nº 71.984, de 23 de março de 1973.

A concessão abrange um campo muito vasto na área do direito administrativo; daí a sua divisão em diversas modalidades, e que são as seguintes:

1 - Concessão de serviços de utilidade pública, nos termos do art. 167 da Constituição Federal. Também levam este no me as concessões que exijam um certo investimento inicial, a fim de que o concessionário possa começar o serviço. É o caso, por exemplo, da concessão de transportes coletivos, em que o interes-
sado, que foi escolhido para prestar o serviço, tem a obrigação de construir garagens, oficinas, para guarda e reparo dos veícu -
los com os quais executará o trabalho, objeto da concessão.

2 - Concessão de obra pública. Destina-se à constru ção de pontes, estradas de ferro e de rodagem. Estas obras são, após concluídas, exploradas por um período certo e determinado, pe lo concessionário a fim de reaver o capital investido em sua im

plantação e posterior entrega da obra ao poder público. Terminado o prazo da concessão, considera-se que o concessionário nada mais tem a haver do poder concedente, de vez que obteve o retorno do capital investido e remunerado de forma adequada, mediante a cobrança de tarifas dos usuários das obras.

Esta modalidade é muito comum nos Estados Unidos da América e nos Países Europeus, em que há grande acumulação de capital por empresas particulares e que se dispõem a receber o retorno do capital investido de forma mais lenta, além de o investimento inicial exigir, em muitos casos, vultosas somas.

Assim o Estado obtém a obra para uso público sem necessitar investir.

Sabe-se por notícias recentemente veiculadas pela imprensa que está sendo cogitada a aplicação dessa sistemática na implantação e construção de rodovias nos Estados de São Paulo e Paraná.

A concessão de obra pública teve grande utilização no século XIX, quando o principal objetivo era a implantação da obra e não a sua exploração.

O conceito de concessão, originário do direito francês, assim evoluiu:

- a - na monarquia era considerada a obra a construir, ficando o concessionário proprietário pleno da mesma;
- b - no século XIX, a obra ainda permanecia em primeiro plano, mas era levada em consideração a exploração posterior pelo concessionário ;
e
- c - finalmente, no final do século passado e começo do atual, solidificou-se o entendimento aceito em nossos dias no sentido de que o elemento fundamental passou a ser a exploração do serviço, ocupando a obra a cons-

truir um plano secundário, podendo mesmo nem existir.⁷

JOSÉ CANASI ao se referir à concessão de obra pública entende que neste caso o objeto essencial e fundamental é sempre a construção da obra, tendo a sua exploração um aspecto secundário, em face de esta se reduzir a forma de financiamento representado pelo pedágio, etc., pago pelos usuários da obra, durante o tempo de contrato da concessão da obra pública, a fim de assegurar ao concessionário a integral retribuição do capital investido e sua justa remuneração; admitindo ainda o reajustamento da tarifa em caso de período inflacionário.⁸

3 - Concessão de uso de bem público.

Tem como peculiaridade a cessão de uso do domínio público. Consiste na exploração de um bem, segundo sua destinação original e nas condições reguladas pela administração pública.

A distinção para com as locações civis e comerciais é a predominância do interesse público, o que leva a possibilidade de alteração unilateral do contrato, por parte do poder concedente.

Além de ser necessária a licitação sob forma de concorrência, a concessão de uso de bem público pode ainda assumir o aspecto de gratuidade ou onerosidade.

4 - Concessão de direito real de uso de terras.

Esta sistemática de concessão foi implantada pelo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, pelo artigo

⁷ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 601, nº 1.079; CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. II, p. 1018-1.021; LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 12, nota 1.

⁸ CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1974, v. II, p. 567.

7º e parágrafos.⁹

Por este diploma legal é permitido que tais concessões sejam transferidas para terceiros, desde que não haja disposição contratual em contrário (art. 7º, § 4º) pelas formas expressamente previstas, e que são:

- a - por ato inter vivos;
- b - por sucessão legítima; e
- c - por sucessão testamentária.

Esta modalidade de concessão a título de "direito real resolúvel" tem como objetivos "específicos a urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social". (art. 7º, caput).

5 - Concessão de uso do espaço aéreo.

Deste tipo também trata o Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, nas condições que estabelece, através do seu artigo 8º, que preceitua:

Art. 8º - "É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical,

⁹ "Art. 7º - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º - A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º - Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º - Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º - A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência".

nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que fôr regulamentada".

As duas últimas modalidades de concessão podem ser entregues a uma mesma pessoa, concomitantemente, para desenvolver trabalho, obra ou serviço de interesse social.

Capítulo 5

5 - A CONCESSÃO COMO FORMA DE EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA

A noção de concessão de serviços de utilidade pública está delineada por MARCELLO CAETANO.

Segundo ele, formam a noção os aspectos seguintes:

1 - O fato de um serviço passar a ser gerido por uma entidade particular não o faz perder a sua natureza;

2 - O serviço de utilidade pública para ser objeto de concessão tem de estar legalmente subtraído à livre concorrência;

3 - Somente é admissível a concessão de uma atividade a certa pessoa, se não for livre o seu exercício por qualquer pessoa;

4 - O serviço de utilidade pública só pode ser objeto de concessão quando tem caráter empresarial.

DE LAUBADÈRE vai além do caráter empresarial. Para ele, apesar de tradicionalmente a concessão de serviços de utilidade pública ser o modo adequado e próprio para serviços públicos industriais e comerciais, com o desenvolvimento dos serviços públicos administrativos, geridos por particulares, apareceu a possibilidade de sua concessão, o que na França se consagra, atualmente, na "organização hospitalar".¹

5 - A gestão do serviço é por conta e risco do concessionário; e

6 - A concessão implica a transferência temporária do exercício dos direitos e poderes da pessoa coletiva de direito público necessários à gestão do serviço pelo concessionário.

¹ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 600.

Comentando o item 6, afirma MARCELLO CAETANO que

"durante o prazo de concessão, os poderes transferidos vão além da simples delegação, alcançando o seu exercício, de vez que a titularidade dos direitos continua na entidade concedente, mas a faculdade de os exercer passa a ser exclusivamente do concessionário".²

Segundo CANASI

"El contrato de concesión tiene un carácter bien amplio, pues abarca a todo acto jurídico de derecho público em que el concedente delega en el concesionario un poder jurídico, así como también el uso, ocupación, etc., de bienes del dominio público".

Acrescenta o mesmo administrativista que este campo se restringe quando se fala em concessão de serviços de utilidade pública:

"Pero cuando se habla de concesión de servicios públicos, deve circunscreverse al acto mediante el cual un particular se compromete a asegurar por cierto tiempo, a su costa, riesgo y peligro, o riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, un servicio público, recibiendo de los usuarios como contraprestación económica, la cantidad determinada en las tarifas".³

No entender de ÁLVAREZ-GENDIN o contrato de concessão é uma maneira de ser do contrato público, devendo ser estudado com os contratos e não com os sistemas de serviços públicos.

Ele o faz, contudo, com estes, para seguir a sistemática dos autores modernos, apesar de a doutrina reconhecer, segundo ele, o seu ponto de vista.⁴

Realmente, a maioria dos autores que trata do contrato de concessão, não o estuda junto com a teoria geral dos contratos administrativos, fazendo-o, contudo, quando estes se referem às formas de execução de serviços de utilidade pública.

² CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, v. II, p. 1016-1017.

³ CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1974, v. II, p. 579.

⁴ BLANCO, Sabino Álvarez-Gendin y. Tratado General de Derecho Administrativo. Barcelona, Ed. Bosch, 1958, v. I, p. 50.

Os autores não são unânimes quanto à área do direito em que deve ser incluído o ajuste entre o particular e o poder público, tendo como objeto a execução e prestação de serviços de utilidade pública. Os interessados são três: o Estado, a coletividade e o concessionário. É, portanto, de interesse público.

Segundo as palavras de FRANCISCO CAMPOS:

"O ato de concessão tem por pressuposto, uma vez que a colaboração do particular é voluntária e não obrigatória, uma reciprocidade ou bilateralidade de prestações: o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e o concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do convênio entre ambos concluído".⁵

O autor dá grande importância à parte financeira do contrato, advogando a necessidade de um equilíbrio justo entre os deveres do concessionário e os seus benefícios, ou seja, o retorno compensatório sob o aspecto econômico-financeiro, acentuando a liberdade de pactuar do particular.

MÁRIO MASAGÃO, um dos pioneiros da tese que apresenta o contrato de concessão como de direito público, assim se expressa: "Pode a concessão ser definida como contrato de direito público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a administração transfere à pessoa de direito privado a obrigação de fazer funcionar um serviço público".⁶

MASAGÃO não entra em detalhes na sua conceituação, que vem desde 1933 e repetida por ele desde então, de vez que não fala na equação econômica, na obrigatoriedade ou não do particular de executar o serviço, entre outras particularidades.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao conceituar a mesma matéria, introduz características que julga deverem estar expressas:

⁵ CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1958, v. I, p. 81.

⁶ MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. 6. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, p. 286, nº 480.

"Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, re-munerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro".⁷

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, também integra a corrente dos administrativistas que apresenta o contrato de concessão de serviços de utilidade pública como regido pelo direito público, dividindo-o em duas partes:

1 - a que fixa prazos, condições gerais do contrato, natureza e modo de prestação do serviço, etc. e

2 - a que regulamenta (cláusula regulamentar).

Esta última, segundo o autor, está sujeita a modificações permanentes, sendo, portanto, variável.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI justifica a sua posição: "Aderimos a ela, menos por contingência de ordem doutrinária do que pelo que representa a prática eficaz, na execução do contrato".⁸

Ainda entre os autores nacionais, aparece RUY CIRNE LIMA como partidário do contrato administrativo, quando do ajuste para execução de serviços de utilidade pública por particular: "Fora de dúvida, temos, pois, a concessão de serviço público, um contrato administrativo por natureza".⁹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO também se manifesta no sentido de que o contrato de concessão deve ser regido pelas regras de direito público.

Vale ressaltar que é um dos raros autores que procu-

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 35.

⁸ In REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. 260, junho de 1957, p. 52.

⁹ In REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 32, abril/junho 1953, p. 24.

ra fazer a distinção nítida e clara entre "serviço público" e "serviço de utilidade pública".

Para ele "a concessão pode ser conceituada como um contrato administrativo através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares".¹⁰

O autor acentua, na realidade, o objetivo do contrato, que é uma técnica utilizada para conseguir a execução de um serviço de responsabilidade do poder público.

MOREIRA NETO dá como elementos do contrato de concessão, em face de seu caráter de direito público, os seguintes: imperatividade, presunção de veracidade, eficácia, exeqüibilidade, executoriedade, bilateralidade, comutatividade, onerosidade e instabilidade.¹¹

Ao invés de distinguir no contrato de concessão parte regulamentar e parte contratual, prefere classificá-las em "cláusulas privadas e cláusulas de serviço".¹²

Afirma, ainda, o mesmo autor, que "a concessão é contrato administrativo destinado a transferir a particulares atividades reservadas à Administração. Estas atividades podem ser a execução de serviços públicos ou a utilização privativa de bens públicos".¹³

Para HELY LOPES MEIRELLES "o contrato de concessão é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área e deveres das partes e dos usuários do serviço".¹⁴

O autor concorda com MÁRIO MASAGÃO com relação à bilateralidade, onerosidade e comutatividade do contrato de concessão.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976, p. 345.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Idem, p. 345.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ibidem, p. 346.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Idem, ibidem, p. 205.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 348.

são, acrescentando que é realizado intuitu personae, acentuando que não constitui um ato unilateral do poder público e sim um "acordo administrativo".¹⁵

Para MARIENHOFF é exatamente o fato de o contrato de concessão ser realizado intuitu personae que obriga o concessionário a ter de executar os serviços concedidos, pessoalmente. Nisto reside, segundo ele, a proibição de transferir a concessão, sem prévia autorização do poder concedente.¹⁶

Nem mesmo os credores do concessionário falido podem se aproveitar do contrato de concessão para conseguir o ressarcimento dos seus créditos, sem o consentimento do concedente, o que demonstra que a concessão é sob todos os aspectos intuitu personae.

Dispõe a Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) em seu art. 201, § 4º, que "Depende de autorização da autoridade administrativa concedente a transferência da concessão e direitos que dela decorram".

É ainda HELY LOPES MEIRELLES quem preceitua as formalidades que devem anteceder a realização do contrato:

"Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da administração, necessárias a formalização do ajuste, dentre as quais a autorização por lei, a regulamentação por decreto e a concorrência"¹⁷, citando para tanto

decisão do STF.

Ele expõe com clareza a sua posição, afirmando: "Embora combatida por alguns, continuamos entendendo, com a maioria dos nossos publicistas, que a concessão de serviço público, ou de obra pública, é contrato administrativo, e não ato-união ou ato unilateral de qualquer espécie". E continua, seguindo neste par

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 343.
 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 614.
 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 343.

particular, a maioria dos autores: "O que se faz necessário distinguir nesse contrato são as cláusulas de serviço das cláusulas econômicas...".¹⁸

As cláusulas de serviço são as normas regulamentares, que podem ser alteradas, unilateralmente, pela administração, destinando-se a assegurar um serviço eficiente e adequado ao interesse público.

As chamadas cláusulas econômicas integram a fórmula do equilíbrio econômico-financeiro, alteráveis por acordo, para garantir ao concessionário uma remuneração, capaz de pagar os investimentos e as despesas com a instalação, manutenção e melhoramento dos serviços de utilidade pública concedidos.

Para os integrantes da 4a. Conferência Nacional de Advogados Argentinos, realizada em julho de 1936, "La tarifa no tiene carácter contratual, é un acto reglamentario de la administración sobre el precio del servicio para el usuário".¹⁹

Esta opinião faz crer que mesmo a parte econômico-financeira do contrato contém em suas cláusulas o interesse coletivo e não o do concessionário. O interesse público, em qualquer hipótese, não deve sofrer prejuízo.

BILAC PINTO, um estudioso das concessões, adota a conceituação de ANGE BLONDEAU, que capta as características indispensáveis e necessárias para que a um particular seja atribuída a obrigação de executar um serviço de utilidade pública:

"A concessão de serviço público é o ato pelo qual um particular se obriga a assegurar, com despesas e riscos próprios, o funcionamento de um serviço público, mediante remuneração. Esta consiste nos lucros resultantes em seu benefício da exploração do serviço, retribuído pelas taxas que é autorizado a perceber dos usuários do serviço".²⁰

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 343, nota 54.

¹⁹ Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1949, v. III, p. 328.

²⁰ PINTO, Bilac. Estudos de Direito Público. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1953, p. 19.

Dentre os autores estrangeiros, a teoria do contrato misto é aceita pelos autores franceses, que distinguem entre cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais.²¹

O contrato se divide, segundo esses autores, em duas partes: uma convenção e um "caderno de encargos", acrescentando que a cláusula de equilíbrio financeiro, na parte convencional (contrato) é a mais importante, particularmente para o concessionário.

Segundo GEORGES VEDEL, com base em citação de HAU-RIOU, uma das mais célebres decisões dos tribunais franceses na área administrativa é datada de 10 de março de 1910. Esta decisão dispõe que o concessionário é obrigado a se curvar ante as modificações exigidas pela administração concedente em face do interesse geral, mesmo que elas contradigam as cláusulas do "caderno de encargos".²²

JEAN RIVERO também atribui dois aspectos ao contrato de concessão. Assevera ele que no século XIX o ato de concessão era considerado integralmente contratual. Mas a evolução da teoria do serviço público levou os tribunais e a jurisprudência a re- visarem a solução anterior. Atualmente, para ele, é consagrado o princípio da "dupla natureza do ato de concessão".

Há no ato de concessão, continua RIVERO, cláusulas de natureza regulamentar, que fixam o funcionamento e a organização do serviço. Estas são modificáveis unilateralmente, pela administração, em face do seu caráter de imperatividade.

Acentua RIVERO que o caráter regulamentar se caracteriza pelo fato de o usuário poder se utilizar dessas cláusulas regulamentares para recorrer à administração contra excessos praticados pelo concessionário.

Paralelamente, a parte regulamentar, segundo o mesmo autor, se situa a "parte propriamente contratual", que se preocu-

²¹ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 836-837 e LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 603.

²² VEDEL, Georges. Idem, p. 840.

pa, fundamentalmente, com o aspecto da remuneração do concessionário, resumida na expressão "equilíbrio financeiro do contrato".²³

Para MARCELO CAETANO

"chama-se contrato de concessão de serviço público ao acordo pelo qual uma pessoa colectiva de Direito Público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário, mas sempre no interesse do público".²⁴

Advoga CAETANO que o contrato de concessão de serviço público está sempre sob a égide do direito público, dividindo-se em contrato administrativo, quando se manifestar o acordo de vontades, e ato administrativo, quando o particular aceita as condições oferecidas pelo poder público, sendo neste caso unilateral.²⁵

Neste caso, há uma certa semelhança com o direito civil, onde existe o contrato de adesão, em que uma das partes oferece as condições para serem aceitas pela outra parte, não existindo contraproposta.

Sob este aspecto, entre nós, o Decreto nº 79.726, de 26 de maio de 1977, que regulamenta a renovação do prazo das concessões para exploração de serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão), estabelece em seu artigo 4º, I, letra g, que entre os documentos que devem acompanhar o requerimento deve estar uma "declaração de conhecimento e adesão às cláusulas baixadas com o presente Decreto e que passarão a regular as relações da requerente com o Governo e o público em geral, no novo período de exploração do serviço, caso o pedido de renovação do prazo da concessão seja atendido".²⁶

²³ RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7. ed., Paris, Dalloz, 1975, p. 477.

²⁴ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, v. I, p. 523.

²⁵ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, v. II, p. 1021-1022 e Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 218-219 e 300.

²⁶ In VOX LEGIS. São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, v. 101, maio de 1977, seção I, p. 29.

Esta oferta é denominada por PONTES DE MIRANDA de "in vitatio ad offerendum", de vez que os interessados apenas manifestam a vontade de que estão dispostos a aceitar as condições apresentadas pelo Estado proponente.²⁷

RAFAEL BIELSA também opina no sentido de ser o contrato de concessão de serviços de utilidade pública um contrato administrativo, acrescentando não entender o porquê de tanta resistência por parte de alguns autores em reconhecê-lo como contrato de direito público.²⁸

Mais adiante, BIELSA apresenta argumento irrefutável para afirmar que é o direito público que rege todas as regras de concessão, ante o interesse público. Este deve ser primordial no serviço público, perdendo o argumento contratual a importância, no sentido de que pode ser um entrave para o melhoramento ou aperfeiçoamento do serviço.²⁹

Para JOSÉ CANASI, que também não distingue, para efeito de concessão, os serviços públicos dos de utilidade pública:

"La concesión de servicio publico seria el contrato administrativo, por el qual el Estado (en sentido lato) delega o atribuye a una persona privada física o jurídica, y a veces a una persona jurídica pública la prestación de un servicio público y determinados atributos de él, por un término determinado para dicha prestación construcciones o trabajos accesorios para dicho servicio".³⁰

Segundo ZANOBINI "es el acto que confiere a un particular el poder de realizar en su nombre una función, un servicio o industria propios de la entidad pública".³¹

Como o faz JOSÉ CANASI, também ENRIQUE S. LASO, ao definir o contrato de concessão, menciona o seu caráter temporário. Para ele:

27 MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2. ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1972, v. VI, p. 267-268.

28 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 161 e 259-261.

29 BIELSA, Rafael. Idem, p. 277.

30 CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1974, v. II, p. 571.

31 Apud CANASI, José. Idem, p. 570.

"La concesión de servicio público puede definirse como el acto de derecho público por lo cual la administración encarga temporamente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuando se la explotación bajo su vigilancia y control, pero por cuenta y riesgo del concesionario".³²

Segundo o mesmo autor, DUEZ e DEBEYRE apresentam o conceito de concessão de serviços de utilidade pública como um modo de gestão dos referidos serviços.³³

Dessa forma, os referidos autores acentuam a finalidade do ato, não se atendo ao conteúdo do mesmo.

Analisando a divisão do contrato de concessão em parte formal e parte material, surge para ENRIQUE S. LASO, a dificuldade de vincular certas cláusulas, se ao aspecto formal ou ao material, de vez que para ele devem ser analisados dois aspectos: modo do nascimento do vínculo e seus efeitos (plano formal e material). Segundo ele, o aspecto formal constitui ato bilateral (efeitos jurídicos pelo acordo de vontades entre administração e concessionário). O aspecto material é de conteúdo complexo, envolvendo cláusulas de organização e funcionamento do serviço e outras que regulam a parte econômica do serviço, objeto de exploração e que asseguram ao concessionário razoável e legítimo lucro.³⁴

No caso brasileiro, o aspecto material, fazendo a distinção em cláusulas privadas e públicas formando um conteúdo complexo segundo LASO, não faz sentido, pois o Estado ao decidir dar um certo serviço em concessão, já realizou pesquisa de custo econômico-financeiro, determinando a tarifa, em todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal), por intermédio da CIP, DNAEE, SEPLAN, etc., de forma que os concorrentes não têm sequer condições, em suas propostas, de propor valores para cálculo das tarifas ou preços dos serviços. Apresentam apenas dados técnicos que procuram demonstrar as condições de execução do serviço de utili-

³² LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. Montevidéo, Ed. Talleres Gráficos Barreiro Y Ramos S.A., v. II, 1972, p. 12.

³³ LASO, Enrique S. Idem, p. 12, nota 3.

³⁴ LASO, Enrique S. Ibidem, p. 19-20, nota 2.

dade pública segundo o interesse público dentro das regras estabelecidas pelo poder concedente.

A assinatura de contrato constitui, na realidade, uma formalidade que tem por objetivo, o reconhecimento, por parte de adjudicado ou outorgado, das condições impostas pelo Estado.

As relações jurídicas entre o concessionário e poder público devem favorecer o interesse público, independentemente de ser aquela entidade pública ou privada.

Segundo LASO:

"La condición privada o pública del concesionario es una cuestión que no debe confundirse con la naturaleza privada o pública de las relaciones jurídicas que surgen en la actividad que aquél, aunque ambas están íntimamente vinculadas".³⁵

O mesmo administrativista assevera que no contrato de concessão de serviços de utilidade pública, as obscuridades ou dúvidas que surgirem, devem ser resolvidas contra o concessionário, em favor da administração concedente.³⁶

No mesmo sentido, se manifesta ÁLVAREZ-GENDIN com a justificativa de que a força do direito público sobrepuja a do direito privado, tendo em vista que a qualquer tempo o poder público pode modificar cláusulas do contrato, ante a necessidade pública.³⁷

MARIENHOFF, analisando o regime jurídico da concessão, se baseia em JÈZE e DE LAUBADÈRE para afirmar que "La concesión de servicio público es un "contrato administrativo" strictu sensu". E continua: "trátase de un contrato administrativo por razón de su "objecto" y de "colaboración": Las reglas generales de tales contratos gobiernan la concesión de servicio público".³⁸

35 LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1972, v. II, p. 21.

36 LASO, Enrique S. Idem, v. I, p. 27.

37 BLANCO, Sabino Álvarez-Gendin y. Tratado General de Derecho Administrativo. Barcelona, Ed. Bosch, 1958, v. I, p. 508-509.

38 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 584.

Citando MÁRIO MASAGÃO a seu favor, assegura MARIE NHOFF que a parte chamada regulamentar é decorrência lógica do caráter administrativo, acrescentando que

"el deber" del concesionario de adaptar el servicio a las nuevas necesidades o conveniencias del público, y el correlativo "poder" de la Administración para exigir el cumplimiento de tal deber derivan, pues, directamente, del carácter de "contrato administrativo" de la concesión de servicio público".³⁹

Há ainda BIELSA que acentua o objetivo do contrato de concessão, qual seja o de satisfazer o interesse público, invariavelmente:

"A concessão é um ato de direito público que se realiza por uma autorização legal. O objeto da concessão é o serviço público e a "causa" da concessão é necessariamente o "interesse público". Não há concessão que tenha por causa o interesse do concessionário".⁴⁰

³⁹ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 598-599.

⁴⁰ In REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, nº 228, out./dez. de 1969, p. 208.

5.1 - CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Segundo GASTON JÈZE, os elementos essenciais do contrato de concessão de serviços de utilidade pública são:

- 1º) el contrato de concesión de servicio público es un contrato administrativo propiamente dicho;
- 2º) tiene por objeto la explotación de un servicio público, el funcionamiento de un servicio público;
- 3º) la explotación se realiza con gastos y riesgos a cargo del concesionario;
- 4º) la remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere para percibir, en su beneficio, de los usuarios, del público, una contribución (tasa) establecida mediante una tarifa, durante toda la duración de la concesión;
- 5º) la concesión se hace un largo período de tiempo; es un contrato de larga duración".⁴¹

No dizer de PONTES DE MIRANDA, o "princípio da revisibilidade das tarifas" constitui também uma peculiaridade dos contratos de concessão. Segundo ele, "o art. 167, referindo-se à constituição de 1969, tem a consequência de impor aos atos unilaterais e aos contratos de concessão a cláusula implícita de serem revisíveis as tarifas (princípio da revisibilidade das tarifas dos serviços públicos), cláusula rebus sic stantibus implícita à constituição de 1967". E continua: "não é arbitrário o poder de revisão. Primeiro, depende de lei; segundo, é preciso que o seu fundamento seja excesso de lucro, ou necessidade de melhoramento ou necessidade de expansão dos serviços. A revisibilidade pode ser para mais ou para menos".⁴²

Acrescenta o constitucionalista que somente lei federal pode estabelecer critérios para revisão das tarifas, mesmo para concessões anteriores a 1967.⁴³

⁴¹ JÈZE, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, v.III, p.362-363.

⁴² MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2. ed., São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1972, v. VI, p. 270.

⁴³ MIRANDA, Pontes de. Idem, p. 261.

Apesar de algumas opiniões em contrário, como a de BILAC PINTO, pode-se dizer que uma das características, aceita por quase todos os administrativistas é a de que o prazo determinado continua a reger os contratos de concessão de serviços de utilidade pública.

Segundo GEORGES VEDEL:

"La concession de services publics est bâtie sur deux idées antithétiques, dont l'équilibre constitue toute la théorie du contrat de concession, il s'agit:
 - d'une part, d'un service public que doit fonctionner dans l'intérêt général et sous l'autorité de l'administration;
 - d'autre part, d'une entreprise capitaliste comportant, dans la pensée de celui que est à sa tête, le maximum de profit possible".⁴⁴

Apesar da contradição, aparentemente inconciliável, vultosos recursos são empregados por empreendedores particulares, em obras e serviços dados em concessão.

Normalmente é encontrada uma fórmula para satisfazer os interesses das três partes interessadas, apesar de somente duas intervirem diretamente na formalização do contrato.

As três partes são: concedente, concessionário e usuário.

Teoricamente, esse conjunto deve formar um triângulo equilátero, para dizer que todos alcançam seus objetivos, sem que haja prejuízo de um em benefício dos demais e vice-versa.

Entre os dados necessários para formalizar um contrato de interesse da administração pública, está a obrigatoriedade de ser escrito e assinado por autoridade competente.

O Regulamento Geral de Contabilidade Pública - RGCP - (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922) já era taxativo, prescrevendo em seu art. 778, que "em nenhum caso poderá ser permitida a celebração de contratos verbais com a Fazenda Pública, sendo

⁴⁴ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 838.

nulos de pleno direito, os ajustes que assim forem concluídos".⁴⁵

Até o advento da Constituição de 1967 e do Decreto-lei nº 199/67, era obrigatório o registro do contrato pelo Tribunal de Contas da União para ser aceito como perfeito e acabado, sob pena de ser considerado ineficaz (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 792; Decreto-lei nº 426, de 12 de maio de 1938, arts. 25 e 31 e Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, art. 35).

Os contratos de concessão, desde a existência do Tribunal de Contas, na área federal, mesmo antes do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, continham cláusulas no sentido de que só entravam em vigor após registrados pelo referido Tribunal, não se responsabilizando a administração pública por qualquer indenização em caso de ser negado o registro.

Esta cláusula veio a ser exigida como essencial pelo RGCP, art. 775, letra "f".

A referida cláusula se destinava, especialmente, aos contratos em que o poder público arcava com ônus financeiro (garantia de juros, subvenções, auxílios, etc.).

A publicação no Diário Oficial é outra providência indispensável para que um contrato alcance toda a sua amplitude no campo do direito administrativo (art. 789, do RGCP; art. 25, § 3º, do Decreto-lei nº 426, de 12 de maio de 1938; Decreto nº ... 78.382, de 8 de setembro de 1976).

Para BIELSA, o contrato de concessão deve ser escrito e solene, sendo indispensável o instrumento público, ainda que não seja exatamente a escritura pública.⁴⁶

Para MARIENHOFF, o contrato de concessão deve ter a forma escrita, com ou sem escritura pública, acrescentando que a forma verbal não é recomendável, pois torna difícil a produção de provas em caso de desentendimentos. Segundo ele, a concessão, nor

⁴⁵ Apud BRANDÃO, Alonso Caldas. Contabilidade Pública. 7. ed., Rio de Janeiro, MABRI-Livraria Editora Ltda., 1968, v. I, p. 283.

⁴⁶ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1964, v. II, p. 272.

malmente, exige grandes investimentos financeiros e para protegê-los, deve-se ter em mãos, no mínimo um contrato escrito.⁴⁷

Pode-se afirmar com segurança, que em face do interesse coletivo que é atendido por intermédio de uma concessão de serviço de utilidade pública e o caráter de pessoa jurídica de direito público do concedente, cujos objetivos compulsoriamente atende, constitui o contrato de concessão um contrato administrativo, aplicando-se-lhe as normas de direito público, integralmente.

O caráter público ou particular do concessionário não altera o aspecto jurídico da concessão. Empresas particulares, sociedades de economia mista e empresas públicas, todas estão sujeitas às mesmas regras, em benefício do bem estar coletivo.

Com DE LAUBADÈRE pode-se dizer que o tipo de empresa não modifica em nada a teoria geral da concessão de serviços de utilidade pública, permanecendo, dessa forma, válidas as mesmas regras quando o serviço é executado por empresa pública ou sociedade de economia mista, da qual o Estado mantenha o controle do capital votante.⁴⁸

Com a multiplicação das entidades criadas pelo poder público, no campo da administração descentralizada, decresceu em importância o contrato de concessão, de vez que as concessões de serviços de utilidade pública passaram a ser entregues a tais entidades por outorga, dispensando-se o contrato. O próprio ato de outorga traz em seu bojo as regras a serem seguidas pelo concessionário, que é órgão integrante da administração descentralizada.

HELY LOPES MEIRELLES, referindo-se à outorga e à delegação para realização de serviços de utilidade pública ensina que

"Entre nós, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às autarquias e às entidades paraestatais, pois que a lei, quando

⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 608-609.

⁴⁸ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 601, nº 1077.

cria aquelas ou autoriza a criação destas já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços, e, a delegação é utilizada para o traspasse da execução de serviços a particulares mediante regulamentação e controle do Poder Público".⁴⁹

E no mesmo sentido caminhou a concessão por outorga realizada pela União aos Estados-membros ou Municípios, que na década de 1930 ainda se concretizava por contrato bilateral (novação do contrato de aparelhamento e exploração dos portos de Porto Alegre, Rio Grande e Pelotas, pelo Estado do Rio Grande do Sul, cujas cláusulas foram aprovadas pelo Decreto nº 24.526, de 2 de julho de 1934).⁵⁰

Até as concessões a particulares são hoje objeto de apenas uma declaração de conhecimento e adesão às cláusulas, já fixadas em caráter geral, não havendo discussão entre as partes para formalização, inclusão ou exclusão de certas cláusulas, como é o caso da radiodifusão, no Brasil, no caso de renovação de concessão.

49 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 342.

50 In Diário Oficial da União de 09 de julho de 1934, p. 13.690 -13.696.

5.2 - LICITAÇÃO COMO EXIGÊNCIA PRÉVIA
PARA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO

O problema da licitação nos serviços de utilidade pública concedidos pode ser enfocado sob ângulos diversos:

- a - necessidade de concorrência para a escolha do concessionário;
- b - possibilidade de dispensa de licitação quando o concessionário deva ser pessoa jurídica, integrante da administração pública descentralizada;
- c - obrigatoriedade ou não de o concessionário, quando entidade integrante da administração estatal descentralizada, realizar licitação nos termos dos arts. 125 a 144, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no caso de compras, serviços e obras que contrata com terceiros.

A obrigatoriedade de licitação para dar serviços de utilidade pública em concessão, não teve e não tem caráter absoluto, pois há leis especiais que a dispensam, como mais adiante se verá.

É tradicional em nossa legislação a exigência de concorrência para adjudicação de concessão de serviços de utilidade pública a uma pessoa, seja física ou jurídica.

No Brasil Império a lei dispunha sobre a questão, de forma explícita, conforme o art. 5º, do Decreto nº 5.561, de 28 de fevereiro de 1874.

Atualmente, de forma indireta, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965), obriga a realização de concorrência para a concessão de serviços de utilidade pública.

Preceitua o art. 4º, item III, da lei acima mencionada:

"Art. 4º - São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

.....
 III - a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição".

Este dispositivo legal deixa clara a obrigatoriedade de concorrência para todas as áreas e níveis de governo, às quais a lei em questão se estende, isto é, inclusive Estados-Membros e Municípios.

O regulamento para "o transporte coletivo de passageiros de caráter interestadual e internacional por estradas de rodagem", aprovado pelo Decreto nº 68.961, de 20 de julho de 1971, com as modificações introduzidas pelo Decreto nº 73.984, de 23 de março de 1973, exige licitação, sob forma de concorrência, para a adjudicação do serviço de transportes coletivos (art. 8º, 9º e 10). O artigo 12 do referido decreto fixa as exceções.

HELY LOPES MEIRELLES se pronuncia pela necessidade de concorrência, com base em decisão do STF:

"Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização por lei, a regulamentação por Decreto e concorrência".⁵¹

Em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo", HELY LOPES MEIRELLES justifica a necessidade de concorrência com as seguintes palavras: "E sobejam razões administrativas para essa exigência, uma vez que tais contratos normalmente são onerosos

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 343.

e de longa duração, o que justifica a publicidade e o formalismo da concorrência"⁵²

Segundo o mesmo autor, os princípios da concessão de serviços de utilidade pública estão no art. 167, itens I a III da Constituição Federal, não se referindo a necessidade e obrigatoriedade da concorrência.

Acrescenta o autor, com relação à concorrência, que:

"Essa necessidade, todavia, é encarecida pela doutrina e consagrada nas leis locais, que, além de exigirem a licitação impõem também a prévia autorização legislativa para sua realização. A obrigatoriedade ou não da concorrência para a concessão de serviço público, depende, portanto, da legislação administrativa de cada entidade interessada, até que sobrevenha a regulamentação federal geral, prometida na Constituição da República".⁵³

Informa ainda HELY LOPES MEIRELLES que se encontra no Ministério da Justiça projeto para regulamentação do artigo 167 da Constituição Federal, e na feitura do qual ele próprio colaborou, que uma vez aprovado pelo Poder Legislativo, obriga a realização de concorrência para a concessão de serviços de utilidade pública.

Dispõe o artigo 6º do referido projeto:

"Art. 6º - Toda concessão deverá ser precedida de concorrência, na forma da legislação pertinente, e, no âmbito estadual e municipal, de autorização legislativa que indique as diretrizes para o regulamento do serviço, caracterize o objeto da concessão, delimite sua área, fixe seu prazo e estabeleça o percentual de lucro admitido".⁵⁴

NISSKE GONDO e J. NASCIMENTO FRANCO afirmam que:

"Na generalidade, prevalece entre os administrativistas o entendimento de que a concessão depende de prévia autorização legislativa quanto às bases fundamentais e gerais da concessão e de

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 3. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 58.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 59.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem, p. 59, nota 12.

concorrência pública, que é o procedimento adequado para captar a proposta mais vantajosa para a Administração e os usuários do serviço ou de obra pública".⁵⁵

O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) não fala expressamente, em exigência de concorrência para a escolha de concessionário na área de energia elétrica, etc., segundo evidenciam os artigos 150 e seguintes, que se referem apenas à outorga.

Estes dispositivos foram objeto de regulamentação, através do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que "regulamenta os serviços de energia elétrica".

Preceitua o aludido Decreto em seu art. 71:

"Art. 71 - O Governo Federal poderá realizar concorrências públicas para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica, referentes a um sistema conjunto ou a uma de suas partes, nas zonas não compreendidas nas regiões de centralização, quando não houver requerente idôneo da concessão, e nos casos:

- I - de haver mercado sem suprimento de energia elétrica;
- II - de caducidade, reversão ou encampação da concessão, ou restrição de zona concedida".⁵⁶

Do exposto se conclui que a regra é a exploração de serviço por outorga, na área de energia elétrica, após analisadas as condições do requerente, e do parecer favorável do órgão competente.

A concorrência é admitida em caráter secundário e de forma facultativa, conforme deixa claro o dispositivo mencionado.

Pode-se afirmar, com segurança, que a grande maioria das legislações dos Estados-Membros que dispõem sobre a Organização Municipal (Lei Orgânica dos Municípios) obriga a realização de concorrência para escolha de concessionários de serviço de utilidade pública, além de exigir prévia autorização legislativa,

⁵⁵ GONDO, Niske e FRANCO, J. Nascimento. Concorrência Pública. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969, p. 171.

⁵⁶ PINTO, Bilac e DIAS, Floriano Aguiar. Leis Administrativas do Brasil. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, v. II, p. 3.239.

sob pena de nulidade, admitindo a outorga quando entregue a uma entidade na qual o poder público tenha o controle do capital votante (empresa pública, sociedade de economia mista).

Neste particular, a legislação do Estado de São Paulo prescreve que "a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência. (Decreto-lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969, art. 68, caput, in fine)".⁵⁷

Para os Municípios do Estado do Rio de Janeiro, a respectiva Lei Orgânica (Lei Complementar nº 1, de 17 de dezembro de 1975) dispõe em seu art. 163 que as obras e os serviços públicos municipais serão feitos por administração, por empreitada ou por concessão, observado, quanto à concessão privilegiada, o disposto no artigo seguinte que fala da obrigatoriedade de autorização legislativa para "conceder privilégio que importe em benefício à coletividade", prescrevendo ainda que o prazo máximo é de 30 anos.

Mas é o art. 165, da Lei Complementar em questão, que prescreve pormenores nos seguintes termos:

"Art. 165 - Da Mensagem que o Prefeito dirigir à Câmara Municipal sobre concessão de privilégio, deverá constar:

- I - cópia do edital de concorrência pública;
- II - cópia das propostas que tiverem sido apresentadas na concorrência;
- III - cópia da ata de abertura das propostas;
- IV - cópia do ato do Prefeito julgando as mesmas propostas".⁵⁸

A quase totalidade dos Estados-Membros inseriu em sua legislação que dispõe sobre a organização municipal, dispositivos semelhantes, até idênticos aos anteriormente mencionados. A do Estado de Santa Catarina, por exemplo, transcreve em seu art.

⁵⁷ In Leis Orgânicas dos Municípios. Brasília, Senado Federal-

⁵⁸ Subsecretaria de Edições Técnicas, v. II, p. 687.

Idem, p. 596.

121 (Lei Complementar nº 5, de 27 de novembro de 1975), literalmente, o que dispõe a lei paulista com referência à matéria.⁵⁹

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também se manifesta no sentido da necessidade de concorrência para a escolha do concessionário de serviços de utilidade pública.

Afirma o mesmo autor que não é admissível a cessão ou transferência da concessão a terceiro, nem mesmo com anuência do poder concedente, por caracterizar "burla ao princípio da licitação".⁶⁰

Para este administrativista a simples permissão também depende de licitação prévia, observando os mesmos princípios adotados para a concessão.⁶¹

Segundo PONTES DE MIRANDA, há duas modalidades de concorrência para adjudicação de serviços de utilidade pública, por ele denominadas de "invitatio ad offerendum" e "oferta básica". Na primeira, os interessados, habilitados oportunamente, manifestam a vontade no sentido de que estão dispostos a aceitar as condições apresentadas pelo Estado proponente. Na segunda, os concorrentes apenas preenchem claros da proposta (restritiva a parte técnica, qualidade do serviço, maior ou menor garantia, etc).⁶²

Em princípio, todos os interessados, habilitados em tempo oportuno, concorrem em igualdade de condições, mesmo as empresas estatais.

A possibilidade de dispensa de licitação é admissível se aplicado o art. 126, § 2º, letra "f", do Decreto-lei nº 200/67 ou se lei especial assim o dispuser.

O art. 126, § 2º, letra "f", autoriza a dispensa para compras, obras e serviços nos seguintes termos:

⁵⁹ In LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. Brasília, Senado Federal-Subsecretaria de Edições Técnicas, v. II, p. 642.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 36.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 60.

⁶² MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 - com a Emenda nº 1 de 1969. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, v. VI, p. 267-268.

"§ 2º - É dispensável a licitação:

.....
 f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário". (não grifado no original).

Na falta de legislação específica, na área federal, é possível utilizar o disposto no mencionado dispositivo legal quanto às formalidades prévias ao contrato de concessão, ou da outorga, ainda mais que a legislação municipalista brasileira é clara quanto à obrigatoriedade de concorrência.

No direito comparado, a maioria dos autores pesquisados é favorável à dispensa de licitação para a escolha de concessionários de serviço de utilidade pública, conforme se verá.

OVIEDO e USEROS, referindo-se à concessão de serviços de utilidade pública na Espanha, na área de construção e exploração de estradas de ferro, citam a legislação espanhola, no sentido da exigência de concorrência para a adjudicação do concessionário.⁶³

ENRIQUE S. LASO, estudando as formas de escolha dos concessionários, acentua que, normalmente, os textos legais não definem quais as formas a serem adotadas:

"Corrientemente los textos no determinan la forma como la administración debe elegir las personas a las cuales otorga concesiones de servicio público. En consecuencia, tiene amplias facultades para decidir, pudiendo tratar directamente a quienes estime que ofrecen mayores ventajas. Esa solución es también la de nuestro derecho positivo".

Continua, justificando esta livre escolha por parte do poder concedente:

"La elección directa del concesionario se explica por la necesidad de atender preferentemente la capacidad técnica, económica, etc., de la persona o empresa que explorará el servicio. Sin em

⁶³ OVIEDO, Carlos Garcia e USEROS, Enrique Martínez. Derecho Administrativo. 2. ed., Madrid, E.I.S.A., 1962, v. II, p. 876, 882 e 891.

bargo, cabe recurrir a la licitación pública y conviene hacerlo, siempre que técnica y administrativamente sea posible. En nuestro derecho hay alguna norma en ese sentido".

Ainda LASO:

"Pero hay siendo muy amplia la discrecionalidad administrativa y careciendo los interesados de un derecho subjetivo para que se les otorgue una concesión, la administración no puede porceder caprichosamente, y debe actuar inspirada por razones de interés público".⁶⁴

Segundo o mesmo autor, a escolha do concessionário é intuitu personae, envolvendo principalmente a capacidade técnica do mesmo, razão pela qual não é permitida a transferência da concessão a terceiros, a qualquer título, sem o consentimento da administração concedente.⁶⁵

BIELSA se refere a licitações prévias, a fim de que seja escolhido o concessionário ao qual será adjudicada a concessão e firmado o contrato. Acrescenta que o contrato é sempre celebrado intuitu personae, mas a oferta (edital de concorrência) é realizada "ad incertam personam".

O fato de ser contrato celebrado intuitu personae, continua BIELSA, traz, intrinsecamente, a proibição de o concessionário transferir a concessão a terceiros, sem o consentimento do concedente.

Ensina BIELSA que

"el contrato de concesión se celebra siempre intuitu personae. Bien que las ofertas — en la terminología administrativa son licitaciones — se hagan ad incertam personam, en la adjudicación y formalización del contrato la personalidad del concesionario entra como elemento particular (sea por su competencia, su solvencia, etc.). Por consecuente, este no puede transferir la concesión sin el consentimiento de aquel de quien aquella emana".⁶⁶

⁶⁴ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 31-32, nº 481.

⁶⁵ LASO, Enrique S. Idem, p. 32, nº 482.

⁶⁶ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 263.

JEAN RIVERO ensina que o poder público concedente tem total liberdade para escolher o concessionário de um serviço de utilidade pública, pelo fato de implicar em confiança pessoal, por parte da administração.⁶⁷

JOSÉ CANASI adota o mesmo ponto de vista, dizendo que a grande importância dada à pessoa do concessionário se deve ao fato de que o contrato abrange períodos longos, pode ter sérias influências na coletividade que atende e ainda a possibilidade de formação de trustes ou holdings, caso não haja controle do poder concedente sobre a transferência da concessão. Para proteção contra esses abusos é obrigatória a anuência prévia e expressa do concedente quando da transferência da concessão a terceiros.⁶⁸

GEORGES VEDEL é outro que se manifesta no sentido da livre escolha do concessionário:

"Cependant, le principe du libre choix du concessionnaire se trouve écarté par les règles conférant un monopole à certaines personnes publiques pour la gestion de certains services publics. Ainsi, l'Etat ou les collectivités locales ne peuvent accorder de concessions de transportes ou de distribution d'électricité qu'à l'Electricité de France".

Continua VEDEL no sentido de que para os serviços não monopolizados a escolha do concessionário é de livre iniciativa do poder público competente para fazer a concessão:

"... en matière de concession elle est absolument maitresse de choisir son partenaire. L'intuitus personae joue un rôle essentiel en matière de concession, à tel point qu'il est interdit au concessionnaire de céder sa concession à un tiers sans l'agrément de l'Administration".⁶⁹

Para outros autores, que também adotam o princípio da livre escolha, a tendência é confiar esses serviços a empresas estatais.

⁶⁷ RIVERO, Jean. Droit Administratif. Paris, Ed. Dalloz, 1975, p. 447.

⁶⁸ CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, 1974, v. II, p. 519-520.

⁶⁹ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Ed. Presses Universitaires de France, 1973, p. 838.

Segundo JEAN MARIE AUBY e DUCOS-ADER:

"En principe, l'administration choisit librement son concessionnaire sous la seule réserve qu'il soit de nationalité française (décr-loi du ... 18.11.1938). Elle n'a pas l'obligation de recourir à l'adjudication ou l'appel d'offr . On observera cependant que cette liberté de choix est souvent  cart e dans certains types de concessions".⁷⁰

Para os mesmos autores,   melhor para o Estado que o concessionário seja uma sociedade de economia mista, na qual ele tenha contrôle acion rio, ou um "estabelecimento p blico" e não uma empresa do tipo capitalista, de vez que: "C'est ainsi que l'administration dispose sur les concessionnaires de moyens d'action et de contrôle supérieurs à ceux qui résultent du cadre contractuel".⁷¹

Asseguram eles que "d'autre part le concessionnaire apparait de plus en plus non comme un particulier dont l'intérêt privé se conjugue avec celui de l'administration, mais comme un associé de l'administration agissant pour son compte".⁷²

A afirma o de que   exigida a nacionalidade francesa para a escolha de um concessionário que   feita por alguns autores franceses   corrigida por ANDRÉ DE LAUBADÈRE, pois, segundo ele, "En vertu d'un décret-loi de 12 de novembre de 1938, le concessionnaire doit être de nationalité française (Code Adm. Com., art. 386) mais cette règle est aujourd'hui inapplicable aux ressortissants de la Cominaut  économique européenne (D. 15 avril 1970).

Quanto   escolha do concessionário DE LAUBADÈRE n o diverge da maioria dos autores, no sentido da livre escolha.⁷³

⁷⁰ AUBY, Jean Marie e DUCOS-ADER, Robert. Droit Administratif. 3. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1973, p. 430.

⁷¹ AUBY, Jean Marie e DUCOS-ADER, Robert. Idem, p. 430.

⁷² AUBY, Jean Marie e DUCOS-ADER, Robert. Ibidem, p. 430.

⁷³ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6.ed., Paris, 1973, p. 605, n  1088. Ver tb. VEDEL, Georges. - Droit Administratif. 5. ed., Paris, 1973, p. 838.

MARCEL WALINE se manifesta de forma semelhante:

"L'adjudication n'est pas obligatoire, et elle est même généralement contre-indiquée, pour trois raisons: D'abord, pour les grandes services publics de l'Etat, les fonds sont les rangs, de sorte que l'adjudication n'aurait guère de sens; en second lieu, le concessionnaire ne réclamant pas un prix, enfin et surtout, étant donné que la bonne et régulière exécution du service présente par hypothèse un intérêt public majeur, le choix de l'autorité concédente doit se porter avant tout sur un concessionnaire dont la compétence technique, et la sur face financière, garantissent la meilleure exécution du service, les considérations financières passant au second plan".⁷⁴

Também se refere ao Decreto-lei de 8 de novembro de 1938, com relação à nacionalidade francesa, sem ressaltar o que faz LAUBADÈRE, com relação ao Mercado Comum Europeu, de vez que a edição é anterior, ou seja, 1969.

Prossegue WALINE:

"Il résulte, d'autre part, de la loi du 8 avril 1946, et spécialement de son article 19, que les collectivités publiques ne peuvent accorder qu'aux seuls établissements publics "Electricité de France" et "Gaz de France" la concession de la distribution de l'électricité et du gaz.

En fait, dans la plupart des concessions récentes, le concessionnaire n'est plus une société capitaliste, mais soit un établissement public, soit une société d'économie mixte où les personnes de droit public sont majoritaires".⁷⁵

Pode-se observar que, excetuados os monopólios estatais, o poder público, segundo a quase totalidade da doutrina com parada, admite plena liberdade ao poder concedente de escolher o concessionário, dispensando, portanto, a licitação.

No Brasil, ressalvadas as empresas estatais com caráter de monopólio, vigora o princípio da obrigatoriedade de concorrência para a escolha do concessionários de serviços de utilidade pública.

⁷⁴ WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris, Editions Montchrestien, 1969, p. 480-481.

⁷⁵ WALINE, Marcel. Idem, p. 481, nº 916.

Fica demonstrada ainda a tendência, acentuada por alguns autores, no sentido da realização dos serviços de utilidade pública por intermédio de entidades nas quais o Estado tenha controle também da direção (empresa pública, sociedade de economia mista, fundações instituídas pelo poder público, autarquias).

Nos termos do art. 2º do Decreto 73.140, de 9 de novembro de 1973, combinado com o que dispõe a Lei 6.205, de 29 de abril de 1975, todas as concessionárias ou autorizatárias de serviços de utilidade pública federais estão obrigadas a realizar licitação para obras ou serviços de engenharia cujo valor estimado seja superior a 15.000 vezes o "valor de referência".

Preceitua o art. 2º do referido Decreto:

"Art. 2º - As obras ou serviços de engenharia, estimados em valor superior a 15.000 vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no País, necessários à exploração de serviços públicos federais em regime de concessão ou autorização a pessoas de Direito Público ou Privado, serão por estas contratados mediante anúncio público das condições para qualificação e seleção, com antecedência de, pelo menos, trinta dias do encerramento da habilitação e designação de lugar, data e hora para abertura das propostas e para ciência da decisão final".

Segundo o parágrafo único do mesmo artigo poderá haver dispensa quando o titular da concessão ou autorização o solicitar e apresentar justificativa para tanto, à autoridade federal competente.

Do exposto pode-se concluir que, entre nós, é obrigatória a licitação, sob a modalidade de concorrência, para a escolha de concessionário, desde que este não seja entidade integrante da administração descentralizada e não haja expressão legal em contrário.

No direito comparado, especialmente quanto ao direito francês, com raras exceções, não existe a obrigatoriedade da realização de licitação para escolha de concessionário de serviço de utilidade pública, sendo este de livre escolha do poder concedente.

Os concessionários de serviço de utilidade pública, de capital exclusivamente particular, não estão obrigados a realizar licitação, quando das suas contratações, compras e outras relações de caráter negocial com terceiros, salvo o disposto no art. 2º do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973.

Se todos os recursos públicos gastos em compras, obras e serviços, devem obedecer o caminho prescrito pelos arts. 125 a 144 do Decreto-lei 200/67, é lógico que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, particularmente as que são concessionárias de serviços de utilidade pública, estejam compelidas à realização de licitação para suas compras, obras e serviços de vez que recebem recursos públicos e prestam serviços de interesse coletivo, e não somente nos termos do art. 2º do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que se refere aos concessionários de serviços de utilidade pública federais, tanto de capital estatal como particular.

5.3 - PRAZOS NA CONCESSÃO

Os prazos, em princípio, podem ser determinados, indeterminados e perpétuos. Os determinados, por sua vez, se subdividem em curtos e longos.

Segundo BILAC PINTO o prazo indeterminado não é "uma concessão perpétua, nociva e perigosa, mas indeterminada, porque pode terminar a qualquer tempo, por duas causas: mau serviço e socialização".⁷⁶

No entender de DE LAUBADÈRE não existe a possibilidade de uma concessão ser adjudicada ou outorgada em caráter perpétuo, pelo fato de isto implicar numa espécie de alienação da administração pública do poder de organizar o serviço de utilidade pública.⁷⁷

Para THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI a concessão por prazo perpétuo se confunde com a de prazo indeterminado.⁷⁸

Há, contudo, diferença entre os dois prazos. O indeterminado pode se tornar determinado a qualquer tempo, por iniciativa da autoridade pública competente, independentemente da extinção da concessão, ao passo que o prazo perpétuo, regra geral, equivale à permanência em atividade do concessionário, extinguindo-se a concessão quando ocorrer a desvinculação.

Além das causas apontadas por BILAC PINTO como capas de terminar um contrato de concessão por prazo indeterminado, pode-se acrescentar outras, como o aparecimento de novas técnicas de prestação do serviço, às quais o concessionário não queira aderir, mas que tornam as formas anteriores obsoletas e imprestáveis, como por exemplo, o transporte coletivo em ônibus e bondes elétricos, em lugar de charretes, com tração animal.

⁷⁶ PINTO, Bilac. Estudos de Direito Público. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1953, p. 38.

⁷⁷ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., 1973, p. 612, nº 1103.

⁷⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 10. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977, p. 223-224.

Prosseguindo, afirma BILAC PINTO que

"a origem dêsse sistema de concessões sem prazo ou revogáveis está intimamente ligada ao advento, nos Estados Unidos, do chamado sistema de regulação dos serviços de utilidade pública por comissões, que se generalizou naquele país e que é inteiramente desconhecido na França e demais países da Europa Continental".⁷⁹

Continua o mesmo autor: "a concessão a termo está também em conflito absoluto com a natureza dos serviços de utilidade pública".⁸⁰

Levanta ainda o aspecto do abandono da conservação dos bens afetados à concessão, por parte do concessionário, bem como não fazendo a devida renovação dos equipamentos necessários, à medida que se aproxima o término do prazo da concessão.

E conclui o administrativista: "não se deve, pois, perder tempo em discutir se o prazo será de 15, 30 ou 50 anos, porque deve ser indeterminado".⁸¹

MARIENHOFF se manifesta em sentido contrário. Segundo ele a concessão deve ser sempre por prazo determinado, dependendo sua duração do investimento necessário para colocar o serviço em funcionamento, de forma a permitir o retorno e a remuneração do capital aplicado, no período fixado no contrato da concessão, afirmando ainda que o prazo indeterminado não passa de simples permissão.⁸²

O prazo, realmente, exerce importante papel na equação econômico-financeira da concessão, para o efeito de cálculo das tarifas, em função da remuneração e retorno do capital investido, bem como quando da indenização em caso de extinção antecipada, sem culpa do concessionário. Fica assim facilitado o cálculo do valor a ser pago ao concessionário, levando-se em consideração o tempo restante da concessão.

79 PINTO, Bilac. Estudos de Direito Público. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1953, p. 24.

80 PINTO, Bilac. Idem, p. 37.

81 PINTO, Bilac. Ibidem, p. 38.

82 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, p. 609-610.

Para LASO a concessão deve ser por período temporário, acrescentando que o prazo indeterminado também é temporário, de vez que a qualquer tempo o poder público pode efetuar a revogação da concessão.⁸³

BIELSA também se manifesta no sentido do prazo determinado. Segundo ele

"las concesiones de servicios públicos, tanto por importar el ejercicio condicionado de una atribución administrativa, como por su carácter transitorio, deben otorgarse siempre por un número determinado de años (o aun de períodos más breves, meses, etc., excepcionalmente), pero puede renovarse al período, lo que ocurre generalmente cuando la Administración pública no se encuentra en condiciones de prestar directamente el servicio público y lo confía al concesionario".⁸⁴

No entender deste autor é até imprudente fazer concessões por longos períodos, em face da possibilidade de descobertas científicas, do surgimento de novas necessidades ou mesmo a simples conveniência de fazer adaptações no serviço.⁸⁵

SABINO ALVAREZ e GENDIN Y BLANCO também são de opinião de que o contrato de concessão deve ser por prazo determinado.⁸⁶

No direito espanhol, segundo OVIEDO e USEROS, o tratamento com relação ao prazo da concessão não é unânime, dependendo do serviço, objeto da concessão. Assim, com relação aos serviços de transportes coletivos por rodovias, determina a lei que "La concesión de servicios públicos regulares se otorgará por curso sin plazo ni duración prefijados. El Estado podrá declarar la extinguida, de conformidad con lo establecido en esta ley".⁸⁷

83 LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2.ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 14.

84 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 335, nº 315.

85 BIELSA, Rafael. Idem, p. 335, nº 316.

86 ALVAREZ, Sabino & BLANCO, Gendin y. Tratado General de Derecho Administrativo. Barcelona, Ed. Bosch, 1958, v. I, p. 502.

87 OVIEDO, Carlos Garcia & USEROS, Enrique Martinez. Derecho Administrativo. 8. ed., Madrid, E.I.S.A., 1962, v. II, p. 876.

O mesmo não acontece com os serviços ferroviários em que o prazo máximo é de 99 anos, e nem nos transportes urbanos pelo sistema de bondes em que o prazo fixado alcança somente os 30 anos.⁸⁸

Outro aspecto, com referência a prazo, merece menção: são os benefícios especiais de que gozam alguns concessionários, dependendo da política governamental.

LASO, analisando o prazo de duração dos contratos de concessão de serviços de utilidade pública, se reporta a THEMÍSTO CLES BRANDÃO CAVALCANTI para esclarecer que

"El plazo de duración de las concesiones no debe confundirse con el plazo fijado a los privilegios que suelen estipularse simultaneamente. Es frecuente que ambos coincidan; pero puede que los privilegios desaparezcan antes de extinguirse la concesion y que esta subsista sin privilegios por plazo mayor o por tiempo indeterminado".⁸⁹

No Brasil, desde o Império, existem privilégios que não coincidem, necessariamente, com a duração do contrato de concessão. Pelo contrário, desde que o lucro atingisse certo percentual, durante dois ou três anos consecutivos, sobre o capital investido, cessava a contribuição sob forma de juros garantidos, subvenção, etc., segundo dispunha a Lei nº 641, de 1852 e disposições posteriores.

Outra lei, a de nº 2.450, de 24 de setembro de 1873, pelo seu art. 1º, limitava o prazo de garantia de juros a trinta anos, sendo os contratos da época, normalmente, de prazos superiores, particularmente na área da navegação de cabotagem ou fluvial, exploração de portos e serviços ferroviários.

Em situação semelhante se encontram, atualmente, as concessionárias de serviços de utilidade pública em geral, "cujos lucros continuam sujeitos à alíquota fixada pelo art. 1º do Decre

⁸⁸ OVIEDO, Carlos Garcia e USEROS, Enrique Martinez. Derecho Administrativo. 8. ed., Madrid, E.I.S.A., 1962, v. II, p. 883 e 892.

⁸⁹ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2.ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 36-37.

to-lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, quando não excederem de 12% (doze por cento) do capital" (art. 3º e letra a, da Lei nº 6.246, de 18 de novembro de 1975), além de outras disposições especiais constantes dos Decretos-lei nºs 1.330, de 31 de maio de 1974, com referência às telecomunicações e 1.506, de 23 de dezembro de 1976, com relação à energia elétrica.

MARCELLO CAETANO, após apresentar as principais doutrinas com referência aos prazos de concessão de serviços de utilidade pública, manifesta a sua opinião no sentido contrário ao prazo indeterminado:

"Na verdade, porém, é que este sistema, não conferindo nunca ao concedente o direito de tomar posse do serviço sem pagamento do seu custo, é menos conveniente do que o sistema europeu do prazo fixo, findo o qual se considera o concessionário suficientemente pago do capital investido e por isso se obriga a entregar o serviço de graça, sem embargo de, até lá, ser permitido ao concedente resgatar ou encampar o serviço com indenização"⁹⁰

No Brasil, um dos primeiros casos de concessão prorrogada por prazo indeterminado foi o dos transportes coletivos do Município de São Paulo, nos termos do Decreto-lei nº 3.366, de 25 de junho de 1941, cujo art. 1º prescreve:

"Art. 1º - A "The São Paulo Tramway, Light & Power Co. Ltd." continuará a executar, depois de 17 de julho do corrente ano, nas condições atuais, o serviço de transportes coletivos do município da capital do Estado de São Paulo, de que é concessionária ex-vi dos contratos de 17 de julho de 1901 e 29 de abril de 1912".⁹¹

Outro caso em que um contrato por prazo determinado é transformado em prazo indeterminado ocorreu através do Decreto-lei nº 5.664, de 14 de julho de 1943, cujo art. 2º estabelecia: "Fica prorrogado o prazo de vigência do contrato celebrado em 27 de novembro de 1909 entre o Governo e a Societé Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, enquanto esta bem servir a juízo do Governo".⁹²

⁹⁰ CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 311.

⁹¹ LEX, v. V, 1941, p. 310.

⁹² In REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro. Ed. Rev. Forense, 1943, p. 718.

No Brasil o princípio aceito é o do prazo determinado, especialmente quando se trata de concessão a particulares.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, cuja criação, normalmente, é realizada com finalidade específica, recebem muitas vezes incumbências de prestar um serviço de utilidade pública enquanto o poder público não lhes atribuir outras atividades ou as extinguir.

Aplica-se, atualmente, a concessão por prazo determinado, de modo especial, em dois setores: transportes coletivos rodoviários e radiodifusão de sons e imagens. Isto coincide com o fato de serem também as áreas em que o concessionário particular ainda atua em larga escala.

Nem sempre, contudo, as empresas estatais, quando concessionárias, recebem as concessões por prazo indeterminado, apesar de terem por objeto e finalidade, nestes casos, a prestação de um serviço de utilidade pública. É o caso, por exemplo, das Centrais Elétricas do Sul do Brasil S. A. — ELETROSUL — que é uma empresa subsidiária da ELETROBRÁS, autorizada a funcionar pelo Decreto nº 64.395, de 23 de abril de 1969, "tendo por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos decorrentes destas atividades" (art. 1º dos Estatutos Sociais). À dita Subsidiária, que constitui uma sociedade de economia mista (art. 1º dos Estatutos) foram outorgadas concessões por prazo determinado, segundo estabelecem os artigos quarto dos Decretos nºs. 66.991, de 4 de agosto de 1970 e 70.747, de 22 de junho de 1972, fixado em 30 anos, para aproveitamento de energia hidráulica, transformando-a em energia elétrica.

Vale dizer que, segundo o artigo 3º dos Estatutos Sociais, a ELETROSUL é criada por prazo indeterminado, apesar de as concessões serem por prazo determinado, mas podendo ser renovadas, segundo os mesmos decretos anteriormente mencionados.

Regra geral, constitui um aspecto altamente vantajoso para a administração pública criar empresas sob seu controle, outorgando-lhes a execução e prestação de certos serviços de uti-

lidade pública, com ou sem prazo determinado, em face da melhor possibilidade de solucionar de forma satisfatória, os problemas que se apresentarem.

5.4 - REGIME DE BENS AFETADOS À CONCESSÃO

Os bens afetados à concessão são assim classificados por MARCELLO CAETANO:

- a - o estabelecimento do serviço constitui uma universalidade que a lei considera de domínio público;
- b - os bens que constituem o estabelecimento do serviço são coisas meramente particulares.⁹³

Analisando os dois aspectos esclarece o autor que no primeiro caso é como se fosse uma obra pública cujo pagamento é diferido e que o próprio concessionário obtém ao explorar o serviço. No caso de resgate da concessão o Estado paga a parte não amortizada.

No segundo caso "o concessionário apenas se obrigou para com o concedente a entregar-lhos gratuitamente se a concessão atingir o seu termo" e acrescenta: "Se não se verificar a condição ou se o concedente quiser obter os bens antes do termo, terá de comprá-los pelo seu justo preço".⁹⁴

Autores sulamericanos partem do princípio de que a propriedade é particular, do concessionário, a não ser que o contrato pactue em sentido contrário.

Neste sentido se manifestam MARIENHOFF, LASO e BIELSA, conforme ensinamentos abaixo:

Para MARIENHOFF "el derecho de propiedad es, por principio, "perpetuo", carácter que sólo cede por las causas que establezca el derecho objetivo o que las partes señalen en sus convenios".⁹⁵

No ensinamento de LASO frequentemente cláusulas contratuais ou dispositivos de lei estabelecem a transferência de to

⁹³ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, v. II, p. 1036.

⁹⁴ CAETANO, Marcello. Idem, p. 1036-1037.

⁹⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 559.

dos os bens afetados ao serviço objeto da concessão ao Estado concedente, com ou sem indenização, no término do prazo contratual, assegurando que "al vencimiento del plazo los bienes de la empresa concesionaria continúan de su exclusiva pertenencia, sin que se opere ningún traspaso de propiedad a la administración concedente. Esta es la regla de principio".⁹⁶

BIELSA ensina ao se referir à entrega dos bens ao concedente no final do contrato que

"Si bien la propiedad es del concesionario, el Estado, por ley o por contrato al dar la concesión, puede reglarla en sentido de limitar la disposición de ella y aun constituir garantía hipotecaria. En tal caso la ejecución y venta de los bienes deve ser restrictiva, pues basta con la ejecución forzada de los ingresos pecuniarios producidos por la explotación".⁹⁷

Estabelecida a entrega gratuita dos bens afetados à concessão ao poder concedente, no término do prazo, deve haver no cálculo para fixação das tarifas uma parcela a título de amortização do investimento, de tal forma a reproduzir, no final, os recursos aplicados para a implantação e manutenção do serviço.

Por esta razão é que MARIENHOFF afirma:

"Para que el argumento basado en la "amortización" de los bienes que se transferirón gratuitamente al Estado, sea aceptable para justificar tal transferencia (...) es menester que el concesionario haya tenido efectivamente tiempo de amortizar esos bienes".⁹⁸

Neste caso, acrescenta o mesmo administrativista, se o poder concedente retomar o serviço antes do término do prazo da concessão, sem culpa do concessionário (resgate por conveniência da administração) deverá haver indenização proporcional, atingindo os valores não amortizados.⁹⁹

⁹⁶ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 77.

⁹⁷ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 315.

⁹⁸ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1974, v. III-B, p. 634.

⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel S. Idem, p. 634-635.

Estabelecida a indenização dos bens ao final do prazo da concessão, ela não deve atingir os incorporados perto do final do prazo estabelecido, a não ser que esta incorporação tardia não possa ser imputada ao concessionário, e sim imposição do poder concedente.¹⁰⁰

A própria expressão "reversão" não é recomendada, segundo MARIENHOFF, para designar a entrega dos bens afetados à concessão, à administração concedente, de vez que não podem voltar ao Estado os bens que nunca lhe pertenceram. Prefere o uso da expressão transferência de bens do concessionário para o Estado.¹⁰¹

GABINO FRAGA parte de outro princípio para assegurar ao poder concedente o direito de reversão, qual seja o prazo da concessão que é fixado em relação ao tempo necessário para o retorno do capital investido.

Segundo ele

"como el plazo señalado para la duración de la concesión es fijado para que el concesionario recupere sus inversiones, es un principio admitido casi universalmente, el de que a la expiración de dicho plazo el Estado pasa a ser propietario de todas las instalaciones y obras efectuadas, en virtud del llamado derecho de reversión".¹⁰²

Assegura GABINO FRAGA que a legislação mexicana consigna o direito de reversão para diversos serviços de utilidade pública, entre os quais os de comunicações e indústria elétrica, sendo categórico, com relação a esta última, analisando a exposição de motivos:

"La misma exposición de motivos de la Ley de la Industria Eléctrica indicaba que la reversión es una compensación enteramente justa por el derecho de explotación del servicio de que a su vez gozara el titular de la concesión, quien, como simples inversionista, recuperado su capital y obtenida una utilidad razonable por su inversión, no tiene motivo alguno para que reclame todavía

100 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 635.

101 MARIENHOFF, Miguel S. Idem, p. 632-633.

102 FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, Ed. Porrúa, 1973, p. 261, nº 217.

los bienes físicos afectados y los fondos destinados al retiro o reemplazo de esos bienes".¹⁰³

Para JEAN-MARIE AUBY e ROBERT DUCOS-ADER a transferência dos bens afetados à concessão deve ser gratuita, no final do prazo, sendo possível, contudo, a fixação de condições, para pagamento por parte do poder concedente, no "caderno de encargos".

Se houver resgate, antes da expiração do prazo estabelecido, deve haver indenização, prevista no contrato ou fixada amigavelmente e que deve compensar, além dos prejuízos, o que o concessionário deixou de ganhar.¹⁰⁴

GEORGES VEDEL, por sua vez, divide os bens ligados à concessão para prestação de serviços de utilidade pública em duas partes: "biens de retour" e "biens de reprise", dizendo com relação aos primeiros:

"Les biens de retour son ceux dont le cahier de charges prévoit qu'ils seront en fin de concessions, de façon obligatoire et gratuitement, la propriété de la collectivité concédante. La jurisprudence considère ces biens comme déjà incorporés à son patrimoine, sous réserve de leur affectation au service géré par le concessionnaire."¹⁰⁵

Os "biens de reprise" são os que estão afetados à concessão, sem a obrigatoriedade de transferência gratuita, existindo apenas o direito do poder concedente de os adquirir, sem que o concessionário possa se opor a isto, acrescentando VEDEL que

"Pour garantir l'exercice du droit de retour et du droit de reprise, les cahiers des charges font au concessionnaire l'obligation d'entretenir et de renouveler le cas échéant les ouvrages et le matériel et de maintenir les approvisionnements à un certain niveau".¹⁰⁶

Para VEDEL o fim normal da concessão se estabelece com o término do prazo, com direito à reversão gratuita dos bens

103 FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, Ed. Porrúa, 1973, p. 262.

104 AUBY, Jean-Marie e DUCOS-ADER, Robert. Droit Administratif. 3. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1973, p. 435, nº 321.

105 VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Presses Universitaires de France, 1973, p. 851.

106 VEDEL, Georges. Idem, p. 851.

afetados para a prestação do serviço de utilidade pública ou ainda o direito de "reprise".¹⁰⁷

MARCEL WALINE opina de forma semelhante. Segundo ele

"L'expiration de la concession provoque un règlement général entre concédant et concessionnaire sur des bases prévues avec précision par le contrat: retour gratuit au concédant de tous les ouvrages concédés, reprise du matériel, de l'outillage et des approvisionnements, que étant la propriété du concessionnaire, au prix fixé soit par le contrat, soit, à défaut, par expertise, sur simple requête de l'une ou de l'autre des parties, comme au cas de rachat".¹⁰⁸

No Brasil, historicamente, a legislação fala em transferência gratuita dos bens afetados à concessão, para o poder concedente, uma vez terminado o prazo.

Assim a lei que estabelecia regras para a concessão de serviços portuários (Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869), prescrevia em seu art. 1º, § 3º, que "o prazo da concessão será fixado conforme as dificuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa".

Em sentido semelhante dispõe a legislação das estradas de ferro, cujo regulamento, aprovado pelo Decreto nº 5.561, de 28 de fevereiro de 1874, estabelece em seu art. 21, § 6º que "Findo o prazo da concessão, a não haver expressa estipulação em contrário, reverterão para o Estado todas as obras da estrada, bem como o material rodante, sem indemnização alguma".

Também a jurisprudência dos tribunais brasileiros se manifestou no sentido de que os bens são, imediatamente, incorporados ao patrimônio público, segundo evidencia a decisão do Supremo Tribunal Federal, do começo do século, isto é, de 1905, segundo ODILON BRAGA: "Na concessão de uma obra ou serviço público,

¹⁰⁷ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Presses Universitaires de France, 1973, p. 852.

¹⁰⁸ WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris, Ed. Ed. Montchrestien, 1969, p. 502.

(...) o Governo não transfere propriedade alguma ao concessionário; este obtém, apenas o uso ou gozo da coisa durante o prazo da exploração concedida".¹⁰⁹

Dispositivo neste sentido, geralmente, integrava os contratos de concessão, como o teve, por exemplo, o firmado entre o Governo Federal e a Societê Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, datado de 27 de novembro de 1909, cuja cláusula XLIII estabelecia que

"Findo o prazo do privilégio reverterão para o Estado, sem onus algum, além dos candelabros, lâmpadas, transformadores e canalizações exclusivamente empregadas no fornecimento de luz elétrica para a iluminação, todo o material de iluminação a gás, inclusive edifícios e demais dependências, tudo em perfeito estado de conservação, bem assim os acessórios e sobressalentes que se acharem em depósito para o custeio da iluminação durante dois meses".¹¹⁰

Não é outra a opinião de F. MENDES PIMENTEL, que em parecer datado de 1920, assim se expressa:

"A entrega da installação industrial, no termo da concessão, é substancial neste instituto. O concessionário da obra e serviço público é um em preiteiro que se paga com o uso e gozo — por tábellas aprovadas, — da obra por elle feita e do serviço por elle installado. A obra é desde logo incorporada ao patrimônio público".

E acrescenta: "si este é o principio dominador nas concessões de serviço público a longo prazo, nas de duração pouco prolongada pôde ser ajustada a indenização ao cabo do termo contratual".¹¹¹

Com relação aos bens integrantes das empresas de energia elétrica tendo como fonte a energia hidráulica, as regras de reversão foram estabelecidas pelo Código de Águas (Decreto nº ... 24.643, de 10 de julho de 1934).

¹⁰⁹ In REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, Ed. F.G.V., v. IX, jul./set. 1947, p. 39.

¹¹⁰ Apud CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1958, v. I, p. 7.

¹¹¹ In REVISTA FORENSE. Bello Horizonte, Imprensa Official do Estado de Minas Gerais, jan./jun. 1921, v. XXXV, p. 9.

As condições serão estabelecidas pelo contrato de concessão, nos termos do artigo 166 do referido Código de Águas, que assim estabelece:

"Art. 166 - Nos contratos serão estipuladas as condições de reversão, com ou sem indenização.
Parágrafo único - No caso de reversão com indenização, será esta calculada pelo custo histórico menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver".

Vê-se que há obrigatoriedade de o contrato ou o ato de outorga se manifestar sobre as condições de reversão no final do prazo, sendo, contudo, taxativo o artigo 165 do Código em pauta, no sentido de que a reversão será para o poder público.

Mais recentemente o Decreto-lei nº 128, de 31 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a alienação de imóveis integrantes das empresas concessionárias de serviços portuários, mantém sentido semelhante, prescrevendo em seu artigo primeiro a proibição da alienação a qualquer título, mesmo como mandatária da União ou do DNPVN, ainda que sejam desnecessários ao serviço explorado.

O artigo segundo dispõe que os bens desnecessários à exploração passam para o patrimônio da União, após serem declarados desnecessários ao serviço, pelos órgãos competentes, podendo ser alienados somente com autorização legislativa.¹¹²

BARBOSA LIMA SOBRINHO, ao estudar o problema da reversão nos contratos de concessão de serviços de utilidade pública, entende que a transferência dos bens afetados à concessão, quando do seu término, uma vez decorrido o prazo pactuado, deve ser gratuita:

"Se o prazo é longo e o contrato fala em reversão, deve-se presumir que se trata de reversão gratuita, pois que isso nos leva a consideração de que seria benefício duplo, o permitir a indenização com a extensão do prazo concedido".¹¹³

E conclui BARBOSA LIMA SOBRINHO:

¹¹² In LEX, jan./mar. 1967.

¹¹³ In REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, Ed. F.G.V., v. 32, abr./jun. 1953, p. 33.

"Não nos parece, à vista de tudo o que estamos expondo, que sejam alienáveis os bens sujeitos à reversão. Não pretendemos, por certo, alegar que representam uma disponibilidade do poder concedente. Constituem bens do domínio público e são, por isso, inalienáveis, ou sujeitos às mesmas normas de alienação, a que se acham subordinados os imóveis do domínio público".¹¹⁴

Entre as leis que dispõem sobre a organização dos Municípios e que são de competência dos Estados-Membros, pelo menos duas estabelecem que expirado o prazo da concessão os bens a ela afetados são transferidos ao poder concedente, sem qualquer indenização, portanto, de forma gratuita. São elas a Lei nº 9.457, de 4 de junho de 1971, art. 15, do Estado do Ceará e a Lei nº 2.820-B, de 19 de fevereiro de 1968, do Estado do Maranhão, que estabelece no parágrafo único do art. 87 que "Findo o prazo da concessão, as obras ou serviços executados reverterão para o Município, livres de qualquer ônus".¹¹⁵

Pode-se resumir a questão com as palavras de HELY LOPES MEIRELLES:

"Findo o prazo da concessão, devem reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, independentemente de pagamento ou indenização ao concessionário, por se considerar recebidos no decurso do contrato, o capital investido, bem como os lucros e juros de ele decorrentes. Nem se compreenderia que ao término da delegação do serviço, em que o concessionário usufruiu todas as vantagens do empreendimento, fosse o Poder Público obrigado a pagar o que é seu...".¹¹⁶

Em sentido semelhante se manifesta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ressaltando, contudo, duas hipóteses: prazo curto e tarifas muito baixas. Segundo ele nestes casos deverá haver indenização, no montante do valor remanescente dos bens incorpora-

114 In REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, Ed. F.G.V., v. 32, abr./jun. 1953, p. 35.

115 In LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1976, v. I, p. 117 e 215, respectivamente.

116 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 5. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p.349.

dos ao patrimônio afetado à concessão e não amortizados no prazo estabelecido.¹¹⁷

CAIO TÁCITO, um estudioso do equilíbrio financeiro das concessões de serviços de utilidade pública, é de opinião de que as duas regras, a do "custo histórico, como base da avaliação do investimento financeiro do concessionário, e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão", são complementares".¹¹⁸

O que preocupa CAIO TÁCITO é a atualização monetária num processo inflacionário, com relação aos bens e às tarifas, a fim de que haja a remuneração adequada do investimento realizado. Ensina o referido autor, estudando a questão, no caso do Brasil:

"A legislação especial sobre tarifas de serviço público passou a admitir, expressamente, a correção monetária do valor dos bens de serviço, ou seja, o critério denominado de custo histórico corrigido, no qual embora mantido o valor original de aquisição (e não o custo de reprodução), corrige-se a sua expressão monetária, em função dos índices oficiais de desvalorização da moeda".¹¹⁹

Prossegue CAIO TÁCITO afirmando que os serviços explorados pelo próprio Estado seguem a mesma sistemática:

"Filiada ao mesmo sentido de atualidade monetária dos preços públicos, as tarifas de serviços diretamente explorados pelo Estado, como os de água e esgotos, passaram a ser revistas, não somente em função dos aumentos de custo de operação, como de depreciação monetária".¹²⁰

Esta linha de conduta é aplicada em serviços de utilidade pública, dados em concessão ou explorados pelo Estado através de suas empresas, podendo-se citar, como exemplo, o Decreto-lei nº 1.506, de 23 de dezembro de 1976, que aplica este princípio para os concessionários de energia elétrica.

117 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 55-56.

118 In REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 228, out./nov./dez. 1969, p. 46.

119 Idem, p. 46.

120 Idem, p. 46.

Hoje, com a criação de uma série de sociedades de economia mista e empresas públicas para a prestação de serviços de utilidade pública, muitos dos problemas, com relação ao patrimônio dos concessionários deixam de existir, de vez que o próprio poder público é o controlador da empresa, determinando pois, caso resolva extinguir a empresa ou lhe atribuir outros encargos, qual o destino a ser dado aos bens, de vez que estes, no entender de HELY LOPES MEIRELLES, se reincorporam ao patrimônio da entidade pública que instituíra a sociedade.¹²¹

Em se tratando de uma sociedade de economia mista de vem ser respeitados os direitos dos acionistas minoritários parti culares, em caso de extinção ou incorporação a outra entidade, nos termos do artigo 178 do Decreto-lei nº 200/67.

Vê-se que, em princípio, permanece a afetação dos bens ao serviço outorgado a uma sociedade de economia mista ou em presa pública, estando, contudo, muito simplificada a questão da reversão dos referidos bens, quando o próprio poder concedente é detentor do controle do capital.

Além disso, no Brasil há casos em que o próprio custo do serviço inclui um percentual para formar uma reserva de reversão. É o caso da exploração da energia elétrica, em que o ar tigo 4º da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, dispõe que:

"Art. 4º - Com a finalidade de prover recursos para os casos de reversão e encampação de serviços de energia elétrica, será computada como com ponente do custo do serviço quota de reversão de 3% (três por cento) calculada sobre o valor do investimento definido no parágrafo primeiro deste artigo".

Esta mesma "Reserva Global de Reversão" sofre a inci dê ncia de correção monetária, já anteriormente referida, nas pala vr as de CAIO TÁCITO, o que é prescrito pelo parágrafo 5º, do arti go 4º da Lei acima mencionada:

"§ 5º - A ELETROBRÁS deverá proceder anualmente à correção monetária da Reserva Global de Rever-

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 5. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, p. 337.

são, creditando a mesma juros de 3% (três por cento) ao ano, sobre o montante dos recursos utilizados, excluídos os aplicados na forma do § 4º deste artigo".

Esta forma de agir é, relativamente nova, e o gestor da "Reserva" não é o poder concedente original e sim a holding estatal na área de energia elétrica que também assume o ônus econômico-financeiro, nos casos de encerramento da concessão, segundo se pode deduzir da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, havendo já um fundo especial para cobrir estes encargos, sejam as concessionárias particulares, de órgãos controlados pelos Estados—Membros da federação, pelos Municípios, e mesmo pela própria União ou suas entidades.

Sendo o serviço prestado por uma entidade estatal, deixa de existir a preocupação do concedente, com relação à conservação dos bens nos últimos anos da concessão, de vez que o cessionário particular, em tais circunstâncias, apenas realiza trabalhos de conservação, manutenção e substituições indispensáveis para manter o serviço em funcionamento, obrigando, algumas vezes, a intervenção do poder concedente para exigir melhorias.

5.5 - GREVE NOS SERVIÇOS DADOS EM CONCESSÃO

A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 158, reconhecia o direito de greve, cujo exercício seria regulado por lei.

Referida regulamentação se efetivou somente em 1964, através da Lei nº 4.330, de 1º de junho, cujo artigo 12 relaciona as atividades consideradas fundamentais, para se restringir o direito de greve:

"Art. 12 - Consideram-se fundamentais as atividades de serviços de água, energia, luz, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga ou descarga, serviços funerários, hospitais, maternidades, venda de gêneros alimentícios de primeira necessidade, farmácias e drogarias, hotéis e indústrias básicas ou essenciais à defesa nacional".

A prestação dos serviços relacionados no artigo acima transcrito, são em sua maioria, objeto de concessão ou permissões.

Em não havendo lei modificativa posterior, devem ser aceitas as atividades catalogadas naquela, como sendo as "atividades essenciais", a que se refere o art. 157, § 7º, da Constituição de 1967 e art. 162 da Emenda nº 1, de 1969, e para as quais a greve passou a ser proibida.

O mesmo acontece com os serviços públicos, segundo preceitua o mesmo artigo 162 da Constituição Federal.

Pela Constituição de 1946 não havia proibição de greve para tais serviços, e sim procedimentos especiais, a serem observados pelos programadores da greve, nas atividades fundamentais e acessórias, segundo o art. 16 da Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964.

Segundo o artigo 14 da mesma lei "nas atividades fundamentais que não possam sofrer paralização, as autoridades competentes farão garantir e funcionar os respectivos serviços".

Este dispositivo deixa claro que os serviços dados em concessão, estão entre as atividades fundamentais, constantes

do artigo 12 da lei retro referida, de vez que uma de suas características é a continuidade.

Por este mesmo motivo, por certo, é que a lei fixava um pré-aviso de 72 horas para a deflagração da greve, nas atividades fundamentais e nas acessórias, quando motivada por não pagamento de salários no prazo legal ou descumprimento de decisão em dissídio coletivo, transitado em julgado.

A proibição foi consideravelmente ampliada pelo artigo 157, § 7º, da Constituição de 1967, repetida na de 1969, em seu artigo 162, sempre de forma taxativa: "Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei".

A Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969) também não especifica quais sejam os serviços essenciais, definindo, no entanto, como crime "impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão". (art. 29).

Fica evidenciado que os serviços dados em concessão devem, de modo geral, estar classificados entre os chamados essenciais, desde que estabelecida uma relação entre o que dispõe o artigo 162 da Constituição e o que prevê a Lei de Segurança Nacional, e que a deflagração de greve constitui uma forma de impedir ou dificultar o funcionamento do serviço, sendo, portanto, proibida a greve.

Dessa forma, se confrontadas as expressões "atividades fundamentais" e o significado que lhe atribui a Lei 4.330/64 e "atividades essenciais", utilizada pela Constituição de 1967 e repetida desde então, pode-se afirmar que todas as atividades, objeto de concessão, independentemente da pessoa que as executa, não podem ser interrompidas por greve, no Brasil, não obstante as causas que a poderiam originar.

Segundo BIELSA o concessionário só se exime da responsabilidade, se a causa da greve não puder ser imputada a ele.¹²²

¹²² BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 296-298.

O que se evidencia é que tanto os serviços de utilidade pública, cuja execução está entregue a particulares, por meio de concessão, ou a autarquias, fundações instituídas pelo poder público, sociedades de economia mista ou empresas públicas, não admitem solução de continuidade, tendo como base a deflagração de greve, pois, dificilmente, se encontrará uma atividade, objeto de concessão, que não esteja classificada como "atividade essencial".

O Decreto-lei nº 1.632, de 04 de agosto de 1978, posterior à conclusão desta dissertação, veio confirmar a análise com relação à proibição de greve nos serviços concedidos, acima exposta. Estabelece o referido Decreto-lei, em seu artigo 1º, § 2º: "Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal".

5.6 - RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS EMPREGADOSNOS SERVIÇOS CONCEDIDOS

O simples vínculo empregatício com uma empresa concessionária de serviços de utilidade pública não transmuda o empregado em servidor público, para os efeitos da aplicação da lei penal.

O problema surge quando os serviços são explorados por entidades da administração descentralizada, como sociedades de economia mista e empresas públicas.

Segundo NELSON HUNGRIA, as entidades paraestatais a que se refere o parágrafo único do artigo 327 do Código Penal vigente, são apenas as autarquias.¹²³

O mesmo autor, quando analisa o peculato, faz o estudo da sociedade de economia mista, distinguindo entre atividade comercial e industrial da sociedade criada pelo próprio Estado e quando ela recebe delegação para executar um serviço público. Neste último caso, deve, segundo ele, ser aplicado o dispositivo penal do parágrafo único do artigo 327 do Código Penal.¹²⁴

No caso do Banco do Brasil S.A., por exemplo, a regra é válida e aplicada pelos tribunais, quando o funcionário executa serviços delegados pela União ao Banco.¹²⁵

A tendência, contudo, é de estender a malha. O Supremo Tribunal Federal (RHC nº 48.512) decidiu que empregado de empresa pública é enquadrado no artigo 327, parágrafo único, do Código Penal, para efeitos penais. Tratava-se no caso de pessoa que fora empregada da COBAL - Companhia Brasileira de Alimentos.¹²⁶

123 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, v. IX, p. 403.

124 Idem, p. 341-342.

125 In REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro, Ed. F.G.V., v. 45, p. 264. In REVISTA FORENSE, Rio de Janeiro, v. 165, p. 309.

126 In REVISTA DE DIREITO PENAL nº 4. Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, out./dez. 1971, p. 116.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, comentando dita decisão assevera que "somente por força de expressa equiparação legal poderiam os funcionários de empresas públicas ser considerados funcionários públicos para os efeitos penais". E acrescenta: "Essa equiparação, a nosso ver, é totalmente injustificável, como é injustificável a tendência a ampliar o círculo dos funcionários públicos para os efeitos penais".

Prosseguindo, assegura FRAGOSO, referindo-se às empresas públicas: "Realizam atividades industriais ou comerciais que não constituem fins próprios do Estado e que não configuram função pública para os efeitos da lei".¹²⁷

MARIENHOFF se manifesta contra a equiparação em pauta, por entender que os concessionários são pessoas de direito privado, não sendo, assim, possível os seus empregados serem considerados funcionários públicos.¹²⁸

Em sentido contrário, se manifesta ENRIQUE LASO, de vez que admite que os empregados de empresas concessionárias de serviços de utilidade pública, quando estas forem estatais, são funcionários públicos.¹²⁹

O direito penal brasileiro caminha no sentido de incluir expressamente, em seus dispositivos legais, a equiparação dos empregados de empresas públicas e empresas de economia mista a funcionários públicos, para efeitos penais.

Assim o anteprojeto original do Código Penal de 1969 estabelecia no parágrafo único do art. 354: "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista".

Vale ressaltar uma particularidade, no sentido de que o anteprojeto fazia distinção entre "entidade paraestatal" e "sociedade de economia mista", já anotada por NELSON HUNGRIA, anteriormente mencionado.

¹²⁷ In REVISTA DE DIREITO PENAL nº 4. Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, out./dez. 1971, p. 118.

¹²⁸ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 585-588, nºs 1154 e 1155.

¹²⁹ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 22.

O Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, ao fazer a equiparação, não menciona, expressamente, a empresa pública e nem as fundações instituídas pelo poder público. Preceitua o referido diploma legal, no parágrafo único do artigo 364: "Equipara-se a funcionário público, quem exerce cargo, emprego ou função em autarquia, sociedade mista ou sociedade de que participe a União, Estado, ou Município como acionista majoritário".

As alterações introduzidas pela Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, deram ao parágrafo único do referido artigo 364, a redação que mantém atualmente, e que é clara e expressa: "Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público".

Este novo Código Penal teve sua vigência adiada pela Lei nº 6.063, de 27 de junho de 1974, para a mesma data em que entrar em vigor o novo Código de Processo Penal.

Pode-se ver, pois, que quando o serviço for concedido a empresa particular, seus empregados, diretores, etc. não são equiparados, para fins penais, a funcionários públicos.

Na empresa pública e na sociedade de economia mista, já acontece o contrário. Seja ela prestadora de serviços de utilidade pública ou exerça outra atividade econômica não relacionada com serviços que possam ser dados em concessão, os seus empregados, diretores, etc. estão sob a égide da determinação do artigo 364, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.004/69, com a redação dada pela Lei nº 6.016, de 1973, desde que entre em vigor, não se levando em consideração a personalidade jurídica da entidade e sim a pessoa que sobre ela exerce o controle decisório.

A análise aqui realizada permanece válida apesar da revogação do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e das leis nºs. 6.016, de 31 de dezembro de 1973 e 6.063, de 27 de junho de 1974, pela lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, em face de, doutrinariamente, serem consideradas entidades paraestatais, tanto as sociedades de economia mista, como as empresas públicas e as fundações instituídas pelo poder público.

A revogação em questão ocorreu após a conclusão e entrega deste trabalho.

5.7 - INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS SERVIÇOS CONCEDIDOS

A intervenção pode ser temporária ou definitiva.

Quando temporária, ela pode ocorrer para dar continuidade normal ao serviço ou para utilizar os bens afetados à concessão para outra finalidade, considerada mais importante pelo Estado.

No entender de MARIENHOFF a execução direta para assegurar a continuidade do serviço é, em princípio, meramente transitória, podendo ser denominada de medida coercitiva provisória, e ser executada pelo concedente, por conta e risco do concessionário ou sob a responsabilidade direta do concedente.

Admite o mesmo autor que no período de intervenção temporária o poder concedente pode confiar a execução do serviço a uma terceira pessoa.

Acrescenta o mesmo administrativista que à administração corresponde o direito virtual, tácito ou implícito, de evitar as conseqüências da inexecução, assumindo, assim, por si ou por terceiro, o cumprimento, com referência às prestações, de forma a dar cumprimento ao contrato.

Normalmente, quando o serviço ou a obra foram colocados em ordem, o contratado ou o concessionário reassume as funções previstas no contrato.

Esta forma de intervenção recebe a denominação de "sequestro", ou como querem os autores franceses de "mise en régie", "exécution temporaire", "echat par défaut", ou mais exatamente "mise sous séquestre".¹³⁰

RIVERO, referindo-se às sanções de que é passível o concessionário, bem como os demais contratantes com o poder público, preleciona três formas:

¹³⁰ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-A, p. 418-420.

- a - as sanções pecuniárias;
- b - intervenção destinada a dar continuidade ao serviço; e
- c - sanção dando fim a contrato, sem qualquer indenização.

Com relação ao item b assevera RIVERO.

"Sanctions destinées à assurer l'exécution malgré la défaillance du contractant, l'administration se substituant à lui, au moins provisoirement, et prenant elle-même l'exécution en main, mais lui faisant supporter les frais de son intervention: mise en régie (travaux publics), exécution par défaut (fournitures), mise sous séquestre (concession)".¹³¹

Quando a intervenção temporária se destina a dar continuidade ao serviço, em face de faltas cometidas (execução não satisfatória do serviço, desrespeito às regras pertinentes, etc.), ela assume o caráter de penalidade, admitindo que o concessionário se reorganize para reassumir a execução dos serviços, tão logo comprove estar em condições de lhes dar continuidade de forma satisfatória e demonstrar que as falhas, que motivaram a intervenção temporária, estão sanadas.

Vale lembrar aqui o § 1º do art. 5º do Decreto-lei nº 3.366, de 25 de junho de 1941, segundo o qual

"a execução direta não extingue, para a concessionária, a obrigação de prestar o serviço, quando a municipalidade julgar que deva cessar a substituição, salvo à concessionária o direito de pleitear indenização caso a substituição haja sido arbitrária ou injustificada".

Neste caso, acrescenta o § 2º, "no montante da indenização (...) não serão computados lucros cessantes".¹³²

Podem se caracterizar motivos para intervenção temporária da administração, sem que haja culpa do concessionário, como, por exemplo, o caso de deflagração de greve pelos empregados deste.

¹³¹ RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1975, p. 125.

¹³² LEX, v. V, 1941, p. 312.

Nesse caso, ensina BIELSA, o concedente fica subroga-
go nos direitos que o concessionário adquiriu por meio da conces-
são.

Esta substituição também é provisória, prolongando-se
até desaparecerem as causas que as motivaram.¹³³

Outro aspecto que assume a intervenção temporária do
Estado nos serviços concedidos é a requisição. É prevista, no
Brasil, pelo art. 155, § 2º, letra f, da Constituição Federal,
que a caracteriza como uma medida coercitiva. Dispõe o parágrafo
segundo do art. 155 da Carta Magna: 133-A

"§ 2º - O estado de sítio autoriza as seguintes
medidas coercitivas:

.....
f) uso ou ocupação temporária de bens das autar-
quias, empresas públicas, sociedades de economia
mista ou concessionárias de serviços públicos, as-
sim como a suspensão do exercício de cargo, fun-
ção ou emprego nas mesmas entidades".

Nesse caso, a finalidade não é garantir a continuida-
de da execução do serviço concedido, e sim a ocupação ou uso dos
bens afetados à concessão para defender outros interesses do po-
der público, mesmo que para tanto seja necessário a paralização
total ou parcial dos serviços objeto da concessão, por certo espa-
ço de tempo.

Em face de não haver culpa do concessionário, este
tem direito à indenização pelo uso ou ocupação pelo Estado, dos
bens afetados à concessão e utilizados para outra finalidade.

Pode o Estado concedente intervir para, em caráter
definitivo, retomar a execução dos serviços, por não mais lhe con-
vir que o concessionário continue executando os serviços, por mo-
tivos políticos, econômicos ou financeiros, ou por graves infra-
ções aos deveres por parte do executor, responsável pela continui-
dade dos serviços concedidos, de forma a contrariar o interesse
coletivo, cujos diversos aspectos serão objeto de análise a se-
guir.

¹³³ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed.
La Ley, 1964, v. II, p. 297-298.

133-A Com a emenda nº 11, promulgada em 11.10.78, passa a ser a
letra G do art. 156 da Constituição Federal, criando ainda o
"Estado de Emergência" e as "Medidas de Emergência", nos
quais podem ser adotadas idênticas medidas (arts. 155 e 158).

5.8 - EXTINÇÃO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE
UTILIDADE PÚBLICA

A concessão pode ser extinta por várias formas. Normalmente, deve ocorrer ao expirar o prazo, estipulado no contrato ou no ato de outorga. É admitida também a extinção antecipada, por acordo das partes ou por ato unilateral do poder público.

Estribado em DUEZ e DEBEYRE, BONNARD e JÈZE, afirma LASO que "nunca podría invocarse la facultad implícita de rescatar la concesión, con la finalidad de cambiar de concesionario".¹³⁴

As formas de extinção e suas conseqüências assumem peculiaridades especiais que serão objeto da exposição a seguir:

1 - Término do prazo contratual.

O serviço volta para o poder concedente, que assume a responsabilidade direta pela continuidade de sua prestação ao público.

A indenização, se houver, deverá ocorrer conforme constante em cláusula contratual, podendo variar as fórmulas para o seu cálculo, segundo o estabelecido no mesmo contrato ou no ato de outorga.

Pode não haver qualquer indenização ao concessionário, operando-se a reversão dos bens afetados ao serviço dado em concessão ao poder concedente, sem ônus, que passa a prestar o serviço de forma direta, por entidade de sua administração descentralizada ou por outro concessionário particular.

2 - Encampação ou resgate.

É forma de extinção antecipada da concessão, apresentando-se sob dois aspectos:

a - Contratual: quando o próprio contrato de concessão ou o ato de outorga fixarem prazos em que poderá ocorrer o resgate ou encampação, bem como as condições de indenização.

¹³⁴ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, Ed. Talleres Graficos, 1972, v. II, p. 83, nota 1.

No século XIX, era muito comum, no Brasil, os contratos de concessão fixarem que tal medida somente poderia ser adotada pelo poder concedente, após transcorridos 10, 15 ou mais anos do início da concessão.

b - Forçado: ocorre por interesse da administração. Pode acontecer a qualquer tempo, desde que a administração pública adote as providências neste sentido, devendo haver indenização ao concessionário de conformidade com o estabelecido no contrato ou ato de outorga ou segundo a lei civil.

No entender de HELY LOPES MEIRELLES a encampação pode ser concretizada de duas formas:

- pela desapropriação de todos os bens e direitos utilizados e vinculados ao serviço, objeto da concessão; ou
- pela desapropriação das ações ou quotas representativas do capital da empresa concessionária.¹³⁵

Neste caso, ensina VEDEL, deverá haver, inclusive, indenização do "damnum emergens et du lucrum cessans".¹³⁶

3 - Rescisão, que se apresenta sob três aspectos:

- a - Por acordo entre as partes;
- b - por ato unilateral da administração;
- c - por decisão judicial.

Esta última ocorre por falta de cumprimento de cláusula contratual por uma das partes, geralmente, por parte da administração pública concedente, de vez que esta tem outros meios para extinguir a concessão.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, p. 355.

¹³⁶ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 852; no mesmo sentido AUBY, Jean-Marie & DUCOS-ADER, Robert. Droit Administratif. 3. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1973, p. 435, nº 321; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, p. 355.

Adverte LASO que o inadimplemento por parte da administração concedente dá oportunidade para o concessionário requerer, judicialmente, reparação dos danos patrimoniais sofridos ou a rescisão do contrato, não sendo, contudo, motivo para que ele abandone o serviço, de vez que está atuando no interesse da coletividade.¹³⁷

O mesmo autor levanta a possibilidade de rompimento do contrato de concessão tendo como base o não cumprimento por força maior. Neste caso, prossegue, não há culpa de nenhuma das partes e só deve ser concretizada a rescisão quando houver impossibilidade absoluta de viabilidade econômico-financeira, após as partes terem esgotadas todas as possibilidades de adaptar a concessão à nova situação.¹³⁸

4 - Caducidade ou decadência.

Ocorre por iniciativa do poder concedente em face de infrações praticadas pelo concessionário.

Assume dois aspectos:

a - não início da execução dos serviços, objeto da concessão, no prazo estabelecido;

b - execução defeituosa dos serviços dados em concessão, caracterizando a inadimplência por parte do concessionário.

A caducidade é sempre possível ser declarada pela administração, sendo nulas as cláusulas contratuais que a proibam ou excluam, segundo ensinamento de LASO, fazendo referência a THE MÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, DUEZ e DEBEYRE e BONNARD, que, segundo ele, se manifestam no mesmo sentido.¹³⁹

A caducidade somente pode ser declarada, pelo poder concedente, após caracterizada a mora do concessionário.¹⁴⁰

137 LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 81.

138 LASO, Enrique S. Idem, p. 81-82.

139 LASO, Enrique S. Ibidem, p. 79.

140 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 339.

A maior causa de declaração de caducidade tem como origem o não início dos serviços concedidos ou das respectivas obras no prazo estipulado no contrato de concessão ou no ato de outorga, que por sua vez advém da falta de interesse do concessionário.

Atos do poder público nesse sentido aparecem, frequentemente, na imprensa oficial, mencionado-se como exemplo ato do Diretor Geral do DNAEE que considera caduca a concessão para aproveitamento de energia elétrica dada a Tecidos Gabiroba S.A., em 1946, através do Decreto nº 20.601, de 12 de dezembro de 1946 e cuja caducidade veio a ser declarada, por falta de interesse na realização das respectivas obras, em 1977.¹⁴¹

No caso de caducidade ou decadência não haverá indenização por lucros cessantes, na opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, devendo haver apenas o pagamento do "equipamento revertido, com dedução da parte já amortizada, da depreciação por desgaste ou obsolência e dos prejuízos que haja sofrido em razão da necessidade de extinguir antecipadamente a concessão".¹⁴²

Nas palavras de VEDEL, "la déchéance sanctionne le manquement grave du concessionnaire a ses obligations", devendo a indenização ocorrer conforme prevista no "caderno de encargos" e sempre de forma limitada. Caso contrário, não deve haver indenização.¹⁴³

5 - Anulação do contrato ou do ato de outorga.

Tem como fundamento a ilegalidade da concessão.

Esta forma de extinção da concessão é denominada de revogação por ENRIQUE S. LASO.¹⁴⁴

141 In Diário Oficial da União de 25 de outubro de 1977, parte I, seção I, p. 14.420.

142 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 57.

143 VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 852.

144 LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, 1972, v. II, p. 78, nota 1.

6 - Morte do concessionário:

- a - pessoa física (muito raro na atualidade);
- b - pessoa jurídica, cuja "morte" ou extinção se verifica pelo cancelamento de seu registro na Junta Comercial competente.

LASO assegura que

"cuando el concesionario es una persona física extingue la concesión porque ésta se otorga intuitu personae.

E continua:

"Esta causal tiene poca aplicación ya que la mayor parte de las concesiones se otorgan a personas jurídicas".¹⁴⁵

Isto não impede que os herdeiros possam ser autorizados a dar continuidade à execução do serviço, anteriormente dado em concessão ao ascendente.¹⁴⁶

7 - Desapropriação total ou parcial das ações ou quotas de empresa concessionária ou executora de um serviço transformado em serviço de utilidade pública, anteriormente não reconhecido como tal.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que

"a desapropriação de ações representativas do capital de uma empresa concessionária também não determina a extinção da concessão, mas, como a de quaisquer bens, a simples mudança dos acionistas, persistindo a pessoa jurídica".

Cita a seu favor decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido.¹⁴⁷

CANASI chama a atenção para a semelhança entre a revogação por oportunidade e a desapropriação pública, de vez que

¹⁴⁵ LASO, Enrique S. Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, Ed. Talleres Gráficos, 1972, v.II, p. 84.

¹⁴⁶ LASO, Enrique S. Idem, p. 84, nota 8.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 53.

a oportunidade pode apresentar o aspecto de utilidade pública ou de interesse público, tendo esta expressão equivalência com aquela, e são utilizadas para justificar desapropriações.¹⁴⁸

Como já mencionado anteriormente, HELY LOPES MEIRELLES inclui a desapropriação como uma forma de encampação.

O Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 856, de 11 de setembro de 1969, art. 2º, § 3º, restringe o uso da desapropriação na área de serviços de utilidade pública, ao estabelecer que

"é vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República".

8 - Nacionalização.

Apesar de ser relacionada com uma das formas de extinção da concessão os autores franceses lhe dão características especiais.

WALINE ensina que

"la nationalisation a généralement pour effet, non de mettre fin à la concession, mais d'obliger le concessionnaire à céder ses droits à un autre concessionnaire qui est soit établissement public, soit une société nationale dont l'Etat est unique actionnaire, soit à une société nationale d'économie mixte".¹⁴⁹

GEORGES VEDEL, ao estudar a extinção do contrato de concessão, referindo-se à nacionalização a caracteriza como "une opération "sui generis" tendent a soumettre une activité à la gestion capitaliste", acrescentando que ao poder legislativo cabe a decisão de se manifestar soberanamente sobre a sua conveniência ou

148 CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1974, v. II, p. 593.

149 WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris, Ed. Montchrestien, 1969, p. 502.

não, inclusive sobre as condições de indenização das pessoas físicas ou morais atingidas.¹⁵⁰

Esta modalidade foi muito utilizada na Europa, especialmente após as duas guerras mundiais, como forma de passar a execução e administração dos serviços concedidos para uma empresa pública, sociedade de economia mista ou mesmo para um "estabelecimento público", obtendo assim, o Estado, um controle mais direto e concreto sobre a prestação dos serviços.

9 - Falência do concessionário.

Na realidade, a simples decretação de falência não extingue o contrato de concessão, não podendo nem mesmo deixar de dar continuidade ao serviço concedido, agora sob a orientação do síndico, até que o poder concedente, por ato seu, declare extinta a concessão, com base na sentença que decretou a falência e ele próprio ou por terceiro dê prosseguimento ao serviço.

O art. 201 da Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) estabelece que

"a falência das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, não interrompem êsses serviços, nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos".

O prosseguimento das obras e dos serviços de utilidade pública se dará sob a direção do síndico, "junto ao qual haverá um fiscal nomeado pela entidade administrativa concedente" (art. 201, § 3º).

A falência pode ensejar ações judiciais contra o poder público concedente, por parte dos terceiros prejudicados, alegando má escolha do concessionário a quem o poder concedente confiou a execução do serviço de utilidade pública, pelo qual, em última análise, o Estado é o responsável.

DE LAUBADÈRE defende a responsabilidade do poder concedente, em caráter subsidiário, no caso de falência do concessio

¹⁵⁰ VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 852.

nário, fazendo-o com base na jurisprudência do Conselho de Estado francês.¹⁵¹

Adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que esta responsabilidade do poder concedente é somente subsidiária e não solidária.¹⁵²

Hoje todas as sociedades de economia mista, no Brasil, são insusceptíveis de falência, mas a pessoa jurídica controladora é responsável, subsidiariamente, pelas suas obrigações, nos termos do art. 242 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe: "As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações".

Surge um aspecto a considerar no caso de o poder concedente, por exemplo, ser a União, e a sociedade de economia mista executora dos serviços controlada por um Estado-Membro ou um Município. Quem é o responsável, subsidiariamente?

Partindo do princípio de que o controlador da empresa é o próprio poder público e não um particular, e nem o concedente, e que a administração deve ter a preferência para executar os serviços de utilidade pública, levando-se em conta, ainda, que a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em seu art. 242, não faz qualquer ressalva, pode-se assegurar que o responsável, em caráter subsidiário, é, também, na área das concessões de serviços de utilidade pública, a pessoa jurídica que detiver o controle da sociedade de economia mista e não de quem lhe outorgou a concessão, se pessoa diversa da controladora.

10 - Renúncia.

Seria uma decisão unilateral partida do concessionário.

¹⁵¹ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, 1973, p. 606.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 53.

No entender de BIELSA a renúncia, em princípio, não pode ser aceita como forma de extinção da concessão, pelo fato de ser um contrato bilateral, que atribui ao concessionário direitos e obrigações e não somente aqueles. Necessita, pois, do consentimento do concedente.

Acrescenta BIELSA que a lei ou o contrato podem prever esta forma de terminação, mas que ela só é viável se com a interrupção do serviço não houver prejuízo para o interesse coletivo. Se o serviço for necessário, a renúncia não tem nenhuma eficácia, de vez que a continuidade e a regularidade do serviço não podem sofrer.¹⁵³

Em sentido semelhante conclui THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, com base na doutrina alemã e italiana. Segundo ele, "o que parece bem assentado na doutrina é que a renúncia não pode contrariar o interesse público, nem pode o concessionário fugir aos termos da concessão e às conseqüências do seu ato, de acordo com as normas jurídicas relativas ao contrato".¹⁵⁴

MARIENHOFF não vacila em afirmar que a renúncia não constitui meio idôneo para extinção do contrato de concessão de serviços de utilidade pública, de vez que é um contrato administrativo por "colaboração" e é outorgado em função do interesse público e não em razão do interesse privado do concessionário.

O interesse pelo cumprimento integral do contrato, continua o mesmo autor, é o Estado, que é o poder concedente, não podendo o concessionário ter prerrogativa unilateral para dar como extinto o contrato de concessão.

Para ele a renúncia só poderia ser eficaz se aceita pelo concedente, mas neste caso, seria uma rescisão contratual (bilateral) por acordo entre as partes.¹⁵⁵

¹⁵³ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, v. II, p. 338, nº 317.

¹⁵⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 10. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977, p. 243.

¹⁵⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-B, p. 614 e segs.

Sob este prisma as empresas públicas e sociedades de economia mista, no Brasil, adotam decisões que podem ser interpretadas como renúncia ao cumprimento de serviços que lhes foram dados em concessão. Isto se observa, particularmente, com a RFFSA, que, sem que se tenha conhecimento de atos do poder concedente, extingue os ramais ferroviários antieconômicos, ou diminui, drasticamente, a frequência dos horários, prejudicando os usuários.¹⁵⁶

11 - Extinção do objeto da concessão.

Segundo GABINO FRAGA esta é uma modalidade de extinção do contrato de concessão antes do prazo previsto, pois o objeto do mesmo deixa de existir.¹⁵⁷

GEORGES VEDEL dá a esta forma de terminar o contrato de concessão o nome de "résiliation", explicando que "la résiliation suppose, d'un part, que le concessionnaire n'a pas manqué à ses obligations et d'autre part, que le service est supprimé".¹⁵⁸

Em sentido semelhante se manifesta MARIENHOFF, advertindo ainda para a necessidade de serem usados termos exatos, em cada ocasião. Segundo ele, quando a causa é a extinção do serviço o Estado deve usar a revogação por razões de qualidade e não o resgate, pois o serviço deixa de existir, não havendo pois o seu resgate.¹⁵⁹

12 - Cumprimento do objeto.

Constitui, no entender de MARIENHOFF, uma forma de extinção do contrato de concessão.¹⁶⁰

156 Comissão Tenta Nova Solução para Trens no Norte. Jornal O Estado, diário, Florianópolis, ed. de 26 jun. 1977, p.15; Trem de Ferro Pode Derrubar Arena, Jornal de Brasília, diário, ed. de 22 mar. 1977, p. 2; e Ferrovias - Dormentes, Dormentes..., Veja, semanal, São Paulo, v. 446, 23 mar. 1977, p. 92-93.

157 FRAGA, Sabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, Ed. Porrúa, 1973, p. 262, nº 218.

158 VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 852.

159 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, v. III-A, p. 558-559, 569-572 e 576; v. III-B, p. 631.

160 MARIENHOFF, Miguel S. Idem, v. III-B, p. 631.

Seria uma forma normal de término do contrato de concessão, devendo o mesmo ser por prazo indeterminado, vinculando a sua existência e validade ao cumprimento do seu objeto, enquanto este existir.

Capítulo 6

6 - COOPERATIVAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
DE UTILIDADE PÚBLICA

Segundo BIELSA, cooperativas são sociedades que:

- 1 - Não especulam, e,
- 2 - têm um substrato social e econômico que contribui para a solidariedade social.¹

Assim, a prestação dos serviços de utilidade pública é subtraída da mão de intermediários que buscam o lucro, através da execução dos serviços de atendimento ao público e que lhes é confiado pelo Estado concedente.

Para que uma cooperativa possa ser objeto de concessão de serviços de utilidade pública, BIELSA apresenta quatro condições:

- a - os serviços devem ser de caráter econômico ou industrial, úteis aos sócios e não serem obrigatórios para todos os habitantes ou proprietários;
- b - quando a concessão não for em caráter de monopólio ou com exclusividade ela é admissível;
- c - deveser garantia de estabilidade econômica, para que possa assumir o compromisso da exploração de um serviço de utilidade pública;
- d - prestar os serviços concedidos à administração pública, mesmo não sendo sócia, em casos de necessidade, o que pode ser fixado no próprio instrumento de concessão. Neste caso a retribuição pela utilização do serviço por parte do Estado pode ser a normal ou outra prevista.²

A observação de BIELSA é plenamente válida, quando se refere à solvência, em face das administrações ruinosas, que freqüentemente se instalam nesse tipo de organização, sendo a di-

¹ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma, v. I, p. 485.

² BIELSA, Rafael. Idem, p. 487.

reção inúmeras vezes entregue a pessoas sem nenhum preparo para o exercício de tal função.

A legislação cooperativista brasileira (Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971) permite o exercício, por parte de cooperativas de atividades originárias do poder público, desde que reconhecidas de interesse público (art. 1º).

No art. 3º a lei em questão estabelece como meta para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum dos sócios, e sem objetivo de lucro.

Não estão, igualmente, sujeitas à falência (art. 4º), o que constitui outra característica particular.

O art. 5º não deixa dúvida sobre a possibilidade de as entidades cooperativas exercerem serviços de utilidade pública, que são, normalmente, dados em concessão:

"Art. 5º - As cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação".

Com relação à possibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia de uma cooperativa, dispõe o diploma legal em questão que tal somente é admitido em alguns casos, expressamente previstos, segundo determina o artigo 29, § 3º: "Nas cooperativas de eletrificação, irrigação e telecomunicações, poderão ingressar as pessoas jurídicas que se localizem na respectiva área de operações".

Com as pessoas jurídicas integrando as cooperativas na qualidade de sócias, desaparece o caráter de lucratividade, que se poderia caracterizar pelo atendimento a terceiros não associados.

Deve-se, como o faz BIELSA, sempre ressaltar o atendimento a terceiros não associados em casos de necessidade, e particularmente o poder público, quando necessitar dos serviços, entregues à cooperativa para exploração.

Na República Federal da Alemanha, segundo o Prof. WALTER RUDOLF, em conferência pronunciada em Florianópolis, no dia 7 de outubro de 1977, ainda existem cooperativas que exploram ser

viços de utilidade pública, mas não são admitidas novas organizações semelhantes, pois a medida que elas não se sentem mais em condições de continuar prestando o serviço de forma satisfatória, em face de novas exigências, melhoramento dos serviços, ampliação, etc., obrigatoriamente, o poder público, em geral de âmbito municipal, assume a responsabilidade, dando-lhe continuidade, por intermédio da administração centralizada ou descentralizada. Neste caso por uma empresa pública.

No Brasil, as cooperativas exercem um papel importante na área de serviços de utilidade pública, especialmente na distribuição e exploração de energia elétrica na zona rural. O exercício dessa atividade não é, contudo, realizado mediante concessão e sim por permissão ou autorização.

O Decreto nº 62.655, de 3 de maio de 1968, que "regulamenta a execução de Serviços de Eletrificação Rural mediante autorização para uso privativo, e dá outras providências", em seu artigo 2º prescreve que "depende de permissão federal, por ato do Ministro das Minas e Energia a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica destinada ao uso privativo de consumidores rurais, individualmente ou associados".

Mais recentemente, o Decreto nº 79.898, de 30 de junho de 1977, que "define o programa nacional de eletrificação rural", estabelece em seu art. 2º, I:

"art. 2º - A programação referida no art. 1º deverá assumir:

I - caráter de complementação entre a ação nacional desenvolvida pelo conjunto das empresas concessionárias, sob a coordenação da ELETROBRÁS, e o esforço realizado em certas áreas, pelas cooperativas de eletrificação rural, dentro do programa supervisionado pelo Ministério da Agricultura".

Assim, as cooperativas exercem suas atividades na área de obras e distribuição de energia elétrica rural nas regiões onde as concessionárias não teriam condições de agir ou não manifestam interesse para se instalar, em face da ausência de atrativo financeiro-econômico.

Este mesmo decreto repete em parte o disposto no decreto de 1968, anteriormente referido, com relação à autorização.

Prescreve o artigo 4º do Decreto nº 79.898, de 30 de junho de 1977:

"Art. 4º - Depende de autorização federal por ato do Ministério das Minas e Energia o estabelecimento de linhas de transmissão e redes de distribuição pelas cooperativas de eletrificação rural, para fornecimento de energia elétrica destinada ao uso privativo dos cooperados, vedado o comércio de energia".

É de se registrar ainda que a medida que os serviços de energia elétrica entregues a cooperativas se tornam rentáveis, vão passando para concessionários dos serviços correspondentes, segundo estabelece ainda o mesmo decreto referido, em seu art. 2º, II, afirmando que a programação deverá assumir um "sentido dinâmico, a fim de permitir que, à medida que a atuação das empresas concessionárias se amplie, naturalmente, das áreas urbanas para as rurais, a atuação das cooperativas se concentre nas regiões menos atendidas".

Assim, vê-se que as cooperativas, na área de serviços de utilidade pública, assumem um caráter complementar, com relação aos concessionários dos mesmos serviços, executando-os elas, sob forma de autorização.

Capítulo 7

7 - CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICANO BRASIL7.1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Uma das primeiras tentativas de implantar no Brasil o sistema de concessão de serviços de utilidade pública, se concretizou pelo Decreto nº 24, de 17 de setembro de 1835, na área de navegação fluvial e de cabotagem, prescrevendo o art. 1º que:

"O Governo fica autorizado a conceder carta de privilegio exclusivo da navegação por barcos de vapor ou outros superiores que se descobrirem, por espaço de 40 annos, á Companhia denominada do Rio Doce, para navegar não só o dito rio e seus confluentes, mas também directamente entre o mesmo rio, e as Capitães do Imperio e da Provincia da Bahia, com tanto que na navegação de cabotagem sejam os barcos embandeirados á brasileira, e tripolados conforme a lei".

O que chama a atenção neste Decreto Legislativo é o fato de que as tarifas, então denominadas taxas, eram fixadas pela Companhia, detentora dos privilégios e o fato de terminado o prazo de 40 annos, o governo poder remir as obras ou prorrogar a concessão por outros quarenta annos, quando então, ao término deste novo prazo a reversão seria gratuita, conforme determina o artigo 9º, do supracitado decreto; in verbis:

"Art. 9º - As taxas, que a Companhia estabelecer em seu beneficio pelo transito das estradas, pontes, canaes, ou pela navegação que lhe é privativa, serão consideradas interesse do capital nos primeiros 40 annos, reservando-se á Nação, passa do esse prazo, o direito de remir as obras pelo valor, e modo que fôr estabelecido a juizo de arbitros, ou de prorrogar o privilegio por mais 40 annos, findos os quaes reverterão á Nação as mencionadas obras, sem indemnização alguma, obrigada a Companhia a entrega-las em bom estado".¹

¹ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1835, Parte Primeira. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1864, p. 31-33.

Logo a seguir, surgiu o primeiro dispositivo legal, o Decreto nº 101, de 31 de outubro de 1835, que autorizava o governo a fazer concessão na área de construção de estradas de ferro e exploração dos respectivos serviços.

Ambos os Decretos Legislativos mencionados anteriormente fixam o prazo máximo da concessão em quarenta anos (art.1º).

Na área de estradas de rodagem e construção de pontes, a legislação de 1831, apesar de ditar normas para a construção por administração direta do governo, previa a possibilidade de se realizar contrato com particulares para esta finalidade, desde que estes se dispusessem a continuar a obra e sua conseqüente exploração, conforme Decretos de 25 de outubro de 1831.

Para tanto, estipula o art. 1º, de um Decreto da referida data:

"Art. 1º - O Governo fica autorizado a continuar por administração com o melhoramento da estrada de Minas chamada da Policia, e abertura de ramificação denominada da Serra de Santa Anna; em todo o tempo porém que appareçam emprehededores, que queiram tomar, ou em todo, ou em parte, com elles poderá fazer o contracto na forma da lei".

É pelo artigo terceiro do referido decreto que se pode concluir que a entrega a terceiros seria mediante concessão, pois fala em "rendimento de portagem", o que, atualmente, corresponde a pedágio.²

Outro decreto da mesma data aprova tabela de taxa de uso e de passagem sobre uma ponte na Provincia de Parahyba do Norte, ao mesmo tempo em que aprova a planta da ponte.

Esta taxa foi estipulada para ser cobrada pelo espaço de dez anos, a partir da conclusão da obra.

A cobrança de pedágio pelos poderes públicos, pelo uso de obras públicas, foi gradualmente perdendo prestígio, deixando mesmo de existir, no Brasil, somente voltando a ser implantada, recentemente. Parte do abandono da cobrança do pedágio, pe

² In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831. Parte Primeira. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878, p. 144-145.

la administração pública, por certo se deve ao contínuo avanço do liberalismo econômico, no século XIX.

A título de ilustração vale transcrever a tabela estabelecida pelo dispositivo legal referido acima, datado de 25 de outubro de 1831:

"Art. 2º - Fica igualmente aprovada a seguinte taxa de uso, e passagem, a qual cobrar-se-ha para a Fazenda Nacional por espaço de dez annos.

Por cada pessoa	vinte	réis
" " animal vaccum ou cavallar "	"	"
" " dito com carga	quarenta	"
" " carro vasio	cem	"
" " dito carregado	duzentos	"
" " porco	dez	"
" " uma cabeça de gado ovelhum e caprum	"	" 3

Na área de estradas de ferro, segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, nessa primeira fase, foi celebrado contrato de concessão entre o governo imperial e Thomaz Cochrane, mas sem nenhum resultado prático, apesar das vantagens oferecidas. Em 1843 foi decretada a caducidade da referida concessão. Ainda assim, ela foi renovada, segundo o mesmo autor, mas anulada por decisão legislativa em 1849.⁴

Pela Lei nº 641, de 26 de junho de 1852 (art. 3º) foi determinada a restituição a Cochrane do valor das multas e juros de 6% a.a. pagos a título de inadimplemento contratual, mas reconhecido sem vigor pela Assembléia Nacional.

Sob o aspecto jurídico, possivelmente não havia restrições por parte dos interessados. Mas no aspecto econômico, não eram atraentes as ofertas governamentais, o que se pode concluir do constante de uma publicação da RFFSA, o que levou o Estado a oferecer incentivos de forma direta, através da garantia de juros:

"Mas o incremento ferroviário por parte do governo não sucedeu, assim rapidamente. Permaneceu a questão em ponto morto desde 1835 - data da primeira lei que previa a ligação entre o Rio de Janeiro

³ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831. Parte Primeira. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878, p. 156-157.

⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. v. IV, 1943, p. 91.

neiro, São Paulo, Ouro Preto e Bahia - a 1852, quando o Império, a exemplo do Governo russo, resolveu utilizar o sistema de juros, isto é, o Estado emprestando de particulares e premiando-os com juros garantidos".⁵

Conforme PEDRO CALMON, citado pela mesma publicação da RFFSA, foi Irineu Evangelista de Souza (Visconde de Mauá) quem, em 30 de abril de 1854, entregou ao tráfego a primeira estrada de ferro da América Latina.⁶

Na área da telegrafia, apesar de não haver concessões para exploração do serviço, o Decreto nº 2.614, de 21 de julho de 1860 formalizou a primeira regulamentação a respeito, no Brasil, segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI.⁷

A telegrafia teve uma evolução rápida, de vez que em 1857, o Barão de Capanema instalava o primeiro serviço telegráfico no Brasil, sabendo-se que o seu uso começou em 1844, com a utilização do alfabeto Morse, numa linha entre Baltimore e Washington.

A exploração dos serviços de correios esteve sob a administração centralizada do governo em caráter de monopólio, desde 1797, quando foi considerado rescindido o privilégio que para esse serviço havia sido concedido ao Conde de Pennafiel.⁸

Posteriormente, os serviços de telégrafos e de correios foram entregues para um mesmo órgão, ficando sob uma mesma direção, o Departamento de Correios e Telégrafos, que passou para a administração descentralizada, ainda monopolizada, quando estes serviços foram transferidos para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), nos termos do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969.

A Lei nº 641, de 26 de junho de 1852, é, possivelmente, o primeiro diploma legal que dispõe sobre a concessão de serviços de utilidade pública no Brasil, com garantia de juros.

5 DED - RFFSA. Ferrovias do Brasil. Rio de Janeiro, 1963, p. 7.

6 Idem, p. 7.

7 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, v. IV, 1943, p. 81.

8 Idem, p. 76.

Este decreto dispôs sobre a matéria, cujos aspectos valeram por muitos anos. Até os primeiros anos após a Revolução de 1930, com algumas alterações.

Na realidade, o principal objetivo da concessão era construção de obra pública (estrada de ferro) e secundária sua exploração, cujo prazo máximo podia atingir 90 anos, a fim de o concessionário se ressarcir do capital investido.

Uma cláusula exorbitante era a de transferir ao concessionário o direito de desapropriação, na forma da lei, "o terreno de domínio particular que for necessário para o leito do caminho de ferro, estações, armazens e mais obras adjacentes" (art. 1º, § 1º).

O governo concedia, gratuitamente, as terras que lhe pertenciam, podendo, inclusive, conceder o uso da madeira e outros materiais sobre as mesmas existentes e ainda outros benefícios (isenção de direitos de importação sobre trilhos, máquinas destinadas a construção e posterior manutenção).

O § 4º do art. 1º prevê a exclusividade de exploração durante o prazo contratual, numa distância paralela de 5 léguas de ambos os lados e na mesma direção.

Já naquela época, a tarifa era rigidamente fixada pelo governo (art. 1º, § 5º), o que vem demonstrar que o preço do transporte constituía preocupação da administração pública, certamente, no sentido de que todos o pudessem utilizar a contento, sem, ao mesmo tempo, deixar de remunerar o capital investido pelo concessionário.

Este conceito não constante das duas primeiras Constituições brasileiras, passou a integrar a de 1934, em seu art. 137, dizendo textualmente:

"Art. 137 - A Lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse colectivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permittia attender normalmente às necessidades publicas de expansão e

melhoramento desses serviços".⁹

O legislador de 1934 parte do princípio de que o grande beneficiado deve ser o usuário do serviço, pois para o concessionário reserva apenas a remuneração suficiente para a manutenção do serviço e sua melhoria, o que não constitui lucro, na realidade.

Mas, em todo este espaço de tempo (1852 a 1933), uma cláusula disputada para os contratos que envolviam concessão de obras, para posterior exploração de serviços de utilidade pública, era a da garantia de juros ou privilégios semelhantes.

Transcreve-se o parágrafo 6º do art. 1º do Decreto 641, de 26 de junho de 1852: "§ 6º - O Governo garantirá à Companhia o juro até cinco por cento do capital empregado na construção do caminho de ferro, ficando ao mesmo Governo faculdade de contractar o modo e tempo do pagamento d'este juro". Esta garantia era normalmente estipulada em ouro, e tinha como objetivo assegurar a implantação e a exploração do serviço, de vez que fixaria uma escala percentual para o reembolso ao Tesouro Nacional, da quantia paga em forma de juros, por parte do concessionário, a partir do momento em que os rendimentos líquidos da exploração do serviço chegassem ao mínimo de 8% (oito por cento), nos termos contratuais.

Não era só esta a limitação para os lucros. Atingido um certo teto de dividendos, estes fixados em contrato, começariam as tarifas a sofrer redução gradual (art. 1º, § 8º).

Outra característica que evidencia, teoricamente, uma interferência até acentuada do poder público, se concretiza na exigência da aprovação prévia dos estatutos pela administração pública, para que o concessionário tivesse condições de emitir ações (art. 1º, § 10º).

Previa ainda o mesmo dispositivo legal, em seu art. 1º, §§ 13 e 14, o resgate da concessão (encampação) e a fiscalização tanto da obra como da exploração do serviço.

⁹ In Todas as Constituições do Brasil. Ed. Atlas, 1971, p. 426.

Os resgates eram convencionados entre governo e concessionário com relação à época e à maneira de sua realização. Os contratos eram sempre por prazo determinado.

Ante os resultados nada alvissareiros, a Lei 641, de 26 de junho de 1852, foi modificada, com algumas alterações de ordem econômico-financeiras importantes, pelo Decreto nº 2.450, de 24 de setembro de 1873:

- a - comprovação de renda líquida de 4%;
- b - subvenção quilométrica ao pretendente ou garantia de juros até 7% sobre o capital empregado, pelo prazo de 30 (trinta) anos. (extinta pela Constituição de 1937, art. 137).

Assim, o Estado aumenta a sua participação no risco financeiro da exploração do serviço dado em concessão, com um apoio maior para os concessionários. De um lado, tendo o respaldo financeiro por meio de um percentual maior e de outro, prazo fixo para este apoio, que passou a ser de trinta anos, cabendo contudo às pessoas ou empresas interessadas na implantação e exploração do serviço, comprovar, antecipadamente, uma rentabilidade mínima de 4%.

- c - em caso de garantia de província, o governo imperial se limitava a afiançá-la;
- d - subvenção ou garantia de juros, somente para as estradas principais entre os centros produtores e os de exportação.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, referindo-se à figura jurídica da garantia de juros, menciona opinião de CARVALHO DE MENDONÇA, para quem "a garantia de juros é um contrato sui generis e devendo ser os juros reembolsados, deve-se aproximar da figura jurídica do contrato de mútuo gratuito".¹⁰

Para o caso acima, segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI,

¹⁰ Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942, v. II, p. 364.

"pode-se tomar como exemplo de tais contratos, o da Estrada de Ferro D. Pedro II (Decreto nº 1.599, de 9 de maio de 1855), bem como o da São Paulo Railway, que, em 1890, compreendendo que a garantia de juros se tornara nominal, visto não haver probabilidade de descer a renda líquida da estrada abaixo de 7%, julgou conveniente desistir, como de fato desistiu, da garantia de juros, pela vantagem de não continuar a partilhar com o Governo a renda, excedente de 8%. É de se notar, porém, que o período de 1874 a 1890, recebeu o Governo Imperial de sua parte nos lucros, a importância de £ 994.045,10 shillings e 4 pence".

Em nota, o autor acrescenta: "Estranha solução, que veio ilidir a finalidade do contrato e o reembolso integral dos juros adiantados".¹¹

O Decreto nº 5.561, de 28 de fevereiro de 1874, que "Approva o Regulamento para a boa execução dos Decretos Legislativos nºs 641, de 26 de julho (sic) de 1852 e 2.450, de 24 de setembro de 1873" (relativos à construção e exploração de estradas de ferro), introduz algumas novidades dignas de nota. Entre outras, as seguintes:

1 - Princípio da concorrência para "concessão de estradas de ferro da competência do Governo geral" (art. 5º);

2 - Em igualdade de condições, dava preferência à empresa que provasse ter, de forma satisfatória, custeado e administrado alguma estrada de ferro;

3 - Continua o direito de desapropriação nos termos do Decreto nº 816, de 10 de julho de 1855 (art. 9º, § 3º);

4 - Em substituição à garantia de juros, poderia o governo conceder subvenção não excedente à 5a. parte do capital orçado para a construção da estrada (art. 15) ou tomar ações até este montante, só rendendo dividendos quando a renda líquida da estrada atingisse 7% em relação ao capital dos demais acionistas;

5 - Com relação ao fim do prazo da concessão, diz o § 6º do art. 21: "Findo o prazo da concessão, a não haver expres-

¹¹ Apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1942, v. II, p. 364.

sa estipulação em contrário, reverterão para o Estado todas as obras da estrada, bem como o respectivo material rodante, sem indemnização alguma";

6 - Com relação à encampação, diz o § 9º do mesmo art. 21: "o Estado terá o direito de desapropriar a estrada passado o prazo de 15 annos; sendo o preço da desapropriação regulado, em falta de accôrdo, pelo termo medio do rendimento liquido do ultimo quinquennio";

7 - O governo podia exigir redução das tarifas desde que os dividendos, por 2 annos consecutivos, excedessem a 12% (art. 21, § 12);

8 - "Pôr à disposição do Governo, em circumstancias extraordinarias, logo que este o exigir, todos os meios de transporte de que dispuzerem" (art. 22, § 7º). É o que hoje se conhece por requisição de bens ou serviços de concessionários de serviços de utilidade pública, em casos de estado de sítio, nos termos do art. 155, § 2º, letra f, da Constituição de 1969;

9 - Redução na tarifa para o transporte de imigrantes, de funcionários públicos e cargas do governo, etc. (§§ 4º e 5º do art. 22);

10 - Entrega ou remessa, trimestralmente, de um relatório bem detalhado, ao engenheiro fiscal ou ao presidente da provincia (art. 22, § 10);

11 - Garantia de juros de até 7% sobre o capital investido "bona fide" (art. 10).

A garantia de juros somente sobre o capital investido "bona fide" tem fundamento no relatório do Conselheiro ANTÔNIO PRADO, que é trazido por THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

"Tratando-se do capital garantido pelo regime de "garantia de juros", dizia com experiência adquirida no trato desses assuntos o Conselheiro ANTÔNIO PRADO, quando Ministro da Agricultura, em seu relatório de 1866, que um dos motivos do fracasso desse regime decorria do fato de ter o Governo admitido como boas, as declarações feitas pelas Companhias, declarações cuja falsidade foi devidamente apurada".

Segundo o mesmo autor, pelo regime da "bona fide" só

merecia o favor da garantia de juros "o capital que as empresas demonstrassem com elementos comprobatórios".

A título de ilustração vale mencionar outros dados constantes do referido relatório, segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, mencionando "os casos das Estradas de Bagé a Cacequi, e de Cacequi a Uruguaiana, cujos orçamentos foram muitíssimo majorados e os do Rio Grande do Sul Railway Co. Ltd., cujos orçamentos apresentados excediam em 43% o seu valor real".¹²

12 - Exigência de domicílio legal no Brasil das empresas concessionárias e pessoa que as representasse com relação a todos os direitos e obrigações (art. 21, § 5º);

13 - Retorno das quantias pagas pelo governo a título de juros ou subvenção: "Logo que os dividendos da empresa excedam a 8%, o Thesouro Nacional receberá uma quota do excesso da renda líquida, na escala que fôr estabelecida, para indemnização dos juros ou subvenção que tiver pago" (Decreto nº 5.561, reg., art. 21, § 8º);

14 - Quanto à solução das divergências, segundo cláusulas de grande parte dos contratos, estava previsto o arbitramento;

15 - Ainda pelo art. 143 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 1.930, de 26 de abril de 1857, que dispunha sobre segurança, fiscalização, conservação e polícia das estradas de ferro, as mesmas não eram penhoráveis nem passíveis de qualquer ação civil, juntamente "com o trem rodante, utensilios, mobilia das estações, e todas as cousas necessarias ao trafego e circulação da linha".

16 - No que se refere ao pessoal, dispunha o mesmo Decreto 5.561, anteriormente referido, em seu art. 23:

"As empresas que tiverem garantia de juro, subvenção, fiança da garantia ou de subvenção provincial, submeterão á aprovação do Governo, antes do começo dos trabalhos de construção da abertu-

¹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. Rio, José Konfino, 1949, v. III, p. 341-342.

ra do trafego, o quadro de seus empregados e a tabella dos respectivos vencimentos. Qualquer alteração posterior dependerá igualmente de autorização do Governo".¹³

O Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880:

Aprova as cláusulas que devem regular as concessões de estradas de ferro gerais do Império, entre as quais se destacam:

Cláusula XXIX - "Logo que os dividendos excederem de 12%, o Governo terá o direito de exigir a redução das tarifas de transporte. Estas reduções se effectuarão principalmente em tarifas differenciais para os grandes percursos e nas tarifas dos generos destinados á lavoura e á exportação".

Cláusula XXXIII - "A Companhia não poderá alienar a estrada ou parte desta, sem prévia autorização do Governo".¹⁴

A Constituição de 1934 (art. 137), juntamente com a extinção da cláusula ouro (Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933), não mais permite concessão com remuneração de garantia de juros, o que introduz significativa mudança na equação financeira dos contratos de concessão de serviços de utilidade pública.

Na área da navegação marítima, a garantia de juros chegava a 8% sobre o capital empregado ou então um pagamento fixo que podia chegar até ao máximo de 60 contos de réis, segundo determinava o Decreto nº 632, de 18 de setembro de 1851, fixando, ainda, o governo, as tarifas, número de viagens, etc.

No que se refere à construção de docas e armazéns portuários e respectiva exploração, segundo dispunha o Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869, as tarifas podiam ser revistas de 5 em 5 anos, havendo redução geral desde que o lucro líquido excedesse a 12% sobre o capital investido (art. 1º, § 5º).

¹³ In Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1874. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1875, tomo XXXIII, v. I, parte I, p. 151-159.

¹⁴ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1880. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1881, tomo XLIII, parte II, p. 922-934.

O que caracteriza este decreto, em particular, é que "o prazo de concessão será fixado conforme as dificuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos.

Findo o prazo, ficarão pertencendo ao Governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa" (art. 1º, § 3º).

O costume da época, em todas as áreas de concessão, segundo uma série de contratos analisados, era o da reversão dos bens, ao final do contrato, ao Estado, sem qualquer indenização para o concessionário.

Este Decreto (1.746, de 13 de outubro de 1869) apresenta uma fórmula de resgate (encampação) um pouco diversa, só podendo ocorrer após 10 annos de conclusão da obra, cujo art. 1º, § 9º, assim estava redigido: "O preço do resgate será o fixado de modo que reduzido a apolices da divida publica produza uma renda equivalente a 8% de todo o capital effectivamente empregado na empresa".

Prescrições semelhantes às estabelecidas para as concessões de estradas de ferro, portos e estradas de rodagem, foram também fixadas para o aproveitamento da força hidráulica para produção de energia elétrica, mediante concessão.

É de se ressaltar que o Decreto nº 5.407, de 27 de dezembro de 1904, que "regula o aproveitamento da força hydraulica para transformação em energia eletrica applicada a serviços federaes", é mais taxativo com relação aos bens afetados à concessão, estabelecendo em seu art. 3º:

"Art. 3º - O prazo da concessão será fixado para cada caso, não podendo exceder de 90 annos. Findo esse prazo, ficarão pertencendo á União, sem indemnização alguma, todas as obras, bemfeitorias, machinas, installações, transmissões, terrenos e materiaes do concessionario".¹⁵

¹⁵ In Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1904. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1907, v. II, p. 952-954.

Pelo art. 14, somente a União podia dar em concessão os rios do domínio da União, para utilização com fins industriais da força hidráulica.

A Lei nº 586, de 6 de setembro de 1850, em seu art. 2º, § 2º, reza:

"O Governo é autorizado:

§ 2º - A fazer abrir uma estrada entre a cidade de Caxias e a capital da Provincia do Pará, por meio de concessão de privilegios por tempo limitado a particulares ou companhias".¹⁶

Este contrato foi efetivamente realizado, mas somente em 1870, dando concessão a Antônio José Villa Nova e Antônio Carneiro Silva Oliveira, através do Decreto nº 4.463, de 29 de janeiro de 1870. Tratava-se, neste caso, de uma estrada de rodagem, cuja concessão era de 50 anos.

O último parágrafo do item 7º do decreto acima, que aprova as condições, determina que a reversão dos bens seja gratuita, em favor do poder concedente.

Cláusulas semelhantes às anteriormente apontadas, foram estendidas à iluminação a gás, à telegrafia, à produção e distribuição de energia elétrica, às linhas de bondes, etc., a partir da introdução destes serviços no Brasil.

Vale ressaltar que as primeiras concessões, com relação à energia elétrica (produção e distribuição) são de origem municipal, registrando-se aqui a Lei nº 304, de 15 de junho de 1897, da Câmara Municipal de São Paulo, concedendo privilégio para viação por eletricidade, dando origem a "The São Paulo Railway Light & Power Co.", atualmente "Light - Serviços de Eletricidade S.A." (Decreto nº 61.232, de 23 de agosto de 1967).

Nessa mesma época (1898), já eram criadas as primeiras empresas de economia mista, com idêntica finalidade (geração e distribuição de eletricidade), na Alemanha, iniciando a fase da moderna empresa de economia mista.

¹⁶ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1850. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1885, tomo XI, parte I, p. 212.

Esta nova modalidade de intervencionismo estatal, possivelmente, é fruto da política adotada por Bismark, objetivando fortificar o Estado em todos os sentidos, participando também na economia, que iniciou com a participação societária nas empresas de prestação de serviços de utilidade pública.

A distribuição de gás e a iluminação da cidade do Rio de Janeiro coube à "Societé Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro", cujo contrato foi firmado em 27 de novembro de 1909 e modificado para prazo indeterminado em 1943, "enquanto bem servir" (art. 2º do Decreto-lei nº 5.664, de 14 de julho de 1943).

Para as linhas telegráficas, tem certas particularidades que se devem, por certo, à peculiaridade do serviço, conforme estabelecem os Decretos de nº 4.491, de 23 de março de 1870,¹⁷ e 5.270, de 26 de abril de 1873.¹⁸ A cláusula XII do contrato dispõe que "extinto o prazo o material continuará sendo da Companhia, tendo o Governo preferência na compra, sendo o preço fixado por árbitros, estando o Governo livre para transferir a concessão a quem quizer".

Cláusula VIII, "§ 2º - os telegraphistas nomeados pela Companhia são sujeitos à aprovação do Governo e demitidos quando exigido pelo Governo".

Dessa forma, o Estado descentralizou serviços que considerava de sua competência, constando que de início ele próprio (Estado) tenha tentado a sua implantação e exploração.

O VISCONDE DO URUGUAY, já em 1862, afirmava que "ha muitos assumptos nos quaes a acção do interesse particular ou local he mais activa, mais prompta, mais efficaz, mais economica do que a do Governo".¹⁹ Estava por ser influenciado pelo sopro do então exacerbado liberalismo econômico.

¹⁷ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1870. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1870, v. XXX, parte I, p. 141-146.

¹⁸ In Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1873. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1874, tomo XXXII, v. 2, p. 317-324.

¹⁹ URUGUAY, Visconde do. Ensaio sobre o Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, v. II, p. 182.

Era a descentralização preconizada pelo art. 10, § 1º, letra "c", do Decreto-lei nº 200/67, dir-se-ia hoje.

Além de regalias fiscais, estas foram as principais características na área de concessão de serviços de utilidade pública até o advento do Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, que extinguiu a cláusula ouro, do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) e a Constituição de 1934, esta extinguindo a garantia de juros nos contratos que davam serviços em concessão.

Fatos estes acontecidos e concretizados exatamente num período inflacionário, o que afugentou ainda mais o já arredo capital estrangeiro, na área de concessão de serviços de utilidade pública, em face da crise econômica mundial ainda em pleno andamento.

A concessão de serviços de utilidade pública chegou por certo ao máximo de suas regalias na década de 1870 a 1880, em que a taxa de juros garantidos foi elevada até 7% sobre o capital empregado em ferrovias ou subvenção quilométrica (Regulamento aprovado pelo Decreto nº 5.561, de 28 de fevereiro de 1874) e os dividendos estendidos até 12%, chegando a garantia de juros na área da navegação marítima e fluvial a 8% (oito por cento) sobre o capital empregado (Decreto nº 632, de 18 de setembro de 1851) e ainda casos de lucros sem nenhum controle eficaz, e para exploração e construção de docas e armazéns em portos, juros garantidos até 8% a.a. e revisão de tarifa de 5 em 5 anos, havendo redução se os lucros líquidos da empresa ultrapassassem os 12% (Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869, art. 1º, § 4º).

Estas regalias e outras foram também a causa do desprestígio que o sistema de concessões passou a ter logo em seguida, particularmente, com relação à cláusula de juros e subvenções, no início da República.

Segundo a Lei nº 26, de 30 de dezembro de 1891, art. 8º, nº 20, §§ 4º e 6º:

"§ 4º - Ficam proibidas desde já, as concessões com garantia de juros ou subvenções, sem especial autorização do Congresso.

Ao Poder Executivo não é permitido renovar em favor do indivíduo ou empresa de qualquer natureza as concessões com garantias de juros ou subvenção que tiverem caducado, venham a caducar ou fiquem sem efeito por quaesquer causas de direito.

Reputam-se caducas as concessões com garantias de juros ou subvenção que não se tornarem effectivas nos prazos das concessões ou dos contractos, não sendo licita a renovação desses prazos".

"§ 6º - Continua em vigor o art. 14 da Lei 3.397, de 24 de novembro de 1888, que autorizou o Poder Executivo a resgatar as estradas de ferro do Recife a S. Francisco, e Bahia a S. Francisco, não podendo, porém, arrendar qualquer das vias ferreas da União sem expressa autorização do Congresso Nacional".²⁰

Idêntico dispositivo está contido na Lei Orçamentária nº 126-B, de 21 de novembro de 1892, que, em seu art. 6º, II, preconizava: "Ficam proibidas desde já as concessões com garantia de juros ou subvenções sem autorização do Congresso".²¹

Dentro dos princípios de continuidade e regularidade, a partir do final do século XIX, o Estado brasileiro se viu forçado a assumir a administração direta dos serviços, anteriormente dados em concessão, por três motivos principais:

- a - como forma de extinguir a garantia de juros;
- b - em face da insolvência de muitas das empresas concessionárias;
- c - serviço prestado aquém do mínimo exigido.

A forma encontrada foi o resgate ou encampação, conforme o artigo 22, VIII, da Lei nº 26, de 30 de dezembro de 1891, retro citada:

"Art. 22 - Fica o Poder Executivo autorizado:
VIII - A resgatar as Estradas de Ferro do Recife ao S. Francisco, da Bahia ao S. Francisco, nos termos da Cláusula 25a. do Decreto nº 1.030, de 07 de agosto de 1852".

²⁰ In Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1891. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1892, partes I e II, v. I, p. 71.

²¹ In Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1892. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893, v. I, p. 151.

As Leis Orçamentárias nº 746, de 29 de dezembro de 1900, art. 29, nº 25, e 1.145, de 31 de dezembro de 1903, art. 27, letra a, entre outras, autorizam o governo a encampar as empresas concessionárias em cujos contratos haja cláusula de garantia de juros, fazendo remissão a leis anteriores.

A título de ilustração, e por estar vinculado diretamente aos problemas das concessões, vale dizer que a preocupação com a substituição de petróleo por álcool é antiga no Brasil, pois já em 1903 o Poder Legislativo autorizava o Executivo a entrar em acordo com empresas concessionárias, arrendatárias de estradas de ferro, bem como fazer a mesma substituição nas ferrovias administradas diretamente pelo governo, segundo o art. 17, VIII, IX e X, da Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903:

"Art. 17 - É o Poder Executivo autorizado:

.....
VIII - A entrar em accordo, na vigência desta lei, com os arrendatarios das estradas de ferro federaes para o fim de ser substituida nellas a illuminação a petroleo pelas lampadas a alcool.

Para facilitar esse accordo poderá o Governo admitir que figure a compra dessas lampadas nas contas de custeio.

IX - A entrar em accordo, na vigencia desta lei, com as emprezas de estradas de ferro concedidas pela União e que gozem de favores pecuniarios, para o fim de promover a substituição do petroleo pelo alcool na illuminação das estações, depositos, officinas e dependencias (...).

X - A mandar proceder, na vigencia desta lei, á substituição nas estradas de ferro federaes dos motores a gazolina ou a petroleo por motores a alcool".

A Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903 (fixa a despesa para o exercício de 1904), em seu art. 17, autoriza o poder executivo a adotar medidas necessárias para concluir uma série de prolongamentos de estradas de ferro, as quais relaciona, entre elas, Porto Alegre a Uruguaiana, podendo, inclusive, emitir títulos da dívida pública interna ou externa, não permitindo dar garantia de juros, nem subvenção. Assim, o Estado procurava se eximir do risco financeiro da concessão.

A União, não tendo condições para administrar diretamente ou por conveniências, passou a arrendar as estradas de ferro encampadas, segundo preceituam numerosos dispositivos legais

do final do século XIX e começo do século XX, entre os quais a Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, art. 17, XXIII.²²

São, assim, verdadeiras as palavras de FERNANDO JUNG MANN:

"A concessão de serviço público começou a perder sua influência e prestígio, a partir do momento em que introduziu nos respectivos contratos a cláusula de "garantia de juros" e, posteriormente, reivindicou a aplicação da "teoria da imprevisão".

A desfiguração do contrato originário, que privava o poder concedente dos benefícios eventuais e forçava-o a participar das perdas do serviço público concedido, acarretou o declínio inevitável daquele instituto".²³

Iniciava, também, em contrapartida, outro aspecto: a concessão a Estados-Membros, particularmente para melhoramento de obras portuárias, autorizado ainda pela mesma lei citada anteriormente (Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, art. 17, XVIII) , dispensada neste caso a concorrência, sendo contemplado o Estado do Rio Grande do Sul para aparelhamento e exploração dos portos de Porto Alegre, Pelotas e Rio Grande, cujas cláusulas contratuais tiveram sua novação aprovada pelo Decreto nº 24.526, de 2 de julho de 1934.²⁴

A teoria da imprevisão, surgida com grande força na área do direito administrativo no decurso da Guerra de 1914 a 1918, foi uma das causas determinantes, entre outras, do rápido declínio da concessão de serviços de utilidade pública a empreendedores particulares. Para CAIO TÁCITO, "o estado de imprevisão indenizável deve ser anormal, imprevisto e intolerável".²⁵

A teoria da imprevisão teve grande repercussão em face de atingir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, também conhecido por *álea econômica*.

²² In Collecção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1903. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1907, v. I, p. 256-267.

²³ In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, jul./ago./set. 1974, v. 247, p. 427.

²⁴ In Diário Oficial da União de 09/07/1934, p. 13.690-13.691.

²⁵ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 210.

Não se falava em alteração contratual para retirando Estado a garantia na participação do risco econômico-financeiro, de vez que as partes se atinham ao que constava do contrato.

Na realidade, a concessão não admite a participação estatal no risco financeiro do contrato; não poderia, portanto, dar garantia de juros ou subvenção e nem exigir benefícios (caso os dividendos ultrapassassem certo percentual), de vez que o risco financeiro deveria ser essencialmente do concessionário, ou melhor, exclusivamente deste.

MAX. FLEIUSS informa que, em 1925, existia no Brasil a "Inspectoria Federal das Estradas", sob a égide do Ministério da Viação e Obras Públicas, havendo 13 (treze) estradas de ferro com administração direta do poder público e 5 (cinco) concessionárias com garantia de juros.²⁶

Entre as concessionárias, estava a Estrada de Ferro São Paulo - Rio Grande.

A Lei nº 5.610, de 24 de dezembro de 1928, que "fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1929", discrimina, no art. 7º - Verba 5a., a garantia de juros a serem pagos, para os trechos ferroviários assim discriminados:²⁷

1 - Estrada de Ferro São Paulo - Rio Grande, capital garantido: 9.516.459 libras: 6% a.a. sobre 8.672.769 libras (Decreto nº 11.905, de 19 de janeiro de 1916)..

2 - Estrada de Ferro Victoria a Minas: juros de 6% a.a. Capital garantido: 29.772.662\$564 (ouro) (Decretos nºs ... 12.094, de 7 de junho de 1916 e 15.844, de 14 de novembro de 1922).

3 - Estrada de Ferro Santo Eduardo ao Cachoeiro do Itapemirim: 6% a.a. sobre 943.237\$447 (Decreto nº 10.119, de 15 de dezembro de 1888 e aviso nº 54, de 10 de março de 1923).

²⁶ FLEIUSS, Max. História Administrativa do Brasil. 2. ed., São Paulo, Cia. Melhoramentos, p. 837.

²⁷ In Diário Oficial da União de 25/12/1928. Suplemento 299, p. 411.

Na área de construção de estradas de rodagem e sua exploração, o sistema de concessão a particulares foi muito pouco utilizado, sendo realizada pela administração centralizada, diretamente.

Ainda em 1928, pela Lei nº 5.525, de 5 de setembro de 1928, o governo é autorizado a contrair empréstimos internos, por meio de apólices denominadas "obrigações rodoviárias", resgatáveis em 20 anos, com juros de 5% a.a., destinando-se os recursos assim obtidos à conservação e construção de estradas de rodagem (art. 1º).²⁸

Como ao longo de toda a sua história, as concessionárias, em 1928, tinham privilégios iguais aos órgãos da administração centralizada, com referência à importação de material para ca minhos de ferro.

A Lei nº 5.623, de 29 de dezembro de 1928, pelo seu art. 1º, dá incentivos sobre importação de material rodante, de tração e acessórios, destinados à construção e uso nos serviços (cargas e passageiros) de estradas de ferro comuns ou em viação urbana, exploradas diretamente pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios ou por meio de empresas delegadas ou concessionárias deles. O benefício em questão consistia na redução da "tarifa alfandegária" para apenas 10%.²⁹

Pela Lei nº 5.610, de 24 de dezembro de 1928, art. 7º, o Congresso autoriza subvenções, na área do então Ministério da Viação e Obras Públicas, a 12 (doze) serviços de navegação (fluvial e marítima), estando a exploração a cargo de Estados-Membros e particulares, mediante concessão.

Havia, ainda, 10 (dez) estradas de ferro sob administração direta da União, de vez que o sistema de autarquias ainda não se implantara no Brasil.

Os primeiros indícios de sociedades de economia mista se fizeram sentir na área bancária. Possivelmente, já como refle

²⁸ In Diário Oficial da União de 7 de setembro de 1928.

²⁹ Idem, de 30 de dezembro de 1928.

xo do que acontecia na Europa, após as dificuldades decorrentes da guerra de 1914-1918, em que os governos se associaram a bancos a fim de evitar a falência.

Assim, em 1926, era constituído o Banco do Estado de São Paulo, sob a forma de sociedade anônima, concorrendo capitais particulares e públicos.

Dois anos mais tarde, o Decreto nº 18.374, de 28 de agosto de 1928, autorizava a criação do "Banco do Estado do Rio Grande do Sul", que se constituiu sob a forma de sociedade anônima, integrado por recursos públicos e particulares, semelhante, pois, às atuais sociedades de economia mista, sem que o ato de criação e a posterior constituição o dissessem expressamente.³⁰

Uma das últimas concessões de serviços de utilidade pública a particulares, mas das primeiras na área de transportes aéreos, antes de se iniciar a fase de transição, na década de 1930, e ainda hoje em vigor, foi a obtida pela VARIG S.A. - Viação Aérea Riograndense.

Esta empresa concessionária foi constituída em 7 de maio de 1927 (art. 1º do estatuto social), tendo completado já o meio século de prestação de serviços de utilidade pública, de vez que a concessão foi obtida no mesmo ano, através do Decreto nº 17.832, de 10 de junho de 1927.³¹

O transporte aéreo, juntamente com os transportes coletivos rodoviários e a radiodifusão de sons e imagens, são os serviços de utilidade pública tradicionais, em que as concessões ainda estão entregues a particulares, em grande parte.

³⁰ In Diário Oficial da União de 1 de setembro de 1928, p. 1.

³¹ In Correio do Povo, diário, de 25.02.78, p.9 e Visão, quinzenal, 6 de junho de 1977, p. 21-22, respectivamente.

7.2 - FASE DE TRANSIÇÃO

Com a extinção da "cláusula ouro" pelo Decreto nº .. 32.501, de 17 de novembro de 1933 e da garantia de juros através da Constituição de 1934 (art. 137) sobre o capital investido, as concessionárias passaram a ter um risco acentuadamente maior, de vez que:

a - deixou de existir a contribuição do poder público, em dinheiro, de forma fixa e garantida;

b - os pagamentos passaram a ser efetuados em moeda corrente do país, que estava sofrendo desvalorização em relação à libra esterlina, base de cotação da maioria dos contratos de concessão; e

c - a remuneração dos concessionários passou a depender quase que exclusivamente dos usuários dos serviços de utilidade pública concedidos, por intermédio da cobrança de tarifas, fixadas pelos poderes públicos competentes, constantes dos contratos ou reajustamentos posteriores.

Estas causas foram, em parte, as responsáveis pela fuga do capital particular, especialmente do estrangeiro, na área dos serviços de utilidade pública objeto de concessão.

Em consequência, no caso brasileiro, institucionalizou-se a criação de autarquias para as mais diversas finalidades, especialmente para a execução de serviços de utilidade pública. Esta forma de gestão dos serviços anteriormente dados em concessão se intensificou, principalmente após 1937.

Foi essa a fórmula encontrada para a execução dos serviços, de forma descentralizada, por entidades integrantes da administração pública.

Historicamente, considera-se como primeira autarquia surgida no Brasil, a Caixa Econômica Federal (CEF), criada pelo Decreto nº 2.723, de 12 de janeiro de 1861.³²

³² COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Direito Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1966, p.237.

Afirma ainda COTRIM NETO que foram as Caixas de Aposentadoria e Pensões, criadas em 1923, pela Lei nº 4.682 e o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União, criado pela Lei nº 5.168, de 31 de dezembro de 1926, que iniciaram a era das autarquias no Brasil, de vez que estas entidades foram, posteriormente, reconhecidas como tais, afirmando ainda, que foi principalmente após 1930 que o processo de autarquização se acentuou. Existindo, segundo ele, 64 destas entidades na área federal, em 1960, baseando-se no Anuário Estatístico do Brasil, publicado pelo Conselho Nacional de Estatística.³³

A autarquia teve sua primeira definição legal, no Brasil, através do art. 2º do Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, segundo o qual é "o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por Lei".

A Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, trouxe nova definição pelo seu art. 139:

"Art. 139 - Consideram-se entidades autárquicas:

a) o serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;

b) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas, por lei, para execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos originados do Tesouro".³⁴

Foi sob o signo desta definição legal que o Ato nº 8, de 29 de maio de 1957, do Tribunal de Contas da União, classificou as entidades autárquicas da seguinte forma:

a - Entidades autárquicas de intervenção econômica (art. 15);

b - Entidades autárquicas de exploração industrial e de execução de obras públicas (art. 16);

³³ COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Direito Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1966, p. 239.

³⁴ Apud BRANDÃO, Alonso Caldas. Contabilidade Pública. Rio de Janeiro, Ed. A. Coelho Branco fº, 1956, p. 447.

c - Entidades autárquicas de previdência e assistência social (art. 17);

d - Entidades autárquicas cooperativas: fiscalização de atividade profissional (art. 18);

e - Entidades autárquicas culturais e de investigação científica (art. 19);

f - Entidades autárquicas de economia popular, crédito e financiamento (art. 20);

g - Entidades autárquicas de assistência social e de educação profissional;

h - Fundações (art. 22); e

i - Empresas incorporadas ao patrimônio nacional.³⁵

Esta classificação foi completamente modificada com o advento do Decreto-lei nº 200/67, que veio dar contornos mais exatos e precisos à definição de autarquia, ao mesmo tempo que restringia o seu campo de ação para "executar atividades típicas da Administração Pública...", segundo dispõe o art. 5º, I.

Outro tipo de entidade também teve início na época em que a autarquia adquiria força: a fundação instituída pelo poder público.

A Fundação Brasil-Central, criada pelo Decreto-lei nº 5.878, de 1943, foi possivelmente a primeira assim constituída, embora a Legião Brasileira de Assistência (LBA), de características semelhantes, fosse anterior, sem trazer a palavra "fundação".

Equiparadas, inicialmente, às empresas públicas, pelo Decreto nº 200/67 (§ 2º do art. 4º), as fundações tiveram essa equiparação suprimida, posteriormente, pelo art. 8º do Decreto nº 900, de 29 de setembro de 1969.

Sendo instituídas pelo poder público, segundo A. B. CONTRIM NETO, devem ser classificadas como "autarquias potenciais".

³⁵ Apud BRANDÃO, Alonso Caldas. Contabilidade Pública. Rio de Janeiro, Ed. Mabri, v. II, p. 603-625.

E referindo-se ainda ao assunto, o mesmo autor diz que a criação dessas fundações deve ser feita mediante prévio ordenamento legal:

"Mas entendemos, ainda, que se não prescindirá de expresso e prévio ordenamento legal, quando for o caso de criação de certas fundações que — embora daquele tipo intermédio, fundações públicas, de classificação de Forsthoff, ou Jellinek — não sendo inequivocamente de direito público irão atender a uma função de relevante interesse público, quase de órbita da ação funcional do Estado.

Este será, precisamente, o caso das fundações às quais poderíamos incluir no quadro das autarquias potenciais".³⁶

WALTER E. STREICHER, advogado em São Paulo, em artigo sob o título "Atividade Econômica, Administração Indireta e Serviços Públicos Descentralizados", comentando as modificações introduzidas no Decreto-lei nº 200/67, pelo Decreto-lei nº 900/69, com relação à eliminação da equiparação das fundações instituídas pelo poder público, às empresas públicas, justifica esta mudança afirmando que

"perfeitamente lógica foi tal exclusão por dois motivos: 1º) as fundações governamentais, com cursos exclusivos da União, são na verdade entidades autárquicas; 2º) as fundações privadas, mesmo contando com a participação da União, são organismos estranhos à administração indireta, visto o seu controle pertencer, em virtude de expressa disposição de lei, à esfera privativa do Ministério Público".³⁷

Esta posição não é nova. Já a expressara OSCAR SARAIVA, ao se referir à Fundação Brasil-Central, logo após sua criação:

"Embora essa Fundação se traduza num patrimônio personalizado, regido por estatutos próprios, apresenta indisfarçáveis características de autarquia, como a existência de uma Junta

³⁶ COTRIM NETO, Alonso Bittencourt. Direito Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1966, p.168.

³⁷ STREICHER, Walter E. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, v. 33, jan.-mar. 1975, p.48.

de Controle nomeada pelo Governo para fiscalizá-la".³⁸

As autarquias e as fundações instituídas pelo poder público são duas formas de descentralização administrativa, que admitem a execução de serviços sem características empresariais, motivo pelo qual são criadas no campo da educação, saúde, assistência social e previdência, de modo especial, como aconteceu, ainda recentemente, com a Lei nº 6.439, de 1 de setembro de 1977, criando mais duas autarquias, na área do Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 3º), além de estender a duas fundações instituídas pelo poder público (LBA e FUNABEM) as imunidades, os privilégios e as regalias de que gozam as autarquias federais (artigo 26, parágrafo único).

Surgem, pois, dois campos delimitados, após a vigência do Decreto-lei nº 200/67: de um lado as sociedades de economia mista e as empresas públicas que assumem características empresariais e que executam serviços de utilidade pública, além da atividade econômica, propriamente dita, e de outro lado, as autarquias e fundações instituídas pelo poder público, encarregadas da prestação de serviços que não possuem conotações empresariais, mas de responsabilidade do Estado.

A fase de transição se estendeu, praticamente, de 1930 até o advento do Decreto-lei nº 200/67, período em que houve uma certa indefinição para enquadrar entidades criadas pelo poder público.

O referido Decreto-lei 200/67, em seu art. 5º, itens II e III, veio caracterizar de forma nítida as entidades criadas pelo Estado, para assumir a responsabilidade pela execução de serviços de utilidade pública, bem como sua forma jurídica.³⁹

No Brasil pode-se apresentar um exemplo de empresa pública que não possui, propriamente, caráter empresarial e nem in-

³⁸ Apud SENNA, Homero & MONETEIRO, Clovis Zobaran. Fundações no Direito da Administração. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 50.

³⁹ In Reforma Administrativa (redação atualizada). Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1974, p. 2-3.

dustrial: é o "Hospital de Clínicas de Porto Alegre", sob a forma de empresa pública, nos termos da Lei nº 5.604, de 1970, e Decreto nº 68.930, de 1971.

Outros serviços e obras, de que são encarregados o DNER e o DNOS, possuem caráter empresarial e industrial. Assim mesmo continuam, ainda hoje, atuando como autarquias federais.

Tal como acontecera na Alemanha, também no Brasil as sociedades de economia mista para prestação de serviços de utilidade pública começaram a ser criadas pelos Municípios.

Sob este aspecto, certamente a primeira ou uma das primeiras sociedades de economia mista que se constituíram no Brasil, para exploração de serviços de utilidade pública (transporte coletivo de passageiros) ocorreu em São Paulo, em plena fase de transição.

Pelo Decreto-lei nº 15.959, de 14 de agosto de 1946, o então interventor no Estado de São Paulo autorizou o Município de São Paulo a

"constituir sociedade anônima cuja finalidade principal fosse a prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros no município da Capital, mediante concessão, "subscrevendo ações em número e espécie que lhe assegurem a maioria de capital com direito a voto"; e a conceder a sociedade, com exclusividade, por prazo não superior a 30 anos, o serviço público de transporte de passageiros já referido, "no regime de serviço pelo custo, admitindo-se para remuneração do capital efetivamente empregado, lucro anual não superior a 10%".⁴⁰

Prossegue o mesmo autor informando que pelo Decreto-lei nº 365, de 10 de outubro de 1946, foram consideradas "justas e razoáveis as tarifas de serviço público", no caso em questão, "quando permitissem a obtenção de recursos suficientes para:

- "a - cobrir tôdas as despesas de operação;
- b - constituir uma reserva destinada a manter

⁴⁰ FERREIRA, Waldemar. A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo. São Paulo, Ed. Max. Limonad, 1956, p. 186.

a integridade do capital e assegurar a boa qualidade do serviço;

c - remunerar anualmente o capital efetivamente empregado com quantia não inferior a 8% nem superior a 10% da importância despendida e apurada no investimento".⁴¹

Apesar de ser a Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC) uma sociedade de economia mista, a concessão lhe foi entregue por contrato, segundo informa o mesmo WALDEMAR FERREIRA:

"Sob a égide desses preceitos legislativos não somente se constituiu a sociedade de economia mista sob a forma de sociedade por ações, como com ela se celebrou o contrato de concessão de serviço público de sua finalidade".⁴²

A "S.A. Viação Aérea São Paulo - VASP", constituída em 1933, não é considerada pelos autores como a primeira sociedade de economia mista brasileira, na área dos serviços de utilidade pública clássicos, dados em concessão.

Esta empresa teve permissão para estabelecer tráfego aéreo em todo o território nacional, pelo Decreto nº 24.070, de 31 de março de 1934, sendo atualmente uma sociedade de economia mista, controlada pelo Estado de São Paulo, guardando a finalidade original e considerada a "primeira empresa totalmente brasileira", nesta área de atuação.⁴³

Segundo THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, com base em JEAN RIVERO e BARTHÉLEMY, o início das modernas empresas estatais de prestação de serviços de utilidade pública se deu com a AEG — Allgemeine Elektrizitäts Gesellschaft, constituída na Alemanha, em 1895, e em que a Municipalidade de Estrasburgo se reservou 40%

41 FERREIRA, Waldemar. A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1956, p. 187.

42 FERREIRA, Waldemar. Idem, p. 187.

43 In Diário Oficial da União de 6 de abril de 1934, p. 6.538 e AZEREDO, Evandro A. de et alii. Aviação Comercial, a Caminho da Aerobrás. In Visão. São Paulo, Ed. Visão Ltda, 6 de junho de 1977, p. 22.

(quarenta por cento) do capital, com direito a igual proporcionalidade no Conselho Administrativo.⁴⁴

Tomando como ponto de referência a referida empresa, evidencia-se uma defasagem de meio século entre o início desta forma de gestão de serviços de utilidade pública na Europa e no Brasil.

Há, contudo, uma quase coincidência, qual seja a de que em ambos os lugares a iniciativa está praticamente no âmbito municipal.

Na área federal as primeiras sociedades de economia mista — Cia. Siderúrgica Nacional (CSN), criada pelo Decreto-lei nº 3.002, de 1941; Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), criada pelo Decreto-lei nº 4.352, de 1º de julho de 1942, art. 6º; Cia. Nacional de Alcális, criada pelo Decreto-lei nº 5.684, de 20 de julho de 1943 — não se referem a serviços de utilidade pública clássicos, e sim, a indústrias de base.

Sem que haja referência expressa, pode-se considerar a "Companhia Hidro Elétrica de São Francisco" (CHESF), vinculada inicialmente ao Ministério da Agricultura, como a primeira sociedade de economia mista na área federal, no campo dos serviços de utilidade pública clássicos, que teve sua criação autorizada pelo Decreto-lei nº 8.031, de 3 de outubro de 1945 (In D.O.U. de .. 09.10.45, p. 15.929).

A característica de sociedade de economia mista mais se evidencia no art. 4º, do referido diploma legal, que assim estabelece:

"Art. 4º - O capital da Companhia Hidro Elétrica de São Francisco poderá ser aumentado, cabendo sempre a União, cinquenta e um por cento (51%) , no mínimo, das ações ordinárias, podendo a emissão de ações preferenciais atingir à proporção do capital que for permitida em lei".

44 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 10. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977, p. 205.

Os estatutos fixavam o prazo de duração da empresa em 50 (cinquenta) anos, podendo haver prorrogação (art. 3º).

A primeira empresa pública na área federal, em termos de serviços de utilidade pública clássicos, e mesmo em qualquer campo de atividade, foi a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP), que assumiu esta forma sem que a lei que autorizou a sua criação o dissesse expressamente (Lei nº ... 2.874, de 19.09.1956 - arts. 9º a 11).

Esta empresa teve como característica atuar num campo pioneiro e isolado, qual seja, o de construir uma nova cidade, não tendo, portanto, a atribuição de implantar um serviço específico para exploração e manutenção, e sim todos os necessários para implantar uma nova capital.

A Rede Ferroviária Federal S.A (R.F.F.S.A.) foi, na área federal, possivelmente a primeira sociedade de economia mista que continuou a execução de serviços já existentes (Lei nº ... 3.115, de 16 de março de 1957). Grande parte dos ramais e troncos ferroviários vinham sendo administrados e explorados por autarquia ou em regime de arrendamento a particulares.

Em continuidade veio a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS), sob a forma de sociedade de economia mista, que teve sua criação autorizada pela Lei nº 3.390-A, de 25 de agosto de 1961, com as alterações da Lei nº 4.400, de 31 de agosto de 1964, tendo o projeto tramitado no Congresso por cerca de oito anos.

No Estado de Santa Catarina, o fenômeno da execução de serviços de utilidade pública por empresa de controle estatal iniciou em 1955, de vez que pela lei estadual nº 1.365, art. 7º, de 4 de novembro daquele ano, o Poder Executivo era autorizado a "promover a organização de sociedades por ações, destinadas a planejar, construir e explorar sistemas de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica no Estado de Santa Catarina, operando diretamente ou através de subsidiárias ou empresas a que se associar".⁴⁵

⁴⁵ In Legislação - 1955, Estado de Santa Catarina. Florianópolis, Imprensa Oficial do Estado, 1955, p. 67-68.

A criação se concretizou pelo Decreto estadual nº 22, de 09.12.1955, com autorização para funcionar como empresa de energia elétrica pelo Decreto federal nº 39.015, de 11.04.1956. O § 2º do mesmo artigo reservava no mínimo, em caráter permanente, 51% do capital social com direito a voto, para o Estado de Santa Catarina.

Antes do grande surto de empresas estatais no Brasil, particularmente na área federal, houve ainda a autorização para a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), sob a modalidade de empresa pública (Lei nº 4.117, art. 30, § 1º, de 27 de outubro de 1962), mas que efetivamente constituída, somente, em 1965.

A fase de transição mostra que, tal como aconteceu alhures, também no Brasil, no campo dos serviços de utilidade pública, as empresas estatais iniciaram sua ascensão de baixo para cima, ou seja, desde logo os Municípios delas se utilizaram para prestar os serviços de sua responsabilidade, passando depois para os Estados-Membros e como terceiro estágio, atingindo a União, que acabou cobrindo grande parte do território nacional, em algumas atividades, e totalmente em outras, através de empresas das quais mantém o controle do capital votante, por si ou por entidades por ela administradas.

Da propriedade das empresas de prestação de serviços de utilidade pública de estrangeiros, passou-se, gradativamente, para os empréstimos de capitais estrangeiros, para implantação, ampliação e manutenção dos mesmos serviços, por intermédio de empresas, de cujo capital social o Estado é o controlador.

7.3 - FORMAS DE GESTÃO

FERNANDO JUNGSMANN, analisando os serviços de utilidade pública sob o título "A Concessão de Serviço Público, a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública, no Direito Brasileiro", enumera três (3) etapas evolutivas:

- 1a. - concessão a particulares;
- 2a. - criação de sociedades de economia mista; e
- 3a. - criação de empresas públicas.⁴⁶

No ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

"a forma clássica de prestação de certos serviços materiais que o Estado reputa dever à sociedade é a concessão de serviço público, instituto largamente difundido e que já conheceu dias de maior fastígio que os atuais. O concessionário, em nome do Estado, mas por sua conta e risco, desenvolve serviços, por delegação, munido de poderes instrumentais que lhe são conferidos. Este processo de ação foi pouco a pouco cedendo terreno a outros métodos que ganharam incremento e se consubstanciaram, sobretudo, nas formas jurídicas expressas pela sociedade de economia mista e pela empresa pública".⁴⁷

No caso brasileiro, esta evolução assume aspectos próprios, que podem ser identificados, especialmente, nos setores que admitem características industriais e comerciais, tais como estradas de ferro, telégrafos, energia elétrica, transportes coletivos, distribuição de gás, etc.

Assim, no Brasil, pode-se estabelecer a seguinte escala evolutiva:

- 1º - execução pela própria administração centralizada;
- 2º - concessão a particulares;

⁴⁶ In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, v. 247:424-431, jul./ago./set. 1974.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Jurídica das Autarquias. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 333.

- 3º - execução pela administração centralizada de forma direta, ou por arrendamento ante o encerramento antecipado do contrato de concessão, encampação, etc., ou por término do prazo previsto. Exemplos desta forma de agir, são, principalmente, as medidas tomadas com relação às concessões de construção e exploração de caminhos de ferro, no final do século XIX e começo do atual.
- 4º - criação de autarquias para execução de serviços de utilidade pública, anteriormente dados em concessão a particulares ou explorados de forma centralizada pelo poder público, de que são exemplos uma série de estradas de ferro e serviços portuários, passando, assim, para a administração descentralizada (Estrada de Ferro Central do Brasil e DNPVN, como exemplos).
- 5º - transformação das autarquias do item anterior em sociedades de economia mista, do que constitui um exemplo a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), cuja criação foi autorizada pela Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957.
- 6º - transformação de autarquias em empresas públicas, em que podem ser mencionadas a Empresa de Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS e a Caixa Econômica Federal (CEF), cujas autorizações estão na Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975 e Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, respectivamente, entre outros.
- 7º - criação de empresa pública para prestação de serviço de utilidade pública, anteriormente executado pela administração centralizada, de forma direta, tendo-se como exemplo a Empresa Brasileira de Correios e Telé

grafos (ECT), que teve sua criação autorizada pelo Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, c/c o art. 167 do Decreto-lei nº 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

8º - na área dos serviços sem características industriais, como os de assistência e previdência, saúde e educação, a tendência que se acentua é a implantação de fundações instituídas pelo poder público, ao invés da gestão pela administração centralizada direta ou por autarquias.

9º - transformação de empresa pública em sociedade de economia mista. Fato este, registrado com a Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), que de empresa pública, nos termos do art. 30, § 1º, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, passou a sociedade de economia mista dez anos depois, segundo autorização do artigo 11, da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972 e consubstanciada pelo Decreto nº 70.913, de 2 de agosto de 1972, ficando ligada a Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS), na qualidade de subsidiária.

Segundo se pode deduzir do exposto, a concessão a particulares e a posterior encampação dos serviços concedidos, dando continuidade aos mesmos por órgão da administração centralizada e que passa depois a integrar a administração descentralizada, é uma tônica comum. É o caso de uma série de estradas de ferro, hoje integrantes da FEPASA e RFFSA.

Outros, como os serviços de correios, integrados a administração centralizada, não levando em consideração o período do Brasil Colônia, passaram imediatamente a empresa pública, sem sofrer o processo anterior de autarquização.

O mesmo já não aconteceu na área de produção, geração e distribuição de energia elétrica. A ELETROBRÁS teve sua

criação autorizada pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs 4.400, de 31 de agosto de 1964 e 5.372, de 6 de dezembro de 1967, como sociedade de economia mista, aparecendo como empresa holding na área de energia elétrica, absorvendo concessões anteriormente entregues a particulares ou a governos locais. Esta absorção se efetivou por encampações, por término dos contratos de concessão e conseqüente reversão dos bens nos termos contratuais ou legais, aquisição de controle acionário de empresas já existentes, tanto na área particular como estatal (Estados-Membros e Municípios), que foram, em sua grande maioria, transformadas em subsidiárias. Fato semelhante aconteceu na área de telecomunicações, com o advento da TELEBRÁS, em que há subsidiárias de segunda e terceira categorias, observadas de modo particular as Leis nºs 4.117, de 27 de agosto de 1962 e 5.792, de 11 de julho de 1972.

Casos há em que a sistemática assume o mesmo aspecto da área dos transportes (RFFSA), tal como a Cia. Estadual de Energia Elétrica, do grupo multinacional Bond and Share ou American Foreign Power, que atuava no Rio Grande do Sul, que foi encampada no governo Leonel Brizola, tendo a Comissão Estadual de Energia Elétrica assumido, em 1959, a sua administração. Em 1961 criou-se a sociedade de economia mista, na área estadual, à qual foram entregues os encargos da ex-concessionária de capital particular.

A criação da ELETROBRÁS, segundo estudos desenvolvidos pela Light - Serviços de Eletricidade S.A., empresa do grupo canadense BRASCAN, foi benéfica para os concessionários da área de geração e distribuição de energia elétrica porque fez o governo adotar nova política com relação às tarifas, pois ele (governo), a partir de então, também empresário, as adaptaria à realidade, de vez que todo capital, na concepção capitalista, deve e merece ser remunerado, de forma conveniente, inclusive o estatal. Assim, a política de congelamento de tarifas começou a ceder terreno.⁴⁸

⁴⁸ Apud BRANCO, Catullo. Energia Elétrica e Capital Estrangeiro no Brasil. São Paulo, Ed. Alfa Omega, 1975, p. 115.

A empresa pública constitui, na realidade, a quarta etapa evolutiva no esforço estatal de executar os serviços de utilidade pública, de forma adequada, utilizando-se da dinâmica da iniciativa particular. Esta seqüência pode ser assim sintetizada:

- 1 - sistema de concessão a particulares;
- 2 - criação de autarquias;
- 3 - criação de sociedades de economia mista; e
- 4 - criação de empresas públicas.

Ainda segundo JUNGSMANN, "o Brasil continua muito atrasado na assimilação e incorporação ao seu sistema legal, de institutos inteiramente cristalizados nos demais países desenvolvidos".⁴⁹

BILAC PINTO entende que

"ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou a este novo órgão de suas atividades todas as vantagens da administração particular, dentre os quais devemos destacar, como mais relevantes: 1º) completa autonomia técnica e administrativa; 2º) capitalização inicial; 3º) possibilidade de recorrer a empréstimos bancários; 4º) possibilidade de reter os lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas; 5º) liberdade em matéria de despesas; 6º) flexibilidade e rapidez de ação; 7º) capacidade de acionar e ser acionada; 8º) regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas".⁵⁰

Algumas destas vantagens estão hoje, no Brasil, atenuadas, ante a acentuada interferência do Estado na vida dessas empresas.

⁴⁹ In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 247, jul./ago./set. 1974, p. 428.

⁵⁰ In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 146, mar./abr. 1953, p. 17.

7.4 - DECISÕES E CONTROLES CENTRALIZADOS

No período de 1890 até o começo do século XX a política governamental foi no sentido de não dar concessões de serviços de utilidade pública com o privilégio da garantia de juros, a não ser com o consentimento expresso do Congresso Nacional.

Entre os motivos apresentados estão:

- a - mudança de regime político com a queda do Império;
- b - ineficiência na prestação dos serviços dados em concessão;
- c - participação do Estado nas despesas para implantação, ampliação e manutenção dos serviços concedidos, sem participar, de forma conveniente, dos resultados financeiros; e
- d - também influenciou na decisão para que a administração centralizada assumisse a execução dos serviços concedidos, especialmente os das estradas de ferro, a dificuldade de fiscalizar a realização dos serviços e, particularmente, quanto ao resultado financeiro obtido, de vez que os concessionários procuravam sonegar informações, sob este aspecto, a fim de não serem obrigados a devolver aos cofres públicos os juros, anteriormente contratados e garantidos pelo poder público, a título de remuneração do capital investido, após os lucros atingirem certo percentual sobre o investimento realizado.

Assim, o que estava em mãos de particulares, sob forma de concessão, passou à administração do Estado sob forma direta e centralizada, ou foi explorado sob o regime de arrendamento a particulares.

Estes fatos demonstram a tendência de estabelecer um controle decisório mais rígido e centralizado, além de a execução, em grande parte, ir também para as mãos da administração pública.

O estudo destes fatos levou OCÉLIO DE MEDEIROS a afirmar que

"o poder de contrôlê e regulamentação evolui, lentamente, para o poder de incorporação, encampação, nacionalização, municipalização ou estatização, o que vale dizer, o Estado já não se satisfaz apenas em fiscalizar, nas fases pré e pós contratuais, por meios obsoletos, a ação das em^{pr}êsas. Predispõe-se a interferir, o mais satisfatoriamente, na direção das mesmas, e, se possível, até a administrá-las diretamente. O "slogan" da incapacidade industrial, organizadora e empreendedora do Estado já não existe. O que existe é o "slogan" do vampirismo, do individualismo desordenado e da política corruptora das em^{pr}êsas concessionárias".⁵¹

Fato semelhante acontecia a partir de 1942, mas sob outro aspecto, com relação às autarquias. Primeiramente houve descentralização, para depois novamente centralizar o poder de decisão, levando para a tutela o que deveria ser simples supervisão governamental.

OSCAR SARAIVA afirma que a criação de autarquias foi acompanhada de descentralização das decisões. Esta sistemática, porém, foi de duração efêmera, no dizer do referido autor, pois, a partir de 1942, o autoritarismo governamental fez voltar a si as decisões, deixando sem efeito o objetivo maior para o qual as autarquias haviam sido criadas.

Segundo ele,

"... as autarquias envelheceram precocemente entre nós; surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornava instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadas de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição".⁵²

⁵¹ In Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, set. 1946, v. 19, p. 135.

⁵² In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1944, v. 100, p. 233.

Crítica semelhante parte de OCÉLIO DE MEDEIROS, em 1946:

"... o crescente controle que ora se comprova, através de vários atos legislativos, tende a promover a paradoxal incorporação das autarquias à administração direta, quando tais atos deveriam ser apenas uma delimitação do poder de tutela do próprio Estado, com o qual se vinculam as autarquias".⁵³

Situação semelhante acontece, atualmente, com as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que de uma liberdade de ação administrativa, bastante ampla, passaram a ter um controle rígido sobre seus atos.

Após 1973, de modo especial, começa o poder central a ir muito além da supervisão ministerial prevista pelo mesmo diploma legal para essas entidades, chegando à tutela pura e simples, como se fossem órgãos da administração centralizada.

Como já acontecera com a autarquia, também a sociedade de economia mista e a empresa pública sofrem, atualmente, a interferência acentuada da administração centralizada.

A nova centralização do controle destas empresas lhes atribui um caráter de autarquia.

Este controle vai muito além da simples supervisão ministerial e pode ser assim enumerado:

- 1 - apresentação de planos de aplicação para a SEPLAN, para prévia aprovação e enquadramento dentro dos objetivos globais;
- 2 - limitação de aplicação de recursos orçamentários (DI nº 1.290, de 03.12.1973);
- 3 - limitação de remuneração da diretoria (Deliberação do CDE aprovada pelo Presidente da República em 04.08.1976);

⁵³ In Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, set. 1946, v. 19, p. 131.

- 4 - não inclusão dos lucros com aplicação em Open Market dos recursos de origem orçamentária para efeito de remuneração da diretoria (Lei nº 6.432, de 12.07.77);
- 5 - prestação de contas compulsória aos Tribunais de Contas (Lei nº 6.223, de 14.07.1975, arts. 7º e 8º), bem como fiscalização pelos mesmos Tribunais;
- 6 - obrigatoriedade do depósito de todos os lucros ou dividendos devidos à União, no Banco do Brasil S.A., à disposição do Tesouro Nacional, segundo estabelece o art. 1º do Decreto-lei nº 1.521, de 26 de janeiro de 1977: "Ficam revogadas, a partir do exercício de 1977, as normas legais e regulamentares autorizativas de destinações especiais dos resultados atribuíveis à União nas empresas públicas e sociedades de economia mistas federais";
- 7 - observância de regras estabelecidas pela administração federal centralizada, para o ingresso de pessoal nas entidades da administração descentralizada (Decreto nº 78.120, de 26 de julho de 1976).

Sob este aspecto, chama a atenção o disposto no Decreto nº 2.628, de 20 de maio de 1977, do governo do Estado de Santa Catarina, que determina que as admissões de pessoal nas sociedades de economia mista, empresas públicas, suas subsidiárias e as fundações, devem ser examinadas pelo Conselho de Política Financeira, que é um órgão centralizado.⁵⁴

Com o detalhamento da aplicação dos recursos que grande parte das unidades da administração descentralizada é obrigada

⁵⁴ In Diário Oficial do Estado. Imprensa Oficial do Estado de Santa Catarina, 27 de maio de 1977, número 10.743, p. 1.

a fazer, caracterizou-se a interferência direta do poder público federal na programação das entidades que a integram (Decreto nº 80.827, de 28 de novembro de 1977).

Quando da análise das prestações de contas das entidades que tiveram seu programa de aplicação financeira previamente aprovado pela SEPLAN, deverá merecer especial atenção o cumprimento dos limites estabelecidos, segundo dispõe o mesmo decreto retro mencionado, no parágrafo único do artigo 3º.

A tendência centralizante para o estabelecimento de tarifas começou a se esboçar pelo Decreto-lei nº 808, de 4 de setembro de 1969, que dispõe em seu artigo 3º:

"Art. 3º - Para efeito do disposto no artigo 1º, os órgãos da Administração Pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, que tenham atribuições de fixar tarifas ou preços em suas áreas específicas, fornecerão seus estudos ao Conselho Interministerial de Preços, quando isto for solicitado, para que este opine a respeito, antes de sua aprovação final pelos órgãos competentes".

Esta centralização se tornou obrigatória pelo Decreto nº 79.706, de 18 de maio de 1977, com a redação que lhe deu o Decreto nº 80.501, de 6 de outubro de 1977.

Prescrevem o artigo 1º e seu § 1º que:

"Art. 1º - O ato de fixação do reajustamento de qualquer preço ou tarifa por órgãos ou entidades da administração federal, direta ou indireta, mesmo nos casos em que o poder para tal fixação seja decorrente de lei, dependerá, para sua publicação e efetiva aplicação, de prévia homologação do Ministério da Fazenda.

§ 1º - Quando se tratar de preço ou tarifa de bem ou serviço público, a homologação será solicitada por intermédio da Secretaria de Planejamento da Presidência da República".

O artigo segundo dispõe que as entidades da administração centralizada ou descentralizada dos Estados ou Municípios que tenham atribuições de fixar preços ou tarifas, os submeterão ao Conselho Interministerial de Preços, antes de sua aprovação final, nos termos do artigo 3º do Decreto-lei nº 808, de 4 de setembro de 1969.

Outra medida que demonstra o caráter de decisão centralizada existente, é a que consta do Decreto nº 79.133, de 17 de janeiro de 1977, através de seu artigo 2º, pelo que dispõe: "Os órgãos e entidades da administração direta e indireta, e as fundações supervisionadas deverão promover uma reavaliação de seus procedimentos administrativos e normativos, quando for o caso, levando em conta a situação excepcional referida no artigo anterior!"

Fica evidenciado, mais uma vez, que todas as entidades da administração descentralizada são compelidas a executar as regras gerais ditadas pelo poder central.

Visivelmente, a execução dos serviços, obras, etc., a cargo do Estado, são realizadas por entidades da administração descentralizada, criadas pelo poder público para essa finalidade, por obrigação ou por conveniência, cabendo à administração centralizada, basicamente, aprovar a programação, acompanhar a execução e julgar as contas dos recursos distribuídos e aplicados.

As obras e os serviços dos Batalhões Rodoviários e Ferroviários, sob a coordenação do Ministério do Exército, estão entre os poucos que ainda são executados pela própria administração centralizada, de forma direta.

O controle exercido pelos poderes públicos sobre as empresas concessionárias, sendo elas particulares ou empresas públicas, ou ainda, sociedades de economia mista, é realizado por uma série de entidades, cada qual dentro do seu ramo de atividade, destacando-se:

- Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), na área de energia elétrica;
- Departamento Nacional de Telecomunicações (DENTEL), na área de telecomunicações.
- Departamento de Aeronáutica Civil (DAC), na área de transportes aéreos;
- Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), na área de transportes rodoviários, especialmente interestaduais e internacionais (Dl nº 512, de 12 de março de 1969 e Decreto nº 68.961, de 20 de julho de 1971);

- Empresa de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRÁS), na área de exploração e administração de portos dados em concessão (Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, art. 4º, V).

Estes órgãos fiscalizam a execução dos serviços, tendo também atribuições para interferir no cálculo das tarifas a serem submetidas a outros órgãos, como o CIP.

Outros órgãos há que exercem controle geral, com relação aos preços de gêneros de primeira necessidade ou não, mas que também controlam as tarifas dos serviços de utilidade pública, dados em concessão, tais como:

- Conselho Interministerial de Preços (CIP);
- Conselho Nacional de Petróleo (CNP);
- Conselho Nacional do Abastecimento (CONAB);
- Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB).

Assim, o poder público federal tem condições de opinar e de decidir sobre as tarifas a serem fixadas para todos os serviços de utilidade pública dados em concessão, independentemente do poder concedente, ficando a cargo deste a fiscalização dos serviços, sob os aspectos de eficiência, competência, melhorias, modernização, etc.

8 - C O N C L U S Õ E S

Em face do que foi exposto, pode-se concluir o seguinte:

1 - Os serviços que podem ser dados em concessão são "serviços de utilidade pública" e não "serviços públicos" propriamente ditos.

2 - Os serviços de utilidade pública no Brasil foram, em sua maioria, implantados com capital estrangeiro e por empresas também estrangeiras: ferrovias, transportes urbanos, telecomunicações, eletricidade, distribuição de gás, aerovias, etc..

3 - A melhoria e modernização dos serviços concedidos e sua atualização constituem obrigação do concessionário, em face do constante avanço tecnológico, que obriga, às vezes, a adoção de novos métodos de prestação de serviços.

4 - Faz-se conveniente a existência de uma Lei Orgânica para os serviços concedidos, estabelecendo regras gerais disciplinadoras.

5 - No Brasil existe uma acentuada tendência no sentido da centralização e concentração das decisões para o controle dos serviços de utilidade pública, objetos de concessão.

6 - A doutrina estrangeira se manifesta pela desnecessidade da observância do princípio licitatório para escolha de concessionário de serviço de utilidade pública, ao contrário do que acontece no Brasil.

7 - A concessão como ato de transferência de exploração e manutenção de serviços de utilidade pública pode efetivar-se através de outorga ou contrato.

8 - A criação de empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) não invalida a teoria geral da concessão de serviços pelo poder público, mesmo quando executados por aquelas.

9 - No Brasil, grande parte dos serviços, anteriormente dados em concessão a particulares, é hoje executada por em-

presas estatais, tanto na área federal, como estadual e municipal.

10 - A nova forma de prestação de serviços de utilidade pública, por intermédio de sociedades de economia mista e em empresas públicas constitui, na realidade, uma adaptação das concessões feitas a particulares, sob cláusulas de garantia de juros, subvenções e com admissão da teoria da imprevisão.

11 - Os serviços explorados através de concessão não integram a administração indireta, nos termos do art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/67, senão quando executados por sociedades de economia mista ou empresas públicas.

12 - As cooperativas, pelo fato de não visarem lucros financeiros, podem contribuir na implantação e manutenção de alguns serviços de utilidade pública, tornando-se, assim, embriões de futuras concessionárias, a exemplo do que já vem acontecendo na área de energia elétrica.

13 - Sendo o Estado, em última análise, o responsável pelos serviços concedidos, a sua execução por intermédio de empresas estatais acarreta certas peculiaridades, que podem ser assim sintetizadas:

- obtenção de lucros financeiros;
- maior flexibilidade quanto a sua finalidade;
- competência do Estado para indicação ou nomeação dos diretores;
- prazos, normalmente indeterminados, para exploração e manutenção dos serviços concedidos por outorga a tais entidades;
- imposição mais eficiente e rápida da política administrativa e econômico-financeira do poder público;
- utilização da dinâmica da empresa particular para alcançar os objetivos traçados pelo Estado;
- presença mais real do Estado junto à coletividade de que utiliza o serviço;
- inexistência dos problemas de reversão ou transferência dos bens afetados à concessão, no final do contrato ou por ocasião do seu término antecipado;

- possibilidade de manter controle sobre as despesas das empresas estatais executoras de serviços de utilidade pública com relação a investimentos, respectivo planejamento, bem como remuneração, qualificação e responsabilidade do pessoal vinculado.

14 - O Estado pode, a qualquer tempo, adotar, novamente, a sistemática da concessão de utilidade pública a particulares, mas sem os riscos de participar somente dos prejuízos, como ocorria, quase sempre, no século XIX.

15 - É conveniente a formação de uma "reserva global de reversão", incluída no valor da tarifa, para efeito de indenização do concessionário quando do encerramento do contrato, para todos os serviços de utilidade pública dados em concessão, a exemplo do que vem ocorrendo na área da energia elétrica.

16 - É possível a adoção, pelo Estado, da sistemática de concessões a grandes conglomerados industriais e financeiros, possuidores de tecnologia avançada e modernização, reservando para si a fiscalização da execução dos serviços concedidos e fixação das tarifas.

B I B L I O G R A F I A

- 1 - ALMIRO, Affonso. A Estatização no Brasil. Rio de Janeiro, Ed. APEC, 1970.
- 2 - ALVARES, Sabino & BLANCO, Gentin y. Tratado General de Derecho Administrativo. Barcelona, Ed. Bosch, tomo I, 1958, tomo II, 1963, tomo III, 1973, 3 vols.
- 3 - AULY, Jean-Marie & DUCOS-ADER, Robert. Droit Administratif. 3. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1973.
- 4 - AZEVEDO, Evandro C. de & GAMBIRASIO, Alberto; MARQUES, Cesário. Aviação Comercial, a Caminho da Aerobrás. In Visão. São Paulo, Ed. Visão Ltda., quinzenal, 06 junho 1977, p. 18-24.
- 5 - BALOC, Nicola. A Organização Administrativa das Empresas Públicas. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 87:35-51, v. 88:34-75, v. 89:34-67, v. 90:30-56, 1967.
- 6 - BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 11. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976.
- 7 - BARRETO FILHO, Oscar. Tribunal de Contas do Município de São Paulo - Controle e Fiscalização das Empresas Municipais. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 125:407-424, jul.-set. 1976.
- 8 - BARROS JÚNIOR, Carlos S. A Concessão de Serviços Públicos. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 111:10-21, jan.-mar.1973.
- 9 - BECKERATH, Erwin V. et allii. Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Göttingen, Ed. Vandenkoeck & Ruprecht, 1956, 12 vols.
- 10 - BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, 5 vols.
- 11 - BRAGA, Odilon V. Serviços Públicos Concedidos. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 7:33-51, jan.-mar. v. 8:18-44, abr.-jun. v. 9:30-48, jul.-set. 1947.
- 12 - BRANCO, Catullo. Energia Elétrica e Capital Estrangeiro no Brasil. São Paulo, Ed. Alfa-Ômega, 1975.
- 13 - BRASIL. Leis, decretos, etc. Collecção das Leis do Império do Brazil. Rio de Janeiro, Ed. Typographia Nacional.
- 14 - ----- Leis, decretos, etc. Collecção das Leis da República dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro, Ed. Imprensa Nacional.
- 15 - ----- Leis, decretos, etc. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro e Brasília, Departamento de Imprensa Nacional (DIN).

- 16 - BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1977.
- 17 - ----- Senado Federal. Constituição Federal e Constituições Estaduais. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1975, 2 vols.
- 18 - ----- Senado Federal. Leis Orgânicas dos Municípios. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1976, 2 vols.
- 19 - ----- Senado Federal. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas (nº 1 - mar. 1964).
- 20 - ----- Tribunal de Contas da União. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, ano 1, nº 1, 1970.
- 21 - BRANDÃO, Alonso Caldas. Contabilidade Pública. 4. ed. atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Coelho Branco, 1956.
- 22 - ----- Contabilidade Pública. 7. ed., Rio de Janeiro, Ed. Mabri, 1968, 2 vols.
- 23 - BRUNET, René. La Constitution Allemande du 11 aout 1919. Paris, Ed. Payot & Cie., 1921.
- 24 - CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. 1. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1970, 2 vols.
- 25 - CAETANO, Marcelo. Princípios Fundamentais de Direito Administrativo. 1. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977.
- 26 - CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil. São Paulo, Ed. Atlas, 1971.
- 27 - CAMPANHOLE, Adriano. Consolidação das Leis do Trabalho /e/ Legislação Complementar. 45. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1977.
- 28 - CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Imprensa Nacional, 1943.
- 29 - CANASI, José. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Depalma, v. I, 1972, v. II, 1974, v. III, 1976.
- 30 - CARVALHO, Luiz Gastão de Alencar Franco. As concessões para execução de serviços públicos de telecomunicações com o advento da Telebrás. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, out.-dez. 1973.
- 31 - CARVALHOSA, Modesto. A Nova Lei das Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1976.
- 32 - ----- A Ordem Econômica na Constituição de 1969. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- 33 - ----- Direito Econômico. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- 34 - CASSIRER, Ernst. O Mito do Estado. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1976, trad. por Álvaro Cabral.
- 35 - CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos - Livreiro Editor, 1914.

- 36 - CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. refundida e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977.
- 37 - ----- Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, v. I, II, III, 1942, v. IV, V, 1943, v. VI, 1944, 6 vols.
- 38 - ----- A Empresa Pública no Direito Brasileiro (Autarquias e Sociedades de Economia Mista). In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 91:01-12, jan.-mar. 1968.
- 39 - COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 2. ed., refundida e adaptada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- 40 - CORRÊA, A. C. Munno. Licitações e Sociedade de Economia Mista - Publicidade - Vinculabilidade dos Editais. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 33:58-66, 1975.
- 41 - COTRIM NETO, A. B. Autarquias e Empresas Públicas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ed. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 38:25-44, abr.-jun. 1973.
- 42 - ----- Autarquias e Empresas Públicas. In Revista de Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 20:48-63, abr.-jun. 1972.
- 43 - ----- Direito Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1966.
- 44 - ----- Natureza e Extensão do Controle sobre Autarquias. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 80:44-46, abr.-jun. 1965.
- 45 - CRETELLA JÚNIOR, José. Empresa Pública. São Paulo, Ed. José Bushatsky e Universidade de São Paulo, 1973.
- 46 - ----- Direito Administrativo. São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1973.
- 47 - ----- Sociedades de Economia Mista no Brasil. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 80:33-43, abr.-jun. 1965.
- 48 - ----- Curso de Direito Administrativo. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1971.
- 49 - ----- Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1966-1972, 10 vols.
- 50 - ----- Dicionário de Direito Administrativo. São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1972.
- 51 - DED -RFFSA. Ferrovias do Brasil. Rio de Janeiro, Rede Ferroviária Federal S.A., 1963.
- 52 - DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo, Ed. Saraiva, 1972.
- 53 - DRUCKER, Peter F. Uma Era de Descontinuidade. 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1974.

- 54 - DUVERGER, Maurice. Janus - Les Deux Faces de l'Occident. Paris, Ed. Librairie Arthème Fayard, 1972.
- 55 - FAGUNDES, M. Seabra. Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica em face da Constituição Federal. In Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Brasília, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 86:7-24, 1963.
- 56 - ----- Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- 57 - FALCÃO, Alcino Pinto. A Cláusula de Reversão na Concessão de Serviços Públicos. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 15:129-137, jan.-mar. 1971.
- 58 - FERNANDES, Raimundo Nonato. Da Concessão de Uso de Bens Públicos. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 118:1-11, out.-dez. 1974.
- 59 - FERREIRA, José Nunes. Súmulas do Supremo Tribunal Federal (atualizadas e anotadas). São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.
- 60 - FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1973.
- 61 - ----- Uma Introdução ao Estudo dos Serviços Públicos no Direito Brasileiro. In Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 136:76-91, 1975.
- 62 - FERREIRA, Waldemar. A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1956.
- 63 - FLEIUSS, Max. História Administrativa do Brasil. 2. ed., São Paulo, Ed. Cia. Melhoramentos de São Paulo, s/d.
- 64 - FORINO, Sabino A. Las Empresas del Estado. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1970.
- 65 - FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Ed. Gráficos Uguinor (traduzida da 5. ed. alemã), 1958.
- 66 - FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 15. ed., México, Ed. Porrúa S.A., 1973.
- 67 - FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à Reforma Administrativa Federal. São Paulo, Ed. Saraiva, 1975.
- 68 - ----- Fundações e Empresas Públicas. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972.
- 69 - ----- Organização Administrativa das Empresas Públicas. In Revista do Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 15:24-42, jan.-mar. 1971.
- 70 - ----- Empresas Públicas no Brasil - Ação Internacional. São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1975.
- 71 - ----- Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 12:14-39, abr.-jun. 1970.

- 72 - GALBRAITH, John Kenneth. A Economia & o Objetivo Público. São Paulo, Ed. Livraria Martins Ltda., 1973.
- 73 - ----- O Novo Estado Industrial. Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968.
- 74 - GALLOTTI, Luiz Octávio. Contas do Governo e Intervenção do Estado na Economia. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 121: 489-495, jul.-set. 1975.
- 75 - GOMES, Arthur Carlos A. Pereira. Os Serviços de Transportes e sua Tributação. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 28:289-297, mar.-abr. 1974.
- 76 - GONÇALVES, Wilson. A Fiscalização Financeira da Administração Indireta na Constituição Federal. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ed. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 39:43-50, jul.-set. 1973.
- 77 - GRAU, Eros Roberto. Considerações a Propósito das Sociedades de Economia Mista. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 17:113-132, jul.-set. 1971.
- 78 - ----- Controle das Sociedades Anônimas com Participação Estatal Majoritária. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 30:17-34, jul.-ago. 1974.
- 79 - HOUASSIS, Antônio. Grande Enciclopédia Delta Larousse. Rio de Janeiro, Ed. Delta, 1973.
- 80 - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, 9 vols.
- 81 - JACQUES, Paulino. A Administração Indireta no Estado Brasileiro. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ed. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 28:03-54, out.-dez. 1970.
- 82 - JAPPUR, José. Controle Integrado do Ato Administrativo. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 123:54-62, jan.-mar. 1976.
- 83 - JÈZE, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Depalma, v. I, 1948, v. II, III, 1949, v. IV, V, VI, 1950 (traduzida da 3. ed. francesa).
- 84 - JUNGSMANN, Fernando. A Concessão de Serviço Público, a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública, no Direito Brasileiro. In Revista Forense, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 247:424-431, jul.-set. 1974.
- 85 - KELSEN, Hans. Formas da Organização Estatal: Centralização e Descentralização. Traduzido por Rudolf Aladar Merall. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. IV:48-72, 1946.
- 86 - LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif. 6. ed., Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

- 87 - LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho Administrativo. 3. ed., Montevideo, Ed. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 2 vols., v. I, 1963.
- 88 - ---- Tratado de Derecho Administrativo. 2. ed., Montevideo, Ed. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., v. II, 1972.
- 89 - LEX. São Paulo, Ed. Lex Ltda..
- 90 - LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Reversão das Concessões de Serviços Públicos. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 32:27-37, abr.-jun. 1953.
- 91 - LUZ FILHO, Heitor. Controle Financeiro das Autarquias e Empresas Públicas. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ed. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 21:63-72, jan.-mar. 1969.
- 92 - LUZ, Nícia Vilela. A Luta pela Industrialização do Brasil. São Paulo, Ed. Alfa-Ômega, 1975.
- 93 - MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1974, 5 vols.
- 94 - MARQUES, José Frederico. Sociedades de Economia Mista - Empresas Públicas - Fiscalização pelo Tribunal de Contas. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 124:290-298, abr.-jun. 1976.
- 95 - MAYA, Luiz Rafael. Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional - Natureza Jurídica - Autarquias - Empresas Públicas - Parecer. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 121:418-432, jul.-set. 1975.
- 96 - MAYER, Otto. Derecho Administrativo Aleman. Buenos Aires, Ed. Depalma, v. I, 1949, v. III, 1951, trad. para o espanhol da ed. francesa.
- 97 - MAZÈRES, J.-A. Aspects et Tendences du Système Administratif Français. Cours de 4ème. année de Licence en Droit Ariège, L'Imprimerie du Champ de Mars Saverdun, 1972, 3 vols.
- 98 - MEDEIROS, Océlio de. Por uma Lei Orgânica de Concessão de Serviço Público. In Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 19:130-137, set. 1946.
- 99 - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed. (refundida), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- 100 - ----- Licitação e Contrato Administrativo. 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- 101 - ----- Direito Administrativo Brasileiro. 5. ed. (atualizada), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- 102 - ----- Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, v. II.

- 103 - MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Sociedades de Economia Mista. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 30:51-56, jul.-ago 1974.
- 104 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- 105 - MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1969, 2 vols.
- 106 - ----- Concessão e Socialização. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 21:01-13, jul.-set. 1950.
- 107 - ----- Do Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, v. 152:34-42, mar.-abr. 1954.
- 108 - ----- Da Licitação. São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1978.
- 109 - MEYNAND, Jean. Aspectos Atuais da Empresa Pública na França. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1957.
- 110 - MINGUZZI, Rubens B. /organizado por/ Vox Legis. São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, mensal.
- 111 - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 6.464, de 02.05.44. Sociedades de Economia Mista. In Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 7:57-59, jun. 1944.
- 112 - MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, 6 vols.
- 113 - MIROW, Kurt Rudolf. A Ditadura dos Cartéis (Anatomia de um subdesenvolvimento). 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1978.
- 114 - MORAES, Bernardo Ribeiro de. Sistema Tributário da Constituição de 1969. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969, v. I.
- 115 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971, 2 vols.
- 116 - ----- Curso de Direito Administrativo. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976.
- 117 - MOTA FILHO, Cândido. O Poder e as Transformações do Estado. In Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 73:01- , mar. 1960.
- 118 - MUNIZ, Álvaro A. Caminha. A Empresa Pública no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1972.
- 119 - NOGUEIRA, Rubem. Função da Lei na Vida dos Entes Paraestatais. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 99:33-43, jan.-mar. 1970.

- 120 - O ESTADO. Comissão tenta nova solução para trens no norte. "O Estado". Florianópolis, diário, 26 jun. 1977, p. 15.
- 121 - OVIEDO, Carlos Garcia & USEROS, Enrique Martinez. Derecho Administrativo. 9. ed. (corregido y aumentada). Madrid, Ed. Artes Gráficas Iberoamericanas, 1968, 2 vols.
- 122 - PAIVA, Alfredo de Almeida. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumento Jurídico a Serviço do Estado. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 60:01-15, abr.-jun. 1960.
- 123 - PEREIRA, Afonso I. Direito Econômico na Ordem Jurídica. São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1974.
- 124 - PEREIRA, Jesus Soares. Petróleo, Energia Elétrica, Siderurgia: A Luta pela Emancipação. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1975.
- 125 - PESSOA, Mário. Leis da Guerra e Armas Nucleares. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969.
- 126 - PIMENTEL, F. Mendes. Concessão - Contracto - Encampação - Desapropriação - Foro contratual. In Revista Forense. Belo Horizonte, Ed. Imprensa do Estado de Minas Gerais, v. 35:05-12, jan.-jun. 1921.
- 127 - PINTO, Bilac. Estudos de Direito Público. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1953.
- 128 - ----- O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 32:01-16, abr.-jun. 1953.
- 129 - PINTO, Roger. A Empresa Pública Autônoma de Caráter Econômico em Direito Comparado. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 57:483-498, jul.-set. 1959.
- 130 - PRADO JUNIOR, Caio. História Econômica do Brasil. 18. ed., São Paulo, Ed. Brasiliense, 1976.
- 131 - RAMOS, José Nabantino. Empresas Públicas. In Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 17:99-110, jul.-set. 1971.
- 132 - REALE, Miguel. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1969.
- 133 - REY, Luís. Como Redigir Trabalhos Científicos. São Paulo, Ed. Edgar Blücher /e/ Universidade de São Paulo, 1972.
- 134 - RIVERO, Jean. Droit Administratif. 7. ed., Paris, Ed. Dalloz, 1975.
- 135 - RUMMEL, J. Francis. Introdução aos Procedimentos de Pesquisa em Educação. 1. ed., 2. impressão, Porto Alegre, 1974.
- 136 - SALOMON, Dêlcio Vieira. Como Fazer uma Monografia. 4. ed., Belo Horizonte, Ed. Interlivros, 1974.

- 137 - SALVADOR, Ângelo Domingos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Bibliográfica. 3. ed., Porto Alegre, Ed. Sulina, 1974.
- 138 - SANTA CATARINA. Leis, decretos, etc. Diário Oficial do Estado. Florianópolis, Imprensa Oficial do Estado (IOESC).
- 139 - ----- Leis, decretos, etc. Legislação — 1955. Florianópolis, Imprensa Oficial do Estado, 1955.
- 140 - SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. Fundações no Direito na Administração. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1970.
- 141 - SOTO, Jean de. Grands Services Publics et Entreprises Nationales. Paris, Éditions Montchrestien, 1971.
- 142 - STREICHER, Walter E. Atividade Econômica, Administração Indireta e Serviços Públicos Descentralizados. In Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 33:45-52, jan.-mar. 1975.
- 143 - SHERWOOD, Frank P. /organizado por/ Empresas Públicas (textos selecionados). Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- 144 - SEMINÁRIO DE RANGUN. Problemas da Empresa Pública. Tradução de Hugo Wahrlich. In Empresas Públicas: Textos selecionados /por/ SHERWOOD, Frank P., Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 19-32.
- 145 - SIERRA, Humberto Briseño. La Empresa Estatal en México. In La Empresa Pública. Studia Albortiaeva, coordenação de Tuells, Evelio Verderra y, Zaragoza, Ed. Cometa S.A., 1970, v. II, p. 1.846.
- 146 - SWEEZY, Paul M. Socialismo. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1967.
- 147 - TÁCITO, Caio. As Empresas Públicas no Brasil. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 84:432- , abr.-jun. 1966.
- 148 - ----- Controle das Empresas do Estado (Públicas e Mistas). In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 111:01-10, jan.-mar. 1973.
- 149 - ----- Correção Monetária no Direito Administrativo. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 228: 42-47, out.-dez. 1969.
- 150 - ----- Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Saraiva , 1975.
- 151 - ----- Os Estabelecimentos de Serviço Público no Direito Brasileiro. In Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, Ed. Departamento de Imprensa Nacional, v. 52: 13-18, dez. 1954.
- 152 - ----- Sociedades Comerciais e Fundações do Estado. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 205: 417-435, fev.-mar. 1964.
- 153 - TEIXEIRA, J. H. Meirelles. O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos. São Paulo, Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo - Procuradoria Administrativa, 1941.

- 154 - URUGUAY, Visconde do. Ensaio sobre o Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Typographia Nacional, 1862, 2 vols.
- 155 - VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades Anônimas ou Companhias de Economia Mista. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, v. 102:417-422, jun. 1945.
- 156 - VEDEL, Georges. Droit Administratif. 5. ed., Paris, Ed. Presses Universitaires de France, 1973.
- 157 - VENÂNCIO FILHO, Alberto. A Introdução do Estado no Domínio Econômico. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- 158 - TUELLS, Enelio Verdera y./organizado por/ La Empresa Pública. Zaragoza, Ed. Cometa S.A., Studia Albortiaua, Publicaciones del Real Colégio de España en Bolonia, 1970, 2 vols.
- 159 - VITO, Francesco. Controle da Empresa Pública. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 60:414-429, abr.-jun. 1960.
- 160 - WALD, Arnold. As Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas no Direito Comparado. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 152:510-522, 1954.
- 161 - WALINE, Marcel. Précis de Droit Administratif. Paris, Éditions Montchrestien, 1969.

JORNAIS E REVISTAS DIVERSOS

- 1 - CORREIO DO POVO. Porto Alegre, diário, Ed. Cia. Caldas Junior.
- 2 - FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, diário, Ed. Empresa Folha da Manhã S.A..
- 3 - JORNAL DE BRASÍLIA. Brasília, diário, Ed. Organização Jaime Câmara (J. Câmara e Irmãos S.A.).
- 4 - JORNAL DE SANTA CATARINA. Blumenau, diário, Ed. Empresa Editora Jornal de Santa Catarina Ltda..
- 5 - JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, diário, Ed. Jornal do Brasil Ltda..
- 6 - O ESTADO. Florianópolis, diário, Ed. Empresa Editora "O Estado" Ltda..
- 7 - O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, diário, Ed. S.A. O Estado de São Paulo.
- 8 - VEJA. São Paulo, semanal, Ed. Abril Ltda..
- 9 - VISÃO. São Paulo, quinzenal, Ed. Visão Ltda..