

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

*Concessão
de Serviços Públicos
em Direito Administrativo*

THESE

apresentada ao Primeiro Congresso
Juridico Universitario do Brasil,
reunido na cidade do Salvador

CURITYBA-PARANÁ

OUTUBRO

1936

OLIVEIRA FRANCO, RIBEIRO, KÜSTER, FERRAZ
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Registro 1047

Data 4/7/01

SOBRE A THESE

A These — «Concessão de Serviços Públicos em Direito Administrativo», — do distinto Acadêmico OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, evidencia grande capacidade de estudo e seguro criterio na apreciação do assumpto analysado.

A tutela administrativa, a que alludiu Foignet, consistente na fiscalização a que são submettidos os funcionarios publicos por parte de funcionarios de cathegoria superior, não pode deixar de manifestar-se em relação a contractos de serviços publicos. Não basta o vinculo obrigacional do contracto synallagmatico, tal como em um contracto civil ou commercial; como pondera o digno academico, entra no contracto o elemento do direito publico. Incumbe ao Estado, organ de justiça social e tutor dos interesses da generalidade, na phrase de Cavagnari, restabelecer o equilibrio e impedir que uma empresa de utilidade publica se converta em mera e exorbitante especulação privada.

Bahia, 13 de Outubro de 1936.

Filinto Bastos

Director da Faculdade de Direito da Bahia.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

I) — O Direito Administrativo liga-se hoje em dia ás tendencias de expansão do Direito Publico. Ha uma progressiva dilatação nos circulos de existencia social, caracterizante da actividade do Estado por sobre a vida dos individuos que, de perto affécta o proprio sentido das nórmas administrativas. Essa dilatação fixa nóvos principios estructuraes de Estado. Dahi, o apparecimento desse «Staatsrecht», desse chamado Direito Estatal, desses actualissimos principios ordenadores de nóvos processos juridicos que, a incessante lucta politica, vem affirmando, com o augmento crescente da esphera de acção do Direito Publico.

II) — O panorama do momento presente ensina, que o Direito Administrativo para que possa subsistir depende, sob pena de ser absorvido por esse «Direito Estatal», de observar determinadas condições sociaes, de apegar-se o mais possivel ás tendencias actuaes do Direito Constitucional, que lhe dá vida e organização. Do contrario será letra morta sem outra expressão que não historica. Antigamente, o Estado não fazia mais

que administrar, que reger os negocios governamentais ou dirigir a «coisa publica». Mohl, Stein, Otto Meyer, todos os velhos tratadistas, mesmo Bluntschli, todos elles discipulos irreverentes de Montesquieu, não veem no Estado outra finalidade. Óra, o Direito Administrativo é um Direito feito pelo Estado. Não é logico, que em face de tantas e tão variadas transformações soffridas pelo Estado, permaneça ainda, debaixo daquellas velhissimas roupagens, indifferente á evolução formidavel do pensamento juridico moderno. O Direito Administrativo para evidenciar-se não póde abandonar um sequer dos processos sociaes evolutivos (1).

III) — O Estado agita-se ao lado do individuo, não se afasta do individuo, ao contrario, mostra seu caracter normativo (2) procurando guial-o, instruil-o, integrar totalmente o individuo no grupo social a que pertence. Vaccaro (3) vê erroneamente, nessa attitude bastante revolucionaria, vontade de limitação da liberdade individual. Como órgão superior, ordenador e orientador, o Estado deve assumir quando exija a

(1) «Nas relações jurídicas que se criam entre o Estado administrador, ou outra entidade que, tenha a seu cargo a gestão da administração publica, portanto entidade supraestatal ou intraestatal (Estados-membros, Provincias, Municipios ou Comunas), e os povos a elle subordinados, são o objecto daquelle ramo do Direito a que se dá o nome de administrativo. Parte delle é Direito civil «publicizado», inconfundivel com aquelles casos em que o Direito privado rege, por si mesmo, as relações entre Estado e particulares, sem qualquer caracter de Direito publico. Ao lado de contractos civis, ha contractos administrativos que pertencem ao Direito publico» (Pontes de Miranda — COMENTARIOS Á CONSTITUIÇÃO — p. 83).

(2) Ver Hans Kelsen — THEORIA GENERAL DEL ESTADO — Labor.

(3) M. A. Vaccaro — LAS BASES SOCIOLOGICAS DEL DERECHO E DEL ESTADO — pg. 524.

necessidade, a competência exclusiva de legislar sobre matéria privada. Existem actividades que dizem respeito a interesses particulares que o Estado exerce, informa Fleiner, com exclusão de toda competência privada. Esse é o ponto que temos em vista. E, «em taes casos, (onde predomina a competência do Estado com exclusão de toda e qualquer actuação privada) existe como que um monopólio de administração, uma regalia, tal como succede actualmente com todos os actos de soberania, para o completo exercício do poder publico. A justiça, o poder de governo e o exercício da expropriação forçada, etc. são funcções estataes» (4). O essencial é a participação do Estado, não somente nos negocios publicos, mas tambem nos particulares. Como órgão ordenador cumpre ao Estado agir na defeza directa do interesse publico (5). Por isso, é que o Estado, reflexo da historia, é sempre uma «tendencia» do momento. A concepção hegeliana de Estado, contra a concepção kantiana (do Estado como méro mediador de interesses individuaes), veio dar no Estado como força de valor social. Foi Hegel quem deu fun-

(4) Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 275.

(5) «Bem ou mal o Estado é primeiramente conceito juridico. Theoria do Estado é theoria juridica do Estado» (Hermann Cohen — ETHIK DES REINEN WILLENS — pg. 64 — apud, Pontes de Miranda — COMENTARIOS Á CONSTITUIÇÃO — pg. 22).

«A raiz historica mostra essa regalia estatal. A concentração da "jura regalia" em mãos do soberano assentou as bases para a organização do poder absoluto do Estado. A "jura regalia" transformou-se portanto em direito geral de soberania do Estado moderno e revela a competência do Estado de prohibir ao particular determinadas actividades e de outorgar por outro lado direitos especiaes para o exercício de certas actividades» (Fleiner — ob. cit. — pg. 275).

damento logico ao renascimento patriótico do Estado e, attribuiu-lhe uma ampla missão cultural, em opposição a Kant, que só via no Estado uma simples organização juridica, para a protecção exclusiva de particulares⁽⁶⁾. É da essencia do Estado, o finalismo. O Estado, como a sociedade, possui uma razão natural e logica de vida⁽⁷⁾.

IV) Sendo o responsavel pela harmonia e pelo equilibrio social, o Estado não deve e não póde conferir o direito de soberania a particulares. Existem, porem, não o podemos negar, e é essa a questão que vamos esmiuçar, fóra da acção directa do Estado, empreendimentos economicos que devem escapar pela sua natureza especial, ao monopolio estatista. Assim o Estado dá concessão a individuos ou companhias particulares para a exploração da energia electrica ou da força hydraulica e impede, que particulares explorem, o serviço de correios e telegraphos. Procura-se porem não tocar nas vantagens da liberdade industrial. A lei dos Correios da Allemanha de 28. de Outubro de 1871, bem como a lei dos Telegraphos de 6 de Abril de 1892, prohibe de maneira coercitiva aos particulares, sem attentar o principio da liberdade industrial, prohibe terminantemente, a exploração commercial de negocios de Correios e Telegraphos. Da mesma fórmula, innumeras legislações, quasi todas podemos affirmar, fazem onde o Estado deve opinar, restricções sem numero ao avanço da vontade de particulares.

⁽⁶⁾ Wilhen Sauer — FILOSOFIA SOCIAL Y JURIDICA — pg. 48.

⁽⁷⁾ «Entre Estado e sociedade, a relação é de parte, de conteúdo para continente. A sociedade vive, o Estado é mais accentuadamente finalista». (Pontes de Miranda — FUND. ACT. DO DIREITO CONST. — pg. 181).

V) Verificamos sem grande difficuldade qual seja a posição do Estado no que se refere a concessão para a exploração particular de serviços publicos. Ao mesmo tempo, expuzemos com sobriedade, a nossa opinião, a respeito do assumpto. As conclusões tiraremos nos proximos capitulos, onde procuraremos com clareza, estudar o phenomeno da «concessão» bem como a sua natureza juridica de contracto de direito publico (8).

*
* *

(*) «Muitos auctores não admittem, no Direito Publico, o contracto, a pretexto de que essa figura é peculiar ao Direito Privado, fóra do qual não pôde apparecer. A substancia do contracto é accôrdo de vontades, gerando, entre as partes relação juridica. E tal coisa tanto surge no Direito Civil, no Direito Commercial, como no Direito Publico externo e interno» (Mario Masagão — NATUREZA JURIDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PUBLICO — pgs. 95—97). Savigny e Jellinek corroboram a mesma assertiva. Savigny diz: «contracto é um concurso de pessoas, em uma concorde declaração de vontade, pela qual ficam determinadas as suas relações juridicas». Jellinek affirma: «Não ha uma cathegoria de formulas juridicas que seja, especificamente, do Direito Privado, ou do Publico» (apud M. Masagão — ob. cit. — pg. 98).

O PHENOMENO DA «CONCESSÃO»

1) O pouco desenvolvimento industrial do Brasil, o quasi abandono de nossas fontes de produção, a falta de severa regulamentação da exploração de serviços publicos por particulares, a pouca garantia offerecida ao Estado pelas trez primeiras cartas constitucionaes do paiz, deixam claro a razão porque, o instituto juridico da «concessão», não encontrou entre nós ainda, o estudo desinteressado e necessario. Tudo quanto ahí temos, em materia de concessão de serviços publicos, ou está na mão de companhias estrangeiras, cujo fito unico é o lucro desmedido do capital applicado, ou na dependencia de particulares que se descuidam totalmente do seu desenvolvimento. Para qualquer lado que nos viremos topamos contractos onerosos para o Estado. E a nossa economia, na maioria das vezes dependente dessas concessões, fica ao sabor da administração bastante exclusivista de companhias, cujo fim é sempre, e nem o póde deixar de ser, o lucro particular da empresa. Si, conseguimos, com algumas empreitadas mais audazes, minorar os males da econo-

mia nacional, não a conseguimos livrar da influencia, de companhias particulares, estrangeiras ou nacionaes, que exploram a força hydraulica, a energia electrica, grande numero de serviços de transporte, dominando os meios regulares de communicação, encarecendo o producto do trabalho brasileiro mesmo dentro do Brasil. É facil justificar, a vantagem do monopolio exclusivo do Estado, até onde o Estado possa agir, no sentido do bem estar das populações. É preciso procurar não esquecer que a «concessão» é um acto administrativo originador de direitos especiaes (9). Agindo anarchicamente, sem uma orientação firmada como fizemos até aqui, é facil de se prevêr o trabalho futuro do Estado, em revogar actos, que deram força e direitos a entidades particulares, de fazerem o que bem entenderem da terra, das aguas, dos ares, das minas, dos canaes, dos lagos, etc. etc. A concessão, é um phenomeno juridico cuja utilidade social urge ser levada em conta, para que se não elaborem contractos como tantos por ali, contractos verdadeiramente cerceadores não só da vontade creadora do governo como das populações (10), contractos escravizadores, inimigos até, do progresso technico, das conquistas da sciencia, da actividade natural do individuo.

(9) «Com o monopolio do Estado se protegem os interesses geraes». A constituição ultima do Reich, em seu art. 147 (tratando das escolas particulares como succedaneas das escolas publicas) trata da regulamentação da propria instrucção, de um direito escolar, como fala Jellinek. (Ver Fleiner — ob. cit. — pg. 278).

(10) Contractos interessantes de serviço publico de serem examinados, são os que foram lavrados nas cidades de Florianopolis e Paranaguá, para a exploração quasi secular de linhas de bondes de burro que, de ha muitos annos até hoje funcçionam naquellas cidades, com a hostilidade das populações.

II) Muitas legislações, por exemplo a ultima do Reich, confundem «autorização» e «concessão». Na verdade onde ha concessão ha autorização, mas onde ha autorização póde não haver concessão. A autorização depende de uma autoridade competente, é uma figura juridica de simples consentimento que não origina direitos especiaes como a figura juridica da concessão. Autorização é o que Fleiner chama outorgar uma concessão propriamente dita ⁽¹¹⁾. O phenomeno juridico da concessão, ao contrario, se obtem por um acto unilateral da soberania do Estado, por um decreto. O concedente outorga ao concessionario um direito publico subjectivo para estabelecer e explorar uma determinada empresa ⁽¹²⁾. Aqui, vê-se, a subtileza da differença de termos. Na concessão a protecção legal é bem maior, vae alem do simples consentimento porque cria direito «sui generis». Na concessão, o direito dos particulares — e são tantos os exemplos no Brasil após o movimento revolucionario de 1930 — esta protegido mesmo contra actos razoaveis do Estado na defeza, vamos dizer, de um direito publico. E, em caso de intervenção, de reconhecimento, o que póde haver na realidade, de um erro de concessão, o Estado se vê obrigado a indemnizar os concessionarios, pelos possiveis danos que possam vir a ter ou que tiveram, em vista do estipulado em contracto, lavrado anterior-

⁽¹¹⁾ «A legislação japoneza emprega largamente o termo "kyoka" com o qual designa indifferentemente concessão e autorização (Oda — DROIT ADMINISTRATIF DU JAPON — pg. 79). Porem, a palavra autorização tem em D. Administ. dois sentidos. No primeiro significa apenas outorga de competencia especial. No segundo é o acto pelo qual se permite ao particular exercer actividade que a lei declara» (Masagão—ob. cit.—pgs. 8—9).

⁽¹²⁾ Fleiner—ob. cit.—pg. 279.

mente. Tal modo parcial de interpretação deveria ser afastado sempre que se tratasse de um interesse publico de maior monta. E é o que se vae fazendo nas legislações em reforma da Russia, da Italia, da nova Alemanha, se bem que a figura da «concessão», seja mais uma commum autorização para o particular agir em nome do Estado, unico poder absoluto (13). A concessão tem por objecto bens de uso que devem ser protegidos e salvaguardados. A concessão não afasta o caracter publico de um determinado serviço.

III) O significado da palavra «concessão» por si só não basta para revelar o phenomeno. Theoricamente tem dado motivo a discussões variadas de consequencias funestas em vista dos seus effeitos juridicos. Ainda que não pareça, o phenomeno da «concessão», apresenta-se sempre, debaixo de uma mesma e unica physionomia, dando á mostra, a figura «juridica» da concessão. E essa figura exterioriza-se, torna-se palpavel, real, evidente quando, por um acto publico administrativo de autoridade governamental se criam, direitos novos e especiaes, a favor de certas e determinadas pessoas, juridicas ou physicas, entidades collectivas ou não. A concessão cria e reforma direitos (14),

(13) «Na concessão de estradas de ferro se patenteia que o concessionario constitue na realidade uma peça da administração publica». Exemplo: — O concessionario não se pôde oppôr a uma ordem legitima da autoridade que obriga a empresa privada de uma estrada de ferro colocar em circulação novos trens no interesse do serviço postal. (Fleiner — ob. cit. — pg. 281). No, entanto paga o Estado indemnização se exigir. Qualquer iniciativa de melhoria acarreta indemnização por estarem sendo violados principios desaparecidos de Direito Publico.

(14) Santi-Romano, define: — «Chama-se concessão administrativa o negocio de Direito Publico que cria para o individuo um direito antes inexistente». Que revoga tambem, diremos nós, velhos direitos em favor de novos direitos, que substitue contractantes velhos por novos contractantes.

estabelece restricções, elabora nórmas de conducta a serem observadas por ambas as partes contractantes. Sabemos que o Estado não póde nem sempre praticar actos de extra-administração. Por isso, quando declara direitos o que elle deve, como na questão da concessão, é ficar de sobreaviso, é declarar direitos com restricções, para que mais tarde não fique impossibilitado de oppôr barreiras a casos, que se hontem eram plausiveis e justissimos, hoje escondem, abominante accôrdo desvirtuador mesmo das funcções superiores do Estado. Quando o governo póde, independente de particulares, ter uma iniciativa, é sempre melhor collocar-a em pratica sem transferir seus direitos a particulares, onde predomina o espirito de avantajamento commercial. Aceitando uma determinada concessão, fica o concessionario obrigado a ordenar o negocio, com vantagens proprias está claro, porque parte a concessão como sabemos de um contracto que significa accôrdo de partes, entendimento. A figura juridica da concessão — ao contrario do que se dá — deveria ir até a execução da obra ou do serviço uma vez que se trata do interesse publico, sem visar locupletação, applicação de capitaes para juros formidaveis. O término do serviço deveria trazer o desaparecimento do accôrdo, logo do contracto. Não esqueçamos, que o concessionario em accôrdo de vontades com o Estado nunca age em proveito do Estado, mas em proveito proprio. Se houver danos ou prejuizos indirectamente soffre o Estado. Isso porem não impede que em caso de lucro, o concessionario seja o unico a ganhar, tal como acontece communmente entre nós, onde companhias concessionarias estrangeiras, enviam para fóra do territorio nacional, lucros que equivalem certamente, a 10 (dez) vezes mais que o capital invertido.

IV) Não é logico que o Estado deixe de favorecer ao concessionario quando é este, dirá muita gente, que irá soffrer em caso de fracasso as perdas que ocorrerem. Tambem não é logico, diremos nós, que o Estado, representando as massas populaçonaes, deixe de auferir lucros quando o concessionario retira, do capital que applicou, juros que muitas vezes ultrapassam a esse capital, excedem. Ninguem nega a necessidade do Estado offerecer ao concessionario os poderes uteis para exercicio competente de suas actividades. Seria melhor, porem, não tenhamos a menor duvida, que o serviço publico fosse feito directamentè em nome da administração geral do Estado. Nos capitulos seguintes firmamos melhor a nossa opinião.



NATUREZA JURIDICA DA CONCESSÃO

1) A concessão em si não é mais que a vontade unilateral do governo, de conceder a um dado individuo, as vantagens da exploração de uma determinada coisa (15). Otto Mayer assim não pensa, opinando que pela concessão, o Estado dá poder ao individuo de uma parte da administração publica. Não ha maior engano. Á ninguem pode o Estado ceder as regalias da administração. Falamos mais atraz em extra-admi-

(16) «A administração, quando contracta, ensina o abalissado professor da Universidade de Oviedo (Posada), não age considerando o particular como membro subordinado ao Estado e sim como pessoa substantiva que determina a sua vontade segundo o contracto» (Viveiros de Castro – TRATADO DE SCIENCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO – 1906 – pg. 198). O ministro Didimo da Veiga, refutou mais ou menos esse modo liberal de pensar, como mesmo diz Viveiros de Castro, dando o seu voto, quanto ao contracto para a execução das obras do porto do Rio de Janeiro, da seguinte forma: – «O Estado quando contracta não perde sua entidade de pessoa juridica de direito publico, do que se depreheende a sua faculdade de decretar a rescisão do contracto».

nistração que é o que o Estado concede a particulares. A concessão bem antes de ser um contracto já é um acto de Direito Publico. Seus effeitos, portanto, terão de ser publicos ainda que estabeleça direitos a favor de particulares. Partindo da soberania do Estado fica sujeita aos imperativos do Estado, á vontade da administração do interesse collectivo. A concessão — se não distanciarmos os vocabulos — não cria direitos e sim privilegios que não deixam de ser direitos uma vez que, só um individuo ou uma sociedade particular a quem foram esses privilegios conferidos, póde aproveitar delles com vantagens proprias (16).

II) Sem duvida, aparece a figura juridica da concessão em seu aspecto mais palpitante quando parte: — 1) de um acto administrativo, de um acto da vontade do Estado, do governo da sociedade; — 2) de um acto de direito privado onde se revela a vontade do particular. Estas duas vontades antagonicas, bastante ligadas entre si, formam o contracto de concessão que iremos estudar mais meticulosamente em lugar áparte. Os dois actos se fundem para produzir os mesmos effeitos: — o acto do Estado e o acto do particular (17).

(16) «Outros alegam que a concessão é acto de administração, d'onde a possibilidade de crear direitos para o concessionario, ainda que sob a forma de privilegios». (Mario Masagão — ob. cit. — pg. 35).

(17) «Mas as duas vontades manifestadas não se integram, não se fundem em um mesmo negocio juridico. Ellas estão impedidas disso, mercê da diversidade de suas naturezas» (Masagão — ob. cit. — pg. 40). «Acceitando a doutrina germanica da unilateralidade da concessão, mas não podendo admittir em face da realidade as consequencias que della dimanam quanto a vontade do particular que se obriga, Ranelletti, imaginou a theoria dos negocios juridicos unilateraes que não se fundem» (veja-se THEORIA GENERALE nos §§ 2—4 da Parte I) apud Masagão — ob. cit. — pg. 39.

III) Os nossos escriptores primam por querer distinguir obra publica de serviço publico no que se refere ao direito de concessão. Acho essa distinção por demais graciosa e anti-technica. Tendo em vista a natureza juridica da concessão tanto faz obra como serviço publico uma vez que o sentido legal e juridico da concessão não deixa de ser o mesmo. Se levarmos em consideração o aspecto juridico do phenomeno da concessão, os factos com que ella se manifesta juridicamente na realidade, veremos a insufficiencia dessa differenciação banal. Tanto para realizar uma obra publica como para realizar um serviço publico, póde o Estado lançar mão de identicos processos agindo directamente por meio de representantes ou de outro qualquer modo, offerecendo contracto de locação de serviços, etc. e obtendo resultados semelhantes. Depende — tanto o serviço como a obra — do estabelecido no contracto de concessão, e não da differenciação grammatical dos termos ou vocabulos⁽¹⁸⁾. É bom, porem, reconhecer que a palavra «serviço», exprime melhor o facto que o vocabulo «obra». É mais amplo, mais caracteristico.

IV) O caracter juridico da concessão parte de no primeiro plano, ser legitimo o direito do concessionario, como emanação authentica do direito do Estado⁽¹⁹⁾. Neste ponto somos intransigentes. Não cre-

⁽¹⁸⁾ Mario Masagão faz força em querer distinguir obra de serviço. Não o consegue, permanecendo num terrivel circulo vicioso — ob. cit. — pg. 17. Alcides Cruz é mais perspicaz. Abandona toda e qualquer idéa de distinção applicando indifferente-mente a palavra «obra», quando quer se referir a «serviço» (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pg. 213). No entanto, é preciso convir, «serviço» da maior sentido ao facto.

⁽¹⁹⁾ «A concessão autoriza o individuo ou empreza a occupar e usar o sello publico para um determinado fim e tempo

mos seja de necessidade a concessão para a exploração mesmo de objectos do interesse publico mediato ou immediato. Acreditamos nos resultados favoraveis de um monopolio comedido. Porque o monopolio não é acto de força, é consequencia de uma regularização juridica. Por isso é que não vae nem attenta contra a liberdade industrial⁽²⁰⁾. Ao Estado cabe julgar das possibilidades da concessão de direitos.

1) A CONCESSÃO COMO CONTRACTO.

V) Talvez não haja em materia administrativa ponto mais discutido, mais atacado e defendido, que esse do contracto que regula a concessão de serviços publicos. Existe ou não existe contracto de concessão? De que especie é esse contracto? Póde haver accôrdo contractual entre o Estado e particulares? Não ha duvida que o contracto existe, que ainda que seja a concessão mais um acto unilateral da administração ha tambem da parte do particular, direitos e obrigações.

VI) O poder da pessoa que concede, que cede um direito que lhe é proprio, é sempre mais fórte, predominante. Nessa situação encontra-se o Estado.

certo. O direito do concessionario é pois, uma emanação do Direito do Estado» (Astolpho Rezende, apud Noé Azevedo — OS INTERDICTOS POSSESSORIOS E AS SERVIDÕES DOS CONCESSIONARIOS DE SERVIÇOS PUBLICOS — pg. 33). Este é um ponto que convem examinar com cuidado. Poderá o Estado romper com o individuo a quem concedeu direitos? O individuo exorbitando de suas funcções de méro agente da administração publica deve perder os privilegios especiaes que a lei lhe concedeu? Do contrario o Estado é que fica em dependencia.

⁽²⁰⁾ Fritz Fleiner — INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO — pg. 277.

Como é possível então em vista da desigualdade das partes haver accôrdo justo, contracto licito? Eis aqui um tipo especial de contracto. É o Estado facultando ao individuo pela concessão, parte da extra-administração publica (21). O acto de poder do Estado amplia-se, indo lá fóra proteger o direito (ou privilegio) que concedeu ao particular como se fóra direito proprio ou melhor, emanação desse referido acto de poder, acto de imperio do Estado (22).

VII) Grande numero de doutrinas a respeito do assumpto negam existencia de contracto no phenomeno da «concessão» (23). Vimos que existe accôrdo de vontades entre o Estado e particulares. Sem accôrdo não ha concessão propriamente dita. Esse accôrdo por sua vez, estabelece condições, logo relação de ordem juridica. Estado e individuo interpenetram-se para o mesmo fim, tomam attitudes identicas conforme

(21) Chamamos *extra-administração* tudo quanto foge ao organismo director do Estado apesar de regular materia de interesse publico.

(22) Ver Fleiner — LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND.

(23) Alcides Cruz abriu a discussão entre nós, assentando: «Não é um contracto, porque toda concessão em direito publico é um acto administrativo cujos principios lhe são applicados, em conformidade do seu conteudo. Tal como todo acto administrativo, a concessão: 1) só póde emanar de autoridade que tenha competencia para isso; 2) cria uma situação juridica para o concessionario, traduzida nos direitos que esse começa a usufruir e nas obrigações correspondentes, ás quaes se submeteu em virtude da acceitação da concessão; 3) só produz effeitos depois da notificação ao interessado» (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pg. 232). É de admirar a falta de melhor observação em Alcides Cruz. Qual então a garantia do Estado e principalmente da pessoa concessionaria. Uma coisa, feita assim, sem mais nem menos, e dependente de um acto administrativo não offerece garantias.

a vontade que os impele (24) «É assim que ambas as partes se constituem reciprocamente credoras e devedoras de prestações. A ambas competem vantagens que para cada uma, está na equipolencia de prestações feitas á outra. E essas prestações são actuaes, ou, embóra futuras, esperadas como certas. Do *duorum in idem placitum consensus*, em taes condições se depreheende, typicamente, a existencia de um contracto oneroso, sinalagmatico e commutativo» (25).

2) A CONCESSÃO COMO CONTRACTO DE DIREITO PRIVADO.

VIII) Contracto, para nós, é regularização legal das relações entre a administração e o particular. Sem um contracto, sem uma prova do accôrdo de vontades entre o concedente e o concessionario, não seria possível haver puro character juridico, na figura singular da concessão. A simples autorização ou permissão cria situação embaraçosa ao concessionario, não favorece naturalmente o desenvolvimento do negocio, ao passo que, a existencia de um contracto em fórmula, delinêa a conducta e a actividade, do concedente e do concessionario, em relação do objecto a ser explorado.

IX) A existencia de contracto supõe a necessidade de igualdade de condições. Como não é concebível o individuo subir até o Estado e identificar-se com elle, acham os adeptos do contracto de concessão

(24) Dizem uns que o contracto supõe discussão das respectivas clausulas, e que esse requisito não apparece na concessão, cujas condições são prefixadas pelo concedente, e não podem ser discutidas. Mario Masagão traz a claro toda essa inutil discussão de maneira nova e intelligente. (ob. cit.—pgs. 33—34.)

(25) Masagão — ob. cit. — pg. 42.

como genuino contracto de Direito Privado, que o Estado, deve abandonar a sua esphera publica de acção, equiparando-se ao individuo na esphera do Direito Privado (26). É absurda, anti-logica, essa doutrina. Dizer que a figura do contracto pertence ao ramo do Direito Privado, nada temos a oppôr. Querer que a figura da concessão seja peculiar ao Direito Civil, tambem, nada temos a oppôr. Querer, porem, igualar o Estado ao individuo, querer, contra todo progresso nesse sentido do pensamento juridico, restringir o Direito Publico para dar maior amplitude ao Direito Privado com o simples fim de provar, que o contracto de concessão é um contracto de Direito Privado, não ha maior heresia. O contracto de concessão é especial, distincto, differente, «sui-generis», mesmo dentro do Direito Civil, como escreve Dalloz. É uma verdade que entra pelos olhos (27).

X) Exista direito real no phenomeno da concessão, simples autorização ou permissão, exista estipulação ou não, seja civil, commercial, privado o contracto regulador da concessão, o Estado é que deve, em vista do enunciado «concessão de serviço publico», dar solidez a esse contracto, dar indole, dar espirito. Tambem não existe contracto de direito mixto. O individuo é que deve ter uma missão social, viver em funcção do Estado e não o Estado em funcção do individuo. Só porque no contracto de concessão existe a vontade de um concedente e de um concessionario, não se queira crear um contracto de direito mixto em

(26) Masagão — ob. cit. — pg. 42.

(27) Por isso, estou certo, é bem melhor afastar todos os «porques» dos que pensam o contrario. Não queremos sahir do fim que temos em vista desde o começo desse trabalho. Seria diffultar.

oposição a todas as regras geraes de Direito (28). O contracto de concessão não á plausivel no Direito Privado, não se explica em tal lugar, é figura do Direito Publico (29).

3) A CONCESSÃO COMO CONTRACTO DE DIREITO PUBLICO.

XI) Sem evidenciar a finalidade que o contracto de concessão tem em vista, sem tornar claras as relações de ordem juridica, que se estabelece entre o concedente e o concessionario, é impossivel tomar orientação que satisfaça totalmente. O contracto no modo porque é entendido e sempre o foi, é quasi comprovante mesmo da existencia do Direito, que o tem cedido, mais ao Direito Privado que ao Direito Publico em virtude de exigencias de caracter particularista. O contracto existe tanto no Direito Privado como no Direito Publico, no campo administrativo como na esphera do Direito Internacional Publico ou Privado. Não se diga que a vontade do particular se annulla em opposição á vontade do Estado. O contracto é de pessoa para pessoa, ambas com capacidade de representação juridica, contractual. «A concessão é pois, um contracto de Direito Publico. E, como seu objecto, seus fins, sua alçada concernem ao funcionamento de um serviço da administração, esse contracto se rege

(28) São em maior numero os defensores do contracto de Direito mixto: Gogliolo, Orlando, etc. Entre nós o prof. Cardoso de Mello Neto.

(29) Fleiner mostra que se deve encarar mais profundamente o assumpto, sahir da superficie (ver INSTITUCIONES — PRINCIPES).

pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Publico»⁽³⁰⁾. Não podemos abstrair da finalidade.

4) NATUREZA JURIDICA DOS CONTRACTOS ADMINISTRATIVOS.

XII) O que vimos é que a concessão lucta por assegurar o funcionamento de um serviço publico⁽³¹⁾. Por esse motivo só, ella sahe do plano privado para integrar-se no plano do Direito Publico. E, que existe um vinculo juridico entre as partes, vinculo esse contractual. Dahi, parte a serie de obrigações e direitos estipulado no accôrdo de vontades existente, já anteriormente, á sua objectivação, o contracto tal qual elle existe⁽³²⁾. E vimos «que a subordinação do concessionario ao Estado, a sua integração, embóra sob fórma autonoma ao organismo administrativo, importa evi-

⁽³⁰⁾ Masagão—ob. cit.—pg. 50. «A idéa de contracto, diz Oda, não varia no Direito Publico. É somente pela differença dos effeitos juridicos, que as partes teem em mira, que o contracto do Direito Publico se destingue do de Direito Privado. Um accôrdo de vontades entre a administração e os administrados, ou entre as proprias entidades administrativas, afim de obter um effeito juridico de Direito Publico — é um contracto de Direito Publico» (LE DROIT ADMINISTRATIF DU JAPON — apud Masagão—ob. cit.).

⁽³¹⁾ Gaston Jêze é da mesma opinião (DROIT ADMINISTRATIF).

⁽³²⁾ «O que caracteriza a natureza juridica do vinculo contractual é que por elle cada uma das partes adquire em relação á outra o direito ás obrigações por esta pactuadas, não podendo uma das partes sem a aquiescencia da outra, modificar os termos em que se traduzir no contracto, o estado de equilibrio entre os seus interesses (Francisco Campos — PARECERES — pg. 130).

dentemente em lhe conferir direitos e prerogativas, que só o Estado pôde gosar» (33).

XIII) A natureza do contracto administrativo em sua essencia não pôde fugir a esse espirito. O serviço publico, pertencente a extra-administração, é parte da actividade administrativa geral (34). O direito não oferece duvidas quanto á existencia de vinculo contractual, no phenomeno da concessão. «A Concessão — diz Jèze — contém cinco elementos essenciaes: — 1) é um contracto administrativo propriamente dito; 2) tem por fim a exploração e o funcionamento de um serviço publico; 3) a exploração é realizada, assumindo o concessionario os respectivos riscos; 4) a remuneração consiste no direito do concessionario de perceber em seu beneficio e do publico uma taxa fixada pelas tarifas, durante todo periodo da concessão; 5) a concessão é um contracto a prazo longo» (35).

XIV) Gaston Jèze, que acabamos de citar, creou famosa theoria a respeito dos contractos administrativos. Para o professor francez (36) o accôrdo de vontades é imprescindivel uma vez que, vem objectivar uma obrigação juridica entre as partes contractantes.

(33) Themistocles Brandão Cavalcanti — INSTITUIÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO — pg. 254).

(34) «O serviço publico é uma porção nitidamente determinada da actividade administrativa e destingue-se da actividade administrativa geral, por sua autonomia» (Pontes de Miranda — COMENTARIOS Á CONSTITUIÇÃO — pg. 417).

(35) Apud Themistocles Cavalcanti — ob. cit. — pg. 269.

(36) O nosso parecer diz que Jèze afasta-se muito do direito francez em materia de concessão. As modernas theorias sobre o assumpto afastam-se quasi totalmente da escola franceza, um tanto atrazada pelo seu excessivo dogmatismo liberal. Poderiamos colocar Jèze ao lado de Otto Meyer ou Fritz Fleiner, com restricções (ver LES CONTRATS ADMINISTRATIFES).

Ha uma submissão relativa dos contractantes ao interesse colectivo geral, ao direito publico. O concessionario em virtude dessa submissão abstem-se de seus direitos exclusivistas adquirindo assim, nova situação juridica.

XV) Hauriou⁽³⁷⁾ e Duguit⁽³⁸⁾ ficam mais na superficie, não avançam tanto quanto Jèze. Para Hauriou simplesmente a feição do contracto é que é administrativa. Duguit, velho inimigo das formulas do Direito Privado, crê que todos os contractos não fogem a um mesmo sentido. «O contracto é uma determinada cathegoria juridica. Não ha mesmo uma funda differença entre um contracto civil e um contracto administrativo. Ce qui donne á un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue du quel il est fait»⁽³⁹⁾. A existencia de um contracto administrativo provem da finalidade do proprio contracto. O mesmo se dá com o contracto civil ou commercial. O que especifica o contracto commercial é a sua finalidade commercial. O que caracteriza o contracto administrativo é o fim publico, que tem em vista regulamentar. A finalidade é que traça a competencia dos tribunaes. Sem duvida é bastante pratica a concepção de Leon Duguit.

XVI) Os allemães nessa materia são mais realistas que os francezes. Dão significado juridico e social ao phenomeno da concessão. De todos elles Fleiner, o mais moderno, é o mais arguto. Fleiner crê com razão que ao Estado não interessa o caracter privado

(³⁷) Ver PRÉCIS DU DROIT ADMINISTRATIF.

(³⁸) Ver TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

(³⁹) DROIT CONSTITUTIONNEL.

de um contracto, muito menos ainda o character privado de um contracto de serviço publico. E diz bem, porque muitas vezes o Estado, sente a necessidade de uma acção unilateral, para impedir que se cumpram contractos que, longe de attingirem o fim que tiuham em conta, tornam-se insufficientes, perniciosos.

*
* *

CONCLUSÃO

I) Existe como vemos contracto, no acto administrativo de conceder privilegios ou direitos de exploração e funcionamento de um serviço publico.

II) Esse contracto, conforme demonstramos, é de Direito Publico em vista da sua finalidade especial. E que ha contracto em Direito Publico como em Direito Privado, em Direito Commercial, Civil ou Internacional.

III) A concessão de serviços publicos suppõe logo, a existencia independente de um contracto oneroso, sinalagmatico, de Direito Publico.

Curityba, 24/9/36—29/9/36.