

## CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA NATUREZA JURÍDICA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA CONCESSIONÁRIA

CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO  
Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.  
Professor de Direito Comercial da Faculdade Mineira  
de Direito da Universidade Católica

1. Significado da palavra concessão. — 2. Diferença entre autorização e concessão. — 3. e 4. Serviço Público: conceito. — 5. Fornecimento de energia elétrica e serviço público. — 6, 7, 8 e 9. Conceito de concessão e sua natureza jurídica. — 10. Natureza jurídica da concessão de fornecimento de energia elétrica. — 11. Relação jurídica entre o concessionário e seus empregados. — 12. Possibilidade do mandado de segurança contra o concessionário. — 13. Sujeito ativo. — 14. Desnecessidade da participação do concedente no processo de mandado de segurança.

1. A palavra concessão é empregada em várias acepções, embora, no Direito Administrativo, signifique, especialmente, uma delegação de serviço público por parte do Estado ao particular.

BLONDEAU, citado por TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, ao estudar o assunto, admoesta: “a palavra concessão não designa somente uma forma de organização e de funcionamento dos serviços públicos, nem um processo particular de execução dos trabalhos ou obras públicas. É empregada para designar certas ocupações privativas do domínio público pelos particulares: fala-se, assim, correntemente, em concessão de ocupação do domínio; muitas vezes, mesmo usando de uma terminologia criticável, empregada, aliás, pelo próprio legislador, fala-se em concessão da beira-mar ou das margens dos rios navegáveis ou flutuáveis. As concessões sobre cemitérios fazem parte dessas

formas de ocupação. Usa-se da palavra concessão para designar a outorga do direito de explorar certas indústrias, sujeitas ao controle do Estado, como as minas. Incluem-se, sob esta rubrica, verdadeiras vendas dos bens dominicais: assim, as concessões dos acrescidos de marinha (diríamos, entre nós, marinhas)...” (1).

Empregamo-la em seu sentido técnico, exprimindo delegação da execução de serviço público.

2. Devemos, inicialmente, distinguir entre autorização e concessão a fim de evitar a confusão comum entre os leigos e mesmo entre os doutos da matéria.

Na autorização, o interessado já tem, anteriormente ao ato da administração, o direito de exercer a atividade em questão, dependendo apenas de certas condições prescritas nos regulamentos, enquanto, na concessão, há uma atribuição por parte da administração a uma pessoa física ou jurídica, mas de direito privado, para executar determinado serviço público.

Leciona OTTO MAYER: “ainsi, la concession présente une certaine ressemblance avec la permission de police d’industrie. Dans cette dernière, il s’agit aussi d’une activité que l’individu va exercer en son nom et pour son compte, mais d’une activité qui, par sa nature, pourrait être exercée en vertu de la liberté naturelle; la permission ne fait qu’écarter un obstacle opposé par la défense que la police avait établie dans la forme d’une règle de droit. La concession d’entreprise publique, au contraire, confère au concessionnaire quelque chose qui n’est pas censé être compris dans la liberté naturelle, un pouvoir d’agir dérivé de l’état” (2).

Também VITTA extrema, com clareza e precisão, o conceito de autorização e o de concessão: “l’autorizzazione può riguardare tanto l’esercizio di attività materiali quanto quello di facoltà giuridiche. Sotto il primo riflesso trovansi che talora il singolo non può fare uso della libertà materiale o della proprietà, che della libertà è una conseguenza, senza il suddetto intervento dell’a.p.; sotto il secondo riflesso il singolo, l’ente subalterno, non può concludere un negozio giuridico, se prima l’a.p. non lo ha a ciò abilitato. Nei risultati pratici l’autorizzazione, che permette l’esercizio di un diritto, non differisce gran che dalla concessione di cui par-

(1) TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, *Tratado de Direito Administrativo*, volume II, págs. 339/340.

(2) OTTO MAYER, *Droit Administratif*, vol. IV, pág. 153.

lerò più oltre, mediante la quale è attribuito ad un individuo o ad un ente un nuovo diritto: sembra infatti, p. es, che tanto valga non potere usare senza permesso della propria cosa, quanto non potere usare della cosa altrui se a ciò non vi sia un esplicito consenso. Tuttavia, dal lato giurico la differenza è profonda. Nel caso di autorizzazione il diritto subbietivo preesiste e normalmente si svolge in tutte le direzioni lecite e possibilità, tranne in quelle per le quali le norme hanno voluto il previo assenso dell'a.p.; nel caso di concessione invece niun diritto preesiste, nessuna attività può svolgersi, nessuna facoltà spetta, se non ne è fatta attribuzione coll'atto dell'a.p." (3).

Na autorização, a atividade, de cujo exercício depende a permissão, constitui um direito de todos os indivíduos, condicionado apenas a normas estabelecidas para todos em regulamento. Destarte, satisfeito este, a autoridade não a pode negar. Como assinala TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, "a autorização consistê, portanto, afinal, na ausência de qualquer restrição ao exercício de um direito, mas exige um ato expresso da autoridade, uma afirmação de que o direito pode ser exercido" (4).

Nosso Código de Águas, seguindo estes princípios, diferenciou a autorização da concessão. Regulando o aproveitamento das quedas d'água para a indústria de energia elétrica, tornou a lei obrigatória a intervenção do poder público, através:

- a) da autorização;
- b) da concessão.

Mas aquela, ato do Ministro das Minas e Energia não confere delegação de poder público ao permissionário (5), ao passo que as concessões, da competência do Presidente da República, importam poder público delegado ao particular concessionário (6).

É que, na primeira hipótese, há um serviço particular (7), enquanto que, na segunda, um serviço que deveria ser prestado ao povo pelo Estado (8).

Destarte, levando em consideração o Código de Águas, é indispensável a concessão:

- (3) CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 316.
- (4) TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, ob. e vol. cits. pág. 348.
- (5) Dec. n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 150.
- (6) Dec. n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 150 e segs.
- (7) Dec. n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 141.
- (8) Dec. n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 140.

a) para o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150Kw, seja qual for sua aplicação;

b) para o aproveitamento de energia destinada a serviço público, de utilidade pública ou ao comércio de energia, seja qual for sua potência, ocorrendo a autorização nos demais casos, salvo para o aproveitamento de quedas d'água de pequena potência e uso exclusivo do respectivo proprietário, nos termos do parágrafo 2.º, do artigo 139 do Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934.

3. A execução do serviço público constitui, hoje, o principal dever do Estado. DUGUIT chega a considerá-lo como um dos elementos do Estado: "dans l'intérieur de la nation, dans la limite du territoire occupé par cette nation, les gouvernants, différencés des gouvernés et monopolisant la force, doivent employer cette force pour organiser et contrôler le fonctionnement des services publics. Ainsi les services publics sont un des éléments de l'État; et nous touchons en quelque sorte au point culminant de la conception de l'État que j'expose et qui se peut resumer ainsi: l'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants" (9).

4. A noção de serviço público varia de conformidade com a época e o governo de determinado país. Por isto é que encontramos serviços caracterizados em determinada época como públicos e que perdem este aspecto em outra.

Daí lecionar JÉZE: "a nuestro entender procede a averiguar unicamente la intención de los gobernantes en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate. Son única y exclusivamente servicios publicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés. El criterio personal del jurista que resuelve la dificultad es indiferente" (10).

- (9) LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. II, pág. 59.
- (10) GASTON JÉZE, *Derecho Administrativo*, pág. 290.

Todavia, a tendência do Estado moderno é no sentido da ampliação da área ocupada pelo serviço público.

Em consequência desta orientação, BILAC PINTO proclama que as características do serviço público passaram a ser: "1.<sup>a</sup>) — a de que a atividade seja de importância primordial para o grupo social e vise a assegurar a satisfação de uma das suas necessidades essenciais; 2.<sup>a</sup>) a de que a iniciativa privada seja inadequada para o seu exercício, quer porque não deseje exercê-la, quer porque a exercerá de modo contrário ao interesse geral" (11).

5. Dúvida, porém, não resta de que, em todos os países, a produção e fornecimento de eletricidade é considerado serviço público.

Realmente, do suprimento de energia elétrica depende o bem-estar das populações, quer levando-se em conta apenas o fornecimento às ruas e casas, seja à indústria. Sob todos os aspectos a se encarar a questão, econômico, social, financeiro e jurídico, é de todo o interesse da coletividade que a indústria de energia elétrica fique sob o controle do Estado. De fato, como assinalaram os engenheiros FRANCISCO MONLEVADE, PLÍNIO QUEIROZ e ANTÔNIO CARDOSO, "nas indústrias fundamentais — a agrícola, pastoril, extractiva e manufatureira — em todas as suas ramificações, a energia elétrica é a base da produção econômica e em grande escala das riquezas; na indústria dos transportes que, aproximando o produto do consumidor, faz circular essas riquezas, a eletricidade, barateando o custo desses transportes e tornando-os mais rápidos, vem alargar mais ainda o raio de ação dos mercados e a atividade do seu comércio; na utilização dessas riquezas é sempre a energia elétrica que, transformando-se nas suas múltiplas aplicações, em energia mecânica, térmica, química e luminosa, permite o funcionamento dos mais variados aparelhos inventados para o benefício coletivo e individual; e, finalmente, é ainda a eletricidade que, nas suas aplicações, por assim dizer sociais, desempenha o papel predominante na vida civilizada dos nossos dias, já fornecendo o movimento, a iluminação, os meios de comunicação, de transmissão da palavra e até da visão a enormes distâncias, já nas suas apli-

(11) BILAC PINTO, *O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*, in *Rev. Forense*, Rio, vol. 146, pág. 9.

cações à medicina, contribuindo para diminuir o sofrimento humano" (12).

Da ampliação da intervenção do Estado no campo de atividade, principalmente, econômico, surgiu o instituto da concessão que, no dizer de BILAC PINTO, "consiste no ato de confiar a Administração, durante certo prazo, a gestão de um serviço público a um empresário privado, pessoa física ou jurídica, que se torna um colaborador da Administração, a cujo controle fica submetido, no que diz respeito à qualidade, à extensão do serviço e à sua remuneração" (13).

Na verdade, utilizando-se da concessão, o Estado presta um serviço público sem ter necessidade de inverter recursos do Tesouro. O serviço é e continua sempre a ser de atribuição da administração pública, que, apenas, delega ao particular sua execução. O concessionário executa, pois, o serviço *nomine proprio*, mas por delegação da entidade administrativa.

Daí a conclusão: os serviços, embora públicos, são executados por uma empresa privada, pois a concessionária, sobre exercer uma atividade pertencente ao Estado, fá-lo em nome próprio e por conta própria.

6. A natureza jurídica deste instituto tem suscitado as mais vivas controvérsias, e entre as diferentes doutrinas que procuram explicar seu regime jurídico e legal, destacam-se:

- a) a que vê na concessão um contrato de direito privado;
- b) a que sustenta ser um ato unilateral do Estado;
- c) a que entende ser ato complexo, contratual e regulamentar;
- d) um contrato de direito público.

Entre nós, não faltam os defensores da teoria privatista, imbuídos da tradição, do império e do conceito clássico do contrato.

Os partidários desta corrente publicam que, sendo o contrato um instituto de direito civil, a concessão, ato de que participam,

(12) FRANCISCO MONLEVADE, PLÍNIO QUEIRÓS e ANTÔNIO CARDOSO, in *Boletim do Clube de Engenharia de São Paulo*, de 1929.

(13) BILAC PINTO, ob. e vol. cit., pág. 11.

de um lado, o Estado, e do outro, o particular, deve ser regulada pelas normas fixadas pela lei civil para resolver suas relações jurídicas.

Apóiam-se no parecer de DUGUIT, que não entende o contrato fora dos quadros do direito privado: “falar de contrato de direito privado e de direito público é falar de coisas que não existem; e, em consequência, não se podem opor, como tampouco, pelas mesmas razões, não se pode falar de atos de gestão e de atos de autoridade, e opor uns aos outros. Existem contratos realizados pelo Estado e atos executados por êle que não são contratos, porém opor os contratos de direito público aos contratos de direito privado é dar aparência jurídica mais ou menos hábil pela qual os detentores do poder têm procurado freqüentemente subtrair-se a compromissos regularmente contraídos. É preciso, de uma vez por tôdas, afastar da linguagem do direito estas expressões: contrato de direito privado e contrato de direito público; e falar apenas de “contrato” (14).

Os que encontram na concessão um contrato de direito privado, colocam ambas as partes — Estado e particular — no mesmo pé de igualdade e a reger-se pelo disposto na convenção.

É a lição de RUI BARBOSA, em parecer emitido em 1900: “não há dúvida nenhuma que a concessão principia por um ato de autoridade, por um ato de império; êsse o seu caráter no tocante à seleção do concessionário e à deliberação das vantagens, dos favores, dos privilégios, que se lhe outorgam. Mas, desde que assume regularmente a forma ordinária de uma convenção escrita, com direitos e deveres mútuos, a figura administrativa da concessão desaparece na figura civil do contrato”. (15)

E, na página seguinte, conclui seu pensamento: “celebrado, pois, o contrato, que ultima a concessão, não há, daí em diante, nas relações provenientes daquele fato, senão duas partes, cujos deveres e direitos recíprocos são os do instrumento do acôrdo individual. A todos êsses direitos, a todos êsses deveres, precede e domina, como garantia comum, de lado a lado, a renúncia, por parte de ambos os contraentes, à sua liberdade, no que fôr incompatível com a observância do pactuado”.

(14) LÉON DUGUIT, ob. cit., vol. III, pág. 403, n.º 80.

(15) RUI BARBOSA, *Obras Completas*, vol. XXVII, tomo II, pág. 78.

7. Esta teoria, nascida no século XIX, sofreu, nesse mesmo século, seu primeiro impacto com o aparecimento na Alemanha da doutrina do ato unilateral. Resume-a, com fidelidade, FRITZ FLEINER: “o contrato supõe que as partes estejam colocadas em igual plano. Portanto, só há margem para o contrato quando, segundo a lei, a vontade de cada uma das duas partes tem igual valor jurídico para conseguir certo resultado em direito. Porém, isto não ocorre nos exemplos citados: ao estabelecer a situação do funcionário, a naturalização do estrangeiro, o resgate da ferrovia, a vontade do Estado permanece como vontade predominante. Embora, nos assuntos referidos, o consentimento do particular seja parte integrante do negócio e sua falta possa anular todo o ato, êste continua sendo uma ordem unilateral. Só se pode falar de contrato se a vontade de cada uma das partes possui a mesma fôrça jurídica para a formação da relação jurídica, e, como temos demonstrado, isto não ocorre geralmente com as relações de direito público, porque estão reguladas unilateralmente por vontade do Estado.

A maioria dos atos administrativos chamados contratos de direito público são ordens unilaterais, cuja legitimidade está afastada do consentimento do interessado” (16).

8. GABINO FRAGA, depois de criticar as duas primeiras doutrinas, proclama assentar a concessão em ato misto, composto de três elementos: um regulamentar, um ato-condição e um contrato.

Embora longa, sua exposição merece transcrita: “el acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio, bien sea incluyendo dichas normas dentro del mismo acto de la concesión, bien haciendo una remisión a las normas establecidas de antemano o las que en lo sucesivo se establezcan por las leyes y reglamentos. La organización del servicio comprende todas las normas técnicas necesarias para el manejo del mismo y que son idénticas a las que se dictarian si el servicio en vez de ser concesionado fuera administrado directamente por el Poder público. Dentro de este primer elemento de la concesión, quedan comprendidas las disposiciones referentes a horarios,

(16) FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, págs. 155 e 169, n.º 13.

tarifas, modalidades de prestación del servicio, derechos de los usuarios. Teniendo el carácter de un acto reglamentario este primer elemento de la concesión, la Administración puede variarlo en cualquier instante, de acuerdo con las necesidades que se satisfacen con el servicio, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, pues no se trata de modificar una situación contractual. No quiere esto decir tampoco que la libertad que el Estado tiene para modificar el acto reglamentario incluido en la concesión, signifique la posibilidad legal de que dicha modificación se haga sacrificando el interés del concesionario. Este tiene derecho a que se le mantengan dentro una situación financiera especial por virtud de otro elemento de la concesión de que en seguida vamos a tratar: el elemento contractual. Según BONNARD, las razones que han conducido a admitir la parte reglamentaria en el acto de concesión, consisten en que, como el servicio concedido sigue siendo un servicio público, es necesario reglamentar su organización y funcionamiento y en que como la Administración tiene en principio el poder de fijar unilateralmente la organización y funcionamiento del servicio no puede renunciar a este poder unilateral, aun cuando conceda la explotación del servicio (op. cit., pág. 551). De acuerdo con el mismo autor, el segundo elemento de la concesión, el acto-condición, es una consecuencia necesaria y forzosa de la parte reglamentaria, puesto que los poderes y obligaciones que la ley atribuye al concesionario, como son, por ejemplo, las facultades de expropiar, de gozar de ciertas franquias fiscales, de ocupar tierras nacionales, etc., requieren para su aplicación un acto intermedio, que es precisamente el acto de concesión, el cual viene así a condicionar la atribución a un caso concreto de la situación prevista por la ley (op. cit., pág. 551 y s.).

Finalmente, existe en la concesión un tercer elemento cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración" (17).

9. Finalmente, a doutrina e a jurisprudência dominantes definem a concessão como um contrato de direito administrativo.

O fato de haver, na concessão, cláusulas ditadas por lei preexistente não a afasta dos princípios informadores do contrato, já

(17) GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, págs. 390/391.

que sua existência e obrigatoriedade dependem do acôrdo de vontades do poder concedente e do concessionário.

Apadrinha nossa opinião TEMÍSTOCLES CAVALCANTI: "a teoria da concessão como contrato de direito público é a mais lógica e de acôrdo com a realidade. A natureza contratual da concessão se nos afigura manifesta porque a sua existência e obrigatoriedade decorrem de uma dupla manifestação da vontade, do poder concedente e do concessionário. É indispensável, assim, o acôrdo de vontades. Pouco importa que haja cláusulas obrigatórias, decorrentes de normas gerais e impessoais, ditadas pela lei, preexistentes, e às quais se acham subordinadas as autoridades administrativas na estipulação das cláusulas contratuais" (18).

A opinião adversa advém dos que tomam a espécie — contrato de direito privado — pelo gênero contrato. No domínio do direito civil há institutos que, por sua natureza, não são de direito privado, mas de direito geral. E entre êstes se encontra o contrato, que, no dizer de POTHIER, é uma espécie de convenção. E convenção é o consentimento de duas ou mais pessoas para formar um compromisso.

Daí haver MIGUEL ANGEL BERÇAITZ ensinado que "el contrato no es una figura jurídica exclusiva del derecho privado. Existe también el de derecho administrativo, con elementos comunes al contrato de derecho privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio" (19).

E o contrato administrativo, impregnado das normas de direito público, não poderia reger-se pelos princípios informadores do direito civil, porque, se tal ocorresse, como assinala TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "não existiria esta categoria especial de contratos cujas normas são geralmente ditadas pelo Estado, e que se regem por princípios especiais que o particular aceita, quando assume as obrigações contratuais" (20).

É preciso levar em consideração que "la concesión es un servicio público propiamente dicho y no una empresa particular importante, fiscalizada por la Administración pública. Esta idea ca-

(18) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ob. e vol. cit., pág. 356.

(19) MIGUEL ANGEL BERÇAITZ, *Teoria General del Contrato Administrativo*, pág. 108, n.º 62.

(20) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ob. e vol. cit., pág. 313.

pital se traduce en la fórmula de que siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados” (21).

Portanto, a organização do serviço concedido pertence exclusivamente às autoridades públicas, que a podem modificar, segundo as exigências sociais ou econômicas do momento, e o único direito que tem o concessionário é o de que as alterações não perturbem o equilíbrio financeiro da empresa, ou, como diz BONNARD, citado por GABINO FRAGA: “bajo la reserva de cita alea dejada a cargo del concesionario, la Administración se compromete a asegurar cierto beneficio al concesionario o al menos a no privarlo de él, sobre todo su poder unilateral de organización del servicio” (22).

Princípio este que já se encontrava consubstanciado no artigo 151 da Constituição de 1946, *in verbis*: “A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender à necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.

10. No ramo da eletricidade, o direito brasileiro resolveu a controvérsia doutrinária, filiando-se à corrente que vê na concessão um ato unilateral e regulamentar.

Acentua WALTER ALVARES que “a prova real da natureza jurídica deste instituto no direito positivo brasileiro é que, apesar dos textos legais, não há notícias de duas dezenas de novos contratos de concessão depois da tentativa com a Prefeitura de Tombos. O regime atual é o seguinte: satisfeitas pelo pretendente as condições exigidas pelo poder concedente, é-lhe outorgada concessão por decreto, onde se estabelece que obedecerá a todos os dispositivos legais e atos do poder público. É verdade que o decreto fala em assinar contrato de concessão, em prazo marcado, mas esses contratos não existem” (23).

(21) GASTON JÈZE, ob. cit., pág. 328.

(22) GABINO FRAGA, ob. cit., pág. 398, n.º 250.

(23) WALTER T. ALVARES, *Direito da Eletricidade*, vol. II, pág. 361, n.º 398.

11. O serviço prestado, sob o regime da concessão, é sempre público, mas, pôsto o concessionário o exerça por delegação do Estado, fá-lo em nome próprio.

Por isto seus empregados não são funcionários públicos, restando-se suas relações por contrato de trabalho do tipo das empresas privadas. Os empregados, assim, estão sujeitos aos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. Esta a lição de WALINE: “les ouvriers, employés, ingénieurs, etc., au service du concessionnaire ou d’une société nationale, ne sont pas des fonctionnaires. Donc, rien de ce qui a été dit plus haut des avantages de carrière, — de la compétence, de la responsabilité des fonctionnaires, etc., ne s’applique à eux. Leurs rapports avec le concessionnaire sont régis par le droit privé, leurs litiges avec le concessionnaire sont de la compétence des tribunaux judiciaires (conseils de prud’hommes), ils sont soumis au droit commun en ce qui concerne le droit syndical, — etc.” (24).

No mesmo sentido o Tribunal do Rio Grande do Sul: “Os agentes ou empregados de empresa concessionária de serviços públicos não são funcionários; não há relação jurídica entre eles e o poder concedente. A sua situação se rege pela legislação do trabalho, não sendo de se lhes aplicar os preceitos relativos aos funcionários públicos” (25).

12. Não havia dúvida, na doutrina e na jurisprudência, em face da Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, e do artigo 319 do Código de Processo Civil, de poderem os atos ilegais praticados pelo concessionário ser atacados por meio do mandado de segurança. Na verdade, quer o primeiro diploma legal, seja o segundo, explicitamente, dispunham: “também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e de pessoas naturais e jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação”.

Verifica-se, pois, ter o Código de Processo Civil, assim como a lei anterior que regulava o mandado de segurança, ampliado o conceito dos atos de autoridade.

(24) MARCEL WALINE, *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, página 348.

(25) *Revista de Direito Administrativo*, vol. 16, pág. 94.

A Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, deu ao dispositivo outra redação, ao dispor, no parágrafo 1.º do artigo 1.º, que “consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções”.

Substituiu-se a expressão “no desempenho dos serviços públicos” por “funções delegadas do poder público”, o que levou o Ministro NÉLSON HUNGRIA a firmar: “tenho para mim que, em face do § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 1951, já não se pode incluir entre as “autoridades” contra cujos atos cabe mandado de segurança os concessionários de serviços públicos. Já não se fala, como no § 2.º do art. 319 do Código de Processo Civil, em “pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos em virtude de delegação ou contrato exclusivo”. Somente se mencionam, agora, as “pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público”. Ao invés de serviços públicos, fala-se em funções públicas e, mesmo admitindo-se que estas compreendam aquêles, já não há referência alguma a serviços públicos contratados, o que exclui os que são objeto de concessão. Somente caberá mandado de segurança contra as pessoas naturais ou jurídicas que exercerem função ou serviço público por delegação legal, e não meramente contratual” (26).

O Supremo Tribunal, todavia, não o acompanhou e, a nosso ver, com razão. De fato, a modificação de “serviços públicos em virtude de delegação” para “funções delegadas” não trouxe nenhuma alteração, já que a expressão “serviço público”, de conformidade com os doutores, está compreendida nesta função pública.

Ensina BIELSA: “en principio, la función pública es lo abstracto y general, y el servicio público es lo concreto y particular. Entre las funciones del Estado son esenciales la defensa de la soberanía, la de asegurar la paz interior, la de promover el bienestar general, etc. La función es concepto institucional. El servicio público actualiza y materializa la función” (27).

GABINO FRAGA, que, em vez de serviço público, prefere a “atribuição do Estado” (28), escreveu: “intimamente relacionado com

(26) *Diário da Justiça*, de 17 de março de 1958, pág. 1182.

(27) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 153, n.º 45.

(28) GABINO FRAGA, ob. cit., pág. 23, n.º 13.

el concepto de atribuciones del Estado encontramos el de las funciones del mismo. En la práctica se usan indistintamente esos términos; pero ellos hacen referencia a nociones diferentes, por lo que es preciso darles su significación. El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma y a los medios de la actividad de Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones”... (29).

Função é o meio da atividade do Estado e, assim, a concessão, forma de executar um serviço ou uma função do Estado, está compreendida no parágrafo 1.º do artigo 1.º da Lei n. 1.533, de 1951, observe ou não a forma contratual. Objetivou a lei deixar claro estarem no âmbito do aludido parágrafo quaisquer delegações do poder público e não excluir aquelas que, embora delegações, viessem sob a roupagem de um contrato, como ocorre com a concessão.

WALTER ÁLVARES lembra que “o Tribunal de Recursos, no Mandado de Segurança n.º 1.723, deixou muito claro que cabe mandado de segurança contra ato do concessionário de serviço público”, porque “o serviço concedido acarreta ao concessionário obrigações regidas pelo direito público, entre os quais o tratar impessoalmente os indivíduos que reúnam determinadas condições”. Com efeito, “já não representa novidade o emprêgo da medida contra concessionários do serviço público de energia elétrica, e, mesmo na forma da Lei n.º 1.533, de 1951, as decisões são inumeráveis e pacíficas, como por exemplo, no recurso extraordinário n.º... 22.772, *D. J.*, ap. 62, pág. 1.182, de 17 de março de 1958; mandado de segurança n.º 2.527, Tribunal Federal de Recursos, *D. J.*, ap. 105, pág. 1.517, de 11 de maio de 1954; agravo n.º 5.311, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Minas Forense*, 12/13, 12/134; Supremo Tribunal Federal, *D. J.*, 15 de dezembro de 1958” (30), podendo acrescentar-se as decisões proferidas pelo Tribunal de São Paulo, na apelação n.º 35.134, de 27 de fevereiro de 1952, *Revista dos Tribunais*, 173/712; Tribunal de Recursos, na apelação n.º 55.709, de 8 de fevereiro de 1952, *Revista dos Tribunais*, 200/245; Supremo Tribunal Federal, recurso extraordinário n.º 17.888, de 27 de outubro de 1952, *Arquivo Judiciário*, 103/287;

(29) GABINO FRAGA, ob. cit., pág. 25, n.º 14.

(30) WALTER ÁLVARES, ob. e vol. cits., pág. 565, n.º 620.

mandado de segurança n.º 1.393, de 14 de janeiro de 1953, *Revista de Direito Administrativo*, 37/307.

13. Todavia, a natureza privada da empresa concessionária continua a mesma, de sorte que o mandado de segurança só é cabível contra os atos praticados como delegado da Administração, no desempenho de um serviço público, isto é, na parte que representa o próprio Estado. Daí ser sujeito ativo do mandado de segurança, no caso das concessionárias, o terceiro, utente do serviço, e não os sócios da empresa e seus empregados.

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, depois de apadrinhar nosso ponto de vista, com relação aos sócios da concessionária, faz a seguinte pergunta: “os empregados do serviço concedido poderão usar do mandado de segurança?” E responde: “A lei não distingue. Faculta o mandado contra ato da pessoa que desempenhe ou explore serviço público. Esse ato não é o do preposto ou empregado, é do serviço personificado, por quem legalmente o represente. Tanto pode concernir à exploração do serviço, isto é, ao modo de execução deste, como ao mecanismo da sua administração interna”.

A Côrte Suprema admitiu o mandado de segurança no caso de um ferroviário (advogado de partido) que o requerera em defesa dos seus direitos de empregado contra ato do superintendente da The Great Western of Brasil Railway Comp. Ltda. Reputou-o ferroviário. Não lhe reconheceu a qualidade invocada de funcionário público. Não entrou na apreciação do cabimento do *writ*; mas, denegando-o, parece tê-lo admitido (acórdão de 25 de novembro de 1936, relator Ministro PLÍNIO CASADO). Quer-me parecer que a regra geral a fixar é que, em se tratando de serviços administrados indiretamente pelo Estado (autarquias ou contratantes privados), o mandado de segurança está facultado contra os atos de tais entidades em benefício dos usuários do serviço.

Poder-se-á admitir, entretanto, que também os empregados dêle se utilizem, na defesa dos seus direitos contra a administração do serviço. É o caso dos empregados das empresas privadas, concessionárias de serviços públicos. A justiça competente para dirimir as contendas que surjam entre êles e os empregados, por aplicação daquelas leis, é a Justiça do Trabalho, em cuja órbita se tem entendido não caber o controle da legalidade de que é instrumento o mandado de segurança. É bem de ver que incabível será êste na competência judiciária comum, isto é, perante as justiças regulares,

incompetentes *ratione materiae* e *personarum*. Em França, informa WALINE, questões entre os concessionários e os empregados pertencem aos Conselhos de *prud'hommes*, que são, como é sabido, tribunais de jurisdição do trabalho (31).

Realmente, o contrato de trabalho é uniformemente acolhido pela doutrina como de direito privado, e não é jurídico pedir uma sanção de direito público para um ato alicerçado no direito privado.

14. O mandado de segurança é impetrado contra a concessionária, sendo desnecessária a participação, no processo, da autoridade concedente. É que, embora delegado, exerce o concessionário o serviço em seu nome próprio.

Adverte BIELSA: “pero el concesionario no actua en nombre y por cuenta del Estado (a diferencia del funcionario público y del órgano o ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividade administrativa), sino en nombre próprio y por cuenta propia. Lo que tienen de común el concesionario y el funcionario público es una especie de delegación o atribución. Si-guese de esto que el Estado tampoco es parte en los pleitos del concesionario aunque, por virtud de la concesión, el poder concedente tenga participación en los ingresos que el concesionario percibe” (32).

WALINE, após ensinar que, ao erigir o serviço em público, a administração assume encargos com o público e, no caso da concessão, com o usuário, salienta, porém, que “c'est contre la compagnie concessionnaire que seront dirigées les actions judiciaires, par exemple en responsabilité” (33).

CELSE BARBI, no exame de quem seja o sujeito passivo no mandado de segurança, afirma que a seu ver é sempre a pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora: “situação diversa, porém, existe quando se tratar de pessoa de direito privado, com funções delegadas de poder público, pois, então, parte serão aquelas e não o Poder Público” (34).

WALTER ÁLVARES parece dissentir. Ensina êste ilustre tratadista: “também tem sido ensinado por inúmeros administrativistas,

(31) CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, págs. 149/150, n.º 74.

(32) RAFAEL BIELSA, ob. e vol. cit., págs. 363/364, n.º 119.

(33) MARCEL WALINE, *Téorie générale du Droit Administratif*, pág. 335.

(34) CELSE BARBI, *Do mandado de segurança*, pág. 99, n.º 137.



como expõe SEABRA FAGUNDES, com fundamento em MAZAGÃO e RANIELLETTI, que os concessionários exercem o serviço em nome próprio. Que se pode daí concluir? Únicamente que em matéria de serviço público de energia elétrica este critério não lhe é cabível. E porquê? Porque inequivocamente a concessionária é delegada do poder concedente. Mas aquêle, e não êste, é atacado pelo mandado, o que necessariamente leva à conclusão de que o serviço é exercido em nome do poder concedente pois, se assim não o fôra, o concessionário, como pessoa de direito privado, não seria alcançado pelo mandado de segurança” (35).

Todavia, o argumento, *data venia*, prova demais. Em toda concessão, o concessionário é delegado do concedente e ninguém ousou sustentar, fora do setor da eletricidade, exercer êle a concessão em nome dêste último.

Por outro lado, se o concessionário fôsse o *alter ego* da pessoa de direito público, o mandado de segurança seria uma decorrência dêsse fato e não uma posição do direito positivo.

Ora, no Brasil, o legislador, ao elaborar as leis sôbre o mandado de segurança — Lei n.º 191, de 1936, Código de Processo Civil, art. 319, Lei n.º 1.533, de 1951 — entendeu necessário declarar expressamente que o mandado de segurança também poderia ser impetrado contra atos das concessionárias. E é princípio de direito inadmitir-se texto inútil em lei.

O mandado de segurança alcança o concessionário, não porque êste exerce um serviço em nome do concedente, mas em virtude de dispositivo de lei.

## DA UTILIZAÇÃO PRIVADA DOS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM

A. B. COTRIM NETO

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

1. A transformação do Estado e o regime de seus bens. — 2. Classificação dos bens do Estado contemporâneo, e seu regime jurídico. — 3. Construção de MARCELO CAETANO sôbre as formas de uso privado de bens públicos de uso comum. — 4. Formas de uso privado dos bens públicos de uso comum e suas características jurídicas. — 5. Natureza jurídica da permissão de uso privado. — 6. Uso privado decorrente de contrato sui generis. — 7. Uso privado como corolário de concessão de serviço público. — 8. A regra da onerosidade no uso privado. — 9. O uso privado sob o Poder de Polícia.

1. A ampliação do volume dos bens públicos, pelo Estado contemporâneo, haveria de ter necessárias implicações no plano jurídico. É certo que o tema já apresentava campos para debates, desde o ancião direito romano: a divisão de competência, entre o Imperador e o Senado, repercutia até no concernente à fixação de tributos, quando se tratasse das terras estrangeiras administradas pelo primeiro, ou pelo segundo. Ademais, ainda no século XVIII, ao se iniciar a construção do Estado de Direito, cuidou-se, através da *Fiskustheorie* — engendrada na Alemanha —, de distinguir os bens do Estado dos bens do Monarca, ainda absoluto e no gozo de imunidades regalengas, e a matéria voltou a ser freqüentada pelo jurista.

A densidade dos encargos de serviço público lançados sôbre o Estado contemporâneo implica, de modo óbvio, no avultamento dos bens de que êle é titular, em nome da sociedade a que organiza.

(35) WALTER ALVARES, ob. e vol. cit., págs. 564/565, n.º 619.