

119. O art. 1.º estabelece que a incorporação de imóveis públicos federais para a formação ou integralização do capital das sociedades mistas ou empresas públicas se fará mediante transcrição do título respectivo, "ou exemplar do Diário Oficial da União no qual foi aquele publicado" (§ 1.º), "valendo-se, para tanto, dos dados característicos e confrontações existentes nas transcrições anteriores". Até aí a norma parece submeter a nova transcrição ao registro do título dominial da União. O § 2.º, entretanto, deixa clara a ressalva de que a inexistência de transcrição anterior não impedirá a transmissão do domínio à sociedade de administração indireta, se por outra forma se puder obter a caracterização do imóvel:

"Na hipótese (...) de inexistência de registro ou titulação anterior, deve a sociedade, ao qual o mesmo foi incorporado, promover a respectiva correção mediante termo aditivo ao instrumento de incorporação e do qual deverão constar, entre outros elementos, seus limites ou confrontações, sua descrição e caracterização".

120. Ora, aplicado esse critério ao caso presente, basta lembrar, conforme os dados fornecidos, que as terras com que o Estado integralizou a sua participação acionária estão perfeitamente caracterizadas pela descrição de seus limites, constantes, não só da lei autorizadora da incorporação, como da ata de sua assembléia geral, que se pretende transcrever.

121. Não vale o argumento de que a lei restringe suas normas aos imóveis da União. Seria pecar por demasia, depois de tudo quanto se trouxe até aqui, aceitar a eventual provocação, para provar o que está meridianamente claro: que o disposto no art. 1.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 807/69 é norma interpretativa, que certamente visou a cortar, com a facilidade do decreto-lei, alguma resistência similar à que agora se examina.

122. Fica, pois, a nossa resposta à segunda indagação em que desdobramos o trabalho: *não incide, na alienação pelo Estado de terras devolutas delimitadas no título de transmissão, a exigência de prévia transcrição de qualquer título dominial da unidade federada alienante, a pretexto de obediência ao princípio de continuidade do registro imobiliário.*

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 13 de julho de 1974.

VICTOR NUNES LEAL

DOCTRINA

Concessão de Serviço Público e Falência do Concessionário

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Católica de São Paulo

A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1. A noção de serviço público de há muito desempenha — como ainda hoje o vem fazendo — função de assinalado relevo em todo o direito público e particularmente no direito administrativo. Como se sabe, em tempos pretéritos, chegou mesmo — sob influxo da chamada "Escola de Serviço Público", encabeçada por LÉON DUGUIT e perfilhada por vultos eminentes, tais GASTON JEZE, ROGER BONNARD e LOUIS ROLLAND a ser considerada a idéia fundamental, a noção matriz, a pedra angular do direito administrativo, em torno da qual se congregavam todos os princípios e regras desta província do Direito. A dizer: as prerrogativas públicas, as normas específicas e os preceitos defensores dos interesses coletivos não só encontravam sua justificativa na proteção do serviço público, mas também consideravam-se utilizáveis sempre que se estivesse em presença de serviço deste jaez.

GEORGES VEDEL resumiu, em dicção feliz, que merece cita literal, o ponto-de-vista dos adeptos da Escola de Serviço Público, averbando:

"La thèse fondamentale est que tout le droit administratif s'explique par la notion de service public". (Droit Administratif — Presses Universitaires de France, 1958, vol. I, p. 48).

Também JEAN RIVERO expressa igual observação no seguinte lanço:

"L'Ecole du Service Public crut pouvoir expliquer toutes les particularités du droit administratif par les nécessités du service public" (Drôit Administratif 2.^a ed., Dalloz 1962, p. 146).

Como se recorda, esta linha doutrinária, que viveu momentos de extraordinário fastígio, teve respaldo em decisões do Conselho de Estado francês ou do Tribunal de Conflitos, que invocaram a idéia de serviço público quer como fator suficiente para deflagração de princípios e normas específicos de direito administrativo, quer como critério de partilha das competências entre Justiça Administrativa e Justiça Comum, problema este, aliás, tributário do anterior. As decisões mais antigas que fizeram apelo à noção de serviço público foram os arestos ROTSCCHILD (C. E., 6 de dezembro de 1855) e DEKEISTER (T. C., 6 de agosto de 1861), porém sua expressão maior na jurisprudência francesa tem por marco o aresto BLANCO (T. C., 8 de fevereiro de 1873, conclusões DAVID), seguindo-se, ao depois, outras decisões de relevo nos arestos TERRIER (C. E., 6 de fevereiro de 1903, concl. ROMIEU), FEUTRY (T. C., 28 de fevereiro de 1908, conclusão TESSIER) e THEROND (C. E., 4 de março de 1910, concl. PICHAT). Empós delas, uma série incontável de arestos continuou prestigiando o serviço público como idéia nuclear e catalizadora dos preceitos de direito administrativo.

2. O certo é que, embora haja perdido a saliência d'antanho, como reconhecem seus atuais entusiastas — do que é marcante exemplo A. de LAUBARDÈRE *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3.^a ed., LGDJ., 1963, vol. I, especialmente p. 50-51, n.º 63 — nem por isso deixa de representar uma das noções de maior relevo ainda nos dias atuais, persistindo íntegra a tese de que no desempenho dos serviços típicos do Estado, submissos ao regime de direito público, ocorrem inelutavelmente regras específicas e princípios peculiares com a função de oferecer a mais completa garantia ao interesse da coletividade cuja satisfação não pode ficar à mercê de incertezas e inseguranças, nem depender de interesses privados.

3. De fora parte quaisquer dissensões doutrinárias, cuja menção é irrelevante para as questões ora enfocadas, acordam os doutrinadores em que a noção de serviço público em sentido objetivo liga-se à idéia de atividade na qual o Estado tem especial interesse, por julgada relevante para toda sociedade, razão pela qual se submete a regras protetoras do interesse ali encarnado.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

Como ressaltou GASTON JÈZE, sempre que se esteja na presença de um serviço público estar-se-á *ipso facto* diante de um conjunto de regras especiais, de teorias jurídicas especiais, fundamentalmente caracterizadas por uma constante: facilitar o desenvolvimento e execução de atividades de interesse geral mediante situação de superioridade conferida em favor do interesse geral, sobre o interesse particular. Segundo expôs, o fundamento do "procedimento de direito público" é a desigualdade dos interesses em conflito, pelo que o interesse público deve sempre predominar sobre o particular (*Principios Generales Del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948, tradução argentina, pelo prof. JULIO SAN MILAN ALMAGRO, da 3.^a ed. francesa de 1925, vol. II, p. 4-5).

4. Em suma: dado que é serviço público "todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos assim havido num momento dado...", como expôs CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 3. ed., Ed. Sulina, 1954, p. 84), compreende-se que seja guarnecido por todo um regime protetor, governando-se consoante princípios e normas que visam garantir a regularidade e a continuidade dele. Demais disso, na medida em que se traduz juridicamente em "atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes por ser indispensável à realização da interdependência social..." conforme averbou LEON DUGUIT (*Traité de Droit Constitucional*, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie. Editeurs, 2. ed, 1923, tomo II, p. 55), obviamente as condições de sua prestação e continuidade hão de ser ditadas pelo Poder Público e em vista da satisfação do interesse coletivo sem que a tanto, possa se opor precedentemente interesse privado.

5. A idéia central, pois, é que serviço público envolve atividade que supera inteiramente a esfera do interesse individual, particular, que por interessar à coletividade, deve conformar-se às exigências desta, ajustar-se às conveniências do todo social, obedecer às condições mais satisfatórias para o público, alterar-se e adaptar-se continuamente, seguindo *pari passu* as mutações da realidade, a fim de manter-se afinada com as necessidades coletivas. Seu desempenho deve fazer-se de acordo com os processos e técnicas adequados ao momento em curso, sem interrupções, sem paralisações, de tal sorte que coisa alguma possa obstacular a certeza e segurança de sua boa continuidade.

Daf, porque, todo o regime de serviço público é modelado, conformado, desenhado, em função de propiciar os meios jurídicos aptos ao implemento destes resultados.

6. O pré-citado LAUBARDÈRE, a sabendas, registra que o serviço público repousa sobre certos princípios essenciais de que as

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

regras do direito administrativo são simplesmente os meios de expressão ou formas de viabilizá-los. Enuncia, então, ditos princípios (op. cit., loc. cit., p. 41-42), aliás assaz de vezes referidos pelos doutrinadores em geral e que podem se resumir nos seguintes:

a) *Princípio da continuidade do serviço público*, em vista do qual sua prestação não pode ser paralisada. Contumélia a este preceito e a violência mais grave contra todo o regime que o informa, posto que o atinge na própria raiz. Mesmo a simples interrupção do serviço é vedada e repelida pelo sistema normativo.

No Brasil, é o próprio texto constitucional que, ao proibir "greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei" (art. 162), prestigia, em escalão normativo supremo, o princípio da continuidade. A simples greve, mera suspensão temporária do trabalho e exercitável, como regra, à conta de defesa de outros interesses tutelados no sistema normativo (direito conferido pelo art. 165, inciso XX da Carta Magna) é, no caso de serviço público, embargada expressamente. *A fortiori*, a PARALISAÇÃO de prestação de serviço público apresenta grau de incompatibilidade ainda maior com o sistema normativo.

b) *Princípio da adaptação do serviço público*, em razão de que a Administração pode ajustar-lhe o desempenho às necessidades coletivas, de tal sorte que ao concessionário, por exemplo, não cabe opor-se às modificações impostas pelo concedente, mesmo durante o transcurso da relação firmada em decorrência do ato concessivo. No interesse do público novas condições podem ser estabelecidas e outras imposições ou exigências são irrogáveis como procedimento legítimo.

c) *Princípio da primazia do serviço público*, graças ao que, em ocorrendo conflito de interesses atinentes ao serviço público e interesses privados, os últimos se fletem para que prevaleça o bem jurídico ornado com maior proteção.

Nem todos os doutrinadores registram os mesmos princípios, sendo certo, todavia, que jamais deixam de mencionar o princípio da continuidade e o da adaptabilidade. Assim, por exemplo, a apenas, para referir autores de trabalhos da última década, JEAN DE SOTO (*Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, Paris, Edition Montchrestien, 1971, p. 35), AUBY et DUCOS-ADLER (*Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, Presses Universitaires de France, 1969, p. 33s.). CHARLES DEBBASCH (*Droit Administratif*, Paris, Editions, 1968, p. 163s.) encarecem os preceitos mencionados.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

7. Em conclusão; é inerente à idéia e ao regime de serviço público o afluxo de um plexo de normas e de princípios nutridos pela finalidade de assegurar agil mendeio, por parte do Estado, dos instrumentos jurídicos requeridos para cabal satisfação do interesse do público, vincando-se, dessarte, o predomínio do interesse coletivo, no serviço, sobre quaisquer interesses privados que lhe possam servir de cerceio.

II

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

8. Os serviços públicos tanto podem ser prestados diretamente pelo Estado, quanto virem a ser desempenhados mediante, outras pessoas, juridicamente tituladas para tanto em consequência de uma concessão.

Em rigor, exercido pelo próprio Estado ou por concessionários, o serviço permanece sempre público e sob controle do concedente que não pode se despedir de suas responsabilidades no que a isto concerne. Tratando-se de interesses especificamente da coletividade, internos ao setor público e nele, por definição, inamovivelmente fixados, só o Estado, representante axiomático dos interesses públicos (*ou quem participa de sua natureza jurídica*), pode deter como próprias as atividades pertinentes a tais interesses.

9. Serviço e função pública são *res extra commertium*; inegociáveis. Segue daí, que na concessão o que se transfere é pura e simplesmente o exercício da atividade e não a titularidade sobre ela. Há mera atribuição do exercício do serviço para que o particular concessionário o desempenhe como o enquanto o Poder Público o desejar e na medida em que persista reunindo pelo menos as condições de suficiência reputadas necessárias por ocasião do ato concessivo.

10. Os poderes do concessionário relativos à concessão não lhe deferem senhoria sobre ela nem se lhe agregam como algo seu, mas existem e persistem enquanto o Estado lhe empresta tal prerrogativa. ZANOBINI, com o rigor habitual de suas ensinanças, proferiu ao respeito a seguinte lição:

"... di tali poteri questi soggetti non hanno mai la titolarità, ma possono avere soltanto l'esercizio, in forma di una concessione fatta dello Stato e sempre da questo revocabile senza che l'ente venga meno" (*Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, 1944, vol. I, p. 139).

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

O serviço público nem se descaracteriza nem se desnatura pela circunstância de ser prestado por concessionário. Com efeito, nele se consubstancia bem jurídico insusceptível de ser apoderado, ainda que transitoriamente, por particular. Não há transação possível a este respeito. Sendo um interesse pertinente a toda a coletividade não há supor possa deslocar-se da esfera pública para a esfera privada. Daí o afirmar-se que a transferência é do exercício da atividade e não do próprio serviço. Também daí, o asserto segundo o qual o Estado detém sempre e permanentemente a disponibilidade sobre ele, pois disto jamais se poderia despojar.

11. Implantadas estas premissas, pode-se conceituar a concessão como a relação jurídica complexa pela qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do concedente sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro.

12. O que o particular almeja e pode licitamente almejar na concessão é a percepção de uma contrapartida econômica por sua atividade. O que o Estado deseja é a obtenção de um serviço conveniente para o público, segundo as condições que entenda adequadas. Na relação jurídica em apreço a cada qual deve ser dado o que busca.

Para o concessionário — já o dissemos de outra feita — a prestação do serviço é um meio pelo qual persegue o fim a que se preordena: o lucro. Para o Poder Público, reversamente, o fim é a boa prestação do serviço e o meio é permitir ao concessionário a obtenção do lucro. A dizer: o que é fim para um é meio para outro e vice-versa.

Aliás, o mestre ZANOBINI já fizera esta notação nos termos que seguem:

“... nel soggetto privato, il fine, che questo si propone nell'esercizio della pubblica funzione, è distinto dal fine statale a cui questa funzione provvede, perchè è un fine privato, di solito un fine di lucro. Si può dire, anzi, che il servizio pubblico, o la pubblica funzione, serve di mezzo al privato per conseguimento di questo suo fine personale”.

“Ciò giustifica anche perchè il soggetto, non ostante che spieghi attività pubblica, resti un soggetto di diritto privato; u suo fine e un fine privato, l'altro, quello pubblico, vi si agglunge come mezzo al conseguimento di quello” (op. cit., vol. cit., p. 181).

13. A lógica da situação jurídica que se compõe segundo os termos *supra* referidos indica que ao concessionário deverá ser reservada a garantia de pleno respeito à chamada “equação econômico-financeira” e nada mais. Ao concedente assistirão todos os poderes no que atina às condições de prestação do serviço e sua duração. Demais disso, por se tratar de um serviço público, protegido necessariamente por garantias e cautelas em prol da coletividade, o concessionário só pode aspirar a esta titulação quando tenha e enquanto mantenha as condições jurídicas, técnicas, econômico-financeiras, administrativas e morais necessárias para o desempenho do mister a que se propôs.

14. Já se apostilou que os interesses da coletividade comandam as condições de prestação do serviço público. Segue-se os concessionários têm que estar aptos a exercerem com perfeita suficiência não só os encargos que lhe foram cometidos à época do ato convencional firmado com o concedente, mas, ainda, necessitam dispor de possibilidades de se ajustar às novas imposições do Poder Público, estabelecidas com vistas à atualização do serviço. Isto é, sendo a concessão de serviço público totalmente moldada em função da plena satisfação da coletividade e segundo os parâmetros ditados pelo Estado — que por definição a representa — percebe-se, sem dúvida ou entredúvida possível, que as condições requeridas para idôneo desfrute da qualidade jurídica de concessionário são exigidas não apenas quando de sua candidatura a tal posição mas devem existir e perdurar ao longo do curso da relação, como requisito insuprimível para atendimento dos misteres que lhe são ou sejam incumbentes.

Vale dizer: a aptidão jurídica, a capacidade financeira, administrativa e técnica são requisitos inseparáveis da qualificação de alguém como concessionário. Suprimidas quaisquer delas submergem os atributos específicos exigidos para a correta realização do serviço e positividade dos princípios que — consoante visto em tópicos anteriores — lhe modelam a fisionomia e delineiam o perfil.

15. Como é notório, a concessão é ato *intuitu personae* por excelência. Os concessionários são selecionados em função de um conjunto de requisitos dentre os quais se incluem, o que é perceptível a todas as luzes, sua idoneidade para responderem, *de jure*, pelos compromissos assumidos — ou seja, necessitam desfrutar de personalidade e ter pleno gozo e exercício dos direitos relativos a gestão dos bens e recursos convenientes à condução do serviço. Além disto, requer-se aptidão econômico-financeira para enfrentarem patrimonialmente os encargos, capacitação administrativa e técnica

para desempenho da atividade em pauta e idoneidade moral, medida nas empresas pela correção com que respondem aos compromissos assumidos.

16. Em síntese: A concessão é um meio de prestação de serviços públicos; portanto, estrutura-se sob influxo dos ditames que os presidem, de modo que possam efetivamente se viabilizar, nada obstante esteja seu desempenho cometido a particulares.

Na relação travada entre concedente e concessionário transfere-se o exercício da atividade, mas a senhoria, a titularidade sobre ela, remanesce em mãos do Poder Público. Nisto não se amesquinham interesses das partes que convencionam, posto que a cada qual são atribuídos os interesses que podem objetivar, sem que delirem das esferas jurídicas em que se sediam. A saber: os fins de lucro pretendidos — e passíveis de sê-lo — pelo concessionário são resguardados contratualmente no valor cristalizado na equação econômico-financeira. Esta representa a contrapartida do montante e significação patrimonial dos encargos a ele imputáveis quando do ato concessivo. Aí se consubstancia o ângulo patrimonial em sua inteira largueza, envolvendo o montante do capital investido, sua amortização e os lucros, medidos todos em função dos parâmetros fornecidos pela tarifa e pela dilação temporal em cujo transcorrer seria percebida.

De outro lado, acomoda-se *in totum* o interesse coletivo, residindo no concedente poderes para alterar, a bom tempo, as condições de prestação de serviço e extinguir, sempre que lhe pareça bem, o período da concessão, respeitando, em ambos os casos, o aspecto patrimonial da avença, vasado na equação econômico-financeira e esforçado no contrato. A dizer: em quaisquer das hipóteses deverá recompor o equilíbrio porventura rompido por força das providências modificadoras ou extintivas que adote.

Deveras: A expressão econômica, esta sim, pertine ao concessionário e a igualdade firmada lhe é deferida ao lume dos termos em que contratou. Compreende-se que seja assim. Ao concessionário, enquanto tal, nem lhe interessa e nem lhe compete a retenção do serviço ou o ditame das condições em que deve ser prestado. Seu móvel é econômico e o que lhe importa é o implemento deste desiderato privado. Este lhe é assegurado. Quanto ao interesse público, que se concretiza na forma, modo e termo da prestação do serviço, o Estado é seu único juiz.

Dai o falarem os doutrinadores em disposições regulamentares, que dizem com o serviço em si e são entregues à livre decisão do concedente e disposições estritamente contratuais, que atinem ao aspecto patrimonial, constituindo fonte de plena garantia para o con-

cessionário. Demais disso, o objeto da concessão, por identificar a específica relação jurídica, também se beneficia da imutabilidade. (conf. nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp. 92, 99, 111, 114 e *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, cap. III, p. 35, 57).

Sendo certo que o serviço público é bem jurídico público, concernente à coletividade, a proteção deste interesse exige que o serviço, quando concedido, esteja a cargo de quem disponha efetivamente de condições para prestá-lo e segundo os termos de conveniência requeridos pelos princípios fundamentais do serviço público. Donde ser imprescindível que o concessionário possua, de logo, aptidão jurídica, técnica, administrativa, econômico-financeira e idoneidade moral. Sem estas, ou à míngua de qualquer delas, *estarão subtraídos os pressupostos que ditam a outorga e a permanência de concessão*, falecendo, pois, os mais elementares requisitos condicionais a seu existir. Cumpre, também, que os requisitos em causa persistam no transcurso da relação jurídica, pois o próprio dela é delongar-se no tempo. A final, impende considerar que o perecimento destes requisitos infirma a possibilidade mesma de se porem em curso os princípios básicos do serviço público, estruturais à sua feição jurídica. Eis, pois, que a carência destas aptidões põe em derrocada a essência do instituto, fazendo aluir sua sustentação perante o direito, na medida em que atinge de lés a lés todos os alicerces nos quais se arrima.

Por derradeiro é inconfutável o caráter *intuitu personae* da concessão, visto serem as condições pessoais do concedente elementos determinantes para sua seleção e fator essencial para garantia da qualidade do serviço. Nos atributos do sujeito demora o respaldo do Estado e dos usuários quanto à exeqüibilidade do regular e satisfatório desempenho do serviço.

III

A FALÊNCIA DO CONCESSIONÁRIO

17. A decretação de falência do concessionário constitui formal declaração de sua insuficiência para persistir desfrutando desta situação jurídica. Corresponde a um asserto oficial, em claras e publicadas, de que o concessionário perdeu *aptidão jurídica* para responder, por si mesmo, aos compromissos que assumira. Significa, outrossim, que carece de aptidão econômico-financeira hábil para prosseguir nos negócios que travara com o Poder Público. Consiste

em desqualificação dos atributos *administrativos* e inabilitação para enfrentar *tecnicamente* negócio cuja gestão perdeu. Resulta, afinal, em perecimento objetivo da idoneidade, pela inadimplência dos encargos que lhe eram irrogáveis. Não vai neste aspecto perquirição moral ou, de qualquer modo, subjetiva, mas simples averiguação da impontualidade, da inaptidão objetiva para cumprimento de obrigações, ou seja inidoneidade para enfrentá-las.

18. Em suma: pela quebra e nomeação de síndico, o concessionário se vê despojado de todos os atributos condicionais ao desfrute desta situação. A própria massa falida consitui acervo, *per definitionem*, insatisfatório para garantia de satisfação das necessidades inerentes à prestação de serviço público. Donde, a concessão, vínculo travado *intuitu personae*, escorada em pressupostos exigentes de segurança econômica, financeira, administrativa e técnica, postulando ademais recursos, meios, capazes de se agilizarem ao acicate de novas necessidades públicas, perde sua razão de existir. Encontra desaparecidos os suportes de implemento do interesse público cujo cumprimento não pode ser postergado.

19. Vem à balha, neste passo, tirar a lume pinha de citações demonstrativas do entendimento doutrinário.

PAUL ORIANNE, em trabalho de mão e sobremão, averbou:

"A l'hypothèse du décès du concessionnaire, on peut assimiler celle de la dissolution, pour les personnes morales, et celle de la faillite, chacune de ces causes ayant pour effet de mettre fin à la concession. sans intervention de l'administration. Seules les modalités de la liquidation pourront varier. le droit comun devant ici se combiner avec les regles propres aux concessions" (La loi et le contrat dans les Concessions de Service Public, Bruxelles, LARCIER, 1961, p. 299-300).

Assim também RENATO ALESSI, o mestre maior, faz pronúncia de igual conteúdo, nestes dizeres:

"La concessione può peraltro, talora, venire a cessare anche prima della scadenza del termine, in conseguenza di certi fatti giuridicamente rilevanti:

.....
b) *In secondo luogo, il fallimento del concessionario, sia esso una persona fisica od una società commerciale la concessione, come sappiamo, pressupone una certa poten-*

zialità economica del concessionario; se questo viene meno, è ovvio che debba cadere anche la concessione" (Sistema Intituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, 3. ed., Milão, A. Giufrè-Editore, 1960, p. 189).

SAYAGÜES LASO, igualmente apostifa:

"La quiebra del concesionario es tambbién causal de extinción de la concesión, por la imposibilidad que crea al concesionario de seguir prestando el servicio" (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, vol. II, p. 85).

20. Os autores, em geral, acordam em que a falência é razão bastante para determinar o encerramento da concessão. É verdade que nem todos professam, como os primeiros citados, ser causa, só por só, de encerramento dela, entendendo, muita vez, ser necessário que a Administração Pública, à vista do ocorrido, opte por esta solução. Neste sentido, GONZÁLEZ VERGARA (*La Concesión, Acto Administrativo Creador de Derechos*, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 93-94) MANOEL MARIA DIEZ (*Tratado de Derecho Administrativo*, OMBEA, 1967, vol. III, p. 94) entre outros. Acentua-se de modo geral, na doutrina, a perda do direito subjetivo do concessionário e exalça-se, às vezes, o princípio da continuidade que justificaria a persistência da concessão até providência administrativa hábil para assegurar sua regular continuidade.

Temos por certo que a relação entre concedente e concessionário se finda, já pelas razões expostas, já porque este se vê despojado da aptidão jurídica para prosseguir-la, uma vez nomeado síndico e subtraída a massa à sua gestão. Não tem, pois, como responder aos encargos.

Quanto à concessão em si mesma, só pode desdobrar-se em caráter provisório, precário — até porque a liquidação não lhe permitirá a persistência — em nome do princípio da continuidade do serviço. Surge, pois, com a massa falida, uma relação nova, efêmera, anômala, ditada por fatores incontrolláveis pelo Poder Público, mas que não podem sacrificar os interesses da atividades pública. É bem isto o que prevê a lei brasileira de Quebras em seu art. 201 ao estatuir:

"A falência das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, não interrompe esses serviços, nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos".

21. — Vale notar que entre nós há disposições constitucionais relativas à concessão de serviço público. Daí que seus comandos interferem necessariamente na interpretação das normas legais relativas à falência de concessionário, pois delas não se poderá extrair entendimento contraposto a princípios que provenham da Lei Maior.

O art. 167 da Emenda Constitucional N.º 1 de 1969 encarece a necessidade de existirem condições para “*melhoramento e expansão dos serviços*” concedidos e a “*obrigação de manter serviço adequado*”.

Tais aspectos, estritamente administrativos, são estranhos ao juiz da falência e não podem se subordinar às vicissitudes dela. Além do mais, a massa não possui nem pode possuir as condições específicas de habilitação patrimonial, técnica, financeira e administrativa compatíveis com a regular normalidade de um serviço dado em concessão.

Chocam-se, a olhos vistos, os princípios que informam a noção de serviço público com as limitações inerentes a um acervo de bens constitutivo de massa falida. A própria gestão deles, subordinada a regime delineado em função de outros interesses, oporia óbices à liberdade estatal de impor e exigir medidas levas para a melhoria e expansão dos serviços. A função do síndico e a do juiz, gerariam, para seu natural desempenho, entraves ao desembaraço que o concedente precisa dispor. Tudo isto de fora parte os problemas oriundos das disputas dos credores; do cabível resguardo dos interesses do falido e da limitação dos bens concorridos.

Em suma: regime de concessão de serviço público e regime de massa falida pelejam à arcajada.

Donde, por força mesmo das características jurídicas do serviço público, há que se entender que normas comerciais das leis de quebras, eventualmente protetoras da continuidade da concessão, têm o sentido de oferecer soluções contingentes, emergenciais, asseguradoras da continuidade do serviço. Em princípio não de ser interpretadas como normas em benefício de concedente que, todavia, *não o restringem nem podem ter o condão de manter íntegra a relação jurídica, original, a qual se rompe com a quebra do concessionário.*

Os efeitos persistentes são apêndulos da concessão outorgada, mas não se identificam com ela.

22. — Segundo o art. 43 e o parágrafo único do diploma falimentar, os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, podendo ser executados pelo síndico, o qual, interpelado pelo contraente, deverá, em cinco dias, declarar se os cumpre ou não. O silêncio ou a negativa dão ao contraente direito à indenização.

O dispositivo em pauta — posto de lado o debate sobre o caráter contratual, ou não da concessão — o que é perceptível a todas as luzes, não pode ser recebido como tendo propósito ou o alcance de infirmar a disponibilidade do Estado sobre serviço público e sobre sua concessão. Não se lhe poderia reconhecer, portanto, nem a finalidade nem o alcance de garantir a preservação da concessão dantes firmada.

23. — Nas duas primeiras partes deste trabalho, ao largo da digressão teórica procedida, procurou-se, conquanto de espora fita, pôr em realce que

— o serviço público se norteia pelo princípio da supremacia do interesse público nele encarnado sobre interesses privados;

— em nome deste bem jurídico o serviço público não pode sofrer interrupção ou paralisação;

— o concedido ou não seu desempenho a terceiros, embargo algum pode ser oposto à livre disposição do Poder Público quer sobre as condições de sua prestação — por força do princípio da adaptação às necessidades coletivas — quer sobre a persistência do serviço em mãos de terceiros, quando concedido;

— o Estado conserva sempre total senhoría sobre a atividade, sendo o único competente para ajuizar sobre a maneira de satisfazer os interesses públicos residentes no serviço;

— ao escolher um concessionário transfere apenas o exercício da atividade, sem despedir-se da titularização sobre ela;

— a seleção do concessionário faz-se *intuitu personae*, determinada pelos requisitos de aptidão jurídica, idoneidade, capacitação econômica, financeira, técnica e administrativa, atributos específicos de uma dada pessoa ou empresa;

— tais atributos se constituem em pressupostos indissociáveis da concessão realizada, pois são eles que servem de calço para a existência e persistência dela;

— a falta deles, a qualquer tempo, retira o suporte lógico, a causa jurídica da avença, atingindo-a em sua essência;

— vindo a ocorrer-lhes o perecimento fulminam-se as garantias em que se estriba o Poder Público e desabrigam-se os interesses que lhe incumbe acorrer.

Em vista destes princípios não há senão concluir que a falência do concessionário, consoante registramos em obra teórica sobre o assunto (*Prestação de Serviços Públicos...* cit. p. 52) extingue a concessão, pois os enunciados supra-referidos não se compadecem

nem com a disparição dos pressupostos do ato concessivo, nem com os embaraços à agilidade e disponibilidade do serviço que assistem as concedentes derivados do específico regime jurídico disciplinador de massa falida.

24. — A quebra do concessionário força, pois, a irrupção de uma *relação diversa da anterior, nova, mas transitória, efêmera, circunstancial, precária*, que se estabelece entre o concedente e a massa falida, a bem da continuidade do serviço público, caso o Poder Público não lhe assuma de imediato a gestão direta e enquanto não outorgue a outrem os serviços concedidos. O vínculo surgido, nem previsto, nem desejado, mas imposto pelas circunstâncias, não se confunde com a concessão dantes vigente.

Recurso Extraordinário.

DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORIA GERAL
BIBLIOTECA
JOSÉ GUILHERME VILLELA

Advogado no Distrito Federal

I. OBJETIVO DESTA EXPOSIÇÃO

Aceitando o honroso convite para participar deste Congresso de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro e para discorrer sobre o **Recurso Extraordinário**, não me moveu senão o propósito de apresentar aos ilustres colegas uma despreziosa exposição do tema sob a ótica de um advogado que, há pelo menos 23 anos, milita perante o Supremo Tribunal Federal e, por isso mesmo, está permanentemente envolvido na prática desse recurso de contornos especialíssimos.

2. O objetivo precípua de meu trabalho não é ministrar lições ao duto auditório, que delas prescinde inteiramente, mas concitá-lo ao debate que se seguirá, durante o qual poderemos trocar impressões mais úteis em torno dos problemas práticos suscitados pelo recurso em exame.

3. Escusando-me antecipadamente pela maçante enumeração de questões técnicas a que não poderei fugir, rogo a todos a paciência indispensável aos ouvintes dos temas áridos ou expostos sem arte e engenho.

II. IMPORTANCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

4. A importância do recurso extraordinário decorre do fato notório de constituir ele o principal instrumento de que se vale a Suprema Corte para o desempenho da tarefa de manter, em todo o País, a autoridade e a unidade da Constituição e das leis federais.

5. Desnecessário é assinalar o relevo dessa competência judiciária num Estado Federal, em que os Estados-membros dispõem de Justiças próprias e autônomas, às quais cabe aplicar não só o respectivo direito estadual, como também o direito federal, isto é, o direito elaborado pela União, que deve ter aplicação uniforme em todo o território nacional. Em verdade, dificilmente se poderia compreender que o direito federal fosse um no Estado de São Paulo e outro, no do Piauí, embora sejam óbvias as diferenças políticas, sociais e econômicas entre esses dois Estados, que integram a fe-