

João Maria Isidro de Magalhães Coutinho

Concessões de serviços públicos

(Sua natureza jurídica)

2.^a Edição



COIMBRA EDITORA, LIMITADA
(ANTIGA CASA FRANCA & ARMÉNIO)

— Direção, Armazém e Oficinas —
R. Ferreira Borges, 73 | Avenida do Arsenal

COIMBRA — 1918

João Maria Tello de Magalhães Collaço

Concessões de serviços públicos

Sua natureza jurídica



COIMBRA EDITORA, LIMITADA
(ANTIGA CASA FRANÇA & ARMÊNIO)

- - - Livraria - - - - | - Escritório, Armazéns e Oficinas
R. Ferreira Borges, 73 | Avenida do Arnado

COIMBRA — 1928

REIMPRESSÃO
DA
1.ª EDIÇÃO
(1914)

À Memória

de

Meu Pai e de meu Irmão

DUAS PALAVRAS

Creio que por defeito ainda do êrro antropocêntrico que levava o louco ateniense a imaginar que os navios aproados ao Pyreu, seus eram infalivelmente, também cuidam todos os autores não haver manifestação qualquer da vida moderna que se não destine, intacta, ao gênero de trabalhos que ensaiaram.

Seja-me permitido, sem vaidade na modestia, designar aqui, logo de entrada, que, contrária àquela, toda a minha intenção — e, ài de mim, toda a dificuldade — será a de constringer o âmbito das considerações dentro do meu assunto. Há que estudar a natureza jurídica das concessões de exploração dos serviços públicos — e só isso. Por mais numerosos os proble-

BIBLIOGRAFIA

I — Monografias, e trabalhos onde, com particularidade, se versa o tema

mas que se reconheçam seus afins, nunca julgarei demasiada a vigilância no sentido de com elles cortar as comunicações da minha exposição precisamente no ponto em que esta não visasse a determinação e esclarecimento da natureza jurídica daquelas.

- ANGELIS (LUIGI DE) — *Natura giuridica e limiti delle concessioni amministrative*. Napoli, Stab. Tip. Luigi Pierro, 1913.
- BOUGAULT (PAUL) — *Autorisation et concession administratives pour l'occupation des voies publiques*. Grenoble, 1903.
- BOURDON (EDOUARD) — *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collectivité*. Paris, Rousseau ed., 1905.
- CARRARO, HEUSLER UND HILTY — *Drei Rechtsgutachten, betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession*. 1877.
- CHABANNE (L.) — *Des recours au profit du concessionnaire de service public*, (thèse), Paris, 1912, lib.^e Sirey.
- CIMBALI — *Le Strade ferrate*, in parte I do vol. VII do *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura del Prof. V. E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria.
- DUGUIT (LÉON) — *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin ed., 1913.
- GUILLOUARD (JEAN) — *Notion juridique des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution*. Paris, A. Pedone ed., 1903.
- *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs*, 1903.
- LABAND — *Denkschrift über die Verstaatlichung der im Grossherzogtum Hessen gelegenen Strecke der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn — Gesellschaft* (resposta a uma consulta dada por G. Meyer).
- LUCAS (BERNARDO) — *O concurso da viação americana*, Pôrto, Tip. da Empresa Guedes, 1906.

- MEILI — *Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten*.
- MERLA — *Indole giuridica e limiti delle concessioni municipali*.
- MEYER (G.) — *Erwiderung auf die Denkschrift* (réplica à resposta, apontada, de LABAND).
- PAYEN (FERNAND) — *Des concessions de chemins de fer d'intérêt local et de tramways*. Paris, A. Rousseau ed., 1907.
- PILON — *Monopoles communaux*, (thèse); Caen, 1898.
- RABEA — *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, 1904.
- REGRAY — *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, (thèse), Paris, 1900.
- REHM (H.) — *Die rechtliche Natur des gewerbes-conzession*. München, Theodor Akermann, 1889.
- RÜTTIMANN — *Rechtsgutachten über die Frage, inwieweit durch die Eisenbahnkonzessionen der schweizerischen Kantone und die Beschlüsse der schweizerischen Bundesversammlung für die beteiligten Gesellschaften Privatrechte begründet werden*.
- SEILER — *Rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession*.

II — Estudos dispersos em revistas e enciclopédias

- CAMMEO — *Concessioni ed autorizzazioni*, in *Il Digesto italiano*, vol. IX, parte I, sob o v.º Demanio cap. IX, pág. 905 e seg.
- *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, vol. LIV, V e VI.
- *La volontà individuale ed i rapporti di diritto publico*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. LIII e separata.
- DONATI — *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in cit. *Archivio*, vol. XII.
- DUGUIT (LÉON) — *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1907, págs. 411 e seg.
- FORTI (HUGO) — *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in cit. *Giurisprudenza*, 1900, parte IV, págs. 369-429.
- HAURIU (MAURICE) — *Notas in Recueil Sirey*: 1904, III, 81 e seg.; 1907, III, 33 e seg.; 1911, III, 1 e seg.
- JÉZE (GASTON) — *Notes de Jurisprudence*, in cit. *Revue du droit public: Nature juridique du cahier des charges*, 1905, pág. 346 e seg.; *Nature juridique de la concession de service public et*

- du cahier de charges de la concession*, 1907, págs. 681 e seg.; *Nature juridique de la concession de service public*, 1910, págs. 270 e seg.
- PACINOTTI — *Contributo alla determinazione giuridica del rapporto di pubblico impiego*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIX.
- *Saggio di studi sui negozi giuridiche di diritto publico*, in cit. *Archivio*, vol. XII, págs. 215 e seg.
- *Saggio di studi sui negozi giuridiche di diritto publico*, *ibidem*, vol. LXXI, 1904, pág. 185 e seg.
- RAVELLETTI (O.) — *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*; parte I — *Concetto e natura*, in cit. *Giurisp.*, XLVI, 1894, IV, págs. 7 e seg., e separata; parte II — *Capacità e volontà*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, XVII, 1894; parte III — *Facoltà da esse create*, *ibidem*, XXII, págs. 177 e seg.
- ROLLAND (LOUIS) — *Les retraites des cheminots... etc.*, in cit. *Revue du droit public*, 1909, págs. 520 e seg.
- *Interprétation législative d'un acte de concession*, *ibidem*, 1910, págs. 116 e seg.
- *La grève des agents d'un service public concédé*, *ibidem*, 1910, págs. 504 e seg.
- SAINTELETTE — *Des contrats d'utilité publique*, in *Revue de droit international*, t. XX, 1888, n.º 5, pág. 249.
- TOUTAIN (R.) — *Des autorisations et des contrats portant concession d'éclairage*, in *Revue générale d'administration*, 1882, t. 2, pág. 261 e seg.
- VITTA — *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in cit. *Giurisp.*, vol. LVII, parte IV, 1906.

Não incluo os tratados gerais de direito público, de direito administrativo, de obras públicas, e outros mais volumes, porque não constituem *bibliografia especial* do tema. Vão, adiante, invocados consoante a sua oportunidade.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

1. Concessões de obras públicas e concessões de exploração de serviços públicos

Pela ciência administrativa do século passado, não era usada a expressão *concessões de exploração de serviços públicos*: o que sempre se estudou foram as *concessões de obras públicas*. Alguma cousa significa esta diferente terminologia?

Pode afirmar-se, sem exagero, que representa concepções totalmente diversas da noção e actividade do Estado — e, em especial, das formas desta; da situação do concessionário e da entidade concedente, assim como do alcance atribuído aos meios à disposição dos particulares e da administração em face do funcionamento dos que hoje chamamos *serviços públicos concedidos*. E a explicação parece-me tanto mais fácil quanto é

certo que as circunstâncias da época e os passos das doutrinas aqui andam claramente a par.

As outrora chamadas concessões de obras públicas tem especial feição no segundo quartel do século XIX, quando, pelas condições bem conhecidas da época, começa a dobar-se a era dos melhoramentos materiais que os progressos do industrialismo tornaram apeteçidos.

E como as ideias do tempo eram ainda demasiado individualistas para que os corpos administrativos e o Estado ousassem a realização directa de tais grandes obras públicas, a esta circunstância acrescentando a da comovente penúria das suas disponibilidades financeiras e o carácter um tanto aleatório, dos resultados pecuniários, note-se, dessas obras públicas a realizar, — tornou-se corrente e mister que um particular se aventurasse a assumir os encargos da sua execução, ficando com o direito de, como gestor, pelo tempo acordado, em nome e como representante do poder público, receber certas taxas impostas pelo uso que fizessem os particulares do serviço proporcionado. Este foi o aspecto aparente da concessão.

Qualquer dos tantos autores que trataram o capítulo das concessões occupou-se dela a propósito da execução das obras públicas: a concessão era uma forma, porventura a melhor na ocasião, de as ver realizadas — um expediente de economia

administrativa. A pessoa administrativa, se não é exagerado o paralelo que estabeleço, figurava de nobreza sem fortuna que, não podendo tratar e explorar directamente as herdades, as dá de arrendamento a quem, com a cultura, por um lado as melhora e alinda, e por outro lhe proporciona certa participação nas colheitas obtidas.

Derivou, naturalmente, que, em compensação dos riscos a que se sujeitavam os concessionários, boamente as administrações cediam mil vantagens, e assim é que sobre toda a extensão de domínio público affecto à execução dessas obras, elas fizeram concessões de occupação, umas vezes perpétuas, outras vezes por tempo indeterminado, e ainda hoje em dia não estão sequer em meia idade a maior parte das concessões de prazo fixo feitas entre nós.

Reputam-se exageradas, actualmente, muitas das compensações dispensadas aos concessionários de outros tempos — e nada menos reflectido, entretanto! Há que atender às tradições, longínquas embora, das magestáticas concessões antigas — mas há especialmente que considerar o sacrifício feito pelo concessionário, dos caminhos de ferro, por exemplo, em arriscar os seus capitais numa empresa que só anos depois, como as oliveiras, começaria a dar proventos com que amortizar as despesas de estudos feitos, de infra-estrutura e de construção a realizar, de expropriações a

custear, de pessoal a manter e de energia — qualquer fôsse — a produzir e sustentar. Homem que arrostava todos estes encargos e só esperava lucros ao cabo de se consumirem alguns anos — era um bemvindo, a quem a administração se impunha o menos possível e a quem amimava o mais possível, no desejo de ver realizadas as *obras públicas, o melhoramento público*.

A *concessão* nunca fôra aceite se as administrações se reservassem partilhas leoninas nos proventos e em *intervenção* na exploração futura da empresa. Nem essas eram as ideas nem os desejos da época. O que se queria realizado era o melhoramento público: nada de arredar os que se aventurassem aos precalços duma exploração ingrata! Exigia-se-lhe o menos possível — e fixava-se-lhe o mais nitidamente possível tudo aquilo com que as administrações se propunham favorecerê-los. Admiravelmente diz HAURIOU, em 1911, referindo-se ao contracto de concessão (Vid. nota in *Recueil Sirey* 1911, III, pág. 1 e seg.) que, decerto, « está fora de dúvida o considerarmos este contracto tal como elle era considerado aí por 1840. Então, estavam em começo as empresas de caminhos de ferro, de *omnibus*, de *tramways*, de iluminação a gás, etc., e toda a gente reputava os concessionários pessoas a quem as administrações deviam os mais assinalados serviços por se haverem afoitado a tentar as contingências de empresas a que elas

não eram capazes de arriscar-se. O que ressaltava mais impressionante, nestes contractos, era decerto o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corria aventurando-se neles. Predominava sobre o interesse do serviço público a necessidade de favorecer aquele com todas as probabilidades de ganho, tanto mais que, sendo absolutamente novo o serviço que ia organizar-se, eram desconhecidas ainda as exigências com que se asseguraria uma boa exploração. Isto produzia a impressão geral de que, devido ao concessionário apenas é que o próprio serviço existia, e que, justamente no interesse dêste, tudo era pouco no sentido de o bem dispôr...», disputando-lhe as administrações as suas boas-graças para que se concluíssem mais rápidas e perfeitas as *obras públicas* com que desejavam adornar-se.

E assim se deduziu, é de ver, uma situação toda de vantagem para o concessionário...

Sobre estes factos se vertia a doutrina que, como notou com lucidez o professor JEZE (Vid. o estudo feito in *Revue du droit public et de la science politique*, 1907, pág. 681 e seg.), não quis saber do *conteúdo* das estipulações do acto de concessão e apenas atendeu à sua *forma*.

E que viu? Viu que pelo acto e facto da concessão se haviam manifestado expressamente duas vontades: dum lado designando-se que o concessionário se obrigava a construir a *obra*, e a

explorá-la durante certo tempo, e que, por seu lado, o concedente se comprometia, delegando no primeiro alguns dos seus direitos sobre o domínio público, a autorizar a cobrança de certas taxas pelo aproveitamento do serviço. Os dois pactuantes obrigavam-se assim reciprocamente.

Tudo parecia passar-se em regime de direito privado. Em face ao concessionário, e pelo acto da concessão, a pessoa administrativa demitia-se das suas prerrogativas de direito público e surgia como quem quer que contracta.

Com todo o ar das doutrinas estáveis, todo o mundo dizia e entre nós se dizia: « Certamente, os corpos administrativos assim como o Estado, (código civil, artigo 3.º), quando contractam, não figuram como autoridade pública, não dão ordens nem impõem as suas determinações; representam, nem mais nem menos, o mesmo papel que qualquer cidadão que contracta em nome de outrem... » (*Revista de legislação e de jurisprudência*, 16.º ano, págs. 83-84, e 31.º ano, pág. 333).

Que mais se tornava indispensável para que pudesse afirmar-se que houvera ali um autêntico contracto — e que o caderno de encargos constituia a mais alta expressão da lei entre as partes contractantes, bastando-se a si próprio, como que a sua *lei superiormente constitucional*? (Vid. *CARRARD*, in *Drei Rechtsgutachten, betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconzession*, pág. 14; *RUTTMANN*, *Rechtsgutachten über die Frage, inwieweit durch die Eisenbahnconzessionen...*;

GIANZANA, nota in *Foro italiano*, 1880 I, 911; *CIMBALI*, *Le strade ferrate*, in *Primo trattato* de *ORLANDO*, vol. VII, parte I; *JEAN GUILLOUARD*, *Notion juridique des autorisations, des concessions...*, pág. 282 e seg.; *B. LUCAS*, *O concurso da viação americana*, pág. 139-165; *FERNAND PAYEN*, *Des concessions de chemins de fer d'intérêt local et de tramways*, pág. 1-33; *L. CHABANNE*, *Des recours au profit du concessionnaire de service public*, pág. 67 e seg.).

O caderno de encargos da concessão constituia assim a *forma* inalterável das prestações a que mutuamente se haviam comprometido os dois pactuantes. E, pois que como acôrdo bi-lateral, só por novo consenso podia tornar-se diverso — nunca a doutrina autorizou que a administração pensasse no *direito* de exigir além do convencional, e até, se alguma consideração dessa ordem podia ocorrer, só era sugerível em favor do concessionário, para quem existiam todos os precalços da empresa.

Como a estipulação das condições de exploração da empresa não fôra convenientemente cautelosa e resguardada — certo é que as obrigações ligando o concessionário à entidade concedente desapareciam sob o código de poderes e, até certo ponto, da livre gestão que o acto e facto da concessão lhe asseguravam.

Por isso, a impressão que recolhe quem se demore num exame às doutrinas d'outrora, é a de que, para elas, o acto de concessão vinha a representar como que a soma de privilégios conferidos

ao concessionário, uma *carta* dos direitos em que era investido. Constituíam um bloco de estipulações acordadas que representava a *condição* imutável do contracto, um todo contra o qual ou em omissão do qual a administração não subsistiam direitos em face ao concessionário.

2. A noção de « obras públicas » nas concessões

Evidentemente, a noção destacante em semelhante operação era a das *obras públicas*: e era-o na teoria porque ressaltava dos factos. Tratava-se de conseguir a sua fácil *execução*, e, primeiramente que os indivíduos utilizassem nesse *melhoramento* os benefícios que a sua organização contemplara, todos os numerosos interessados apenas estimavam as grandes *obras públicas* necessárias.

Demais, enquanto cada uma das empresas e indivíduos concessionários foram únicos na espécie, a exploração da concessão não dava lugar a pleitos sobre a sua natureza jurídica. Assim, o único contencioso suscitado sendo o durante e sobre a execução das obras públicas — o denominado *contencioso de obras públicas* — levada foi a doutrina a considerar estas como noção-base na concessão, notando-se de mais que (aliás contra o que seria de esperar) esse contencioso era a mais vasta parcela das que compunham o contencioso

administrativo em geral. (HAURIOU, nota em *Sirey*, 1904, III, 81; BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7.^a ed., Paris, Rousseau ed., 1913, pág. 567). O aspecto da *competência* dominava assim a estrutura do acto.

Podia perguntar-se por que razão, reputando a doutrina clássica que a concessão de obras públicas tinha um nítido carácter de *contracto* passado entre a administração e o concessionário, e considerando-se unânime que o contencioso deles provindo pertencia aos tribunais judiciais comuns, quasi constantemente se submeteu aos tribunais administrativos o suscitado acerca do cumprimento desses contractos de concessão — e entre nós assim se fixou também desde os primeiros textos constitucionais? De facto, desde o célebre decreto n.º 23, de 16 de maio de 1832 (vid. o meu estudo *Um ensaio de registo civil entre nós em 1834*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1914), se atribuiu aos *conselhos de prefeitura*, pelo n.º 2.º do art. 85.º, o julgamento das *dificuldades e questões, que se suscitarem entre os Empreiteiros e Arrematantes de quaisquer Rendas, Trabalhos, ou Fornecimentos públicos, e a Administração, relativas ao sentido ou execução das cláusulas dos seus contractos*, que continuou a atribuir-se, em termos que pouco variaram, pelos códigos administrativos: de 1836, no § 5.º do art. 171.º; de 1842, no n.º VII do art. 280; de 1870, no n.º V do art. 235.º; de 1878, no n.º 5.º do art. 243.º — sempre aos *conselhos de distrito*; pelo de 1886, no n.º 10.º do art. 288.º, ao *tribunal administrativo* instalado junto de cada distrito; no de 1896, no n.º 9.º do art. 325.º, ao *auditor*.

Porquê esta excepção aos princípios acima?

Os juristas explicaram-na alegando que se, de facto, e pelos *princípios gerais*, aos tribunais comuns devera competir o contencioso derivado desses contractos — a *título de excepção* esse contencioso lhes era subtraído porque os contractos de

que êle emergia visavam obras a executar no *interesse público*, e daí a jurisdição administrativa, mais expedita e menos onerosa — e mais convido aos interesses e à prerrogativa da administração que a interpretação fôsse feita por aquelas do que pelos juizes de direito comum. (Vid. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2.^a ed., 1896, t. I, págs. 172-190; BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire*, pág. 567).

A mesma doutrina corre entre nós, como já assinaei a pág. 16. É assim que, em principio, a *Revista de legislação e de jurisprudência* (vid. estudo nos 16.^o ano, págs. 83 e 84; 31.^o ano, pág. 353) ensinava que «os contractos celebrados por um corpo administrativo estão no mesmo plano dos que se efetuam entre particulares, salvas as condições especiais que os devem acompanhar». E depois de haver acentuado que neles não sobresaem nem se exercitam os direitos de poder público por parte da administração, acrescenta: «... Aqui está o motivo por que, em regra, as questões atinentes aos contractos, feitos por uma corporação ou autoridade pública, são resolvidas pelos mesmos tribunais, a quem pertence resolver as questões entre os cidadãos, isto é, aos tribunais de justiça»...

A competência *excepcional* dos tribunais administrativos era justificada pelo facto de que «A necessidade porém de resolver prontamente as dúvidas a respeito da interpretação dos contractos celebrados pelos corpos administrativos justifica a excepção estatuida neste numero (n.^o 9.^o do art. 325.^o do código de 4 de maio de 1896) á semelhança do que se dispunha na legislação anterior». E já anteriormente, quando definira o âmbito do contencioso administrativo, se pronunciara no sentido de que êle abrangia apenas as questões originadas de um *acto administrativo propriamente dito*, que ofendesse imediatamente um direito fundado em lei, regulamento ou contracto — e uma das formas por que se manifestam os actos de administração são os contractos «em que a administração não figura como autoridade, e que por isso mesmo só excepcionalmente

podem ser abrangidos pela jurisdição administrativa». (*Rev. cit.*, 30.^o ano, pág. 433).

Acrescenta BERTHÉLEMY que, com essas atribuições contenciosas, a administração não trata propriamente de interpretar contractos ordinários onde a vontade das partes se pudesse ter manifestado por maneira pouco correcta — visto que, sendo êsses contractos expressos nos *cadernos de encargos*, redigidos administrativamente por maneira uniforme, os concessionários a êles *aderem* pelo facto de se encarregarem da execução das obras públicas, não tendo pois a queixar-se de que a administração haja fixado a competência administrativa. Trataram com a administração? Como ninguém os obrigou a isso, evidentemente se sujeitaram às estipulações daquela. (BERTHÉLEMY, *op. cit.*, pág. 612).

Sobre não me parecer absolutamente jurídico o fundamento, o certo é que, entre nós, ao menos, os factos o contrariam.

É assim curioso de notar que apesar da lição constante dos códigos para que o contencioso das dificuldades e questões surgidas sobre o sentido e execução das cláusulas dos contractos fôsse deferido às jurisdições administrativas — repetidas vezes, e através de tudo, os concessionários pretenderam que êsse julgamento se deferisse a um *tribunal arbitral* aonde enviassem delegado ou delegados seus.

São numerosíssimas entre nós as concessões feitas pelas câmaras, e cujos cadernos de encargos lá continham a cláusula do *juízo arbitral* para os fins acima — o que os códigos expressamente proibiam — e interessante é que as câmaras raro se recusavam a aceitação de tais cláusulas ou porque lhes não mediam o alcance, ou porque desejavam não descontentar os concessionários.

Felizmente, porém, essas concessões careciam, em regra, de posterior aprovação do governo, e, até lá, as estações superiores tiveram sempre ensejo de reparar a infracção à lei admi-

nistrativa, de sorte que nos decretos que definitivamente as aprovavam, vulgarmente se inscrevem disposições consignando que dessa aprovação ficam *expressamente excluídas* certas cláusulas reputadas *ilegais*, — e são justamente aquelas em que se criava um tribunal arbitral para julgar *ex aequo et bono*, e sem possível recurso, as contestações surgidas. (Vid. decretos de 3 de setembro, 24 de outubro de 1901, e de 7 de maio de 1902, in *Anuário da direcção geral de administração política e civil*, 14.^o ano, págs. 184, 211 e 552; de 13 de agosto, 23 de outubro e 31 de dezembro de 1902 e de 9 e 25 de julho de 1903, *ibidem*, 15.^o ano, págs. 30, 66, 119, 287 e 305; de 13 de novembro de 1903 (*bis*), e 14 de abril e 17 de maio de 1904, *ibidem*, 16.^o ano, a págs. 67, 78, 131 e 162; de 25 de setembro, de 17 de outubro de 1905 (*bis*) e 20 de março de 1906, *ibidem*, 18.^o ano, págs. 33, 43, 62 e 154; de 29 de agosto de 1906, 7 de janeiro, 7 de fevereiro e 4 de abril de 1907, *ibidem*, 19.^o ano, págs. 26, 119, 143 e 199; de 13 de julho de 1907, *ibidem*, 20.^o ano, pág. 9 e de 18 de novembro de 1909, *ibidem*, 22.^o ano, pág. 56).

Por vezes, pretendendo iludir-se a vigilância das estações superiores, a esconder a estipulação já sabida ilegal do juízo arbitral, insinua-se que a *resolução arbitral não prejudicará o recurso aos tribunais administrativos*. Mas mesmo assim a ilegalidade não passa despercebida, e seria injustiça aludir a êste assunto sem louvar a pertinácia com que, resolutamente, e prevenindo com antecipação bastante, já em portaria, já em comunicação de resoluções, pelo Ministério do Reino a direcção geral de administração política e civil sempre acentuou que não poderia ser aprovada qualquer concessão, se por acaso contivesse entre as suas cláusulas uma que estipulasse *juízo arbitral*, reputada «*contrária a direito*», «*manifestamente ilegal*», «*incompatível com as disposições legais acêrca da competência dos tribunais administrativos*», por isso que as câmaras municipais não teem, por direito civil, capacidade para se comprometerem em árbitros, nem lhes é lícito subtrair

aos tribunais o conhecimento das questões da respectiva competência, como «*se tem advertido repetidas vezes*» — o que era absolutamente verdadeiro, pois consta, já das portarias, expedidas pelo Ministério do Reino em 16 de março de 1853 e em 6 de julho de 1878, já das resoluções do Ministro do Reino comunicadas em officios: de 16 de agosto de 1899, in *Anuário*, 12.^o ano, pág. 461; 9 de abril de 1901, 13.^o ano, pág. 554; 30 de setembro de 1901 e 3 de julho de 1902, 14.^o ano, pág. 673 e 790; 24 de outubro de 1902 e 24 de abril de 1903, 15.^o ano, págs. 358 e 439; 20 de julho de 1904, 16.^o ano, pág. 338; 9 de dezembro de 1904, 27 de junho de 1905, 17.^o ano, págs. 217 e 306 (e não 308 como vem no índice do *Anuário* respectivo); 1 de fevereiro de 1907, 19.^o ano, pág. 437; 27 de fevereiro e 30 de abril de 1909, 21.^o ano, págs. 332 e 358; 9 de agosto de 1909, 22.^o ano, pág. 276. E só à custa desta insistência se conseguiu, um pouco que os actos de concessão passassem a inserir nos seus cadernos de encargos que aos tribunais administrativos ou aos «*tribunais competentes*» seria affecto o julgamento de todas as questões ou dúvidas surgidas sobre o sentido e execução das cláusulas, submetendo-se por essa forma a essas jurisdições que, embora a título excepcional, eram as competentes.

Toda esta diligência não bastou, comtudo, para que algumas vezes conseguisse fugir às estações superiores a estipulação do juízo arbitral para o julgamento dessas questões e doutras. É assim que, ainda no regime do código de 1842, já o comentador da edição de 1865, lembrando que, segundo o n.^o VIII do art. 280.^o desse código e a portaria de 16 de março de 1853, não podiam as câmaras municipais estipular *juízo arbitral* para o julgamento das controvérsias provindas dos contractos celebrados, apontava em nota ao n.^o VIII do art. 123.^o que, por excepção, seriam decididas por árbitros as questões que se suscitassem entre a câmara municipal de Setúbal e a empresa de iluminação a gás, em virtude da condição 27.^a da concessão aprovada por lei de 1 de fevereiro de 1859.

De então para cá, há novos casos de concessões, definitivamente celebrados e superiormente aprovados, em que se insere a estipulação do *juízo arbitral* para o julgamento das referidas questões.

¿ Que deve julgar-se da validade desta cláusula ?

Cumpre, evidentemente, distinguir consoante as condições de que vem ou não resguardada tal estipulação. Constituindo preceito de lei, expresso e constante, a sua proibição, claro que só uma lei pode, normalmente, derogar esta e emprestar-lhe validade. (Vid. *Rev. de leg. e de jurisprud*, 19.º ano, pág. 485, e *Apontamentos de direito, legislação e jurisprudência administrativa e fiscal*, por JACINTO ANTÓNIO PERDIGÃO, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884, vol. II, a pág. 218). O caso sucede com frequência nas concessões que carecem, para a sua existência, de sanção legislativa. As leis que as aprovam decerto implicitamente protegem todas as suas estipulações e dão força legal a tudo quanto nelas convencionado.

Assim foi reconhecido superiormente quando, tendo a câmara municipal de Braga feito a concessão para a iluminação a gás da cidade e representado ao governo a pedir a sua aprovação — este fez comunicar em portaria de 6 de julho de 1878 que o acto não dependia de si apenas, porquanto, além de outros motivos, na condição 25.ª se estipulava juízo arbitral. E a portaria, considerando que esta condição dependia « *de medida legislativa* » pelas razões já apontadas, aconselhava a modificar a concessão nos pontos indicados ou a esperar pela reunião das côrtes, para que elas lhe prestassem a aprovação indispensável, se assim entendessem conveniente. O conselho foi aceite e a lei de 26 de julho de 1879 vinha dar força legal à estipulação daquele *juízo arbitral* para o julgamento das dúvidas emergentes.

O que se diz da lei, diz-se, com igual fundamento, da aprovação feita pelo governo munido de autorização legislativa

e pode dizer-se, dentro do regime monárquico, na hipótese mesma de aprovação feita por decreto com força de lei, visto ter-se firmado a jurisprudência no sentido de deverem os tribunais aplicar os decretos ditatoriais.

De todas estas hipóteses há espécies, e que me conste, acêrca das duas primeiras, os nossos tribunais administrativos já se viram chamados a decidir da validade da estipulação de juízo arbitral, a qual, é de ver, reconheceram.

Da primeira hipótese há espécie justamente a propósito da concessão de iluminação da cidade de Braga, a que me referi. Verificou-se tal hipótese quando de certa deliberação da câmara a empresa recorreu, o que é para estranhar, para o tribunal administrativo do distrito, e normalmente competente então. E este, « considerando que embora o tribunal arbitral constitua uma excepção à competência dos tribunais administrativos estabelecida no art. 288.º n.º 10.º do código administrativo, e seja principio corrente consignado na portaria de 16 de março de 1859 (tanto na *Colecção de legislação*, como na *Colecção de decretos sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo*, onde vem transcrito o decreto, neste dos seus « considerando » se diz portaria de 16 de março de 1859 quando é de 1853) que os corpos administrativos não podem estipular nas cláusulas dos seus contractos que as questões supervenientes sejam decididas por árbitros, contudo tal jurisdição se encontra no contracto que tem força de lei por ter sido aprovado pelo poder legislativo », julgou-se incompetente. Alegou a companhia, em recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, que, tendo sobrevivendo novo código administrativo (o de 1886) que revogava toda a legislação em contrário e que de novo attribuía aos tribunais administrativos a competência para o julgamento das questões de tal natureza, revogada de vera reputar-se a lei aprovadora da concessão na parte em que aprovara a cláusula do juízo arbitral nela estipulada. O recurso foi, é claro, desatendido pelo Supremo Tribunal

Administrativo que, conformando-se ao acórdão do tribunal administrativo do distrito e considerando que a cláusula do juízo arbitral constituía aí « uma disposição de lei especial que não pode considerar-se revogada pela lei geral, senão quando esta o determina », se pronunciou pela negação de provimento ao recurso, mantendo o acórdão referido, que foi tornado no decreto de 13 de agosto de 1892. (Vid. o decreto na *Colecção de decretos sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo*, 3.º vol., págs. 410-2).

A outra hipótese deu-se no exame de questões surgidas entre o govêrno e os representantes da *Mala Real Portuguesa* com quem, em 12 de janeiro de 1891, aquele celebrara um *contracto provisório* (acêrca do estabelecimento de carreiras a vapor para os portos da África Oriental) — contendo na sua cláusula 17.ª a estipulação do juízo arbitral — e que pelo § 37.º do artigo 1.º da lei de 30 de junho de 1891 o govêrno era autorizado a tornar em *contracto definitivo*, como realmente tornou pelo decreto de 10 de julho de 1891.

Questões sobre a sua execução surgiram, em menos de dois anos, do decreto de 14 de abril de 1893 que dera como rescindida a concessão de 12 de janeiro de 1891. Contra a illegalidade do decreto, recorreram os representantes da emprêsa para o Supremo Tribunal Administrativo que, lembrando a cláusula 17.ª que convencionava o juízo arbitral para o julgamento das questões surgidas, sendo a presente uma delas, entendeu que por êle devia o caso resolver-se, considerando evidente a sua incompetência para conhecer do recurso manifestamente illegal. Esta consulta se converteu no decreto de 15 de junho de 1893. (Vid. *Colecção de decretos sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo*, 1893, 2.º semestre, págs. 244-6).

Fora das condições acima apontadas, reputa-se nula tal estipulação, já porque é preceito de lei, e bem constantemente

afirmado, que o julgamento das controvérsias surgidas na execução dos actos de concessão compete aos tribunais administrativos, já porque, sendo a competência do contencioso de ordem pública, não pode portanto ser alterada ou modificada por arbitrio do govêrno ou dos cidadãos (artigo 288.º da lei de 26 de junho de 1867). Só por lei ou por um diploma de igual valor o pode ser.

De modo nenhum cause reparo que, em officio de 27 de setembro de 1900 (in *Anuário*, 13.º ano, pág. 466), se comunicou ao governador civil do Pôrto que o Ministro do Reino resolvera aprovar certas deliberações da câmara municipal do Pôrto sobre novo acôrdo com a companhia do gás, mas debaixo de certas condições (« sem as quais fica sem efeito a respectiva aprovação, e que hão de ser expressamente estipuladas no contracto resultante do referido acôrdo »), sendo uma delas a de que se estipule que « as dvidas acêrca da execução do novo acôrdo serão resolvidas arbitrariamente, como se estipulou na condição 66.ª do contracto de 1889 ». É que a primitiva concessão à companhia do gás que estipulara na condição 66.ª juízo arbitral, foi aprovada por lei de 18 de julho de 1889 (vid. *Anuário*, 1.º ano, a pág. 216). A estipulação ficou válida. No novo acôrdo, ao que se depreende do officio, fixava-se ao contrário a competência dos tribunais administrativos. Ora dependendo êste novo acôrdo apenas de aprovação do govêrno — êste não tinha competência para derogar a competência estabelecida na concessão de 89, visto que só por lei se pode revogar outra lei. Daí o recomendar se conservasse a cláusula do juízo arbitral — o que é absolutamente legal.

À lei não equivale a aprovação tutelar do govêrno, e por isso, quando por simples decreto tenha sido feita, conclui-se pela nulidade absoluta de semelhante cláusula. É como se não existisse. Aludir a ela é supérfluo.

Justamente por isso reputo infeliz a exposição que se faz no decreto sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo

de aprovação da concessão, o decreto sobre consulta aluda, como válida, a uma estipulação que devia reputar-se inexistente.

Nestes termos definidas as condições de validade da estipulação do juízo arbitral nos actos destas concessões para o julgamento das questões surgidas, entendo que ela é absolutamente ilegal quando feita em concessão aprovada por simples decreto — o que sucede em numerosos dos actos de concessões feitas entre nós.

Entendo que esta competência dos tribunais administrativos deve manter-se. Simplesmente, os seus fundamentos, a sua natureza, devem, por completo, transmudar-se. O que até aqui fundamentava a atribuição desse contencioso às jurisdições administrativas era, *mais do que a natureza das matérias, a conveniência de um julgamento rápido*. Essas contestações emergiam de contractos reputados de pura natureza civil: *por conveniência*, sujeitavam-se aos tribunais administrativos. Por isso mesmo, era de carácter *excepcional* a competência destes.

Hoje, a coisa é vária. O contencioso destas concessões deve considerar-se sujeito, *como regra*, às jurisdições administrativas, quando elle provenha do funcionamento e execução de um *serviço público*, cuja noção, como veremos, está na base do direito administrativo. Admitida a necessária separação das autoridades administrativas e judiciais — o seu significado actual é este: o de que as jurisdições administrativas conhecem de todo o contencioso suscitado sobre o funcionamento e execução dos serviços públicos, qualquer que seja a forma da sua exploração. Esta significação, que o *Conseil d'État*, o *Tribunal des conflits* e a *Cour de Cassation* tão lúcidamente fixaram, e segundo a qual todas as operações que tenham por objecto a execução dum serviço público se subordinam, *como regra*, aos tribunais administrativos (*arrêt Terrier*, de 6 de fevereiro de 1903 com as conclusões do commissário ROMIEU, no *Recueil*, pág. 97, e nota de HAURIOU *in Sirey* 1903, III, 25; decisão *Feu-*

try, de 29 de fevereiro de 1908 no *Recueil*, pág. 208, com as conclusões do commissário TEISSIER; e *arrêt Thérond*, de 4 de março de 1910 com as conclusões do commissário PICHAT, no *Recueil*, pág. 193; da *Cour de Cassation*, *arrêt Commune de Eyguières* de 26 de fevereiro de 1912, anotado por JÈZE *in Revue du droit public*, 1912, pág. 470 e seg.) — ganha hoje já os últimos redutos dos próprios clássicos francezes (BERTHÉLEMY, no pref. da 7.^a ed. do seu *Traité élémentaire*, a pág. 22 e nota. Cf., de resto, JÈZE, *in Revue du droit public*, 1910, pág. 249 e seg.; HAURIOU, nota em *Sirey*, 1911, III, 17 e análise da sua nota *in Revue du droit public*, 1911, pág. 318; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Fortemoing ed., 1911, pág. 441 e seg., e *Les transformations du droit public*, A. Colin ed., Paris, 1913, pág. 167 e seg.). É a competência normal, é a competência regra: e a sua atribuição deriva do próprio conceito do serviço público no direito administrativo contemporâneo.

O recente *arrêt Société des granteis* (31 de julho de 1912) pareceu perturbar a jurisprudência assente, aceitando a argumentação do commissário BLUM que, num critério ultra-vago e indeciso, distinguia entre contractos ordinários e contractos administrativos para só sujeitar aos tribunais administrativos o contencioso derivado dos últimos. Mas essa reviravolta foi mal recebida e destina-se decerto a um irremediável insucesso (Cf. JÈZE *in Revue du droit public*, 1914, a pág. 145-152).

É sobre este aspecto da *competência* que mascarava a verdadeira natureza da concessão, acrescenta que a doutrina, querendo precisar-se, logo que se embrenhava em determinar-lhe o conceito era levada a considerar que a concessão se denominava assim pelo facto saliente de que, na verdade, qualquer que ela fôsse, havia predominantemente

uma *concessão de ocupação* do domínio público, que passava a ser afectado a esse destino.

Mas esse carácter não bastava para singularizar a natureza dessas concessões. Como refere o prof. HAURIUO (Vid. nota in *Recueil Sirey*, 1904, III, pág. 81 e seg.) « tornou-se necessário distinguir as concessões sobre o domínio público que acarretam uma operação administrativa, como a construção e exploração dum caminho de ferro ou dum *tramway* — de outras muitas concessões ou permissões que não provocam qualquer operação administrativa, como sejam as concessões para o estabelecimento de armações nas costas marítimas, e as permissões que para ocupação da via pública se conferem aos *étalagistes* e botequinhos. E então se entendeu que um bom critério distintivo estava justamente no facto de que as concessões primeiramente aludidas dão lugar a uma operação de *obras públicas*, ao passo que as segundas dela não carecem. Assim se opôs às concessões ou ocupações temporárias do domínio público a *concessão de obras públicas*. . . ».

Durante meio século, pode dizer-se que este conceito permaneceu fundamental, e desde 1835 DELALLEAU, unânimemente seguido e citado, definia a concessão — « um contracto pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam, para com a administração, a fazer executar, à sua custa, riscos e perigos, uma obra de utilidade pública, mediante a fruição

duma portagem (*péage*) ou de outras vantagens estabelecidas no acto da concessão ». (DELALLEAU, *Revue de législation*, 1835, t. I, pág. 182 e seg.; LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, pág. 116; AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3.^a ed., Paris, Dunod ed., 1886, t. II, pág. 423; BERTHÉLEMY, *op. cit.*, pág. 612; DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Delamotte, ed., 1868-1870, 3.^a ed., t. VIII, pág. 186, e supp. de TAUDIÈRE, Marchal et Billard ed., Paris, 1901, t. IV, pág. 1133; FERRIQUET, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Marchal et Godde, ed. 1883, t. II, pág. 3; LECHALAS, *Manuel de droit administratif*, Paris, Gauthier Villars ed. 1893, t. II, parte I, pág. 332 e seg.; MOREAU, *Droit Administratif*, Paris, Fontemoing ed., 1909, pág. 724 e seg.; CHRISTOFLE (A.) *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Marescq éd. 2.^a ed., Paris 1890, t. 2.^o, pág. 5).

3. Evolução das doutrinas sobre a natureza jurídica destas concessões: a noção do serviço público

A breve prazo, porém, de executadas as *obras públicas* necessárias, o que importava agora era já a exploração a que elas haviam servido de suporte — seja-me lícita a frase.

Ora, por espírito de lucro e desejo de recobrar, em limitado tempo, as despesas feitas, esse funcionamento não era sucessivamente aperfeiçoado, por parte do concessionário, de par com os progressos científicos e industriais obtidos.

Feitas as concessões por largos prazos, as necessidades da vida pública encontraram-se em desacôrdo com a forma por que, como há muitos anos, o concessionário, munido em regra de um exclusivo, fazia executar a sua missão.

Começou a reparar-se, e pareceu afinal, que, pelo acto da concessão, as administrações haviam comprometido perduravelmente a faculdade de se obrigarem em melhores condições as gerações futuras.

A execução das *obras públicas* que tantos esforços requisitara — não era recordada já. Do que se precisava, era do bom funcionamento da exploração. E este, em regra, não se melhorara...

A isto acresceu o confronto com as explorações que as administrações directamente geriam, e onde, algumas vezes, o carácter de *actualidade* do serviço era bem flagrante, no que respeitava às condições de exploração. Entrou de considerar-se que a exploração, já que organizada, não o fôra para satisfazer os cômodos exigidos pelo público do tempo em que a concessão fôra feita, mas sim para constante proveito daquêlê. A noção do melhoramento sucessivo, da adaptação ou accommodação às necessidades sempre várias do público, a prerrogativa da regulamentação no que respeitava ao funcionamento, não fôra resguardada pela administração.

Já ia longe a época de ser-se grato aos con-

cessionários! O tempo decorrido havia modificado sensivelmente as perspectivas que figuravam aquêle como um benemérito. Exprime-o por forma definitiva o Prof. HAURIUO quando caracteriza que «os rendimentos acumulados por certos concessionários, a forma despreendida como trataram sempre o seu público, a opposição que constantemente fizeram a quaisquer pedidos de melhoria, por mais razoáveis que fôsem, a isto acrescentando a circunstância de as administrações se sentirem já encorajadas a gerir directamente, ou pelo menos em *régie interessada*, algumas das emprêsas concedidas — tudo conduziu a tornar menos favoravel a situação dos concessionários.

Aumentou assim a preocupação de melhorar-se o serviço, ao mesmo passo que diminuiu a de agradar e satisfazer o concessionário. Pode dizer-se que se tornou geral esta impressão de que o público não tem culpa de que um serviço público tenha sido concedido em vez de ter sido gerido pela própria administração, e daí o desejo de tornar-se a sua exploração tão cômoda, tão adaptável às necessidades variáveis do público como se não hovesse um contracto » (nota no *Recueil Sirey*, 1911, III, 2 e seg.).

Mas, em face do público que se manifestava descontente com a exploração oferecida pelo concessionário, as administrações limitavam-se a alegar encontrar-se peadas pelo seu *contracto* de

concessão, não permitindo a natureza das obrigações contraídas a sua modificação pela só via administrativa — devendo esperar-se ou a simples boa vontade dos concessionários ou o longínquo ano final da concessão para todos se sentirem aliviados, e melhorar-se nessa era as condições de exploração.

E se, frequentemente, perante uma deficiente exploração da concessão, as administrações se declararam inábeis para impôr, por via administrativa, um melhor funcionamento, alegando que, embora servindo mal, a empresa não incorria a maior parte das vezes em responsabilidade, visto que a regulamentação era em regra menos exigente e detalhada do que convinha — o público de forma alguma era admitido a reclamar, já contra o não cumprimento das cláusulas, já contra uma exploração em desharmonia com estas. A concessão fôra pactuada entre a entidade concedente e o concessionário: o público, não intervindo, permanecia alheio à sua eficacia normal. A este conjunto de factos se procurou uma solução. Era necessário dar uma fórmula jurídica a estas necessidades experimentadas, quebrando as rígidas garantias de natureza contractual de que os concessionários julgavam protegidos os seus direitos em face à administração. A doutrina vai assim encaminhar-se no sentido de considerar que, sem embargo dos direitos do concessionário, as admi-

nistrações se não encontram *inteiramente* enleadas para com êles em compromissos contractuais, e que, ao invéz, não abdicaram, pelo acto da concessão, dos seus poderes de pessoa pública: o facto de elas se não fazerem reservar expressamente certos direitos quanto à forma de exploração da empresa não significava que a elles tivessem renunciado, uma vez que êles deviam considerar-se na base da sua missão administrativa.

Algumas concessões havia cuja exploração provocava os maiores protestos, e que a doutrina procurou atingir, negando-lhes em absoluto o carácter contractual, attribuindo assim às administrações livres poderes em face delas.

Tratava-se de concessões feitas ou sem limitação de prazo ou expressamente de duração perpétua e onde o concessionário, reputando-se seu árbitro por toda uma eternidade, resgataria quantas vezes desejasse os capitais empregados, ilaqueando quaisquer desejos de aperfeiçoamento do serviço (Vid. MONTMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902, pág. 267, e entre nós, respostas dos Drs. GUIMARÃES PEDROSA, BERNARDO DE ALBUQUERQUE, JOSÉ TAVARES e TEIXEIRA DE ABREU, VEIGA BEIRÃO, HILÁRIO ALVES e PINTO DE MESQUITA a consultas jurídicas relativas às concessões feitas pela câmara municipal do Porto à *companhia carris de ferro* daquela cidade, in anexos 62, 63, 64, 68 e 69 do vol. *O curso da aviação americana*, de BERNARDO LUCAS, e resoluções do Ministro do Reino constando dos officios de 23 de março de 1905, in *Anuário*, 17.º ano, pág. 263-4, e de 30 de setembro de 1909, *ibidem*, 23.º ano, pág. 302, onde se cita o despacho,

no mesmo sentido, de 30 de abril de 1902) ou de concessões conferidas sem que se fixasse qualquer retribuição por parte das emprêsas, o que a breve trecho lhes assegurava prodigiosos rendimentos que não se volviam em benefício público, pois se esmeraram sempre os concessionários em reduzir os encargos de exploração (CAMMEO, *Natura giuridica delle concessioni*, in *Il digesto italiano*, vol IX, parte 1.^a, pág. 909 e seg.; ANGELIS, *Natura giuridica e limiti delle concessioni amministrative*, pág. 100; e cit. respostas dos Drs. JOSÉ TAVARES E TELXEIRA DE ABREU, in *loc. cit.*) ou de concessões feitas sem que a administração se constituísse por seu turno também em quaisquer obrigações consignadas ou não num autêntico acôrdo contractual, e onde se revelava apenas o intuito de uma liberalidade que, justamente por isso, não podia converter-se em perpétuo incômodo para o público, em regra mal servido por essas emprêsas, cuja exploração as administrações não haviam resguardado de quaisquer garantias (Vid. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Florença, Barbera ed., vol. II, pág. 505 e seg.; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 2.^a ed., Florença, Camelli ed., vol. III, pág. 293 e seg.).

¿ Como reconhecer-lhes natureza contractual?

¿ Que espécie de obrigações haviam ficado a seu cargo para que as administrações se dissessem *engagées*? Tratava-se, em qualquer dos casos, de um acto puramente administrativo em que a sua livre disposição se não embarçara. Essas concessões eram, evidentemente, actos de graça,

desprovidos de carácter contractual, e permaneciam livres as administrações para revogá-las como o foram para concedê-las. E, daí, o resultarem concessões unilaterais ou concessões-licenças, precárias e livremente revogáveis...

Isto era o começo, evidentemente, de vantagens sôbre as doutrinas civilistas acêrca da natureza do acto de concessão, vantagens animadas pela consideração de que a doutrina germânica predominante bem como a doutrina inglesa iam bem mais longe — pois, visivelmente simpáticas ao grande-público cliente, reputavam a concessão um acto unilateral de direito público, sem envolver em compromissos a administração.

De facto, e a despeito de raras divergências isoladas que, por vezes, exageravam até o carácter unilateral da concessão chegando a apontá-la como o tipo do acto de direito público discrecionário, cujo conteúdo o Estado pode alterar, modificar e suprimir sem possível responsabilidade (SEILER, *Rechtliche Natur der Eisenbahn-conzession*, pág. 24; ZACHARIAE, *Deutsches Staat-und Bundesrecht*, §§ 164.^o, nota 5; 165.^o, 196.^o, III) prevalecia na doutrina alemã (que aliás não fez uma construção jurídica especial sôbre êste ponto) o conceito de que as concessões são, fundamentalmente, actos de administração, pelos quais ela se põe em contacto com outros sujeitos de direito, actos unilaterais de poder público, sendo de notar que, mesmo os autores que aí

admitem, ao lado destes actos, a possibilidade de o Estado desenvolver a sua actividade assumindo o papel de contractante (*contractos de direito público*) não ousam inscrever as concessões como actos desses, reputando-as todos êles puros actos unilaterais (G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staats rechts*, vol. I, pág. 69; HAENEL, *Studien zum deutschen Staatsrechte*, Leipzig, I, 1873, pág. 242; ZORN, *Der Staats-recht des deutsches Reichs*, tomo I, 1880, pág. 105; LÖNING, *Lehrbuch des deuts, chen Verwaltungsrechts*, Leipzig, Breitkop und Hartel, 1884-§§ 52.º e 53.º; BARON, *Pandekten*, Leipzig, 1890, § 48.º, pág. 84 e seg.; LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, trad. GANDILHON et LACUIRE, Giard et Brière ed., Paris, 1901, tomo II, pág. 530; GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 85-110; ANGELIS, *op. cit.*, pág. 83-99), qualquer que seja a espécie das concessões em questão.

São assim concordes em excluir delas a natureza de um qualquer contracto de direito privado, e a mesma corrente prevalece na doutrina e na prática inglesa. Aí, se bem diz ANGELIS, a noção contractual da concessão «*non ha mai potuto prender piede*», e sempre foi considerada como acto administrativo unilateral — donde, é certo, se entendia derivarem certos direitos públicos subjectivos em favor do concessionário (De FRANQUEVILLE, *Le gouvernement et le parlement britannique*, Paris, 1887, III, pág. 127 e seg. e CLIFFORD, *A history of private legislation*, London, 1887-89 *citt.* em GUILLOUARD, *op. cit.* pág. 109, em nota, e ANGELIS, *op. cit.*, pág. 98).

A todo êste doutrinário foi sensível (mais o seriam os escritores italianos) a escola fran-

cesa que, tendo arredado das concessões referidas a noção contractual, procurou atenuá-la em todas as outras, tornando frágil a sua estrutura. As concepções individualistas que há pouco eram toda a segurança dos concessionários que se reputavam garantidos com o regime civil das concessões — cedem o passo às noções e preocupações do interesse público, das necessidade colectivas.

A concessão — puro regime de direito privado? A concessão — um contracto? Mas no regime dos contractos, onde enquadrá-la? Poderia afirmar-se que o seu objecto constituia realmente domínio do direito civil? E desfalecem, uma a uma, todas as tentativas para acomodar a concessão aos vários tipos de contractos civis. Os próprios que nela veem um conteúdo contractual reconhecem que ela exorbita dos quadros de direito privado. Fazem-se todas as hipóteses: contracto de venda, contracto de troca, contracto de aluguer, contracto de empreitada, contracto de sociedade — e todas se verificam inúteis. A concessão participava de várias características de cada qual, mas não era exclusivamente nenhum dêles (Vid. PAYEN, *op. cit.*, págs. 3-8; CHRISTOPHLE, *op. cit.*, t. II, págs. 4 e segs.; PERRIQUET, *op. cit.*, t. II, págs. 6 e seg.; DUFOUR, *op. cit.*, t. VIII, n.º 130-133 a págs. 185 e seg.).

A ser um contracto... começava por ser um contracto especial ou um contracto inominado. Unâ-nimes, os escritores convinham em apontar nele

a singularidade de em si conter a sua própria autonomia. As normas que o regiam não estavam na lei geral: derivavam d'êle próprio, d'esse conjunto de estipulações denominado caderno de encargos (DALLOZ, *Code des lois administratives*, III, pág. 614, n.ºs 8529 e seg.; DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7.ª ed., Paris, Fontemoing ed., ed. 1897, t. II, págs. 248, 254 e seg.; AUCOC, *op. cit.*, t. II, pág. 426; COLSON, *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways*, 2.ª ed., Paris, Dupont ed., 1903, págs. 24 e seg., VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos ed., 1912, pág. 263).

Mas por que maravilha é que dum contracto de *natureza civil* derivavam para o concessionário direitos de *poder público* — os de expropriação por utilidade pública e de policia e fiscalização? Evidentemente que a concessão constituia, pelo menos, um contracto *sui-generis*, todo dominado pela ideia de que a administração não contractara como simples particular, mas em atenção ao interesse público que ia servir, diluindo na figura do concessionário, d'ora avante investido na exploração da concessão, algumas das suas prerrogativas de direito público. E, contra a noção civilista da concessão puro contracto, é lançada a noção da concessão contracto especial, contracto *sui generis*, contracto *essencialmente administrativo*. (Vid. auc. cit. nas notas anteriores e LAFERRIÈRE, *op. cit.*, págs. 588 e seg.; MANTELLINI, *op. cit.*, pág. cit.; BATBIE, *Précis du cours de droit public et administratif*, 5.ª ed.,

Paris F. Pichon ed., 1885, pág. 575 e seg.; TAEDIÈRE, *supp. cit. IV*, vol., n.º 767, págs. 1133-1134).

A mesma noção se torna dominante entre os italianos onde, sôbre a natureza da concessão puro contracto civil, GIORGI e MANTELLINI (GIORGI, *op. cit.* vol. I, n.º 155; vol. II, pág. 312, 440 e seg.; vol. III, pág. 273 e seg.; MANTELLINI, *op. cit.*, págs. 505 e seg.), admitiam concessões unilaterais ou concessões-licenças e concessões bilaterais ou concessões-contractos, e nestas últimas entendiam que o Estado, mesmo no exercício do poder público, faz prova de que pode obrigar-se. Para ambos, qualquer dos actos o é de poder público: êles manifestam por parte do Estado o desempenho do seu poder soberano.

Mas não é o mesmo, para um e outro daqueles autores, o passo ou o momento em que a concessão se torna contractual. Para GIORGI, essa concessão *incidit in contractum* quando, no próprio acto da concessão, o Estado se vincula em obrigações contractuais para com o concessionário, criando compromissos de qualquer designação (o que diz dar-se só nas concessões de obras públicas) — enquanto para GIORGI a figura contractual da concessão surge logo que êste acto se acompanha dum contracto ou lhe vem aposto um acto determinando obrigações e direitos reciprocos, donde resulte adir-se ao acto de autoridade o acto de gestão.

Não se vê em que esta doutrina modifique as

conseqüências da doutrina do contracto *sui generis*, e neste sentido há pouco foi retomada por ANGELIS (*op. cit.*, págs. 116 e segs.), que define como contractuais as concessões em que a estipulação das obrigações recíprocas do conteúdo patrimonial derive dum acto contractual e como simples actos administrativos os que se perfaçam sem a sua presença (*op. cit.*, pág. 132). E quasi diríamos que a doutrina se autorizava ainda com PRESUTTI, se éste não preferisse ver nestas concessões actos que, sendo por natureza actos administrativos discrecionários ou *jure imperii* (pelos quais o Estado concede a um particular a gestão de um serviço público e a favor dêle cria obrigações de conteúdo positivo a cargo de um órgão seu), só teem eficácia prática pelo concurso da manifestação da vontade do particular, expressa na aceitação. Mas a esta PRESUTTI só sabe classificar como um verdadeiro e próprio contracto, consistindo o seu objecto em prestações de serviços e de cousas (*Instituzioni di diritto amministrativo italiano*, parte generale, Napoli, A. Tocco ed., 1904, págs. 301 e seg.).

O que era o contracto *essencialmente administrativo*?

O contracto administrativo nunca foi definido com rigor — nem podia sê-lo. A sua noção foi lançada, como acaba de ver-se, apenas para definir esta natureza de um contracto cuja rigidez era quebrada pela feição especial dos interesses da administração, mais sensível às necessidades pú-

blicas do que aos proventos do concessionário. O contracto administrativo foi uma noção de crise, de transigência e daí resultou ser invocada por uns e por outros, na medida dos seus interesses, como figura indeterminada que era. Mas, emfim, revelava a situação do concessionário menos tranqüila (HAURIOU, nota in *Recueil Sirey*, 1911, III, pág. 1).

Como toda a doutrina de conciliação, e entendimento, a teoria do contracto administrativo, sofisma sinal da era (DUGUIT, *Les transformations cit.*, págs. 141 e seg.; JÈZE, na *Revue du droit public*, 1914, págs. 151-152), teve a aura das doutrinas necessárias. E por vinte anos viveu êsse equívoco — ora sacrificado aos interesses dos concessionários que se reclamavam das garantias de carácter privado que dêle podiam deduzir-se, ora sacrificado à prerrogativa da administração sempre que, em prol do público, se fazia apêlo unicamente à sua vontade para assegurar melhor exploração à empresa, desde que cada vez mais se sentia a necessidade, não só de negar à concessão o carácter de uma convenção de estipulações rigidamente inalteráveis, como de atribuir à administração e ao público uma intervenção eficaz quanto ao *funcionamento* daquela. Considerava-se já que o público, antes de cliente, era *interessado* na futura exploração, e daí a necessidade de um recurso contencioso, aberto ao que dela se aproveitava, sôbre o não funcionamento em harmo-

nia com as cláusulas da concessão, ou sobre o cumprimento destas.

Estes desejos, estas necessidades, encontravam embaraços já no conceito puramente contractual da concessão, já no conceito do contracto administrativo. Como abrir semelhante recurso ao indivíduo cliente da empresa, se a concessão fôra um contracto — em que êle não intervieria? Se êste constituía um acôrdo entre a administração e concessionário — só entre êles o *contracto* surtia, como acima acentuei, a sua eficácia normal. Os clientes da empresa, embora fôssem aqueles a quem se destinavam os benefícios do contracto, não podiam autorizar-se dêle, nem invocar as suas cláusulas, para deduzir do seu não cumprimento o fundamento de um recurso contencioso. Haviam sido estranhos ao acto . . .

Interessada em abranger ainda o regime jurídico da concessão, nova tentativa surge da doutrina civilista para conciliar a noção do contracto com a necessidade de um recurso contencioso, por parte do público cliente, acêrca do não cumprimento das cláusulas do caderno de encargos no que se refira à exploração da empresa. A concessão — dizem — possui a natureza jurídica do contracto em favor de terceiros, esquecendo que êste só visa a vontade e o interêsse *individuais*.

Quando a administração pactuou com o concessionário, acrescentam, não o fez como regulando

com os dêste os seus interêsses particulares. Contractou, mas em favor dos futuros clientes da empresa. O concessionário, por tal facto, constituiu-se na obrigação de *servir*, de realizar certa prestação em favor de terceiros, os clientes, na forma prescrita pelas cláusulas do caderno de encargos (*Rev. de leg. e de jurisprud.*, 16.º ano, págs. 83-84; SAINT-LETTE, *Des contrats d'utilité publique*, in *Revue de droit international*, t. XX, 1888, n.º 5, pág. 249; LAMBERT, *Du contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893, págs. 322 e seg.; CHAMPEAU, *Des stipulations pour autrui*, Paris, 1903; SALRILLES, *Essai d'une théorie de l'obligation, d'après le projet du code civil allemand*, Paris, 1900, n.ºs 245-258; BOURDON, *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collectivité*, Rousseau ed., 1905, págs. 304 e seg.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6.ª ed., t. II, págs. 399 e seg.; CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, Rio de Janeiro, F.º Alves ed., 1912, vol. II, n.º 666 e seg., págs. 353 e seg.). POR ISSO, êstes podiam invocar as normas do caderno de encargos; daí, o fundamento jurídico do recurso contencioso, que lhes era facultado (Vid. a critica decisiva de DUGUIT, cit. estudo na *Revue du droit public*, 1907, págs. 430 e segs.).

Já então, de entre os escritores italianos entusiastas das doutrinas alemãs que, a crer ORLANDO, teem produzido na sciência administrativa italiana «*una infatuazione di germanesimo*» RANELLETTI declarava ver na concessão, primeiro, um acto discrecionário, conferindo-a, pelo qual o Estado praticaria um acto de autoridade, forçosa emanação sua — reputada absurda a intervenção

de um particular colaborando em formar um acto de império.

Esse acto, criador de obrigações para a entidade concedente e de direitos em favor do concessionário, é um acto administrativo pròpriamente dito e unilateral.

Mas a noção da concessão não está finda: completa-a uma declaração de vontade, por parte do concessionário, com fim à aceitação da concessão, ou a obrigar-se nas condições gerais, ou, cumulativamente, consistindo nos dois actos. Com ela, o concessionário pratica um acto de direito privado, criando para si obrigações e direitos para com a administração (*Teoria generale...*, parte 1.ª, *Giurisp. it.*, XLVI, n.ºs 23 e 26, págs. 80 e 90).

Entende CAMMEO que, pois affectam todas as concessões a natureza de um acto administrativo unilateral, não urge nem convém desdobrá-lo em dois negócios jurídicos, se a figura predominante é sem dúvida a vontade da administração, e a do particular não passa dum presuposto de facto, por via do qual aceita a relação em que se constitue sem que concorra juridicamente a formá-la. As obrigações que êle assume são apenas a condição necessária para que a vontade administrativa se manifeste e êle possa prosseguir os seus efeitos e vantagens (*Natura giuridica delle concessioni em Il digesto italiano*, vol. IX, parte 1.ª, v.º *Demanio*, págs. 909 e segs.; e, essencialmente, a mesma ideação em S. Romano, *Principii di*

diritto amministrativo italiano, 3.ª ed., Societá editrice libreria, Milano, 1912, págs. 56 e segs.).

Mas a ambas as feições da doutrina se opunha a repugnância das doutrinas da época em aceitar que dum acto administrativo tal como a concessão, dum acto que supõe relações de direito público, podessem derivar direitos subjectivos privados em que o Estado vinha a ser subordinado ao regime civil (*ANGELIS, op. cit.*, pág. 109). Debalde MAYER dizia erróneo supor que os direitos das pessoas particulares contra o Estado sejam exclusivos do direito privado, quando, no actual regime de estado, de qualquer acto jurídico de direito público, do acto administrativo que é a concessão, êles podem derivar (*MAYER, Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière ed., 1906, t. IV, págs. 153-183. No mesmo sentido, ALCIDES CRUZ, *Direito administrativo brasileiro*, 2.ª ed., Francisco Alves ed., Rio de Janeiro, 1914, págs. 229 e segs., e talvez VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado da sciencia da administração e direito administrativo*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos ed., 1912, págs. 261 e seg.). E então, uma vez mais, como os extremos devessem tocar-se, atenuando o conceito da concessão acto administrativo discrecionário, na doutrina italiana se procura uma fórmula conciliatória, applicando às concessões a noção do *contracto de direito público*, em voga na literatura germânica.

Embora provinda do exagêro contrário, ela revelava os mesmos intuitos da noção famosa do *contracto administrativo*, do *contracto especial*,

e assim, também a nova doutrina se encontra a chamar à concessão um contracto *sui generis* (HUGO FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, na *Giurispr. it.*, 1900, parte IV, págs. 369 e segs.; PACINOTTI, *Saggio di studi sui negozi giuridiche di diritto pubblico*, no *Archivio giuridico*, XII, págs. 215 e seg.). Mal acolhida, porém, reputada sofisticada (Prof. LARNAUDE, *d'après Nézard, Théorie juridique de la fonction publique*, Paris, 1901, pág. 253; PRESUTTI, *cit. Istituzioni*, pág. 303, e segs.; ANGELIS, *op. cit.*, págs. 108-115; RANELLETTI, *loc. cit.* n.º 14 e segs.; CAMMEO, *La volontà individuale ed i rapporti di diritto pubblico*, na *Giurispr. it.* III, 1900; S. Romano, *op. cit.*, n.ºs 36 e segs.), ao mesmo insucesso daquela se destinava, e dela já hoje se diz que fez o seu tempo (DUGUIT, *Les transformations...*, págs. 161 e segs.).

Porquê? Porque a sua noção correspondia a uma era de crise que se vai diluindo. As noções de *contracto administrativo, especial ou de direito público* significavam, como acentuei, uma transigência em face às necessidades de melhoria, por via administrativa, na exploração das empresas, que em regra se quebravam contra a noção da concessão-contracto.

Ora, ao rigoroso domínio contractual, reconhecia-se sobrelevando a especial natureza das cláusulas referidas ao funcionamento da empresa, e que, de certo, não haviam sido *convindas pessoalmente* com o concessionário, e por isso participando da mesma natureza variável das necessi-

dades públicas que essa exploração da empresa ia contentar. Para condenar seria o sistema da concessão reputada em globo um contracto — se ela se tornava sinónimo então de que, por todo o prazo acordado, nunca mais poderiam melhorar-se as condições da sua exploração.

Criando essa forma de satisfação às necessidades gerais, e delineando os termos em que ela devia ser assegurada, a administração pronunciara-se segundo um acto da sua só vontade contemplando as necessidades públicas. Como poderia ter fixado *ne varietur* essa organização ou instituição, se ela ia *servir o público*, de necessidades volúveis?

E quando surge a noção de *serviço público*, o aspecto jurídico da concessão transfigura-se.

CAPÍTULO II

O REGIME DE SERVIÇO PÚBLICO

4. A noção de serviço público no direito público actual

Sem cuidar por ora de examinar a interpretação que lhe deu, é de lembrar ter sido HAURIOU quem, avivando uma idea de IHERING, mais recentemente consignou que, na vida contemporânea, por muito que cada individuo pense em prosseguir apenas os seus fins ou interesses próprios, a verdade é que, pelo simples facto de se movimentar dentro de qualquer grupo social e por uma natural coincidência de fins, ninguém pode realizar aqueles sem que, na mesma ocasião, haja feito progredir em qualquer maneira o negócio colectivo da satisfação das necessidades em geral (*Principes de droit public*, Sirey ed., Paris, 1916, págs. 188 e segs.).

É evidente que, até certo ponto, êste mecanismo pode bastar-se quando pelo processo simples da

satisfação particular os indivíduos conseguem o desenvolvimento de todas as formas da sua actividade individual: êsse é o mecanismo que em HAURIUO toma o nome de *comercio juridico*, desde que penetrado pelas regras de direito objectivo em que se envolve.

Mas um passo chega em que êle fica insufficiente ou deficiente: quando, tornados esses interesses em necessidades gerais e permanentes, unânimemente se considera que elas se tornaram indispensáveis e já não podem ser contentadas pela actividade particular, em regra descontínua e infixa, e sujeita a todas as caprichosas alterações da livre disposição de quem se encarregava de prover-lhes (Prof. ROLLAND, *Les deux grèves de postes...* na *Revue du droit public*, 1909, págs. 298 e segs.; CHARDON, *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin ed., 1912, págs. 45 e segs.; COLSON, *Traité de économie politique*, II, pág. 385). Então o legislador determina que se sobreponha a intervenção administrativa como organizadora das vantagens que cada um se procurava particularmente. Chegou a hora de criar-se um regime de serviço público—de a administração se constituir a si própria numa missão, que acresce à actividade a que sempre se julgou obrigada em favor dos administrados.

Quando na idade média os estados se constituem, surgindo combalido, ainda frágilmente entronado, o rei sobre as arrogâncias das soberanias senhoriais, êste procura tornar consistente o seu poder pela protecção aos indivíduos. O poder

real, em que então haveria dificuldade de destringar doutras uma acção administrativa, propõe-se desde logo certa missão *pelo bem público*, favorecendo o povo contra as violências e extorsões fiscaes dos senhores privilegiados. É êsse o primeiro momento em que, por interesse colectivo e no intuito de o libertar destes, o poder régio prossegue a organização regular de certos serviços que até ai cada um obtinha por forma irregular e descontinua (HAURIUO, cit. *Principes*, págs. 473 e segs.). Toda a actividade de então só abrangeu os serviços reputados indispensáveis às mais elementares necessidades públicas, tais os interesses de segurança geral e de defesa contra os senhores: eis criados os primeiros serviços públicos de policia, de defesa nacional e de justiça, que representam toda a actividade reclamada do rei pelos seus administrados (cf. DUGUIT, *De la situation des particuliers...* na *Revue du droit public*, 1907, págs. 415 e segs.; cit. *Traité*, t. I, págs. 100 e segs.; *Les transformations*, pág. 33 e seg.).

É ainda dêsse estado social que a nossa lingua conserva uma interessante persistência no *Aqui d'el-rei!* ou *à-del-rei*, cuja significação anda ignorada, e que constituia justamente o *apelido* ou grito com que o povo invocava a justiça impessoal do rei quando êste «com as suas justiças acabou com os arbitrios e privilégios senhoriais» (T. BRAGA, *Cancioneiro popular português*, II, 2.^a ed., Lisboa, Rodrigues ed., 1913, pág. 372).

Desde então, visivelmente, diversificam e surgem novas formas de serviços públicos a organizar é a fazer gerir. Da primitiva fórmula de que ao rei, como grande administrador da nação, competia assegurar «a ordem e a paz pela justiça» — sintética fórmula dos serviços públicos de outr'ora—passando pelos primeiros períodos constitucionais em que se reputava terem as constituições por objecto manter a liberdade, a segurança e a propriedade de todos os indivíduos, até à fórmula actual onde os serviços públicos se encontram prodigiosamente accrescidos, há de certo uma surpreendente mutação no mecanismo da

actividade do Estado, que se vê interessado na satisfação de necessidades que outr'ora não se conhecia ou que não se reconhecia como reclamáveis da administração, (CHARDON, *L'Administration de la France*, Paris, Perrin ed., 1908, pág. 9; DUGUIR, *Les transformations*, intr. pág. xvi), e, contudo, todos elles cabem na fórmula primitiva de visarem a fazer reinar a ordem e a paz pela justiça. A execução da fórmula tornou-se mais difficil e diluiu-se pela satisfação de outras necessidades? Mas para a actual noção de ordem e de justiça como equilíbrios sociais, ela subsistiu fundamental. Desde o primeiro passo, como pensa DUGUIR, a evolução fica definida. « As formas de govêrno vão mudar, a monarquia desaparecer, as concepções de ordem, de paz, de justiça transformar-se. Pouco importa, se o fundamento permanece... » (cit. artigo na *Revue du droit public*, 1907, pág. 416, e *Les transformations*, pág. 33), e esse é, sempre, o de que o conjunto de serviços públicos revela a actividade que a função administrativa num dado momento desenvolve satisfazendo, *por um especial regime*, certas necessidades de interesse geral.

Não cabe no aspecto jurídico da sciência administrativa — e menos no alcance dêste trabalho — averiguar dos motivos por que, em certa hora, chega ou se extingue o regime do serviço público: êsse é trabalho próprio a considerações políticas, económicas, doutra ordem enfim, e com que deve entrar em linha de conta aquele que entenda e queira criticar a *forma* por que, em dada época, as necessidades de interesse geral são satisfeitas. No meu ponto de vista, apenas devo preoccupar-me com o *regime jurídico* que porventura se haja criado para a satisfação daquelas.

O art. 6.º da antiga Carta constitucional portu-

guesa afirmando que a religião católica apostólica romana continuava a ser « a religião do reino », incluía o pensamento de constituir com o culto católico official a organização de um verdadeiro serviço público, destinado a satisfazer as necessidades espirituais dos súbditos portugueses; contrariamente, se desde o decreto de 20 de abril de 1911, pelos artt. 2.º, 4.º e 5.º, a religião católica apostólica romana deixou de ser a religião do Estado, e se diz que a república « não reconhece, não sustenta, nem subsidia culto algum », mandando-se suprimir nos orçamentos do Estado, dos corpos administrativos locais e de quaisquer estabelecimentos públicos todas as despesas relativas ao seu exercício, e extinguindo as cõngruas ou outras imposições destinadas ao culto católico — êste deixou de constituir um serviço público e recolheu-se ao abrigo individual das necessidades espirituais dos crentes.

Que resulta daqui? Para as concepções políticas, religiosas e económicas mesmo, é certo que esta diferença de tratamento interessa em todos os seus motivos fundamentais e dá lugar à sua crítica. Para a técnica jurídica, apenas se apura que deixou de aplicar-se o *regime do serviço público* à satisfação de certas necessidades que até aí tinham um especial regime no seu contentamento.

Não há pois que discutir o problema das

*causas. Há que resolver o problema dos intuitos com que, em certa altura, o legislador adoptou ou pôs de parte um sistema de regras privativas à satisfação de necessidades de interesse geral. Por isso, PRESUTTI cuida nunca insistir demasiado em acentuar que « la scienza dell'amministrazione — è bene ripeterlo ancora una volta — non studia essa quali siano le funzioni sociali, in cui lo Stato deve intervenire: chè, come già si é detto, non essa, ma la politica determina i fini, per i quali lo Stato è indotto ad intervenire in una funzione sociale » (ERRICO PRESUTTI, *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione*, Società editrice libraria, Milano, 1910, pág. 55). No mesmo sentido JÉZE ressalva que « sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer. Il se peut que le juriste découvre d'excellentes raisons politiques, économiques, sociales, pour ne pas satisfaire tel besoin d'intérêt général par le procédé du service public. Dans ce cas, il dira qu'il est regrettable que le procédé du service public ait été prescrit par les gouvernants. . . » (*Cours de droit public*, Paris, Giard et Briere ed., 1914, págs. 247 e segs.).*

Por isso, apenas há a fazer o exame do *regime jurídico* criado para a satisfação dessas necessi-

dades gerais e permanentes. Que revela esse regime? Que, por virtude de circunstâncias para o meu tema desinteressantes, a administração entendeu dever desempenhar-se dessa nova missão em prol dos administrados, assegurando-lhes, *assim*, o seu contentamento. Esta, a noção fundamental de serviço público. (DUGUIT, *cit. art. na Revue du droit public*, 1907, págs. 411 e segs.; *cit. Traité*, I, págs. 98 e segs.; *Les transformations*, págs. 57 e segs.; JÉZE *cit. Cours*, págs. 241 e segs.; CHARDON, *Le pouvoir administratif*, págs. 207 e segs.).

5. Caracteres do regime de serviço público

Cumpre agora considerar que características de *regime especial* deve atribuir-se aos serviços públicos para justificar a insistência com que a êle aqui se tem aludido.

Evidentemente, até certo ponto, os elementos dos serviços públicos são um pouco, por coincidência, os motivos da sua criação: mas não consistem nestes apenas. E assim, quando agora começo por acentuar que

a) regularidade e continuidade

são caracteres do regime de serviço público, não pretendo significar que foram só a irregulari-

dade e a descontinuidade do processo particular da satisfação das necessidades de interesse geral que conduziram à criação de tal regime. Sobre isso, a regularidade e continuidade do serviço público significam que, desde que organizado, logo o seu mecanismo penetra o domínio das actividades individuais e se transforma, pela rigorosa expressão de HAURIOU, num elemento indispensável à própria vida civil.

Os cidadãos, passando a *contar* com a execução contínua e regular do serviço, logo naturalmente se dispensam de por si prover às necessidades que elle satisfaz (HAURIOU, cit. *Principes*, pág. 477) e a sua actividade abraça naturalmente novos empreendimentos cujo mecanismo se encontra facilitado pelas vantagens e comodidades que aqueles serviços públicos proporcionam (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, pág. 13).

Entre nós esta noção não é muito nitida, como prova o caso seguinte.

Pelo acto de 25 de novembro de 1905 celebrado entre o governo português e a empresa nacional de navegação a vapor para a África portuguesa, nos termos da condição 37.^a (que reproduziu essencialmente a base 28.^a do decreto de 2 de outubro do mesmo anno), obrigara-se esta « a fazer transportar nos seus paquetes gratuitamente as malas postais e a correspondência official sem limite de numero, de peso ou de volume, e encomendas postais de qualquer procedência, até o peso de mil quilogramas por viagem, sendo o excesso deste peso pago à razão de vinte reis por quilograma, sem embargo do porto de destino, e podendo haver a bordo um agente postal para os

correspondentes serviços com passagem e tratamento gratuito ». E como a empresa, em certo lapso, tivesse feito conduzir excedente dos mil quilos gratuitos, em ocasião dada apresentou à administração geral dos correios a sua nota pelo que desempenhara além. Sucedeu que não lhe tendo esta satisfeito consoante o compromisso, ella se recusou a receber nos seus paquetes quaisquer malas das encomendas postais. E a 22 de maio de 1914 saiu o vapor *Zaire*, sem as conduzir, para isso exigindo a empresa que a administração dos correios lhe enviasse uma declaração comprometendo-se a pagar as importâncias em débito. E como esta não accedesse — o vapor seguiu.

Em 26 devia sair o *Dondo*. De novo, as encomendas postais levadas para o cais da fundição deixavam de ser embarcadas porque a administração dos correios não accedia e a empresa se arrogava o direito de não transportar. E o *Dondo* seguiu.

O conflito protelou-se, e os interessados reclamavam.

A associação comercial do Porto, em 6 de junho, significando que semelhante demora feria os interesses comerciais, telegrafava ao Ministro das Colónias, que, depois de ter tomado a iniciativa de se entender com o director geral dos correios, acordou com os representantes da empresa em officiar a esta communicando « que o governo assumia a responsabilidade do pagamento pelo transporte das encomendas que excedam o limite fixado no contracto com o governo ». E, de facto, a 7 de junho no *Caçengo* começaram a seguir (*Jornal do Comercio e das Colónias* e *O Século* de 7 de junho, e *O Dia*, de 22, 23, 27 de maio e 10 de junho).

Estes, os factos — de critica evidentemente fácil. Pelo acto de concessão, a empresa ficou comprometida a dar execução a esse serviço público de transporte — sob a garantia de certas cláusulas que representavam o accordo financeiro com o governo. Essa missão, que se lhe impunha, era uma autentica instituição de serviço público, normalmente organizada. E se é certo que

ninguém pode usar dum serviço senão nas condições da lei do seu funcionamento, o primeiro dever do concessionário, assim como o de qualquer agente proposto à execução do serviço, é o de nada executar que possa perturbar ou evitar o seu regular funcionamento (HAURIOU, cit. *Principes*, págs. 124 e segs.; DUGUIT, *Les transformations*, págs. 54; JÈZE, *Cours de droit public* cit., pág. 245). Essa é a verdadeira natureza da instituição do serviço público.

Mas a administração geral dos correios não satisfazia...

Essa circunstância é absolutamente insuficiente para que a empresa se arrogasse o direito de não conduzir as encomendas postais — tanto mais que, pela própria letra do acto de concessão, ela era obrigada, sempre, a conduzir gratuitamente mil quilos, e, ao que parece, nem esses a empresa assentia em conduzir. Para solução do conflito, esta só tinha que chamar o juiz normal do contracto quanto às dificuldades surgidas sobre a sua execução, e como esta era certamente uma delas, reclamaria para o *juízo arbitral*, instituído na base 42.^a do acto de 25 de novembro de 1905, sendo-lhe absolutamente vedado o recusar-se ao desempenho do serviço público, para ela terminantemente obrigatório. Dêle não podia considerar-se desobrigada sem que, legalmente, a concessão fôsse rescindida — sendo de notar que o próprio Estado, sem embargo da concessão, perante a colectividade ficou como garante contra uma exploração irregular ou imperfeita e tudo deve fazer por a assegurar.

Sendo organizado para dar satisfação a necessidades colectivas, às quais a iniciativa individual não podia bastar, o serviço público deve funcionar normalmente, sem interrupções nem irregularidades, que perturbariam a vida social. O serviço público, ou é essencialmente contínuo — ou deixa de ser serviço público: daí, a necessidade,

para quem investido no encargo de lhe proporcionar execução, de lhe assegurar constantemente essa continuidade — justamente porque foi criado para servir os interesses gerais do público, e estes são, por natureza, contínuos (ROLLAND, *La grève des cheminots...* na *Revue du droit public*, 1910, págs. 750 e segs.; DUGUIT, *Les transformations* cit., págs. xvii da intr., 56 e segs.).

Por isso DUGUIT declara que criar o regime público de um serviço é garantir que êle será organizado pelos governantes, funcionando sob a sua inspecção e que a estes cumpre assegurar-lhe o funcionamento sem qualquer interrupção (*Les transformations*, págs. 56 e 57).

É assim absolutamente verdadeiro um funcionário ilustre ao escrever que « todos nós consideramos instinctivamente que esses serviços nos são devidos pela nação, todas as vezes que dêle precisamos, em condições uniformes e antecipadamente determinadas (H. CHARDON, *L'Administration de la France*, pág. 8; ROLLAND, *Les grèves...* na *Revue du droit public*, 1911, págs. 99 e seg.; FERNEUL, *La réglementation des grèves*, na *Revue politique et parlementaire*, 1911, t. I, págs. 12 e seg.).

Conviria mesmo notar que as condições de *regularidade* e *continuidade* a que está sujeita a exploração dos serviços públicos tocam profundamente o próprio conceito da função administrativa — pois que todos os fins da actividade externa do Estado relativos, já à garantia do direito, já à cultura e civilização, todos se realizam justamente por meio de processos de regular continuidade que, pelo decurso dos tempos, se transformam já em regras de direito, já em mecanismos, em rituais

peculiares ao desenvolvimento de determinada actividade do Estado, e que, pelo facto de não serem regras de direito, não deixam de ser a condição do seu progresso.

Numa imagem viva e surpreendente observa HAURIU, que hoje em dia, antes de convocar as câmaras, o presidente da república não atende aos auspícios nem contempla as entranhas de qualquer vítima imolada em sacrificio, mas isso não obsta a que haja um protocolo, um ceremonial, um *processo emfim*, nas suas diligências políticas, como o há para as sessões das câmaras e para a constituição dos ministérios, pois que toda a vida do Estado é dominada pela idea de um processo, de uma estrutura de *regular continuidade*, para cada forma da sua actividade, para cada operação administrativa, cujo mecanismo se pode dizer conhecido e antecipadamente calculado.

É assim que há uma época própria para a revisão do recenseamento eleitoral, outra para eleições, outra para as sessões dos conselhos gerais e dos conselhos municipais. E de tal sorte este mecanismo canalizou num processo regular e continuo que os prefeitos poderiam ter uma agenda cujos meses estivessem consagrados a tais e tais operações — como os lavradores costumam usar para as suas sementeiras. O que se diz da administração em geral se reproduz para os vários serviços técnicos em especial — sendo que os próprios serviços públicos intermitentes se reproduzem por intervalos regulares. (HAURIU, cit. *Principes*, a págs. 694 e seg.; JÉZE, cit. *Cours de droit public*, págs. 241 e segs.).

Logo se vê que estes caracteres acarretam outros, e que, se o regime de serviço público é criado no intuito de constituir um cómodo para o público que dêle usa (HAURIU, cit. *Précis*, pág. 19), logo se tornaria deficiente se, com a estabele-

dade e regularidade que deve caracterizá-lo, sua característica não fôra a

b) actualidade

da *adaptação* do seu funcionamento às circunstâncias da vida moderna. Constituido em prol do público, o serviço tem que rasar pelas necessidades daquele, a cada passo volúveis.

Se, como dizem com DUGUIT todos os bons observadores, não pode antecipadamente demarcar-se qual será o limite da actividade do Estado empregada na organização de serviços públicos — menos ainda pode precisar-se onde se deterá a faculdade da sucessiva regulamentação do seu funcionamento.

A organização do serviço não é feita fixando-se *ne varietur* a forma da sua exploração futura. A breve trecho esta deixaria de corresponder aos intuitos da sua criação e o serviço, apesar do seu carácter de constância, perderia as qualidades de meio regular e contínuo, passando a tornar-se um meio intermitente de satisfação de necessidades. A obrigação primeira de quem quer que gere a exploração de um serviço público é a de assegurar-lhe uma execução suficiente, e todos sabem que as necessidades a que um serviço público deve satisfazer não são, de modo algum, invariáveis.

Daqui resulta que êle terá de servir não apenas

as necessidades públicas sentidas na hora em que foi organizada a sua exploração, mas sim os interesses uniformemente diversos — permita-se a comparação mecânica — do público a quem deve aproveitar.

Assim, impõe-se às administrações a adesão a todos os aperfeiçoamentos progressivos que os inventos, sciências e indústrias tragam para melhoria do funcionamento dos serviços de que, *por qualquer forma*, organizaram a exploração, sempre que as necessidades públicas os reclamem, cuidando da sua adaptabilidade, da sua *acomodação* às necessidades cada vez mais imperiosas dos seus clientes.

Este cuidado ou prerrogativa, a crer os corifeus do direito público actual, é até, não só o único dever do Estado, como também o bom intuito em conformidade ao qual os actos administrativos são legais e correspondem à realização dos fins do Estado. (Cf. G. JÉZE, cit. *Cours de droit public*, pág. 247; DUGUIT, in *Les transformations cit.*, intr. pág. XVIII, 33 e 53, e cit. *Traité*, t. I, págs. 100 e sgs.)

Grato é constatar neste passo que se a jurisprudência contenciosa portuguesa não consigna ainda este ponto — ao menos, as estações superiores, na interessada defesa dos administrados, frequentemente dirigem recomendações às municipalidades no sentido de conseguir em que a exploração dos serviços públicos, mormente nos serviços concedidos, logo seja acautelada com o compromisso, por parte dos concessionários, de *aperfeiçoamento progressivo* nas condições do seu funcionamento.

Por várias ocasiões, de facto, pela direcção geral de administração política e civil foi lembrado que nos actos de concessões deveriam as administrações precaver-se, resguardando o direito de, em determinadas circunstâncias, impôr aos concessionários a introdução e aproveitamento de todos os progressos que à sciência e às indústrias occorressem no intuito de aperfeiçoar o funcionamento do serviço concedido.

É assim que por officio de 22 de julho de 1898, dirigido pelo Ministério do Reino ao governador civil de Lisboa a propósito do « contracto » que a câmara da capital pretendia celebrar com a companhia dos carris de ferro da mesma cidade para exploração de novas linhas pela tracção eléctrica, se lhe comunica que « não convindo que a cidade fique presa a um determinado sistema de viação pelo longo prazo de quasi um século, importa, ou que este se restrinja a um menor periodo que obtiver aprovação do govêrno, ou que a iniciativa de mudança de sistema que a base 5.^a atribue à companhia, se confira também à câmara municipal ». E, nesse sentido, o Ministro lembrava que essa base deveria ser redigida segundo a fórmula que seguia — no sentido de que a companhia *deveria « substituir a tracção eléctrica por outros processos que as condições locais ou os progressos da sciência aconselharem e de que não resultem inconvenientes para o público... »*, dever este cujo não cumprimento daria direito a que a câmara tomasse a liberdade de, sem indemnização, poder fazer a mesma concessão a outrem (Vid. *Anuário resp.*, 10.^o ano, págs. 566-567).

Semelhantemente, em officio de 12 de julho de 1905 para o governador civil de Coimbra, que havia informado de certa deliberação da câmara municipal dessa cidade, se acentuava que « o longo prazo das concessões pode e deve ser corrigido ou atenuado pela estipulação das cláusulas que permitam o *sucessivo aperfeiçoamento do contracto em harmonia com os progressos scientificos e industriais* », (*Anuário*, 18.^o ano, págs. 204-205) e, posteriormente ainda, em officio de 26 de

novembro de 1906 se comunicava ao governador civil de Lisboa que o Ministro denegara aprovação a um « contracto » de viação eléctrica nas ruas, estradas e caminhos ou terras do concelho de Almada atendendo à imprecisão com que, por elle, era concedido um exclusivo por noventa e nove anos, que « além de tamanho no prazo, *nem ao menos se atenua com qualquer obrigação de se adoptar outro mais aperfeiçoado sistema de tracção, que os progressos scientificos e industriais recomendem...* » (Anuário, 19.º ano, pág. 413).

Outra qualidade que desejo pôr em relêvo — é a de que o serviço deve reputar-se *organizado para o público*, isto é, em seu prol. E, o

c) destino ao público

significa que a ninguém pode normalmente recusar-se o seu aproveitamento, nem deve o serviço extinguir-se pelo facto de a sua exploração não produzir, no todo ou em parte da área explorada, os réditos necessários para o seu custeio (HAURIU, cit. *Précis*, págs. 13 e segs.), ao contrário do que sucede quando às necessidades apenas se provê pelo processo de iniciativa particular, destinada à produção de riqueza económica, e que por isso, em geral, só monta a exploração do serviço onde ela encontra, de imediato, remuneração compensadora.

Ora a riqueza económica é uma necessidade de ordem privada, não uma necessidade pública; e são estas unicamente as que um serviço público

pode visar no intuito de satisfazer os interesses comuns ou de afastar obstáculos de facto a cada passo redivivos, para facilitar a todos o exercício das aptidões semelhantes e assegurar a execução das leis (HAURIU, *Précis*, págs. 14 e 19; *Principes*, págs. 280 e segs.).

Não podendo assim ser motivo da criação e exploração dos serviços públicos o pensamento de aumentar-se com elas a riqueza económica, pode comtudo a sua exploração realizar-se com êxito extraordinário e converter-se em fonte de receita para as administrações. Mas o que é ocasional não pode ser o motivo da sua criação, e é por isso justamente que, muitas vezes, alguns serviços públicos funcionam decerto com perdas notáveis no seu exercício.

Constituindo meios com que se facilita as relações individuais, a sua criação só é lícita na medida em que ela concorre para algum dos fins acima apontados, e daí provêm em regra o carácter *não lucrativo* na sua exploração (PRESUTTI, *Scienza dell'amministrazione*, pág. 226).

Esse carácter falece, por vezes, em certos serviços públicos, ditos industriais ou económicos, aqueles precisamente que mais tocam ao meu estudo.

Casos há, comtudo, em que, *de certa maneira*, elle pode e deve reaparecer, e um dêles é o de num serviço público dêsse género a exploração

se realizar com tanto êxito que os resultados dela transbordem dos limites calculáveis. Nessa hipótese, os intuitos da administração não devem limitar-se a procurar aumentar sem fim as receitas, e diminuir gradualmente os *onera* de exploração.

Porque o serviço foi criado *para o público*, essa prosperidade financeira deve contemplá-lo, visto que em atenção a êle o serviço foi criado. Cumpre assim às administrações affectar os lucros excedentes à melhoria do seu funcionamento.

O critério permanece idêntico ainda que se trate de um serviço cuja exploração a administração não gira directamente, e, quando se verifiquem proventos além do calculavel, não será lícito que ela ambicione apenas ver-se favorecida com uma partilha mais larga nos lucros obtidos.

O serviço foi creado para servir interesses, necessidades públicas, a que vai prover. As administrações apenas podem e devem, pois, aspirar a que a exploração do serviço seja assegurada ao público em condições cada vez mais favoráveis.

Tratando-se, por exemplo, de transportes colectivos, a administração, licitamente e rigorosamente, apenas deve desejar que o serviço seja mais freqüente, de maior duração diária, em melhores condições de segurança e hygiene, mais vasto no seu percurso, mais barato nas tabelas das suas tarifas, mais cómodo em suma nas condições do seu aproveitamento. Tudo que exor-

bitar do intuito de *progresso no funcionamento* do serviço peca fundamentalmente quanto ao critério (único critério jurídico) de que, sendo *público* o regime do serviço, o interesse público só é atendido quando esse aperfeiçoamento se obtém e não quando, em prejuízo daquele intuito, por parte das administrações apenas se visa à produção de recursos económicos.

6. A organização da exploração dos serviços públicos: suas formas. A noção fundamental da concessão.

Criado um serviço público, cumpre ao Estado assegurar-lhe meios de regular exploração. Duas formas, fundamentalmente, teem surgido para a assegurar: ou êle procura os meios de por si manter a directa exploração do serviço que de ora àvante há de gerir, — ou recorre à iniciativa particular, que assim se vê chamada a colaborar com o Estado ou com as administrações. O primeiro processo diz-se de *gestão directa, gestão ou administração própria, municipalização, régie*, etc., o segundo deve chamar-se *concessão da exploração de serviços públicos*, ou simplesmente *concessão de serviços públicos*.

Esta última expressão é inaugurada pelo Prof. HAURIU, numa admirável nota em *Sirey*, 1904, III, págs. 81 e segs., a que tenho aludido, e que constitue um primoroso ensaio sobre o assunto. Adoptada logo por DUGUIR e JÈZE (citt. artigos na *Revue du droit public*, 1907, págs. 411 e segs., 678 e seg.; e 1910, págs. 270 e seg.), entrava na doutrina portuguesa com a adesão do sábio e ilustre Prof. Dr. GUIMARÃES PEDROSA que, no seu *Programa da cadeira de direito administrativo* (vid. *Diário do Govêrno*, n.º 109 de 10 de maio de 1912 e separata da Imprensa da Universidade, 1912), apontando os serviços administrativos de organização (parte II, I), logo reservou estudo especial para a *concessão de serviços públicos* (sec. IV), considerando-a uma forma de exercício de funções ou serviços administrativos por particulares.

Em qualquer dos casos, o que o Estado ou as administrações primordialmente pretendem é que fique assegurado o funcionamento, a exploração do serviço público criado.

Figure-se uma concessão de distribuições ou de transportes colectivos, a posição do problema é idêntica: desde que surge o acto da concessão, houve da parte dos governantes o intuito de assegurar a execução, por maneira especial, de um serviço público (HAURIU, nota em *Sirey*, 1904, III, a pág. 81).

Trata-se, em qualquer caso, de um regime criado para dar satisfação a uma necessidade colectiva, que se entendeu não poder continuar a contentar-se pelo processo da actividade particular (Cf. o belo estudo do Prof. ROLLAND na *Revue du droit public*, 1910, a págs. 504 e segs., *La grève des agents d'un service concédé*).

Pelò acto da concessão, a administração investe o concessionário nos poderes e nos encargos de *fazer funcionar* o serviço público — e essa natureza permanece tão fundamental na concessão, que, findo o prazo dela, a sua exploração se vê transferida para a administração, que a assume, nas mesmas condições em que a assumiria se, desde que o serviço foi criado, ela se tivesse atribuído logo a sua gestão directa. O decurso do prazo da concessão diluiu, dissipou a figura do concessionário com tudo que *pessoalmente* lhe respeitava no acto da concessão — e o que permanece e perdura é uma instituição de serviço público, cuja exploração ou funcionamento a administração quis organizar.

Porque fez ela a concessão?

Porque, por virtude de certa *política administrativa*, se entendeu que há toda uma série de serviços públicos susceptíveis de mais útil exploração sempre que, para a organizar, se faz apêlo à actividade particular. É o que se dá nos serviços públicos de carácter industrial e económico (PRESUTTI, *Scienza dell'amministrazione*, págs. 265 e segs.; HAURIU, nota em *Sirey*, 1904, III, 81 e seg.) em que, por virtude de circunstâncias que não interessam ao meu objectivo, as administrações preferem verificar primeiro as condições e resultados do serviço emquanto a exploração é gerida pelo concessionário. Optam por encarregar do seu funcionamento, em

dadas condições, um indivíduo ou entidade, criando nele um vivo interesse particular (em mira nos lucros a obter), coincida ou não inteiramente esse interesse com os interesses públicos que elas tem de servir (PRESUTTI, *op. cit.*, pág. 260).

Vemos assim que, sensivelmente, a concessão se nos apresenta como um *ensaio* de exploração organizada pelo concessionário — que a administração contempla. A concessão é, ou deve ser, uma aprendizagem para ela, que mais tarde ou mais cedo assumirá a exploração do serviço público. *O serviço público, apesar de concedido, fica com a exploração organizada*: a concessão é um *exemplo* dela, e, por isso mesmo, não é nada mais. Concedido embora, o serviço ficou, desde logo e fundamentalmente, um *serviço público*. A concessão visou apenas a que o concessionário se encarregasse de organizar a exploração de determinado serviço considerado na sua *unidade orgânica* (E. PRESUTTI, *op. cit.*, págs. 260 e segs.).

Esse é o evidente propósito da administração, sem embargo da *forma* por que a gestão do serviço se organizou. Eis porque, como diz o prof. ROLLAND ao escrever sobre a natureza da concessão, «o *serviço gerido, embora organizado por certa forma, ficou, caracterizadamente, um serviço público*», visto que, conferindo a concessão, «o *Estado figurou como propondo-se a organização, em dada forma, de um serviço público*» (Vid. o seu

estudo na *Revue du droit public*, 1909, págs. 520 e segs., *Les retraites des cheminots et le droit...* etc).

É por isso que, na hipótese de serviço público criado por uma câmara municipal, entre a *concessão* e a *municipalização, quanto ao público-cliente*, há identidade na natureza estrutural. Não pode distinguir-se, *neste ponto*, entre serviços directamente explorados e serviços de exploração concedida: o seu conteúdo é o mesmo. Qualquer das formas revela uma obrigação geral e permanente a cargo, da administração para com os seus administrados.

De resto, olhando os serviços públicos actuais, não se encontra um cuja exploração não possa ser concedida — ou o não tenha sido outrora. Os próprios serviços públicos cuja natureza e técnica hoje se reputam absolutamente inconciliáveis com o sistema da concessão, noutros tempos por esta formam tiveram organizado o seu funcionamento normal, e é assim que os *vieux services publics* — como lhes chama DUGUIT — de polícia, de justiça e de defesa nacional, considerados hoje unânimemente como essenciais na noção do *regime de Estado*, andaram concedidos, noutras eras, a particulares. (DUGUIT, cit. estudo na *Revue du droit public*, 1907, págs. 425 e segs., e *Les transformations*, págs. 154 e segs.; G. JÈZE, cit. *Cours*, págs. 283 e segs.; PRESUTTI, *op. cit.*, págs. 270 e segs.; HAURIU, nota em *Sirey*, 1907, III, págs. 33 e segs.).

Haverá de resto, na concessão, algo mais, que se considera *directamente* estipulado entre adminis-

tração e os concessionários, *conseqüências pecuniárias* do acto e facto da concessão? Certamente — e delas me ocuparei a seu tempo. Mas, por alguma cousa que a lei tenha considerado os interesses e a pessoa do concessionário, o que persiste fundamental no conteúdo destas concessões é, por parte das administrações, a instituição dum serviço público.

A despeito de várias resistências ainda, este ponto pode dizer-se hoje inabalavelmente ganho — e os próprios teóricos a quem é ainda predilecta a idea global de um *contracto* na concessão, já transigem em que com elle se institue um serviço público. Assim L. CHABANNE, *op. cit.*, pág. 71 e autores aí citados. Cf. de resto S. ROMANO, *op. cit.*, pág. 194; PRESUTTI, *op. cit.*, págs. 260 e segs.; HAURIU, notas em *Sirey* 1904, III, págs. 81 e segs. e 1907, pág. III, págs. 33 e seg., *Précis*, pág. 694; DUGUIR *Les transformations*, págs. 133 e segs.; JÈZE, cit. *Cours*, págs. 44, 121, e especialmente, 283 e seg.

CAPÍTULO III

CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E CADERNOS DE ENCARGOS

7. O caderno de encargos: seu conteúdo

As condições especiais em que a administração chama a concurso a iniciativa particular e organiza a exploração dos serviços públicos tem o seu assento próprio no instrumento que, communmente, se denomina *caderno de encargos*, e de cujo carácter se tem sempre deduzido a natureza jurídica da concessão.

Uma vez mais, o problema pode ser colocado assim, frisando-se de novo que menos importa a *forma* que aquele acto revista do que o *conteúdo* e condição das suas disposições — que mais rigorosamente o definem. Toda a dificuldade em definir as concessões proveiu, por certo, do facto de durante largos tempos se attribuir a todas as disposições do caderno de encargos a mesma natureza

que promanava do simples *aspecto formal* da concessão, e daí veio julgar-se que todas elas constituíam um bloco contractual. Assim se confundiram sem critério estipulações de feição diversa.

Ora, examinando cuidadosamente alguns dos cadernos de encargos e discriminando-os segundo a natureza dos serviços que as suas estipulações organizam — logo se poderá discernir em dois tipos fundamentais as cláusulas ou condições que neles se contem. Uma delas, expressão dum

a) **acto de natureza legislativa ou regulamentar**

teem, visivelmente, um carácter técnico, como construtivas ou *organizadoras* do funcionamento do serviço que pretende explorar-se. De facto, quando num caderno de encargos de concessão de serviço de transportes colectivos se determina, v. g., qual o precurso das carreiras a servir e garantir, as ligações a estabelecer, o número de veículos, a duração diária da actividade do serviço, as medidas de hygiene e segurança pessoal dos passageiros e agentes — que faz a administração? De uma forma geral ela enuncia todas as *condições em que o serviço funciona e pode ser aproveitado*.

De algumas delas teve COLSON uma nítida idea. Partindo de que estas concessões se compõem de um *caderno de encargos* onde se fixa as condi-

ções da sua construção e exploração, e de uma convenção que vem depois regular as relações financeiras entre a auctoridade concedente e o concessionário — notou o illustre economista a frequência com que num desses textos se incluem cláusulas cujo cabimento natural era no outro. E acentúa que « uma grande parte das regras *que determinam o serviço público de transportes*, já pela sua natureza, já pela sua forma, são apenas *uma das peças do contracto celebrado*... *Resulta daí que algumas delas são, caracteristicamente, verdadeiras medidas de policia, de observância imposta a todos os cidadãos e cuja violação motiva uma repressão penal*... » (*op. cit.*, págs. 24-25).

São estas, com muitas outras, condições cuja natureza não depende, de forma alguma, do individuo proposto à gestão do serviço, e que, aliás impondo-se-lhe, na sua origem lhe não respeitaram *personalmente*.

Se, em vez de concedido, o serviço fôra gerido directamente pela própria administração, essas estipulações seriam indispensáveis e, em tal caso, viriam a ter precisamente igual natureza e apresentariam, de certo, a mesma redacção — e outro tanto aconteceria se, de um momento para o outro, a própria administração se substituisse à iniciativa particular (DUGUIT, *Les transformations*, págs. 136).

Dáí, o seu carácter de *impessoalidade*, de *gene-*

ralidade — como apenas se encontra em certos conceitos tradicionais do direito.

Essas disposições são o esquema da organização do serviço, e tão pouco elas diferem em cada um cuja exploração se organiza, que facilmente se configura um *caderno-tipo* relativo a essas cláusulas, sem largas exigências mesmo de plasticidade.

Traduzindo-se num imperativo à sua missão, significam, quanto ao concessionário, a forma por que êle há de fazer funcionar o serviço e constituem uma *obrigação geral e permanente* no desempenho da missão em que êle se constituiu. É assim que o concessionário não se reputará desobrigado dela se por uma vez *servir* ao cidadão *A*, ao cidadão *B* ou ao cidadão *C*. Há que servir *sempre*, sem a ninguém poder, normalmente, recusar-se.

Todas essas cláusulas, como determinando as condições de aproveitamento do serviço, se dirigem à *universalidade* dos cidadãos e designam as condições em que cada qual pode aproveitar do serviço, da mesma forma que em todas as outras organizações de serviços públicos (instrução, assistência, etc.) as regras respectivas declaram ao público as condições do seu aproveitamento. Nesse caso, semelhantes cláusulas, sendo disposições onde, por via geral, se enuncia uma nova regra jurídica que a todos obriga e que, na área do interesse, protegem as manifestações da von-

tade — teem, materialmente, todas as características do acto jurídico legislativo.

Outra não é a natureza jurídica de tais disposições. São autênticas normas legais ou regulamentares: o seu conjuncto é, *materialmente*, a *lei do serviço* e constitui o seu *regime legal* (JÈZE, notas na *Revue du droit public*, 1905, págs. 345 e segs., 1907, págs. 681 e segs., 1910, págs. 270 e segs.; HAURIOU, notas em *Sirey*, 1904, III, págs. 81 e segs.; 1907, III, págs. 37 e segs.; DUGUIT, estudo cit. na *Revue du droit public*, 1907, págs. 426, 438 e 439, *Les transformations* cit., págs. 133 e segs.; BLUM, conclusões no *arrêt Ministre des travaux publics*, de 11 de março de 1910, na *Revue du droit public*, 1910, págs. 274 e segs.; TEISSIER, conclusões no *arrêt Compagnie des chemins de fer économique du nord*, de 23 de janeiro de 1903, no respectivo *Recueil*, págs. 62 e seg.).

Mas estas cláusulas não constituem, por si só, a concessão de serviço público, que se desdobra em uma *organização de serviço público* e em um conjunto de disposições com outra natureza — que me proponho caracterizar. Assim, quando num caderno de encargos se vê estipulado o prazo da concessão, ou que a administração se obriga a favorecer o concessionário com determinadas subvenções, com êle se compromete na garantia de juros ou pactua relativamente à partilha de lucros, fixa a caução que há de prestar ou as percentagens com que o concessionário há de contribuir — certo é estar-se em face de cláusulas que já não se referem;

de uma maneira geral e abstracta, à organização do serviço, e pelo contrário condicionam a *forma especial* por que a sua exploração foi assegurada.

Aquelas outras estipulações atrás definidas *visavam o público* e definiam strictamente, como disse, as condições em que, organizado o serviço, o público era admitido ao seu aproveitamento. Estava-se em face de uma regra de direito, com seu conteúdo de carácter impessoal, indiferente a quemquer que fôsse encarregado de assegurar ao serviço um regular funcionamento.

Mas, estas outras, não. Qualquer das estipulações com a natureza acima indicada revela-se como *não visando ao público, antes dirigindo-se exclusivamente ao concessionário*, a quem só respeita. Trata-se, evidentemente, de uma segunda categoria de disposições que constituem

b) o acto criador de uma situação jurídica individual

Elas diferem das outras pela natureza dos interesses sobre que versam. Tanto estas agora se destinam à protecção de *interesses privados*, tanto as cláusulas organizadoras do serviço consideraram apenas o *interesse público*.

Por estas estipulações — administração e concessionário convencionam sobre a situação particular que o acto de concessão entre eles criou. Designam assim os termos em que convieram para

que se desse execução ao serviço. Com elas se fixam, como rigorosamente diz HAURIU, as « *conseqüências pecuniárias* resultantes da criação do serviço público concedido » (cit. *Précis*, pref., IX) e por isso elas se movem e limitam num aspecto puramente privado.

Desde a criação do serviço, que provêm da só vontade administrativa, êle possui configurada, é certo, a sua organização: mas a exploração só lha asseguraram estas cláusulas, que talvez possam definir-se como os presupostos ou condições financeiras da exploração futura, porque elas constituem, na verdade, a *condição* do seu funcionamento.

Tão nítido transparece na natureza das outras cláusulas já definidas o carácter geral, abstracto e impessoal — tão acentuado (talvez poderá dizer-se exclusivo) nestas o aspecto eminentemente pessoal das estipulações convindas entre a administração e o concessionário. De resto, elas resultariam insubsistentes se não suposessem uma base anterior de entendimentos, tornados depois nessas convenções, com cuja garantia o serviço vai ter organizada a sua gestão.

Daqui deriva que semelhantes disposições do caderno de encargos apenas se *impõem* aos que na sua formação convieram: e, daí, a sua sanção só abranger a administração e o concessionário.

Não respeitam, nem se impõem, ao público que, de facto, não devia *s'en mêler*, e, contrariamente ao

que se dava na outra categoria de cláusulas, que indistintamente se dirigem e impõem a *todos* os clientes do serviço, estas visam só os pactuantes, a quem vinculam por forma *inalterável*, limitado a êles o seu *alcance e eficácia*, e nos precisos termos em que ali ficou consignada a obrigação.

Estamos em puro campo contractual, é evidente. Por essas normas se criou regularmente uma situação jurídica subjectiva ou individual que, caracterizada pela sua estabilidade, só por um novo acto jurídico da mesma natureza pode, normalmente, ser modificada.

CAPÍTULO IV

A NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

8. Como deve caracterizar-se a concessão. Sua verdadeira natureza jurídica: lei-convenção

A concessão de exploração de serviços públicos apresenta-se assim com uma especial natureza jurídica, desdobrada nos dois actos de vontade que considerei.

Criando e organizando o serviço, definindo por via geral o seu regime — a administração pronunciou-se segundo um acto da sua só vontade. E interveiu só, porque a ela exclusivamente tocava uma declaração de vontade com tal fim (ROLLAND, estudo na *Revue du droit public*, 1910, págs. 116 e ségs.; DUGUIT, *Les transformations*, págs. 156 e ségs).

Trata-se, *formalmente*, em regra, de um acto administrativo e de um acto administrativo uni-

lateral? É certo. Essa aparência, todavia, não modifica a estrutura jurídica do conjunto de disposições analisadas, cuja natureza, seguindo DUGUIT e JÉZE, convenho em caracterizar como *legal* ou *regulamentar*.

Mas o acto de concessão não está perfeito ainda. Como, por virtude de determinada política administrativa, há que fazer apêlo à iniciativa ou colaboração dos particulares, é chegada a hora de a administração e o concessionário participarem na formação do acto criador de uma situação jurídica subjectiva bem nítida. As suas declarações de vontade, conformes ao direito, e propondo-se visivelmente um fim de serviço público, dão origem a obrigações concretas de parte a parte. Completa-se assim o acto legislativo ou regulamentar com o acto criador de uma situação jurídica individual.

Não há forma de reduzir a concessão de serviços públicos a um só aspecto, porque ela exorbita forçosamente de qualquer quadro em que queiramos contê-la. Simultâneamenté determinada pelo *interêsse público* que vai servir, e pelos *interêsses privados* despertados no concessionário, ela deve ser definida, evidentemente, pelos dois aspectos. Querer reduzi-la a uma unidade jurídica não é pretender defini-la com mais rigor. É, se bem creio, pretender desembaraçar-se de dificuldades e considerar tudo em conjunto, como se, pelo sim-

ples facto de se não distinguir, se não confundisse também.

E, pela forma enunciada, julgo ter ficado bem determinado aquilo que na concessão existe significando a só actividade administrativa, a sua livre iniciativa e disposição — e, em contraste, aquilo que nela há constituindo uma verdadeira situação jurídica individual, em cuja formação concorreram a administração e o concessionário.

Eis porque, para bem a definir, aceito a título de expressão geral a recente designação sugerida por DUGUIT, quando define a concessão de serviço público como o tipo perfeito da *lei-convenção* (*Les transformations*, pág. 137).

9. O duplo aspecto da concessão

Esta caracterização satisfaz a natureza própria de todo o mecanismo da concessão. Configurando como *legais* ou *regulamentares* as disposições organizadoras do regime legal do serviço, ela explica bem a *susceptibilidade* da sua modificação por via legislativa ou administrativa; dizendo criadoras de uma situação jurídica subjectiva as cláusulas que fixam *por maneira particular* as obrigações recíprocas em que se cons-

tituíram administração e concessionário, significa com rigor a sua *estabilidade*, a sua *inalterabilidade*.

**a) susceptibilidade de modificação
nas condições relativas ao funcionamento do serviço**

Porquê a susceptibilidade de modificação, por via legislativa ou administrativa, das condições que na concessão estabelecem a organização e funcionamento do serviço?

Porque elas seguem a natureza do regime de serviço público que estruturalmente criam. E como as necessidades que êste há de satisfazer são de carácter variável — por muito previdente que se haja sido no regulamento das condições de exploração, essas previsões veem em regra a ser excedidas (vid. cit. conclusões de BLUM, *loc. cit.*), e daí o poder, que deve atribuir-se às administrações, de imporem uma regulamentação mais perfeita, sempre que aquela esteja em desequilíbrio com as necessidades do público, em atenção às quais foi criado.

Dir-se-há que o concessionário ficou juiz dessas necessidades, já que foi encarregado de fazer funcionar o serviço, e de lhe proporcionar execução regular e bastante, já que, se a administração quiser melhorias no seu funcionamento e nelas não convier aquele — lá lhe está reservado o direito de considerar caduca a concessão.

Mas mal garantido ficara, em geral, o interesse público, se apenas entregue à livre disposição do concessionário, de regra interessado somente em engrossar os rendimentos de exploração e em diminuir os seus *ônere* — e, quanto à última alegação, deve responder-se que semelhante direito de considerar caduca a concessão não foi geralmente consignado para tal hipótese. É uma sanção grave e de funesto emprêgo, grave demais para ser logo aplicada. E quando para as faltas não graves se reserva unicamente a pena de morte — há todo o risco de as deixar impunes (BLUM, *loc. cit.*).

Ora, tal como se diz no magistral relatório da lei francesa de 3 de dezembro de 1908, relativa à concordância das vias férreas com as vias navegáveis, se na exploração dos serviços públicos o Estado se substituiu por um concessionário, fê-lo com a subentendida condição de que o serviço haveria de corresponder a todas as necessidades reconhecidas pela administração competente. É por isso certo que, sem embargo da concessão feita, o Estado não transige sobre a verdadeira obrigação que lhe incumbe de salvaguardar constantemente os interesses públicos, e nesse intuito terá que *intervir*, a prescrever novas disposições e a impôr ao concessionário determinações novas que não podiam prever-se no momento de conferir-se a concessão. *Se por um instante se*

admitisse que, por efeito dos contractos de concessão, a vontade dos concessionários poderia embargar as decisões tomadas pela administração num fim de utilidade pública — tornava-se necessário condenar irremediavelmente o sistema das concessões como contrário aos interesses gerais (repr. do extracto a pág. 288 do cit. *Cours de droit public*, do prof. JÈZE).

Erro fôra evidentemente crer-se que o Estado, pelo facto de conferir a concessão, se tenha abandonado nas mãos do concessionário, não apenas renunciando aos seus direitos, mas esquivando-se aos seus deveres.

Como diz o Prof. ROLLAND, ainda mesmo que o Estado o quisesse, não o poderia fazer sem que juridicamente faltasse à sua missão, visto que a sua responsabilidade e autoridade não cessam no dia em que confere a concessão, e, ao contrário, depois de a haver conferido, perante a universalidade dos cidadãos fica por fiador de um funcionamento regular e contínuo, cómodo e suficiente (vid. cit. conclusões de BLUM, *loc. cit.*, pág. 285).

Sucedará por vezes que, *intervindo* no sentido de assegurar uma exploração mais perfeita do serviço, o Estado ou as administrações criem uma situação de *credor* para o concessionário? Não cuidado agora do problema, limitando-me a acentuar que as administrações possuem, sem contestação, aquele poder.

Esse poder, essa prerrogativa, da administração podemos vir logo prevenida e convenientemente resguardada no próprio caderno de encargos da concessão respectiva. Nesse caso, o uso da atribuição não suscita dificuldades de qualquer ordem, nem dará motivo a que o concessionário exija qualquer prestação ou indemnização além do que tiver sido acordado, porque a inserção dessa cláusula, tendo é certo um carácter aleatório, já lhe fez prever a probabilidade de modificação das condições de exploração de serviço — e entrou com certeza no orçamento dos seus encargos. O concessionário não terá que surpreender-se, nesse caso — e não deve esperar que, dado o facto, em seu proveito se constitua qualquer direito a uma remuneração suplementar.

E quando nesse intuito, por via legislativa ou administrativa (*e previamente ouvidos os concessionários*, seja notado), se imponha uma nova regulamentação do serviço — é positivo que o Estado não alterou a natureza fundamental da obrigação em que se constituiu, de início, o concessionário. Apenas a sua prestação se tornou mais difícil, mais *onerosa*. Quando amanhã se façam adoptar pelas companhias concessionárias dos caminhos de ferro, por exemplo, mais rigorosas medidas de segurança quanto ao atravessamento de tuneis ou quanto às condições de segurança dos passageiros que transportam, nunca poderá dizer-se que o Estado está faltando ao contratado, exigindo além do pactuado, iludindo a *boa-fé* do contracto ou *alterando* a natureza da obrigação em que para

com êle se constituiu o concessionário. O Estado nada disso fez.

Isso equivaleria a privar de força obrigatória os próprios contractos — e eis uma cousa que o Estado não fez nem poderia fazer (DUGUIT, *Les transformations*, pág. 163).

Por se ter tornado *mais onerosa ou difficil a execução* da prestação, não se alterou forçosamente a natureza desta. Em que consistia ela? Em organizar a exploração de determinado serviço público, e proporcionar-lha de maneira que corresponda às necessidades públicas. E assim permaneceu...

Simplesmente, deu-se a circunstância de que as administrações, entendendo que o interesse da execução dos serviços públicos exigia imperiosamente uma qualquer modificação no mecanismo do seu funcionamento, se consideraram justamente com o poder de *intervir* e ordenar novas medidas que a utilidade pública lhe pareceu comportar — no âmbito extra-contractual (cit. relatório da lei francesa de 3 de dezembro de 1908, *loc. cit.*).

Apenas se modificou o *regime legal* do serviço, portanto. Mas é justamente essa susceptibilidade de modificação que caracteriza os actos tais como os organizadores de um serviço público (JÈZE, cit. *Cours*, pág. 88, e cit. relatório, *ibidem*, pág. 288).

Não se pense, de resto, que seja sem limites o poder de, por via legislativa ou administrativa, modificar certas cláusulas

no caderno de encargos. E justamente porque este ponto ainda o não vi desenvolvido, devo consignar aqui que essas modificações são naturalmente limitadas pelos factores:

1) *O interesse público manifestado*. — Este constitui decerto, e fundamentalmente, um limite ao poder de modificar as condições do caderno de encargos no que se refira ao funcionamento ou exploração do serviço.

O interesse público, que é o *fundamento* das novas regulamentações quanto ao funcionamento dos serviços públicos, deve ser também o seu *limite*. Compreende-se que em virtude de necessidades de interesse geral, e que não encontrem satisfação bastante na forma por que os serviços teem organizada a sua exploração, as administrações se decidam a decretar uma nova forma em que elas sejam manifestamente atendidas. Mas isto, que é juridicamente rigoroso, não pode ser executado em cada dia, nem pode a administração estar, a cada passo, a provocar novas alterações no funcionamento do serviço. *Do interesse público só é juiz a administração*: a autoridade judicial não tem que averiguar das suas necessidades. *E é justamente por esse motivo que todo o escrúpulo é pouco quando se trata de avaliar quais as necessidades que realmente constituem o interesse público*, que, sendo o *fundamento juridico dêsse poder*, deve ser também, em regra, o seu *limite* (JÈZE, nota na *Revue du droit public*, 1910, pág. 290).

2) *A natureza das cláusulas que pretende modificar-se* — também constitui limite, visto que só são susceptíveis de novo arranjo, e só são susceptíveis de modificação pela livre disposição do parlamento ou das administrações, as condições que possuam carácter regulamentar, na organização e funcionamento do serviço público considerado (JÈZE, cit. *Cours*, págs. 86 e seg.).

3) *O fim de melhoramento do serviço* como limite tem, também, de considerar-se pois que se pela rigorosa noção e caracteres do regime de serviço público, e no intuito de *bene-*

ficio constante dos administrados, se admite realmente a susceptibilidade de modificação das cláusulas referentes aos termos da exploração e funcionamento do serviço — esse poder só é *legalmente exercido* quando o seu desempenho visa o fim de aperfeiçoamento do serviço considerado, que é justamente o fundamento jurídico da atribuição desse poder.

A autoridade que se servisse do poder de modificar essa categoria de cláusulas sem se determinar única e exclusivamente por esse *fim de melhoramento* na exploração do serviço tê-lo-ia exercido ilegalmente, teria cometido um *desvio de poder* (*détournement de pouvoir*), pois, tendo-lhe sido atribuída *certa competência* em vista de *fins determinados*, essa competência se exercitaria determinada, afinal, por circunstâncias diferentes.

De resto, seria atentar contra a verdadeira noção do serviço público aceitar-se que por via legislativa ou administrativa pudesse dispor-se novamente quanto às condições referidas, com fins outros que não o progresso reclamado no seu funcionamento pelas necessidades públicas, — se foi só em atenção a estas que o próprio serviço se criou. Por isso, é de repelir que o parlamento ou as administrações modifiquem ou suprimam essas cláusulas apenas com o propósito de obter quaisquer vantagens económicas que dessa alteração proviessem ou com qualquer outro intuito que não o apontado.

b) inalterabilidade das condições que constituem a situação particular criada pela concessão

De carácter absolutamente contraposto a este, são as cláusulas em que se define a *situação particular* que entre a administração e o concessionário se forma pelo acto e facto da concessão.

Essas disposições criaram, como já disse, uma situação jurídica subjectiva ou individual — e esta caracteriza-se pela sua *inalterabilidade*, pela sua *estabilidade*. Nascida das duas manifestações de vontade que convieram na sua criação, só por um novo acto jurídico de igual natureza essa situação criada pode modificar-se ou extinguir-se.

Tal situação jurídica prevalece *normalmente* sobre os desejos por qualquer forma manifestados, ou pela administração ou pelo *público*, que pode dizer-se ter sido estranho ao estabelecimento dessas condições, visto que elas versaram essencialmente o interesse *privado* do concessionário, constituindo o entendimento financeiro mediante o qual êle se encarregará de organizar a exploração do serviço.

O legislador e as administrações não podem atingir o domínio dessa situação subjectiva, — porque, se lhes é lícito, por via *geral e impessoal*, modificar os *efeitos jurídicos gerais* que venham a ser complemento de uma situação subjectiva regularmente criada, não podem modificar a sua essência ou regime. As condições que a definem, os seus próprios termos são, normalmente, os limites da obrigação contraída, tendo-se por elas criado uma definida situação jurídica de credor e devedor.

Legislar o parlamento para ela regime diverso, ou imporem as administrações qualquer determinação modificando essas cláusulas, seria juridi-

camente nulo, porque não pode o parlamento, menos as administrações, atingir ou perturbar o domínio dum situação jurídica subjectiva.

Votada por aquele uma lei em que se contivesse a supressão ou a alteração de uma situação jurídica individual, imediatamente poderia ser definida em juízo a ilegalidade do diploma, porque, na hipótese, como autorizadamente diz DUGUIT, êsse acto, provindo embora do parlamento, não seria um acto legislativo material: constituia apenas uma decisão individual, desprovida de força para suprimir uma obrigação contractual, que ao próprio Estado tem de impor-se, se êle é um dos contractantes — como succede muitas vezes.

Os tribunais, em face de tal decisão do parlamento, só deviam reputá-la como inexistente, por que essa era a consequência lógica do carácter obrigatório dos contractos com o Estado. Já não se tratava da averiguação melindrosa da responsabilidade dêste por virtude do exercício da função legislativa, mas do ponto, relativamente singelo, de determinar a existência e extensão das obrigações contractuais, para cuja supressão o parlamento é incapaz (DUGUIT, *Traité*, t. I, pág. 178, *observation*).

10. Significado actual da concessão de serviços públicos

Qual é, então, o significado contemporâneo da concessão? Dissipa-se a noção da concessão como um contracto global e a situação do concessionário como a dum contractante mais que todos privilegiado pela sua omnipotência em relação ao público, e pelas suas prerrogativas em face do Estado e das administrações.

O chamado contracto de concessão entrou em crise. Não possui a rigidez que em outras eras se lhe atribuiu, nem se crê já inteiramente contractual a situação dêle resultante. Admitida a discriminação do seu conteúdo em *condições financeiras*, que são propriamente o objecto do contracto, e condições de funcionamento do serviço concedido — estas escapam ao domínio do contracto na medida em que as necessidades do público excedem o acôrdo particular, para nessa mesma medida se sujeitarem apenas à faculdade regulamentária (HAURIOU, nota cit. em *Sirey*, 1911, III, 1 e segs.).

A situação do concessionário modificou-se? Sem dúvida. Quer isto dizer que se tenha tornado precária? Não. Simplesmente não é tão tranqüilla (HAURIOU, nota anteriormente cit.).

A sua missão actual é a de assegurar ao serviço, não a exploração materialmente convinda no

acto de concessão, por vezes tão remoto, mas sim uma exploração a par com as exigências do público que continua servindo. Por isso, o concessionário deve *prever* que, legislativa ou administrativamente, lhe seja imposto um regime mais perfeito — certamente mais oneroso de assegurar.

Não se diga que por essa forma fica o concessionário em perpétua sujeição à entidade concedente, perante esta nada valendo os termos em que se lhe atribuiu a concessão, e que aquela fiá de, a cada passo, aproveitar da sua prerrogativa, para, lisonjeando o interêsse público, fazer variar e agravar as cláusulas do caderno de encargos relativas ao funcionamento do serviço. Por forma alguma a doutrina exposta dá margem a autorizá-lo, visto que êsse poder de *intervenção* se embarga, já nos limites que assinalei, já no receio de novas obrigações que o Estado e as administrações temam ver criadas a seu cargo pelo facto dessa *intervenção*.

Poderá reccar-se que, com successivas modificações no regime do serviço, seja perturbado por tal forma o equilíbrio financeiro, base de entendimento para a sua exploração, que se torne impossível a permanência do concessionário como seu organizador? É provável. Mas, justamente, a doutrina que sigo considera que essa circunstância pode dar ensejo a que em favor dêle se crie, em condições várias, uma situação de titular, já de uma remuneração suplementar pelo que tiver de prestar

além do que era conjecturável, já, caso extremo, do direito de rescisão da concessão, em seu favor.

Daí, estas palavras de HAURIUO ao comentar a jurisprudência que o *Conséil d'État* tão maravilhosa e lúcidamente tem definido: « Não há que escandalizar nem sequer que inquietar por causa desta jurisprudência — nem deve clamar-se que se trata, então, de um contracto leonino ou que já desapareceram dos contractos todas as noções elementares da boa fé. A perspectiva das indemnizações a pagar há de impedir que as administrações públicas abusem do direito que se lhes reconhece de agravar os encargos do serviço concedido — e só dêle virão a usar quando as necessidades públicas o exigirem imperiosamente » (nota em *Sirey*, 1911, III, págs. 1 e segs.).

Êste princípio o enunciei também, e o desenvolvi acima, ao dizer que se o *interêsse público* era, normalmente, o *fundamento jurídico* necessário dos actos administrativos com fim a uma nova regulamentação do funcionamento do serviço — êle devia ser, do mesmo passo, o seu *limite*.

Quanto terreno cede a feição rigorosamente contractual do acto de concessão perante a ideia de que ela contém, fundamentalmente, uma instituição de serviço público e, a par, um acôrdo financeiro, base da exploração a assegurar!

O acto de concessão fica assim considerado como a grande *base de entendimentos* entre a entidade concedente e o concessionário, no que àquela respeita, e revela que se visou *uma certa exploração*, reputada a necessária e suficiente para as condições da época a que se destinou. Mas, nem teórica nem praticamente pode admitir-se que o acto de concessão tenha pretendido fixar como invariáveis as condições do funcionamento do serviço. Seria o passado a viver intransformável e inaperteçoável em cada dia de hoje, e a prometer-se o mesmo para toda a era da concessão.

Por vezes a administração terá necessidade de exorbitar da exploração primitiva? Pois bem! *Há de regular-se segundo a economia, segundo as condições internas* do acto de concessão, que se bastará a si próprio, o estudo das repercussões financeiras causadas no património do Estado ou das administrações pelo facto de assim serem agravados os encargos que essas cláusulas comportam e nelas se encontravam definidos.

Estes se me afiguram os bons princípios para a resolução das principais dificuldades suscitadas na determinação da natureza jurídica das concessões de serviços públicos.

Outras, que ainda subsistem, ousou esperar que em futuros estudos as venha a vencer.

INDICE

	Pág.
Duas palavras	7
Bibliografia	9-11

CAPÍTULO I

Introdução	13-53
1. Concessões de obras públicas e concessões de exploração de serviços públicos	13-20
2. A noção de «obras públicas» nas concessões	20-35
3. Evolução das doutrinas sobre a natureza jurídica destas concessões: a noção de serviço público	35-53

CAPÍTULO II

O regime de serviço público	55-78
4. A noção de serviço público no direito público actual	55-61
5. Caracteres do regime de serviço público	61-73
a) regularidade e continuidade	61-67
b) actualidade	67-70
c) destino ao público	70-73
6. A organização da exploração dos serviços públicos: suas formas. A noção fundamental da concessão	73-78

CAPÍTULO III

	Pág.
Concessões de serviços públicos e cadernos de encargos	79-86
7. O caderno de encargos: seu conteúdo	79-86
a) o acto de natureza legislativa ou regulamentar	80-84
b) o acto criador de uma situação jurídica individual	84-86

CAPÍTULO IV

A natureza jurídica da concessão de serviços públicos	87-102
8. Como deve caracterizar-se a concessão. Sua verdadeira natureza jurídica: lei-convenção	87-89
9. O duplo aspecto da concessão	89-98
a) susceptibilidade de modificação nas condições relativas ao funcionamento do serviço	90-96
b) inalterabilidade das condições que constituem a situação particular criada pela concessão	96-98
10. Significado actual da concessão de serviços públicos	99-102