

# Conceito e natureza jurídica dos serviços públicos (\*)

PAULO DE GUSMÃO

Advogado de ofício

Sumário : I — Conceituação ; II — Natureza Jurídica da concessão do Serviço Público.

**O** TERMO concessão é tomado, às vezes, num sentido amplo de mais, abrangendo outros atos administrativos que excedem ao seu significado técnico jurídico.

Devemos distinguir a concessão das *autorizações* e das *admissões*.

A autorização pode ser tomada em dois sentidos: num ela é a outorga de competência especial de um órgão administrativo a outro; no outro a autorização consiste no ato administrativo discricionário, pelo qual é permitida ao particular exercer uma atividade vedada pela lei genericamente, podendo em determinados casos a administração permiti-la, quando julgar conveniente.

A *autorização* é ato unilateral, na qual a atitude do particular solicitando a permissão, não entra a sua formação, que só existe pela permissão da autoridade administrativa.

A *admissão*, pelo contrário, é o ato administrativo pelo qual a administração, reconhecendo na pessoa competência, isto é, requisitos ou qualidades exigidas pelas leis ou regulamentos, para exercer uma função ou o uso de um bem público, permite ao particular tal atividade ou uso.

Tendo a pessoa êsses requisitos, está capacitada para exercê-los, desde que seja solicitada a administração.

Divergimos daqueles que consideram a administração obrigada em permitir quando o particular preencher os requisitos exigidos, porque ela é soberana e tem a faculdade de conceder ou não; desta forma não podemos compreender que exista para as pessoas privadas um verdadeiro direito a esta permissão, mas sim uma faculdade jurídica-

mente protegida, faltando, como sabemos, os outros elementos que compõem o direito subjetivo.

A concessão para certos autores seria o ato administrativo que cria direitos, anteriormente inexistentes, para certas pessoas.

Outros pretendem que por ela são criados direitos e obrigações aos particulares.

FRITZ FLEINER acha que pela concessão, a administração concede ao particular, "*un derecho que no habia tenido hasta entonces, su esfera juridica individual se ensancha*". (pág. 279).

De fato a concessão dá origem a direitos e obrigações tanto aos particulares, como a administração.

Na concessão de serviço público se incumbe a uma pessoa a exploração de um serviço que esta exercerá em nome próprio.

(\*) BIELSA, RAFAEL — "*Derecho Administrativo*" Tomo I, Bueno Ayres 1938, pág. 303.

BRAGA, GABINO — "*Derecho Administrativo*" México 1939, pág. 339.

CAMPOS, FRANCISCO — "*Direito Administrativo*" Liv. Forense 1943, pág. 173.

CAVALCANTI, THEMISTOCLES B. — "*Instituições de direito administrativo brasileiro*, 1936, pág. 252.

CAVALCANTI, THEMISTOCLES B. — "*Tratado de direito Administrativo* — 1943, volume II, pág. 339 e volume IV, pág. 368.

FRITZ FLEINER "*Instituciones de Derecho Administrativo*" Labor 1933, pág. 297.

PICCIRILLI, RODOLFO — "*El privilegio en las concesiones de servicios públicos*" Buenos Ayres 1936.

PRESUTTI, ERRICO — "*Instituzioni di diritto amministrativo Italiano*" volume primo, Athenaeum, MCXVII, página 193.

OVIDO, CARLOS GARCIA — "*Instituciones de derecho administrativo*" — Sevilha 1927, pág. 297.

A concessão pode ser de obra pública e de serviço público.

As obras públicas podem ser executadas diretamente pela administração, por empreitada ou por concessão de obra pública, a qual só pode ser por tempo determinado.

Entre a concessão de serviços públicos e a de obras públicas existe grande diferença, apesar de terem pontos similares.

Enquanto a concessão de serviço público pressupõe a gestão de um serviço público, a de obra pública a execução de uma obra destinada a um serviço público.

A concessão de serviço público não pressupõe a construção de obras, porque ou esta já existe ou não é necessária.

A concessão de serviço público não pode abranger todos os serviços públicos, existem certos serviços que o Estado não pode confiar a ninguém, a não ser aquêles que a Constituição delega poderes para exercê-lo. Outros não podem porque não poderia deles tirar lucro o particular e outros, por fim, porque colocaria em perigo a coletividade.

A execução dos serviços públicos, em regra geral, deve ser executada pelo Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, excepcionalmente executados por terceiros, por motivos econômicos, políticos e mesmo administrativos.

Pode ser confiado o serviço público por meio de concessão, tanto a pessoa física como a jurídica.

O tempo da concessão não deve ser breve, sendo geralmente longo, determinado e não indeterminado, de modo a poder satisfazer os interesses de ambas as partes.

Transcorrido o prazo estabelecido pela concessão, para que o particular exerça o serviço público, passa êste para o Estado.

O concessionário age em nome próprio, sendo delegado pela administração os poderes necessários indispensáveis ao exercício do serviço; daí ser responsável pelo serviço o concessionário, respondendo por todos os riscos.

O concessionário é remunerado em todo ou em parte pelos tributos de quem se serve do serviço, tributo êsse determinado em tarifas.

Estas por sua vez podem ser modificadas, porém, não arbitrariamente pela administração, mas, ao contrário, mediante acôrdo prévio entre a autoridade administrativa e o concessionário.

A concessão é pessoal, "*intuitu personae*", isto é, a administração leva em consideração a idoneidade técnica e moral do concessionário, empregando-se o termo *técnica*, na acepção *lacta* do vocábulo.

Estas são as características gerais da concessão.

Depois de têmos em breves palavras analisada a concessão do serviço público, procuraremos defini-la sob um conceito eclético.

Para nós, concessão seria o contrato de direito público que confere a uma pessoa, por um tempo determinado, um serviço público, o qual não pode pelo concessionário ser cedido a outrem (*intuitu personae*), exercendo em nome próprio, remunerando-se com os tributos pagos pelos que se utilizam dêste serviço, de acôrdo com as tarifas prefixadas por ambas as partes, sendo delegado pela administração ao concessionário poderes públicos indispensáveis ao exercício da função, respondendo êle exclusivamente por todos os riscos que der causa.

## II — NATUREZA JURÍDICA

A doutrina não está de acôrdo no determinar a natureza jurídica da concessão do serviço público, havendo mesmo um debate acadêmico nesta tormentosa questão.

O problema de conceituar a natureza jurídica da concessão, apesar de não variar as relações jurídicas entre concedentes e concessionário conforme filio-mos a uma ou outra tendência doutrinária, é de relevante importância excedendo o valor doutrinário para ter uma maior importância prática, pois dela depende a determinação de quais os princípios a serem adotados na sua interpretação.

BIELSA acha que a conceituação jurídica da concessão é importante porque "*segun se acpete una uotra se determinará un régimen jurídico y legal diverso, ya de derecho público, ya de derecho privado*" (pág. 319).

A larga e difusa controvérsia sôbre tão tormentoso assunto pode ser dividida e agrupada em três grandes correntes ou teorias: as unilaterais, as contratuais e as mistas ou ecléticas.

As *unilaterais* concebem a concessão como um ato administrativo unilateral, outros, pertencentes a esta mesma tendência, concebem já por outro lado como constituindo de dois atos administrativos unilaterais, o do concessionário e o do concedente.

PRESUTTI classifica a concessão como um ato administrativo unilateral. O autor tem do contrato um conceito restrito quando declara:

“La concessione pero non è un contrato ne un atto giuridico di diritto privato. Vi ripugna il suo oggetto, il quale, essendo o un ufficio publico, o un servizio publico, o un diritto di uso su beni demaniali, è necessariamente cosa fuori commercio, mentre per l'art. 1116 Cod. Civ. solo le cose in commercio possono formare oggetto di contrato. (pág. 195).

E' de se notar que muitas disposições contidas no Código Civil ou comercial tem um âmbito mais geral, estendendo-se a todos os ramos do direito, entre elas está o conceito do contrato.

FRITZ FLEINER acha que a concessão é um ato unilateral da administração “*obtendo-a o particular por um ato unilateral de la soberania del Estado, por um decreto*”. (pág. 279).

A teoria unilateral vê na concessão o exercício por parte do Estado de seu “*jus imperii*”.

Os *contratualistas*, por sua vez, também não estão de pleno acôrdo, pois ora concebem-na como um contrato de direito público ora como de direito privado; existindo uma certa corrente que procura harmonizar estas duas tendências, vendo na concessão um contrato misto, isto é, de direito público e privado.

Para *mista* ou eclética teria dois aspectos ou momentos a concessão, sendo êles um ato administrativo e um contrato de direito privado.

“La única solución aceptable es pues, la de considerar como ya lo ha hecho gran parte de la doctrina jurídica, que le concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos que por estar condicionados unos a otros, no hacen perder el unos caracter unitário a la concesión.

Esos tres elementos son: un acto reglamentario, un acto condicion y un contrato” (Pág. 352). (GABINO BRAGA).

O ato regulamentar, segundo o citado autor, é aquêles ato anterior à concessão, pelo qual são fixadas as normas que devem subordinar a execução e a organização do serviço.

O segundo elemento “el acto condición, es una consecuencia necesaria y forzosa de la parte regla-

mentaria, puesto que los poderes y obligaciones que la ley atribuy e al concessionario, como son por exemplo, las facultades de expropiar, de gozar de ciertas franquicias fiscales etc., requieren para su aplicación un acto intermedio, que es precisamente el acto de concesión, el cual viene así a condicionar la atribución a un caso concreto de la situación prevista por la Ley”. (Pág. 354).

Quanto ao terceiro elemento é constituido “además de la cláusulas de que hemos hablado concediendo ciertas ventajas pecuniárias al concesionario, pero las cuales pueden dejar de existir en un derecho para el concesionario de mucha mayor importancia jurídica, puesto que representa para el la verdadera protección de sus intereses y la garantía más firme para sus inversiones”. (Pág. 355).

Aquêles que procuram ver a natureza jurídica da concessão como sendo um ato unilateral, assim o acham porque consiste, segundo êsses autores, na manifestação unilateral do concedente, não podendo ser contrato porque o objeto está fora do comércio e ainda porque não podem ser discutidas as cláusulas contratuais pelas partes interessadas.

Não sendo contrato de direito privado, dizem outros, porque seus efeitos não podem ser regulados pelas normas dêste ramo do direito, nem tão pouco de direito público, porque nêle não existe essa figura jurídica e ainda mais porque o contrato pressupõe a igualdade entre as partes, que não pode haver no direito público.

Outros vêm na concessão dois atos unilaterais a saber: o do Estado que é o ato administrativo e o do particular que é um ato do direito privado, não se fundindo em um só ato, dada a disparidade entre suas naturezas jurídicas.

Os que explicam como sendo um contrato de direito privado, dizem que é necessário o consentimento de ambas as partes, para dar origem a relação jurídica, conferindo a ambas direitos e deveres.

E' também larga e difusa a controvérsia entre os autores que se filiam a correntes contratualistas, no determinar a sua tipicidade, que para uns seria de mandato, para outros locação de serviço etc. Havendo mesmo, entre eles, aquêles que vêm na concessão a preexistência de elementos dêsses vários tipos de negócios jurídicos bilaterais, formando um contrato *sui-generis*.

Como contrato de direito misto acham, outros, que a formação da concessão é regulada por nor-

mas de direito privado, quanto ao contrato e por normas de direito público.

Divergindo desta opinião alguns autores acham que o contrato não é figura do direito privado exclusivamente, mas pertence à teoria geral do direito, podendo ser tanto de direito público como de direito privado e que a concessão é contrato porque nela existe todos os elementos do contrato, porém não o é de direito privado, mas de *direito público*, pelo objeto, pelo escôpo e pela natureza das relações. Para nós esta teoria é a mais aceitável.

São partidários da concessão como contrato de direito público, GASTON JÈZE, UGO FORTI, THEMISTOCLES B. CAVALCANTI.

KRAMMERER, citado por Themistocles Cavalcanti, acha que o contrato não é uma figura jurídica só do direito privado, mas também aplicável ao direito público. Para determinar se é de direito privado ou público deve o intérprete indagar o escôpo dêste, se é um bem geral, interêsse coletivo, é público, no caso contrário é privado. Porém se os dois interêsses estão em conflito, ou melhor, se no mesmo ato preexistem os dois escôpos, a natureza jurídica dêste será fixada por aquêle que fôr predominante, que para nós em via de regra é o coletivo.

Outros concebem a concessão como um ato do poder público, um ato administrativo, mas que por si só não dá origem a concessão, necessitando do acôrdo de vontade entre o Estado e o particular, para ela se aperfeiçoar, êste acôrdo é que origina a concessão, que é portanto um ato administrativo e um outro ato de direito privado.

JÈZE acha que a concessão pelo seu objeto, que é um serviço público, não pode ser regido por normas de direito privado e tendo assim uma natureza jurídica especial.

Depois de em breves palavras apresentarmos as várias correntes doutrinárias, que entrecrocamos entre si, é o momento de tomarmos uma posição nêste árduo e debatido problema.

Estamos com aquêles que vêm na concessão um contrato de direito público.

Não poderíamos concebê-la como um ato unilateral, por ser imprescindível o consentimento do concessionário.

Sobre êste aspecto podemos caracterizá-la com um contrato, porque êste é o ato que pressupõe o acôrdo de duas ou mais vontades, com o escôpo de criar uma relação jurídica, dando origem a direitos e obrigações entre as partes.

Concebendo o contrato sob êsse conceito amplo, não é possível restringí-lo ao campo do direito privado, no seu conceito geral pertence a ciência do direito, isto é, o direito considerado na sua unidade, ou como diz DUGUIT, "o contrato é uma certa categoria jurídica".

Se o direito, segundo a opinião quase dominante, tem um aspecto unitário, sendo a divisão em público e privado, o meio da doutrina explicar dois momentos de ser de um mesmo fenômeno, pois o direito tem sempre por escôpo social, um interêsse geral a tutelar e se no Estado moderno se acentua cada vez mais o aspecto publicístico do direito privado, não podemos compreender que exista figura jurídica que possa ser enquadrada numa pretensa parte do direito, não podendo ser estendida a outra quando compreendemos o direito sob um conceito orgânico e unitário.

O conceito de contrato, é deduzido dos princípios gerais do ordenamento jurídico como unidade e aplicado a todo o direito.

Por outro lado pretenderem que não pode ser contrato por estar o objeto fora do comércio, não prevalece, porque não se aliena o bem público, mas a concessão é para o exercício de um serviço e a sua remuneração é satisfeita pelo próprio uso da coletividade, do bem ou do serviço público.

Para existência da concessão é necessário o consentimento do particular, porque não pode obrigar o Estado a uma pessoa, a exercer uma atividade fora daquelas que por lei estão obrigados todos.

Êste consentimento é contemporâneo com a vontade do Estado e com esta se funde contratualmente.

O fato de não poder o particular discutir as cláusulas impostas pelo Estado, não impossibilita

a sua conceituação contratual, porque no próprio direito civil existe um tipo de negócio jurídico no qual uma parte só impõe condições e a outra adere com o seu consentimento, sem poder modifica-las é o chamado contrato de adesão; no direito do trabalho o contrato coletivo do trabalho, cuja natureza jurídica é considerada como um contrato normativo, se aproxima desse tipo de negócio jurídico.

A concessão só existe no momento que se efetiva o acôrdo entre as partes.

No direito público o tratado, a concordata, as convenções não deixam de ser contratos em seus princípios gerais, não importando a sua denominação jurídica, porque o que caracteriza um instituto não é o seu *nomem iuris*, mas sim o seu conteúdo, a sua essência, ou a sua inteligência.

Em conclusão, a concessão é um contrato de direito público, oneroso, pessoal (*intuitu personae*) isto é, levando em consideração as qualidades pessoais do concessionário, sinalagmático, porque obriga reciprocamente ambas as partes.