

Introdução às concessões de serviços públicos

FRANCISCO BURKINSKI

Técnico de Orçamento

SUMÁRIO: — I. Funções administrativas no Estado liberal e no Estado moderno — II. Origem das concessões de serviços públicos — III. Serviço público e serviço de utilidade pública — IV. Modalidades na execução dos serviços públicos — V. Concessão, autorização e admissão — VI. Concessão de minas, de obra pública e de serviço público — VII. Autorização legislativa da concessão — VIII. Concorrência pública — IX. A competência nas concessões de serviços públicos.

DE TODOS os institutos do direito administrativo, a concessão de serviços públicos, pelas peculiaridades de que se reveste, impõe uma apreciação geral introdutória que, ao distingui-la dos outros institutos, realça a sua posição no vasto âmbito da administrativo pública.

Sendo os serviços públicos dados em concessão explorados por empresas particulares, o problema que desde logo fere a atenção é, conhecida a crescente intervenção do Estado nas relações da propriedade privada, saber qual o papel que o Estado desempenhou e ora desempenha relativamente àquelas empresas.

I — FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ESTADO LIBERAL E NO ESTADO MODERNO

O século XIX caracterizou-se nos seus primórdios pelo surto do liberalismo econômico que vencera no século anterior o mercantilismo, cujo desenvolvimento se vinha fazendo desde o início da idade moderna.

Não só economistas, mas também sociólogos, como HUMBOLDT e SPENCER, sofreram-lhe a influência.

No setor da economia política, o princípio do "laissez-faire, laissez-passer" dominava soberanamente, reservando-se ao Estado tão só poderes de polícia, assecuratórios das garantias individuais condensadas nas constituições então vigentes.

Segundo SPENCER, considerado o último dos filósofos individualistas, o Estado devia exercer apenas duas funções: defender-se dos ataques externos e promover internamente a justiça.

STUART MILL, na metade do século XIX, empenhou-se por dividir as funções do Estado em *necessárias e optativas*, propondo que, na medida do possível, somente as primeiras fossem executadas.

No fim do século XIX e começo do século XX, consoante várias doutrinas coletivistas, as funções do Estado não mais deviam se reduzir a duas ou três.

Essas teorias, ainda hoje dominantes, preconizavam que a liberdade individual não devia ser abandonada, mas só cerceada, quando em conflito com os supremos interesses da coletividade. A liberdade individual devia terminar onde começava o interesse público. Assinavam, assim, ao Estado o dever de promover o progresso e bem-estar sociais o que implicitamente delimitava o território das atividades administrativas.

Isso depois se verificou na prática, porque os progressos crescentes da ciência e da indústria, produtos do liberalismo "à outrance" do século XIX, produzindo grande transformação na vida material da sociedade, exigiram do Estado uma atitude diferente.

Em verdade, os transportes marítimos, terrestres e aéreos, as atividades industriais e comerciais, bem como as relações humanas no trabalho, foram pouco a pouco se desvencilhando do campo da iniciativa privada, para adquirirem caráter de interesse público, premindo o Estado a intervir naqueles setores, para o que se fazia mister a ampliação de suas funções administrativas. Hoje, a intervenção nos variados setores da economia privada constitui a característica marcante do Estado moderno.

Apesar de tudo, muitas tentativas têm sido feitas para classificar as funções do Estado, sem chegar-se a um resultado positivo, porque elas dependem precipuamente do grau de desenvolvimento das sociedades humanas. Quanto mais elas avançam, maior têm sido as funções administrativas do Estado.

ALFRED BUEHLER, entretanto, enumera as principais funções do Estado moderno, dizendo:

“Uma análise das funções dos Estados modernos indicará o desenvolvimento dos seguintes serviços destinados ao bem-estar público: 1) segurança, tanto externa como interna, implicando despesas para as forças armadas, polícia, e outros serviços de proteção; 2) justiça, ou regulamentação dos litígios; 3) a regulamentação e controle das empresas econômicas, incluindo serviços como os de cunhagem de moeda, pesos e medidas, bem assim a regulamentação das operações comerciais, propriedades do Estado e operações de certas empresas; 4) promover o bem-estar social e cultural, através da educação, assistência social, seguro social, controle da saúde, e outras atividades; 5) conservação dos recursos naturais; 6) promoção da unidade do Estado através do controle dos transportes e comunicações; 7) a administração do governo e a manutenção do funcionalismo público; 8) a administração dos sistemas fiscais do governo, ou despesas, renda e controle fiscal; 9) e, ocasionalmente, religião” (1).

O item 3 demonstra claramente que a regulamentação dos serviços de utilidade pública, problema que jamais preocupou o Estado liberal, constitui uma das funções primordiais do Estado moderno, de preferência mais voltado para as questões administrativas do que para as da política.

E' o que nos informa o Prof. FRANCISCO CAMPOS:

“De uma agência política, que era no século XIX, o governo passou a ser uma agência administrativa, de funções as mais intrincadas e complexas” (2).

II — ORIGEM DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Se perscrutarmos a origem das concessões de serviços públicos, vamos constatar que elas surgiram em virtude de profundas causas econômicas e políticas, criadoras de novas condições sociais, o que levou muitos tratadistas a crerem no seu de-

saparecimento, uma vez modificadas aquelas condições.

Com efeito, quando se houver procedido à estatização ou municipalização de todos os serviços de utilidade pública — tendência essa quase uniforme nos países que alcançaram elevado grau de industrialização —, é porque também houve uma transformação radical na ordem econômica e social existente.

O esforço gigantesco que o atual Partido Trabalhista tem desenvolvido, no sentido de socializar todos os serviços de utilidade pública, da Inglaterra, é uma prova irretorquível da nossa assertiva.

O instituto da concessão de serviços públicos surgiu durante a primeira metade do século XIX, no sentor econômico dos transportes ferroviários não só porque já havia sido descoberta a máquina a vapor, mas principalmente em consequência da vitória da classe burguesa na Revolução Francesa.

Aliás, foi esse tipo de concessão que deu margem ao estudo das concessões em geral. Se não, vejamos OTTO MEYER:

“E' a propósito da concessão de estradas de ferro que a doutrina moderna desenvolveu de preferência os detalhes do instituto” (3).

A classe capitalista, a partir da época que assinamos, tinha necessidade de expandir suas atividades econômicas, investindo capitais em inúmeros empreendimentos, e somente o poderia fazer livre da intervenção do Estado, que, de resto, não era mais do que uma expressão das forças econômicas dominantes. Daí a divulgação dos princípios individualistas.

Erram, pois, os que querem ver na concessão um índice da incapacidade financeira do Estado na prestação dos serviços de utilidade pública, já que ela se originou de profundas causas sociológicas, modeladoras de grande parte da estrutura social contemporânea.

No regime absolutista, não era possível a existência de serviços públicos concedidos, porquanto o poder de polícia consistia na organização e funcionamento de todos os serviços públicos, com exclusão da justiça, entavando, pois, as atividades decorrentes da liberdade individual.

(1) ALFRED BUEHLER — *Public finance* — First edition — Mc Graw-Hill Book Company, Inc. — New York and London — 1936 — Pág. 15.

(2) FRANCISCO CAMPOS — *Direito Administrativo* — Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — 1943 — Pág. 126.

(3) OTTO MEYER — *Direito Administrativo Alemão* — Edição francesa de Girard et Brière, ano 1906, tomo IV, pág. 160.

Com a vitória, porém, dos princípios liberais-burgueses apregoados desde o século XVIII pelos enciclopedistas e corporizados na “Declaração dos direitos do homem”, a polícia administrativa tornou-se mero ramo, embora importante da administração pública, e sua função precípua consistia, como ainda consiste, na manutenção das liberdades públicas.

Durante o período do individualismo, os serviços de utilidade pública pouco se diferenciaram, e as indústrias que os produziam seguiram nos seus primórdios o ritmo das indústrias comuns. Nas mais das vezes preponderava, mormente na fixação das tarifas, a vontade do concessionário, restringindo-se a ação do Estado, ao aparente controle pré-contratual.

Tanto isso é verdade, para só citarmos um exemplo, que a livre concorrência desenfreada não raro engendrava “guerras de tarifas” entre as empresas de transportes ferroviários.

Somente depois que o Estado saiu de sua posição abstencionista, passando a intervir, ao princípio tímida, depois resolutamente, na esfera da iniciativa privada — máxime quando a liberdade econômica se tornava uma ameaça à ordem pública —, é que as concessões dos serviços públicos tomaram feição bem diferente. Os serviços prestados pelas empresas concessionárias passaram a ter por escopo não mais o lucro privado, mas acima de tudo o interesse público. O direito público começava paulatinamente a absorver parte do direito privado.

Desde então, o conceito de serviço público assumira importância singular. Dí-lo HAURIUO:

“A transcendência do conceito de serviço público apareceu no direito moderno à medida que a corrente do intervencionismo penetrava no espírito dos Estados atuais, e o problema de sua atividade impressionava a consciência científica dos escritores e arrefecia o interesse e o entusiasmo da especulação pelos problemas de forma e estrutura. O político cedeu o passo ao administrativo” (4).

Isso nos persuade de que, à medida que as condições econômicas, sociais e políticas variam, há uma conseqüente interferência do Estado nas re-

lações privadas, e com ela varia também o instituto das concessões de serviços públicos.

III — SERVIÇO PÚBLICO E SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA

Ninguém poderá encantar o estudo de qualquer instituto de direito administrativo sem estar aparelhado de uma noção clara do que seja “serviço público”, se bem que os autores reconheçam não ser coisa fácil dar um conceito exato desse serviço.

Autores há, como JÈZE e os que a êle se filiam para quem o direito administrativo constitui o conjunto das regras relativas aos serviços públicos.

Para êsse jurista, a função dos governantes, agentes públicos e concessionários dos serviços públicos consiste em organizá-los e pô-los em funcionamento, a fim de satisfazer as necessidades dos administrados e membros da comunidade.

Já assim não pensam outros juristas, o que tem dado margem a inúmeras controvérsias, sem se chegar a uma solução definitiva do problema.

Embora seguindo a orientação de JÈZE, de quem dificilmente se pode divergir, conforme nos adverte RUDOLPH BULLRICH, vamos enumerar outras noções sobre o serviço público, expostas por alguns autores, e que se aproximam, mais ou menos, da do mestre francês.

DUGUIT substituiu o conceito de soberania pelo de serviço público, que no seu modo de entender consiste na incumbência de os governantes cumprirem certas obrigações para com os governados, o que resulta na preponderância daqueles sobre êstes.

HAURIUO diz do serviço público :

“é uma organização de poderes, de competência e de costumes, assumindo a função de prestar ao público, de modo regular e contínuo, um determinado serviço, no sentido de polícia, tomada essa palavra em sua acepção elevada” (5).

Para nos certificar da dificuldade em dar um conceito definido de “serviço público”, convém frisar que êsse mesmo autor, em edições de 1905 e 1921 da obra que abaixo citamos, definia-o de modo completamente diferente.

Modernamente HAROLD J. LASKI diz ser o Estado o conjunto de serviços públicos personalizados.

(4) HAURIUO — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* — Paris — 1919 — Pág. 175.

(5) HAURIUO — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* — Edição 1927 — Pág. 15.

Apenas citamos esses autores porque são os que mais se aproximam do conceito formulado por JÈZE.

Antes de terminar esta parte, vamos citar o pequeno tópico em que o jurista francês resolve definitiva e definitivamente o assunto, dando uma feição plástica ao serviço público:

“São única e exclusivamente serviços públicos aquelas necessidades de interesse geral que os governantes, em um certo país e determinada época, resolveram satisfazer pelo processo do interesse público. Só importa considerar a intenção dos governantes” (6).

*
* *

Os serviços de utilidade pública, tais como os de transportes, força e luz, gás, telefone, radiotelegrafia, etc., são prestados por indústrias privadas que, com o decorrer do tempo, dado o caráter público de que se revestiram, passaram a depender do Estado quanto à sua organização e ao seu funcionamento.

Assim, não é de admirar que determinadas indústrias, que hoje têm um caráter privado, venham a revestir-se mais tarde de interesse público, se assim o exigirem as necessidades coletivas.

Entre nós, o art. 1.º do Decreto n.º 20.465, de 1 de outubro de 1931, adotou esse critério quando estatui:

“... serviços públicos de transporte, luz, força, telefones, telefones, portos, águas, esgotos e outros que venham a ser considerados como tais” (o grifo é nosso).

ROGER PINTO diz o seguinte sobre as empresas de utilidade pública:

“A empresa de utilidade pública distingue-se pois da empresa do Estado porque permanece como propriedade privada e percebe um justo rendimento; seu domínio é mais limitado. Distingue-se da empresa privada porque está submetida a uma regulamentação especial; ela é o agente do Estado, seu substituto para a execução de um serviço público; distingue-se, finalmente, das empresas ligadas a um interesse público, porque a regulamentação destas últimas é sempre fragmentária, menos estrita, varia de acordo com a natureza das empresas” (7).

(6) JÈZE — *Los principios generales del Derecho Administrativo* — Pág. 290.

(7) ROGER PINTO *apud* THEMISTOCLES B. CAVALCANTI — *Tratado de Direito Administrativo* — Vol. IV — Livraria Editora Freitas Bastos — 1943 — Pág. 384.

Mostram-nos essas poucas linhas os caracteres específicos dos serviços de utilidade pública, bem assim das empresas que os exploram.

A expressão “public utilities” é mais usada entre os norte-americanos. Entretanto, a maioria dos administrativistas usa a expressão “serviços de utilidade pública”, em igual acepção de “serviços públicos concedidos”, razão por que se torna desnecessária a discussão sobre o rigorismo do uso das mesmas. Ambas estão certas, porque o fato de existirem serviços públicos prestados diretamente pelo Estado e outros dados em concessão a particulares, não lhes tira o caráter genuíno de serviços públicos.

JÈZE, falando dos serviços administrados pelo concessionário, diz:

“De qualquer forma, dois pontos devem ser postos em evidência:

1.º A concessão não muda a natureza jurídica do serviço público concedido: ele permanece um serviço público.

2.º Em consequência, é o regime do serviço público que é preciso aplicar ao serviço concedido” (8).

Em nosso país, a sinonímia de “serviço público” e “serviço de utilidade pública” foi consagrada pela Constituição Federal de 1934 (art. 5.º, §§ 2.º e 4.º). Antes dela, já a consagrara o Decreto n.º 17.390, de 26 de julho de 1926 (Cap. VII art. 61).

IV — MODALIDADES NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo JOSÉ MATTOS VASCONCELLOS, a administração do Estado, para satisfazer as necessidades de ordem pública, exerce sua atividade do seguinte modo:

- 1) diretamente, por intermédio de seus agentes e prepostos;
- 2) indiretamente, através de pessoas jurídicas subrogadas em seus direitos;
- 3) em monopólio;
- 4) em concorrência com os particulares e empresas organizadas (9).

(8) GASTON JÈZE — *Los principios generales del Derecho Administrativo* — Pág. 290.

(9) JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS — *Direito Administrativo* — Vol. I — Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — 1936 — Pág. 140.

Os serviços prestados diretamente pelo Estado consistem na preservação da ordem jurídica interna e defesa da segurança nacional contra os ataques externos.

BARTHELEMY denomina-os de serviços essenciais do Estado.

Acontece, porém, que dadas certas condições de ordem econômica, social e política, que já assinuamos, a administração pública concede a pessoas jurídicas a prestação de determinados serviços.

O tratadista brasileiro acima citado denomina-os de *serviços industriais*. Embora sejam efetivamente serviços industriais, seria melhor usar a expressão “serviços de utilidade pública” ou “serviços públicos concedidos”, já consagrada pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência. Ademais, poder-se-ia confundí-los com os serviços industriais do Estado.

Dentre as modalidades na prestação indireta do serviço público, há ainda as autarquias, às quais a União, Estados ou Municípios delegam poderes para exercer determinadas atividades.

J. M. DE VASCONCELLOS não fala no caso da sociedade de economia mista, que consideramos, se não uma forma indireta na prestação dos serviços públicos, pelo menos, o que é inegável, uma forma mista, uma vez que a economia pública se funde à dos particulares.

Entre os serviços que constituem monopólio do Estado, dos quais a maioria são serviços industriais, podemos citar os Correios e Telégrafos, os serviços da Casa da Moeda, a Imprensa Nacional, etc.

Há ainda serviços industriais que o particular pode prestar em concorrência com o Estado, com os da Casa de Correção, que, pelo Decreto 8.296, de 13 de outubro de 1910, art. 78, dispõe de oficinas de alfaiate, carpinteiro, sapateiro, etc.

Segundo BERNARD GENY, a colaboração organizada se apresenta sob a forma de *colaboração por descentralização e colaboração por atividade paralela*.

No primeiro caso, podemos citar o exemplo das caixas de aposentadoria, pensões, seguros sociais, etc. No segundo caso, o das sociedades, associações e fundações, como as Câmaras de Comércio, Associações Comerciais, etc.

Demos em linhas gerais as modalidades na execução dos serviços públicos, porque nosso intuito foi apenas o de focalizar a posição ocupada pelas

concessões de serviços públicos, no quadro geral da administração pública.

V — CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO E ADMISSÃO

E' comum entre os tratadistas fazer-se a distinção entre a concessão de serviços públicos e a autorização, licença ou permissão.

Dão os autores, como diferença fundamental, o fato de a concessão ser um contrato de direito público, gerador, portanto, de direitos e deveres para ambas as partes contratantes, ao passo que a autorização constitui um ato unilateral e discricionário do Estado. Além disso, a autorização pressupõe solicitação por parte do particular. Entre esses autores está o Prof. MÁRIO MAZAGÃO. Ele, entretanto, é adepto da teoria contratualista da concessão, e não apresenta a distinção que é feita pelos juristas que se filiam à corrente unilateralista, em que o caso muda de figura.

No meu modo de pensar, entre os juristas brasileiros que melhor estudaram essa faceta da questão, está o Prof. FRANCISCO CAMPOS.

Diz ele que na licença ou autorização há um ato unilateral do poder público, que participa ao mesmo tempo dos *atos de gestão do domínio público* e dos *atos de polícia administrativa*.

“E' um ato puramente regulamentar e, como todo ato puramente regulamentar, revogável, *ad nutum* da administração, por outro ato regulamentar” (10).

Na concessão, porém, vê não só o ato unilateral da administração, mas também um ato de vontade do concessionário, de cujo acôrdo resulta o contrato.

E prossegue:

“A licença ou permissão remove um limite traçado aos particulares pela polícia administrativa; a concessão vincula o poder administrativo, criando para o concessionário um privilégio ou imunidade ou, antes, estendendo a uma porção do domínio público a imunidade assegurada pelo direito ao seu patrimônio” (11).

A distinção entre a concessão e a admissão já é mais fácil.

Conhecem-se dois tipos comuns de admissão: a fundações, para prestação de serviços médicos,

(10) FRANCISCO CAMPOS — *Direito Administrativo* — Imprensa Nacional — Rio de Janeiro — 1943 — Pág. 177.

(11) *Idem, ibid.*, pág. 178.

hospitalares e alimentares, e a estabelecimentos de instrução, educação, asilos e hospitais, para utilização dos serviços e trabalhos que lhes são particulares.

O Prof. MÁRIO MAZAGÃO dita ainda o caso de admissões que poderíamos chamar de extraordinárias, ocorridas na entrega de terras do patrimônio público ao uso de miseráveis ou flagelados por calamidades.

A distinção entre a concessão de serviços públicos e a admissão torna-se fácil porque, como vimos, a última se refere, de preferência, aos serviços de educação e saúde, ao passo que a primeira concerne aos serviços de utilidade pública, prestados por indústrias particulares.

VI — CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DE MINAS E DE OBRAS PÚBLICAS

Os tratadistas que fazem a distinção entre a concessão de serviços públicos e a concessão de minas apontam duas diferenças capitais:

a) A situação resultante da concessão de serviços públicos é, em princípio, contratual. Há uma permuta de consentimento entre a administração pública e o concessionário. Na concessão de minas, nada disso acontece. A situação do explorador da mina é determinada pelos textos legais, que não podem ser nem aumentados nem diminuídos.

b) O concessionário do serviço público tem por fim organizar e fazer funcionar o serviço público, o que não acontece com o concessionário da mina.

A comparação que tem suscitado maiores controvérsias é a que se faz entre a concessão de serviço público e a concessão de obra pública.

Diz o Prof. BIELSA:

“Enquanto na concessão de obra pública o elemento mais importante é a “construção” da obra, na concessão de serviços públicos é a “exploração” pelo concessionário, exploração que se traduz na verdadeira “gestão” de um serviço público. A concessão da obra pública termina na construção” (12).

Convém assinalar, porém, que o ponto mais interessante da questão é quando o concessionário da obra também o é do serviço. Nesse caso, a concessão chama-se de “obra pública” ou de “serviço público”?

(12) RAFAEL BIELSA — *Derecho Administrativo* — Tomo I — 3.^a edição — J. Lajouane y Cia. — Libreros e Editores — Buenos Aires — Pág. 305.

Antes do mais, é preciso observar que só excepcionalmente o Estado concede a construção de obra pública a uma pessoa e a exploração do serviço a outra. Geralmente a concessão de serviço público compreende também uma concessão de obra pública.

ROGER BONNARD resolve satisfatoriamente o problema.

Diz esse jurista que, dando-se o caso de na concessão preponderar o serviço público, trata-se de “concessão de serviço público”, e no caso contrário, de “obra pública”.

Nos primórdios do século XIX, em que a burguesia estava tomada da febre de empreendimentos, o serviço público, na concessão era considerado o elemento acessório. Considerava-se a obra pública como elemento principal, e o funcionamento do serviço público como acessório. O Estado recorria à concessão, de preferência, em virtude da organização do serviço, e este era explorado apenas para que o concessionário recuperasse as despesas de organização. Esse o motivo — haja vista o caso das estradas de ferro — de os autores franceses denominarem a concessão de serviços públicos, de “concession de travaux publics”. O primeiro em França a sugerir o uso da expressão “concessão de serviços públicos” foi HAURIUO.

Atualmente quando há, como geralmente acontece, um amálgama entre a obra pública e o serviço público, este é o principal, e a obra é o acessório. Se se recorre ao processo da concessão, é que por ele se quer assegurar o funcionamento do serviço. A organização constitui elemento secundário. Sirva de exemplo o caso dos portos.

VII — A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA DA CONCESSÃO

O fato de a concessão de serviços públicos ser precedida de autorização legislativa se estriba em que somente ao legislador cabe decidir a propósito do *privilegio* ou *isenção de imposto* de que geralmente gozam as empresas concessionárias. Essa circunstância implica na proibição de o poder concedente criar uma situação diferencial ao concessionário, já que se acha sujeito ao controle do legislativo.

Ademais, somente esse poder tem a competência para examinar o caráter público do serviço, e por isso cabe-lhe outorgar monopólios e isenções de impostos.

Se bem que, desde 1937, nosso governo se res-sinta da falta de Parlamento, tôdas as concessões outorgadas pelo poder executivo são precedidas de uma autorização emanada dêsse mesmo poder.

Pode dar-se o caso de o poder executivo celebrar contrato de concessão de serviço público, sem pré-
via autorização legislativa. Nesse caso, os autores são unânimes em afirmar que ela deve ser apro-
vada posteriormente pelo legislativo.

Todavia, se acontecer que após a conclusão do contrato, o legislativo não o aprova, o privilégio desaparece.

No que diz respeito a êsse aspecto jurídico do problema, manifesta-se PRESSUTTI:

“Quando a concessão se executa antes da apro-
vação da concessão por parte do legislativo, no que
êste deve aprovar, a denegatória da aprovação pedida
opera substancialmente como *condição resolutive*. Mas
se o requisito da aprovação se estabelece previamente
a toda prestação de serviços, a aprovação é jurídicamente
uma *condição suspensiva* não só do privilégio
que se cria na concessão, mas de toda concessão.

Desde que se pactua a concessão, a comuna se
obriga a gerir a aprovação legislativa, que é o ato
que na realidade autoriza a outorga da concessão. A
concessão sujeita à aprovação é um ato administrativo
complexo” (13).

VIII — CONCORRÊNCIA PÚBLICA

A autorização legislativa, via de regra, prevê a publicação de editais de concorrência pública. Êsses editais são publicados no órgão oficial e nos jornais de grande circulação, e através dêles são notificados os interessados na organização e funcionamento do serviço público que o Estado pretende conceder. O Código de Contabilidade da União, do art. 745 ao 756, assinala as formalidades indispensáveis de que devem se revestir os editais de concorrência pública.

A concorrência pública visa ao exame da idoneidade jurídica e moral do concessionário, bem como de sua capacidade profissional e financeira.

Efetivamente, somente munido dêsses requisitos é que o concessionário poderá organizar e fazer funcionar, regular e continuamente, o serviço público para o qual foi destinado.

Há autores, como JEAN CRUVEILLIER, que dão importância singular à concorrência pública nas concessões de serviços públicos. Nem de outra forma poderia ser, já que a administração pública

deve empenhar-se para que o serviço seja outorgado ao concorrente que maiores vantagens oferecer. Essa a razão de os tratadistas frisarem ser a concessão um contrato *intuitu personae*.

GABINO FRAGA falando sobre esse aspecto da questão se pronuncia:

“O legislador tem considerado necessário que a autoridade respectiva se cientifique previamente da honorabilidade e sólida situação financeira dos solicitantes de concessões que requerem fortes inversões de capital, pois a experiência tem demonstrado que “o concessionário que não tem, de antemão, reunidos os elementos necessários para abalancar-se à empresa, mas que vai de porta em porta oferecer aos banqueiros e homens de negócios a concessão que o Governo lhe outorgou, é um fator de descrédito para o próprio negócio e para os demais negócios que pudessem ter certa conexão com o seu, e em muitos casos até mesmo para o Governo” (14).

Além da concorrência pública, há o caso menos frequente em que a administração escolhe livremente o concessionário. E' o sistema que o direito francês denomina de “*gré à gré*”. O Código de Contabilidade da União dispõe sobre os casos excepcionais de adjudicação sem concorrência pública.

IX — A COMPETÊNCIA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1937 resolve, em suas linhas gerais, o problema da competência nas concessões de serviços públicos.

No estudo da competência devemos investigar dois aspectos: competência para conceder serviços públicos e competência para legislar sobre êsses mesmos serviços.

Em princípio, a União, os Estados e os Municípios têm competência para outorgar serviços públicos.

Quando o serviço público concedido, porém, abrange mais de um Município ou mais de um Estado, a competência se transfere, respectivamente, aos Estados e à União.

Embora a Constituição não faça alusão, infere-se implicitamente que vários Municípios da mesma região podem agrupar-se para conceder a exploração de serviços públicos, já que ao falar em administração não acentua deva ela ser direta ou indireta:

(13) PRESSUTTI — *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzione di diritto pubblico* — Campobasso, 1926 — Número 174 e 175.

(14) GABINO FRAGA — *Derecho Administrativo* — Segunda edição — México — 1939 — Pág. 358.

"Art. 29. Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns.

O agrupamento assim constituído será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único. Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração."

Nos termos da Constituição e leis federais, cabe exclusivamente à União conceder determinados serviços públicos.

Reza a Constituição:

"Art. 15. Compete privativamente à União:

.....

VII, explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado."

Essa parte da Constituição foi reforçada pelo Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938:

"Art. 5.º Depende em todo tempo exclusivamente de autorização ou concessão federal o estabelecimento de linhas de transmissão ou redes de distribuição de energia."

Pelo mesmo decreto foram revogadas algumas delegações e transferências feitas pela União aos Estados de São Paulo e Minas.

*

* *

O art. 16 do diploma legal de novembro, enumerando os assuntos sobre os quais à União compete privativamente legislar, dispõe sobre os seguintes serviços:

".....

X, correio, telégrafos e radiocomunicações;

XI, as comunicações e os transportes por via férrea, via d'água, via aérea ou estradas de rodagem, desde que tenham caráter internacional ou interestadual;

.....

XV, a unificação e standardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica, o regime das linhas para as correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado";...

No caso de já existir lei federal, ou, não havendo lei federal, até que esta o regule, podem os Estados legislar sobre determinadas matérias, entre as quais se encontram algumas referentes a serviços de utilidade pública:

"Art. 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhe as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou em não havendo lei federal e até que esta os regule, sobre os seguintes assuntos:

a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidro-elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração;

b) radiocomunicações; regime de eletricidade, salvo o disposto no n.º XV do art. 16;"...

Pode ainda acontecer que serviços de competência federal sejam executados por Estados:

"Art. 19. A lei pode estabelecer que serviços de competência federal sejam de execução estadual; neste caso, ao Poder Executivo Federal caberá expedir regulamentos e instruções que os Estados devam observar na execução dos serviços."

No setor dos transportes ferroviários, muito se tem feito sentir a ação da União. Pelo Decreto n.º 3.163, de 31 de março de 1941, foi criado o Departamento Nacional de Estradas de Ferro, que centraliza a fiscalização de todas as concessões federais e estaduais.