

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 150
abril/junho – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Efetivação do serviço público

Ricardo Emílio Veloso Mendes Ommati

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Princípios. 4. Formas de transferência de realização do serviço público. 5. Outorga x delegação. 6. Autorização x permissão x concessão. 7. Conclusão.

1. Introdução

Qual toda obra humana, assim também é o Direito. E por isso, mutante, algo inacabado que, a cada dia, a cada momento, a cada necessidade, é modificado e ampliado para que se adapte ao verdadeiro desiderato humano...

É o Direito Administrativo aquele mais destinado à coletividade, coletividade esta com a qual e para a qual deve sempre laborar a Administração, guardando sempre o interesse público como guia e chama a iluminar caminhos e ações. Mais ainda, por carregar o interesse público como meta primeira, é este ramo do Direito o que mais deve oscilar no tempo; o que jamais deve manter-se estagnado. O que se almeja hoje não é o mesmo de ontem, nem quiçá o mesmo de amanhã. A cada minuto nasce um homem novo em nós, com novos ideais, desejos renovados, e o que fazer o Direito, senão mudar para acompanhar-nos? Fruto nosso, não deve passar também de objeto nosso, de meio nosso a possibilitar vida social cada vez mais pacífica e feliz.

Odete Medauar (1992, p. 10) menciona a lei do “28 pluviose” do ano VIII (1800) como ato de nascimento do Direito Adminis-

Ricardo Emílio Veloso Mendes Ommati é aluno do 8º semestre de Direito da PUC- MG.

trativo, a qual, citando as palavras de Zanolini, “*pela primeira vez deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória*”. Note-se, portanto, que data de dois séculos ... Com certeza, se se tivesse mantido idêntico, jamais se adaptaria à realidade atual... Mas a conclusão cabe à própria Odete, sapientissimamente, ao asseverar que, mesmo não tendo rompido com o passado, o Direito Administrativo “continuou” no tempo, assegurando que “o Direito Administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sócio-política é propícia à mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade (...)” (p. 228).

Visando alcançar o interesse público é que o Poder Público realiza inúmeros serviços, buscando, qual dito, satisfazer os desideratos da sociedade. Antigamente, acreditava-se que tais serviços visavam apenas suprir as necessidades dos homens – eis que, por causa disso, eles eram chamados “serviços de necessidade pública”. Tais eram, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, aqueles serviços essenciais, prestados somente pelo Poder Público e diretamente à comunidade, necessários à sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, tais como a defesa nacional, preservação da saúde pública ... (1998, p. 296). Essa idéia restrita, porém, ampliou-se, acreditando-se que, muito mais do que um serviço de mera “necessidade” e imprescindibilidade para o homem, deve também ser um serviço que vise à comodidade, a tornar a vida mais fácil, confortável e condigna – seriam chamados, também nas palavras de Hely, de serviços de utilidade pública, podendo ser delegados a terceiros, que os realizariam por sua conta e risco, nas condições regulamentadas pelo Estado, mediante remuneração (citando como exemplos o serviço de transporte coletivo, telefone, gás, água...).

Tal como o Direito Administrativo evoluiu, assim o fez o serviço público.

Verifica-se, por exemplo, que no Estado liberal combinavam-se basicamente três elementos para definir o serviço público:

- o subjetivo, que considera apenas a *pessoa jurídica* que realiza o serviço: assim, o serviço público seria aquele realizado basicamente pelo Estado;
- o material, que considera a *atividade exercida* (o serviço público seria aquele que visasse à satisfação das necessidades coletivas);
- o formal, considerando o *regime jurídico* - assim, seria serviço público aquele realizado dentro dos ditames do Direito Administrativo.

Com a evolução dos tempos, porém, esses três elementos não permaneceram indissociáveis. Ora, afastando-se o Estado dos princípios do liberalismo, passou ele a realizar atividades diferenciadas, dantes não consideradas públicas, tais atividades comerciais e industriais (antes, atividades exclusivamente privadas). Outrossim, ampliando-se o rol de atividades exercidas pelo Estado, não pôde mais ele realizá-las, todas, diretamente: necessitou delegar sua execução a particulares e pessoas jurídicas de direito privado, que as realizariam sob o regime de Direito Privado. Nota-se, com isso, que se feriram o elemento subjetivo (vez que não apenas o Estado passou a realizar serviços) e o elemento formal (pois o serviço público passou a poder ser executado sob a égide do Direito Privado). Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala ter havido uma “crise na noção de serviço público”, justamente por não ser mais possível unir esses três elementos, antes imprescindíveis, para conceituar serviço público (1996, p. 82).

2. Conceito

O que seria, então, serviço público? Numerosas são as opiniões, que divergem em palavras, mas que se unem em sentido.

Para Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (1998, p. 296).

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (1994, p. 348) – note-se, portanto, que Celso Antonio fixa-se muito no elemento formal (já demonstrado). Enfatiza ele que o serviço deve ser prestado sob um regime de direito público... E no caso de delegação em que o serviço for realizado por uma empresa pública ou sociedade de economia mista, sob as regras do Direito Privado? Eis que, por isso, Maria Sylvia o critica.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, serviço público seria “uma atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria administração” (1996, p. 323).

Para Edimur Ferreira de Faria, resumida porém de maneira completa, serviço público seria “aquele que o Estado, por meio de normas jurídicas próprias, diz ser”. E complementa: “Dispondo a lei que determinado serviço é público ou de interesse público, não há dúvida de que ele é público, ainda que prestado por particular em virtude de delegação” (1999, p. 367).

Léon Duguit, trazido por Cármen Lúcia Antunes Rocha em seu “Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro” (que, segundo ela, muito

citado e recitado ele é, conquanto também consagrado e criticado por tantos outros – claro que, para ela, consagrado e, muito mais claro ainda, recitado, vez que aos poetas cabe cantar, recitar, e não apenas falar em palavras secas, simples e corriqueiras), afirma ser o serviço público “*tout activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance social, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante*” (1996).

Por fim, Cármen Lúcia Antunes Rocha, conotando socialmente o serviço público, assevera com brilhantismo que “serviços há que se consideram hoje públicos e, portanto, devidos pelo Estado por força de conquista social. Serviços Públicos são, quase sempre, correlatos aos direitos sociais, frutos de tantas e tão laboriosas lutas. De nada adiantará manterem-se em textos normativos, mesmo que constitucionais, direitos arrolados se do Estado se retirar a obrigação de prestar os serviços sem os quais eles não se tornam efetivos”.

Unindo todos esses conceitos, pode-se asseverar que serviço público é aquela atividade prestada pelo Estado ou por particulares (quando lhes fizerem as vezes), atividade essa essencial e/ou útil à vida humana, nos limites impostos pela lei e nas condições avaliadas pela administração. Enfatiza-se ser uma “atividade” porque é algo contínuo, incessante (como se observará a seguir), jamais podendo ser concebido como sendo um único ato, ou apenas um procedimento – vez que tais expressões remetem-se sempre a algo finito, transitório. Vive, pois, em eterna mutação, a acompanhar anseios e interesses humanos, sendo, destarte, correlato aos direitos sociais, e, por tal, imprescindivelmente devido pelo Estado aos homens.

3. Princípios

Princípios são alicerces, bases, fundamentos. Servem para sustentar e guiar o ser-

viço público, servindo de referência, de bússola a indicar sempre um norte a ser seguido. Como princípios inerentes ao serviço público, podem-se citar:

Princípio da continuidade

O serviço público deve ser permanente, incessante, contínuo. Nunca deve “parar” – até porque o interesse público, a “*puissance publique*”, nunca se esgota, e longe está de ser algo consumado. E se algum dia cessar é porque não há mais homem, não há mais vida...

É baseado nesse princípio que se veda a aplicação, nos contratos administrativos, da “exceção do contrato não cumprido”, qual existe no direito privado – como o serviço público é contínuo, caso a Administração deixe de cumprir uma cláusula contratual, não pode o particular paralisar o contrato (apesar da recíproca ser admissível). Também decorrente desse princípio, surgem outras prerrogativas da Administração, a saber: poder para intervir na empresa concessionária de serviços públicos, se esta não os tiver prestando adequadamente; poder para utilizar equipamento e pessoal da concessionária ou permissionária, nos casos de intervenção ou de rescisão do contrato de concessão por decisão judicial; imposição de prazos rigorosos ao contraente; aplicação da teoria da imprevisão para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço ...

Neste ponto, cabe apenas uma observação referente ao direito de greve. Sabe-se que, a rigor, a greve fere a continuidade do serviço público. Mas a Constituição da República prevê, em seu art. 37, VIII, tal possibilidade, a permitir aos trabalhadores que reivindicarem por seus direitos e por melhorias nas condições de trabalho. É uma conquista democrática que, porém, só pode ser utilizada de maneira comedida. Há certas exigências legais para o correto exercício desse direito, visando a não ferir, de todo, a continuidade do serviço - o que prejudicaria mais ainda a própria coletividade. O Poder Pú-

blico, por exemplo, pode determinar o desconto na folha de pagamento por dia faltoso. Não se tecerá, todavia, maiores comentários sobre isso para evitar que este trabalho fique por demais extenso, e até porque, apesar de ser um direito consagrado constitucionalmente, não foi devidamente regulado ainda por Lei Complementar, qual previu a Constituição.

Princípio da generalidade

Diogo de Figueiredo Moreira Neto enumera esse princípio como essencial ao servidor público. O serviço público deve ser prestado indistintamente a todos que dele necessitem, jamais podendo ser considerado um “favor legal”, e sim um “dever ser”, genérico e indistinto (1996, p. 325)

Princípio da igualdade

Presente em todo o Direito Administrativo, e não só nele, mas em todos os ramos do Direito, aqui, especificamente, significa que o serviço público deve ser prestado nas mesmas condições para todos, sem quaisquer discriminações, de modo que um administrado possa dele se utilizar da mesma forma que qualquer outro administrado também o possa.

Seria, qual Cármen Lúcia já recitou, considerar todos os administrados sem máculas ou matizes a lhes diferenciar e, se possível fosse, seria imaginar toda a Administração como branca, isenta de cores, de marcas, de diferenças entre quaisquer deles.

Princípio da modicidade

Os preços dos serviços públicos devem ser compatíveis tanto às exigências do mercado como à capacidade econômica dos administrados, devendo ser realizado a preço módico. Se o serviço for realizado por terceiros, prevê a Constituição da República, em seu art. 175, III, a política tarifária que, não fugindo a esse princípio, normatiza um lucro também módico a quem realizar o serviço.

Princípio da qualidade e eficiência

Qual o próprio princípio já enfatiza, os serviços públicos devem ser realizados de maneira eficiente e com uma boa qualidade. As pessoas que o realizarem devem desfrutar de conhecimento técnico, por exemplo, ou a maquinaria utilizada deve estar em condições condignas à boa realização do serviço... Enfim, o serviço público deve ser posto à coletividade em um nível satisfatório de qualidade e eficiência, de modo a poder cumprir com o que lhe roga a coletividade.

Princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins

É assim que Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama esse princípio, também denominado “Princípio do Aperfeiçoamento” por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Consiste em que o serviço público deve adaptar-se às exigências da coletividade, ao interesse público sempre mutante, não podendo comportar-se de maneira estagnada, acimentada. Da mesma forma, deve acompanhar as inovações do tempo e da tecnologia, aperfeiçoando-se. Tal aperfeiçoamento, segundo Diogo de Figueiredo, deve dizer respeito, também, “ao trato urbano e cortês devido pelos prestadores, diretos ou indiretos, aos administrados” (1996, p. 325). Aliás, complementando o grande autor, acrescenta-se que educação e cortesia são, por si sós, princípios que devem estar presentes na vida de cada um e de todos, quer administradores, quer administrados. Sem educação, sem tratamento cortês ou urbano, não se constrói coisa alguma, nem sequer a própria sociedade (quem dirá o Direito).

4. Formas de transferência de realização do serviço público

Multiplicam-se os homens, crescem as cidades, aglomeram-se as “polis”. É a vida mostrando-se em evolução, é o caminhar contínuo e constante dos seres humanos a buscarem caminho novo, sonho novo – o

novo. É o coração que pulsa a fornecer energia, a carregar almas e corpos num incessante desbravamento, num quebrar de barreiras, num ir além sem fim. Assim é o homem, com sua ambição peculiar e única, que, qual dizia Habermas, é fonte e maior alimento da evolução.

Se até Napoleão acordasse hoje, de séculos, espantar-se-ia com tamanha civilização. Bombasticamente tudo se multiplicou. E como pode o Estado suprir todas essas “necessidades multiplicadas” sozinho? Impossível. Como de forma poética afirmou Cármen Lúcia Antunes Rocha, em brilhantíssima participação no Congresso Portugal-Brasil ano 2000, em Coimbra, “se o mundo faz multiplicar portos e aeroportos, os direitos também haveriam de multiplicar-se, pois se os caminhos são feitos para os passos, o direito há de ser feito para esse homem anejo”.

Para isso é que se necessita de pessoas, para isso é que o Estado necessita de gente andando junto, auxiliando-o, de uma ajuda imprescindível de particulares para que possa prestar o serviço público de maneira realmente a atender à necessidade e comodidade de todos, à “*puissance publique*” – eis que, por causa disso, o já discorrido elemento subjetivo, dantes considerado imprescindível para o serviço público, hoje é completamente descartável e eis por que, também, o Estado necessita transferir a realização do serviço público a terceiros.

A *forma de prestação* do serviço público pode ser centralizada, descentralizada e desconcentrada, e sua *execução*, direta ou indireta.

A *execução direta* do serviço dá-se quando ele é prestado exatamente pela pessoa a quem foi incumbido realizá-lo, quer seja essa uma pessoa estatal, autárquica, paraestatal, pessoa privada ou particular.

A *execução indireta* é aquela que se dá toda vez que o responsável pela realização do serviço o comete a terceiros para realizá-lo. Tanto a Administração como particulares podem cometer a outrem realizar o serviço,

de acordo com sua natureza. Claro, há serviços impossíveis de serem executados indiretamente. É o caso, por exemplo, dos serviços relacionados ao Poder de Polícia, os quais cabem tão-somente ao Poder Público, até porque exigem coerção própria e peculiar ao Estado.

Como já dito, além das formas de execução dos serviços, há as *formas de prestação* do serviço. Observa-se que há uma estreita diferença entre ambas as modalidades: primeiro, delimita-se a forma de prestação do serviço, que pode ser, como se discorrerá a seguir, centralizada, descentralizada e desconcentrada. Delimitada a forma, ou seja, sabido a quem incumbirá realizar o serviço, este poderá ser realizado diretamente (pela pessoa originariamente incumbida), ou indiretamente, se realizado por outrem.

O *serviço centralizado* seria, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “o que o Poder Público presta por suas próprias repartições, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade” (1998, p. 306). Complementando Hely, Gasparini diz ser “o serviço (que) vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último, sem passar por interposta pessoa” (1992, p. 231). Ao mesmo tempo em que a Administração Pública é titular do serviço, é ela quem o executa, por si mesma.

O *serviço desconcentrado*, por sua vez, seria aquele que, apesar de realizado diretamente, é distribuído entre órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização. Tal modalidade acelera a prestação do serviço, e não há que ser confundida com descentralização, vez que, nesta, transfere-se o serviço (quer sua realização, quer sua própria titularidade); naquela, simplesmente distribui-se o serviço para que a pessoa incumbida de realizá-lo o faça de maneira mais rápida e efetiva.

O *serviço descentralizado* seria aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, o que de maneira mais aprofundada será tratado a seguir.

5. Outorga x delegação

A outorga é uma forma de transferir serviço público por meio de lei. Há uma lei que cria uma pessoa jurídica para realizar o serviço especificado, a qual o realizará por sua conta e risco, transferindo-se-lhe a titularidade do serviço. Cabe a Diogo de Figueiredo Moreira Neto criticar a “criação” da pessoa jurídica por lei. Para ele, a lei apenas autoriza a Administração a proceder à sua instituição, vez que a efetiva aquisição da personalidade jurídica dá-se apenas quando do registro constitutivo civil ou comercial da dita pessoa, quer seja no cartório, quer seja na Junta Comercial.

A delegação seria forma de transferência da *realização* do serviço (apenas) a um terceiro. Jamais transfere a titularidade – tão-somente a realização, vez que a Administração continua titular daquele serviço. Dá-se mediante ato administrativo, podendo ser, portanto, revogado, modificado e anulado tal qualquer ato dessa mesma natureza o pode ser.

Comparando um e outro instituto, Hely Lopes Meirelles distingue-o: “A delegação é menos que outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os delegados, por prazo certo, para que ao seu término retornem ao seu delegante” (1998, p. 306).

Todavia, salienta o saudoso Hely que, em ambos os casos, o serviço continua a ser público (ou de utilidade pública), sendo, apenas, um serviço descentralizado, submetido à devida regulamentação e controle do Poder Público que o descentralizou.

Um exemplo claro de serviço outorgado é o realizado pelas autarquias. Como se há de saber, são as autarquias, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa” (1994, p. 75). Realizam um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio

e receita próprios, para o melhor funcionamento da Administração Pública, chegando até a entenderem alguns como sendo verdadeiros “braços” da Administração, como que uma Administração prolongada, estendida.

Exemplos de serviços delegados são os executados por paraestatais (pessoas jurídicas de direito privado que realizam atividades, obras ou serviços de interesse coletivo), ou por particulares, aos quais se lhes delegam os serviços mediante “autorização, permissão ou concessão” (termos utilizados pela própria Constituição da República, em seu art. 21, XII, cujas especificidades serão abordadas a seguir).

6. Autorização x permissão x concessão

Por ser o tema demasiado extenso, não se abordará, separadamente, cada uma das formas supracitadas de transferência de serviço público (quer de titularidade, quer de mera realização). Preferir-se-á discorrer conjuntamente, enumerando diferenças e pontos acordes.

Traçando uma pseudo-escala de precariedade entre tais institutos, pode-se asseverar que, na base, encontra-se a autorização; no ponto médio, a permissão, e no topo, a concessão.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “os serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória” (1998, p. 364). Como exemplo, tem-se a Lei 9.074/95, pela qual se autoriza a particulares, dentro dos limites legais, a implantação de usina termelétrica para uso próprio.

Muito se discute se a autorização consiste em forma autônoma de delegação de serviço público, ou meramente um tipo de permissão. Gasparini, por exemplo, lembrando o art. 21, XII, da Constituição da República, pelo qual “compete à União ex-

plorar (serviço público), diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, diz que a Carta Magna “utiliza essa expressão (autorização) com o sentido e o regime de permissão de serviço público” (1992, p. 244). Cabe, a mim, mui respeitosa-mente, discordar. Primeiro, não fossem institutos distintos, não estariam distintamente enumerados na Constituição. Como se sabe, não há palavras inúteis, excessivas, vãs em nossa Lei Maior – principalmente se estão enumeradas e separadas por vírgulas, e pelo conectivo “e” (o qual transmite uma idéia de algo mais, *plus*, além). Se, ao invés, utilizado fosse o conectivo “ou” (que encerra uma certa idéia de exclusão de algo em detrimento de outro), poder-se-ia até cogitar de uma hipótese de “sinônimo” entre autorização e permissão, enfatizando-se, novamente, a incoerência de tal raciocínio, dada a unicidade e importância ímpares de cada verbete em nosso texto constitucional. De vírgulas e do conectivo “e” se logrou a Constituição, enumerando três institutos, claramente, tornando nítida sua distinção. Ademais, sabe-se quão mais precária é a autorização, se comparada à permissão. Esta ainda visa a um interesse coletivo, além do interesse do particular. Aquela, visa tão-somente ao interesse do autorizado (claro, todavia, que esse interesse não se choque com o interesse coletivo, vez que, isso acontecendo, o instituto perderia completamente sua razão de ser, por contrariar a finalidade básica e essencial do Direito Administrativo e de todo o Direito, a de buscar o bem social, traduzido nos salutares interesses da comunidade). É o que faz crer Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao alertar que “não se confunda (...) permissão com autorização; enquanto esta é outorgada no exclusivo interesse do particular, a permissão pressupõe o atendimento simultâneo do interesse do administrado e do Poder Permitente” (1996, p. 340).

A *permissão*, igualmente, é ato unilateral, discricionário e precário. Grassa uma divergência, porém, na própria Lei 8.987/95, ao

referir-se a esse instituto. Em seu art. 1º, IV, diz-se que:

“Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco”.

Mais à frente, em seu art. 40, dispõe:

“A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

No passado, cria-se ser a permissão carregada de discricionariedade tal capaz de facultar ao Poder Público a extinção do “ato” sem considerar sequer direitos do permissionário, o que gerava arbitrariedades que recebiam inclusive com o “*placet*” do Poder Judiciário. Com o advento da lei supracitada, passou-se a defender que a permissão, não sendo apenas um ato, seria também uma espécie de “contrato” de adesão – é que não se trata de um contrato firmado nos ditames rigorosos da Teoria dos Contratos Administrativos, qual o é o contrato de concessão, e sim de um contrato mais simples, o que desaguarda na consolidação de certos direitos aos permissionários, quando, por exemplo, da revogação do instituto. Assim, não poderá o Poder Público, como dantes, simplesmente revogar o “ato”, esquecendo-se absolutamente dos direitos do permissionário. Deve ocorrer um processo administrativo próprio – inclusive porque o devido processo legal é garantido pela Constituição da República, em seu art. 5º –, o que acarretará indenizações, caso se comprove o dano oriundo.

A concessão, nas claras palavras de Celso Antônio, é o “*ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Po-*

der Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro” (1994, p. 369).

É forma de transferência de serviço público por outorga, dada a necessidade de uma lei que autorize a concessão, procedendo-se, em seguida, à licitação para a escolha do melhor candidato.

É ato complexo vez que, segundo Celso Antônio, é composto por *ato regulamentar do Estado* (que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, enfim, as condições em que será oferecido o serviço aos usuários); por *ato-condição*, pelo qual o particular consente com a situação objetiva imposta pelo Poder Público, e a ela se submete; e por um *contrato*, do qual decorre o equilíbrio financeiro e se resguardam os objetivos de lucro do particular.

Por ter essa veia contratual é que à concessão se aplicam as regras do contrato administrativo, a citar, submissão ao procedimento licitatório prévio (consoante o art. 175 da Constituição da República); forma solene e dotada de publicidade; natureza “*intuitu personae*” (de que decorrem a vinculação da Administração e da parte contrária, e proibição de subcontratação e mutação na condição jurídica do contratado, por exemplo), e a presença de cláusulas exorbitantes, pelas quais mostra-se a Administração suprema, tornando o contrato deveras desigual e instável se comparado aos contratos do Direito Privado, por exemplo – nos quais, certamente, as cláusulas exorbitantes presentes na concessão seriam consideradas leoninas.

A supremacia da Administração, esclarece-se, expressa-se por meio de certos poderes que detém o Poder Público, expressos no art. 29 da Lei 8.987/95:

“*Incumbe ao poder concedente:
I - regulamentar o serviço concedido e*

fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Esta lista extensa, porém, pode ser resumida em três poderes básicos:

• poder de fiscalizar e inspecionar: poder pelo qual o Poder Público pode alterar o funcionamento do serviço sempre que assim o exigir o interesse público; é um “po-

der-dever” que deve, todavia, restringir-se às atividades abrangidas pela outorga, não podendo excedê-la ou extrapolá-la.

• poder de alterar, unilateralmente, as cláusulas contratuais: vale-se de tal poder quando a Administração, visando sempre ao interesse público, modifica as condições de funcionamento do serviço, modificando sua organização. Não pode o particular se opor a tais modificações, podendo, apenas, invocar o equilíbrio econômico-financeiro, sendo ressarcido caso comprove danos oriundos de ditas modificações.

• poder de extinção da concessão: pode, mesmo antes de findo o prazo, retomar o Poder Público o serviço outorgado, se assim aconselhar o interesse público. Ora, com a mesma conveniência com que outorga, pode igualmente retomar o serviço, claro, enfatiza-se, se assim almejar a coletividade. Da mesma forma, pode haver extinção por algum comportamento gravoso do particular ao executar o contrato, hipótese em que este poder assume clara condição de poder-dever.

Se se fala em poderes do Poder Público concedente, fala-se também em direitos do concessionário. Salienta-se, porém, que tais direitos são aqueles referentes à parte contratual da concessão, a enfatizar, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, e o cumprimento de obrigações relacionadas, apenas, ao conteúdo do contrato (do que decorre não ser o particular obrigado a cumprir imposição da Administração estranha ao que se avençou - exceto nos casos em que for possível alterar unilateralmente a avença, questão de que já se tratou).

Como formas de extinção da concessão, podem-se enumerar: o advento do termo (o contrato chegar ao fim); encampação (retorno da realização do serviço, pelo Poder Público, com a devida justificação e comprovação, constituindo ato unilateral visando ao interesse público, do qual pode acarretar indenização se comprovado o prejuízo); caducidade (rescisão unilateral do contrato pela Administração quando da culpa ou inadimplência do concessionário, descum-

primento do contrato, paralisação do serviço, perda de condições técnicas e operacionais, etc.); rescisão (pode ser por meio de acordo ou unilateralmente pelo concessionário, caso em que, judicialmente, apresentará a devida motivação); anulação (quando da presença de ilegalidade no ato da administração de fazer o contrato – não se trata de ilegalidade no próprio ato do concessionário); falência ou extinção da empresa concessionária; falecimento ou incapacidade do titular, em caso de empresa individual.

Como consequência da extinção da concessão, há a reversão dos bens que, segundo Celso Antônio, consiste na “*passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço*” (1994, p. 384). Salienta-se que tais bens são aqueles necessários à realização do serviço – não é todo e qualquer bem do concessionário. Ora, cessando a concessão, o que haverá de querer o concessionário continuar com bens os quais só se utilizavam para a realização de tais serviços? Se a Administração houvera transferido bens e prerrogativas, que as retome quando da extinção do contrato – nada mais justo. E a razão disso é justamente a natureza pública do serviço realizado, da qual se subentende não poderem ser tais bens “sacrificados” em prol de um interesse particular, e mais ainda: por ser um serviço público, pressupõe-se contínuo, logo, extinta a concessão, hão que ser reavidos os bens e prerrogativas ao Poder Público para que este continue prestando-o. Claro que, se o prazo da concessão for por demais pequeno a ponto de não proporcionar amortização do capital, atendendo ao equilíbrio econômico-financeiro, deverá o Poder Público indenizar o particular pelo valor remanescente não amortizado, constituindo, nesse caso, uma reversão onerosa ao Poder Público.

Se direitos e deveres há para o concedente e para o concessionário, da mesma forma também há para os usuários dos serviços. Podem (e devem) eles – nós! – reclamar dos serviços, de sua qualidade, comunicando ao Poder Público quando de sua má efetuação,

e até mesmo quando da prática de atos ilícitos pelo concessionário; têm direito à liberdade de escolha havendo vários prestadores de serviço, enfim, têm os usuários, qual até afirma Celso Antônio, *direito* ao serviço – eis seu direito principal. E direito a um serviço adequado e condigno à sua condição de administrado, à sua peculiar condição de ser humano. Se esse é o direito principal, acompanha-o um dever também principal que é, enfatiza-se, o de comunicar à Administração da qualidade do serviço, e de deixá-la ciente se está realizando-o de maneira perfeita ou sofrível, satisfatória ou inadequadamente. Porque não há democracia sem comunicação, sem interação, sem diálogo, como defende Habermas. Não há Estado Democrático de Direito sem que administrados possam fazer soar suas vozes, juntando-as, todas, em coro uníssono, a reclamarem seus direitos. Não há sinfonia de instrumento só, não há coro de uma voz só, não há interesse público com um administrado só. Sociedade de um homem só, muito mais que sozinho, viveria ele em solidão profunda, taciturno, desiludido – o avesso do que se quer. Porque o que se quer é a vida, e a vida em colorido; a vivacidade da participação e da interação; o regozijo do canto harmônico, da sinfonia com toda a pompa que só a variedade de instrumentos lhe pode dar – realidade querida, só assim poderás ser “*idolatrada, salve, salve!*”, porque só assim serás “*o avesso do avesso do avesso do avesso*” de tudo aquilo o que sempre se sonhou.

7. Conclusão

São os serviços públicos aqueles realizados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, visando à satisfação das necessidades e interesses da coletividade, dentro dos limites impostos pela Lei. Nunca haverão de cessar, pelo menos enquanto houver desiderato humano, diz-se, enquanto houver homens (vez que, onde há ser humano, há vontade e necessidade que, se puderem e forem

compatíveis com o ordenamento jurídico, não haverão de ser negadas pelo Estado).

Demonstraram-se, aqui, as acepções do termo “serviço público”, bem como sua evolução no tempo, seus princípios (a enfatizar, os da continuidade, igualdade, modicidade, qualidade, eficiência e mutabilidade), bem como as formas de prestação.

De nada importaria, todavia, que se estudasse a mais profunda doutrina, que se refletisse em infundados pensamentos, sem que se realizasse, efetivamente, o serviço. Sem que o pusesse em prática. Sim, porque a essência que deve ser a do serviço público é, principalmente, sua realização: ver suprida a necessidade de um, ver confortável o cotidiano do outro, ver feliz a vida de todos. De nada valerá toda a teoria, pensada e repensada por tantos e tão grandes nomes, se não for vivificada. E eis que sua vivificação depende não da existência das leis, nem mesmo da boa vontade do administrador, mas sim, e primordialmente, da ação de cada administrado, a exigir uma Administração condigna, a gritar por seus anseios e ideais, a nunca se calar diante de vicissitudes.

Enquanto houver fome assustadora mantendo muitos e abundância excessiva enfadando a vida de tantos outros, haverá, ainda, muito serviço a ser feito. E que assim o seja. Que nunca pare. Que nunca cesse. Que jamais se esgote... Que seja qual o tempo. E que carregue como razão de andança qualquer semblante triste, de tristeza sofrida, de

tristeza carente, de tristeza desigual. Mas que tenha, também, como estímulo e sublime recompensa, o sorriso alegre de quem vê suas necessidades realizadas e de quem vive em alegria sem fim.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de direito administrativo positivo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. 5. ed. Madrid: Taurus Humanidades, 1998.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. As cores da revolução constitucional do cidadão. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1997.

_____. *Cidadania Múltipla e Múltiplos da Cidadania*. Trabalho preparado para apresentação no Congresso Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra.