

NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

THE LEGAL NATURE OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO

Professor Catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de
Direito da Universidade Católica de São Paulo.

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional

SUMÁRIO: I. Do serviço público. II. Da concessão de serviço público. III. Da natureza dos atos jurídicos. IV. Da natureza do ato jurídico – Concessão de serviço público. § 1º. Considerações preliminares. § 2º. As teorias unilaterais. § 3º. As teorias contratuais. § 4º. Discussão das doutrinas unilaterais e contratuais. § 5º. Teorias complexas.

I. DO SERVIÇO PÚBLICO

A vida¹ isolada do homem é, em regra geral, impossível. Pela própria natureza, são os entes humanos impelidos a viver em sociedade. Além disso, percebendo as vantagens que resultam da cooperação dos seus semelhantes, não podem deixar de desejá-la. Temos, portanto, que a vida social é uma resultante desses dois elementos: necessidade e liberdade.

Daí o dever de colaboração recíproca, concretizado no princípio de solidariedade, não só imposto pela própria natureza, como, ainda querido, por verificar-se que convém à vida em comum.

-
1. Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano V, n. 19, p. 09-36, jan.-mar. 1972. A transcrição deste artigo foi realizada por Adilson Neri Pereira, Bruna Versetti Negrão, Bruno Vieira da Rocha Barbirato, Guillermo Glassman, Isaac Villasboas de Oliveira, Isabelly Douglas Calil Assad, Juliana Salinas Serrano, Pedro Gabriel du Mont Santoro, Rebeca Spuch, Renan Marcondes Facchinatto e Thalles Gomes Camêllo da Costa.

O meio exterior apropriado é fisicamente adequado ao desenvolvimento do nosso organismo, para este percorrer o ciclo natural da sua evolução. Por sua vez, o meio social apropriado é psicologicamente adequado aos nossos sentimentos e aos nossos pensamentos, para se manifestarem e se aprimorarem.

Para que a vida em sociedade possa frutificar, exige a prática de certas atividades e, por outro lado, a abstenção de outras. Isto é, todas aquelas atividades que contribuem para a vida social próspera devem ser praticadas, bem como devem ser evitadas todas as que lhe forem prejudiciais. Eis aí, a conclusão imposta: a união dos esforços individuais para a realização de fim comum, constituidor do bem da coletividade.

A expansão da personalidade humana exige – e isto é de senso comum – a formação de várias sociedades, algumas naturais e outras convencionais, sendo, conseqüentemente, necessárias as primeiras e voluntárias as segundas.

Embora ambas constituam meios para o ser humano alcançar o fim, força é distingui-las como condição indispensável no primeiro caso, e, simplesmente, como fator aconselhável, no segundo. Aquelas compreendem as sociedades familiar, profissional, política e religiosa. Estas, enfeixam quantas sociedades privadas venham a ser constituídas por acordo de vontade entre os cidadãos e não sejam havidas como contrárias à natureza humana.

2. No campo social, é mister apreciarem-se as relações dos seres humanos entre si, destes com as sociedades, e das mesmas sociedades entre elas. Cada qual tem atribuição própria, como campo de ação exclusivo, em atenção a finalidades peculiares. Mas, além destas atribuições, outras existem, refulgindo ao círculo particular de cada qual, e, assim, surge a complexidade dos casos mistos, em que se faz preciso estabelecer a proeminência entre duas posições em choque. Porém, é de bom aviso não se confundirem competências concorrentes com competências privativas.

A solução do problema social está em solver-se a incógnita do justo equilíbrio a obter-se na relação estabelecida pela posição do homem em face da sociedade. A sociedade, cabe observar, nada mais é que a reunião de homens para atingir o bem comum deles. Assim, a solução da incógnita consiste no estabelecimento de uma equação humana, que se resolverá pela prevalência dos atos do homem enquanto homem, sobre os atos do homem enquanto animal.

Para se conseguir a eficácia desse “desideratum” é indispensável o aparecimento de um princípio unificador, que dirija as atividades humanas na melhor coordenação possível, e assim surge a autoridade.

54. Com a doutrina do ato complexo, na sua forma mais perfeita, isto é, que entende ser a concessão instituída por ato-união, mas regida por regulamento unilateral do concedente e completada por contrato patrimonial, se dissipam as dúvidas suscitadas pelas correntes unilaterais e convencionais, se conciliam as posições e se explicam perfeitamente todos os aspectos da concessão.

Realmente, o concedente e o concessionário, ao acordarem ambos a instituição do serviço público, têm as vontades solicitadas por idênticas causas intrínsecas, ou seja: a relação jurídica se firma, para se criar serviço público, pelo qual se satisfaçam os interesses coletivos. A causa final, porém, é diferente: o concedente visa a dar melhor forma para se atingir a causa formal do acordo, o concessionário visa obter determinada posição financeira, na execução da causa formal do acordo, satisfazendo, no entanto, ambos, tal conteúdo, que, como salientamos, é o de instituir um serviço público.

O interesse do concessionário se cifra em obter lucros na exploração do serviço e foi tendo em mira esta causa final que acordou em aceitar a concessão de serviço público, enquanto o interesse do Estado é atender às necessidades coletivas na forma que lhe parece mais conveniente e, considerando esta causa final, acordou em delegar a terceiro a concessão de serviço público. Assim, a concessão é originada de acordo, por conseguinte, convencional, mas não contratual. Para, porém, assegurar a sua posição financeira e atingir o fim pelo qual acordou em levar a efeito o serviço público, o concessionário firma contrato que estabelece a sua equação econômica. Por sua vez, o serviço público, pelo fato de sua execução haver sido entregue a um particular, não perde o caráter de serviço público e, por conseguinte, não se despoja o Estado das suas prerrogativas de prescrever, unilateralmente, as normas mais aconselhadas para o seu bom desempenho no interesse coletivo, como juiz, que é, desse interesse.

Fica perfeitamente explicada a razão da regulamentação e defendidos os direitos e obrigações das partes.

O objeto da convenção é instituir um serviço público, o qual precisa de ser levado a efeito dentro dos moldes mais convenientes ao interesse coletivo, competindo à Administração, na qualidade de poder incumbido da vigilância daquele interesse, prescrever as normas julgadas mais aconselhadas a fim de se atingir tal objetivo.

O fim que tem em vista a Administração, ao firmar a convenção, é realmente este: o de escolher entidade capaz de realizar proficientemente determinado serviço público, a quem delega atribuição que lhe é peculiar e lhe assegura determinada vantagem econômica. E isso precisa de ser respeitado. Por outro lado, o fim que tem em atenção o concessionário ao aderir à concessão é o seguinte: executar

certo serviço público, mediante a inversão de determinado capital e organização adequada de empresa, a fim de obter um lucro compensador pela prestação de tais atividades, satisfazendo, no entanto, o interesse coletivo nos moldes previstos pelo Poder Público. E isso, também, precisa de ser respeitado.

O direito de exercer a concessão constitui um direito único e não vários direitos, dos quais irradiam as faculdades que dos atos administrativos (legais ou regulamentares) promulgados ou ordenadas pelos órgãos competentes – seja antes da concessão, ao se fazer a concessão ou ainda depois dela – são atribuídas ao concessionário. Todas essas faculdades são instrumentos conferidos ao concessionário para exercer o serviço público que, se por um lado é um direito dele, por outro, é uma obrigação que lhe incumbe, uma vez que assumiu tal encargo. Assim, o concessionário possui tais faculdades enquanto são, pela Administração, julgadas úteis para ele cumprir o serviço público, como mero meio a se atingir aquele fim.

As alterações na organização e funcionamento do serviço não acarretam qualquer dano ao concessionário, uma vez que se lhe assegure a equação financeira estabelecida pelo contrato e, entretanto, aquelas medidas permitem à Administração prover ao interesse coletivo, segundo as circunstâncias que se apresentam.

O interesse privado deve, sempre, ceder diante do interesse público. Sobre este só prevalece o direito privado cuja segurança contra aquela está na reparação patrimonial dos danos sofridos. Ante o interesse coletivo, o titular de direito privado tem direito, apenas, à sua conversão em determinada expressão patrimonial. Esse o princípio que rege o direito público, e, portanto, os serviços concedidos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos, de Egon Bockmann Moreira – RT 898/63-78, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/285-301 (DTR\2010\252);
- Atualidades nas concessões de serviço público, de Marcio Pestana e Renan Marcondes Facchinatto – RDAI 5/269-282 (DTR\2018\14248); e
- Concessões de serviços públicos essenciais em regime não concorrencial: a delicada relação entre as concessionárias e a administração pública na atual economia de mercado, de Fernando Henrique Franco de Aquino – RT 982/23-49 (DTR\2017\2938).