

CONCESSÃO E CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Hafra Laísse da Silva Teixeira Duarte
Acadêmica do 9º período do Curso de Direito – UFRN

1 – Intróito: serviço público enquanto função da Administração

Fomento econômico, fiscalização e poder de polícia são algumas funções da Administração, nas quais se insere o serviço público.

Para se entender serviço público, é comum a utilização de certos critérios elaborados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: o subjetivo, o material e o formal.

O critério subjetivo inicialmente afirmava que serviço público é todo aquele prestado pelo Estado. Hodiernamente esse critério evoluiu para abranger ainda o serviço público prestado por particulares, via concessão ou permissão.

Como consequência dessa evolução, o critério formal também se ampliou para permitir, nos casos de serviços comerciais e industriais, a vigência de regime jurídico de direito privado (normas dos direitos civil e comercial) “derrogado, ora mais ora menos, pelo direito público” (Di Pietro: 1999, p. 99).

O critério material diz respeito à natureza da atividade estatal erigida à categoria de serviço público. Por esse critério, serviço público é toda atividade que se presta a satisfazer necessidades coletivas, manifestando-se numa utilidade ou comodidade conferidas aos administrados. Destarte, empregando-se conjuntamente os três critérios acima abordados, o serviço público pode ser entendido como sendo *uma utilidade ou comodidade posta à disposição dos administrados pelo Estado ou seus concessionários e permissionários consoante normas predominantemente públicas para que deles usufruam direta ou indiretamente à medida de suas necessidades*.

O conceito de serviço público não deve ser tão elástico como o fora outrora e como queria Duguit. Para esse célebre doutrinador, até a prestação da atividade jurisdicional era considerada serviço público, numa patente confusão entre funções ou poderes estatais e funções administrativas.

A definição de serviço público varia no tempo e no espaço. Isso ocorre porque os diversos ordenamentos jurídicos elegem os serviços públicos consoante sua ideologia política, o momento histórico e as conveniências econômico-sociais. Assim, um Estado Liberal limita os serviços públicos ao mínimo essencial, enquanto que no Estado Moderno (Social), os serviços oferecidos são em muito maior número.

Nada obstante, há unanimidade em um ponto: não é qualquer interesse coletivo que faz uma atividade elevar-se ao patamar de serviço público mas a sua previsão em lei. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 prevê em seus artigos 21, incisos XI e XII; 25, § 2º e 30, V os serviços públicos de competência da União, Estados e Municípios, além do artigo 175 que dispõe genericamente sobre serviços públicos e dos artigos 196 e 205 que tratam dos serviços de saúde e educação como deveres do Estado.

Numa interpretação consentânea com a Constituição, não é difícil concluir que os exemplos de serviço público acima elencados são *numerus apertus*. Sobre isso, vejamos a brilhante síntese de Elaine Cardoso de Matos Novais:

“Sem elencar taxativamente todos os serviços públicos a serem desempenhados pelo organismo estatal, ou por concessionárias ou permissionárias legitimamente delegadas, a Constituição Federal de 1988 deixou um espaço para que fossem criados novos serviços públicos. Se assim não fosse, a ordem brasileira não poderia acompanhar as necessidades públicas que sofressem alteração no decorrer do tempo e, ademais, seria inviável apontar na Constituição todos os serviços que pudessem alcançar o *status* de serviço público, sob pena de sofrermos os efeitos decorrentes de omissão ou exagero do legislador” (1996, p. 141).

2 - Princípio da continuidade

Quando o Estado tomou para si a prestação de serviços tidos como de alta relevância e necessidade, fê-lo sob a responsabilidade de agir de forma eficiente e contínua. O escopo em mira é o de proporcionar segurança e bem-estar aos administrados. Afinal esse é o fim mor do Estado, em maior ou menor grau.

Sobre os princípios que devem balizar a conduta da Administração no que pertine à prestação de serviços públicos, o artigo 6º §1º da Lei n. 8.987/95¹ enumera os seguintes: princípio da generalidade, da modicidade, da continuidade do serviço, o da cortesia e o da eficiência. É nesse contexto que se insere o princípio da continuidade.

Três consequências de ordem eminentemente práticas são extraídas do princípio da continuidade:

¹ A Lei Federal n. 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

i – Possibilidade de o Poder Público retomar o serviço: A Administração, como titular da prestação de serviços públicos, tem poderes especiais para retomá-los em caso de serem os mesmos interrompidos, podendo assumir os bens afetados ao serviço público. A tal ato, dá-se o nome de Encampação², instituto previsto no artigo 37 da Lei 8.987/95, *in verbis*:

“Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

O parágrafo único do artigo 32 da Lei 8.987/95 prevê ainda regras sobre o procedimento de intervenção a ser efetivado nos casos em que houver desrespeito ao princípio da continuidade, pois: “Na verdade, o serviço é público e foi dado em concessão. Não pode o concedente ficar à mercê do concessionário, se este se negar a dar prosseguimento ao serviço ou não executá-lo adequadamente” (Figueiredo, 1998, p. 88/89).

ii – Impossibilidade de a concessionária suspender o fornecimento de serviços essenciais, *uti singuli*, por inadimplência: Quanto à abrangência, podemos classificar os serviços públicos em serviços prestados *uti singuli* ou *uti universi*. No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro temos que:

“Os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela

² Variadas são as formas de extinção da concessão: reversão; encampação ou resgate do serviço; rescisão caducidade; anulação e falência ou extinção da empresa concessionária. Sobre o assunto transcrevemos a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, quanto às principais: A) Reversão: “é o retorno do serviço ao concedente, ao término do prazo contratual da concessão.” B) Encampação: “é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo. Não pode o concessionário, em caso algum, opor-se à encampação. Seu direito limita-se à indenização dos prejuízos que, efetivamente, o ato de império do Poder Público lhe acarretar, calculada na forma do art. 36 da Lei n. 8.987/95.” C) Rescisão: “A rescisão por acordo ou amigável opera-se por distrato bilateral, havendo conveniência recíproca das partes; a rescisão unilateral, efetivada pelo concedente, é a peculiar dos contratos administrativos, quando há inadimplência por parte do particular contratante, no caso, o concessionário; a rescisão judicial é a decretada pela Justiça quando qualquer das partes descumpra o contrato.” D) Caducidade: “A rescisão por inadimplência do concessionário é, entre nós, também denominada caducidade (...).” E) Anulação: “é a invalidação do contrato por ilegalidade na concessão ou na formalização do ajuste” (Meirelles: 1999, págs. 294-297).

Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento” (1999, p. 105).

De outro lado, serviços *uti singuli* são prestados a certas e determinadas pessoas, somente àquelas que requererem o seu fornecimento. Como exemplo podemos citar os serviços de energia elétrica, gás e transportes. Por ser um serviço divisível, isto é, não prestado a todas as pessoas, é que se cobra uma tarifa pelo seu fornecimento. É o que se dá com os serviços de água, telefonia, luz e outros.

A prática é que quando os usuários desse tipo de serviço deixam de pagar as taxas devidas, as concessionárias aplicam a punição de cortar o fornecimento do mesmo. No entanto, a jurisprudência é unânime em repelir essa conduta, fundamentada basicamente no princípio da continuidade. A par disso, vejamos a título ilustrativo dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se **serviço público** indispensável subordinado ao princípio da **continuidade** de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de **serviço público**. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos **serviços públicos** essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza. 8. Recurso

improvido". (STJ, ROMS 8915/MA, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, DJ 17/08/98, p.23).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. CORTE DE FORNECIMENTO. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. - Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos **serviços públicos** essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da **continuidade** (CDC, art. 22). - O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. - Precedentes. Agravo regimental improvido". (STJ, AGRESP 298017/MG, Primeira Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/08/01, p.230).

A solução que melhor se ajusta ao sistema principiológico da Administração Pública onde o serviço público está inserto, (sistema esse vinculatório da atuação das concessionárias de serviço público) seria a execução dos inadimplentes, sem a interrupção da prestação do serviço. "Necessariamente o serviço público tem que ser prestado. A sua recusa, portanto, configura falta grave que deve ser sancionada" (Bastos, 1996, p. 167).

iii – Possibilidade de se exigir indenização por perdas e danos causados por concessionária que por qualquer motivo interrompa a prestação do serviço: Para tanto, o usuário poderá fazer uso do Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 22 dispõe, verbis:

"Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos" (grifo acrescentado).

A responsabilidade do concessionário é objetiva conforme se depreende do art. 37, § 6º da Constituição de 1988 e do artigo 25 da Lei 8.987/95 que dispõe:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade”.

2.1 - A regra da *exceptio non adimpleti contractus* e sua inaplicabilidade ao serviço público

Considerando de grande importância as observações tecidas por Cretella Jr. acerca da regra *exceptio non adimpleti contractus* no contexto administrativo, passamos à sua transcrição:

“Quando a Administração celebra contratos administrativos, pode acontecer que, por qualquer motivo, se torne inadimplente. Nesse caso, tem o particular contratante o direito de opor-lhe a *exceptio non adimpleti contractus* deixando de executar sua obrigação diante de tal inadimplência administrativa e, nesse caso, dando margem à interrupção do serviço público?”. E responde: “A resposta é uma só: o direito administrativo repele a regra da exceção do contrato não cumprido, em virtude do princípio da continuidade do serviço público.

A regra da *exceptio non adimpleti contractus*, de recepção não discutida no campo do direito civil, é repelida no campo do direito administrativo, em razão do princípio da continuidade do serviço público” (1999, p. 111).

2.2 - Outros corolários do princípio da continuidade

O princípio da continuidade motivou a criação de alguns institutos que pudessem viabilizar a prestação dos serviços de forma ininterrupta: “Daí o cuidado que a Administração demonstra na marcha desses serviços, criando institutos supletórios e de substituição, para que os órgãos encarregados de geri-los funcionem de maneira contínua” (Cretella Jr, 1999, p. 112).

São exemplos dos institutos acima aludidos:

- a) **Suplência:** de modo geral a suplência é vislumbrada em casos de ausência ou impedimento temporários de agente que, devido a isso, é substituído por outro.

- b) Delegação:** trata-se de instituto por meio do qual um agente transfere, isto é, delega para outro agente parte da competência funcional que lhe foi atribuída pelo Estado. Utiliza-se a delegação, dentre outros motivos, para que através da descentralização haja uma melhor especialização de funções e por conseguinte uma otimização do serviço público.

Duez e Debeyre prelecionam que:

“De modo geral, a delegação é a decisão pela qual um agente confia o exercício de parte de sua competência a outro agente. Difere, então, por seu caráter voluntário, da suplência, que ocorre por efeito da lei, tão-só, fora de toda manifestação de vontade do agente suprido” (*Apud* Cretella Jr., 1999, p.117).

- c) Substituição:** o nobre doutrinador José Cretella Jr. resume substituição com as seguintes palavras: “Pela substituição que é tomada aqui, na acepção de prática de atos da competência do superior por seu inferior hierárquico, que, para isso sobe na escala, o serviço público não se interrompe. Ao contrário, mantém sua continuidade” (1999, p.117).

Questão ainda controversa é a da greve no setor público. Seria ela possível frente o princípio da continuidade do serviço público?

A greve é direito constitucional do servidor conforme estabelece o artigo 37, VII da Carta Magna, que é clara também ao afirmar que esse direito será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei”. Isso significa dizer que a norma em questão é de eficácia limitada posto que depende de lei complementar para sua vigência plena.

A nós nos afigura como ideal a conciliação entre o direito (constitucional) de greve e o princípio (informador da Administração Pública) da continuidade de forma a respeitar tanto o direito de greve como o direito de utilização do serviço público, ambos de índole constitucional.

Pelo fato de o direito de greve do servidor público ter eficácia contida e por ainda inexistir lei complementar³ que a discipline é que para o entendimento majoritário, seria ilegal a greve nesses termos. Sérgio Pinto Martins afirma o seguinte:

³ A lei nº 7.783/89 que trata do exercício do direito de greve “é lei ordinária e não complementar, sendo inaplicável aos funcionários públicos, sendo observada apenas no setor privado” (Sérgio Pinto Martins, 2001).

“O STF entendeu que os servidores públicos civis não podem exercer o direito de greve antes da edição da lei complementar mencionada pelo inciso VII do art. 37 da Constituição (ML 20-4-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-5-94, LTr 50-06/647), como era a redação original do citado dispositivo. Assim, foi consagrado que a regra contida no inciso VII do art. 37 da Lei Maior é norma de eficácia limitada, dependendo de lei complementar para poder ser exercitada. Hoje, exige-se apenas lei específica.

A lei específica que previr a greve no setor público não poderá, contudo, tentar inviabilizá-la ou impedi-la, pois se trata de um direito constitucional do servidor público” (2001, p.768).

3 - Concessão do serviço público: o que é – características – distinção de outros institutos

Na doutrina podemos encontrar formas variadas de classificação do serviço público. Agora interessa-nos particularmente em dividir os serviços públicos, quanto à sua prestação em: serviços prestados diretamente pelo Poder Público e aqueles delegáveis que podem ser prestados de forma indireta, por meio de concessão, permissão e autorização. É bom não perder de vista que: “ (...) os serviços públicos, bem sejam transmissíveis, bem sejam prestados diretamente pelo Poder Público, a sua titularidade, o poder para deles dispor e regulamentar, sempre pertence ao Poder Público (...)” (Bastos, 1996, p. 164).

A Profª Lúcia Valle Figueiredo define concessão de serviço público como sendo “espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco” (1998, p. 82).

Complementando a definição acima citamos a de Hely L. Meirelles para quem concessão de serviço público é: “o ajuste pelo qual a Administração delega a execução de um serviço do Poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários” (1999, p. 283).

A concessão feita a particulares – pessoas jurídicas de direito privado - se dá por meio de um contrato administrativo formalizado após processo licitatório, enquanto que quando a transferência é feita a entidades estatais (submetidas a regime privado), o é por meio da lei que as institui ou por contrato.

Hely Lopes Meirelles diferencia brilhantemente os institutos da subcontratação e da subconcessão, vejamos:

“(...) Todavia, embora realizado intuitu personae, é possível a subcontratação de partes do serviço, com prévia aquiescência do concedente, desde que o concessionário permaneça responsável por sua execução nos termos do contrato da concessão. O que não se admite é a ‘subconcessão’, ou seja, a cessão parcial ou total da concessão a terceiros, porque isto hurlaria a concorrência exigida para o contrato original, transferindo-se o serviço com todos os seus encargos e vantagens a quem não participou da licitação” (1999, p. 283).

Com base no interesse público, a Administração pode alterar unilateralmente o contrato de concessão. Também a interpretação das cláusulas contratuais faz-se segundo o que mais se adequar ao interesse público.

3.1 - Concessão X Permissão

A concessão tem prazo certo que pode ser prorrogável. Para Celso Ribeiro Bastos a permissão tem um caráter precário, discricionário e unilateral. Ficamos, porém com o posicionamento de boa parte da doutrina dentro da qual destaca-se Lúcia Valle Figueiredo, para quem a permissão “jamais poderia ter natureza precária, exatamente porque deverá ser objeto de contrato, ainda que de adesão, consoante texto expresso da Lei 8.987/95 (art. 40)” (1996, p. 94).

De conformidade com o entendimento de Toshio Mukai, trata-se, consoante prevê o artigo 1º da Lei n. 8.987/95, de “permissão contratual; daí não poder ser a título precário, pois não pode ser desfeito sem mais, vez que se trata de um contrato” (1998, p. 21).

O mesmo parecerista divide as permissões em dois tipos: permissões tradicionais e permissões contratuais. Sobre isso, ensina:

“Ora, a precariedade e a revogabilidade são ínsitas às permissões tradicionais. Elas podem ser revogadas a qualquer momento, sem indenização.

No caso do art. 40, por serem as permissões contratuais, a referida precariedade se dá em termos de encampação, caducidade, rescisão, anulação (motivos de extinção da concessão); nunca em termos de extinção imotivada. E, em qualquer caso, caberá sempre a indenização dos prejuízos suportados pelo permissionário” (1998, p. 40).

Uma outra diferença constante na Lei n. 8.987/95 é a possibilidade, não presente nas concessões, de delegar-se permissões a pessoas físicas para que prestem serviços públicos.

Ao contrário da concessão e da permissão que são contratos administrativos, a autorização é ato administrativo de cunho unilateral e precário pelo qual dá-se a delegação de certa "atividade a particular interessado (autorizatório) a fim de atender interesses coletivos instáveis ou a uma emergência" (Bastos, 1996, p. 183).

4 – Conclusão

Ao contrário da quase totalidade dos princípios gerais do direito, o princípio da continuidade do serviço público não encontra exceções. Isso é apenas um indício de sua importância.

Deveras, a continuidade do serviço é princípio que persiste inalterado também (ou sobretudo) em relação às concessionárias, e assim é porque não se pode dispor do interesse público.

As concessionárias devem estar cientes disso e nortear sua conduta baseando-se em tal princípio pois como meios que são, devem empenhar-se na consecução do fim a que se propuseram, qual seja, a eficiente e contínua prestação de serviço público.

5 - Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2ed – São Paulo: Saraiva, 1996.

CARDOSO, Elaine de Matos Novais et alli. **Estudos de direito administrativo (em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Melo)**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CRETELLA JR., José. **Filosofia do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11ed. – São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 13 ed. rev., atual. e amp. – São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 13ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

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