

Conceito de Serviço Público passível de Concessão ou Permissão (1)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A função do jurista - quer o cientista, quer o operador do Direito - é descrever ou operar o ordenamento jurídico vigente em seu país. No Brasil, sua função é descrever ou operar o Direito positivo brasileiro.

O ordenamento jurídico é o conjunto hierarquicamente estruturado das normas postas em uma determinada comunidade. Todo Direito é posto. Por isso, importantes teóricos do Direito, como o alemão *NORBERT HOERSTER* (“*Em defesa do positivismo jurídico*”) e o italiano *NORBERTO BOBBIO* (“*O positivismo jurídico*”), dizem que a expressão “*Direito positivo*” é pleonástica.

Esta breve introdução serve para alertar que é um risco buscar-se na doutrina estrangeira o conceito dos institutos jurídicos. Esse conceito pode espelhar fielmente a realidade jurídica do país de quem escreve (França, Itália, Espanha, Portugal), nada tendo a ver, porém, com o Direito brasileiro. Isso ocorre, por exemplo, com o conceito de “*serviço público*”. Não existe um conceito universal de “*serviço público*”. Assim, ao defini-lo, devemos começar dizendo: “*No Direito brasileiro, serviço público é ...*”. Para isso é necessário analisar as normas constitucionais e legais que vigoram no País.

Mais específico ainda é o conceito de “*serviço público passível de concessão ou permissão*.” O art. 175 da Constituição dispõe que: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. Cabe indagar, à vista do texto constitucional, se todo serviço público, como tal atribuído à esfera de atuação do Poder Público pela Constituição e pela lei, é passível de concessão ou permissão. É evidente que todo serviço público pode ser prestado diretamente pelo Poder Público à sociedade. Mas a questão é: todo e qualquer serviço público pode ser prestado indiretamente, através de um concessionário ou permissionário?

Diante do Direito brasileiro, a resposta a esta questão é negativa. Somente o serviço público **específico** e **divisível**, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de uma **tarifa**, é passível de concessão ou permissão. Se o serviço é **específico** e **divisível**, ele pode ser prestado:

- a) **diretamente** pelo Poder Público (ou simplesmente posto à disposição), mediante pagamento de uma **taxa**; ou
- b) **indiretamente** pelo Poder Público, mediante concessão ou permissão, e, **desde que efetivamente prestado**, ser remunerado mediante pagamento de uma **tarifa**. *

Este é o esquema dentro do qual devemos trabalhar. A partir dele, podemos tirar algumas conclusões **práticas** importantes, referentes, em especial, à possibilidade jurídica da concessão ou permissão dos serviços de **limpeza urbana, saneamento básico e energia elétrica**.

No próximo Comentário continuarei a abordar este assunto. Por enquanto, friso que no Direito brasileiro não basta caracterizar-se como **serviço público** para que uma atividade possa ser objeto de concessão ou permissão. É necessário que ela seja **específica, divisível** e, **desde que efetivamente prestada**, seja remunerada mediante pagamento, pelo usuário, de uma **tarifa**.

** Sobre a distinção entre taxa e tarifa, na prestação de serviço público, ver Comentário do dia 01/02/2000, nesta página.*

(Comentário CELC nº 11, de 15/03/2000, divulgado no site www.celc.com.br)

☞ É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.