

A Concessionária de Serviço Público Age em Nome Próprio?

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A doutrina jurídica costuma afirmar que a concessionária de serviço público age “*em nome próprio*”. Com isso, busca-se distinguir a concessão de serviço público do contrato de prestação de serviços (terceirização). Discordo dessa afirmação. Tanto a concessionária de serviço público quanto a prestadora de serviços (terceirizada) agem “*em nome do Poder Público*”. A distinção não está aí, e sim no fato de que na concessão há duas relações jurídico-contratuais, uma entre a concessionária e o poder concedente e a outra entre a concessionária e o usuário, enquanto na prestação de serviços só existe uma relação jurídico-contratual, entre a prestadora de serviços e o Poder Público, não existindo relação jurídico-contratual entre a prestadora de serviços e o usuário.

Nos termos do art. 175 da Constituição, o Poder Público tem o dever de prestar o serviço público, podendo fazê-lo direta ou indiretamente, neste caso mediante concessão ou permissão. Assim, na concessão o serviço continua sendo prestado pelo poder concedente, só que indiretamente, por intermédio da concessionária ou permissionária. Daí dizer-se que a **titularidade** do serviço permanece com o poder concedente, que transfere para a concessionária ou permissionária apenas seu **exercício**. Ou, em outras palavras, transfere a **obrigação** de prestar o serviço, mas continua **responsável**, solidariamente, pelo cumprimento da obrigação transferida. Sob esse aspecto, a expressão “*privatização de serviço público*”, que tem sido largamente empregada, é equívoca. Pode induzir ao erro de fazer crer que o serviço público muda de “*dono*”. Passaria a ser de propriedade (titularidade) da concessionária. Feita esta ressalva, porém, a questão passa a ser semântica. O que importa salientar é que a concessionária exerce **função pública**. Assim, ela tem não apenas o poder, mas também o dever de prestar adequadamente o serviço a ela concedido.

Dizer-se que a concessionária age “*em nome próprio*” só teria sentido se houvesse a transferência da **titularidade** do serviço, eximindo-se o poder concedente da **responsabilidade** por sua prestação. Ou seja, se a concessionária exercesse **função privada**. Assim, o que distingue a concessão da terceirização não é o fato de que a concessionária age “*em nome próprio*” enquanto a empresa contratada mediante

terceirização age “*em nome do Poder Público*”. Ambas agem “*em nome do Poder Público*”. Só que na concessão há duas relações jurídico-contratuais: uma entre o poder concedente e a concessionária (contrato principal) e a outra entre a concessionária e o usuário (contrato acessório, ou dependente). Enquanto na terceirização há uma única relação jurídico-contratual, **de prestação de serviços**, entre o Poder Público e a contratada (prestadora de serviços).

A concessionária age “*em nome do poder concedente*”, mas “*por sua conta e risco*”. Não existe nisso nenhuma contradição. A concessionária tem a liberdade de organizar-se da maneira que melhor entender, desde que preste, ao usuário, “*serviço adequado*”, como tal definido na Lei 8.987/95 (art. 6º) e explicitado no respectivo contrato de concessão. E corre o risco inerente à **álea ordinária** do contrato entre ela e o usuário, como, por exemplo, é totalmente seu o risco pela inadimplência do usuário relativamente ao pagamento da tarifa.

Curioso é que a doutrina que sustenta que a concessionária age “*em nome próprio*” é unânime no entendimento de que sua responsabilidade é objetiva, a ela aplicando-se o § 6º do art. 37 da Constituição, que assim dispõe: “§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

Concordo com este entendimento. O que não consigo é conciliá-lo com a noção de que a concessionária age “*em nome próprio*”.

(Comentário CELC nº 126 – 01.11.2005, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.