

5. Assim, enquanto não for instalado o Tribunal de Justiça Militar, previsto nos artigos 104, III e 233 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cuja arguição de inconstitucionalidade pende de julgamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a competência para declarar a indignidade do oficial da Polícia Militar do Estado e decretar a perda de posto e patente, será do Colendo Tribunal de Justiça.

6. Encaminhe-se à Secretaria de Estado de Segurança Pública para ciência do Comando-Geral da Polícia Militar e do Comando do Corpo de Bombeiros.

Em 26 de novembro de 1975. — ROBERTO PARAISO ROCHA, Procurador-Geral do Estado.

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Despertado pela recusa do Iate Clube do Rio de Janeiro em continuar a permitir “o uso de seu cais para embarque e desembarque de pessoas que se destinam a cruzeiros através da baía de Guanabara e adjacências, em embarcações de determinadas empresas turísticas” (ofício de fls. 2), o Governo do Estado, atendendo, ainda, à sugestão daquele Clube, no sentido do equacionamento do problema das “marinas”, após as manifestações de que o expediente dá notícia, elaborou, naquele propósito, a minuta de Decreto, que se encontra a fls. 19/20, cujo exame é solicitado a esta PRG, pelo Sr. Secretário de Estado de Indústria, Comércio e Turismo.

Para adequada exposição do parecer, torna-se conveniente, de princípio, se saber do que se está concretamente tratando, e, após, destacar algumas colocações adotadas pela minuta, de relevo para o enfoque jurídico do assunto.

“Entende-se por marina o ancoradouro abrigado para barcos de passeio, particulares ou de aluguel, dotado de fundeadouro, instalações portuárias de pequeno porte, serviços de manutenção, atividades comerciais afins e outros serviços destinados ao apoio direto e indireto ao movimento daquelas embarcações, seus tripulantes e usuários” (art. 1.º, da minuta). Em suma, “marina” é um ancoradouro abrigado, para barcos de passeio, destinado ao apoio do turismo realizado nas vias aquáticas. Disto é que se está cuidando.

As colocações importantes são duas: a) o serviço seria público em sentido estrito, pois só este se ajusta ao esquema da exploração direta ou concedida; b) a competência para explorá-lo e sobre ele legislar seria estadual.

I. A NATUREZA DO SERVIÇO

Conceituar serviço público constitui tarefa difícil, comprovável pelas dubiedades dos mais eminentes doutores no trato do problema, que, fugindo a uma configuração precisa e inuidosa da atividade, se espriam em dissertações e apontamentos de seus característicos peculiares, evitando qualquer engajamento num ou noutro sentido.

Deste fato, dá testemunho o eminente administrativista, Professor Caio Tácito, quando, na procura de sua conceituação — *Direito Administrativo*, fls. 197 — atesta que,

“Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente “serviço público”. Embora ocorra, fragmentariamente, a qualificação legal das atividades ou órgãos do Estado suscetíveis dessa designação, não se torna fácil condensar, em síntese definidora, os elementos que o identifiquem, no tempo e no espaço.

A noção é fugidia e variável, assemelhando-se, na disparidade de critérios e definições, a um “diálogo” de surdos, em que não se entendem os interlocutores, conforme a sátira de Marcel Waline (*Droit administratif*, 8.ª ed., 1959, p. 620).

Considera-a Renato Alessi “una delle più incerte e nebulose di tutte quanto il campo del diritto pubblico (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1953, p. 344, n.º 2).

Feito o reparo, é evidente, dado o conhecimento real de nossa capacitação, que não nos atreveremos a tentar definir o indefinível, mas tão-somente, fixando o conteúdo público do serviço pretendido, verificar se é um serviço público, e, em o sendo, se o é *strictu sensu*, ou, apenas, um serviço de interesse ou utilidade pública, no primeiro caso objeto de concessão, no segundo, de permissão ou autorização.

Dissertando sobre o chamado “serviço público administrativo”, gênero da espécie “serviço público”, Mario Mazagão anota que nele se integram as seguintes características (*Curso de Direito Administrativo*, p. 281): a) — generalidade; b) — uniformidade; c) — continuidade e,

finalmente, d) — regularidade. Dentro destas premissas, que aceita, Bielsa — *Derecho Administrativo* — tomo I, p. 153 — traça rumos que, não obstante, repelidos pelo primeiro autor, são de valia no deslinde da questão:

“Concepto lato del servicio público — De una manera general el concepto lato de servicio público (es decir comprensivo de todos los servicios ‘del publico’ de los servicios propios y los improprios), puede dar-se en los términos siguientes: toda actividad pública ou privada, regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regula sea competente) con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. Pero esta noción de servicio público debe desechar-se por insuficiente, *pues comprende servicios de “interés público”, y no precisamente servicios públicos.* Hay servicios que aprovecha el público, y que algunos llaman simplemente de necesidad pública, que están librados a la iniciativa y a la ejecución privadas.

Por los demás, los servicios públicos *propios* deben diferenciarse de los *impropios*; esta diferencia tiene importancia. 1.º Servicios propios son los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario. 2.º *Servicios públicos improprios son aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede, sino que tan sólo los reglamenta. Entre estos servicios están no pocos de los llamados de interés público o de necesidad pública.*”

Da exposição do insigne jurista, a *olho nu*, se percebe que o serviço de “marinas” que se quer ver implantado não se enquadra no conceito de serviço público próprio, mo de serviço público em sentido estrito, pois seria um contra-senso se inscrever um serviço que até agora era prestado, a título de favor, por um clube de elite, no rol daqueles que “presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario”.

Se não representa serviço público, não pode ser objeto de concessão, como figurado na minuta. Quando muito, e nos parece que o é, seria um serviço de interesse público ou de utilidade pública, passível de ser explorado mediante permissão.

Representando um serviço de apoio ao turismo praticado através de embarcações, sendo dele mero acessório, não poderia ser catalogado como serviço eminentemente público, se o principal não possui esta carac-

terística. Mal comparando, pois de significação social imensamente menos importante, este serviço se assemelharia ao de transporte coletivo de passageiros, em que os coletivos são os barcos, e os ancoradouros as garagens. Se o serviço de transportes coletivos de passageiros, que chega a interessar à segurança pública, não constitui, no Brasil, exploração concedida, o que dizer de um serviço de turismo restrito? Jamais passou pela cabeça de ninguém sustentar que as garagens dos coletivos e os pontos de embarque e desembarque de passageiros como fossem objeto de concessão.

Confirma-se Francisco Campos, *Direito Administrativo*, vol. 2, p. 161:

“Em matéria de atividade ou de serviço que não constitui privilégio do poder público, este não pode conceder o exercício daquela atividade ou daquele serviço. Concessão é a outorga ou a delegação de prerrogativa do poder público e somente pode configurar-se no caso em que o exercício da atividade ou a prestação de serviço foi reservado como privilégio ou prerrogativa à atividade pública (União, Estado ou Município); o particular só poderá exercer aquela atividade ou prestar aquele serviço por investidura ou outorga especial da entidade pública ou mediante concessão, ou como delegado desta entidade.

Ora, as atividades ou serviços, cujo exercício ou cuja prestação não constitui privilégio do poder público, ou que não foram reservados à sua competência exclusiva, não podem, obviamente, constituir objeto de concessão.”

Queimando etapas, o serviço de “marinas” está enquadrado naqueles a que Francisco Campos assim se reporta:

“Quarto a essas atividades, o seu exercício não depende, nem poderá depender de concessão, pois elas não foram reservadas à competência exclusiva do poder público, ou não são serviços públicos. O poder que a administração exerce, neste domínio, é um poder de polícia, mediante o qual poderá regular o exercício da liberdade individual, de natureza comercial ou econômica, prescrevendo as medidas ou as condições a que o indivíduo terá de submeter-se de modo a evitar as incidências prejudiciais que a sua atividade possa vir a ter sobre o gozo, a que os demais têm direito, da liberdade, da propriedade, da incolumidade, do bem-estar, do sossego e da segurança, que constituem o fim imediato da cooperação humana ou da aglomeração ordenada dos homens em núcleos politicamente organizados” (obra citada, pág. 1616).

Tirante a pirotécnica da redação, o que o consagrado jurista quer dizer é que tais atividades são objeto de permissão, licença ou autorização. Eliminada a alternância, fruto da ourivesaria jurídica, em suma, que tais serviços devem ser permitidos. Permissão fundada no poder de polícia do Estado.

“La autorización, licencia o permiso, es un acto administrativo por el qual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. En la generalidad de los casos en que la legislación positiva ha adoptado el régimen autorizaciones, licencias o permisos, hay un derecho preexistente del particular, pero su ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, y sol hasta que satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la Administración permite el ejercicio de aquel derecho previo” (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, fls. 277).

De remate, lembre-se que se se tratasse de serviço público concedido, a concessão só poderia ser adjudicada em concorrência pública (Constituição do Estado do Rio de Janeiro, § 1.º, do art. 162).

Concluo, por conseguinte, que o serviço de “marinas” deve ser explorado sob o regime de permissão, não infirmo esta conclusão a circunstância de que o Estado, Estado em sentido lato, também, concorrentemente, o explore, pois isto é corriqueiro, como a exemplo sucede nos transportes coletivos de passageiros, em que se vê a administração direta, por si ou através de sociedades de economia mista, disputando o serviço com particulares. De igual sorte não perturba o regime o fato de eventualmente se dar ao particular o uso de bem público. Este seria dado, por similitude, sob o regime de permissão, pelo qual, juntamente com os emolumentos da licença, pagaria taxa de ocupação.

II. A COMPETÊNCIA

A semelhança com o que ocorre na conceituação do que seja serviço público, inexistem parâmetros definidos a extremar os serviços públicos ou de utilidade pública de competência estadual daqueles de competência municipal.

Esta questão já mereceu o estudo desta PG-5 — Processo número 0/7/002 888/75, da lavra do Sr. Procurador-Chefe, Dr. Oswaldo Astolpho Rezende, que, por sua valia, sem o incômodo do aspeamento aqui e ali, passo a destacar nos seus aspectos fundamentais.

Consigna o parecer que os autores que tratam do assunto assentam que o favor da diferenciação reside na *predominância do interesse do Estado* ou do Município para a execução do serviço.

Helly Lopes Meirelles, com a clareza que lhe é peculiar, escreve sobre o assunto página, que, nos parece, elucidada, em muito, os aspectos da questão, em sua conhecida obra *Direito Administrativo Brasileiro*:

“O critério de *peculiar interesse* é sempre relativo ao das demais entidades administrativas. Se predomina sobre determinada matéria o interesse do Município em relação ao do Estado-membro e ao da Federação, tal matéria é da competência do Município; se o seu interesse é secundário comparativamente ao das demais pessoas administrativas, a matéria refoge da sua competência privativa, passando para a que tiver interesse predominante a respeito do assunto. A aferição, portanto, da competência municipal sobre serviços públicos locais, há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidos o critério da *predominância do interesse*, e não o da exclusividade, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidade do serviço” (pág. 277).

Artes já havia mostrado também em palavras claras e concisas, em que consiste a competência do Estado, em matéria de serviços públicos.

“A *competência do Estado-membro* para a prestação dos serviços públicos não está discriminada constitucionalmente, pela razão já exposta de que, no nosso sistema federativo, o constituinte só enunciou as matérias reservadas à União, deixando as remanescentes para as unidades federadas e para os municípios. Mas é certo que da autonomia estadual defluiu a competência do Estado-membro para executar ou delegar todos serviços públicos ou de utilidade pública de *âmbito regional*, contidos nos limites do seu território.

Os serviços e obras que *ultrapassam as divisas de um Município* ou afetam interesses regionais são da *competência estadual*. Pela mesma razão, compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual” (grifamos, p. 276).

Apesar de afirmar ser difícil discriminar aqueles serviços da competência do Estado, afirma que, normalmente, cabem ao Estado-membro

os serviços de saúde pública, educação, assistência social, fornecimento de energia elétrica e outros que “*por sua generalidade e vulto dos investimentos, devem cobrir todo o território estadual, transpondo as fronteiras de seus municípios*” (grifamos).

Cretella Junior, no seu *Tratado de Direito Administrativo*, ao estudar a outorga de concessão de serviços públicos, pontifica com toda sua autoridade:

“Há serviços que dizem respeito a todo território nacional, outros comuns a vários Estados-membros, outros ainda, a muito municípios confiantes. São serviços públicos de índole ampla, que ultrapassam as necessidades locais, interessando a extraordinário número de habitantes e envolvendo portanto, inúmeras pessoas jurídicas de direito público” (vol. 3, p. 313).

E, logo em seguida, procurando dar um roteiro aos menos versados, leciona:

“Abstraindo-se de direito positivo, mas colocando-os diante dos fatos, poderíamos estabelecer alguns princípios de natureza científica que devem reger a escolha da pessoa de direito público indicada para outorgar a concessão. Assim:

1.º — é competente a União para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos comuns a todo território nacional;

2.º — é competente a União para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Estado;

3.º — é competente o Estado para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Município” (pág. 131, grifamos).

Pontes de Miranda, em parecer proferido na vigência da Constituição de 34, que continha dispositivos semelhantes à atual Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (arts. 7.º, n.º IV e 13, n.º III) também frisa que o norte da questão é o do *interesse predominante*.

“Um serviço público, portanto, seja de transporte, de comunicação, de eletricidade ou pertença a qualquer outra categoria de utilidade pública, desde que de interesse estadual e confinando nas raias do território estadual, ao Estado compete organizá-lo e administrá-lo, seja diretamente, seja por delegação ou concessão” (*Direito Administrativo*, 1942, p. 170).

Themistocles Cavalcanti, no seu conhecidíssimo e louvado *Tratado de Direito Administrativo*, ed. 1949, após transcrever trecho do parecer de Pontes de Miranda, acima referido, afirma categoricamente:

“Deve-se, porém, ter como princípio também de que passa a competência geral para os Estados e a União, respectivamente, quando o serviço abrange mais de um município, ou se estende a mais de um Estado” (vol. IV, pág. 370, grifamos).

Em pronunciamento mais recente o Professor da Faculdade Católica de S. Paulo e Diretor do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal do Estado de S. Paulo, Dr. Gallari atacando inclusive o aspecto dos aglomerados metropolitanos:

“Este sistema de distribuição de competências tem-se revelado bastante eficiente, não obstante apresente algumas dificuldades decorrentes da abstração, e generalidade do conceito de “*peculiar interesse municipal*”. Atualmente, já é pacífico o entendimento de que são de peculiar interesse municipal todos os assuntos nos quais o interesse do Município é *predominante* sobre o das outras esferas de governo.

Paradoxalmente, as vantagens e desvantagens do sistema decorrem de um mesmo fato: a impossibilidade de se identificar, de maneira concreta e objetiva, quais os assuntos que devem ser considerados como de predominante interesse municipal. Isto ocorre porque a predominância de interesse varia e tem efetivamente variado no tempo e no espaço, como, por exemplo, no que diz respeito à educação primária, trânsito urbano, telecomunicações, fornecimento de energia elétrica, etc.

Se de um lado, isto obriga a verificar em cada caso concreto, qual a esfera de governo mais apta a disciplinar o assunto, ou exercer a atividade, de outro lado, nenhum problema de ordem constitucional existe quando um assunto se transmuda da esfera da predominância de interesse do Estado-membro para a do Município ou deste para aquela.

Exemplo disto é o que está ocorrendo atualmente com a cristalização do fenômeno metropolitano. A existência de diversas unidades locais formando um só aglomerado urbano, com tal nível de integração a ponto de constituir uma unidade sócio-econômica, impõe a necessidade de se identificar uma unidade política capaz de tutelar os interesses peculiares ao aglomerado metropolitano.

Como no sistema constitucional brasileiro é impossível a criação de um quarto nível de governo; como a direção dos assuntos metropolitanos não foi dada pela Constituição ao Governo da União; e tendo em vista que tais assuntos transcendem ao interesse municipal, resta *apenas concluir que apenas os Estados-membros* estarão aptos a tutelar o peculiar interesse metropolitano” (*Rev. Dir. Público*, 16 — 298).

Dentro desta moldura, parece-me que a minuta é incensurável ao consagrar a competência estadual no particular, porquanto na atividade a ser regrada há a predominância do interesse estadual pois persegue, nos termos da letra *h*, parágrafo único do artigo 117, da sua Constituição, promover “o desenvolvimento do turismo, através da elaboração de um plano geral, entrosando as várias regiões turísticas do seu território e incentivando as empresas ligadas ao setor”.

Acrescente-se a tudo isto, que a implantação das “marinas” se destina, como já acentuado, ao suporte do turismo, por via aquática, não limitado a um só Município, mas integrando todas as zonas turísticas do território estadual, num só complexo, o que implica reconhecer que, contrastado com o interesse municipal, predomina o estadual. É um serviço não estanque aos limites territoriais de cada Município, transcende a eles, abrangendo todo o território do Estado.

Do muito que foi dito, a conclusão é sucinta:

- a) — o serviço deve ser objeto de permissão;
- b) — a competência para permiti-lo é estadual sem embargo da audiência, no que couber, dos municípios envolvidos, o que poderia se efetivar através da Flumitur.

Transmutando à minuta estas conclusões, tem-se que: a) no artigo 2.º, substitui-se “serviço concedido” por serviço permitido; b) no artigo 4.º, alterando-se “devam ser explorados ou concedidos pelo poder público”, para “devem ser exploradas ou permitidas pelo poder público”. De igual sorte, intercalaria a alocação “quando couber” no final do artigo 4.º, especificamente, na seguinte passagem: “... ouvidos, quando couber, o serviço do patrimônio da União, etc.”; c) no artigo 5.º, “em nenhum caso haverá marinas que não tenham sido permitidas pelo Estado e em nenhum caso a permissão ou exploração serão grauitas”.

É o que me parece, com as ressalvas de praxe. — HÉLIO CAMPISTA GOMES.

Visto.

A implantação e a administração de *marinas* — objeto da matéria em exame — têm pertinência com o desenvolvimento econômico do Estado, na área do acionamento turístico, uma das metas de tratamento constitucional (alínea “h” do parágrafo único, do art. 117).

Não se trata, porém, de serviço público, mas, sim, de utilidade pública, razão por que sua exploração há de ser através de *permissão* e não de concessão.

Impõe-se, assim, a alteração da minuta de decreto de fls. 19/20 para que sejam inseridas as adaptações propostas na conclusão do parecer do Procurador Assistente da Procuradoria de Urbanismo e Serviços Públicos, o qual aprovo, e, ainda, acrescentando-se, na redação do artigo 7.º, que deverá ser obedecida também a legislação municipal, no respeitante à polícia de construção.

Ao Senhor Secretário de Estado de Indústria, Comércio e Turismo. — Em 14 de novembro de 1975. — ROBERTO GRANDMASSON SALGADO, Subprocurador Geral do Estado.

POLÍCIA MILITAR — ATO DE REFORMA DE OFICIAL COM PROMOÇÃO ILEGAL — POSSIBILIDADE DO SEU DESFAZIMENTO — INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, § 2.º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69

I

Pelo Decreto “P” n.º 6.925, de 6 de outubro de 1966, o então Major médico da Polícia Militar do Estado da Guanabara, José Edmo Peixoto Amorim, foi reformado, obtendo, por este motivo, duas promoções (Tenente-Coronel e Coronel) com base nas leis n.º 1.195/50 e 1.156/50.

Ao ser submetido o ato de reforma à apreciação do Tribunal de Contas, determinou este órgão (v. fls. 42 v) fosse devidamente esclarecido o direito à vantagem estabelecida em decorrência da aplicação da Lei n.º 1.156/50, tendo em vista que dito diploma legal assegurava uma promoção na reforma aos militares que prestaram serviço em zona de guerra, e haver sido comprovado que o interessado não satisfazia esta condição.

Do exame procedido pela Corporação constatou-se que efetivamente o acesso àquele último posto hierárquico havia sido concedido ao arrepio da lei, opinando-se, deste modo (v. fls. 44), no sentido de que se tornasse insubsistente a referida promoção, assegurando-lhe, apenas, o