

Tribunal de Contas da União
Instituto Serzedello Corrêa

**O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento
jurídico brasileiro**

Noemia Naomi Matayoshi

Brasília, DF
2004

Noemia Naomi Matayoshi

**O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento
jurídico brasileiro**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de
Especialista em Controle Externo, Área
Regulação de Serviços Públicos
Concedidos.**

Orientador: Wladimir Antônio Ribeiro

Brasília, DF

2004

Noemia Naomi Matayoshi

REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

**O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento
jurídico brasileiro**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo – Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos, Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Comissão julgadora composta por:

Wladimir Antônio Ribeiro
Orientador

Jorge Pereira de Macedo
Membro

Luiz Fernando Fauth
Membro

Brasília , DF, 29 de outubro de 2004

Aos meus filhos, Vítor e Fábio, meus grandes tesouros e alegria, e à minha mãe, *in memoriam*, e ao meu pai, ambos grandes referências em minha vida, com amor.

Agradeço à Administração do Tribunal de Contas da União pela oportunidade de aprimoramento profissional, ao professor Wladimir Antônio Ribeiro, pela sua balizada orientação neste trabalho, ao Secretário da Secretaria de Fiscalização de Desestatização do TCU, Jorge Pereira Macedo, pelo incentivo, aos servidores das Bibliotecas do TCU, STF e Câmara dos Deputados, pela presteza no atendimento às solicitações de pesquisas, aos meus colegas de curso, companheiros fiéis nesta jornada, e a todos que me incentivaram neste desafio.

RESUMO

Pretende-se desenvolver nesta monografia um estudo sobre o instituto da permissão de serviço público no atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual não é um tema muito pesquisado, havendo muitas divergências e controvérsias entre a doutrina, a jurisprudência e a legislação hoje existentes versando sobre o tema. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 as controvérsias ficaram mais evidentes, não somente pelo próprio conteúdo do art. 175 da atual Carta Magna, mas também devido às normas infraconstitucionais que a regulamentavam, mormente, a Lei 8.987/95. Assim, pretende-se responder nesta monografia ao problema: “No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?”. Para tal, apresentaremos os embasamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários tratando do tema, para em seguida analisarmos se a concessão e a permissão se diferenciam quanto à natureza jurídica, quanto ao objeto, quanto à natureza dos delegatários, quanto à estabilidade do vínculo (precariedade), quanto à remuneração e quanto à forma (licitação).

SUMÁRIO

1	Introdução	7
2	O instituto da concessão de serviço público	10
3	O instituto da permissão de serviço público	14
4	Do tratamento constitucional das concessões e permissões de serviços públicos.....	20
5	Do Serviço público	27
5.1	Conceito de serviço público	27
5.2	Conceito de serviço público passível de concessão ou permissão	32
6	Diferenças entre a concessão e a permissão de serviços públicos.....	34
6.1	A concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica ?	35
6.2	A concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto ?	41
6.3	A concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados) ?	42
6.4	A concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade) ?	47
6.5	A concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário ?.....	52
6.6	A concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação) ?.....	53
7	Conclusão	54
8	Bibliografia.....	57

1 INTRODUÇÃO

Estamos vivenciando uma tendência mundial de globalização e parceria com a iniciativa privada, em que presenciamos a retirada do Estado de certos setores da atividade econômica, em razão do que, mais do que nunca, torna-se fundamental o estudo das diversas formas de delegação de serviços públicos: umas novas, tal como a parceria público privada, e outras mais antigas, tais como as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, que muitas vezes ressurgem, na atual realidade, com uma roupagem nova.

Nesse contexto, pretende-se desenvolver nesta monografia um estudo sobre o instituto da permissão de serviço público no atual ordenamento jurídico brasileiro, o qual não é um tema muito pesquisado, havendo muitas divergências e controvérsias entre a doutrina, a jurisprudência e a legislação hoje existente versando sobre o tema.

Pode-se afirmar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as controvérsias ficaram mais evidentes, não somente pelo próprio conteúdo do art. 175, mas também devido às normas infraconstitucionais que a regulamentavam, mais especificamente, a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviço público previsto no art. 175 da CF/88, e outras leis esparsas tratando da regulação de setores específicos, tais como os de transporte coletivo de passageiros, instalação e exploração de portos secos (estações aduaneiras), etc.

Classicamente, a doutrina entendia que a concessão era instrumentalizada por meio de um contrato administrativo e que a permissão o era por meio de um ato administrativo. Assim, na permissão, estabelecida por um ato unilateral, com a característica da precariedade, o permissionário não teria as garantias de um contrato, pelo que esse instituto deveria ser utilizado quando não houvesse necessidade de grande investimento de capital pelo permissionário particular (VILLELA SOUTO, 2001, p. 150).

Ocorre que a CF/88 (art. 175) estabeleceu que cabe licitação (que precede a celebração de contrato administrativo), tanto para a concessão quanto para a permissão, e firmou no parágrafo único, inciso I, que a lei disporá sobre o “regime das empresas

concessionárias e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão” (grifo nosso). Havia, portanto, duas indicações sobre a contratualização da permissão no mesmo dispositivo constitucional, o que contrariava o que a doutrina classicamente vinha pregando sobre as permissões.

E a Lei 8.987/95 (art. 40), que regulamentou o art. 175 da CF/88, estabeleceu que a ”permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral do contrato** pelo poder concedente“ (grifos nossos). O parágrafo único desse mesmo artigo completa estabelecendo que “aplica-se às permissões o disposto nesta lei”. Mais uma vez ocorre a confirmação do uso do contrato como meio de formalização da permissão e com a agravante e aparente contradição de se manter a precariedade e a revogabilidade unilateral próprias das permissões tradicionais.

Assim, tudo indicava que a permissão de serviço público teria ficado contratualizado, o que afetaria a discricionariedade e a precariedade que tradicionalmente se atribuía ao instituto da permissão.

Mesmo assim, alguns autores entendiam que houve imprecisão técnica de redação do art. 175 da Constituição Federal, pois consideravam que, embora o constituinte tenha tratado conjuntamente da concessão e da permissão, teria usado a expressão “contrato” para remeter somente à figura da concessão. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 701) e Benedicto Pereira Porto Neto (*apud* VILLELA SOUTO, 2001, p. 151).

E, em decorrência dessas aparentes contradições (permissão com características de concessão) e as conseqüentes contendas administrativas e judiciais existentes, entendemos ser interessante e oportuno um estudo mais detalhado do instituto da permissão de serviço público.

Pode se afirmar que os autores em unanimidade entendem ser confusa a legislação vigente tratando do instituto da permissão de serviços públicos.

No TCU não há ainda um estudo sistematizado compilando os principais e os mais atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do instituto da permissão de serviço público.

As análises e entendimentos existentes sobre o tema encontram-se, de forma esparsa, no âmbito de alguns processos em tramitação no TCU referentes ao acompanhamento das outorgas de permissão de serviços públicos, especialmente nas áreas de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros e de exploração de portos secos (estações aduaneiras).

Assim, pretende-se responder nesta monografia ao problema: “No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?”.

Para levantarmos o embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial necessário a tal mister, examinar-se-á, preliminarmente, em detalhes, o instituto da concessão de serviços públicos na parte 2 desta monografia; o instituto da permissão de serviços públicos na parte 3; o tratamento constitucional das concessões e permissões de serviços públicos na parte 4; sobre os serviços públicos objeto das concessões e permissões de serviços públicos na parte 5.

Para fundamentar nossa resposta analisaremos, na parte 6 deste estudo, cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, ou seja, responderemos às seguintes indagações: a) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica ? ; b) a concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto ? ; c) a concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados) ? ; d) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade) ? ; e) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário ? ; f) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação) ?

Durante a análise apresentaremos jurisprudências que comprovam o quão polêmico é o tema das permissões de serviços públicos.

Mostraremos no curso dos estudos que a permissão tem apresentado diversas configurações sob uma mesma denominação.

Em síntese, pretende-se mostrar que diante do atual quadro jurídico e legal existente, sempre que se estiver diante da aplicação do instituto da permissão, é necessário verificar o conteúdo dos acordos vigentes, isto é, analisar-se a situação jurídica existente e não se ater somente ao rótulo que se tenha conferido para o ato de outorga para se inferir das

implicações possíveis, uma vez que, legalmente, não há mais permissões nos moldes tradicionalmente previstos na doutrina.

Como metodologia de trabalho, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental envolvendo o levantamento, leitura e análise de leis e normas, jurisprudência do TCU e de outros Tribunais, e bem assim de textos de doutrinadores renomados a respeito do instituto da concessão e da permissão de serviço público.

Espera-se que esta monografia seja útil, de imediato, aos técnicos do TCU que instruem processos de acompanhamento de outorga de permissões de serviços públicos, e na seqüência, a todos aqueles interessados na matéria uma vez que não há muita literatura compilada a respeito.

2 O INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de serviços públicos é um instituto que existiu e foi utilizada desde o século XIX sobretudo na Europa, tendo sido criada para atendimento aos serviços que exigiam grandes investimentos e pessoal técnico especializado, num contexto em que o Poder Público não podia assumir esses encargos. A concessão era a longo prazo para propiciar o retorno do investimento aplicado. Assim, transferia-se para o setor privado a execução desses serviços, remunerados pelas tarifas pagas pelos usuários, tendo, na ocasião, recaído principalmente sobre transporte ferroviário, fornecimento de água, gás e transporte coletivo urbano (MEDAUAR, 2003, p.217).

A partir da terceira década do século XX registrou-se o declínio das concessões em virtude da instabilidade econômica em geral devido às guerras mundiais e às tendências estatizantes, período em que muitas atividades concedidas foram nacionalizadas, criando-se empresas estatais que absorveram grande parte das concessões do setor privado (MEDAUAR, 2003, p.217).

O interesse pela concessão ressurgiu a partir de fins da década de 80, acentuando-se na década de 90 do século XX, num contexto de reforma do Estado e

privatização e com justificativas similares às que nortearam seu uso no século XIX, ou seja, execução de serviços públicos sem ônus financeiro para o Poder Público. Porém, na atual modelagem, a exclusividade não caracteriza mais em geral as concessões em virtude da introdução da concorrência. E é nesse contexto que no Brasil editou-se a Lei nº 8.987, de 13/2/1995 (Lei Geral das Concessões), a Lei nº 9.074, de 7/7/1995, e outras, (MEDAUAR, 2003, p. 217- 218).

A concessão de serviço público passou a ser contemplado a nível constitucional desde a Carta de 1934 tendo sua regulamentação sido remetida à legislação infraconstitucional. A atual Constituição de 1988 repetiu o feito tendo estabelecido 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” (art. 175) e que a lei iria dispor sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial¹ de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da **concessão** ou permissão”.

A lei² a que se refere o parágrafo único, do art. 175 é, basicamente, a de nº 8.987/95, à qual se conjuga a de nº 9.074/95, documentos nos quais se tem o tratamento

¹ Há autores que entendem que o constituinte brasileiro sinalizou ser aquele contrato submetido a regime jurídico de direito público, donde a expressa remissão à "especialidade" do mesmo. Ele seria especial ao adotar o modelo contratual que em geral rege relações acordadas entre particulares.

² José Afonso da Silva sobre que “lei” seria essa referida pelo art. 175 da CF/88 comenta ser a lei própria do poder concedente que pode ser a União (lei federal), Estado (lei estadual), o Distrito Federal (lei distrital) e Município (lei municipal), pois a CF não mais falaria em **lei federal** mas apenas a **lei**, o que remeteria à competência das entidades constitucionais autônomas, com o que estas recuperaram sua plena autonomia normativa nessa matéria, apenas ficando sujeitas às normas gerais federais, à vista do disposto no art. 22, inciso XXVII, da CF/88. Esse último dispositivo dispõe que compete privativamente à União legislar sobre “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. O autor cita que Hely Lopes Meirelles teria o mesmo entendimento. Por fim, salienta que a Lei nº 8.987/95 teria assumido essa concepção, quando no **parágrafo único do art. 1º** estabeleceu que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”. (1996, p.734-735). Cabe esclarecer que somente as Constituições de 1934 e de 1937 faziam referência a uma **lei federal** que regularia a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão. As Constituições de 1946, de 1967 (EC-1/69) e de 1988 passaram a referir-se a uma **lei** que dispusesse sobre o regime das empresas concessionárias (e permissionárias a partir da CF/88). Assim, não procede o argumento de José Afonso da Silva que leva a crer que antes da CF/88 houvesse referência somente a uma **lei federal**. Por outro lado, é importante mencionar que Maria Sylvania Zanella Di Pietro refere-se também ao art. 22, inciso XXVII, da CF/88, para concluir que a Lei nº 8.987/95 é uma **lei nacional**. Nesse sentido também Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 130). A propósito desse assunto, cabe informar que Toshio Mukai entende que o **parágrafo único do art. 1º** Lei nº 8.987/95 é inconstitucional. Para maiores detalhes, ler a Nota de rodapé nº 3.

infraconstitucional geral³ sobre as concessões e permissões de serviços públicos no Brasil, excetuando os de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 41 da Lei 8.987/95). Há também outras legislações de setores econômicos específicos que tratam de maneira complementar de alguns aspectos das concessões e permissões de serviços públicos a serem outorgados, mas o disciplinamento básico estão naqueles normativos mencionados.

Por oportuno, cabe registrar que, embora houvesse desde a Carta Magna de 1934 remissão a uma lei que dispusesse sobre as concessões, somente com a edição da Lei n° 8.987, de 13/2/95, veio a se concretizar uma Lei que dispusesse sobre o regime geral das concessões e permissões de serviços públicos.

E a Lei n° 8.987/95 que regulamentou o art. 175 da CF/88 cuidou de definir alguns conceitos tal como o da concessão de serviço público nos seguintes termos:

Art. 2° Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II – **concessão** de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

III – **concessão** de serviço público **precedido da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado.

(...)

Art. 4° A **concessão** de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante **contrato**, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. (destaques nossos)

Relativamente à definição de concessão contida na Lei n° 8.987/95, cabe registrar que nem todos concordam que a definição da Lei seja a melhor existente.

³ Toshio Mukai defende que o parágrafo único da Lei n° 8.987/95 é inconstitucional pois entende que a Constituição Federal não concedeu à União, nem no art. 175 da CF, nem no parágrafo único da referida Lei, competência para baixar uma lei, pretensamente nacional, para dispor sobre concessões e permissões de serviços públicos estatuidando normas gerais ou específicas, cogentes a Estados, Distrito Federal e Municípios. Entende que a lei referida no art. 175 da CF não pode ser senão uma lei própria e privativa de cada ente federativo e que jamais poderia ser uma lei nacional, pois o art. 175 não contemplara a hipótese de uma lei federal exclusiva para disciplinar as concessões e permissões de serviços públicos em todas as esferas de Governo. (MUKAI, 1999, p.410) Vide também a Nota de rodapé n° 2.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.75) afirma que o conceito da lei não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente a concessão, pois o dispositivo não se refere à concessão como contrato e não indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à exploração do serviço.

Ressalta, entretanto, que outros dispositivos da lei acabam por permitir concluir que essas características estão presentes tais como os arts. 4º que estabelece que as concessões serão formalizadas mediante contrato, e, relativamente às tarifas, o art. 9º, que estabelece a forma de fixação e revisão da tarifa, o art. 18º, inciso VIII, que manda incluir entre as cláusulas do edital a referente a “critérios de reajuste e revisão da tarifa” e o art. 23, inciso IV, que inclui entre as cláusulas essenciais do contrato a relativa ao “preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifa” (2002, p.75).

A mesma autora lembra ainda que o conceito de concessão trazido pela lei menciona algumas formalidades que não compõem o conceito doutrinário de concessão quando, quanto aos requisitos relativos à licitação, estabelece que esta será na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho.

Com essas considerações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.75) apresenta sua definição de concessão de serviço público como

o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Toshio Mukai (1999, p. 423), sobre o conceito legal de concessão contido na Lei nº 8.987/95, observa que não discrepa muito daqueles oferecidos pela doutrina, chamando a atenção para a restrição da licitação à modalidade de concorrência pública e a não admissão da delegação a pessoa física, como permite a doutrina.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 652):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio⁴, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Este mesmo autor afirma que só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público, razão porque o que se transfere para o concessionário – diversamente do que ocorre nas autarquias – é tão-somente o exercício da atividade pública e não a titularidade (2004, p. 661).

Não há total concordância entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, porém, predomina o entendimento de que se trata de contrato administrativo.

3 O INSTITUTO DA PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A permissão de serviço público passou a ter previsão constitucional expressa a partir da Carta de 1988. O art. 175 estatui: “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”. E o parágrafo único, inciso I, desse artigo estabelece que a Lei disporá sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou *permissão*”. (destaques nossos)

⁴ O autor esclarece que mencionou o fato de o concessionário atuar “em nome próprio” modificando um entendimento anterior em que afirmara que, na concessão, o serviço era prestado “em nome do Estado”. Informa que com o entendimento anterior pretendia realçar a idéia ” – aliás inquestionável – de que, sendo estatal o serviço operado pelo concessionário, este não tem qualquer senhoria sobre dito serviço; donde, apenas age em nome de outrem, por investidura outorgada pelo titular, isto é, pelo concedente.” Entretanto, afirma render-se “ao fato de que a afirmação de que o concessionário age ‘em nome próprio’ parece ser insubstituível para realçar a diferença entre a concessão de serviço público e o simples contrato de prestação de serviços travados entre o Estado e a sua contraparte. Enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços *ao público*, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços *ao Estado* apenas. Assim, o liame contratual não extrapola as relações entre ambos; as obrigações recíprocas confinam-se ao estrito âmbito das partes que se entrelaçaram. Daí a compreensível insistência da doutrina em dizer que o concessionário age ‘em nome próprio’”

A Lei acima referenciada é a de nº 8.987/95 que regulamentou o citado art. 175 da CF/88, valendo transcrever alguns artigos tais como o art. 2º, inciso IV, que define o instituto da permissão de serviço público, o art. 40 que remete à formalização desse instituto por meio de *contrato de adesão*, estabelecendo como suas características a *precariedade* e a *revogabilidade unilateral do contrato* pelo poder concedente, e, bem assim, o parágrafo único que expressamente dispõe sobre a aplicação da Lei às permissões.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

IV – **permissão** de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

(...)

Art. 40. A **permissão** de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei. (destaques nossos)

Para ilustrar o conceito utilizado tradicionalmente pela doutrina para o instituto da permissão de serviço público e os casos de cabimento de seu uso, valemo-nos das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701-702):

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

(...)

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de **revogação unilateral a qualquer tempo** e **sem qualquer indenização** – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria conseqüências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.(destaques nossos)

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, a diferença entre concessão e permissão de serviço público estaria em que a **concessão** adviria de um acordo de vontades, instrumentalizado em um contrato administrativo, no qual o particular-concessionário teria maior resguardo para a busca do capital investido, enquanto que na **permissão**, constituída por meio de ato unilateral, com a característica da precariedade, o particular-concessionário não teria as garantias de um contrato, podendo a Administração revogar seu ato unilateral a qualquer momento, em decorrência do que a permissão deveria ser utilizada em hipóteses em que não houvesse grande investimento de capital por parte do particular (2001, p. 150).

Ocorre que, em termos legais, conforme já referenciado, a Constituição Federal de 1988 (art. 175) estabeleceu que cabe licitação (que precede a celebração de contrato administrativo), tanto para a concessão quanto para a permissão, e a Lei 8.987/95 (art. 40), que regulamentou o art. 175 da CF/88, estabeleceu que a permissão de serviço público seria formalizada mediante contrato de adesão, inobstante tenha mantido a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato, características da permissão tradicionalmente conhecida.

Nesse contexto, os autores são unânimes em afirmar que a legislação posta, desde a constitucional até a infraconstitucional⁵, tratando sobre o instituto da permissão de serviço público está confusa.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em face da ocorrência de permissões concedidas a prazo certo ou com condicionamentos à faculdade de revogação, identificou

⁵ Se analisarmos as legislações específicas que regulam os diferentes setores em que ocorreram delegações de serviços públicos, tais como os do transporte coletivo de passageiros interestaduais e internacionais, da exploração de serviços de movimentação de cargas (estações aduaneiras ou portos secos) ou dos serviços de telecomunicações, encontraremos diversas configurações de permissões de serviços públicos. Mais especificamente no setor de telecomunicações, pode-se observar que a Lei nº 9.472, de 16/7/1997 (Lei Geral de Telecomunicações-LGT), ao tratar da permissão de serviços, apresentou-a com um conceito mais próximo daquele estabelecido pela doutrina (art. 118), porém prevê também a assinatura de um termo no qual deverá constar prazos mínimos e máximos de vigência, assim como informações sobre bens reversíveis, se houver (art. 120, incisos I e IX). A respeito, cabe colocar que não existe ainda nenhuma permissão de serviços, nos moldes previstos pela LGT, e que esse instituto foi previsto para atendimento a uma situação excepcional envolvendo encampações. O art. 118 estabelece: “Art. 118 Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão. Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.”

algumas orientações seguidas pelos doutrinadores, as quais reproduzimos por bem resumir os entendimentos atualmente existentes (2004, p. 704-706):

- a) Uns entendem que, em tais casos, da designação permissão **não se pode depreender precariedade**, pois tratar-se-á de um **contrato**, como disse o eminente José Horácio Meirelles Teixeira, ou consideram que, **em havendo prazo, é imprópria**⁶ a designação adotada para a relação jurídica e **os efeitos do ato irão equiparar-se ou quase equiparar-se aos de uma concessão**, opinião sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, opinião de que também compartilhamos.
- b) Outros consideram tratar-se de uma **normação excepcional da permissão**, caso de Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os quais sustentam que, bem por isto, terá regime diverso do que lhe é conatural, ensejador, então, de **maiores garantias ao permissionário**, como as de ser **indenizado** em caso de prematura extinção.
- c) Há ainda os que admitem, como Cretella Jr., que existem, simplesmente, **duas modalidades de permissão**: uma **simples**, sem prazo, que pode ser revogada **sem ensejar indenização**, e outra “**qualificada**”, vale dizer, **com prazo certo e exigente de indenização**. Substancialmente, não é distinta a opinião de Diógenes Gasparini, que já a sustenta há muitos anos e para quem não procede o dizer-se que a permissão seja precária, pois seu regime será tal ou qual dependendo do que o Direito dispuser em cada caso ao respeito.
- d) Finalmente, Lucia Valle Figueiredo expressamente declara **que não vê como possa ser utilizada para a “implementação de serviços públicos, de natureza continuada, de serviços que postulem continuidade...”**, pois, em sua forma clássica, tal como a configura a doutrina brasileira, a permissão é unilateral e precária. Entende que “deve ser ato bilateral, precedido de licitação, e jamais poderia ter natureza precária (...) sobretudo se alocados grandes capitais”. Sustenta que – se, já no passado, não lhe parecia existir diferenças quanto ao regime jurídico entre permissão e concessão de serviço público – desde a Constituição de 1988 não é mais possível predicar-lhe precariedade, pois foi colocada “*pari passu* com a concessão de serviço público” (destaques nossos)

Cabe registrar, na oportunidade, que identificamos na doutrina uma outra qualificação para as permissões, como a defendida por Eros Roberto Grau que refere-se à existência da “permissão diferenciada” definida como aquela em que, além *do termo determinado de duração fixado (permissão qualificada)*, a *discricionariedade* da Administração deixa de ser absoluta (1993, p. 81-82). Se fizermos uma analogia com a análise empregada por este autor poderíamos facilmente entender que a exigência de prévia licitação para a outorga das permissões, instituída pela Constituição Federal de 1988, já seria uma forte indicação da relativização da discricionariedade da atuação da Administração.

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, nota rodapé nº 53, p. 705) esclarece que, quando se percebe que a disciplina atribuída a uma dada relação jurídica não corresponde à nomenclatura técnica que lhe foi dada, diz-se que recebeu qualificação imprópria, por estar-se perante figura jurídica diversa da que corresponderia a sobredita nomenclatura (recebida esta na conformidade de seu sentido técnico corrente).

Celso Antônio Bandeira de Mello, em vista da realidade legal e prática hoje existente, reconhece que o uso da permissão vem sendo desvirtuado. Para ilustrar sua posição, cita o fato de a Administração estar conferindo, a título de permissão, serviços públicos que demandariam permanência, estabilidade e garantias razoáveis em prol de seu prestador. Refere-se também ao surgimento de legislação específica que prevê a outorga do serviço de transporte coletivo de passageiros, por permissão, apesar desse serviço implicar investimentos de considerável monta (2004, p. 703).

Marçal Justen Filho (2003, p. 113-114), por outro lado, sustenta que continuam a existir diferenças entre concessão e permissão e que os dois institutos não são equivalentes ou de conteúdos idênticos ainda que as diferenças tradicionalmente apontadas venham sendo alteradas ou suprimidas pela evolução jurídica. O autor defende que a

permissão será utilizável para delegações em que a remuneração obtida em curto prazo é suficiente para compensar o particular. Não haverá investimentos de maior monta nem haverá bens que reverterão para o patrimônio público. O contrato destina-se a prazos curtos de vigência. Ademais disso, é cabível nos casos em que o particular **não se valerá da exploração do empreendimento como meio de recuperação de investimentos realizados**. É previsível que eventual revogação do contrato, a qualquer tempo, não acarretará maiores conseqüências. Por isso, o particular assume, desde logo, a possibilidade de ser dispensado a qualquer momento. Não poderá obter indenização justamente por não ter realizado investimentos amortizáveis nem ser titular de interesses jurídicos frustrados ou lesados. (destaques nossos)

Parece-nos que em termos teóricos e conceituais, essa explicação dada por Marçal Justen Filho está adequada, porém, em termos práticos, dificilmente encontrar-se-á casos de aplicação do instituto da permissão nesses termos, pois a maioria dos empreendimentos prevê a exploração do negócio para o retorno dos investimentos desenvolvidos. Além do que é complicado estabelecer qual deverá ser o prazo do negócio para que seja definido como sendo de curto prazo.

Inobstante a veemência com que defende a existência de diferenças entre a concessão e a permissão, este mesmo autor, prudentemente, registra que a denominação adotada concretamente pela Administração é irrelevante para determinar a natureza jurídica do contrato. Assim, para ilustrar esse seu entendimento, cita o caso das delegações no âmbito dos transportes coletivos, usualmente, denominados pela Administração como permissões, mas que se revelam, em quase a totalidade dos casos, como sendo de concessão, pois são assegurados prazos mínimos e impostos deveres ao delegatário cuja execução pressupõe

investimentos que somente se amortizarão se a exploração permanecer durante o período de vigência originalmente previsto na avença (2003, p. 114-115).

Assim, o que se observa é que, na realidade, este autor também está na mesma linha dos outros autores, uma vez que ele define as situações em que caberiam as permissões, no entanto, admite que na prática possam existir acordos com a denominação de permissão e que na verdade, não são verdadeiras permissões, isto é, reconhece que é possível que, embora existam previsões doutrinárias e clássicas que estabeleçam os casos recomendáveis do uso da permissão, isto nem sempre é observado.

De todo o exposto é importante frisar que, embora existam muitos autores defendendo que praticamente inexista diferença entre os institutos da concessão e da permissão, tal fato não é percebido de forma natural, tanto que o Poder Público, ao invés de encaminhar-se para o uso do instituto da concessão de serviço público quando este seria o caso mais adequado, confere a título de permissão serviços públicos que demandariam maiores garantias para o seu prestador ou fixa prazos para as permissões, retirando do instituto uma das suas características distintivas.

Assim, não é de se estranhar que inúmeras pendências envolvendo o uso do instituto da permissão tenha desembocado no âmbito do poder judiciário porque, possivelmente, em determinado momento, uma das partes pode ter alegado que no caso em análise caberia outras regras que não a da permissão tradicionalmente conhecida na doutrina.

Porém é importante registrar que, na realidade, a confusão em torno do instituto da permissão já ocorria anteriormente a promulgação da Constituição de 1988. Já existia em 1969, conforme se depreende do conteúdo do parecer elaborado por Miguel Reale (1988, p. 7-13) no qual o autor se reportava a antigo estudo de sua lavra, inserto no seu livro *Direito Administrativo de 1969* ocasião em que afirmara em relação à permissão de serviço público:

... instituto especial, que compartilha da *autorização* como *ato permissivo*, dependente da apreciação discricionária dos fatos por parte da autoridade administrativa, e, ao mesmo tempo, participa da objetividade e garantia do *status* de *concessão*, uma vez que o permissionário passa a usufruir de um regime jurídico próprio..

Poder-se-ia dizer que *a permissão se constitui como se fora autorização e é exercida como se fora concessão*, o que explica que nossos legisladores ora empreguem um

vocábulo, ora outro, ou os dois, indiferentemente, demonstrando a falta de clara determinação conceitual. (destaques do original)

Portanto, conhecedores de que o instituto da permissão, utilizado na prática, não têm características claramente definidas, os operadores do direito devem estar sempre atentos ao conteúdo dos acordos para analisar-se da consequência jurídica deles decorrentes. Pode-se afirmar que é quase impossível com base no rótulo apresentado de permissão inferir-se conclusões sobretudo se baseado na doutrina tradicional.

4 DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Constituição Política do Império no Brasil, de 25 de março de 1824 e Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891

As Cartas Constitucionais de 25 de março de 1824 e de 24 de fevereiro de 1891 foram omissas a respeito do tema das concessões de serviços públicos.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934

Somente a partir da Carta Constitucional de 1934 cuidou-se de incluir o instituto da concessão de serviço público. Já a permissão de serviço público somente passou a ser contemplada constitucionalmente a partir da Constituição Federal de 1988, já sujeita à obrigatoriedade de submissão a prévio procedimento licitatório.

Historicamente, desde a Constituição Federal de 1934, houve previsão de regulamentação da figura da concessão de serviço público por lei e a Carta vigente também repete a determinação (art. 175), agora incluindo também a figura da permissão de serviço público. Porém, somente com o advento da CF/88, é que foi finalmente editada a Lei nº 8.987/95 que rege as concessões e permissões de serviços públicos.

A CF/34 limitou-se a assegurar que brasileiros ficassem com a administração superior das empresas concessionárias (art. 136) e remeteu à legislação infraconstitucional

para estabelecer que haveria fiscalização das tarifas para assegurar que, visando o interesse coletivo, não houvesse lucro excessivo por parte dos concessionários ou delegados (art. 137).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937

A CF/37 também teve a preocupação de garantir que fiquem nas mãos de brasileiros a administração superior das empresas concessionárias (art. 146) e também remetia à legislação infraconstitucional para estabelecer que haveria fiscalização das tarifas para assegurar que, visando o interesse coletivo, não houvesse lucro excessivo por parte dos concessionários ou delegados (art. 147).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

A Carta Constitucional de 1946, promulgada nove anos após a CF anterior de 1937, remete à legislação infraconstitucional para estabelecer o regime das empresas concessionárias de serviços públicos. Manteve, ainda, o comando de que “Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”, o que é compreensível uma vez que os contratos de concessão costumam ser longos, durando muitas vezes décadas.

Esta CF foi mais enxuta, não mais contendo determinações visando a asseverar que ficasse em poder dos brasileiros a administração das empresas concessionárias.

Note-se também que a presente Carta foi a primeira a fazer alusão a uma lei específica que deveria dispor sobre o regime das empresas concessionárias⁷.

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967

Esta nova Carta Constitucional de 1967, promulgada vinte e um anos após a CF anterior de 1946, também remete à legislação infraconstitucional para estabelecer o regime das empresas concessionárias de serviços públicos.

⁷ Somente em cumprimento à Constituição Federal de 1988 (art. 175) foi editada a Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público.

Ela tem como grande inovação, e que é um avanço em termos de direitos do consumidor, o estabelecimento da obrigatoriedade de os concessionários manterem serviço adequado (art. 160, inciso I).

De resto, as diretrizes são basicamente as mesmas da CF anterior, isto é, controle sobre as tarifas (neste caso passando a mencionar a figura do equilíbrio econômico e financeiro do contrato) e o asseveramento (já por três Constituições consecutivas) de que a fiscalização sobre as tarifas valem mesmo para aqueles contratos que garantiam a imutabilidade das tarifas.

Nessa ocasião, encontrava-se vigente o recém editado Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal⁸. O art. 126, § 2º, letra “f”, desse Decreto-Lei dispunha que era **dispensável** a licitação “quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário”.

Sobre esse último ponto, vale registrar que, naquela época, os concessionários de serviços públicos se constituíam de órgãos estatais em razão de que não cabe conclusão de que, ao contrário da situação atual, não havia obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para a contratação dos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. O Decreto-Lei nº 200/67 apenas ressaltava a desnecessidade de prévio procedimento licitatório para contratar com a própria administração e não com particulares como ocorre nos dias atuais.

Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a EC nº 1 de 17 de outubro de 1969

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não alterou o conteúdo das diretrizes estabelecidas na CF/67 no que se refere às concessões.

Constituição Federal de 5 de outubro de 1988

⁸ O art. 125 do DL- 200/67 estabelecia: “As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto.” Os arts. 125 a 144 desse Decreto-Lei foram revogados pelo DL-2300, de 21/11/86.

Os serviços públicos, cuja titularidade pertence ao Estado, e cuja prestação pode ocorrer de forma direta pelo poder público ou mediante delegação, sob o regime de concessão, **permissão** ou autorização, são referidos em diversos dispositivos da atual Constituição Federal, notadamente, em seu art. 175, que dispôs:

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A *lei* disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou *permissão*;

II – os direitos dos usuários;

III – a política tarifária⁹;

IV – a obrigação de manter serviço adequado. (destaques nossos)

Esta nova Carta Constitucional de 1988, promulgada em 5/10/88, portanto, vinte e um anos após a CF anterior de 1967, foi muito inovadora no sentido de ter estabelecido a obrigatoriedade de submissão das outorgas de concessão e de permissão à realização de prévio procedimento licitatório. Pode-se afirmar também que ela é controversa em determinados pontos, no que dispôs sobre a delegação de serviços públicos, suscitando até hoje, passados dezesseis anos de sua aprovação, incontáveis discussões, que incluem aqueles referentes ao instituto da permissão de serviços públicos.

Cabe notar que a CF/88 foi a primeira e a única a dispor expressamente sobre o instituto da permissão de serviços públicos. Anteriormente, a matéria era disciplinada somente a nível infraconstitucional, doutrinário ou jurisprudencial.

A CF/88, entretanto, não pacificou o assunto referente às permissões de serviços públicos, nem mesmo com a edição da Lei n° 8.987/ 95 que regulamentou o seu art. 175.

⁹ Segundo Antonio Carlos Cintra do Amaral (2002, p.25) a Constituição de 1967 referia-se a “tarifas” enquanto a de 1988 fala em “política tarifária” o que daria no mesmo. Esse mesmo autor, também em relação à CF pretérita, afirma que a CF/88 não assegura, expressamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas isso continua a ser dever do poder concedente, por força da aplicação da teoria da imprevisão (em sentido amplo) a todos os contratos administrativos, inclusive – e especialmente – aos contratos de concessão, já que essa teoria teria sido formulada pelo Conselho de Estado Francês a partir de decisões relativas a contratos de concessão de serviço público

O ponto mais controverso é a formalização das permissões por contratos. Alguns autores entendem que a palavra “contrato” deveria ser atribuído a imperfeições técnicas do constituinte.

Cabe, por oportuno, referir-nos também aos dispositivos presentes na Carta Magna de 1988 (arts. 173 e 174), que positivam a atual tendência mundial de globalização e parceria com a iniciativa privada, em que se busca a retirada da presença do Estado em certos setores da atividade econômica para assegurar-lhe maior eficiência, e que repercutem na área da prestação dos serviços públicos.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

(...)

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Observe-se que em termos constitucionais foi contemplado o **regime do serviço público** – entregue à exclusiva competência estatal e submetido a regime jurídico específico, inclusive quando prestado indiretamente por concessionário ou permissionário (art. 175) – e o **regime jurídico da atividade econômica**, entregue ao desempenho do setor privado, apesar de não o ser de forma exclusiva, porque em alguns casos já previstos na CF e sempre para o atendimento de específico interesse público poderá ser ela explorada também pelo Estado (art. 173).

Quando da promulgação da CF/88, encontrava-se vigente o Decreto-Lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispunha sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, **concessões** e locações, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica. Este normativo, reproduzindo cláusula inserta no revogado Decreto-Lei n° 200/67, continuou a estabelecer que era **dispensável a licitação**, “quando a operação envolver concessionário de serviço público e o contrato for pertinente ao da concessão” (art. 22, inciso VII).

Sobre esse último ponto, continuam válidos comentários já colocados em relação ao Decreto-Lei n° 200/67. À época da emissão do Decreto-Lei n° 2.300/86, os concessionários de serviços públicos se constituíam de órgãos estatais em razão de que não

cabe conclusão de que, ao contrário da situação atual, não havia obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório para os serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. Isto porque o Decreto-Lei n° 2.300/86 apenas ressaltava a desnecessidade de prévio procedimento licitatório para contratar com a própria administração e não com particulares como ocorre nos dias atuais.

Atendendo a comando constitucional, após a promulgação da CF/88, foram editadas diversas leis regulamentando-a.

Assim, é pertinente citar a Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI da atual Carta Constitucional, estabelecendo em seu art. 2° que as **concessões** e **permissões**, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas naquela lei.

E de fundamental importância foi a edição da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o art. 175 da Lei Maior, dispondo sobre o regime geral de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, e, bem assim, a Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995, que acrescentou mais dispositivos, entre outras, as referentes a outorgas e prorrogações de concessões e permissões.

Sobre a Lei n° 8.987/95, é relevante mencionar que ela foi editada após uma longa espera que perpassou várias Constituições, pois, embora houvesse, desde a Carta Magna de 1934, remissão a uma lei que dispusesse sobre as concessões, somente com a referida Lei de 1995, em cumprimento ao comando inserto no art. 175 da CF/88, veio a ser editado um normativo que tratasse do regime geral das concessões e permissões de serviços públicos. Como veremos durante o desenvolvimento deste estudo, inobstante a importância da sua edição, a Lei n° 8.987/95 ainda tem gerado muitas controvérsias, principalmente, no que dispôs sobre o instituto das permissões de serviços públicos.

Antecedentes da aprovação do art. 175 da Constituição Federal de 1988

Consultou-se os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1988¹⁰, arquivados na Biblioteca da Câmara dos Deputados, a fim de se obter o histórico dos debates que antecederam a aprovação do artigo 175 da CF/88.

O objetivo principal dessa pesquisa específica foi de buscar informações que ajudassem a decifrar as razões que levaram o Constituinte originário a estabelecer a obrigatoriedade da realização de licitação para a outorga de permissões de serviços públicos¹¹ e a conseqüente contratualização desse instituto.

A Biblioteca da Câmara dos Deputados disponibilizou material datado desde 1/6/1987 contendo atas e resumos informatizados dos debates ocorridos, envolvendo emendas, anteprojeto, projetos e votações que precederam a aprovação do art. 175.

Observou-se que, desde o início dos trabalhos, havia proposta de que a delegação dos serviços públicos deveriam ser precedidos de licitação. Do material colhido não vislumbrou-se nenhuma discussão ou questionamento sobre a necessidade ou não de licitação para as **permissões** de serviços públicos. O mesmo ocorreu em relação à menção do caráter especial do contrato de permissão.

As discussões havidas e que foram registradas nos anais, sendo disponibilizadas para consulta, foram as referentes à “política tarifária” (atual art. 175, p.único, inciso III), para a qual a Assembléia Nacional Constituinte terminou por optar por um texto mais enxuto, deixando para a legislação infraconstitucional a tarefa de melhor detalhá-la, por entender que esta poderia ajustar-se mais às mudanças da realidade e da conjuntura econômica. Isso ocorreu em 29/4/1988, após a Emenda n° 1212 apresentada pela Constituinte Irma Passoni. Nessa data, o art. 175 (na ocasião apresentado como de n° 204) ficou praticamente com a sua redação final, tendo como diferença básica, em relação ao atual art. 175, a menção a “Estado” e não ao “poder público” a incumbência da prestação do serviços públicos. A redação proposta na ocasião tinha a seguinte redação:

¹⁰ A Assembléia nacional Constituinte, composta por 559 congressistas, foi instalada em 1° de fevereiro de 1987, sendo presidido pelo deputado Ulysses Guimarães, do PMDB. Os trabalhos dos constituintes se estenderam por dezoito meses. Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição brasileira

¹¹ A obrigatoriedade de realização de prévio procedimento licitatório para as outorgas de concessão e, também, das permissões foi a grande inovação da Carta de 1988.

Art. 204. Incumbe ao **Estado**, *na forma da lei*, diretamente ou sob regime de concessão ou *permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A *lei* disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, e as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou *permissão*;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado. (destaques nossos)

Analisando-se o material coletado, não foi possível averiguar se houve alguma razão específica que tivesse motivado o legislador constituinte a estabelecer a necessidade de licitação para a outorga das concessões ou permissões de serviços públicos.

Encontramos, no entanto, referências às razões para a contratualização das permissões na obra de Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 152). Segundo o que ali consta, José Augusto Delgado¹² teria afirmado que a permissão teria assumido um caráter contratual em face dos abusos que foram cometidos pelo Poder Público no trato de sua precariedade. Sustentou-se que, na prática, a permissão só foi mantida na lei, mesmo equiparada à concessão, como uma forma de não permitir que tal instituto fosse usado sem licitação. Acrescentou-se, ainda, que se o legislador fosse omissivo a respeito da permissão, poder-se-ia alegar que tal delegação não necessitaria de licitação.

5 DO SERVIÇO PÚBLICO

5.1 Conceito de serviço público

A Constituição Federal dispõe expressamente que compete ao poder público, na forma da lei, diretamente ou mediante delegação, sob o regime de **concessão** ou **permissão**, a prestação de **serviços públicos**. Remeteu ainda à lei infraconstitucional as

¹² No 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, promovido pela Editora NDJ, no Rio de Janeiro, de 28/5 a 2/6/1995.

formas de participação do usuário no controle dos serviços públicos. Assim, constará de lei o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de o prestador manter serviço adequado e as reclamações relativas à sua prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º).

Vê-se, portanto, que é fundamental para o propósito desta monografia ter-se o conceito de serviço público, para o qual não há consenso entre os autores.

Para Hely Lopes Meirelles (2001, p. 311) “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

O professor Meirelles (2001, p.311) afirma ainda que:

Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são atividades coletivas *vitais* que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado com o *serviço público*.¹³

Ainda, segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p.316), os requisitos do serviço público são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a Administração deve ter sempre presente, para exigí-los de quem os preste: permanência, generalidade, eficiência, modicidade e cortesia, explicando-os como segue:

o princípio da permanência impõe continuidade do serviço; o da generalidade impõe serviço igual para todos; o da eficiência exige atualização do serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia traduz-se em bom tratamento para com o público. Faltando qualquer desses requisitos em um serviço público ou de utilidade pública, é dever da Administração intervir para restabelecer seu regular funcionamento ou retomar a sua prestação.

Todos esses princípios estão positivados encontrando-se, de forma isolada ou em conjunto, em diversas normas, tais como na Constituição Federal (art. 175), no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso X, e art. 22 da Lei nº 8.078/90) e na Lei Geral de Concessões e Permissões de serviços públicos (caps. II, III e IV da Lei nº 8.987/95).

¹³ O professor Hely Lopes Meirelles cita como exemplos de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas em alguns casos prestados pelo próprio Estado, os jogos em cassino, como os de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e entre nós, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva.

José Cretella Júnior (1993, p. 4073/4104) faz extenso arrazoado sobre o conceito de serviço público de inúmeros autores para trazer a sua própria definição, qual seja, “Serviço público, é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 620)

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 98), serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Segundo esta mesma autora (2001, p. 94, 98), não é uma tarefa fácil definir serviço público pois seu conceito sofreu modificações ao longo do tempo, além de que alguns autores adotariam conceitos mais amplos e outros mais restritos, não havendo possibilidade de afirmar-se qual seria o mais correto. A autora graduou de forma decrescente, do mais amplo para o mais restrito, os vários conceitos de serviço público: 1) os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); 2) os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomentação e intervenção; 3) os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.

Assim, de acordo com essa gradação, o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro estaria inserido na última acepção, isto é, mais restrito (2001, p. 98), e o conceito de Hely Lopes Meirelles seria um pouco mais restrito que o de Cretella Júnior porque, ao fazer referência à Administração e não ao Estado, exclui as atividades legislativa e jurisdicional. No entanto, ambos adotariam conceitos amplos porque não distinguem o poder de polícia do

serviço público, isto é, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública (DI PIETRO, 2001, p. 95).

O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello também seria restrito pois considera dois elementos integrantes do conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe dá caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público sobre o particular e por restrições parciais (DI PIETRO, 2001, p. 95).

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que em um determinado momento, são consideradas serviços públicos (2001, p. 98). Na mesma linha de entendimento encontra-se, entre outros, Ruth Helena Pimentel de Oliveira (2003, p. 33, 39) e Benjamim Zymler¹⁴ (2003, p.2), o qual expressa que há concordância entre os diversos autores que, independentemente das tentativas de definição ontológica da expressão, serviço público é o que a lei define como tal.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 639) argumenta que é o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Desse modo, afora os serviços públicos mencionados na Constituição Federal, outros poderão assim ser qualificados desde que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais seriam garantidoras da livre iniciativa. Isso, porque a exploração da atividade econômica, o desempenho de serviços pertinentes a esta área, assiste aos particulares e não ao Estado, o qual apenas excepcionalmente poderá desempenhar-se empresarialmente nesta esfera (art. 173 da CF).

A atual Constituição Federal já arrola expressamente alguns serviços públicos. Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 130) bem resume esse fato:

A nossa Constituição reserva para si esta tarefa de definir quais são os serviços públicos. Reparte-os entre a União, os Estados e os Municípios, segundo um rol de competências que ela mesma estipula. Para a União temos o art. 21, XII, que deixa certo pertencer a ela para ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão tudo o que vem arrolado nas cinco letras daquele inciso.

¹⁴ Benjamim Zymler é Ministro do Tribunal de Contas da União, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília-Unb e Professor de Direito na Unb e em outras instituições.

Quanto aos Estados há ao menos uma referência a um serviço público de sua alçada, previsto no art. 25, § 2.º, que se refere aos serviços locais de gás canalizado. Aos Municípios compete organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo. Nestes casos, mais especificamente no dos Estados e Municípios, há espaço para a criação, ou definição em lei, de serviços públicos. Há contudo de observar-se o seguinte. Em primeiro lugar o serviço instituído tem de estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora. Em segundo lugar tem de respeitar os limites de intervenção do Estado no domínio econômico. Sim, porque se não respeitasse os limites instituídos no art. 173 poderia dar-se uma transformação artificial de simples atividades econômicas em serviços, com o propósito sub-reptício de estatizá-los.

Segundo Odete Medauar (2003, p. 215) os questionamentos que surgiram a respeito do serviço público, no decorrer da década de 90 do século XX, levam a inseri-lo entre os itens clássicos que sofreram transformações.

Fazendo uma retrospectiva da evolução da noção de serviço público, a autora registra três momentos (MEDAUAR, 2003, p. 215/217).

O primeiro refere-se ao fato de a França ter sido o berço da noção de serviço público, que expandiu-se para o mundo ocidental. Isto ocorrera no começo do século XX, com Duguit e Jeze. Na concepção clássica, serviço público exigia prestação pelo Poder Público sob regime de direito público.

O segundo teria se dado com o surgimento, a partir de 1930, da gestão dos serviços públicos por particulares e do serviço público realizado sob normas de direito privado, o que teria gerado muitas discussões sobre a noção de serviço público, após o que passou-se a admitir a gestão privada e o uso do direito privado no regime jurídico do serviço público.

O terceiro momento da noção de serviço público teria se delineado no transcurso da década de 90 e do século XX em virtude de vários fatores: onda de privatizações, quebra de monopólios estatais, dinâmicas de novas conquistas tecnológicas e, com grande força, documentos oriundos da União Européia. Os textos da União Européia teriam influenciado no sentido de que buscaram dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, sobretudo mediante a inserção da concorrência nestas atividades, e, bem assim, prestigiaram a noção de *serviço universal*, na acepção de um serviço básico, segundo uma qualidade definida e a um preço acessível.

Nesse ponto, pode-se identificar que o Brasil também foi influenciado pelas tendências mundiais, tendo incorporado em sua legislação constitucional e ordinária, muitas das novas concepções. Por exemplo, a Constituição Federal de 1988 diferencia serviço público de atividade econômica (arts. 175 e 173), estabelece a necessidade de prévio procedimento licitatório para a delegação de serviços públicos (art. 175) e em muitos normativos é corrente o estabelecimento da necessidade de prestação de serviços públicos com qualidade e a preços módicos (Ex. art. 6º da lei 8.987/85).

5.2 Conceito de serviço público passível de concessão ou permissão

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que para ser objeto de concessão, é necessário que sua prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao próprio Poder Público, tal como ocorreu com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, inciso X). A propósito dessa menção, assinala ser manifestamente inconstitucional o disposto no art. 1º, inciso VII, da lei nº 9.074, de 7/7/95, que inclui como passíveis de concessão ou permissão, quando couber, os serviços postais colidindo, assim, com o texto da Lei Maior (2004, p. 661 e 662).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 71) afirma que, não obstante a abrangência do preceito constante do art. 175 da CF/88, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão de serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda em favor do concessionário.

De acordo com Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 19) somente o serviço público **específico e divisível**, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de tarifa, é passível de ser objeto de concessão e permissão. Assim, o serviço público sendo **específico e divisível** poderia ser executado: a) diretamente pelo poder público (ou simplesmente posto à disposição) mediante o pagamento de uma taxa; ou b) indiretamente pelo poder público, mediante concessão e permissão, e – desde que efetivamente prestado - remunerado mediante tarifa.

Quanto a esse critério, este autor ressalta que há impropriedades técnico-jurídicas na Lei nº 9.074/95 (art. 2º) quando se refere aos serviços de *saneamento básico* e de *limpeza urbana* como serviços públicos passíveis de ser objetos de concessão ou permissão. A uma, porque não é *saneamento básico*, mas sim o *fornecimento de água e esgoto* contido na categoria mais ampla de saneamento básico que se caracterizaria como serviço público específico e divisível, cuja prestação efetiva é remunerável pelo usuário mediante o pagamento de tarifa. A duas, porque a *limpeza urbana* também não se caracteriza como serviço público passível de concessão ou permissão, já que as atividades envolvidas no serviço de limpeza urbana nem sempre são específicas (2002, p. 19).

Sobre esse segundo ponto, o autor ressalta que a limpeza e a manutenção de vias e logradouros públicos, por exemplo, são inespecíficas, beneficiando apenas seus moradores, mas também os que nele trafegam ou deles se utilizam. A coleta de lixo¹⁵, por sua vez é específica. Porém nenhuma delas é divisível. Esse teria sido o argumento com que o Supremo Tribunal Federal considerara, em dezembro de 1996, inconstitucional a taxa de limpeza urbana que se cobrava no município de São Paulo. Na ocasião, o STF decidira que o seu custeio deveria ser efetuado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Os estudos aqui relatados demonstram que há semelhança de entendimento em relação à posição adotada na área do Direito do Consumidor na definição dos serviços públicos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nessa área, a doutrina majoritária é no sentido de que não estão tutelados pelo CDC os *serviços públicos próprios* – aqueles prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantidos com o produto da arrecadação dos tributos em geral –, por faltar-lhes o requisito da remuneração específica, limitando-se a tutela do CDC apenas aos *serviços públicos impróprios* – **prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou por meio de concessão, permissão ou autorização, na medida em que são custeados por meio do pagamento específico de taxas ou tarifas**¹⁶.

¹⁵ O autor menciona que é possível que o serviço de coleta de lixo venha a ser, em futuro próximo, passível de concessão, desde que viabilizada seja a mensuração do serviço efetivamente prestado a cada usuário, o que ainda não ocorrera (Nota de rodapé nº 2, p. 20 da obra citada).

¹⁶ Esta é a posição defendida por autores, como Adalberto Pasqualotto (*in Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 1. 1990, p. 130/148).

Prosseguindo em seu raciocínio, Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002, p. 20) afirma que os serviços de água, esgotamento sanitário, energia elétrica, gás canalizado, transporte e telefonia são divisíveis, mensuráveis. O serviço de limpeza urbana, não.

Disso conclui que as concessões do serviço de limpeza urbana, que ora estão sendo outorgadas por alguns Municípios brasileiros, ou são inconstitucionais, ou se caracterizam como terceirizações (contratos de prestação de serviços), denominadas “concessões” para escapar do prazo máximo de duração contratual (60 meses), contido no art. 57, II, da Lei n° 8.666/93 (lei Geral de Licitações) (AMARAL, 2002, p. 20).

Este mesmo autor afirma que a Lei n° 9.074/95 certamente não foi elaborada com o mesmo cuidado técnico-jurídico com que o foi a Lei n° 8.897/95 e acrescenta nova crítica a esta por ter definido no art. 4°, como passíveis de concessão ou permissão de serviço público, a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica, quando somente a “distribuição” é atividade específica, divisível, e quando efetivamente prestada, é remunerável pelo usuário mediante o pagamento de tarifa.

6 DIFERENÇAS ENTRE A CONCESSÃO E A PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Neste ponto, procuraremos responder ao problema: “No Direito Brasileiro vigente a concessão e a permissão de serviços públicos se diferenciam?”.

Para fundamentar nossa resposta passaremos a analisar cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, ou seja, responderemos às seguintes indagações: a) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica ? ; b) a concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto ? ; c) a concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados) ? ; d) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade) ? ; e) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário ? ; f) a concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação) ?

6.1 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à respectiva natureza jurídica ?

6.1.1 Da natureza jurídica da concessão de serviço público

Não há total concordância entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público, porém, predomina o entendimento de que se trata de contrato administrativo. Esta é a posição que consta expressamente do parágrafo único, inciso I, do art. 175 da Constituição Federal e, bem assim, do art. 4º da Lei nº 8.987/95, que regulamentou o dispositivo constitucional.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 254) cita que muitos autores combatem a natureza contratual da concessão de serviço público, tal como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, mas se alinha com os que o admitem, dentre eles Mário Masagão, o pioneiro da tese contratualista no Brasil.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 488-491) realizou estudo sobre a natureza jurídica da concessão e as várias teorias que procuram explicá-la, concluindo que se trata de ato complexo envolvendo um **ato união** e um **contrato**, no que se refere à equação econômico-financeira. Assim, segundo esse autor, essa orientação que procura conciliar as concepções unilateral e contratual ganha terreno sobre as demais. Dessa forma, em suas palavras:

(...) a concessão resulta de acôrdo de vontade entre concedente e concessionário. Contudo, esse acôrdo existe para a formação do vínculo jurídico, pois o regime jurídico da concessão, ante o caráter público do ato jurídico a ser praticado, da obra a ser executada e do serviço a ser prestado, se rege por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina. Decorre de ato convencional, mas não contratual, portanto de **ato união**.

É verdade, ao lado existem normas que **asseguram a equação econômico-financeira** do concessionário e que obrigam os concedentes. Correspondem a **cláusulas contratuais** adjetas ao ato união, integrando no patrimônio daquele utilidades concretas e constituindo a seu favor situação jurídica subjetiva de efeitos futuros. (destaques nossos)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 662-663) também não apoia o posicionamento dominante de que a natureza jurídica da concessão de serviço público é de contrato administrativo, argumentando que tal entendimento deve ser creditado à cópia do que

pregava a doutrina francesa a qual, entretanto, já se transformara, de forma a não mais sustentar esse erro. Cita que a doutrina francesa teria revisto suas conclusões anteriores, devido ao desenvolvimento da teoria do serviço público, passando a consagrar o princípio da dupla natureza do ato de concessão, prevendo que um ato pode ser, por uma parte unilateral e por uma parte contratual e, assim, mereça a qualificação de **ato misto**, sendo meio regulamentar e meio contratual. Assim, entende que:

A concessão de serviço público é uma relação jurídica complexa, composta de um **ato regulamentar** do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um **ato condição**, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de **contrato**, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. (2004, p. 662).

Em resumo, afirma fazer parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários, integrando-o, em consequência, as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas, sendo a parte mutável da concessão por ato exclusivo do Estado (pode ser alterado unilateralmente pela Administração). O aspecto contratual da concessão residiria na equação econômico-financeira concertada, sendo imutável unilateralmente (2004, p. 664).

Quanto ao prazo da concessão e às tarifas incluem-se na parte regulamentar, embora tenham repercussão sobre a equação econômico-financeira, assim esclarece.

O prazo de concessão, ao contrário do que se poderia pensar, compreende-se nas cláusulas regulamentares, em razão de que o poder concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade, portanto, mesmo sem qualquer falta por parte do concessionário, extinguir a concessão sem que com isto pratique qualquer ato ilícito. Concorreria para esta inteligência o fato de que não há interesse jurídico do concessionário em manter o serviço em suas mãos; o que ele aspiraria, de direito, seria o resguardo de sua pretensão econômica (2004, p. 674).

Ainda, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as tarifas não tem e nem poderiam ter natureza contratual, imutável. O que não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público seria o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Assim, conclui que ao concedente seria lícito alterar, como

convenha, a sua grandeza contanto que mantenha incólume a igualdade matemática já estabelecida e da qual a tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles, em decorrência do que não há fator impeditivo a que o Poder Público venha a adotar um sistema de tarifas subsidiadas se entender adequada a sua adoção para manter a modicidade tarifária (2004, p. 684).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a parte que é disciplinada unilateralmente pelo Poder Público impõe-se ao particular não tanto em decorrência do contrato, mas por tratar-se de **normas que decorrem do poder regulamentar da Administração**. Prosseguindo, argumenta que, muitas vezes, essas normas constam da própria lei que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o **concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes**. Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas **cláusulas regulamentares** do contrato de concessão e definiriam **o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários etc** (2002, p. 78).

Segundo a autora, ainda que tais normas constem do contrato (como efetivamente costumam constar), na realidade mantém-se sua natureza regulamentar e não contratual, **o que seria a razão pela qual muitos autores negarem que a concessão de serviço público seja contrato** (2002, p. 78).

Cabe também informar que, no 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, promovido pela Editora NDJ, no Rio de Janeiro, de 28/5 a 2/6/1995, Maria Sylvia Zanella Di Pietro teria afirmado que, tendo a Constituição e a Lei nº 8.987/95 tratado a permissão como **contrato**, incompatível, portanto, com a precariedade que lhe é inerente, estaria tal instituto fadado à extinção (*apud* Marcos Juruena Villela Souto, 2001, p. 152).

Registre-se que, não obstante, algumas divergências doutrinárias, a posição majoritária no atual ordenamento jurídico é a de que a concessão de serviços públicos tem natureza contratual.

6.1.2 Da natureza jurídica da permissão de serviço público

A doutrina tradicionalmente entendera a permissão de serviço público como um **ato unilateral** e precário, *intuitu personae*, por meio do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 701).

Ocorre que o art. 175 da Carta de 1988 estatui: “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”. E o parágrafo único, inciso I, desse artigo estabelece que a Lei disporá sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou *permissão*”. (destaques nossos).

Diante desse quadro, há quem considere que houve imprecisão técnica de redação do art. 175, ao falar em contrato para a permissão que a interpretação literal do texto leva a crer, pois entendem que o constituinte, embora trate conjuntamente da concessão e da permissão, teria usado a expressão “contrato” para remeter somente à figura da concessão. Alinham-se a esse entendimento, entre outros autores, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701) e Benedicto Pereira Porto Neto (*apud* VILLELA SOUTO, 2001, p. 151). Outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 128), ressaltam que causa perplexidade a referência a “contrato” que o dispositivo constitucional faz ao instituto da permissão.

Porém com a edição da Lei nº 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da CF/88, houve a confirmação da contratualização das permissões, o que eliminou qualquer dúvida deixada pela Constituição quanto a esse aspecto e, bem assim, legalizou o desnaturamento do instituto conforme tradicionalmente conhecido, ao que muitos autores, entre eles, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.701), José dos Santos Carvalho Filho (2003, p.335) e

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷ (2003, p.438) reagiram inconformados com o tratamento dado pela referida Lei ao instituto da permissão.

Assim, diante do disposto na Lei n° 8.987/95 que em seu art. 40 caracterizou a permissão de serviço público como tendo natureza jurídica de contrato de adesão¹⁸, muitos autores reconhecem que legalmente o instituto da permissão está submetido à mesma disciplina das concessões. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 334 e 335) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p.438).

Marçal Justen Filho (2003, p. 109-110) afirma que, quando a Administração promove licitação e escolhe uma proposta para outorgar a permissão, produz-se situação similar à de qualquer contratação administrativa, pois estará vinculada aos termos do ato convocatório e às condições da proposta do particular. Afirma, porém, que a existência da licitação prévia não é suficiente para acarretar natureza contratual para a permissão. O que deveria ser examinada é se a permissão antecedida de licitação produz uma fusão de vontades. Assim, segundo esse autor, se a licitação prévia envolver a formulação de propostas pelos potenciais interessados e se a melhor proposta traduzir-se nos termos da outorga de permissão não há como negar natureza contratual.

¹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto expressa que toda a tentativa de se salvar a permissão com suas características doutrinárias tradicionais perdeu sua razão de ser com o advento da Lei n° 8.987/95, que em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40) caracterizou-o como contrato de adesão e que somente **uma declaração de inconstitucionalidade** lograria corrigir essa situação. O mesmo autor expressa ainda que “a violenta distorção da antiga doutrina atingiu apenas as *permissões de serviços públicos*; remanescendo, portanto, intocadas, as modalidades tradicionais da *permissão de obra pública* e da *permissão de uso de bem público*, sob as respectivas definições legais que lhes derem os entes políticos da Federação.” (2003, p. 438).

¹⁸ Marçal Justen Filho (2003, p. 110-111) coloca que não há fundamento jurídico para reconhecer a existência de um contrato de adesão no âmbito do relacionamento entre o Estado e o permissionário. Segundo o autor, a figura do contrato de adesão foi elaborada no campo do direito comercial, pressupondo-se presença permanente no mercado, em condições de superioridade econômica, gerando contratações em série, contínuas, de molde a eliminar ou reduzir o juízo crítico dos possíveis contratantes, sendo sua razão de ser a proteção à parte hipossuficiente, relacionando-se com a figura do consumidor, sujeito isolado que se vê cercado de ofertas empresariais as mais diversas, todas elas predetermináveis e não sujeitáveis a alteração em suas condições iniciais. José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 336) expõe que a objeção de que a permissão se faz por contrato de adesão para distingui-la da concessão não é aceitável pois a adesão de fato incide tanto sobre o concessionário quanto sobre o permissionário, uma vez que durante a licitação, já estarão pré-definidas várias cláusulas do futuro contrato, não somente no edital, como na própria minuta do contrato. E sobre tais cláusulas prefixadas não há alternativa que não aderir a elas.

6.1.3 *Da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica da concessão e da permissão de serviço público*

José dos Santos Carvalho Filho (2003, p.335) registra que a incoerência da Lei nº 8.987/95 e também do art. 175, parágrafo único, da CF foi tão flagrante que dividiu até o Supremo Tribunal Federal. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.491-DF, na qual se discutia a questão relativa à forma de delegação do serviço móvel celular, prevista na Lei nº 9.295/96, a Corte decidiu, pela apertada maioria de seis a cinco, que o art. 175, parágrafo único, da CF, *afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta.*

Isto demonstra que, a despeito de inúmeras vozes discordantes dentro do próprio Tribunal, a maioria do STF considerou que atualmente a concessão e a permissão de serviços públicos tem a mesma natureza jurídica, isto é, de *contrato administrativo*.

6.1.4 *Da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que analisou uma contenda pelo conteúdo da situação jurídica existente entre as partes, isto é, a natureza jurídica, e não o rótulo “permissão”*

No bojo do Recurso Extraordinário nº 183180-4¹⁹ – Distrito Federal interposto pela União Federal, junto ao STF, contra a Transbrasil Linhas Aéreas, houve interessante debate envolvendo o tema da permissão de serviços públicos.

Tratava-se de ação de indenização instaurada, em 2/9/88, pela Transbrasil Linhas Aéreas fundada na alegação de quebra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão. Houve alegação da União de que se tratava de permissão e não concessão de serviço público para não conceder o equilíbrio-econômico do contrato garantido pelo art. 167, inciso II, da Constituição Federal de 1967.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a TRANSBRASIL mantém com a União Federal um **contrato** de **concessão** de transporte aéreo, celebrado nos termos do art. 8º,

¹⁹ RDA nº 224 – abril/junho 2001, p.392/418

XV, c, da Carta de 1969, por via do Decreto n° 72.898/73 (art. 15), prorrogado pelo Decreto n° 95.910/88.

Assim, o Pretório Excelso concluiu que não procede a alegação da União de que falta título hábil à pretensão, uma vez que a TRANSBRASIL não é permissionária de serviço público, mas sim concessionária de transporte aéreo.

6.1.5 Do nosso entendimento

Entendemos que diante da realidade legal posta, especialmente o art. 175 da Constituição Federal, não há diferenciação entre a concessão e a permissão de serviço público quanto às respectivas naturezas jurídicas, já que ambos são contratos administrativos.

Registre-se que essa é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência.

6.2 A concessão e a permissão se diferenciam quanto ao objeto ?

6.2.1 Comentários gerais

O objeto da concessão e da permissão de serviço público, como o próprio nome indica, é a prestação de serviços públicos.

A pergunta seguinte seria se todo e qualquer serviço público seria passível de ser objeto de concessão ou permissão, à qual já respondemos na parte **4.2 onde** explanamos em detalhes sobre o assunto, tendo concluído que, segundo a doutrina, o serviço público necessita ser específico e divisível, além de não ser privativo do próprio poder público e se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) admitindo exploração comercial.

Não encontramos nenhum entendimento doutrinário, legal ou jurisprudencial delimitando qual instituto deveria ser usado em virtude de características específicas de serviço público, apesar de que muitos, movidos por aspectos práticos, defendem que os investimentos de maior porte demandariam concessão e não permissão.

6.2.2 *Do nosso entendimento*

Entendemos que a concessão e a permissão, legalmente, não se diferenciam quanto aos serviços públicos que podem ser seu objeto, devendo o Poder Público, no entanto, utilizar o instituto da concessão quando o porte do investimento assim o exigir.

6.3 **A concessão e a permissão se diferenciam quanto aos sujeitos (outorgados) ?**

6.3.1 *Comentários gerais*

O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95 estabelece que podem participar da licitação para a outorga de **concessão** de serviço público “pessoa jurídica ou consórcio de empresas”. Quanto à **permissão** de serviço público, o inciso IV do mesmo dispositivo legal define que podem participar da licitação “pessoa física ou jurídica”.

A interpretação literal dos citados dispositivos nos informa que a concessão e a permissão de serviço público se diferenciariam quanto à natureza dos delegatários. Porém, este também é um ponto polêmico, tendo suscitado até um “incidente de uniformização de jurisprudência” no âmbito do Tribunal de Contas da União (veja tópico específico adiante).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 335), essa diferença apontada pela literalidade do disposto nos citados incisos II e IV do art. 2º da Lei nº 8.987/95 é “de uma irrelevância a toda prova”.

Marçal Justen Filho (2003, p. 116) também considera essa diferença “irrelevante ou secundária”, por retratar, mais precisamente as conseqüências jurídicas da diferença, **não sendo utilizáveis para distinguir os dois institutos**.

Este mesmo autor afirma ainda que “Há impossibilidade de pessoa física ser concessionária porque a atividade pressupõe organização dos fatores da produção que transcenda os limites da individualidade. Há impossibilidade de **consórcio** ser permissionário porque se supõe que a complexidade da organização seria excessiva para desempenho da permissão. Em ambas as hipóteses, adota-se presunção absoluta, **que não corresponde**

necessariamente à verdade dos fatos. Tratou-se, tão-somente, de opção legislativa.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 116)” (destaques nossos)

Observa-se que o autor na parte final de seu comentário deixa assente uma certa dúvida quanto ao conteúdo e à qualidade da legislação posta ao tratar da natureza dos delegatários.

Sobre esse ponto, registro interessante raciocínio apresentado por Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 39-40) que afirma que o legislador deve ter-se deixado levar por estereótipos de seu sub-consciente, pela crença popular de **que pessoas físicas geralmente tem menor porte**²⁰, **embora isso não corresponda à realidade**, razão pela qual entende que o mesmo legislador, ainda subconscientemente admite que pessoas físicas podem ser concessionárias (conclusão obtida pela conjugação dos arts. 2º, inciso II, e art. 35, inciso VI, da Lei 8.987/95²¹).

Quanto à não previsão legal da participação de consórcios em licitações para permissões de serviços públicos, Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 40) afirma que tal teria origem na sua prescindibilidade, uma vez que, para atividades de porte mais modesto, é maior o número de interessados aptos.

Ainda de acordo com Luiz Alberto Blanchet (2001, p. 40), a admissibilidade de consórcios em licitações tem por finalidade a ampliação da competitividade, pois seriam poucos os licitantes isolados com porte, capacidade técnica, operacional ou financeira aptos a apresentarem propostas em razão da magnitude do empreendimento.

Assim, seguindo o raciocínio adotado pelo autor, conclui-se que o fundamento para a previsão em lei da participação de consórcios em **concessões** seria o aumento da competição e para a não previsão em lei da participação de consórcios em **permissões** seria a prescindibilidade de tal procedimento.

²⁰ A Lei nº 8.987/95 prevê expressamente que podem participar das licitações para outorgas de concessões “pessoas jurídicas e consórcio” e de permissões “pessoas físicas e jurídicas”.

²¹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II – **concessão** de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à **pessoa jurídica ou consórcio de empresas** que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e

Aqui poderia se objetar que: a atividade administrativa está submetida ao princípio da legalidade; que em Direito privado o que não é proibido é permitido; e que em Direito Público o que não é permitido é proibido.

Dessa forma, poderia se concluir que a não previsão legal da participação de consórcio deveria ser entendido como proibição. Porém, esse também é um ponto polêmico, fato comprovado por recente “incidente de uniformização de jurisprudência” ocorrido no âmbito do Tribunal de Contas da União, apresentado no tópico a seguir.

6.3.2 Jurisprudência no TCU sobre a possibilidade de participação de consórcios em licitações para outorga de permissões para serviços públicos

No bojo do processo nº TC-550.232/1997-4 o TCU vinha acompanhando os procedimentos licitatórios para outorga, na modalidade de *permissão*, de exploração de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público, por meio de Estação Aduaneira Interior-EADI (porto seco), localizada na cidade de Cascavel/PR (Concorrência SRF/SRRF 9ª nº 01/98).

Naquele processo foi instaurado um procedimento regimental denominado “incidente de uniformização de jurisprudência”, em razão de divergência efetivamente existente entre o entendimento exarado na Decisão Plenária nº 1.662/2002, de 4/12/2002 (processo nº TC-550.232/1997-4, relatada pelo Ministro Adylson Motta), e aquele manifestado, anteriormente, na Decisão Plenária nº 236/2002, de 20/03/2002 (processo nº TC-001.504/2000-1, relatada pelo Ministro Benjamin Zymler).

Na Decisão Plenária nº 236/2002, de 20/3/2002, o TCU admitia a participação de consórcios, desde que se constituíssem em empresa caso vencessem a licitação, conforme

se observa do dispositivo abaixo transcrito, para se enquadrarem aos termos do § 1º do art. 19 da Lei nº 8.987/95²².

(...);

8.2 – determinar à Secretaria da Receita Federal que:

8.2.1 – inclua nos próximos editais de licitação de permissão para prestação dos serviços públicos cláusula que exija dos consórcios participantes do processo licitatório a sua constituição em empresa, antes da assinatura do contrato, caso lhe seja adjudicado o objeto da licitação;

(...).

E, na Decisão Plenária nº 1.662/2002 (item 8.3, alínea “b”), de 4/12/2002, constou determinação, em sentido antagônico ao estabelecido na Decisão Plenária nº 236/2002, de 20/3/2002, conforme se observa de parte da citada decisão transcrita a seguir:

(...)

8.3 determinar à Secretaria da Receita Federal que, em relação aos futuros editais de licitação e seus anexos:

(...)

b) adote as providências necessárias para adequá-los ao disposto no art. 2 inciso IV, da Lei nº 8.987/95 cumulado com o art. 4º do Decreto nº 1.910/96, tendo em vista a imprevisão legal de propostas apresentadas por *consórcios de empresas*;

(...). (destaques nossos)

Em sessão de 12/5/2004, ao julgar o “incidente de uniformização de jurisprudência”, o Tribunal de Contas da União, mediante o Acórdão nº 564/2004-TCU-Plenário, concluiu pela impossibilidade de participação de consórcio de empresas em licitações de permissões de serviços públicos.

Entendemos que a Decisão Plenária nº 236/2002, de 20/3/2002 ao determinar que as empresas em consórcio que vencessem a licitação deveriam se constituir em empresa, antes da assinatura do contrato, estava adequada pois conformava a situação de fato à previsão legal, isto é, a assinatura do contrato de permissão se daria com uma pessoa jurídica. Conforme visto, tal não foi o entendimento do TCU.

É mister também registrar que, no caso prático analisado pelo TCU, não foi feito um exame do conteúdo da avença, o que se tivesse ocorrido demonstraria que não se

²² O § 1º do art. 19 da Lei nº 8.987/95 estabelece: “Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) § 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio...”

tratava de uma permissão, mas sim de uma verdadeira concessão de serviço público²³, pelo que caberia, sim, a participação de consórcios.

6.3.3 *Do nosso entendimento*

A nosso ver, há diferenças entre concessão e permissão quanto à natureza dos delegatários, porquanto não é unânime a interpretação de quem seriam estes.

A interpretação direta e literal da Lei n° 8.987/95 estabelece que podem participar da licitação para a outorga de **concessão** de serviço público “pessoa jurídica ou consórcio de empresas” (inciso II do art. 2°) e para a de **permissão** de serviço público, “pessoa física ou jurídica” (inciso IV do art. 2°).

Porém, é mister registrar que, a exemplo do entendimento esposado por conceituados doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, somos no sentido de que tentar diferenciar os dois institutos por meio da natureza dos delegatários não é razoável, pois **insuficiente para distinguir os dois institutos**.

²³ Analisando-se a minuta de contrato anexo ao Edital de Concorrência SRF/SRRF 9ª n° 01/98, observa-se que a natureza do acordo é explicitamente de um contrato e não um simples ato administrativo e a avença estabelece que a remuneração dos serviços (tarifa) irá amortizar o investimento, o que pressupõe que não se trata de um negócio de pequeno porte (cláusula sexta). Além disso, há previsão: de vigência para o contrato de 10 (dez) anos que não nos parece curto (cláusula segunda); do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ensejador de maiores garantias ao contratante e que retira a discricionariedade do poder público (cláusula segunda, parágrafo único e cláusula sétima); da indenização dos investimentos ainda não amortizados no caso de encampação (cláusula décima primeira, parágrafo segundo) e do valor dos bens ainda não amortizados ou depreciados, mediante a transferência de sua propriedade para a União, no caso de revogação unilateral (cláusula décima primeira, parágrafo segundo). Dessa forma, encontravam-se no contrato em análise todas as características de uma concessão. Só o rótulo foi denominado como “permissão”. Assim, incidirá no caso todas as conseqüências jurídicas decorrentes do instituto da concessão, independente do nome que lhe foi dado. Assim, não foi adequada a decisão do TCU porque a análise não considerou que o fato sob comento não se enquadrava como uma permissão pura, em razão do qual deveria-se avaliar o conteúdo jurídico da avença e aplicar as regras pertinentes usando de técnicas da hermenêutica.

6.4 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à estabilidade do vínculo (precariedade) ?

6.4.1 Comentários gerais

A Lei nº 8.987/95 refere-se à precariedade da permissão de serviços públicos (fato contraditório com o caráter contratual que lhe atribui), conforme se observa dos arts. 2º e 40 do referido dispositivo legal abaixo transcritos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

IV – **permissão** de serviço público: a delegação, a título **precário**, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

(...)

Art. 40. A **permissão** de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei. (destaques nossos)

Para o instituto da concessão de serviços públicos, não há nenhuma referência quanto à existência da precariedade. Mesmo assim, a precariedade também não é um elemento diferenciador entre a concessão e a permissão de serviço público.

José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 335) à pergunta “no que consiste a precariedade não prevista para a concessão”?, argumenta que é praticamente impossível responder esta questão. Assim, entende que a ressalva “a título precário” não traduz marca distintiva convincente. A uma, porque se se considerar que a precariedade é um atributo indicativo de que o particular que firmou ajuste com a Administração está sujeito ao livre desfazimento do negócio por parte desta, sem que lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos, não crê que seja essa a situação jurídica do permissionário, o que advém do disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei que admite a incidência na permissão de regras atinentes às concessões. A duas, porque se se entender que a precariedade tem a ver com a

possibilidade de o Poder Público (permitente) poder rescindir unilateralmente o contrato de permissão, tal também ocorre com a concessão por meio da encampação (art. 37)²⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que merece atenção especial a precariedade presente na permissão, um pouco pela imprecisão do vocábulo, mas também porque ela se apresenta com intensidade variável na concessão, na permissão e na autorização (2002, p. 129).

Esta autora destaca que a precariedade é palavra de múltiplos sentidos, que pode significar instabilidade, transitoriedade, revogabilidade ou inexistência de prazo. Ressalta, entretanto, que, para fins de distinção entre concessão e permissão, é preciso considerar dois sentidos do vocábulo precariedade: (a) de um lado, significa que o ato é revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração; b) de outro lado, significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização. Portanto, esta autora também usou de critérios semelhantes aos de José dos Santos Carvalho Filho.

A seguir sintetizamos o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 128/131):

Concessão	Permissão	Conclusão
Precariedade no primeiro sentido (a): possibilidade de revogação a qualquer momento.	Precariedade no primeiro sentido (a): possibilidade de revogação a qualquer momento.	Mesmo no caso de contrato, em que a fixação de prazo é obrigatória, como é o caso da concessão, essa possibilidade existe. Uma das características dos contratos administrativos em geral e que constitui uma de suas cláusulas exorbitantes é precisamente a possibilidade de rescisão unilateral, pela Administração, por razões de interesse público. Isto, que sempre foi reconhecido pela doutrina, consta do direito positivo (art. 58, II, da Lei nº 8.666/93-Lei geral das licitações).
-	Precariedade no segundo sentido (b): outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização.	A precariedade neste sentido não está presente na concessão, em razão da vedação de celebração de contratos sem prazo estabelecido na Lei geral das licitações (art. 57, § 3º da Lei nº 8.666/93), e a obrigatoriedade de incluir como cláusula essencial do contrato de concessão a indicação do seu prazo de vigência (art. 23, inciso I, da Lei nº 8.987/95). O prazo na concessão é essencial tendo em vista

²⁴ Art. 37 da Lei nº 8.987/95: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

	<p>Obs. Sobre esse argumento defendido pela ilustre professora, vide nossos comentários nos parágrafos seguintes quando comentamos as hipóteses de pagamento das indenizações.</p>	<p>que dele depende o valor da tarifa. Além do mais, a natureza do serviço, objeto de concessão, por exigir investimentos de grande porte, aconselharia a Administração a optar por forma de delegação mais prolongada e estável para o contratado. Esse prazo é uma garantia para o concessionário pois significa que se ela não foi inadimplente e o poder concedente rescindir o contrato extemporaneamente, esta deverá responder por perdas e danos. Isto está na doutrina e no direito positivo: para os contratos administrativos em geral (art. 79, § 2º da Lei nº 8.666/93) e para os contratos de concessão de serviço público (arts. 35, § 4º e 37 da Lei nº 8.987/95).</p>
<p>A precariedade não existe no ato de outorga</p>	<p>A precariedade está na origem do ato de outorga.</p>	<p>A Administração, ao consentir, por ato formal, na outorga da prestação do serviço público ao permissionário, já o faz com a nota da precariedade. O particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário, em prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado a qualquer momento, pela Administração, sem direito a qualquer direito a reparação pecuniária. Neste caso, o fundamento da possibilidade de revogação por ato unilateral é a própria precariedade inerente ao ato formal da permissão. Essa precariedade afasta o direito de o permissionário opor-se à revogação e de pleitear qualquer tipo de compensação pecuniária.</p>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que alguns autores aceitam a possibilidade de fixação de prazo na permissão, o que é denominado **de permissão condicionada** por Hely Lopes Meirelles e de **permissão qualificada** por Cretella Júnior (2002, p. 131).

Esta autora, no entanto, ressalta que, em seu entendimento, a fixação de prazo na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e o da concessão, já que ocorrerá a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistente no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convencionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos (2002, p. 131).

À indagação se é possível existir permissão contratual, sem prazo, entendemos que em virtude da legislação atualmente vigente, a resposta é negativa, já que também se aplicam, subsidiariamente, às concessões e permissões de serviços públicos a Lei Geral de

Licitações (art. 124 da Lei 8.666/93), que em seu art. 57, § 3º veda expressamente a existência de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado

Cabe colocar que a indenização, legalmente prevista, em que o poder concedente deve pagar à concessionária, em caso de extinção da concessão por advento do termo contratual (inciso I, art. 35, da Lei 8.987/95) ou por encampação (inciso II, art. 35 da Lei 8.987/95), refere-se às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (art. 36 da Lei 8.987/95).

Assim, entendemos que, também na permissão, se aplica esse critério de indenização haja vista o disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei que admite a incidência na permissão de regras atinentes às concessões. Nesse ponto, não é adequado o entendimento da ilustre professora no sentido de que ocorre na permissão a “precariedade no sentido de outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, sem direito a indenização”.

Em nosso entendimento, existindo *parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*, a indenização é devida não importa qual seja o instituto utilizado: concessão ou permissão (art. 36 c/c art. 40, parágrafo único, da Lei 8.987/95).

Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do assunto, afirma que a Lei 8.987/95, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; mas que, “entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos **lucros cessantes**” (2004, p. 692).

Ao fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica (art. 37 da Lei 8.987/95), Hely Lopes Meirelles (2003, p. 380) explica:

(...) 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 8.987/95. A encampação depende de **lei autorizativa específica** e pagamento prévio da indenização apurada

(art. 37). Com isso pretendeu-se **dar maiores garantias ao concessionário**, ao transferir para o Legislativo a decisão de encampar, uma vez que o reconhecimento da existência de interesse público passa a depender de uma decisão colegiada e não individual do Chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada do serviço pode importar indenização vultosa, dependente, talvez, de dotação específica. (destaques nossos)

Quanto ao fato de a encampação da concessão exigir prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei 8.987/95), Marçal Justen Filho esclarece (2003, p. 577-578) que:

Encampar equivale a desapropriar, transferir compulsoriamente bens e direitos privados para o patrimônio público. Justamente, por isso, a encampação subordina-se ao regime jurídico da desapropriação. O concessionário goza, em face da encampação, de todas as garantias constitucionais reservadas à desapropriação, inclusive com a imposição de que o poder concedente apenas poderá imitir-se na posse dos bens mediante pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro.

Assim, estaria justificado legalmente o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei 8.987/95). Entendemos, no entanto, que não se aplicam esses pressupostos para a revogação unilateral da permissão, apesar de comando expresso afirmando a aplicação às permissões do disposto na Lei 8.987/95 (art. 40, parágrafo único), porque a mesma Lei (*caput* do art. 40) estabelece o caráter precário de sua outorga.

Assim, o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei 8.987/95), e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário.

6.4.2 *Do nosso entendimento*

Nosso posicionamento é no sentido de que a precariedade não é fator de diferenciação entre a concessão ou permissão, porque se entendê-la como possibilidade de rescisão unilateral a qualquer tempo, tal ocorre com ambos os institutos.

Vimos também que não procede entendermos que a indenização é devida na concessão e não na permissão sem prazo: a uma, porque não há permissão contratual sem prazo; a duas, porque ocorrendo a condição objetiva do art. 40, parágrafo único, da Lei

8.987/95, a indenização é cabível, não importando qual seja o instituto utilizado. Além do que, mesmo sem previsão expressa na lei, os lucros cessantes também deverão ser indenizados para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato.

E concluímos também que o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei 8.987/95), e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário.

6.5 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário ?

6.5.1 Comentários gerais

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 701), a permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, **a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.**

Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 184), a permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título **gratuito** ou **remunerado**, nas condições estabelecidas pela Administração.

E, saindo, dos conceitos tradicionalmente ligados à permissão pela doutrina, chegamos a que, no atual ordenamento jurídico, esse instituto é um contrato ao qual se aplica as normas referentes às concessões por força do art. 40 da Lei nº 8.987/95, portanto, que não há dúvidas quanto à sua remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço, a exemplo do que ocorre com as concessões.

6.5.2 Do nosso entendimento

Entendemos que a concessão e a permissão não se diferenciam quanto à remuneração do concessionário e do permissionário já que ambos são contratos que pressupõe remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço.

6.6 A concessão e a permissão se diferenciam quanto à forma (licitação) ?

6.6.1 Comentários gerais

De acordo com o disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988, a prestação de serviços públicos mediante concessões e permissões serão precedidas de procedimentos licitatórios.

A Lei nº 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da nossa Carta, previu a modalidade de licitação de concorrência para as concessões (inciso II, art. 2º, da Lei nº 8.987/95) não o fazendo para as permissões (inciso IV, art. 2º, da Lei nº 8.987/95).

Assim, se o Poder Público escolher utilizar o instituto da concessão terá que adotar a modalidade de licitação da concorrência, não ficando, no entanto, vinculado se escolher utilizar a permissão, caso em que poderia adotar, em tese, outras modalidades, tal como a tomada de preços.

Entendemos, no entanto, que a Administração não pode usar esse critério, para escolher, por exemplo, utilizar o instituto da permissão, somente para não ficar sujeito a ter que adotar a modalidade de licitação da concorrência. Isso seria tentar burlar a finalidade da lei.

6.6.2 Do nosso entendimento

Assim, diante do informado na nossa Lei Maior pode-se concluir que a concessão e a permissão não se diferenciam quanto à forma porquanto a outorga de ambos pressupõe a realização prévia de licitação. O fato de a concessão somente comportar a utilização da modalidade de licitação de concorrência não é um fator relevante de

diferenciação entre as concessões e as permissões de serviços públicos pois se trata apenas de modalidade de licitação que, no caso das permissões, poderão ser outras, conforme o valor do investimento envolvido .

7 CONCLUSÃO

Estudamos os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos (partes 2 e 3 respectivamente) e bem assim sobre os serviços públicos objeto desses institutos de delegação de serviços (parte 5).

Assim, com esses fundamentos teóricos, passamos à análise de cada um dos elementos que diferenciam a concessão da permissão de serviços públicos, isto é, quanto à natureza jurídica, objeto, natureza do delegatário, estabilidade do vínculo (precariedade), remuneração e forma (parte 6).

Concluimos que a concessão em relação à permissão de serviços públicos:

- a) diante da realidade legal posta, especialmente o art. 175 da Constituição Federal, não se diferencia quanto à **natureza jurídica**, já que ambos são contratos administrativos (posição majoritária na doutrina e na jurisprudência);
- b) legalmente não se diferencia quanto aos serviços públicos que podem ser seu **objeto**, devendo o Poder Público, no entanto, utilizar o instituto da concessão quando o porte do investimento assim o exigir;
- c) se diferencia, quanto à **natureza do delegatário**, mas que **tal fato não seria relevante**, não sendo suficiente para distinguir os dois institutos, porquanto há divergência jurisprudencial sobre quem seriam precisamente esses delegatários diferentes;

- d) não se diferencia, quanto à **estabilidade do vínculo (precariedade)**, pois:
- d.1) se entender a precariedade como possibilidade de rescisão unilateral do contrato a qualquer tempo, tal ocorre com ambos os institutos; d.2) se entendê-la como possibilidade de encerramento da permissão sem prazo sem pagamento de indenização, não procede: d.2.1) a uma, porque não há permissão contratual sem prazo; d.2.2) a duas, porquanto se aplica às permissões a Lei 8.987/95 e, em ocorrendo a condição objetiva do art. 40, parágrafo único, dessa Lei - existindo parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido - a indenização é cabível, não importando qual seja o instituto utilizado; d.2.3) a três, porque, mesmo sem previsão expressa na lei, os lucros cessantes também deverão ser indenizados para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro do contrato; d.3) o fato de a encampação da concessão exigir lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização (art. 37 da Lei 8.987/95), e não haver previsão semelhante para as permissões, não é marca distintiva para diferenciar a concessão da permissão quanto à precariedade, mas sim para reforçar que a escolha do instituto da concessão pressupõe maiores garantias para o concessionário;
- e) não se diferencia quanto à **remuneração** do concessionário e do permissionário já que ambos são contratos que pressupõe remuneração via tarifa cobrada dos usuários ou de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço;
- f) não se diferencia quanto à **forma** porquanto a outorga de ambos pressupõe a realização prévia de licitação. O fato de a concessão somente comportar a utilização da modalidade de licitação de concorrência não é um fator relevante de diferenciação entre as concessões e as permissões de serviços públicos, pois se trata apenas de modalidade de licitação que, no caso das permissões, poderão ser outras, conforme o valor do investimento envolvido .

Assim, conclui-se que não há traços relevantes para diferenciar a concessão da permissão de serviço público no atual Direito Brasileiro.

Reforça esse entendimento artigo intitulado “Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos” do ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 122), no qual o autor faz detalhada análise defendendo que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, à vista da contratualização da permissão de serviços públicos, *desapareceu o ato administrativo de permissão destinado à prestação de serviços públicos*, concluindo, assim, que restou como ato administrativo de consentimento estatal apenas a *autorização*²⁵. A conclusão do autor originou-se no entendimento de que o único elemento significativo que distinguia a permissão da autorização era **o antigo ato administrativo de permissão se preordenar à execução de serviços públicos**.

Vimos durante este estudo que classicamente existem os pressupostos para a utilização do instituto da permissão, mas que, na prática, sob aquela denominação costuma se abrigar verdadeiras concessões.

Pode-se afirmar que tal situação pode ser creditada também à confusa legislação que trata do tema das concessões e permissões de serviços públicos.

Dessa forma, à luz do sistema legal vigente, ao depararmos com o uso do instituto da permissão de serviço público, é necessário analisar-se o conteúdo do avençado entre as partes, isto é, a real relação jurídica existente, antes de fazermos um juízo de valor sobre as implicações jurídicas dele decorrentes. Em outras palavras, no atual ordenamento jurídico, a utilização do rótulo “permissão” deve ser visto com cuidado, para que não sejam tiradas conclusões totalmente equivocadas, pois pode-se tratar de uma relação jurídica indevidamente nominada “permissão”, mas, em realidade, se tratando de uma verdadeira concessão com as correspondentes conseqüências legais daí advindas.

²⁵ O autor esclarece que não considerou nesse raciocínio o instituto da *licença* porque esta se caracteriza por ser ato vinculado, enquanto a *permissão* e a *autorização* se caracterizavam como precários e discricionários.

8 BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. cap. 1 e 2. p. 15-38.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. cap. XII, p. 652-713.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. 1, p. 488-493.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 128-132.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Autorização e permissão: a necessidade de unificação dos institutos*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 16, p. 117-130, jul./dez.2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 119-120, 293-343.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 1. ed. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88-104.
- GRAU, Eros Roberto. *Concessão de Direito Real de Uso – Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público e Empresas Estatais Prestadoras de Serviço Público*, Revista Trimestral de Direito Público, 1993, 5:75-97.
- GRAU, Eros Roberto. *Permissão de Serviço Coletivo Rodoviário*, Revista de Direito Público 77: 104-109.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. cap. 5. p. 215-218.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 177-181, 311-376.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. cap. 7, p. 404-424.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.
- REALE, Miguel. *Permissão de serviço municipal de transporte coletivo urbano*. Revista dos

Tribunais-631 – maio de 1988. p.7-13.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. p.732-735.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ZYMLER, Benjamim. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências regulatórias*. Palestra proferida no Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2003.