

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior

**A AUTONOMIA DO REGIME JURÍDICO DA  
PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Belo Horizonte

2014

Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior

**A AUTONOMIA DO REGIME JURÍDICO DA  
PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V331a Vasconcelos Júnior, Marcos de Oliveira  
A autonomia do regime jurídico da permissão de serviços públicos / Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior. Belo Horizonte, 2014.  
160 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Administração pública. 2. Direito público. 3. Concessão de serviços públicos. 4. Descentralização na administração pública. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.25

Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior

**A AUTONOMIA DO REGIME JURÍDICO DA  
PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

---

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) – PUC Minas

---

Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

---

Ramon Tácio de Oliveira – Universidade de Itaúna

---

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 10 de junho de 2014.

## RESUMO

Esta dissertação buscou evidenciar, a partir do que dispõem a Constituição da República de 1988 e a Lei n.º 8.987/1995, as características do regime jurídico aplicável à permissão de serviços públicos, que é uma das formas de delegação da prestação de determinadas atividades estatais aos particulares. Depois de contextualizar o Estado e a Administração Pública sob o ponto de vista do paradigma do Estado Democrático de Direito, fez-se uma análise das principais formas de descentralização administrativa por colaboração existentes no ordenamento jurídico, tendo como foco central a concessão de serviços públicos, já que o conceito de permissão é tradicionalmente construído em um contraponto a essa figura jurídica. Tratando especificamente da permissão de serviços públicos, realizou-se um apanhado geral do instituto no Direito pátrio, com a análise da doutrina tradicional e das alterações das correntes interpretativas depois da entrada em vigor da Constituição e da Lei Federal n.º 8.987/95, finalizando esse tópico com a colocação de alguns posicionamentos da jurisprudência nacional sobre o tema. Como foco central do trabalho, passou-se a desenvolver a permissão como figura jurídica autônoma de delegação de serviços públicos, destacando as principais características que denotam a diferenciação do instituto com relação à concessão. Por fim, foram trazidos alguns exemplos existentes na legislação ordinária e na prática administrativa de serviços públicos passíveis de delegação por meio de permissão. A proposta do presente estudo, enfim, é a demonstração da existência de um regime jurídico próprio da permissão de serviços públicos, inconfundível na teoria e na prática com outras figuras jurídicas.

Palavras-chave: Permissão de serviços públicos. Regime jurídico. Autonomia.

## **ABSTRACT**

This dissertation intended to show, taking into account what stat the Constitution of 1988 and Law nº 8.987/1995, the characteristics of the legal regime for the permission of public services, which is one way of delegating the provision of certain state activities to individuals. After contextualizing the State and Public Administration from the point of view of the paradigm of Democratic State of Law, it has been done an analysis of the major forms of administrative decentralization by collaboration found in the legal system, with a central focus on the provision of public services, since the concept of permission is traditionally built in a counterpoint to this legal concept. Dealing specifically with the permission of public services, it has been taken an overview of the institute in the national law, with the analysis of the traditional doctrine and the changes of interpretation currents after the arrival of the Constitution and Federal Law nº 8.987/95, finalizing this topic with the exposition of some positions of national jurisprudence on the subject. As the central focus of the work, we started to develop permission as an autonomous legal figure of delegation of public services, highlighting key characteristics that denote differentiation with respect to the granting institute. Finally, some existing examples in ordinary legislation and administrative practice of public services amenable to delegation by permission were brought. The purpose of this study, in short, is the demonstration of a special legal regime of permitting public, unmistakable services in theory and practice with other legal forms.

**Keywords:** Permission of public services. Legal regime. Autonomy.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CR/88 – Constituição da República de 1988

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

PPP – Parceria Público-Privada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE-MG – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>12</b>
2.1 Estado Liberal.....	12
2.2 Estado Social .....	13
2.3 Estado Democrático de Direito .....	15
2.4 Administração Pública no Estado Democrático de Direito.....	17
2.5 O princípio da subsidiariedade e a função estatal .....	18
<b>3 TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES ESTATAIS .....</b>	<b>27</b>
3.1 Descentralização administrativa .....	28
3.1.1 <i>Descentralização administrativa territorial ou geográfica .....</i>	<i>30</i>
3.1.2 <i>Descentralização administrativa por serviços, técnica ou funcional</i>	<i>31</i>
3.1.3 <i>Descentralização administrativa por colaboração .....</i>	<i>33</i>
<b>4 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....</b>	<b>37</b>
4.1 Concessão de serviços públicos (Lei n.º 8.987/95) .....	38
4.1.1 <i>Concessão de serviço público simples.....</i>	<i>39</i>
<u>4.1.1.1 Elementos do conceito legal de concessão de serviço público simples .....</u>	<u>40</u>
<u>4.1.1.2 Elementos não presentes no conceito legal de concessão de serviço público simples .....</u>	<u>49</u>
4.1.2 <i>Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.....</i>	<i>53</i>
4.1.3 <i>Extinção da concessão de serviços públicos e seus efeitos jurídicos .....</i>	<i>55</i>
4.2 Parcerias público-privadas (Lei n.º 11.079/2004).....	58
4.2.1 <i>Concessão patrocinada .....</i>	<i>60</i>
4.2.2 <i>Concessão administrativa .....</i>	<i>62</i>
4.3 Outras formas de delegação e parceria para a execução de serviços públicos.....	65
4.3.1 <i>Contrato de gestão com organizações sociais.....</i>	<i>65</i>
4.3.2 <i>Termo de parceria com OSCIPs .....</i>	<i>67</i>
4.3.3 <i>Franquia .....</i>	<i>69</i>

4.3.4 <i>Autorização de serviços públicos</i> .....	71
<b>5 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>74</b>
5.1 O conceito tradicional de permissão de serviços públicos .....	77
5.2 O conceito de permissão de serviços públicos a partir da Constituição de 1988 .....	82
5.3 O conceito de permissão de serviços públicos a partir da Lei n.º 8.987/95 .....	85
5.4 Permissão de serviços públicos na jurisprudência pátria .....	91
<b>6 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA</b> .....	<b>103</b>
6.1 Natureza contratual da permissão: contrato por adesão .....	104
6.2 Permissionários: pessoas físicas ou jurídicas .....	112
6.3 Objeto da permissão de serviços públicos.....	113
6.4 Licitação na permissão de serviços públicos.....	116
6.5 Temporariedade do contrato de permissão de serviços públicos.....	119
6.6 Precariedade e revogabilidade unilateral da permissão de serviços públicos.....	122
6.7 Remuneração do permissionário: equilíbrio econômico-financeiro .....	128
<b>7 ALGUMAS HIPÓTESES DE PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	<b>132</b>
7.1 Serviços públicos de transporte coletivo de passageiros.....	132
7.2 Serviços públicos de transporte individual de passageiros: táxis .....	136
7.3 Serviços de telecomunicações .....	142
7.4 Outros exemplos de serviços públicos passíveis de permissão.....	144
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>153</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Busca-se no presente estudo discutir a permissão de serviços públicos a partir da sua caracterização pela Constituição da República de 1988 e pela Lei n.º 8.987/95, que traz normas sobre os regimes de delegação da prestação de serviços públicos aos particulares.

Parte-se de um problema concreto enfrentado pelos juristas, que diz respeito à ausência de consenso sobre o conceito de permissão, das suas características e das hipóteses em que tal instituto teria aplicabilidade regular e legítima para a delegação de serviços públicos, o que se reflete na legislação, na doutrina, na jurisprudência e na prática administrativa nacional.

A indeterminação teórica já se encontra na Constituição da República de 1988 que, em seu art. 175, tratou da concessão e da permissão de serviços públicos de forma assemelhada, prevendo que ambos os regimes de delegação das atividades estatais devem ser formalizados em contrato de caráter especial, precedido de licitação.

Tal referência a um possível contrato de permissão de serviços públicos foi recebida pela doutrina tradicional como uma impropriedade redacional (MELLO, 2012), pois o que de mais significativo se encontra na permissão seria sua natureza de ato administrativo unilateral.

A dita confusão normativa teve reflexos na Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição da República de 1988.

Tal diploma legal caracterizou a permissão como contrato por adesão, mas dotou-lhe de alguns atributos típicos de ato administrativo unilateral (como a precariedade), inclusive por meio de imprecisões e impropriedades redacionais e técnicas, como a referência à “revogabilidade” da permissão pelo “poder concedente”. Essas circunstâncias somente contribuíram para acirrar ainda mais a discussão a respeito do tema.

Como reflexo dessa confusão normativa, a doutrina ora tende a defender a ausência de diferenças determinantes entre a concessão e a permissão de serviços públicos, ora empresta autonomia a esses institutos, mas com base em critérios distintos daqueles tradicionalmente aceitos.

De forma análoga, os Tribunais pátrios também oscilam no reconhecimento dos direitos dos permissionários e na determinação do conteúdo normativo que deve reger o vínculo entre o delegatário de serviço público e a Administração Pública.

Igual desordem jurídica está presente, ainda, no âmbito interno da Administração Pública, a qual, diante desse quadro normativo de incertezas, pouco utiliza ou utiliza mal a permissão de serviços públicos, entregando a particulares importantes atividades de interesse social, mas por meio de regras jurídicas frágeis, que geram insegurança jurídica tanto para o Poder Público quanto para os particulares.

Dentro desse contexto emerge a relevância do estudo da permissão de serviços públicos, na medida em que tal forma de colaboração do particular com a iniciativa privada tem relevo constitucional, mas sua aplicabilidade prática está seriamente comprometida pela indeterminação do regime jurídico aplicável à espécie.

A proposta deste estudo é, portanto, a análise das principais características presentes no regime jurídico da permissão de serviços públicos, com o objetivo de traçar conceitos jurídicos que possibilitem uma diferenciação dogmática e prática entre a permissão e as outras formas de delegação de serviços públicos, especialmente a concessão.

O caminho metodológico escolhido para o exame da permissão de serviços públicos como categoria jurídica autônoma começa pela análise dos paradigmas do Estado Moderno – Estado Liberal, Social e Democrático de Direito –, bem como da inter-relação entre essas conformações jurídicas e a função da Administração Pública.

Ainda nesse primeiro capítulo, busca-se fundamentar a permissão de serviços públicos como uma orientação do princípio da subsidiariedade para o exercício da função estatal, o qual está presente no âmbito do Estado Democrático de Direito balizado pela Constituição da República de 1988.

No segundo capítulo, trabalha-se com os meios de transferência da execução de atividades estatais, focando-se na descentralização administrativa como estratégia de colaboração entre os setores público e privado para a gestão dos serviços públicos.

Após as considerações sobre as categorias de descentralização territorial ou geográfica e descentralização por serviços, técnica e funcional, detalha-se a

descentralização por colaboração, na qual estão contidas as formas contratuais de parceria para a execução de serviços públicos, como a concessão e a permissão.

No capítulo seguinte, o estudo volta-se para as formas de concessões de serviços públicos, especialmente aquelas previstas na Lei n.º 8.987/95 e na Lei n.º 11.079/04.

Primeiramente, são traçadas as características da concessão de serviço público simples e da concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, reguladas pela Lei n.º 8.987/95, fazendo-se, ainda, um breve panorama das formas extintivas dessas relações jurídicas.

Na sequência, passa-se à análise das concessões de serviço público previstas na Lei n.º 11.079/04, que são a concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas tratadas como parcerias público-privadas – PPPs.

No final desse quarto capítulo, são abordadas outras formas de delegação e parceria para a execução do serviço público: contrato de gestão com organizações sociais, termo de parcerias com organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, franquia e autorização de serviço.

No quinto capítulo, o foco do trabalho volta-se diretamente para a permissão de serviços públicos, através da exposição de um panorama desse instituto no cenário doutrinário nacional.

Parte-se da análise do conceito tradicional de permissão de serviço público para, na sequência, avaliar as alterações sofridas no regime jurídico dessa forma de delegação pela entrada em vigor da Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 8.987/95. Derradeiramente, é abordada nesse tópico a compreensão do Judiciário sobre alguns aspectos específicos da permissão de serviços públicos.

Como ponto central desta dissertação, no capítulo sexto defende-se a permissão de serviços públicos como categoria jurídica autônoma, com regime jurídico distinto daquele aplicável à concessão.

Para tanto, são delimitadas as principais características da permissão de serviços públicos, que envolvem os seguintes aspectos: natureza jurídica da permissão de contrato administrativo por adesão; permissionários como pessoas físicas ou pessoas jurídicas; objeto da permissão de serviços públicos; licitação na permissão de serviços públicos; temporariedade do contrato de permissão de serviços públicos; precariedade e revogabilidade unilateral da permissão de serviços

públicos; e remuneração do permissionário e equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão.

O sétimo capítulo é dedicado ao levantamento de algumas hipóteses de permissão de serviços públicos na prática administrativa atual. Em primeiro lugar, são traçadas as características de alguns serviços cuja legislação expressamente admite a possibilidade de adoção do regime de permissão de serviços públicos: serviços públicos de transporte coletivo de passageiros; serviços públicos de transporte individual de passageiros por meio de táxis; e serviços de telecomunicações.

Fora dessas hipóteses legais, busca-se, ainda, outros exemplos de serviços públicos passíveis de delegação por meio de permissão, delimitação essa que se vincula à natureza das atividades estatais, cuja gestão é transferida aos particulares.

A partir de toda essa construção, pretende-se, enfim, fortalecer a tese da permissão de serviços públicos como uma modalidade autônoma de delegação de atividades estatais à iniciativa privada, contribuindo para a minimização das incertezas e da indeterminação existentes quanto ao seu regime jurídico.

A proposta é apenas lançar uma luz sobre o tema, concorrendo para o aprofundamento do debate, mas sem a pretensão de esgotar a matéria, dada a sua complexidade e dinamicidade.

## **2 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A compreensão do nível de intervenção do Estado nas relações sociais está diretamente relacionada à própria evolução histórica do conceito de Estado enquanto organização política de um determinado povo. As alterações políticas e jurídicas pelas quais o Estado passou ao longo do tempo, normalmente tidas como avanços, são o ponto de partida para contextualizar o atual estágio da relação entre o Poder Público e os particulares.

O que deve se perquirir é a forma de legitimação da atuação do aparelho estatal sobre os particulares, o que envolve o estudo das relações de poder ao longo do processo de formação da noção do Estado contemporâneo, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, entre os quais se situa o Estado Social.

### **2.1 Estado Liberal**

Com o surgimento do Estado Moderno, unificado e soberano, emerge também a noção de Estado Liberal, fundada, essencialmente, na superação do dogma antecedente à formação das organizações políticas, que não diferenciava direito, religião, tradição, costume e moral.

No Estado Liberal, o Direito passa a ser compreendido como um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas por órgãos de uma organização política laica (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 53).

O Direito, nesse contexto, é o meio eleito pelo Estado como fonte de garantia dos próprios fundamentos do paradigma liberal, que são a liberdade, a propriedade, e a igualdade dos homens. Tal conquista se deu por meio da subordinação do Estado à lei, de modo que a função do Direito passou a ser o estabelecimento de limites para a atuação estatal.

Conforme leciona José Afonso da Silva, as características básicas do Estado Liberal de Direito são a submissão ao império da lei, a divisão de poderes, e o enunciado e a garantia dos direitos individuais (SILVA, 2004, p. 112-113).

Para Carlos Ari Sundfeld, o Estado Liberal, que é antes um Estado de Direito, somente pode ser concebido se as relações entre os indivíduos e o Estado forem baseadas nas seguintes pedras de toque: supremacia da Constituição, separação

de poderes, superioridade da lei, e garantia dos direitos individuais (SUNDFELD, 1998, p. 40).

Essas características fizeram nascer uma dualidade entre Estado e sociedade civil (entre público e privado), de modo que ambos conviviam de forma relativamente equilibrada. É o que aponta Luís Roberto Barroso:

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público, sem comprometimento do espaço privado. De forma esquemática, a Constituição, de um lado, e o Código Civil Napoleônico, de outro, expressaram esse ideal de equilíbrio entre os espaços público e privado. Configurou-se a dualidade Estado/sociedade civil, sob cujo rótulo genérico se abrigaram a distinção entre as relações de poder, as relações individuais e os mecanismos de proteção dos indivíduos em face do Estado. (BARROSO, 2011, p. 87)

## **2.2 Estado Social**

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social marca a transferência dos valores do individualismo, fundamentados nas liberdades individuais, para os valores da coletividade e do bem comum, cuja base ideológica é a igualdade material.

O Estado passa a se incumbir mais enfaticamente da proteção dos interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade. Isso se dá principalmente pela massiva prestação de serviços públicos pelo Estado à população, nos mais diversos setores da vida social.

Se a atuação do Poder Público no Estado Liberal foi marcada pelo aspecto negativo, do não intervencionismo (abstencionismo) e da proteção dos interesses individuais da classe burguesa, no Estado Social a atenção se desloca para o coletivo, para o estabelecimento de uma sociedade de bem-estar, com o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, e com a pretensão de realização de justiça social. Se no Estado Liberal o foco era o “particular”, no Estado Social passou a ser o “público”.

Como salienta Luís Roberto Barroso, com o Estado Social o espaço público foi significativamente ampliado, passando a ser “[...] tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e

regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos” (BARROSO, 2011, p. 88)

Para o atendimento de seus dogmas, o intervencionismo estatal no Estado Social se tornou indispensável, realizando-se de inúmeras formas: pela assunção de atribuições, inclusive comerciais e industriais, como serviços públicos, por meio de empresas estatais e fundações; pela intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista e outras empresas sob o controle acionário do Estado; pelo incremento das atividades de fomento da iniciativa privada de interesse público; entre outras formas (DI PIETRO, 2008, p. 9-10).

Essa atuação positiva do Poder Público é uma das características marcantes do Estado Social, conforme acentua José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

A legitimidade do poder estatal é aferida em razão dos serviços que presta, da sua capacidade de controlar as relações sociais de forma a reduzir as desigualdades econômicas.

Temos em tal paradigma a consolidação do Estado como agente econômico, voltado para realizações materiais. O que importa no Estado Social são as realizações e não o fundamento de suas ações. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 99).

Essa identificação do Estado Social com o intervencionismo<sup>1</sup> acabou por impor-lhe um desmesurado crescimento, na medida em que estendeu sua atuação a inúmeros setores da vida social antes alheios à atuação estatal.

Entre as consequências indesejadas do Estado Social, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enumera quatro principais pilares negativos do estatismo: (1) a superdimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia; (2) as abundantes e excessivas regulações, que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; (3) a configuração de monopólios legais a favor do Estado; (4) e a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais (DI PIETRO, 2008, p. 12).

Outro fator negativo que acabou sendo exacerbado no Estado Social de Direito foi a incompetência estatal para fazer frente à enorme gama de serviços que foram incorporados ao setor público.

---

<sup>1</sup> Segundo Paulo Bonavides: “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.” (BONAVIDES, 2011, p. 203)

Isso se deu, em grande medida, pela forte burocratização administrativa desse período, que embora servisse para assegurar a especialização, a hierarquização, a subordinação à lei e a impessoalidade da atuação administrativa, tornou morosa e pouco eficiente a atividade desempenhada pelo Estado.

### **2.3 Estado Democrático de Direito**

As consequências indesejadas do Estado Social, aliadas a outros importantes fatores econômicos e sociais, acabaram por determinar a superação desse paradigma pelo do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma surge para colocar fim à percepção em vigor nas duas conformações estatais anteriores (Estado Liberal e Estado Social) de que o público e o privado são antagônicos.

O Estado Democrático de Direito é caracterizado, nesse sentido, como “[...] uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos paradigmas anteriores” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 167).

Como ressalta Luís Roberto Barroso:

[...] em um estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada no liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes. (BARROSO, 2011, p. 92)

O Estado de Direito se torna Democrático na medida em que observa determinados fundamentos em sua constituição, como a incorporação dos ideais liberais e também sociais, o reconhecimento de que o poder emana do povo, que o exerce direta e indiretamente, e a garantia aos seus cidadãos do exercício efetivo dos direitos civis, políticos e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais (BRANCO; MENDES; COELHO, 2009).

O paradigma do Estado Democrático fundamenta-se na noção de um Direito e de um Estado pluralista, constituído por toda a sociedade, e com foco na participação popular no processo político, seja nas decisões do Governo, seja no controle da Administração Pública, e também na persecução de uma justiça material.

O seu embasamento maior está na garantia de participação dos destinatários do poder no exercício desse mesmo poder. Essa participação é um elemento que se agregou ao Estado de Direito, tornando-o paulatinamente democrático.

Os elementos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, segundo as lições de Carlos Ari Sundfeld, são os seguintes: Estado criado e regulado por uma Constituição; os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte pelos órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 1998, p. 53).

De modo sintético, o conceito de Estado Democrático de Direito para o referido autor é “[...] a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)” (SUNDFELD, 1998, p. 53). Nesse contexto, o Estado brasileiro atual seria a incorporação de elementos do Estado Democrático de Direito com elementos do Estado Social. É o que se denomina de *Estado Social e Democrático de Direito*, que agrega aos seus elementos os objetivos sociais de desenvolvimento e justiça<sup>2</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, amparando-se na noção de supremacia dos direitos fundamentais, aduz que um Estado Democrático é aquele que “[...] se funda no princípio da soberania popular [...]” e que visa “[...] a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2004, p. 117).

É nesse sentido de densificação dos direitos fundamentais que se deve interpretar a Constituição da República do Brasil de 1988 quando proclama que a nação se constitui como um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º).

---

<sup>2</sup> Assim conceitua o Estado Social e Democrático de Direito: “Em termos sintéticos, o Estado Social e Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social” (SUNDFELD, 1998, p. 56).

## 2.4 Administração Pública no Estado Democrático de Direito

As características que fundamentam o Estado Democrático de Direito, como a supremacia da Constituição e da soberania popular, o princípio da legalidade e a universalização da jurisdição, têm, entre suas precípuas funções, assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O papel central do Estado e, conseqüentemente, da Administração Pública, é a atuação ativa e interventiva no sentido de garantir o respeito aos direitos fundamentais e aos valores consagrados na Constituição.

Trata-se de assegurar a eficácia vertical dos direitos fundamentais (relações entre Estado e os cidadãos), sem, contudo, negar sua eficácia horizontal (relações entre particulares-cidadãos), como destaca a doutrina:

Isso significa que o Estado tem o dever de intervir e de promover a realização dos direitos fundamentais inclusive no relacionamento entre os particulares. O direito administrativo preocupa-se não apenas com a limitação do poder estatal, mas também impõe ao Estado adotar providências destinadas a promover a limitação dos excessos e abusos eventualmente praticados no relacionamento entre particulares. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 76).

A garantia desses direitos fundamentais pelo Estado exige da Administração Pública intervenções incisivas na sociedade, mas não necessariamente de forma direta, por meio da atuação dos próprios órgãos públicos, na medida em que o Estado Democrático de Direito não mais comporta uma estrutura administrativa agigantada como aquela exigida pelo Estado Social.

Ante a crise de bem-estar social do Estado, a sociedade contemporânea exige do Estado uma atuação eficiente, que compatibilize os interesses privados da sociedade com os interesses públicos.

Como os interesses privados da sociedade envolvem, em grande medida, a dimensão econômica da vida social, o núcleo de regulação econômica das Constituições passou a ser de grande importância.

Reconhece-se, atualmente, a existência de uma Constituição econômica, que, entre outros objetivos, destina-se a regular a iniciativa privada, a limitar intervenção da iniciativa pública na economia e a criar condições para o desenvolvimento de um Estado Subsidiário, além de cuidar do sobredimensionamento do Estado (BARACHO, 1997, p. 7).

Nesse contexto, passa a ser importante a compreensão da concepção de Estado Subsidiário, tese segundo a qual o papel do Poder Público deve ser limitado, restrito aos casos estritamente necessários, a fim de assegurar sua eficiência na concretização dos direitos fundamentais, o que, em última análise, é sua função primordial.

## **2.5 O princípio da subsidiariedade e a função estatal**

O conceito de subsidiariedade não provém diretamente de outra noção ou teoria que permita considerar um sentido anterior à expressão, como convém acontecer com outras noções jurídicas. A definição do termo encontra diferentes significados, inclusive do ponto de vista jurídico.

Uma primeira interpretação vincula o termo à qualidade daquilo que é secundário, ou seja, aquilo que não ocupa uma posição muito importante. Uma segunda interpretação se refere à noção supletividade, que tem dois significados: complementariedade e suplementariedade.

Na literatura jurídica, o princípio da subsidiariedade foi adotado inicialmente pelo Direito Canônico, vinculado às relações verticais entre as igrejas particulares e a Igreja Universal e entre a sociedade civil e o Estado (organização da sociedade). Sugeria-se por meio desse princípio, ao mesmo tempo, uma função de suplência e de limitação da intervenção de órgão ou coletividade tida como superior.

Essa concepção de subsidiariedade da Igreja Católica passou a ser estendida a outras organizações, e posteriormente foi incorporada ao Direito como um princípio com a função de regulação do sistema jurídico<sup>3</sup>.

Outro aspecto do princípio da subsidiariedade está nas relações entre órgãos centrais e locais, no que se denomina de descentralização. O princípio em questão orienta a distribuição de competências e poderes, de tal modo que “[...] todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades” (BARACHO, 1997, p. 31). Ou seja, sob o aspecto da

---

<sup>3</sup> Segundo José Alfredo Baracho: “O princípio participa da função reguladora do Direito, desde que comunica a certos destinatários, isto é, ao legislador, ao julgador e ao administrador, um programa possível, ao dar forma a uma regra ou a um sistema.” (BARACHO, 1997, p. 29)

descentralização, a subsidiariedade impõe que se amplie as liberdades e os poderes das coletividades, mantendo-se no Estado somente as funções essenciais<sup>4</sup>.

Como adverte Emerson Gabardo, a subsidiariedade possui duas conotações distintas:

De forma mais relevante que a questão etimológica, a expressão pode assumir contornos diferenciados, dependendo do enfoque e do contexto, porém, possui um núcleo de sentido que oferece uma característica comum aos discursos e que torna compreensível o seu significado. Este núcleo, para além de somente indicar uma forma de descentralização funcional em face do regime político e administrativo, afirma que o princípio da subsidiariedade refere-se aos níveis de “concentração de poder” relacionados aos “interesses” em jogo para o fim de promover uma “repartição de competências entre a Sociedade Civil e o Estado.”

Admite-se, assim, duas conotações distintas da expressão que, embora tenham o mesmo fundamento, produzem diferentes consequências: a) a “subsidiariedade vertical”, que consiste numa regra de competência entre o Estado e as regiões ou entre o Estado e uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa); e b) “subsidiariedade horizontal”, que retrata uma regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma priorização desta em detrimento do Estado). Os dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica. (GABARDO, 2009, p. 202)

Transpondo essa segunda conotação de subsidiariedade para o espectro de atuação do Estado moderno, chega-se à noção de repartição de competências.

O Estado deve transferir ou delegar à coletividade as atividades que ela se mostra capaz de exercer. O poder deve ser descentralizado, a fim de se aproximar mais dos cidadãos, já que é na consecução do bem comum que devem estar centralizadas as preocupações do setor público no Estado Democrático de Direito.

Quando o Estado se propõe a dirigir a economia de forma incisiva, como interventor, atuando em áreas que a iniciativa privada é capaz de realizar por conta própria, não se realiza o princípio da subsidiariedade, conforme ressalta José Alfredo Baracho:

Aponta a teoria e a prática, em matéria de economia, situações que poderiam ser resolvidas apenas pelas pessoas, através do mercado livre, mas em que constatamos a intervenção do Estado. Para os defensores da

---

<sup>4</sup> É nesse sentido a previsão contida no art. 5º do Tratado que Institui a Comunidade Europeia: “Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.”

não-intervenção, desde que a solução de mercado é mais adequada aos desejos dos consumidores, a intervenção estatal, nessa situação, pode ser muito redundante ou prejudicial. É nesse sentido que se compreende a solução adotada pelos poderes públicos como desnecessária, desde que coincide com a que por si só tivesse adotado o mercado para a mesma solução, tornar-se-ia, supérflua ou acarretaria gasto inútil. A atuação estatal só seria justificada se, por qualquer circunstância, o mercado falhasse. [...] O princípio da subsidiariedade não é totalmente cumprido quando o Estado propõe a dirigir toda a economia. (BARACHO, 1997, p. 37).

A concepção de subsidiariedade, segundo defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também foi formulada pela Doutrina Social da Igreja, até anteriormente à aceitação do Estado Democrático de Direito. Parte-se da ideia básica de limitação da intervenção estatal: o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos (DI PIETRO, 2008, p. 15).

Sob a perspectiva macroeconômica, o Estado deve atuar de forma indireta, por intermédio de uma parceria entre público e privado, implementando, preferencialmente, ações de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada e, mesmo assim, quando isso for necessário para criar as condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica.

De acordo com o posicionamento de José Roberto Dromi, citado por José Alfredo Baracho (1997, p. 50), a função subsidiária do Estado manifesta-se em dois graus: *ajuda* – por meio da criação de condições adequadas para que a sociedade atue; *realização supletória* – mediante a suplementação da insuficiência da sociedade, nas hipóteses em que sua função não for realizada adequadamente.

A aceitação do princípio da subsidiariedade não importa no reconhecimento de um Estado inoperante, com competências e atribuições extremamente reduzidas. Ele pressupõe a repartição de competências entre sociedade e Estado. Assim leciona José Alfredo de Oliveira Baracho:

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de anti-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estática.  
[...]

O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social. (BARACHO, 1997, p. 48-49).

A aceitação do princípio da subsidiariedade não importa no reconhecimento de um retorno à ideia de Estado Mínimo, típica do paradigma liberal, que defendia a liberdade individual como forma de deixar nas mãos do Estado apenas as atividades essenciais, relegando à iniciativa privada todo o protagonismo social.

Na noção do Estado Subsidiário, o Poder Público exerce não só as atividades essenciais e as funções tipicamente estatais, mas, também, as atividades econômicas e sociais que a Constituição lhe outorga, seja por meio direto (intervenção), seja através do estabelecimento de condições ideais para o desenvolvimento privado (regulação e fomento).

Não há, também, que se falar em incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o princípio da subsidiariedade. Como ressalta José Alfredo Baracho “[...] o planejamento democrático não entra em contradição como o princípio da subsidiariedade, desde que saibamos examiná-lo à luz de sua função e da natureza dos atos que envolve” (BARACHO, 1997, p. 39).

Contemporaneamente, o princípio da subsidiariedade está no meio termo do liberalismo e do socialismo, da não intervenção estatal e da intervenção para a realização das liberdades e direitos constitucionais. A participação do Estado passa a ter a função de garantir a solidariedade entre a sociedade civil e o próprio Estado. A sociedade passa a ser corresponsável pela realização de tarefas de interesse comum.

Essa noção de subsidiariedade é tida como horizontal<sup>5</sup> e se refere à posição de protagonista que o indivíduo e a sociedade civil devem ter “[...] na consecução de atividades que lhe são necessárias, relegando aos organismos institucionais público-

---

<sup>5</sup> Subsidiariedade vertical seria aquela cunhada a partir da concepção do federalismo, que se aperfeiçoa como critério de descentralização política.

estatais uma competência de caráter acessório (complementar e/ou suplementar)” (GABARDO, 2009, p. 203).

Nesse sentido:

O princípio de subsidiariedade faz apelo à sociedade civil para acompanhar as tarefas de interesse geral, pelo que dá resposta a muitas questões contemporâneas. Contribui para organizar, de maneira diferente, as competências e atribuições do que é privado e do público. O Estado tem renunciado a certas tarefas de interesse geral, confiando-as às coletividades próximas. O princípio pressupõe a redefinição das relações entre o Estado e os cidadãos, não apenas no domínio institucional, mas no âmbito da ação que visa a cumprir o interesse geral. Não deverá o Estado ser indiferente, como ocorreu com o liberalismo clássico, ou como foi proposto nos socialismos e providencialismos, em fase de desintegração. É instrumento, esse princípio, da cidadania plena e participante, criador de formas de atuação social. (BARACHO, 1997, p. 76)

Inúmeras são as tendências decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella (DI PIETRO 2008, p. 17-21):

- a) Diminuição do tamanho do Estado, por meio da transferência de atividades e serviços para a iniciativa privada (privatização), motivada por fatores de ordem financeira (diminuição dos gastos públicos), jurídica (aplicação de formas de gestão privada dos serviços públicos), e política (fortalecimento das ideias do neoliberalismo);
- b) Ampliação da atividade administrativa de fomento, como incentivo à iniciativa privada de interesse público, a fim de que o Estado estimule e crie condições para que os diversos grupos existentes na sociedade pluralista atual possam buscar seus próprios objetivos;
- c) Criação de instrumentos de parceria do setor público com o setor privado, como a contratualização das formas de delegação de serviços públicos, entre as quais se destacam a concessão e permissão;
- d) Ampliação da liberdade do cidadão, especialmente no domínio econômico, por meio da desregulamentação. Buscando-se um novo equilíbrio entre liberdade e autoridade, o Estado Subsidiário diminui as restrições à liberdade de atuação da iniciativa privada, inclusive na seara dos serviços públicos, como transportes, correio, telecomunicações, energia elétrica, entre outros cuja atuação estatal sempre foi tradicionalmente interventiva;

- e) Mudança da noção de interesse público, que passa a refletir os interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não da Administração (interesse público secundário). Isso altera, conseqüentemente, a visão quanto à organização da Administração Pública, que passa a perseguir a desburocratização.

Dentro do contexto constitucional brasileiro, o princípio da subsidiariedade da atuação estatal, embora não esteja expresso literalmente, tem sua concepção agasalhada por alguns dispositivos<sup>6</sup>.

No campo econômico, a Constituição de 1967/69 já consagrava o princípio da subsidiariedade, ao estabelecer, em seu art. 163, que competia às empresas privadas organizar e explorar as atividades econômicas, contando com o estímulo e apoio do Estado. Além disso, estabelecia o texto constitucional que o Estado somente poderia organizar e explorar diretamente atividade econômica para suplementar a iniciativa privada<sup>7</sup>.

A Constituição da República de 1988, embora utilizando de fórmula diferente, trouxe previsão análoga. O art. 173, *caput*, determina que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo<sup>8</sup>. Ou seja, a atuação estatal no exercício de atividade econômica tem caráter excepcional, permitida somente de forma supletiva, quando presentes as hipóteses autorizativas. Nos demais casos, vigora a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

Complementarmente, o art. 174 do texto constitucional estabelece que a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (que

---

<sup>6</sup> Em sentido diverso, Emerson Gabardo entende que a Constituição da República de 1988 não albergou o princípio da subsidiariedade, o qual, em seu entendimento, contrapõe-se à noção de supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo o Autor: “Fazendo um aparte à questão conceitual, que certamente poderia recair em vários outros desdobramentos, o importante para fins de identificação dos limites interventivos do Estado é saber se as exceções constitucionais do artigo 173 têm como fundamento a subsidiariedade. Concorde-se com José Afonso da Silva quando afirma peremptoriamente que não [...] Vê-se, pois, que é o interesse público e não a subsidiariedade o fundamento de respaldo da norma constitucional interventiva.” (GABARDO, 2009, p. 214)

<sup>7</sup> “Art. 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.” (BRASIL, 1967/1969)

<sup>8</sup> “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.” (BRASIL, 1988)

é a sua função principal nessa seara), está limitada às atividades de fiscalização, de incentivo e de planejamento, sendo este planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado<sup>9</sup>.

Esses dispositivos expressamente consagram a opção jurídica e política do constituinte pela subsidiariedade, que orienta o Estado a não se constituir ou buscar se equiparar, no plano econômico, com os empresários. Deve ele atuar de forma supletiva, intervindo diretamente somente naquelas hipóteses em que a Constituição excepcionou, que são três: casos previstos na própria Constituição (como instituições financeiras), situações de segurança nacional; e situações em que haja relevante interesse coletivo. Nas demais hipóteses, a atuação estatal deve ter a função reguladora.

O fato de a Constituição permitir a atuação estatal interventiva em determinadas hipóteses não retira do texto o caráter subsidiário do Estado, na medida em que sua atuação está limitada a hipóteses excepcionais. O papel central é da iniciativa privada, fomentada e, principalmente, regulada pelo Poder Público.

Analisando essa questão, Marçal Justen Filho esclarece que a intervenção direta do Estado na economia não tem cabimento no contexto constitucional brasileiro, no qual o Estado deve exercer a atividade de “[...] regulação econômico-social”, para “[...] implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 652).

Segundo o autor, a regulação é uma opção constitucionalmente preferencial em relação à intervenção direta do Estado no domínio econômico:

A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientado-as em direção de objetivo eleitos. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 654).

Quando a questão é a análise da subsidiariedade na prestação de serviços públicos, a opção constitucional é menos clara, pois o art. 175 entrega ao Estado tal

---

<sup>9</sup> “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.” (BRASIL, 1988)

incumbência. Todavia, não o faz de forma exclusiva, na medida em que há serviços públicos que podem ser prestados também pela iniciativa privada (como a saúde, a educação, entre outros).

Também não exige a Constituição que todos os serviços públicos sejam prestados de forma direta pelo Poder Público, permitindo que alguns, quando não haja norma em sentido contrário, sejam delegados aos particulares, sob o regime de concessão ou de permissão.

De modo análogo ao que ocorre no campo econômico, também na seara dos serviços públicos o princípio da subsidiariedade está presente, pois orienta o Poder Público a transferir a execução de atividades estatais a entes da sociedade civil.

Não se trata, entretanto, de retirar do Estado a incumbência de prestação dos serviços públicos essenciais, esvaziando a função do Poder Público no contexto social. Trata-se da noção de subsidiariedade voltada para delegação às coletividades de tarefas que podem ser executadas por particulares, sem prejuízo do interesse coletivo.

Os focos da subsidiariedade, nesse contexto, são a repartição de competências, a descentralização de atribuições e a formalização de parcerias, para que os particulares possam participar e colaborar com a Administração Pública, assumindo um papel de protagonismo também no que se refere à prestação de serviços públicos.

As transformações por que passam o Estado e a sociedade exigem essa aproximação colaborativa entre ambas esferas, passível de ser firmada por meio dessa noção de subsidiariedade. É o que esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Parece, também, fora de dúvidas, nessa linha da subsidiariedade, que o refluxo do onímodo poder estatal permitirá que a sociedade retome espaço decisório e assuma um papel protagônico na escolha de seu próprio destino, recolocando, no processo, o Estado, como seu instrumento, principalmente para atingir sucessivos níveis de competitividade. (MOREIRA NETO, 2001, p. 122)

A permissão de serviços públicos está inserida nesse contexto histórico de subsidiariedade dentro do Estado Democrático de Direito, que aponta para um novo perfil da Administração Pública, mais preocupada com a introdução de mecanismos não unilaterais e não imperativos para a gestão da coisa pública.

A parceria entre o público e o privado perfaz-se, assim, por meio da descentralização das atividades estatais.

### 3 TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES ESTATAIS

A transferência da execução de atividades estatais para a iniciativa privada é uma tendência do Estado e da sociedade atuais, que vêm se transformando para oferecer respostas eficientes às demandas de uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa.

Dentro do modelo jurídico brasileiro, a noção de colaboração entre sociedade e Estado está inserida nas normas da Constituição da República de 1988.

Em casos pontuais, a própria Constituição se incumbem de erigir determinado serviço público como de prestação exclusiva do Poder Público. São exemplos desses serviços públicos tidos como exclusivos a exploração, pela União, do serviço postal, do correio aéreo nacional (art. 21, X), dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI), de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII), entre outros. Aos Estados-membros incumbe, por força do art. 25, § 2º, a exploração dos serviços locais de gás canalizado. Aos Municípios compete a organização e a exploração do serviço de transporte coletivo (art. 30, V).

Embora tidos como exclusivos, a prestação da maior parte desses serviços pode ocorrer tanto de forma direta (pelo próprio Estado) como, também, por meio da delegação para a iniciativa privada (concessão, permissão ou autorização), hipótese em que a titularidade do serviço público se manterá com o Estado.

Há outros serviços públicos que não são exclusivos do Estado, os quais podem ser prestados pela iniciativa privada livremente ou mediante autorização do Poder Público. É o que ocorre com os serviços públicos sociais, como a saúde e a educação, cuja prestação incumbe ao Poder Público, com a participação da comunidade, ou à iniciativa privada.

Quanto às ações e serviços públicos de saúde, que seriam o denominado “sistema único”, o art. 197, *caput*, da Constituição estabeleceu que ao Poder Público incumbe a regulamentação, a fiscalização, o controle e, também, a sua execução direta. Paralelamente, permitiu-se que esse serviço público fosse executado através de terceiros diretamente por pessoa física ou jurídica de direito privado, mas de forma complementar ao sistema único de saúde (art. 199, §1º). No que concerne aos demais serviços de assistência à saúde, a Constituição deixou-os livres à iniciativa privada (art. 199, *caput*).

No caso da educação, o texto constitucional também outorga ao Estado o dever de sua promoção e incentivo, o que deverá ser feito com a colaboração da sociedade (art. 205). Aliás, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e com autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, o ensino é livre ao particular, que deverá implementá-lo sob a sua iniciativa.

Previsões semelhantes no sentido de estabelecimento de parcerias entre os setores público e privado também orientam a prestação de outros serviços públicos, como a seguridade social em geral (art. 194), que abarca, além da saúde, a assistência social (art. 203) e a previdência social (art. 201).

Em todos esses dispositivos constitucionais, a noção de colaboração e de descentralização política e administrativa está expressa, permitindo que a execução de determinados serviços públicos possa ser cometida a entes da sociedade.

Por descentralização política, entende-se aquela relacionada à organização do Estado e à repartição de competências realizada entre um ente central e os entes locais, de modo que o poder político se dilui entre os próprios integrantes do Estado. No Brasil, essa descentralização política ocorre por meio da distribuição constitucional de atribuições entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Quando a questão diz respeito ao exercício da atividade administrativa por parte do Estado, trata-se da descentralização administrativa.

### **3.1 Descentralização administrativa**

As atividades da Administração Pública podem ser exercidas por seus próprios órgãos ou podem ser transferidas a outras pessoas, privadas ou públicas, com personalidades jurídicas próprias. No primeiro caso, tem-se a Administração Direta e, no segundo, Administração Indireta, que é, por ora, a que interessa para o presente trabalho.

Sempre que uma pessoa jurídica de direito público – no caso, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – transferir parte de suas atribuições e poderes a terceiros, outras pessoas jurídicas, haverá a descentralização administrativa. Impõe-se que essa transferência importe na geração de efeitos externos, sob pena de caracterização de mera desconcentração, que é o fenômeno no qual a repartição de poder tem efeitos apenas internos.

Marçal Justen Filho assim diferencia descentralização de desconcentração:

A diferença entre as duas figuras (desconcentração e descentralização) reside em que o mecanismo da descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito de direito distinto e autônomo. Portanto, a descentralização produz um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já o processo de desconcentração mantém os poderes e atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos meramente internos (em virtude da partilha dos poderes e competências de titularidades de um único sujeito entre uma pluralidade de órgãos). (JUSTEN FILHO, 2010, p. 240)

Algumas características da descentralização administrativas devem ser ressaltadas.

Em primeiro lugar, quando um ente federado realiza uma descentralização, ele transfere ao ente descentralizado uma capacidade de autoadministração, que importa na competência e responsabilidade pela gestão do serviço transferido. Essa delegação não tem qualquer relação com a transferência de autonomia, que é típica da descentralização política. Logo, não se transfere à entidade descentralizada o poder legiferante, estando ela subordinada aos mandamentos legais e regulamentares concebidos pelo Estado.

Em segundo lugar, a implementação da descentralização administrativa envolve um juízo de discricionariedade do ente político. Isso porque, embora a Constituição da República eleja os serviços que devem ser prestados pelo Estado, na maioria das vezes a definição da forma de sua execução fica a cargo da Administração Pública, que deve realizar a escolha político-administrativa de prestar o serviço diretamente ou de transferir sua execução para terceiros. O ente político é constitucionalmente obrigado a disponibilizar determinado serviço, mas a colaboração do particular deve ser negociada.

Como consequência dessa circunstância, Cristiana Fortini explica que nada impede que o Poder Público “[...] reveja sua posição e opte por realizar seus deveres, sem a participação da entidade descentralizada, que não possui o direito de exigir que a transferência seja definitiva”. (FORTINI, 2009, p. 9).

Em terceiro lugar, não é qualquer atividade estatal que pode ser transferida, mas somente aquelas próprias da Administração Pública, quais sejam, os serviços públicos, que são aquelas atividades materiais exercidas pelo Estado ou por seus

delegados, com vistas à satisfação das necessidades coletivas previstas em lei<sup>10</sup>. Quando o Estado exerce atividades de intervenção no domínio econômico, ele não realiza descentralização administrativa, mas, sim, expande seu campo de atuação.

Sobre essa diferenciação, oportunas as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quando o Estado exerce uma atividade que não é definida legalmente como serviço público, não se cogita de descentralização propriamente dita. É o que ocorre quando ele assume uma atividade econômica com base no art. 173 da Constituição Federal; ao criar uma empresa estatal para desempenhar essa atividade, o Estado não está transferindo uma atividade sua (pois ninguém transfere mais poderes do que tem) mas saindo de sua órbita de ação para atuar no âmbito da atividade, a título de intervenção no domínio econômico. (DI PIETRO, 2008, p. 44).

Embora haja divergência doutrinária a respeito das modalidades de descentralização administrativa, reconhece-se, aqui, para fins didáticos, a existência de três formas de descentralização: territorial ou geografia; por serviços, funcional ou técnica; por colaboração<sup>11</sup>. Nas duas primeiras hipóteses, de descentralização territorial e por serviços, tem-se o que parte da doutrina denomina de descentralização legal, enquanto no último caso, de descentralização por colaboração, tem-se a delegação negocial (CARVALHO FILHO, 2012, p. 345-346).

### **3.1.1 Descentralização administrativa territorial ou geográfica**

A descentralização administrativa territorial ou geográfica é comum em Estados Unitários (como a França e a Itália), onde o poder central pode criar entidades locais para a realização de determinadas ações que lhe forem delegadas, ficando com o ente central o poder-dever de fiscalizar o cumprimento das responsabilidades transferidas, exercendo o controle da entidade descentralizada.

Nesse tipo de descentralização, a entidade local criada é delimitada geograficamente (seu território de atuação é previamente demarcado), possuindo ela

---

<sup>10</sup> Nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, serviços públicos são as “[...] atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei definidos, sob regime jurídico próprio a eles aplicável, ainda que não necessariamente de direito público” (MOREIRA NETO, 2001, p. 126)

<sup>11</sup> Essa classificação é adotada por autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008) e Cristiana Fortini (2009).

personalidade jurídica de direito público, capacidade de autoadministração e capacidade genérica para a prestação de serviços públicos.

No Brasil, esse tipo de descentralização é possível por meio da criação de Territórios integrantes da União, como ocorreu quando da criação originária de Roraima, Amapá e Rondônia, hoje Estados-membros.

Embora atualmente essa modalidade de descentralização não mais exista na nossa organização político-administrativa, a Constituição da República de 1988 outorga ao Congresso Nacional a competência para tanto, podendo incorporar, subdividir ou desmembrar áreas de Territórios ou Estados, nos termos do art. 48, inciso VI. Uma vez criados, a organização administrativa dos Territórios Federais observará o disposto no art. 33 da Constituição<sup>12</sup>.

### ***3.1.2 Descentralização administrativa por serviços, técnica ou funcional***

A descentralização administrativa por serviços, técnica ou funcional ocorre quando a Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) cria, por meio de lei, uma pessoa jurídica de direito público ou privado, que assume a titularidade e a execução de determinado serviço público.

Diversamente do que ocorre com a descentralização territorial, em que a transferência de competências envolve uma capacidade genérica para a prestação de serviços públicos, na descentralização por serviços, a atividade delegada ao ente descentralizado é específica.

As figuras criadas por lei para a efetivação da descentralização por serviços são as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Uma primeira característica da descentralização por serviços é que a transferência do serviço público aos entes descentralizados importa na delegação da

---

<sup>12</sup> “Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

§ 1º - Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título.

§ 2º - As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

§ 3º - Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.” (BRASIL, 1988)

execução e da titularidade da atividade, nos termos do que houver sido expressamente conferido pela lei instituidora da pessoa jurídica.

Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida” (DI PIETRO, 2008, p. 46).

A questão da transferência da titularidade do serviço público, porém, deve ser analisada com a devida ressalva.

Realmente, a lei que institui uma pessoa jurídica descentralizada transfere-lhe plena capacidade para dirigir a atividade cuja execução lhe cabe, impondo-lhe, conseqüentemente, o dever de exercer essa obrigação. Ou seja, transfere-se materialmente a execução e a titularidade do serviço público. Não cabe ao ente político, nesse aspecto, interferir no exercício das funções delegadas, ressalvadas as hipóteses de apuração do cumprimento das finalidades da entidade descentralizada.

Exatamente em função desse dever de fiscalização que se mantém com o ente político, entende-se que a lei instituidora não lhe retira plenamente a obrigação da prestação dos serviços públicos delegados, pois, em hipóteses excepcionais, é legítima uma intervenção estatal na pessoa jurídica descentralizada, a fim de assegurar a finalidade pública buscada com a descentralização. Em última análise, mantém-se com o ente político a titularidade do serviço público, o qual poderá, a qualquer momento, presentes as hipóteses permissivas, avocar a sua execução.

A descentralização por serviços não isenta totalmente o Poder Público de prestar o serviço público imposto pelo ordenamento constitucional, conforme destaca Cristiana Fortini:

A existência de lei que faz nascer ou que autoriza o nascimento de uma entidade não tem o condão de isentar o ente político da missão que a ordem jurídica lhe atribui, ao argumento de que as entidades descentralizadas são, atualmente, detentoras da titularidade.

O permissivo legal para que o ente político se faça auxiliar por outras entidades, na tentativa de melhor satisfazer a coletividade, não o isenta do dever que lhe incumbe atender, mas apenas o liberta, inicialmente, da atribuição de executar a tarefa. Nesse caso, emerge a responsabilidade subsidiária do ente político por atos praticados pelas entidades descentralizadas, quando no exercício de atividades típicas do Estado. (FORTINI, 2009, p. 11).

De modo sintético, as características da descentralização administrativa funcional podem assim ser resumidas: atribuição de personalidade jurídica própria e distinta ao ente descentralizado; capacidade de autoadministração e gestão de seu patrimônio e recursos; limitação da competência para o exercício da atividade legalmente delegada e sujeição ao princípio da especialização; sujeição ao controle ou e à tutela do ente político, exercido nos termos da lei e sem comprometimento da independência do ente descentralizado.

### ***3.1.3 Descentralização administrativa por colaboração***

Com a expansão do espaço público experimentada pelo Estado Social, o Poder Público assumiu uma gama enorme de encargos sociais e econômicos e, frente às dificuldades de atendimento das demandas da sociedade, a transferência das atividades estatais para particulares tornou-se uma saída recorrente.

A transferência dos serviços públicos para os particulares importava na desobrigação de o Estado empregar seus escassos recursos na consecução de determinadas atividades e, ao mesmo tempo, também o isentava dos riscos do empreendimento. Nesse sentido, a descentralização administrativa por colaboração, especialmente por meio da concessão, foi o procedimento adotado pelo Poder Público.

A descentralização administrativa por colaboração é aquela por meio da qual o Estado busca na iniciativa privada, ou seja, em pessoas jurídicas estranhas ao aparelho estatal, a colaboração para a execução de determinados serviços públicos. Transfere-se, por meio de acordo de vontades ou por ato administrativo unilateral, a execução de serviços públicos específicos, mantendo a titularidade desse serviço com o Poder Público.

Uma diferença marcante entre a descentralização por serviços e a descentralização por colaboração é a necessidade de lei, no primeiro caso, para a criação de uma pessoa jurídica, à qual será atribuída a execução e a titularidade do serviço público, com a ressalva em relação à possibilidade de retomada do serviço público pelo ente político.

No caso da descentralização por colaboração, embora não se dispense lei autorizativa, o instrumento utilizado para a delegação é, em geral, negocial, ou seja, um acordo de vontades, podendo ainda ser feito por ato administrativo unilateral.

Nesse tipo de descentralização, não se cogita da transferência da titularidade do serviço público para o particular, dada a indisponibilidade do interesse público.

Da natureza jurídica da descentralização por serviços e da descentralização por colaboração, bem como das consequências que surgem dessa circunstância, emerge outra diferença entre os institutos em questão.

Como na descentralização por serviços exige-se uma lei criando uma entidade descentralizada, presume-se uma maior perenidade da delegação em comparação com a descentralização por colaboração, na qual o vínculo do Poder Público com os terceiros se perfaz de forma negocial (geralmente por meio de contratos administrativos).

Embora nenhuma das duas formas de descentralização revele uma hipótese de transferência perpétua de uma atividade pública, no caso da descentralização por serviços o ente político tem maiores dificuldades para retomar a prestação dos serviços transferidos, na medida em que tal ocorreu por lei e somente um descumprimento dessa lei legitima a avocação da atividade por parte do ente político. No caso da descentralização por colaboração, a relação jurídica entre o Estado e o terceiro está calcada, em geral, em ajustes contratuais, os quais podem ser rompidos inclusive de forma unilateral. Nesse caso, a transitoriedade do vínculo é mais acentuada.

Como consequência da natureza da delegação, a descentralização por serviços pressupõe uma menor ingerência do ente central no ente descentralizado, na medida em que o vínculo estabelecido é de caráter mais duradouro, fundamentado em lei. Isso não exclui, todavia, a intervenção política, que se perfaz por meio da nomeação de dirigentes, por exemplo.

Na delegação por colaboração, como o Poder Público possui uma posição relativamente privilegiada na relação contratual, na medida em que o ajuste possui cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum<sup>13</sup>, estabelecidas em função da preservação do interesse público, a prestação dos serviços públicos pelo particular está sujeita a uma ingerência maior do Poder Público.

---

<sup>13</sup> Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o regime jurídico de direito público aplicável aos contratos administrativos importa no reconhecimento da existência de cláusulas de privilégio (ou cláusulas exorbitantes), que são “as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 191)

Isso ocorre porque, tratando-se da prestação de um serviço público, o regime jurídico aplicável deve ser predominantemente o de Direito público, o que impõe ao Estado o dever de assegurar que a execução do serviço, ainda quando esteja delegada aos particulares, atenda às suas finalidades precípuas.

Tal circunstância não só legitima uma maior ingerência estatal na execução dos serviços delegados como impõe um dever de controle do Estado muito mais acentuado, a fim de garantir o interesse público.

Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Nos casos de descentralização por colaboração, como se realçou no conceito supra, o Estado conserva a titularidade do serviço, só transferindo a sua execução. Isto lhe permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução, e de retomá-lo antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o poder público é que detém a titularidade do serviço, o que não ocorre nesta última.

Essa distinção é fundamental e tem sua razão de ser. O serviço público é atribuído, por lei, ao Estado, precisamente por ser uma atividade considerada essencial à coletividade, e que, por isso mesmo, se submete a um regime jurídico predominantemente de direito público. O serviço público é coisa *extra commercium*, não podendo, como tal, ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito privado. Todas as relações que tenham por objeto um serviço público devem ser regidas pelo direito público. (DI PIETRO, 2008, p. 47-48).

As formas doutrinariamente reconhecidas como descentralização por colaboração, que envolvem acordo de vontades ou ato administrativo unilateral da Administração Pública, são as seguintes:

- a) Concessões: concessão de serviço público regulada pela Lei n.º 8.987/95, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas disciplinadas na Lei n.º 11.079/04;
- b) Permissão de serviço público: regulada pela Lei n.º 8.987/95;
- c) Contratos de gestão: regulados pela Lei n.º 9.637/98, por meio dos quais organizações sociais assumem a prestação de serviços públicos;
- d) Termos de parceria: regulados pela Lei n.º 9.079/99, celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs;
- e) Franquia: desde que o objeto seja a delegação de serviço público;
- f) Autorização de serviço público.

Com exceção da autorização de serviço público, que se concretiza mediante ato administrativo unilateral, todas as demais hipóteses evidenciam formas de transferências de atividades estatais para a iniciativa privada fundamentadas em acordos de vontades, ou seja, em atos negociais e consensuais.

Entretanto, nem toda forma de colaboração e de aproximação do setor público com o setor privado constitui hipótese de descentralização administrativa.

As atividades de fomento exercidas pelo Estado, relacionadas às formas genéricas de parceria do Poder Público com o setor privado (convênios com entidades do terceiro setor, termos de parceria, entre outros), não constituem, via de regra, hipóteses de descentralização administrativa.

Nesses casos, o Estado está incentivando os particulares a prestarem serviços privados de interesse público, que não constituem serviços públicos. Logo, não há transferência da gestão de atividades estatais, mas, sim, fomento à atividade privada, mas com fins ao atendimento do interesse geral.

Também não constitui hipótese de descentralização administrativa por colaboração as contratações realizadas com base na Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93). A execução de serviços por terceiros a que alude o referido diploma não é a execução de serviços públicos. A lei refere-se, em verdade, a atividade materiais de interesse da Administração Pública.

Isso fica bastante claro na própria definição legal de serviço contida no art. 6º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, que abrange toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Dentro desse contexto, passa-se à análise das concessões de serviços públicos, que sintetizam a mais recorrente forma de descentralização administrativa por colaboração.

## 4 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As concessões de serviços públicos são as mais tradicionais e recorrentes formas de descentralização administrativa por colaboração adotadas pelo Poder Público. A importância do tema no presente trabalho é central, na medida em que o conceito e as características da permissão de serviços públicos são doutrinariamente comparados à essa tradicional forma de delegação. A compreensão da permissão passa, antes, pelo entendimento das diversas formas de concessão de serviços.

Como já ressaltado, foi no Estado Social que a concessão de serviço público passou a ser um forte instrumento de organização administrativa, tendo em vista que, no Estado Liberal, a preocupação central do Poder Público era essencialmente com a garantia dos direitos individuais de liberdade e igualdade, o que se dava por meio da prestação de serviços públicos indelegáveis, como segurança e justiça.

Com a assunção de obrigações e deveres variados pelo Estado Social, fez-se necessária a adoção de métodos mais flexíveis de gestão, a fim de que a prestação de alguns serviços públicos assumidos pelo Estado, como aqueles de natureza industrial e comercial, pudessem ser executados de forma competitiva e não onerosa para os cofres públicos. O procedimento utilizado para tanto foi a concessão.

Mas se a princípio a concessão se mostrou vantajosa, por transferir ao particular os riscos e os ônus do serviço público, aos poucos ela passou a ser desinteressante, pois tendo o Poder Público o dever de garantir o atendimento dos interesses gerais, era necessária a intervenção nas concessionárias em alguns casos, inclusive do ponto de vista financeiro, visando à satisfação dos cidadãos.

Emergiram nesse contexto as formas de descentralização administrativa por serviços, com o Estado criando empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais atuavam diretamente nos setores estrategicamente escolhidos pelo Poder Público, tanto para a prestação de serviços públicos quanto para a intervenção no domínio econômico.

Paralelamente, ao lado da criação de empresas estatais, o Estado passou a realizar outras concessões de serviços públicos, agora não para particulares, mas para empresas estatais. Essa miscigenação da descentralização por serviços com a descentralização por colaboração permitia que o Poder Público se eximisse dos

riscos do empreendimento, mas impunha a realização de grandes investimentos públicos. Além disso, a dúvida quanto ao regime jurídico aplicável a essas empresas estatais gerou problemas na condução das atividades exercidas, dada a indefinição das normas incidentes sobre suas relações.

A partir de então, ganhou força novamente a concessão de serviços públicos a empresas privadas, retomando a noção de retração da atividade estatal, ou seja, de restrição de sua atuação às atividades que realmente exigem sua participação, noção essa típica do princípio da subsidiariedade.

Segundo Arnaldo Wald:

É insofismável que, hoje, a Administração deve descentralizar e delegar as atividades que possam ser executadas por particulares, passando, em todos os países, o sistema de prestação de serviços públicos, por meio de concessões a empresas privadas, a ter uma importância crescente, que exige um posicionamento construtivo e sistemático do legislador, tanto no plano federal quanto estadual e municipal. (WALD, 1996, p. 45).

O retorno à concessão como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas foi marcado, no contexto legislativo brasileiro, pela entrada em vigor da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que trata das concessões de serviços públicos e de obras públicas e das permissões de serviços públicos) e, posteriormente, da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (que cuida da concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, conhecida como parceria público-privada – PPP).

#### **4.1 Concessão de serviços públicos (Lei n.º 8.987/95)**

Até o advento da Lei n.º 8.987/95, as regras para a concessão de serviços públicos derivavam da interpretação das disposições da Constituição da República de 1988 e de normas infraconstitucionais esparsas, que não tratavam da concessão como foco principal, mas apenas incidentalmente, como a Lei n.º 8.666/93.

Nos termos do art. 175, a prestação de serviços públicos pode ser realizada pelo Poder Público de modo alternativo: ou a Administração Pública atua diretamente na execução dos serviços públicos, por meio da Administração Direta ou Indireta, ou atua de forma descentralizada, utilizando-se do regime de concessões e permissões.

Referida disposição constitucional trouxe, ainda, as bases principiológica e normativa que deveriam reger os regimes de concessão e permissão, prevendo a obrigatoriedade da licitação para a delegação de serviços públicos, a necessidade de um regime especial para os contratos de concessão e permissão (bem como para a prorrogação do ajuste e as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da delegação), o respeito aos direitos dos usuários, a observância de uma política tarifária e a obrigatoriedade de manutenção de um serviço adequado.

Em observância à orientação constitucional, a Lei n.º 8.987/95, com as alterações que lhe foram introduzidas posteriormente (Lei n.º 9.074/95, Lei n.º 9.648/98, Lei n.º 9.791/1999, Lei n.º 11.196/2005 e Lei 11.445/2007), foi editada para regulamentar as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos (art. 1º).

A Lei n.º 8.987/95 previu duas modalidades da concessão de serviços públicos, com características muito próximas, mas com pontos distintivos, a saber: a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. No primeiro caso, tem-se a concessão tradicional ou simples; no segundo, uma espécie de concessão qualificada pela execução de obra previamente à exploração do serviço público.

#### **4.1.1 Concessão de serviço público simples**

A concessão de serviço público simples foi definida pelo próprio legislador como a delegação da prestação do serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 2º, inciso II, Lei n.º 8.987/95).

Essa definição legal, embora não seja completa e tenha qualidade técnica duvidosa, por misturar elementos de validade e existência<sup>14</sup>, traz em seu texto

---

<sup>14</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello tece a seguinte crítica sobre o conceito legal de concessão de serviços públicos: “Ambos os conceitos (concessão precedida e não precedida de obra pública) padecem de qualidade técnica lastimável. Desde logo, incluem na caracterização das figuras delineadas elementos que são requisitos de sua válida formação (ser realizada mediante licitação na modalidade concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas, evidentemente, não são requisitos de existência, isto é, relativo à sua mera composição jurídica. Donde, uma vez que, ‘para os fins do disposto na lei’, considera-se

algumas características importantes da concessão de serviços públicos, conforme se passa a expor.

#### **4.1.1.1 Elementos do conceito legal de concessão de serviço público simples**

**a) Delegação da prestação do serviço público.** A concessão de serviços públicos, por se tratar de uma hipótese de descentralização administrativa por colaboração, envolve a delegação apenas da prestação do serviço público. Conserva-se com o Poder Público a titularidade do serviço, o que permite um amplo controle estatal sobre o concessionário e a retomada do serviço público quando sua execução pelo particular não estiver atendendo o interesse público, de acordo com o art. 35 da Lei n.º 8.987/95.

**b) Licitação.** O conceito legal prevê que a concessão de serviços públicos deve ocorrer mediante licitação, na modalidade concorrência.

A licitação, segundo a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, visando a “[...] propiciar iguais oportunidades entre os que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração”. (MEIRELLES, 1995, p. 5).

A concorrência é a modalidade de licitação prevista na Lei n.º 8.666/93 destinada a transações de maior vulto. Possui um procedimento administrativo complexo, que exige uma maior publicidade dos seus atos e permite a participação de quaisquer interessados, desde que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos pelo Poder Público (art. 22, § 1º, da Lei n.º 8.666/93).

A imposição da adoção dessa modalidade licitatória decorre do valor estimado do objeto da licitação<sup>15</sup> ou de expressa previsão legal, como no caso das

---

concessão a ‘delegação’ que responda a tais exigências, da literalidade de seus termos adviria, inadmissivelmente, que a ‘delegação’ que as descumprisse não seria concessão e, pois, que estaria à margem da disciplina estabelecida pela sobredita lei; órfã de qualquer disciplina conhecida.” (MELLO, 2012, p. 723)

<sup>15</sup> A exigência de licitação na modalidade de concorrência é feita em função dos limites fixados no art. 23, da Lei n.º 8.666/93: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), para obras e serviços de engenharia e acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para as demais compras e serviços.

concessões ou de alienações de bens imóveis da Administração Pública (art. 23, § 3º, da Lei n.º 8.666/93).

Em verdade, a exigência de licitação na modalidade de concorrência para a concessão de serviços públicos não é requisito de existência da concessão, mas apenas uma formalidade necessária à validade do procedimento. A não realização de licitação não desnatura o contrato de concessão, embora possa se questionar a sua validade jurídica.

Como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “ainda que não houvesse essas exigências, poder-se-ia ter um contrato de concessão”. (DI PIETRO, 2008, p. 75).

De qualquer modo, a exigência de licitação depende do atendimento dos pressupostos necessários à realização da competição pública. É preciso que estejam presentes os pressupostos lógico (existência de pluralidade de objetos e de ofertantes), jurídico (aptidão da licitação para realizar os objetivos pretendidos pela Administração) e fático (existência de interessados na disputa). Sem o atendimento dessas condições, a licitação não é obrigatória.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, ausentes os pressupostos da licitação, “[...] o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido” (MELLO, 2012, p. 550).

**c) Concessionário.** O conceito de concessão de serviço público contido no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95 prevê que o concessionário pode ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o desempenho da atividade delegada.

Como a Lei n.º 8.987/95, diversamente do que fez com a permissão de serviços públicos (art. 2º, inciso IV), não previu a possibilidade de concessão de serviços públicos à pessoa física, entende-se que não há essa possibilidade jurídica. Só é admissível a concessão a pessoas jurídicas ou a consórcio de empresas, nunca a pessoas físicas, pois tal hipótese atrairia o regime jurídico da permissão de serviços públicos.

Quanto às pessoas jurídicas concessionárias, podem elas ser de direito público ou privado. Embora a Lei n.º 8.987/95 tenha como foco central a transferência de serviços estatais para a iniciativa privada, não vedou a hipótese de delegação a empresas estatais, o que condiz com as normas previstas para o instituto.

Há, inclusive, um dispositivo relativo ao procedimento de licitação que traz regra para a classificação de proposta de pessoa jurídica de direito público, deixando clara a necessidade dessa empresa estatal participar da licitação em igualdade de condições com os particulares.

É o art. 17, § 1º, que estabelece que deve ser desclassificada a proposta de “entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade”. O parágrafo 2º do referido art. 17 reforça a necessidade de igualdade entre as empresas na disputa pela concorrência, independentemente da natureza jurídica do licitante.

Sobre a concessão de serviços a empresas estatais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta o seguinte:

[...] a Lei nº 8.987 não afastou a possibilidade de a concessão ser dada a empresa estatal, nem poderia fazê-lo, porque à época de sua entrada em vigor ainda estavam em vigor, em sua redação original, os arts. 21, XI, e 25, § 2º, da Constituição, que estabeleciam hipóteses em que a concessão deveria ser dada necessariamente a empresas estatais. Embora esses dispositivos tenham sido alterados pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, essa alteração não impede a concessão a empresas estatais; apenas não a impõe mais. Não há, pois, impedimento a que a concessão seja dada a empresa estatal, desde que sejam observadas as normas da Lei nº 8.987. (DI PIETRO, 2009, p. 57).

Diverso é o entendimento de Benedicto Porto Neto, para quem a concessionária até pode ser pessoa jurídica de direito público, mas nessa hipótese não pode ser da mesma esfera político-administrativa do titular do serviço, pois seria a realização de uma concessão a si mesmo, desvirtuando a natureza convencional da delegação de serviços públicos (PORTO NETO, 1998, p. 63).

No caso de consórcios de empresas, a Lei n.º 8.987/95 levou em consideração o fato de que as concessões de serviços públicos podem envolver o aporte de vultosos recursos, o que justifica a união de empresas em torno de um empreendimento comum. Para tanto, além das regras específicas da Lei de Concessões, as empresas devem observar o ordenamento civil atinente à matéria, em especial os arts. 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76)<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> “Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

Para participar da licitação, não se exige que o consórcio esteja constituído, mas, sim, que as empresas firmem o compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio (art. 19, inciso I). Uma vez vencida a licitação pelo consórcio, a constituição e registro do negócio jurídico entre as empresas torna-se condição indispensável para a celebração do contrato administrativo de concessão (art. 19, § 1º).

Em casos específicos, dependendo da natureza do serviço a ser prestado pelo concessionário e das garantias necessárias à sua execução, o Poder Público pode determinar que o consórcio vencedor da licitação se constitua em empresa antes da celebração do contrato. Tal exigência, que deve constar expressamente do edital de licitação, visa a resguardar o Poder Público de eventuais descumprimentos contratuais, na medida em que a organização societária do consórcio gera maior segurança jurídica para as partes contratantes.

De qualquer modo, tratando-se da delegação a pessoas jurídicas ou a consórcios de empresas, exige-se que a concessão ocorra somente para aquele delegatário que demonstre capacidade para seu desempenho. Uma das características decorrentes dessa exigência, é que a concessão importa na entrega do serviço público a uma pessoa determinada, escolhida mediante procedimento administrativo impessoal e isonômico, desenvolvido especialmente para o atendimento das finalidades legais.

---

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitui o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada." (BRASIL, 1976).

Isso quer dizer que a concessão de serviço público é *intuitu personae*, ou seja, decorre das condições pessoais do concessionário. Após o procedimento licitatório de escolha do concessionário, no qual tenha sido aferido o atendimento das exigências necessárias para o bom desempenho da concessão, o delegatário obriga-se pessoalmente ao cumprimento da obrigação.

Como esclarece Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A concessão é prestada por particular ou por entidade com natureza de direito privado constituída por entidade de direito público. Em qualquer caso, porém, a concessão é entregue a uma pessoa determinada segundo os termos constitucionais e legais definidos. Quer-se com isso dizer que a concessão não pode ser conferida a quem o deseje o eventual administrador público, mas a quem o processo administrativo, desenvolvido nos termos da lei, o determine. Na verdade, a concessão sequer é entregue, antes, ela é obtida; a sua contratação é alcançada pelo interessado quando atendidos os termos legalmente estatuídos. A concessão é, assim, *intuitu personae*. (ROCHA, 1996, p. 45).

É nesse sentido que o art. 25 da Lei n.º 8.987/95 estabelece que a execução do serviço concedido incumbe à concessionária, que deve prestá-lo diretamente, podendo contratar com terceiros apenas o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Decorrem do caráter *intuitu personae* do contrato administrativo de concessão as restrições legais para a cessão parcial ou total da concessão para terceiros, denominadas de subconcessão e de transferência.

Para ser juridicamente válida, a subconcessão precisa ter previsão contratual, estar previamente autorizada pelo poder concedente e ser realizada mediante procedimento licitatório, na modalidade concorrência (art. 26).

A transferência da concessão ou do controle societário da empresa concessionária somente pode ser realizada com a prévia anuência do Poder Público, o qual exigirá do pretendente que atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e que se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (art. 27).

**d) Por conta e risco.** O conceito de concessão de serviços públicos inserido no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95 prevê que a prestação do serviço público se faça “por conta e risco” da concessionária.

A concessionária assume a responsabilidade pela prestação do serviço público e mantém vínculo jurídico direto com os usuários. Nos termos do art. 25 da Lei de Concessões, a execução do serviço é atribuição direta da concessionária, a qual fica responsável por eventuais prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários e a terceiros que possam se envolver na prestação do serviço público. O poder concedente, nesse caso, responsabiliza-se apenas subsidiariamente pela prestação do serviço delegado, na medida em que, em última análise, ele continua sendo o titular do serviço.

A concessionária investe-se das prerrogativas públicas atribuídas contratualmente pelo poder concedente e presta os serviços públicos em seu próprio nome. Ou seja, o delegatário exerce uma atividade própria do Estado, mas o faz por conta própria, assumindo os riscos e as vantagens do negócio jurídico perante os usuários.

Decorre dessa circunstância a existência de três relações jurídicas na concessão: uma formada entre o poder concedente e a concessionária; outra entre o poder concedente e os usuários do serviço; e a terceira, entre a concessionária e os usuários. Essa última relação é que caracteriza e distingue a concessão de serviços públicos de outros contratos administrativos, na medida em que torna a concessionária diretamente obrigada à prestação do serviço, respondendo pela qualidade e adequação da atividade entregue aos cidadãos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirmava que a concessionária prestava o serviço em nome do Estado, reviu seu posicionamento e passou a afirmar que a concessionária presta serviços em nome próprio, o que realça a diferença entre a concessão de serviço público e o contrato de prestação de serviços travado entre o estado e o particular. Segundo o autor:

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”. (MELLO, 2012, p. 717, nota de rodapé n. 1).

A expressão “por conta e risco” também guarda relação com o direito da concessionária ao proveito econômico advindo da relação contratual entabulada

com o Poder Público. As vantagens econômicas da concessão são ajustadas contratualmente e devem assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Regra geral, é a exploração do serviço público concedido que viabiliza a remuneração da concessionária. São as tarifas cobradas dos usuários que compõem a contraprestação paga à concessionária pela exploração do serviço público.

Contudo, a remuneração da concessionária mediante tarifa paga pelos usuários não é elemento essencial da concessão. A Lei n.º 8.987/95 previu a possibilidade de instituição de formas alternativas ou complementares de contraprestação da concessionária. Segundo o art. 11 do referido diploma, o poder concedente poderá prever, quando da realização da licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com o objetivo de possibilitar a cobrança de tarifas módicas<sup>17</sup>.

Sobre essa possibilidade de fixação de fontes alternativas de receitas para a concessionária, Cristiana Fortini esclarece:

A lei, ao possibilitar o uso de receita alternativa como mecanismo de remuneração pelos serviços prestados pela concessionária, rompeu o dogma construído pela doutrina no sentido de que, na concessão de serviços públicos, a única maneira de remunerar a empresa seria com tarifas, e abriu a oportunidade para que o Poder Público complementasse ou até substituísse a tarifa por outro meio de remuneração. Nesse sentido, o poder concedente pode até mesmo remunerar diretamente a concessionária. (FORTINI, 2009, p. 43).

Como há alternativas de remuneração da concessionária, a tarifa paga pelos usuários não é elemento essencial do contrato de concessão. O que caracteriza o contrato administrativo de concessão de serviços públicos não é o pagamento da

---

<sup>17</sup> Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral são “receitas alternativas, complementares ou acessórias, por exemplo, as decorrentes, em uma rodovia concedida, da exploração, por terceiros, de restaurantes, postos de abastecimento de combustível e outras iniciativas paralelas. Em um aeroporto, restaurantes, lojas, guichês de locação de veículos, etc. Exemplo de projeto associado é a exploração de atividade turística ou de navegação em uma eclusa, ou aproveitamento de resíduos do tratamento do lixo. Vale dizer: os projetos associados, ao contrário de atividades alternativas, complementares ou acessórias, não guardam relação direta com o objeto da concessão.” (AMARAL, 1995, p. 22).

tarifa pelos usuários, mas a circunstância de a gestão e a execução do serviço público ser feita diretamente pela concessionária, por sua conta e risco.

Garante-se à concessionária, nesse contexto, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Lei n.º 9.987/95 estabelece inúmeros mecanismos para manter uma satisfatória remuneração da concessionária, buscando compatibilizar as imposições constitucionais de adequação do serviço público delegado (art. 175, parágrafo único, inciso IV, CR/88) e de preservação da relação existente entre os encargos e as vantagens da contratação pública (art. 37, inciso XXI, CR/88<sup>18</sup>).

O equilíbrio econômico-financeiro deriva da comutatividade do contrato de concessão, que pressupõe a equivalência de benefícios e de ônus assumidos pelas partes que compõem a relação contratual.

Na Lei n.º 8.987, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato está expressa, entre outras normas, na possibilidade de revisão de tarifas (art. 9º, § 2º) e de estabelecimento de fontes provenientes de receitas alternativas para a concessionária (art. 11).

Essas alternativas evidenciam a opção do legislador pela moderação do risco da concessionária, o que justificaria, inclusive, a concessão de subsídios pelo Poder Público para garantir a prestação do serviço no caso de cobrança de tarifas diferenciadas para atender determinado grupo de usuários, como prevê o art. 13 da Lei de Concessões.

Não se pode desconsiderar, por outro lado, que a noção de equilíbrio econômico-financeiro também pesa em sentido contrário, favorecendo os usuários. Assim, se a remuneração da concessionária foi acrescida por algum fator externo, como a concessão de subsídio pelo Poder Público, extinção de tributos ou encargos legais e a arrecadação de fontes alternativas, impõe-se a redução do valor das tarifas, para adequá-la às condições contratuais iniciais.

---

<sup>18</sup> “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, 1988, grifo nosso)

**e) Prazo determinado.** A última característica do conceito de concessão de serviços públicos prevista no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95 é a fixação de prazo determinado para a outorga.

O prazo da concessão já deve estar previsto no edital da licitação (art. 18, inciso I, Lei n.º 8.987/95) e é cláusula essencial do contrato de concessão (art. 23, inciso I, Lei n.º 8.987/95).

A Lei de Concessões, contudo, não estabeleceu parâmetros mínimo e máximo para a outorga do serviço público, de modo que tal decisão fica a cargo do poder concedente, que deverá levar em consideração as peculiaridades do serviço transferido à concessionária, a necessidade de sua continuidade, bem como os aspectos econômicos da delegação (necessidade de investimento da concessionária, expectativa de retorno financeiro, etc.).

Embora a Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/93) possa ser aplicada supletivamente às concessões de serviços públicos, não seria o caso de se utilizar dos prazos de duração de contratos ali previstos (que estão adstritos à vigência dos créditos orçamentários ou sessenta meses, para serviços contínuos – art. 57), tendo em vista a clara incompatibilidade desses prazos com as especificidades da concessão, que não acarreta dispêndio orçamentário direto do Poder Público e necessita de uma duração muito maior, a fim de permitir a amortização dos investimentos feitos pelas concessionárias.

Em algumas situações específicas, a legislação brasileira tratou dos limites temporais da concessão. É o caso, por exemplo, das concessões federais para estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, para os quais a Lei n.º 9.074 estabeleceu um prazo de vinte e cinco anos, prorrogável por dez anos (art. 1º, inciso VI e § 2º), e das concessões de geração de energia elétrica, que ficaram limitadas a trinta e cinco anos, prorrogáveis por até vinte anos (art. 4º, § 2º).

Certo é que a concessão não pode ser contratada por tempo indeterminado. De acordo com os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Atualmente se tem que a concessão é contratada por tempo determinado. A temporariedade é de sua caracterização essencial. A concessão é contratada sempre, então, por prazo certo, inexistindo a possibilidade, no Direito brasileiro em vigor atualmente, de se eternizar a concessão. A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão. (ROCHA, 1996, p. 58-59).

Os contratos de concessão admitem prorrogação, cujas condições de implementação devem estar devidamente acordadas entre as partes (art. 23, inciso XII, da Lei n.º 8.987/95), devendo-se respeitar, ainda, a necessidade de motivação do ato administrativo.

A preocupação que o poder concedente deve ter quando da prorrogação de uma concessão é no sentido de evitar a burla às exigências da Lei n.º 8.987/95, pois a renovação da delegação não pode se desvirtuar em uma nova concessão, violando-se os princípios da impessoalidade, moralidade e, eventualmente, da economicidade.

#### **4.1.1.2 Elementos não presentes no conceito legal de concessão de serviço público simples**

Como visto, as características que se extrai do conceito legal de concessão de serviço público estão ligadas à delegação da prestação do serviço público (a), à licitação (b), às condições do concessionário (c), à execução do serviço por conta e risco do delegatário (d), e ao prazo determinado para a outorga (e).

A definição legal, contudo, não contempla a totalidade dos elementos que delimitam o conceito da concessão de serviços públicos. Deve-se ressaltar, ainda, aspectos referentes ao contrato de concessão de serviços (a), ao poder-dever de controle da Administração Pública (b) e à regra não exclusividade da delegação (c), conforme se expõe a seguir.

**a) Contrato.** A primeira questão não tratada no conceito de concessão de serviços públicos trazido no art. 2º da Lei n.º 8.987/95 diz respeito à natureza contratual desse tipo de delegação.

O art. 175 da Constituição da República de 1988 já faz referência ao caráter especial do contrato de concessão, definindo que a delegação de serviços só pode se formalizar por meio de contrato.

Na Lei n.º 8.987/95, além da previsão expressa de que a concessão, seja ela precedida ou não da execução de obra pública, deve ser formalizada mediante contrato, inúmeras são as referências às regras e cláusulas indispensáveis ao ajuste, havendo, inclusive, um capítulo específico sobre a matéria (Capítulo VI – Do Contrato de Concessão).

É por meio do contrato de concessão que o Poder Público vai transferir ao particular a execução do serviço, delimitando o objeto da delegação, os direitos e deveres do concedente e do concessionário, entre outras exigências legais. Não se admite que tal outorga se faça exclusivamente por meio de lei, decreto ou qualquer outro instrumento legal, dispensando o contrato administrativo.

Isso não quer dizer que a delegação de serviço público por meio da concessão prescindia da edição de um ato regulamentar do Estado, que autorize o Poder Público a efetuar a delegação, fixe as condições basilares da transferência da atividade à iniciativa privada e regule o funcionamento básico dos serviços.

A omissão da Lei n.º 8.987/95 na exigência de lei prévia facultando a delegação dos serviços públicos não pode ser entendida como dispensa de ato regulamentar prévio para a outorga da concessão. Não se pode olvidar que a atividade administrativa submete-se ao princípio da legalidade, expressamente referenciado pelo art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, sem a observância do qual não há fundamento de validade para a concessão de serviços públicos.

Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello:

A outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize. Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender por transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe. Ademais, como é sabido e ressabido, a atividade administrativa marca-se por sua integral submissão ao princípio da legalidade. [...] Assim, cumpre que a lei fundamente o ato administrativo da concessão, outorgando ao Executivo competência para adoção desta técnica de prestação de serviço. Nada impede, todavia, que a lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida em relação a uma série de serviços que indique. (MELLO, 2012, p. 729-730).

**b) Controle.** A Administração Pública mantém sobre o serviço público delegado um poder-dever de direção e de controle, tendo em vista que a transferência da execução não desobriga o poder concedente do dever de fiscalizar a atividade, que, afinal, é estatal.

Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] como a Administração, pela concessão, não transfere a titularidade do serviço, mas apenas sua execução, ela tem que zelar pela fiel execução do contrato” (DI PIETRO, 2008, p. 82), a fim de assegurar o atendimento das finalidades públicas buscadas.

Uma primeira consequência do poder-dever de controle que a Administração Pública exerce sobre a concessão diz respeito à possibilidade de alteração unilateral de cláusulas regulamentares do contrato para atender o interesse público.

O regime jurídico fixado no contrato não gera direito adquirido e, portanto, nem a concessionária nem eventuais usuários do serviço público poderão se opor às alterações determinadas pelo poder concedente, desde que tais imposições estejam devidamente fundamentadas e não importem em desvio de finalidade.

Quando a alteração unilateral do contrato afetar as condições iniciais do ajuste, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro da relação, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração, como determina o art. 9º, § 4º, da Lei n.º 8.987/95.

Outra consequência do poder-dever de controle é a imposição de ampla fiscalização, por parte da Administração Pública, da execução contratual.

Essa fiscalização, nos termos do art. 30, parágrafo único, da Lei n.º 8.987/95, deve ser feita permanentemente pelo próprio Poder Público ou por intermédio de órgão técnico ou entidade conveniada ou contratada pela Administração Pública para esse fim. Periodicamente, uma comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários exercerá esse controle.

O poder-dever de controle está inserido em inúmeros dispositivos da Lei n.º 8.987/95. São exemplos:

- Art. 3º, que prevê que as concessões e permissões estão sujeitas à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários;
- Art. 29, que prevê ser incumbência do poder concedente fiscalizar permanentemente a prestação do serviço concedido (inciso I), fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão (inciso VI), e zelar pela boa qualidade do serviço, o que envolve o atendimento e a solução de reclamações dos usuários (inciso VII);
- Art. 30, que assegura ao poder concedente o acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

- Art. 31, que impõe à concessionária o dever de permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso aos equipamentos, obras e instalações integrantes do serviço.

Além do poder de controle, a Administração concedente ainda goza de outras prerrogativas, quais sejam: poder sancionatório (possibilidade de punir os infratores), poder de decretar a caducidade da concessão (extinção do vínculo contratual); poder de intervenção (substituição temporária da concessionária pelo poder concedente); poder de encampação (retomada do serviço); poder de usar compulsoriamente os recursos humanos e matérias da empresa concessionária (art. 35, § § 2º e 3º); e poder de exigir garantia da execução do contrato.

Todas essas prerrogativas públicas estão ligadas ao poder-dever de controle e de fiscalização da Administração Pública, e seu exercício pressupõe uma execução deficitária do contrato de concessão pela concessionária, exigindo uma intervenção do Poder Público na execução do ajuste, a fim de garantir o atendimento da finalidade pública comprometida.

**c) Não exclusividade.** A Lei n.º 8.987 inverteu a noção de exclusividade, que sempre foi marcante nas concessões no Direito brasileiro de determinados serviços públicos.

A orientação atual é no sentido da outorga de concessão sem exclusividade, admitindo-se a adoção do regime de exclusividade somente nos casos de inviabilidade técnica e econômica, conforme preceitua o art. 16 da Lei n.º 8.987.

No caso de concessão com exclusividade, a justificativa da inviabilidade deve ser publicada pelo poder concedente, previamente ao edital de licitação, juntamente com a motivação da conveniência da outorga da concessão, que deve caracterizar o objeto, a área e o prazo da delegação (art. 5º). Isso possibilita aos cidadãos e aos fiscais da lei em geral, especialmente o Ministério Público, o controle sobre eventual desvio de finalidade na concessão.

A regra geral da concessão sem exclusividade dialoga com o direito do usuário de obter e utilizar o serviço público com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço (art. 7º, inciso III, Lei n.º 8.987/95). Pressupõe-se que a concorrência exercida entre a iniciativa privada possa tornar o serviço público mais adequado, reduzindo seu preço final para os usuários.

A doutrina assim avalia essa questão:

A competitividade é o traço característico da iniciativa privada. Através do livre mercado pretende-se oferecer ao consumidor o melhor produto pelo menor preço. Este é um dos objetivos do Estado ao transferir para o setor privado a prestação de um serviço público. Por isso, a lei proíbe a outorga de concessão ou permissão com o caráter de exclusividade, ressalvados os casos de inviabilidade técnica ou econômica, que terá de ser (a inviabilidade) devidamente demonstrada no ato justificador da concessão (art. 5º). (AZEVEDO, 1998, p. 64).

#### **4.1.2 Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública**

A Lei n.º 8.987/95 prevê uma segunda espécie de concessão de serviços públicos, qualificada pela execução de obra previamente à exploração da atividade, e a define como 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 da obra por prazo determinado (art. 2º, inciso III).

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública possui os mesmos elementos e características da concessão de serviços públicos simples, mas dela se diferencia essencialmente pela necessidade de execução de uma obra pública previamente à exploração da atividade delegada.

Obra pública, a partir do conceito abrangente estabelecido pela Lei, pode ser definida como “[...] qualquer atividade que envolva a manutenção ou melhoria de obra já existente” (AZEVEDO, 1998, p. 24).

A diferença entre a concessão de serviço público simples e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é basicamente o encargo imposta à concessionária antes da exploração do serviço. O encargo é a construção de uma obra, que se constitui como etapa divisível do objeto do contrato de concessão. A obra não é parte da delegação, mas somente o serviço público. Como desta Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O que se dá, portanto, é que algumas obras públicas, prestantes ao oferecimento de serviço a ser dado ao público usuário, são construídas a partir de uma concessão do próprio serviço a ser entregue à sociedade, e o particular por ela responsável juridicamente remunera-se pela exploração

desta atividade. O seu desempenho, contudo, somente se dará após aquela primeira etapa de edificação. A realização da obra constitui objeto peculiar de contratação, na qual se contenha também a delegação daquela prestação. (ROCHA, 1996, p. 43).

Em razão do encargo de construção de uma obra pública imposto à concessionária, esse tipo de concessão tem sido entendido doutrinariamente como concessão de obra pública, e não concessão de serviços públicos.

Isso porque, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, é a exploração da obra pública, e da concessão decorrente dessa obra, que remunerará a concessionária (MELLO, 2012, p. 724). A execução da obra constitui o objeto da concessão, sendo secundária a prestação de um serviço público, o qual pode sequer vir a ser explorado pela concessionária.

Justifica-se tal distinção na medida em que a remuneração paga pelos usuários, que é o componente essencial da concessão, não está vinculada, necessariamente, à exploração de um serviço público. Pode-se realizar uma obra pública e explorá-la economicamente sem a prestação de um serviço público.

O próprio conceito legal de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública faz referência ao fato de que o investimento da concessionária pode ser remunerado ou amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra pública por um prazo determinado.

Exemplificando essa situação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma o seguinte:

Suponha-se a hipótese em que a concessionária construa um estacionamento público e seja autorizada, posteriormente, a explorar comercialmente esse estacionamento a título de remuneração pela construção da obra. Ou que construa uma ponte e depois explore comercialmente o tráfego pela ponte. Não há a prestação de um serviço público, mas a simples exploração comercial decorrente do uso de bem público pelos administrados. É o que ocorre também nas concessões de rodovias. (DI PIETRO, 2008, p. 130).

Logo, nem sempre haverá a prestação de um serviço público no contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública.

Por essa razão, admite-se a existência de tipos diferentes de concessão, dependendo do objeto outorgado: concessão exclusivamente de serviço público; concessão de serviço público antecedida da execução de obra pública; concessão

de exploração de obra pública a ser edificada; e concessão da exploração de obras já existentes (JUSTEN FILHO, 2010, p. 717-718).

Com exceção da concessão exclusiva de serviço público, todas as demais têm como o fundamento o conceito de concessão contido no art. 2º, inciso III, da Lei n.º 8.987/95 – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública – o qual, embora possua impropriedades técnicas, dá guarida para a exploração remunerada de uma obra ou de um serviço público.

#### ***4.1.3 Extinção da concessão de serviços públicos e seus efeitos jurídicos***

Um ponto relevante no estudo ora desenvolvido diz respeito aos modos de extinção dos contratos de concessão de serviços públicos, os quais serão aqui resumidamente apontados, pois vão determinar um dos caminhos para a diferenciação entre a concessão e a permissão.

A questão da extinção contratual deve ser analisada conjuntamente com seus efeitos, que estão voltados para a reversão dos bens da concessionária para o patrimônio do poder concedente e com o dever de indenização por eventuais prejuízos suportados pela delegatária.

A Lei n.º 8.987/95, sem seu art. 35, § 1º, expressamente determina que, com extinção da concessão “[...] retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato” (BRASIL, 1995).

A reversão é regra específica que deve constar no edital de licitação da concessão (art. 18, inciso X) e cláusula essencial que deve estar inserida no contrato de concessão (art. 23, inciso X). A indicação contratual dos bens que serão incorporados ao patrimônio público quando da extinção da concessão é imprescindível para a justa composição do equilíbrio econômico-financeiro da relação<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> José dos Santos Carvalho Filho entende que a reversão não é obrigatória em todas as concessões de serviços públicos. Segundo o Autor, “em alguns contratos, normalmente de curta duração, e sobretudo quando a tarifa é fixada sem considerar a aquisição de qualquer equipamento, findo o contrato, os bens continuam na propriedade do concessionário. Assim sendo, podemos considerar dois grupos de concessão no que toca à reversão dos bens: um, daqueles contratos em que se pactua a transferência, e outro, daqueles em que se ajusta a permanência dos bens em poder do concessionário.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 407).

Com a reversão, ou surge o dever do poder concedente de indenizar os bens que foram adquiridos pela concessionária (reversão onerosa) ou fica o Poder Público desobrigado desse dever, o que ocorre quando a política tarifária da concessionária já tenha se destinado para o ressarcimento dos investimentos realizados na aquisição dos bens (reversão gratuita). A determinação desse dever depende do contrato de concessão e de sua forma de extinção.

O art. 35 da Lei n.º 8.987/95 prevê que a concessão se extingue pelo advento do termo contratual, pela encampação, pela caducidade, pela rescisão, pela anulação, e pela falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

A extinção do contrato pela ocorrência do termo final do prazo contratual é uma forma natural de cessação do vínculo jurídico. A partir do termo final, o serviço se considera revertido ao poder concedente e a concessionária se desobriga de seus deveres.

A reversão, nesse caso, deve ser feita com a indenização das 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, Lei n.º 8.987/95). Essa indenização, entretanto, não precisa ocorrer previamente à extinção contratual, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup>.

A encampação é definida pela Lei n.º 8.987/95 como a retomada do serviço público pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização (art. 37).

No caso da encampação, o pagamento de indenização relativa aos bens do concessionário que foram revertidos ao patrimônio do poder concedente deve ocorrer de forma prévia, sendo ilegal a extinção da concessão sem o atendimento desse requisito.

---

<sup>20</sup> “Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei n.º 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.” (STJ. REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008).

A caducidade é modalidade de extinção contratual que deriva do descumprimento de cláusulas contratuais ou normas legais e regulamentares por parte da concessionária. Sua declaração depende de processo administrativo prévio, no qual se dê a efetiva verificação da situação de inadimplência da concessionária.

Essa forma de rescisão unilateral do contrato de concessão pode ser declarada quando: o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente; a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto; a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão.

Embora essa forma de extinção contratual gere direito à indenização da concessionária, não se exige que o pagamento ocorra de forma prévia ao decreto de caducidade (art. 38, § § 4º e 5º).

A concessão também pode ser extinta por rescisão de iniciativa da concessionária, nas hipóteses em que o Poder Público descumprir as cláusulas contratuais. Para tanto, a concessionária deve promover ação judicial especialmente intentada para essa finalidade e somente após o trânsito em julgado desse feito é que poderá haver a paralisação ou interrupção dos serviços públicos delegados (art. 39).

A anulação do contrato de concessão de serviços públicos tem cabimento na hipótese de ocorrência de vício de legalidade na licitação ou no próprio contrato administrativo. Trata-se do poder-dever de autotutela da Administração Pública, consagrado na Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, que prevê a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade.

A última hipótese legal de cessação do contrato de concessão de serviços públicos é a falência ou a extinção da empresa, ou, no caso de empresário individual, o falecimento ou incapacidade do titular. Nesses casos, há

impossibilidade formal e material de se dar continuidade às atividades, as quais serão assumidas pelo poder concedente.

#### **4.2 Parcerias público-privadas (Lei n.º 11.079/2004)**

Por meio da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, as chamadas PPPs. Tal diploma tem caráter nacional, fundamentado nos arts. 175 e 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, mas não impede que Estados, Distrito Federal e Municípios editem suas respectivas leis sobre a contratação de parcerias público-privadas<sup>21</sup>.

O objetivo central da Lei n.º 11.070/2004 foi a criação de formas especiais de concessão de serviços públicos, a fim de ampliar a participação da iniciativa privada na descentralização das atividades estatais (descentralização administrativa por colaboração).

O fundamento econômico e jurídico para a instituição das parcerias público-privadas está tanto no esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, o que reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público (especialmente para projetos de grande vulto), quanto no exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos autossustentáveis, que permitem ser explorados indiretamente, por meio de concessões e permissões tradicionais, reguladas pela Lei n.º 8.987/95 (BINENBOJM, 2005, p. 03).

Como alternativa de colaboração entre a iniciativa privada e o setor público, a Lei n.º 11.079/2044 instituiu duas modalidades de contrato administrativo: a **concessão patrocinada** e a **concessão administrativa**.

Em ambas as hipóteses, a marca central das parcerias público-privadas é a garantia de remuneração assumida pelo Poder Público em contrapartida ao elevado investimento particular, o que é o fundamento e o ponto de partida da chamada “repartição objetiva de riscos”, cláusula obrigatória nos contratos de PPP (art. 5º, inciso III, Lei n.º 8.987/95).

---

<sup>21</sup> Foi o que ocorreu no Estado de Minas Gerais, que foi o primeiro Estado-membro a adotar um marco legal sobre parcerias público-privadas – Lei Estadual n.º 14.868, de 16 de dezembro de 2003.

Sobre as peculiaridades das parcerias público-privadas, Vinicius Marins pondera que essa alocação objetiva de riscos aproxima esse tipo de contrato do *project finance*, que é uma espécie de financiamento no qual as obrigações assumidas pelas partes contratantes serão honradas pelo retorno proporcionado pelo próprio projeto (MARINS; OLIVEIRA, 2011, p. 02).

Complementa o autor o seguinte:

As PPPs, como opção para os modelos tradicionais de contratação da iniciativa privada pelo Poder Público, propõem-se a mitigar os riscos de mercado e de demanda, que são total ou parcialmente assumidos pelo Estado, de forma a conferir viabilidade econômica ao projeto e torná-lo propício a sua execução e financiamento em regime de *project finance*. (MARINS; OLIVEIRA, 2011, p. 05).

Adotando entendimento semelhante, Cristiana Fortini defende que “[...] a palavra partilha ou compartilhamento é a tônica das parcerias público-privadas”, de modo que o Poder Público deve “[...] solidarizar-se com o parceiro privado caso se verifique a ocorrência de prejuízos ou outra forma déficit” (FORTINI, 2009 p. 130).

Nesse contexto, a Lei de PPP, em seu art. 4º, estabelece que a relação entre o parceiro público e o parceiro privado deve observar as seguintes diretrizes: eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade (I); respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução (II); indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (III); responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias (IV); transparência dos procedimentos e das decisões (V); repartição objetiva de riscos entre as partes (VI); e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (VII).

A adoção do regime de PPPs deve ser excepcional, reservada a projetos não autossustentáveis, pois se há viabilidade de transferência de serviços públicos para a iniciativa privada para serem remunerados diretamente pelos usuários, mediante a cobrança de tarifas, não se justifica que o Estado assumira compromissos financeiros.

Além desse caráter de excepcionalidade, a Lei n.º 11.079/2004 estabeleceu algumas hipóteses em que o Poder Público ficou expressamente proibido de celebrar contrato de parceria público-privada com a iniciativa particular.

A teor do que dispõem os incisos do § 4º do art. 2º da Lei n.º 11.079/2004, a proibição de contratação de PPPs ocorrerá quando o valor do contrato for inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), quando o período de prestação do serviço for inferior a 5 (cinco) anos ou quando a parceria tiver como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Nessas hipóteses vedadas, o Estado deve realizar concessão de serviços públicos tradicional ou, mesmo, contrato de prestação de serviços, regido pela Lei n.º 8.666/93, dependendo do objeto do ajuste.

#### **4.2.1 Concessão patrocinada**

A concessão patrocinada é semelhante à concessão de serviços públicos prevista na Lei n.º 8.987/95 (em sua modalidade simples ou precedida da execução de obra pública), mas os regimes jurídicos se diferenciam parcialmente, em especial pela existência de um complemento pecuniário pago à concessionária pelo poder concedente, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários.

Seguindo a tendência normativa da Lei de Concessões, a Lei n.º 11.079/2004 trouxe o conceito de concessão patrocinada como sendo a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A característica fundamental do contrato de concessão patrocinada está na sua forma de remuneração, que possibilita a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Havendo tal contraprestação, está-se diante de uma PPP; não havendo, a hipótese é de concessão de serviços públicos simples ou precedida da execução de obra pública.

Essa contraprestação da Administração Pública pode ser feita, nos termos do art. 6º, da Lei n.º 11.079/2004, de forma direta, por meio de ordem bancária, ou de forma indireta, com cessão de créditos não tributários, a outorga de direitos em face da Administração Pública (como renda de aluguéis, por exemplo), a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais ou outros meios admitidos em Direito.

O complemento pecuniário em questão se justifica para garantir a modicidade da tarifa cobrada dos usuários, a viabilidade econômico-financeira da delegação e,

até mesmo, para incentivar a eficiência do parceiro privado, na medida em que a lei admite que o pagamento feito pela Administração Pública seja variável de acordo com o desempenho, as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6º, parágrafo único, Lei n.º 11.079/2004).

Regra geral, a contribuição do parceiro público em uma PPP não pode ser superior a 70% (setenta por cento) da remuneração total recebida pelo parceiro privado. Havendo, contudo, autorização legislativa específica, o Poder Público pode arcar até com a quase totalidade da remuneração do particular. Tal possibilidade contraria a lógica econômica que norteou a instituição do regime de parcerias público-privadas, que era a necessidade de redução e contenção dos gastos públicos<sup>22</sup>.

Em qualquer caso, a contraprestação pública só tem cabimento depois que o parceiro particular disponibilizar o serviço objeto do contrato de parceria público-privada, inclusive se tal serviço depender da execução de uma obra pública.

Isso quer dizer que toda a obra ou serviço serão custeados, inicialmente, com recursos do próprio parceiro particular ou, como é mais comum, de financiadores. Somente após a disponibilização do objeto do contrato aos usuários finais é que o parceiro particular receberá a contraprestação pública devida, bem com as tarifas.

Além da forma de remuneração, a concessão patrocinada possui outros elementos vinculados ao regime jurídico contratual que a diferenciam das modalidades de concessão previstas na Lei n.º 8.987/95. A título exemplificativo, podem ser citadas as seguintes peculiaridades dos contratos de parcerias público-privadas previstas na Lei n.º 11.079/2004:

- Possibilidade de que a Administração Pública preste garantias de suas obrigações pecuniárias, por meio de vinculação de receitas, instituição de fundos especiais, contratação de seguro-garantia, entre outras (art. 8º);

---

<sup>22</sup> Esse contrassenso foi bem criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para poupar investimentos públicos ou para acudir à carência deles, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houve autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.” (MELLO, 2012, p. 791).

- Possibilidade de aplicação de penalidades às partes contratantes, inclusive à Administração Pública, pelo inadimplemento contratual (art. 5º, inciso II);
- A implantação e a gestão do objeto da parceria público-privada estão incumbidas a uma sociedade de propósito específico, que deve ser constituída antes da celebração do contrato (art. 9º);
- Necessidade de observância de regras contratuais de repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inciso III), bem como de compartilhamento de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos contraídos (art. 5º, inciso IX).

#### **4.2.2 Concessão administrativa**

Uma segunda modalidade de parceria público-privada é a concessão administrativa, conceituada pela Lei n.º 11.079/2004 como o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, § 2º).

À concessão administrativa aplicam-se todas as regras previstas para a concessão patrocinada e, adicionalmente às normas previstas na própria Lei n.º 11.079/2004, alguns dispositivos da Lei n.º 8.987/95 (arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e da Lei n.º 9.074/19 (art. 31), que dizem respeito, respectivamente, ao seguinte: disponibilização aos interessados de estudos, investigações, levantamentos e outros documentos relacionados à concessão; cláusulas essenciais do contrato; responsabilidade do concessionário por prejuízos causados ao poder conceder, usuários ou terceiros; transferência da concessão; financiamento; encargos do poder concedente e do concessionário; intervenção no serviço; extinção da concessão; e vedação à participação na licitação ou na execução de obras e serviços dos responsáveis pelos projetos básico ou executivo.

O objeto principal da concessão administrativa é a prestação de um serviço, o qual será usufruído pela Administração Pública de forma direta ou indireta. Apenas incidentalmente é que haverá a execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens.

A respeito da controvérsia sobre o objeto da concessão administrativa, José dos Santos Carvalho Filho sintetiza os posicionamentos existentes na doutrina:

Na concessão administrativa, o objeto é a prestação de serviços, sendo a Administração Pública a usuária direta ou indireta, ainda que seja necessária a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de bens (art. 2º, § 2º). Alguns estudiosos advogam o entendimento de que o objeto é complexo, envolvendo necessariamente a prestação de um serviço e a execução de uma obra (ou uma concessão de uso). Outros sustentam inexistir necessidade do objeto complexo, podendo o contrato alvejar somente a prestação do serviço, doutrina que nos parece mais consentânea com o texto legal. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 426).

O serviço objeto da concessão administrativa pode ou não ser um serviço público. Pode se realizar a concessão administrativa para a execução de uma atividade material fruível diretamente pela Administração Pública, hipótese em que o instituto se assemelha ao contrato de prestação de serviços ou de execução de obra da Lei n.º 8.666/93, ou pode se realizar a concessão administrativa para a execução de um serviço público, o qual será indiretamente prestado à Administração.

Marçal Justen Filho explana e exemplifica as possibilidades legais para a conformação do objeto da concessão administrativa:

É inquestionável que a concessão administrativa comporta contratações não pertinentes à prestação de serviços públicos. Assim, a contratação pode versar sobre a edificação de obra pública a ser utilizada exclusivamente pela Administração Pública. Nesse caso, o particular executará prestação diretamente em favor da Administração Pública. Em tais hipóteses, a situação se assemelha a um contrato de colaboração, objeto de exame em capítulo anterior.

Mas uma das maiores dificuldades da definição legislativa consiste na alusão a serviços prestados indiretamente à Administração Pública. Essa fórmula conduz à possibilidade de o particular desempenhar atividades em proveito imediato de terceiros, em que a Administração Pública seria beneficiária indireta. Em tais hipóteses, a concessão administrativa poderá envolver serviços públicos. Um exemplo típico seria o contrato em que o particular assumisse o dever de promover a coleta de lixo e dar destinação apropriada aos dejetos sólidos. Nesse caso, as atividades objeto da concessão administrativa configuram serviço público (ainda que apenas em parte). (JUSTEN FILHO, 2010, p. 773).

A remuneração do parceiro privado na concessão administrativa é feita integralmente pela Administração Pública, não havendo a cobrança de tarifa de usuários, pois, caso assim fosse, a hipótese seria de uma concessão patrocinada.

Uma crítica que se faz à concessão administrativa é que, sendo a Administração Pública usuária direta ou indireta do serviço executado pela

concessionária, é o Poder Público que arca com as tarifas decorrentes desse uso. Na medida em que seria bastante difícil cogitar, na prática, de um serviço público autossustentável apenas pelo uso da Administração Pública, o objeto do contrato em questão nada mais seria do que uma mera prestação de serviços. Por essa razão, Celso Antônio Bandeira de Mello alcunha a concessão administrativa de “falsa concessão”<sup>23</sup>.

Entretanto, embora semelhante ao contrato de prestação de serviços, a concessão administrativa não se equipara a tal instituto, pois se exige do parceiro privado um investimento na atividade contratada, o qual somente será pago após a efetiva disponibilização do serviço ou da obra. Além disso, tal contraprestação não é necessariamente em dinheiro, pois o art. 6º da Lei n.º 11.079/2004 prevê outras formas de remuneração contratual.

Deve-se ressaltar, ainda, que, como a concessão administrativa tem entre suas diretrizes a eficiência contratual, apurada por meio de metas objetivamente estabelecidas, o parceiro privado goza de autonomia empresarial para gerir a atividade contratada, o que não ocorre com o contrato de prestação de serviços, no qual é a Administração Pública que determina e direciona a atividade contratada, por meio de projetos básico e executivo vinculantes.

A concessão administrativa tem sido muito utilizada no Estado de Minas Gerais, onde diversos projetos vem sendo implementados utilizando-se dessa figura jurídica, dos quais são exemplos a renovação e adequação do Complexo do Mineirão (Estádio Governador Magalhães Pinto), a construção de um Complexo Penal no Município de Ribeirão das Neves, e a implantação e fornecimento de serviços de interesse do cidadão por meio das Unidades de Atendimento Integrado – UAI em Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberlândia e Varginha<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Segundo o Autor: “Assim, percebe-se que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Ou seja: quer ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas “concessões” administrativas tanto como nas patrocinadas, vantagens e garantias capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado.” (MELLO, 2012, p. 793).

<sup>24</sup> Informações obtidas no site <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados>.

### **4.3 Outras formas de delegação e parceria para a execução de serviços públicos**

Seguindo a tendência da transferência das atividades estatais para a iniciativa privada impulsionada pelo princípio da subsidiariedade, outras importantes formas de delegação e parceria para a execução de serviços públicos podem ser destacadas antes do estudo da permissão de serviços públicos, como os contratos de gestão, os termos de parceria, a franquia e a autorização de serviço público.

Os instrumentos em questão são formas de descentralização administrativa por colaboração que, embora relevantes para este trabalho, não exprimem a totalidade dos mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para a delegação de serviço público. Inúmeros outros ainda poderiam ser citados, como os convênios administrativos e federativos, os consórcios, entre outros. Todavia, tendo em vista a limitação do objeto do presente estudo, não é possível analisar à exaustão esses regimes jurídicos.

Certo é que a característica comum das formas de parceria aqui analisadas está na associação do Estado com pessoas de direito privado e da iniciativa privada, as quais mantêm vínculo jurídico com o Poder Público para a execução de serviços e atividades em benefício da coletividade.

#### ***4.3.1 Contrato de gestão com organizações sociais***

O regime dos contratos de gestão com organizações sociais foi instituído pela Lei Federal nº 9.637/98, dentro das iniciativas de reformas neoliberais do Estado promovidas pelo Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, no contexto do chamado “Plano Nacional de Publicização”.

O objetivo desse movimento reformista foi a descentralização de atividades não exclusivas do Estado e a transferência, para organizações sociais, de atividades desempenhadas por órgãos públicos.

Tal meta ficou expressa no art. 20 da Lei n.º 9.637/98, segundo o qual o Plano Nacional de Publicização tem como objetivo estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção, por pessoas jurídicas de direito privado, de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades de ensino, pesquisa científica,

desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

A pretensão do Governo era de que determinados serviços públicos passassem a serem considerados como atividades privadas de interesse público, para que, uma vez prestados por particulares, sob fomento do Estado, permitisse à Administração a extinção do órgão público ou da pessoa jurídica de direito público inicialmente incumbida de sua execução.

O incentivo do Estado às organizações sociais é assegurado por meio da formalização do contrato de gestão<sup>25</sup> que, nos termos do art. 5º da Lei n.º 9.637/98, é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades delegadas. Tal contrato poderá prever a destinação de recursos orçamentários à organização social, além de autorizar a permissão de uso de bem público e a cessão de servidor.

A partir de uma análise da Lei Federal n.º 9.637/98, algumas características das organizações sociais podem ser traçadas:

- a) A titulação de organização social é, na verdade, uma qualificação, ou seja, uma habilitação jurídica outorgada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (art. 1º);
- b) As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11);
- c) As áreas possíveis de atuação das organizações sociais são: o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde (art. 1º);

---

<sup>25</sup> Também se denomina de contrato de gestão o instrumento jurídico celebrado entre o Poder Público com órgão da Administração direta e com entidades da Administração indireta, visando à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira, nos termos do art. 37, § 8º, da Constituição da República de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98: “§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal” (BRASIL, 1988).

- d) O Conselho de Administração das organizações sociais (órgão de deliberação) tem composição mista, com representantes do Poder Público e da sociedade civil (art. 3º);
- e) A parceria (fomento) é estabelecida por meio da formalização de contrato de gestão;
- f) A Fiscalização e o controle do contrato de gestão têm como foco as metas estabelecidas e os resultados alcançados (art. 8º);
- g) As formas de fomento pelo Poder Público se dão através da destinação de recursos orçamentários, da permissão de uso de bens públicos (dispensada a licitação – art. 12) ou da cessão de servidores públicos ao contratado;
- h) Os contratos de prestação de serviços realizados com organizações sociais, para atividades contempladas no contrato de gestão, podem dispensar licitação (art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93);
- i) O descumprimento do contrato de gestão pode acarretar a desqualificação da organização social, mediante processo administrativo (art. 16).

No contexto da legislação em comento, as organizações sociais podem exercer atividade privada de interesse público, com incentivo do Poder Público, ou podem desempenhar o próprio serviço público, como atividade delegada, nos casos em que a organização social absorve atividade de entidade federal extinta, como previsto no art. 18 da Lei n.º 9.637/98.

Em qualquer dessas hipóteses, o contrato de gestão celebrado com a organização social deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade (art. 7º), e deve ser fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação corresponde à atividade fomentada (art. 8º), especialmente quanto ao cumprimento dos objetivos e das metas estabelecidas.

#### **4.3.2 Termo de parceria com OSCIPs**

De forma análoga aos contratos de gestão com organizações sociais, a Lei Federal n.º 9.790/99<sup>26</sup>, buscando corrigir as falhas da legislação anterior, criou a

---

<sup>26</sup> Em Minas Gerais há legislação específica que regulamenta o termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público - Lei Estadual n.º 14.870/03 e Decreto Estadual n.º 46.020/12.

figura das organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, que é uma qualificação jurídica que permite a formalização de parceria entre o setor privado e o Poder Público para desempenhar uma série de serviços sociais não exclusivos do Estado.

As atividades consideradas pela legislação como de interesse público e que podem ser desempenhadas pelas organizações da sociedade civil estão arroladas nos incisos I a XII do art. 3º da Lei n.º 9.790/99 e dizem respeito a: assistência social; cultura; educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; proteção e defesa do meio ambiente; voluntariado; desenvolvimento econômico, social e combate à pobreza; sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; e direitos humanos em geral.

As OSCIPs são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, habilitadas pelo Ministério da Justiça para celebrar termos de parceria com o Poder Público, quando atenderem aos requisitos previstos na lei. Não podem obter essa qualificação aquelas entidades referidas no art. 2º da Lei n.º 9.079/99, entre as quais se destaca as sociedades comerciais (inciso I), as entidades já qualificadas como organizações sociais (inciso IX), e aquelas entidades criadas pelo Poder Público (incisos XII e XIII).

A parceria com as OSCIPs não constitui uma delegação da gestão de atividades públicas para a iniciativa privada, como pode ocorrer com as organizações sociais. Nas OSCIPs, por se tratar de parceria para a execução de serviços não exclusivos do Estado, as atividades são desempenhadas no âmbito do setor privado, mas com o fomento e o auxílio estatal. O fundamento é a colaboração entre os setores privado e público.

Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em relação às Oscips o Poder Público deve limitar-se a exercer atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público, tal como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública, às entidades filantrópicas, aos serviços sociais autônomos. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la, a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas. (DI PIETRO, 2008, p. 276).

O instrumento jurídico para a viabilização desse vínculo de colaboração é o termo de parceria, no qual se pactuam os direitos, responsabilidades e obrigações

das partes signatárias. Esse termo de parceria se constitui como uma espécie de convênio, na medida em que as partes têm interesses comuns e buscam na mútua cooperação o atendimento das metas e resultados reciprocamente traçados.

O termo de parceria delimita a forma de cooperação da OSCIP com o Poder Público, que poderá se dar três maneiras diferentes: através da execução direta de projetos, programas e planos de ação; pela entrega de recursos humanos, físicos ou financeiros; e pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 359).

### **4.3.3 Franquia**

No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de franquias empresariais, também chamado de *franchising*, tem como marco regulatório a Lei Federal n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que em seu art. 2º assim o definiu:

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. (BRASIL, 1994).

Na doutrina empresarial nacional, o contrato de franquias é visto como a conjugação do contrato de licenciamento de uso de marca e o de organização empresarial, por meio do qual um empresário (franqueador – *franchisor*) licencia o uso de sua marca a outro empresário (franqueado – *franchisee*), ao qual presta serviços de organização empresarial, com ou sem a venda de produtos (COELHO, 2005, p. 439-440).

Pela franquias, o franqueado adquire do franqueador os serviços de organização empresarial e mantém um estabelecimento que comercializa os produtos ou presta os serviços da marca sob franquias, mas o faz com estrita observância das diretrizes estabelecidas pelo franqueador.

Embora seja recorrente nas relações comerciais privadas, o contrato de franquias não possui regulamentação expressa no âmbito da Administração Pública.

Alguns autores advogam a tese de que a franquias sequer poderia ser utilizada pelo Poder Público para a delegação de serviços públicos, na medida em que a

Constituição da República de 1988 determina que os serviços públicos devem ser prestados diretamente pela pessoa jurídica de direito público ou indiretamente, mediante concessão ou permissão (art. 175, CR/88).

É esse o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem a franquia de serviço público é uma contradição, na medida em “[...] somente haveria franquia se não houvesse serviço público. Em havendo, seria descabido promover sua franquia” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 789).

Não obstante, a prática administrativa reflete a utilização dessa figura contratual, sendo o exemplo mais recorrente o da franquia postal, regulada atualmente pela Lei n.º 11.668, de 02 de maio de 2008.

Se a franquia é de difícil adaptação para a prestação de serviços públicos típicos, na medida em que conflita com algumas peculiaridades da Administração Pública, especialmente o fato de o Poder Público não dispor de uma “marca” para licenciar o seu uso, esse tipo de contrato pode ser utilizado para serviços públicos comerciais e industriais.

Nesse caso, tratando-se de atividades desempenhadas por empresas estatais, atuam elas no mercado privado sob as mesmas regras aplicáveis a outras empresas (ressalvadas as normas de ordem pública, como a exigência de concurso público para o provimento de cargos) e, portanto, podem se valer de todos os contratos mercantis, inclusive da franquia, a fim ampliar sua competitividade e eficiência.

Em razão da inexistência de uma legislação específica sobre a matéria, admite-se que formalização de um contrato de franquia pela Administração Pública pode assumir a forma de concessão de serviços públicos ou de contrato administrativo (DI PIETRO, 2008, p. 205). Na primeira hipótese, a franquia se sujeita ao regime da Lei n.º 8.987/95 e, na segunda, deve observar o disposto na Lei n.º 8.666/93<sup>27</sup>.

Em qualquer desses casos, a franquia é tida como um instrumento alternativo de transferência de atividades estatais para a iniciativa privada, como esclarece Cristiana Fortini:

---

<sup>27</sup> O art. 62, § 3º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 prevê que as normas gerais de licitação e contrato administrativo aplicam-se aos contratos “cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado” (BRASIL, 1993). Esse é o caso das franquias no âmbito da Administração Pública.

O que se pode perceber é que a franquia mostra-se instrumento alternativo para a execução de algumas atividades públicas, fazendo com que o Poder Público possa, na mesma relação jurídica, obter dupla vantagem: desocupar-se da tarefa, sem que isso indique sua despreocupação com o interesse público, sobretudo porque lhe caberá controlar todos os aspectos da execução a cargo do particular, indicando todos os detalhes a serem observados, assim como, com o referido contrato, abre-se para a Administração Pública a oportunidade de angariar recursos que serão destinados à consecução do bem-estar geral. (FORTINI, 2006, p. 6).

#### **4.3.4 Autorização de serviços públicos**

A autorização é ato administrativo unilateral, discricionário e precário por meio do qual a Administração Pública torna possível ao particular o exercício de certa atividade ou serviço de interesse predominantemente privado.

Parte da doutrina admite a autorização de serviço público para “[...] atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória”, bem como naquelas hipóteses de prestação de uma atividade que, embora não seja típico serviço público, convém à Administração o seu controle, como ocorre com atividades de despachante, guarda particular, entre outros (MEIRELLES, 1996, p. 356-357). Nas demais hipóteses, o serviço público deve delegado mediante permissão ou concessão.

Outra corrente tende a excluir a autorização como forma de delegação de serviços públicos, ao argumento de que a Constituição da República de 1988, em seu art. 175, somente previu a permissão e a concessão de serviços públicos, não aludindo diretamente à autorização.

É esse o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual quando a Constituição faz referência aos três institutos (permissão, concessão e autorização), como no art. 21, inciso XII<sup>28</sup>, deve-se interpretar que os dois primeiros são destinados para a prestação de serviços públicos e o último é adequado para o “[...] desempenho da atividade do próprio interesse do autoritário” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 442). A autorização, nesse sentido, tem cabimento apenas nos casos do desempenho de atividades privadas que, em função de seu interesse público, devem ser fiscalizadas e reguladas pelo Poder Público.

---

<sup>28</sup> “Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;” (BRASIL, 1988).

Uma terceira vertente doutrinária admite que a autorização é também uma forma de delegação de serviço público, mas somente tem cabimento em hipóteses excepcionais.

É esse o entendimento externado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem a autorização não é instituto de uso regular da Administração Pública (por isso não está previsto no art. 175 da Constituição), e só tem cabimento em hipóteses emergenciais:

Serviços públicos autorizados somente poderiam ser aqueles que tivessem uma condição de prestação eventual, necessária em face de uma situação não permanente, incomum, ou aqueles que, conquanto ofertados permanentemente pela entidade competente pelo regime de prestação indireta, não pudessem, em determinado momento, ou sob certa condição, ter a sua continuada prestação sem o auxílio do particular autorizado: é o que se teria numa situação de greve no serviço público ou de um acidente da natureza que impedisse o concessionário ou o permissionário de dar continuidade imediata a suas obrigações contratadas. (ROCHA, 1996, p. 176-177).

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo defende que a autorização de serviço público se presta para casos emergenciais, não constantes, citando também como exemplo a autorização concedida para empresas de turismo prestarem serviços de transporte à população durante as greves dos delegatários (FIGUEIREDO, 2003, p. 109).

A partir do disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição da República de 1988<sup>29</sup>, Marçal Justen Filho afirma que a autorização é própria para serviços privados, mas que se destinam a atender relevantes interesses coletivos, impondo a intervenção estatal como forma de declarar o direito do particular de prestar determinada atividade (JUSTEN FILHO, 2010, p. 786). Contudo, em casos extraordinários, admite-se a aplicação da autorização para a delegação de serviços públicos, desde que para atender situações excepcionais e passageiras.

A Lei n.º 9.074/95 faz expressa menção à autorização como forma de delegação de serviços públicos, chegando a prever hipóteses em que somente se

---

<sup>29</sup> “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988).

admite a utilização dessa modalidade, como em alguns casos de aproveitamento hidrelétrico e implantação de usinas termelétricas (art. 6º, 7º e 9º).

Ao que se percebe da referida normatização, o legislador afastou-se das características da autorização citadas pela doutrina, pois permitiu a utilização do instituto em situações que não evidenciam excepcionalidade, transitoriedade, nem guardam relação com serviços de natureza privada.

## 5 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Até o advento da Constituição de 1988, a permissão de serviços públicos não estava inserida expressamente entre as formas específicas de delegação de serviços públicos.

As primeiras referências constitucionais aos mecanismos de prestação indireta de serviços públicos limitaram-se a tratar da concessão como única forma de exploração delegada da atividade pública, disciplinando a matéria especialmente sob o seu aspecto econômico e financeiro. Não se fazia alusão à permissão de serviços públicos como forma de descentralização administrativa.

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de Weimar, foi a primeira a trazer um título sobre a ordem econômica e social, no qual inseriu algumas regras sobre a exploração de serviços por meio de concessão.

Uma primeira preocupação visível daquela constituição foi manter os serviços públicos dados em concessão nas mãos de brasileiros, restringindo a intervenção estrangeira nesse setor. Previu-se, para tanto, a necessidade de a lei estabelecer a percentagem mínima de empregados que deveriam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos concedidos (art. 135). Exigiu-se, também, que as empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais constituíssem suas administrações com maioria de diretores brasileiros ou que conferissem poderes de representação a brasileiros, na hipótese de direção por estrangeiros (art. 136, incisos I e II).

Além dessa preocupação, consta na Constituição de 1934 a necessidade de edição de lei federal para regulamentar a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão ou delegação (art. 137). O objetivo dessa normatização era limitar os lucros dos concessionários à “justa retribuição do capital”, permitindo-lhes, ainda, o atendimento das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços públicos concedidos.

A revogação da Constituição de 1934 e a outorga da Carta Constitucional de 1937 pelo Estado Novo de Getúlio Vargas não trouxe alteração significativa quanto à regulamentação da delegação de serviços públicos.

Manteve-se a exigência de percentagem mínima de empregados nos serviços públicos concedidos (art. 153), a necessidade de que a administração das empresas concessionárias fosse constituída com maioria de brasileiros (art. 146), bem como a

necessidade de edição de lei federal para a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão (art. 147).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em título sobre a ordem econômica e social, previu que a legislação do trabalho e da previdência social se incumbisse da fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão (art. 157, inciso XI).

Estabeleceu-se a necessidade de um regime jurídico para as empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais (art. 151). Contudo, não se previu quais as balizas jurídicas desse regime. Apenas repetiu-se a regra sobre necessidade de fiscalização e revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de limitar os lucros dos concessionários à “justa remuneração do capital”.

Com o regime militar instaurado pelo Ato Institucional de 1964 sobreveio a Constituição de 1967/69<sup>30</sup>, fundamentalmente preocupada com a segurança nacional e a manutenção das estruturas de poder em vigor.

Por um lado, tais diplomas não alteraram a necessidade de fixação, por meio de lei de natureza trabalhista, das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão (art. 165, inciso XII).

Por outro lado, significativo avanço foi experimentado na fixação de maiores detalhes para o regime jurídico das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais (art. 167), na medida em que se exigiu que a lei estabelecesse: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição da República de 1988, pela primeira vez um texto constitucional tratou da permissão como uma modalidade de delegação de serviços públicos, reconhecendo o instituto como uma alternativa de descentralização administrativa, ao lado da tradicional concessão.

---

<sup>30</sup> Tecnicamente, são duas as Constituições: a de 1967 e a de 1969, promulgada como Emenda Constitucional n.º 01 (SILVA, 1994, p. 87). Contudo, para fins meramente didáticos, adota-se a denominação em questão.

De modo genérico, a principal fonte constitucional da permissão de serviços públicos é o art. 175, que prevê a possibilidade de prestação de serviços públicos pelo Estado, por qualquer de seus entes federados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), de forma indireta, sob o regime de concessão ou permissão.

Em sentido análogo, o art. 30, inciso V, da atual Constituição prevê, especificamente com relação aos Municípios, que lhes compete a organização e a prestação dos serviços públicos de interesse local, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão.

Em vários outros dispositivos constitucionais, a permissão é citada como uma forma de delegação de serviços públicos que pode ser adotada pelo Poder Público. São exemplos de atividades que podem, em tese, ser objeto de permissão:

- a) Exploração de serviços de telecomunicações (art. 21, inciso XI, CR/88);
- b) Exploração de serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; serviços de transporte ferroviário e aquaviário; serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, inciso XII, alíneas “a” a “f”, CR/88);
- c) Comercialização e utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas (art. 21, inciso XXIII, alíneas “b” e “c”, CR/88);
- d) Serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223, CR/88).

As referências constitucionais à permissão de serviço público, embora não sejam suficientes para, isoladamente, garantir a autonomia jurídica desse instituto, são um indicativo da importância dada ao tema pelo constituinte de 1988.

Para permitir a compreensão da matéria, necessário que se analise o conceito de permissão de serviços públicos desde a sua tradicional formulação até as recentes divergências instauradas pela Constituição da República de 1988 e pela Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, inclusive no que diz respeito à sua interpretação pelos Tribunais pátrios.

## 5.1 O conceito tradicional de permissão de serviços públicos

A delimitação do conceito de permissão de serviço público é tradicionalmente feita pela doutrina por meio de um contraponto com a noção de concessão de serviços públicos.

Embora ambas sejam reconhecidas como formas de delegação a particulares de serviços essencialmente estatais, ou seja, de descentralização administrativa por colaboração (ou, segundo autores, de privatização em sentido amplo<sup>31</sup>), a concessão sempre foi interpretada como tendo natureza contratual, enquanto a permissão era vista sob o prisma da unilateralidade e da precariedade.

É importante a análise do pensamento de alguns doutrinadores, a fim de traçar um panorama sobre o tema.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, a permissão é ato administrativo unilateral, mas do tipo negocial, pois formaliza interesses recíprocos da Administração e do administrado (MEIRELLES, 1996).

Atos negociais, define o autor socorrendo-se da doutrina de Manoel Maria Diez, são “[...] declarações de vontade da autoridade administrativa destinadas a produzir efeitos específicos e individuais para o particular interessado” (MEIRELLES, 1996, p. 169).

Ser negocial, entretanto, não equipara o ato administrativo da permissão ao contrato, dada a ausência de alguns elementos contratuais naquele primeiro, especialmente a comutatividade, caracterizada pelo estabelecimento de compensações recíprocas e equivalentes para as partes. De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Estes atos [de permissão], embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual. São e continuam

---

<sup>31</sup> Conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a privatização pode ser entendida em sentido amplo como toda forma de diminuição do tamanho do Estado e de sua intervenção na economia. Segundo a Autora: “O conceito amplo tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o mesmo objetivo já assinalado de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado. Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado, inclusive a parceria público-privada, constituem formas de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização.” (PIETRO, 2008, p. 8).

sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de uma categoria diferenciada dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente. [...] O que cumpre assinalar é que os atos administrativos negociais não se confundem com os de outras categorias, nem se identificam com os contratos de Direito Público. Formam eles uma espécie do gênero ato administrativo, mas com características e efeitos próprios, o que justifica seu estudo separadamente, a começar pela conceituação. (MEIRELLES, 1996, p. 170).

O conceito de permissão de serviços públicos para o citado autor é, enfim, ato administrativo negocial, discricionário e precário, consistente na delegação ao particular, a título gratuito ou oneroso, da execução de um serviço de interesse coletivo. Os atributos essenciais da permissão são a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade.

A existência de tais elementos, embora seja a regra, admite exceções, como no caso da chamada “permissão condicionada”.

Novamente Hely Lopes Meirelles esclarece:

A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada. O que se afirma é que a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente. Esses condicionamentos e adequações do instituto para delegação de serviços de utilidade pública ao particular – empresa ou pessoa física – não invalidam a faculdade de o Poder Público, unilateralmente a qualquer momento, modificar as condições iniciais do termo ou, mesmo, revogar a permissão sem possibilidade de oposição do permissionário, salvo de ocorrer abuso de poder ou desvio de finalidade da Administração ou se tratar de permissão condicionada, caso em que as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu. (MEIRELLES, 1996, p. 354).

Em função da sua natureza precária, o autor afirma que a permissão é cabível para serviços ou atividades transitórias, mas também pode ser admitida em casos de serviços permanentes, que estejam submetidos a modificações técnicas frequentes ou variações do interesse público. Como exemplos, cita os serviços de transporte coletivo e de abastecimento da população, que são atividades que, embora possam executadas por particulares, dependem do controle estatal (MEIRELLES, 1996, p. 355).

José Cretella Júnior, por sua vez, quando desenvolve o estudo da permissão de serviços públicos sob o enfoque da descentralização por colaboração, trata o

instituto como ato administrativo unilateral de outorga ao particular do direito de explorar determinado serviço público (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 179).

Para o citado administrativista, o ato de permissão é não-contratual e, regra geral, possui a característica da precariedade, que concede à Administração o poder de revogá-lo por motivo de conveniência e oportunidade. É o que denomina de “permissão simples” ou de “primeiro grau”

Por vezes, entretanto, mediante a fixação de termo (prazo) para a permissão, o ato adquire maior estabilidade, tornando relativamente mais rígidas as hipóteses de sua revogação. É a chamada “permissão qualificada” ou “permissão de segundo grau”.

Citando o entendimento jurisprudencial acerca do tema, José Cretella Júnior esclarece as diferenças em questão:

Considerada, *in genere*, a permissão é ato administrativo unilateral que supõe quase sempre solicitação do particular interessado, mas o pedido não se integra, como elemento jurídico, no ato administrativo editado do qual constitui mero antecedente.

Removendo obstáculo impedido do exercício normal de um interesse “na exploração” ou “na utilização”, o ato permissivo ora cria direitos, ora gera simples interesse para o permissionário, já que o instituto não se apresenta como um bloco infracionável. Ao contrário, suscetível de graduação, a permissão, quer para a exploração de serviço público, quer para utilização privativa de bem público, não somente pode ser “simples” ou “de primeiro grau” e, nesse caso, tendo sido outorgada sem termo *ad quem* prefixado, classifica-se como “ato de caráter precário, revogável segundo a conveniência e oportunidade públicas” (TASP, em RDA, 87:197), como também pode ser “qualificada” ou “de segundo grau” e, nessa modalidade, tendo sido outorgada com termo *ad quem* prefixado, como nos casos de permissão para a exploração do serviço de transporte coletivo, em linhas de ônibus, quando, “adquirido o direito à exploração do serviço, não pode a Administração revogá-la unilateralmente, com prejuízo da empresa permissionária” (STF, em RDA, 97:185), já que “a permissão, concedida por prazo certo, somente pode ser revogada por motivo justo, previsto em lei ou regulamento” (TJSP, em RDA, 110:253). (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 179-180).

Mais adiante, ao delinear os traços ditos inconfundíveis da permissão de serviço público, José Cretella Júnior afirma que, entre eles, está a existência de um “[...] vínculo jurídico não contratual entre a Administração e a permissionária, quer de natureza precária – permissão simples –, quer de natureza mais estável – permissão qualificada” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 180).

Nota-se, assim, que tanto Hely Lopes Meirelles quanto José Cretella Júnior, embora reconheçam a natureza precária da permissão, admitem a fixação de prazo

de vigência para o ato unilateral, o qual será denominado pelos citados autores, respectivamente, como “permissão condicionada” e “permissão qualificada”.

Os traços gerais distintivos da permissão de serviços públicos, em especial a unilateralidade e a precariedade, também estão presentes em autores mais contemporâneos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a diferenciação entre a concessão e a permissão de serviços públicos está essencialmente na natureza unilateral desse último instituto, o que acaba por caracterizar-lhe, por consequência jurídica lógica, como ato discricionário e precário. Para a autora:

A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública. (DI PIETRO, 2008, p. 131).

Merece destaque, ainda, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a permissão “[...] é ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público, no exercício de atividade discricionária” (MELLO, 1981, p. 67).

A conclusão do autor a respeito da permissão de serviços públicos como ato administrativo unilateral está fundamentada, basicamente, em uma noção antecedente sobre a natureza jurídica do contrato administrativo.

Celso Antônio critica o fato de a doutrina brasileira, quase à unanimidade, ter se fiado às teorias do Direito Francês, que desenvolveu a noção de contrato administrativo a partir da jurisprudência do Conselho de Estado da França, para então conceituá-lo como um tipo de ajuste entre a Administração Pública e terceiros que, em razão da lei, da natureza das cláusulas ou de seu objeto, está submetido às imposições do interesse público, que pode determinar o rompimento do vínculo ou das condições pré-estabelecidas, respeitando-se os interesses patrimoniais do contratado (MELLO, 1981, p. 145).

O autor, entretanto, prefere aderir à corrente desenvolvida na Alemanha para a conceituação do contrato administrativo, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Para Oswaldo Aranha, firme no pensamento alemão de autores como Duguit, embora haja acordo de vontades em diversas tratativas da Administração Pública (como a função pública e a concessão de obra ou de serviço público), o regime jurídico dessas situações é disposto unilateralmente por textos legais e atos concretos da Administração Pública. Logo, não há relação contratual propriamente dita, mas ato jurídico bilateral (MELLO, 1967, p. 26-27).

Os contratos firmados pela Administração Pública seriam equivalentes àqueles do Direito Privado, ainda que com regime jurídico especial. Em alguns casos, os atos administrativos (ditos “contratos”) seriam complementados por contratos (propriamente ditos) sobre a equação econômico-financeira pertinente aos citados atos unilaterais.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Daí a conclusão: inexistente contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado com regime especial, porque a lei assim dispõe e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial. (MELLO, 1967, p. 31).

É com fundamento nesse pensamento que Celso Antônio Bandeira de Mello se contrapõe à corrente majoritária do direito brasileiro sobre o contrato administrativo:

Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes reportados aos ‘contratos administrativos’ em geral – e não apenas a esta espécie ora cogitada – que neles se contêm cláusulas ‘regulamentares’ (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesmo, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer não são contratuais pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob égide do regime em apreço apresenta radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distantes e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta

argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência. (MELLO, 1981, p. 144-145)

Coerente com esse posicionamento sobre o contrato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma, conseqüentemente, a unilateralidade da permissão de serviço público (e inclusive da própria concessão de serviços públicos, que teria natureza contratual apenas no diz respeito à garantia de um equilíbrio econômico-financeiro<sup>32</sup>).

Aduz que, embora o conceito venha se enfraquecendo, a permissão ainda é ato unilateral e precário, por meio do qual se transfere para terceiros o desempenho de um serviço da alçada do Poder Público (MELLO, 2007, p. 731).

Esse panorama doutrinário, embora com algumas exceções, prevaleceu até a Constituição da República de 1988, quando uma inovação normativa impôs a rediscussão do instituto, que se intensificou ainda mais com o advento da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

## **5.2 O conceito de permissão de serviços públicos a partir da Constituição de 1988**

O pensamento doutrinário até então exposto leva em consideração, via de regra, a tradição jurídico-administrativa do Direito brasileiro que serviu para consolidar o conceito majoritário de permissão de serviços públicos como ato unilateral, inclusive previamente à promulgação da Constituição da República de 1988.

Com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, multiplicaram-se as discussões sobre a natureza jurídica da permissão de serviços públicos e o regime jurídico a que se submete o instituto, intensificando um debate de ideais que ora aproxima o instituto do ato administrativo, ora do contrato administrativo.

Isso porque o tratamento que a Constituição da República de 1988 conferiu à matéria traz explícita uma nova conformação da permissão de serviços públicos,

---

<sup>32</sup> O conceito de concessão do Autor já traz esses elementos: "concessão de serviço público é o instituo através do qual o Estado atribui o exercício de uma serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia constitucional de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviços." (MELLO, 2007, p. 680).

especialmente pelo disposto no art. 175, parágrafo único, inciso I, que prevê a necessidade de um contrato com “caráter especial” tanto para a concessão quanto para a permissão:

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; (BRASIL, 1988).

De acordo com a orientação constitucional, a prestação de serviços públicos de forma indireta pelo Poder Público, que pode ocorrer sob o formato jurídico de concessão ou de permissão, está subordinada ao que determinar a legislação infraconstitucional, a qual deve dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, entre outros requisitos (os direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado).

A norma constitucional, portanto, embora acolhendo as duas formas tradicionais de delegação de serviços públicos (a concessão e a permissão), tratou ambos os institutos de modo assemelhado, prevendo para os dois, além da obrigatoriedade de prévia licitação, a necessidade de criação de um regime legal especial para seu contrato e as condições de sua prorrogação.

Uma conclusão que, *a priori*, pode-se retirar do texto constitucional é que o legislador constituinte contratualizou a permissão de serviços públicos, na contramão do entendimento doutrinário que, como visto, majoritariamente sempre analisou o instituto sob o enfoque da unilateralidade.

A disposição constitucional em questão, contudo, fez surgir posicionamentos divergentes na literatura jurídica nacional.

Lucia Valle Figueiredo, por exemplo, manifestou-se pela inexistência de qualquer distinção, a partir da inovação constitucional, entre o regime jurídico da concessão e o da permissão de serviços públicos, dada a natureza contratual de ambos.

Segundo a autora, “como já afirmado, não vemos diferenças no real, efetivo, regime jurídico de uma e outra quando se tratar de serviço público” (FIGUEIREDO, 2003, p. 107). E complementa:

Assim, parece-nos que a permissão passou a ser instituto ineficaz, pois, com as características de precariedade, temos a autorização de serviço público. A permissão de serviço público, insistimos, também deve ser ato bilateral, precedido de licitação, e jamais poderia ter natureza precária, exatamente porque deverá ser objeto de contrato, ainda que de adesão, consoante texto expresso da Lei 8.987/1995 (art. 40), sobretudo se alocados grandes capitais. (FIGUEIREDO, 2003, p. 107).

Entre os autores que não veem diferença conceitual entre a concessão e a permissão após a promulgação da Constituição de 1988, pode-se destacar, ainda, o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho.

Segundo Carvalho Filho, ao dotar a permissão de natureza contratual, a Constituição e a Lei n.º 8.987/95 aproximaram de tal maneira os institutos que os eventuais fatores de diferenciação entre eles, como a natureza de contrato de adesão da permissão e a sua precariedade, não são distinções práticas relevantes (CARVALHO FILHO, 2012).

O autor cita, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.491/1998, afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta. E conclui o seguinte:

Por tudo quanto foi exposto, não fica difícil concluir como estão mal disciplinados os institutos. Tão difícil quanto identificar alguma diferença de relevo entre eles. Até mesmo o sentido adotado anteriormente, de que a concessão se destinaria a serviços públicos que implicassem investimentos mais vultosos, enquanto a permissão seria apropriada para delegação de serviços menos dispendiosos – até mesmo essa distinção, repita-se, fica hoje comprometida diante da disciplina normativa vigente. Realmente, como concluiu o mais alto Pretório, é mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbrem diferenças do que tentar identificar pontos distintivos incongruentes, inócuos e não convincentes. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 416).

Mais preso ao que denomina de “natureza jurídica do instituto tradicionalmente reconhecida”, Celso Antônio Bandeira de Mello mantém-se firme na definição de permissão de serviços públicos como ato unilateral e precário, qualificando como imprecisão técnica a caracterização do instituto pelo o art. 175 da Constituição da República de 1988.

Leciona o citado administrativista que, embora o parágrafo único, inciso I, o art. 175 da Constituição Federal, fale em contrato para regulamentar conjuntamente concessões e permissões, o fez com evidente “[...] imprecisão técnica de redação, pois a expressão, obviamente, só pode estar reportada às concessões, embora, do modo como está posta a linguagem normativa, abarcasse a ambas” (MELLO, 2007, p. 731).

Raciocínio similar é defendido por Luiz Alberto Blanchet, que afirma que o art. 175 da Constituição Federal não pode ser interpretado literalmente, mas apenas de forma coerente com a natureza jurídica do instituto, que é, definitivamente, de ato administrativo unilateral. Para ele, a utilização do vocábulo “contrato” diz respeito à forma do instrumento, ou seja, ao meio de comprovação da celebração da permissão, e não à forma da própria permissão (BLANCHET, 1999, p. 180).

Marçal Justen Filho, por outro lado, conquanto admitindo a proximidade das figuras jurídicas da concessão e da permissão dentro do Estado Democrático de Direito, defende que a definição da natureza jurídica da permissão dependerá da participação ou não da vontade privada na formação do ato final.

Tal verificação casuística, entretanto, não afasta sua conceituação do instituto com base na tradicional acepção unilateral. Para o autor a “[...] permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 779).

### **5.3 O conceito de permissão de serviços públicos a partir da Lei n.º 8.987/95**

Não bastasse a dita inovação do art. 175 da Constituição da República de 1988, que já fez a doutrina se debater sobre a natureza jurídica da permissão de serviços públicos, a Lei n.º 8.987/95 trouxe diversos elementos jurídicos caracterizadores desse tipo de delegação, os quais, entretanto, não foram legalmente colocados de forma harmônica e tecnicamente precisa.

Logo no art. 2º, inciso IV, da Lei n.º 8.987/95, o legislador, na tentativa de uniformizar o conceito de permissão que seria utilizado ao longo do diploma legal, definiu o instituto como a delegação da prestação de serviços públicos, a título precário, precedida de licitação, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Mais adiante, no art. 40, determinou-se que a permissão de serviço público, sujeita às normas da Lei e do Edital, deve ser formalizada mediante contrato de adesão, mas observando-se as características da precariedade e da revogabilidade unilateral do ajuste pelo poder concedente.

Paralelamente a essa diferenciação legal entre concessão e permissão, há outros diversos dispositivos da Lei n.º 8.987/95 aproximando ou equiparando o regime jurídico dessas duas formas de delegação, como os artigos 3º, 5º, 6º, 16 e 40, parágrafo único:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. (BRASIL, 1995).

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. (BRASIL, 1995).

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. (BRASIL, 1995).

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei. (BRASIL, 1995).

Art. 40 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. (BRASIL, 1995).

Da conjugação desses dispositivos, vê-se que a legislação brasileira, sem muito preciosismo técnico, textualmente dotou a permissão das seguintes características: (a) possibilidade de o permissionário ser pessoa física ou jurídica; (b) precariedade no ato de delegação; (c) natureza de contrato de adesão; (d) revogabilidade unilateral pelo poder concedente.

O que vem causando maior dificuldade na interpretação das disposições da Lei n.º 8.987/95 em face da Constituição da República de 1988, é o fato de o legislador infraconstitucional ter definido qual tipo de natureza jurídica queria emprestar à permissão (contrato), mas tê-la dotado de características estranhas à essa natureza.

De forma clara, a Lei n.º 8.987/95, assim como a Constituição da República de 1988 (art. 175, parágrafo único, inciso I), afirma que a permissão de serviços públicos tem natureza contratual, o que descarta a sua definição como ato administrativo unilateral.

Entretanto, essa mesma Lei que reforçou o caráter contratual da permissão, dotou o instituto de características típicas de ato administrativo, especialmente por determinar que seu regime deve observar a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Tais particularidades, segundo crítica doutrinária que recai sobre o diploma legal, são incompatíveis com a figura contratual.

Quanto à revogabilidade unilateral, certo é que tal característica é uma das formas típicas de extinção dos atos administrativos, não dos contratos. É forma por meio da qual o Poder Público retira do mundo jurídico um ato, por razões de conveniência e oportunidade.

Sobre a revogação de atos administrativos, Florivaldo Dutra de Araújo leciona:

Quando o Poder Público produz ato jurídico com efeito extintivo sobre outro anterior, seja este já eficaz ou apenas predisposto à produção de efeitos, ocorre a retirada. A retirada do ato, por razões de conveniência e oportunidade, é a revogação. [...] A revogação é a extinção de ato administrativo válido ou de seus efeitos por ato administrativo posterior, por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos já produzidos. (ARAÚJO, 2005, p. 87-88).

Os contratos administrativos, ao revés, são rescindíveis unilateralmente pela Administração Pública (e não revogados), quando o Poder Público está diante do descumprimento de obrigações pactuadas ou quando razões de interesse público assim o determinem, conforme previsto, inclusive, na Lei de Licitações (art. 78, Lei n.º 8666/93).

A respeito dessa questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta o seguinte:

Note-se confusão do legislador que, embora considere a permissão como contrato, usa o vocábulo revogabilidade, adequado para referir-se ao desfazimento de atos administrativos unilaterais, e não rescisão ou rescindibilidade, adequado para o desfazimento dos contratos administrativos. (DI PIETRO, 2008, p. 133).

Da mesma forma, a precariedade também diz mais respeito ao ato administrativo, não propriamente ao contrato.

Isso porque, a noção de precariedade está vinculada à fragilidade do vínculo formado entre as partes, que, por não ser firmado com prazo determinado, pode ser rompido unilateralmente, a qualquer tempo, sem justificativa prévia e sem direito do prejudicado à indenização. No contrato administrativo, o acordo é calcado pela estabilidade do vínculo, que gera expectativa de efetivo cumprimento por ambas as partes. Logo, dizer que um contrato é precário seria um contrassenso jurídico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a precariedade é uma palavra de múltiplos sentidos, que pode significar instabilidade, transitoriedade, revogabilidade, inexistência de prazo (DI PIETRO, 2008, p. 131).

Para fins de distinção entre concessão e permissão, dois aspectos do vocábulo devem ser considerados. De um lado, “[...] significa que o ato é revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração [...]” e de outro lado, “[...] significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer momento pela Administração, sem direito a indenização” (DI PIETRO, 2008, p. 131-132).

Sob essas acepções é que a autora defende que a precariedade deve ser entendida para fins de caracterizar a permissão, tendo em vista que o vínculo formado, por não possuir prazo estabelecido, é rescindível a qualquer momento, independente da vontade dos particulares, os quais, aliás, sequer possuiriam direito à indenização.

Para a doutrinadora em questão:

Já na permissão, a precariedade encontra-se na própria origem do ato de outorga; 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, sem prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela Administração, sem qualquer direito a reparação pecuniária. Nessa hipótese, 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. (DI PIETRO, 2008, p. 132-133).

Aliás, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que só se justifica a existência da permissão como contrato se o vínculo formado for com prazo indeterminado,

criando-se uma exceção à regra do art. 57, § 3º, da Lei n.º 8.666/93<sup>33</sup>, sob pena de equiparação entre os regimes jurídicos da permissão e da concessão de serviços públicos. (DI PIETRO, 2008, p. 134).

Em sentido análogo, Cristiana Fortini defende que, não obstante existam semelhanças entre a concessão e a permissão, especialmente a natureza contratual de ambas, os citados institutos têm identidades próprias, exatamente porque a permissão é legalmente dotada do atributo da precariedade (FORTINI, 2009, p. 35-36).

E a precariedade, para Cristiana Fortini, também está na ausência de determinação prévia do termo final da relação contratual:

Não há, porém, como apagar da norma a menção à precariedade. A conclusão possível seria reconhecer o caráter contratual da permissão, mas, em oposição ao que ocorre nos contratos de concessão, o ajuste não estaria delimitado do ponto de vista temporal. A ausência de prazo fixado no instrumento contratual refletiria a precariedade, uma vez que o permissionário não teria expectativa quanto à duração da relação jurídica que, a qualquer tempo, poderia ser desfeita. (FORTINI, 2009, p. 37).

Odete Medauar, por sua vez, também admitindo a natureza contratual da permissão (em razão do texto constitucional e da Lei n.º 8.987/95), elenca duas diferenças entre esse instituto e a permissão, que não perpassam pela noção de precariedade:

Ante a Lei 8.987/95, a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destina-se a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração. (MEDAUAR, 2008, p. 327)

Cumprido ressaltar, ainda, o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que vislumbra na natureza de contrato de adesão a principal característica distintiva da permissão de serviços públicos em relação à concessão.

De acordo com a autora, o art. 175 da Constituição da República de 1988, interpretado contextualmente, conduz à delimitação das seguintes características da permissão de serviço público: (a) a permissão é dotada de natureza contratual, e

---

<sup>33</sup> “§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.” (BRASIL, 1993)

não de ato unilateral; (b) essa natureza contratual, que se irradia para o ordenamento jurídico, afasta a precariedade desse tipo de delegação; (c) o regime das empresas permissionárias, segundo o art. 175, tem o caráter especial do contrato disposto em lei (ROCHA, 1996, p. 151).

E é fundamentalmente essa última característica, relativa ao regime especial do contrato de permissão, estabelecido pela Lei n.º 8.987/95 como contrato de adesão, que delimita os principais contornos do instituto, impedindo que ele se confunda com a concessão.

A diferença das obrigações contratualizadas em cada tipo de delegação define se a relação jurídica é de permissão ou de concessão de serviços públicos, segundo a autora:

Talvez exatamente nesse ponto se possa encontrar um critério discriminador da permissão em relação à concessão: a natureza de contrato de adesão torna a matéria objeto da parte não regulamentar do contrato também insuscetível de negociação ou de conjunção de vontades das partes mediante acerto firmado entre elas, sendo todo o ajuste tão somente posto e imposto pela entidade permitente e aceito pelo permissionário. Esse dado não o caracteriza, nem se contém no contrato administrativo pelo qual se formaliza a concessão para a prestação de serviço público. Quer-se dizer, na natureza do contrato e nas consequências encontradas nas condições, cláusulas obrigacionais, garantias inclusive diferentemente afirmadas para cada tipo de contrato, poder-se-ia encontrar um primeiro e importante elemento diferenciador das duas figuras cuidadas nesse estudo. (ROCHA, 1996, p. 156).

De forma sintética, Arnaldo Wald leciona que as principais semelhanças e diferenças entre a concessão e a permissão seriam as seguintes (WALD, 2004, p. 07):

- a) Ambas, concessão e permissão, exigem prévia licitação, sendo que na concessão é obrigatório que se faça sob a modalidade de concorrência;
- b) Tanto a concessão quanto a permissão, por força de lei, ostentam a natureza jurídica de contrato (arts. 23 e 40, Lei n.º 8.987/95);
- c) A permissão pode vir a ser contratada com pessoa física, sendo que as concessões somente poderão ser outorgadas a pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 2º, inciso IV, Lei n.º 8.987/95);
- d) A precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo Poder Público marcam a permissão (art. 40, Lei n.º 8.987/95), enquanto as

hipóteses de extinção da concessão são tão somente aquelas expressamente previstas no capítulo X da Lei 8.987/95;

- e) O serviço público precedido de execução de obra pública somente pode ser objeto de concessão e não de permissão (art. 2º, inciso III, Lei n.º 8.987/95).

Em sentido análogo é o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que propõe, de forma resumida, os pontos em comum e as distinções entre concessão e permissão de serviços públicos (AMARAL, 1996, p. 16-17).

Seriam pontos em comum: ambas constituem modalidade de prestação indireta de serviço público; ambas exigem licitação prévia; e ambas surgem no mundo jurídico mediante um contrato.

As distinções entre os referidos institutos seriam as seguintes: a permissão, ao contrário da concessão, é precária, podendo ser extinta a qualquer tempo pelo Poder Público, unilateralmente, sem que o permissionário tenha direito à indenização; a concessão é precedida de concorrência, enquanto a permissão pode ser precedida de qualquer modalidade de licitação; a concessão é outorgada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão pode ser outorgada a pessoa física.

Tem-se, enfim, que o entendimento doutrinário sobre a permissão de serviço público é bastante difuso, o que se reflete, conseqüentemente, nas decisões dos Tribunais pátrios.

#### **5.4 Permissão de serviços públicos na jurisprudência pátria**

Como ressaltado anteriormente, remanesce um dissenso doutrinário sobre o conceito e as características da permissão de serviços públicos, tendo a divergência se acirrado ainda mais após a Constituição da República de 1988 (pelo disposto no seu art. 175) e a Lei Federal n.º 8.987/95.

Um dos reflexos dessa indefinição se dá no Judiciário, poder no qual deságuam os conflitos oriundos da interpretação e da aplicação prática das características da permissão de serviços públicos e dos direitos e obrigações dos permissionários.

A análise de alguns desses pontos controvertidos pode ser feita à luz de precedentes dos Tribunais pátrios.

No que diz respeito à **natureza jurídica** da permissão de serviços públicos – se contrato ou ato administrativo – há uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 1998, na qual se amparam alguns administrativistas para defender a inexistência de distinção entre concessão e permissão, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2012, p. 416).

Trata-se da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.491-DF, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, julgada nas Sessões 26/06/98 e 1º/07/98. Na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista questionaram a validade da Lei Federal n.º 9.295/96, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização.

Houve pedido de suspensão cautelar do art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 9.295/96, que previa o seguinte:

Art. 4º O Poder Executivo transformará em concessões de Serviço Móvel Celular as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei, em condições similares as dos demais contratos de concessão de Serviço Móvel Celular, respeitados os respectivos prazos remanescentes.  
Parágrafo único. As entidades que, de acordo com o disposto neste artigo, se tornem concessionárias do Serviço Móvel Celular deverão constituir, isoladamente ou em associação, no prazo de até vinte e quatro meses, a contar da vigência desta Lei, empresas que as sucederão na exploração do Serviço. (BRASIL, 1996)

A fim de definir sobre a constitucionalidade da transformação automática de permissões de serviços públicos em concessões de serviços públicos, independentemente de licitação, conforme previsto no dispositivo em comento, o Supremo Tribunal Federal analisou, de forma incidental, a natureza jurídica da permissão.

Na oportunidade, o Plenário, acompanhando o voto do Ministro Relator, decidiu que o art. 175, inciso I, da Constituição da República de 1988 afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, na medida em que dotou ambos os institutos de caráter contratual. Logo, não haveria inconstitucionalidade na transformação dessas permissões em concessões, já que a natureza jurídica dos dois institutos seria a mesma.

Conforme noticiado nos Informativos n.º 116 e 117, do STF:

Informativo 116-STF: Retomado o julgamento de medida liminar em ação direta requerida pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT e pelo Partido dos Trabalhadores-PT, contra a Lei 9.295/96, que dispõe sobre serviços de telecomunicações e sua organização (v. Informativos 64 e 65). Quanto ao pedido de suspensão cautelar da eficácia do art. 4º e seu parágrafo único, da referida Lei - que autoriza o Poder Executivo a transformar em concessões de Serviço Móvel Celular as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei, em condições similares as dos demais contratos de concessão de Serviço Móvel Celular -, votaram pelo seu indeferimento os Ministros Carlos Velloso, relator, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Octavio Gallotti, sob o fundamento de que o art. 175, parágrafo único, I da CF ("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.") afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta. De outro lado, os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello, votaram pelo deferimento da medida cautelar por entenderem que os conceitos de "permissão" e "concessão" não são sinônimos e que a utilização, pelo referido art. 175, § único, I, da CF/88, da expressão "o caráter especial de seu contrato" para ambos os institutos, traduz mera impropriedade e não equiparação. À vista do empate na votação, o julgamento foi suspenso a fim de aguardar o voto do Ministro Sydney Sanches. ADInMC 1.491-DF, rel. Min. Carlos Velloso, 26.6.98. (BRASIL, 1998).

Informativo 117-STF: Retomado o julgamento da medida liminar requerida na ação direta requerida pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT e pelo Partido dos Trabalhadores-PT, contra a Lei 9.295/96, que dispõe sobre serviços de telecomunicações e sua organização (v. Informativo 116). O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o pedido de suspensão cautelar da eficácia do art. 4º e seu parágrafo único da referida Lei, que autoriza o Poder Executivo a transformar em concessões de Serviço Móvel Celular, as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei. O Min. Sydney Sanches proferiu voto de desempate, acompanhando o entendimento do Min. Carlos Velloso, relator, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, I da CF ("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.") afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar por entenderem que os conceitos de "permissão" e "concessão" não são sinônimos e que a utilização, pelo referido art. 175, § único, I, da CF/88, da expressão "o caráter especial de seu contrato" para ambos os institutos, traduz mera impropriedade e não equiparação. Quanto ao § 2º do art. 8º da mesma Lei, o julgamento continua suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim, formulado na sessão do dia 26.6.98 (v. Informativo 116). ADInMC 1.491-DF, rel. Min. Carlos Velloso, 1º.7.98. (BRASIL, 1998).

É importante registrar que a questão da natureza jurídica da permissão de serviços públicos não foi a discussão principal no citado feito, tendo a matéria sido enfrentada apenas como ponto de partida para a análise da constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Telecomunicações. Ainda não houve o julgamento do mérito da ADI n.º 1491. O processo, atualmente, está concluso desde 11/04/2012 com o relator substituto, Ministro Ricardo Lewandowski.

Em sentido diverso do entendimento manifestado pelo STF na Medida Cautelar citada anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, em muitos de seus julgados, tem prestigiado a tese já tradicional na doutrina pátria de que a permissão de serviços públicos é ato administrativo unilateral, precário e discricionário.

Serve de exemplo desse entendimento a decisão da Segunda Turma do STJ no Recurso Especial n.º 1021113, do Rio de Janeiro, tomada na sessão de 11/10/2011, sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques.

O que se discutia nesse feito era a existência de eventual direito à indenização de um permissionário de serviço público de casas lotéricas da Caixa Econômica Federal que teve seu contrato de permissão revogado unilateralmente e sem motivação pela empresa pública.

Ajuizada ação ordinária de natureza indenizatória, invocando a ocorrência de danos material e moral, o pedido foi julgado improcedente em primeira instância, o que foi reformado em sede de apelação pelo Tribunal de origem, que reconheceu a procedência parcial do pedido indenizatório por danos materiais, mas afastou a existência de danos morais. A Caixa Econômica Federal, então, interpôs Recurso Especial, levando a discussão ao Superior Tribunal de Justiça.

Na Corte Superior, mesmo tendo como base fática a rescisão unilateral de um *contrato* administrativo de permissão de serviços, firmou-se o entendimento, calcado em precedentes, de que a permissão de serviços lotéricos é, efetivamente, caracterizada pela discricionariedade, unilateralidade e precariedade, o que autorizaria a sua rescisão unilateral pelo poder concedente.

Considerou-se, entretanto, que mesmo se tratando de ato administrativo unilateral, haveria o direito à indenização por danos materiais do particular no caso concreto, em função do término antecipado do vínculo e da existência de investimentos decorrentes da instalação da casa lotérica. Consta da ementa do julgado:

Entretanto, em hipóteses específicas, como o caso dos autos, é lícito o reconhecimento ao direito à indenização por danos materiais. É incontroverso nos autos que o permissionário realizou significativo investimento para a instalação do próprio empreendimento destinado à execução do serviço público delegado, inclusive mediante atesto de padronização do poder concedente.

Todavia, após poucos meses do início da atividade delegada, a Caixa Econômica Federal rescindiu unilateralmente a permissão, sem qualquer justificativa ou indicação de descumprimento contratual pelo permissionário. Assim, no caso concreto, a rescisão por ato unilateral da Administração Pública impõe ao contratante a obrigação de indenizar pelos danos materiais relacionados à instalação da casa lotérica. (BRASIL, 2011).

Nota-se da fundamentação da decisão do Superior Tribunal de Justiça uma resistência no reconhecimento da natureza contratual da permissão de serviços públicos, firme no entendimento da doutrina mais tradicional do Direito Administrativo brasileiro, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, que inclusive são citados textualmente no acórdão.

Não se furta o Tribunal, entretanto, em assegurar certos direitos inerentes a uma relação contratual, como o direito à indenização por dano material pela rescisão antecipada e imotivada do vínculo, o que reflete uma contradição no pensamento da Corte.

Outra questão que tange a discussão sobre a natureza jurídica da permissão de serviços públicos e que frequentemente tem sido trazida ao Judiciário é o direito à indenização para a **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** desses ajustes administrativos.

Da mesma forma que tem reconhecido o direito à indenização por danos materiais decorrentes da rescisão imotivada da permissão de serviços públicos, o Superior Tribunal de Justiça também tem garantido indenização para recomposição do equilíbrio econômico financeiro, mas, nesse caso, fundamentando-se na natureza bilateral da relação decorrente da permissão de serviços públicos.

Foi o que ocorreu nos autos do Recurso Especial n.º 821008, de Minas Gerais, da relatoria do Ministro José Delgado, da Primeira Turma do STJ (julgado em 22/08/2006). Nesse precedente, uma empresa de transporte coletivo de Belo Horizonte buscava obter da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans) indenização para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão, quebrado em razão da modificação unilateral do regime tarifário.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a sentença de improcedência de primeira instância, considerando, fundamentalmente, a ausência de equilíbrio econômico-financeiro a ser tutelado, tendo em vista que ao obter a permissão para realização do transporte, a empresa se submeteu às regras e condições impostas pela Administração Pública, sem possibilidade de abertura de discussão, como em uma relação de adesão cujas regras são ditadas e alteradas unilateralmente pelo Poder Público.

Ao analisar a questão, o Superior Tribunal de Justiça considerou que, em tese, a permissão de serviço público para exploração de serviço de transporte intermunicipal é negócio jurídico bilateral administrativo atípico, que, portanto, está sujeito ao princípio determinador do respeito ao equilíbrio financeiro do ajuste. O STJ deixou, contudo, de reconhecer o direito à indenização no caso concreto em razão da ausência de provas sobre a quebra do equilíbrio (BRASIL, 2006).

O precedente em questão sufraga, em parte, o entendimento de Hely Lopes Meirelles sobre a matéria, para quem, como já afirmado, a permissão é ato administrativo negocial (MEIRELLES, 1996, p. 196), o que permite assegurar aos particulares direitos típicos da relação contratual, como a manutenção do equilíbrio econômico inicialmente pactuado.

Em outro caso similar, também o Superior Tribunal de Justiça concluiu que a aplicabilidade à permissão de serviços públicos da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro depende da relação travada entre o particular e o Poder Público.

Nesse caso, utilizando-se de fundamento análogo ao precedente citado, o STJ manteve o entendimento de que é cabível a proteção do equilíbrio econômico-financeiro na permissão de serviços públicos, mas fundamentou-se na alegação de que tal delegação ocorre por meio de contrato, e não ato administrativo, o que garante aos permissionários maiores direitos em face da Administração Pública.

A ementa do julgado esclarece a questão:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO. PERMISSÃO. TARIFAS DEFICITÁRIAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. REAJUSTE. INDENIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não viola os arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. À empresa recorrente, após devido procedimento licitatório, foi outorgada permissão para a prestação de serviço de transporte coletivo no Município de Campinas/SP. Ao verificar a defasagem no valor das tarifas de transporte

e, por conseguinte, o desequilíbrio econômico-financeiro no ajuste firmado, requereu, administrativa e, após, judicialmente, o reajuste tarifário e o pagamento de indenização em virtude dos prejuízos decorrentes de tarifas deficitárias.

3. O Superior Tribunal de Justiça, examinando a possibilidade de reajuste tarifário para as empresas permissionárias de serviço de transporte coletivo, entendeu que esse tipo de permissão possui natureza contratual, concluindo, assim, pela aplicabilidade da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro previsto para os contratos administrativos (REsp 821.008/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 120.113/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.8.2000).

4. Embora a permissionária, em tese, possua direito à aplicabilidade da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro prevista para os contratos administrativos, na hipótese dos autos, conforme as conclusões firmadas pelo Tribunal de Justiça estadual, não houve comprovação do efetivo prejuízo e do rompimento do referido equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que impossibilita a revisão tarifária e a indenização pretendida pela recorrente.

5. O julgamento da pretensão recursal – seja para reconhecer o direito ao reajuste tarifário, seja para analisar a ocorrência de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro – pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide e das cláusulas contratuais –, atividade cognitiva vedada na via do recurso especial (Súmulas 5 e 7 do STJ).

6. Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2009).

Já no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a matéria em questão encontra opiniões divididas.

Em alguns casos, o TJMG tem negado o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da permissão de serviços públicos, por entender que esse tipo de delegação não tem característica de contrato bilateral, como a concessão, nela não se instalando uma relação de equivalência patrimonial, que configura traço fundamental no bojo do vínculo que une as partes em um contrato.

Segundo a Corte Mineira, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro é inerente à relação contratual, não ao ato administrativo unilateral da permissão de serviços públicos. Nesse sentido, decidiu o TJMG nos autos da Apelação Cível n.º 1.0000.00.338303-1/000, da Relatoria do Desembargador Sérgio Braga:

EMENTA: PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ATO UNILATERAL E DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - NÃO-APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. Em se tratando de permissão de serviço público, não se aplica o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto não se tratar de um contrato propriamente dito, mas de ato unilateral e discricionário da Administração. (MINAS GERAIS, 2004).

Em processos mais recentes, a tendência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem sido no sentido de reconhecer aos permissionários de serviços públicos

o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da relação, desde que haja estipulação de prazo de vigência no instrumento contratual e que a delegação de serviços exija investimento de vulto por parte do particular.

Serve de exemplo o seguinte precedente:

EMENTA: APELAÇÃO - AGRAVO RETIDO - ADMINISTRATIVO - JULGAMENTO ANTECIPADO - MATÉRIA FÁTICA - TRANSPORTE PÚBLICO - PERMISSÃO - TARIFA DEFICITÁRIA - REAJUSTE - ATO ÚNICO - PRINCÍPIO DA ACTIO NATA - PRESCRIÇÃO - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - PREJUÍZO - INDENIZAÇÃO. 1. Imperioso o julgamento antecipado da lide se a matéria fática está suficientemente provada e eventual quantificação do dano, se necessária, pode ser relegada à fase de liquidação da sentença. 2. A estipulação de prazo de vigência do contrato de permissão e a delegação de serviços públicos que demandam investimentos de vulto asseguram ao permissionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença. 3. O decreto que reduz o valor da tarifa de transporte é ato administrativo único, cuja vigência dá curso ao prazo prescricional da pretensão de reparação dos danos decorrentes de seus efeitos concretos e continuados. 4. A fixação de tarifa deficitária rompe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ensejando a reparação do prejuízo sofrido pelo permissionário prestador de transporte público. (MINAS GERAIS, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes em que reconhece também o direito à indenização por **lucros cessantes** no caso de rescisão unilateral de permissão de serviço de transporte coletivo, já que a relação, nesse caso, é tida como de natureza contratual.

No Recurso Especial n.º 1240057/AC, da Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a questão de fundo era uma ação ordinária de cobrança de danos materiais, fundamentada em Decreto municipal que havia revogado, por interesse público, todos os contratos de concessão e permissão de serviço de transporte coletivo do Município de Rio Branco. A ação foi julgada improcedente em primeira e segunda instâncias e chegou ao STJ mediante a interposição de Recurso Especial.

Ao argumento de que o moderno Direito Administrativo Consensual deve privilegiar a boa-fé objetiva daqueles que contratam com a Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito do particular à indenização, inclusive com o recebimento de eventuais danos emergentes e lucros cessantes. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

1. Trata-se de ação ordinária de cobrança de danos fundamentada em Decreto municipal n. 3553/92 e Ofício n. 106/92, os quais revogaram, por interesse público, todos os contratos de concessão e permissão de serviço de transporte coletivo do Município de Rio Branco, dentre eles o contrato realizado com o recorrente com o intuito de redistribuir as linhas de transporte.
2. A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação intentada e, em grau de apelação, o Tribunal local a manteve ao fundamento de que a redistribuição das linhas baseou-se no interesse público, acrescentando que a pretendida indenização representaria pesado ônus a uma situação ocorrida dentro de estrita legalidade.
3. No entanto, o pedido de indenização por rescisão de contrato administrativo unilateral é cabível na espécie.
4. Esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes. Precedentes.
5. É que, sob a perspectiva do Direito Administrativo Consensual, os particulares que travam contratos com a Administração Pública devem ser vistos como parceiros, devendo o princípio da boa-fé objetiva (e seus corolários relativos à tutela da legítima expectativa) reger as relações entre os contratantes público e privado.
6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2011).

Essa divergência jurisprudencial que existe em torno da natureza jurídica da permissão de serviços públicos e do direito à indenização já não se reflete quando a questão levada a juízo é a **necessidade ou não de realização de licitação** para a delegação de serviços públicos.

Aplicando de forma literal o art. 175, inciso I, da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes já decidiu que tanto as concessões quanto as permissões de serviços públicos devem sempre ocorrer mediante licitação prévia, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e moralidade administrativa.

Nos autos do Recurso Extraordinário n.º 422591, julgado em 01/12/2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de Lei do Município de Cabo Frio/RJ, que havia determinado a prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, por períodos superiores àqueles previstos originariamente.

O Relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, asseverou que as prorrogações em questão afrontaram o art. 175 da Constituição da República, pois “[...] efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos” (BRASIL, 2011).

Em caso relativamente semelhante, em que se discutia a possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal no Estado de Rondônia, novamente o Supremo Tribunal Federal determinou a observância da regra licitatória.

Isso ocorreu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2716, do Estado de Rondônia, na qual o Relator do feito, Ministro Eros Grau, fundamentando-se na inafastabilidade da exigência de licitação para qualquer forma de delegação de serviços públicos, inclusive a permissão, asseverou que a “[...] conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – artigo 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil” (BRASIL, 2008).

Quanto ao fato de a permissão de serviços públicos ser tida doutrinária e legalmente com a nota da **precariedade**, certo é que o termo em questão enseja inúmeras interpretações, tendo em vista que possui múltiplos sentidos, podendo significar, como ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, instabilidade, transitoriedade, revogabilidade, inexistência de prazo, entre outros significados (DI PIETRO, 2008, p. 131).

Na jurisprudência também se nota essa multiplicidade de sentidos para o vocábulo precariedade.

Em hipótese em que se discutia a necessidade de realização de licitação, desde a Constituição da República de 1988, para a delegação de serviço público de transporte por meio do táxi, o Superior Tribunal de Justiça adotou o termo precariedade no sentido da impossibilidade de manutenção de uma delegação outorgada sem o atendimento da regra constitucional da licitação prévia. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO MUNICIPAL DE TRANSPORTE (TÁXI). NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. PERMISSÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇOS. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Verifica-se não caracterizado, na forma exigida pelo art. 541, parágrafo único, do CPC c.c 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, o dissídio jurisprudencial, estando ausentes a transcrição dos julgados confrontados e o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos e a divergência de interpretações.

2. Não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 515, § 1º, e 535, II, do CPC, uma vez que todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas. Não há falar, portanto, em vícios no acórdão nem em negativa de prestação jurisdicional. Ademais, como cediço, o magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das

partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decisum. Nesse sentido: HC 27.347/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 1º/8/05.

3. A delegação de serviço público de transporte por meio do táxi pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação do número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. **A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou à permissão concedidas antes de 5/10/1988.**

4. O fundamento do aresto impugnado baseou-se em dispositivos de índole constitucional e infraconstitucional. Contudo, não foi interposto o competente recurso extraordinário, aplicando-se, destarte, o disposto na Súmula 126/STJ, *in verbis*: "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."

5. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 89-9, do Piauí, em que se discutia a legalidade de prorrogação de contratos de concessão de serviços de transporte coletivo, também vinculou o sentido de precariedade à observância do processo licitatório.

Decidiu o STF, seguindo o entendimento da Ministra Ellen Gracie, relatora do feito, que o transporte de passageiros não poderia ser realizado sem licitação, pois tal exigência seria necessária para afastar a precariedade da prestação dos serviços, conforme se infere da ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. 1. Ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. 2. Existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de prestação de serviços de transporte de passageiros a título precário, sem a observância do devido procedimento licitatório. 3. Cabimento do presente pedido de suspensão, que se subsume à hipótese elencada no art. 4º, § 3º e § 4º, da Lei 8.437/92. 4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2008).

Ao longo do acórdão, essa aproximação entre precariedade e licitação é mais bem explicitada pela Ministra Ellen Gracie, que afirma que a exigência de que a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão seja sempre precedida de licitação, nos termos do art. 175 da Constituição, "[...] visa propiciar à Administração a possibilidade de selecionar a proposta mais vantajosa sem com isso descuidar dos princípios basilares da isonomia e da moralidade administrativa".

O raciocínio adotado é de que a licitação, por ser um procedimento obrigatório para o Poder Público, minimiza a precariedade do vínculo futuro, o qual será gerido pelas normas fixadas no edital do certame pela Administração Pública, garantindo o atendimento dos princípios da moralidade e da igualdade.

As divergências ora apontadas são, em suma, alguns dos pontos sobre os quais destoam os Tribunais pátrios quando da apreciação das características da permissão de serviços públicos e dos direitos e deveres dos permissionários.

A análise desses precedentes permite uma maior segurança na definição da permissão como uma categoria jurídica autônoma de delegação de serviços públicos, que é o ponto central do próximo capítulo.

## 6 PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS COMO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA

Ao tratar da incumbência do Poder Público da prestação indireta de serviços públicos, a Constituição da República de 1988, diversamente do que ocorria em textos constitucionais anteriores, foi clara em prever a existência jurídica de mais de uma forma de delegação das atividades estatais para a iniciativa privada, fazendo referência à concessão e à permissão. Esse texto constitucional expresso não pode ser desconsiderado pelo intérprete.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica a presunção de que a lei não contém palavras inúteis, como decorre do aforismo romano “*verba cum effectu accipienda sunt*”<sup>34</sup>. Conforme esclarece Carlos Maximiliano, fundamentando-se em regra de hermenêutica norte-americana, “[...] deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença. Não se presume a existência de expressões supérfluas” (MAXIMILIANO, 1997, p. 251).

Não é admissível que, com o objetivo de negar a existência da permissão de serviços públicos como categoria jurídica autônoma, retire-se a eficácia das diversas disposições da Constituição da República de 1988 que fazem referência à tal modalidade de delegação.

A interpretação constitucional deve ser no sentido de atribuir maior eficácia jurídica às suas normas, dada a supremacia constitucional em relação a todo o ordenamento. Como destaca Luís Roberto Barroso, “[...] a superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2011, p. 326).

Se o legislador constitucional previu mais de um formato jurídico para a delegação de serviços públicos é porque há de existirem na legislação ordinária regimes jurídicos distintos, ainda que semelhantes, para que a Administração possa transferir para terceiros a incumbência da prestação de determinados serviços públicos.

Seguindo essa orientação constitucional, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, buscou estabelecer regras para ambos os regimes, de concessão e de permissão de serviços públicos, de modo que cada qual fosse utilizado pela

---

<sup>34</sup> Em tradução livre, significa que as palavras devem ser interpretadas para terem algum efeito.

Administração Pública em situações próprias. Em que pese a existência de inúmeros vícios de técnica jurídica e legislativa na elaboração do citado diploma, é ele o principal norte para o intérprete do Direito, não podendo ser simplesmente rotulado de aberração jurídica e, como tal, ignorado ou relegado a segundo plano.

O sentido atribuído às regras ali estabelecidas deve ser ponderado pelos operadores jurídicos, a fim de delimitar as características e peculiaridades que possibilitem o isolamento da permissão de serviços públicos como categoria autônoma, diferenciada dos demais institutos tanto na dogmática quanto na prática administrativa.

O que se pretende, portanto, é traçar as principais características e as condições de validade da permissão de serviços públicos, ora aproximando, ora diferenciando-a da concessão de serviços públicos, mas sempre com o objetivo de delimitar seu campo de aplicabilidade<sup>35</sup>.

### **6.1 Natureza contratual da permissão: contrato por adesão**

Uma primeira assertiva sobre a permissão de serviços públicos é que o instituto não mais se configura sobre o prisma da unilateralidade, entendida esta como a característica de formação do ato administrativo que resulta da “[...] declaração jurídica de uma só parte” (MELLO, 1981, p. 59).

A imperatividade da atuação estatal sofreu um refluxo em matéria de delegação de serviços públicos, estando calcada, atualmente, na noção de consensualidade, que orienta no sentido da participação do administrado no processo decisório da Administração Pública, inclusive no que diz respeito às formas de descentralização administrativa<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Não se estabeleceu no presente trabalho uma distinção técnica entre as características da permissão de serviços públicos, sua natureza jurídica ou suas condições de validade. Procurou-se relacionar um conjunto de atributos da permissão de serviços públicos que podem corroborar para a defesa do instituto como categoria jurídica autônoma.

<sup>36</sup> Como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O refluxo da imperatividade e a tendência reequilibradora da afirmação imemorial da coerção, são as características do Estado que vai se conformando ao influxo dos princípios mencionados [subsidiariedade, coordenação, privatização, publicização e consensualidade], produzindo conceitos afins, como os de desestatização, de despolitização e de deslegalização. O importante não é chegar-se a um Estado grande, pequeno ou médio, ainda porque este conceito variará de País para País, mas a Estado suficiente. Para lograr a isso é que servem esses conceitos mencionados.” (MOREIRA NETO, 2001, p. 40).

A contratualização da atividade administrativa é uma tendência que vem acentuando a atividade negocial do Poder Público com os particulares. Cada vez mais perde importância jurídica a atividade de coação estatal, principalmente no que diz respeito à prestação de serviços públicos.

Diante do ordenamento atual, a permissão de serviços públicos só pode ser entendida como ato bilateral, para a formação do qual concorrem duas vontades – a do Poder Público e a de um terceiro – as quais, em mútuo acordo, pactuarão a celebração de um negócio jurídico denominado contrato.

O entendimento da permissão de serviços públicos como contrato decorre da Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 8.987/95.

O texto constitucional indica essa natureza jurídica contratual quando afirma que a permissão de serviços públicos deve ser formalizada por contrato de caráter especial (art. 175, parágrafo único, inciso I), não fazendo qualquer outra referência que permita caracterizar a permissão como ato administrativo unilateral.

Já na Lei n.º 8.987/95, o seu art. 1º prevê que as permissões de serviços públicos regem-se pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pelas normas estabelecidas na própria lei e por outras pertinentes, bem como pelas “cláusulas dos indispensáveis contratos”.

O art. 6º estabelece que a permissão pressupõe a prestação de um serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, observando-se as normas pertinentes e o “respectivo contrato”.

Especificando o tipo contratual a ser celebrado pela Administração Pública, o art. 18, inciso XVI, determina que o edital de licitação da permissão de serviços públicos deve prever os “termos do contrato de adesão a ser firmado”. Regra análoga está contida no art. 40, *caput*, que estabelece que “[...] a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão”.

Portanto, se a Lei n.º 8.987/95 prescreve que a permissão de serviços públicos deve ser formalizada mediante contrato, e se tal disposição não contraria o texto constitucional, não há como manter o entendimento doutrinário ou jurisprudencial de que a permissão é ato administrativo unilateral, pois tal interpretação esbarra na literalidade da norma e na clara intenção do legislador.

A natureza jurídica de um instituto não pode ser considerada como algo fixo, imutável. Se antes a doutrina entendia a permissão de serviços públicos como ato administrativo unilateral, hoje é preciso ponderar que a lei assim não prevê, sendo

tal lei, inclusive, compatível com o ordenamento constitucional. E a natureza jurídica de um instituto decorre, em grande medida, da norma, pois ela é a fonte primária do Direito.

Fixada a natureza contratual da permissão de serviços públicos, deve-se atentar para o fato de que o tipo negocial eleito pela Lei n.º 8.987/95 foi o **contrato por adesão**<sup>37</sup>. Tal escolha legislativa aponta uma primeira característica para a configuração da permissão como categoria jurídica autônoma, na medida em que a Lei n.º 8.987/95 não exige essa figura contratual para a concessão de serviços públicos.

Os contratos por adesão são espécies de negócios jurídicos tradicionalmente conceituados ao lado dos contratos paritários, também chamados de contratos negociáveis, como preferem alguns doutrinadores (FIUZA, 2004, p. 443).

Os contratos paritários são tidos como aqueles em que as partes interessadas convencionam livremente as condições contratuais, “[...] discutindo amplamente e fixando as cláusulas e condições que regerão a relação contratual” (DINIZ, 1984, p. 71).

Em oposição à essa ideia, os contratos por adesão são caracterizados pelo comprometimento dessa liberdade de convenção, na medida em que não existe a possibilidade de debate e transigência entre as partes. Nesses contratos, um dos contratantes “[...] se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos”. (DINIZ, 1984, p. 71).

Os contratos por adesão são também definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), que prevê o seguinte:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (BRASIL, 1990).

A principal característica de um contrato por adesão é o fato de suas cláusulas contratuais serem estabelecidas prévia e unilateralmente por um

---

<sup>37</sup> Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a expressão “contrato *por* adesão” é preferível à expressão “contrato *de* adesão”, por ser tecnicamente mais correta (PEREIRA, 1975, p. 65).

contratante, cabendo ao outro somente a aceitação das regras e condições fixadas para o ajuste. Outras peculiaridades, contudo, são apontadas pela doutrina.

Como elucida Sílvio de Salvo Venosa, os contratos com cláusulas predispostas por uma das partes, como é o caso dos contratos por adesão, são um fator de racionalização econômica, cuja finalidade é tornar mais céleres as negociações entre os contratantes por meio da uniformidade das cláusulas (VENOSA, 2003, p. 383).

Os contratos por adesão pressupõem, segundo Maria Helena Diniz, as seguintes características (DINIZ, 1984, p. 72):

- a) Uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta;
- b) Proposta permanente e geral, aberta a quem se interessar pelos serviços do proponente, dirigindo-se a um grupo indeterminado de pessoas;
- c) Aceitação pura e simples do contratante;
- d) Superioridade econômica de um dos contratantes;
- e) Cláusulas do contrato fixadas unilateralmente e em bloco pelo contratante.

A transposição das características do contrato mercantil por adesão para a formação de uma espécie de contrato administrativo por adesão é possível apenas em termos. Enquanto alguns atributos dos contratos por adesão do Direito Civil são comuns ao contrato por adesão do Direito Administrativo, outros não podem ser aproveitados, dadas as peculiaridades do regime jurídico administrativo, conforme se passa a explicar.

No contrato por adesão da permissão de serviços públicos as cláusulas são fixadas unilateralmente pelo Poder Público. Essa predeterminação unilateral atinge a totalidade das condições contratuais, desde as normas relativas à prestação do serviço público propriamente dito, como também todas as regras que dizem respeito à remuneração do particular, ou seja, tanto a parte regulamentar quanto a parte convencional do ajuste. Ao futuro permissionário cabe apenas aderir às condições contratuais fixadas pela Administração Pública.

Deve haver, portanto, uniformidade, predeterminação e rigidez das cláusulas contratuais em um contrato por adesão para permissão de serviços públicos.

Essas características do contrato de permissão denotam uma importante diferença entre tal figura e o contrato de concessão de serviços públicos.

Na permissão, a rigidez e a uniformidade das cláusulas impõem que todas as delegações relativas a um determinado serviço público obedeçam às mesmas normas. Na medida em que o serviço público permitido é o mesmo, todos os permissionários estão submetidos a um idêntico complexo de normas fixado unilateralmente pela Administração Pública. Isso é o que caracteriza o contrato de permissão de serviços públicos como por adesão.

Na concessão de serviços públicos, as normas de cada contrato podem variar de acordo com as peculiaridades e as necessidades públicas, pois não se trata de contrato por adesão. Mesmo que haja predeterminação unilateral das condições contratuais, não precisa haver uniformidade de regras para todas as concessões de serviços públicos.

Assim, em uma concessão de serviços públicos precedida de obra pública para exploração de rodovias, por exemplo, cada delegação e, conseqüentemente, cada contratação, pode observar um conjunto de regras específico, adaptado às peculiaridades de cada concessão. Contudo, em outro exemplo, em uma permissão para exploração de serviços de táxi, todos os contratos devem observar as mesmas regras, por serem contratos administrativos por adesão.

Na permissão, a invariabilidade, para todos os permissionários, das condições para o desempenho do serviço delegado é a nota característica do contrato por adesão. Se não houver tal uniformidade, o caso não será de permissão de serviços públicos, mas, sim, de concessão, em qualquer de suas modalidades.

Esclarecedoras são as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha sobre essa peculiaridade do contrato de permissão de serviços públicos:

A uniformidade das cláusulas para prestação do mesmo serviço público por contratos diferentes determina a invariabilidade das condições para tal desempenho por todas as contratadas. Assim, a permissão para a prestação do transporte coletivo por meio de ônibus, por exemplo, não obedece, na verdade, a qualquer diferença nas cláusulas obrigacionais havidas nos ajustes firmados com as diversas entidades permissionárias. É que o serviço é o mesmo, a finalidade e a forma de ser realizado o interesse público também são os mesmos, as condições restam inalteradas, modificando-se apenas na identificação dos trechos servidos pelas entidades permissionárias. Destarte, no caso do contrato administrativo de adesão, essa peculiaridade acentua o traço distintivo entre a permissão e a concessão, ambas para a prestação de serviço público, e direciona o uso de cada uma das figuras nas hipóteses que, concretamente, forem postas à consideração. É que, onde houve possibilidade ou necessidade de se firmarem cláusulas específicas e próprias do serviço ou da relação pactuada, não se haverá de adotar o instituto da permissão, porque se lhe faltará uma das características, e contrato de adesão não será ele. Como a

lei em vigor estabelece que a instrumentalização da permissão será por essa modalidade de contrato, onde ele não puder ser utilizado, a permissão não será viabilizada juridicamente por ausência de requisito formal, esclarecendo-se que, então, o instituto a ser adotado pelo administrador público será outro que não esse. (ROCHA, 1996, p. 159-160).

Conclui a autora que, na prática administrativa, a identificação de quando a permissão de serviços públicos pode ou não ser utilizada deriva, exatamente, da necessidade ou não de estabelecimento de condições uniformes de contratação:

[...] onde se tiver de particularizar e identificar por traços próprios os elementos e o conteúdo de uma obrigação derivada da delegação da prestação de serviço a particular, não pode haver o uso da figura do contrato de adesão, que se singulariza pelo traço que torna uniformes as obrigações constituídas para todos os que se servem de igual situação jurídica. Onde não se puder fazer uso da figura do contrato administrativo de adesão, não se poderá admitir a permissão por inviabilidade do acatamento da forma contratual definida para conter esse instituto. (ROCHA, 1996, p. 161).

No que diz respeito ao fato de o contrato civil por adesão ser marcado pela existência de proposta permanente e geral, aberta a quem se interessar pelos serviços do proponente, a um grupo indeterminado de pessoas, tal característica não se faz presente no contrato administrativo por adesão.

A delegação de um serviço público não ocorre de forma permanente, pois depende da opção política do Poder Público de prestar o serviço de forma direta ou indireta. Tal escolha é discricionária, tornando a oferta da contratação apenas eventual.

Além disso, a Administração Pública não está livre para contratar com qualquer pessoa que se interessar, mas somente com aquele que, após procedimento isonômico de escolha, sagrou-se vencedor do indispensável processo licitatório. O contrato de permissão de serviços públicos é, pois, *intuitu personae*, como adiante se reafirmará.

Quanto à aceitação pura e simples do contratante, tal circunstância decorre, no contrato administrativo por adesão, do fato de as cláusulas contratuais serem fixadas pelo Poder Público de forma isolada, não admitindo flexibilizações pontuais. Cabe ao contratado, tão somente, aderir às condições propostas pelo contratante.

O mesmo se pode dizer quanto ao fato de as cláusulas do contrato por adesão serem fixadas unilateralmente e em bloco pelo contratante.

No contrato de permissão, para cada tipo de serviço delegado, o Poder Público deve estabelecer um conjunto de regras – um “bloco” normativo – aplicável a todos os potenciais interessados. Tal procedimento, embora leve em consideração os direitos e garantias do contratado, é realizado de forma unilateral pela Administração Pública.

Por fim, no que diz respeito à existência de superioridade econômica de um dos contratantes, também não há dúvida de que essa circunstância pode estar presente no contrato administrativo por adesão, pois o Estado detém uma gama enorme de recursos financeiros, na maioria das vezes superior àqueles de que dispõem a iniciativa privada.

A principal consequência dessa circunstância está nas regras de interpretação dos contratos por adesão, na medida em que se presume que essa superioridade de um dos contratantes deve ser invertida quando de eventual dúvida na execução contratual.

É nesse sentido a regra contida no art. 423 do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que estabelece que “[...] quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (BRASIL, 2002).

Tal norma de interpretação poderia colidir, em tese, com os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado, que orientam no sentido de que, em caso de conflito, o interesse público deve prevalecer sobre os interesses particulares<sup>38</sup>.

Há, então, um aparente conflito: enquanto o Código Civil determina que a interpretação dos contratos por adesão deve ser favorável ao aderente (no caso, o particular), os mencionados princípios administrativos preveem que o interesse público possui supremacia, não podendo a defesa desse interesse público ser dispensada pelo administrador.

---

<sup>38</sup> Sobre o princípio da supremacia do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho leciona: “As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. [...] Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 32).

A solução interpretativa, acredita-se, está na não aplicação absoluta e, *a priori*, de nenhum dos dois comandos hermenêuticos, devendo-se partir de uma análise concreta dos interesses atingidos.

Isso porque, a noção de supremacia do interesse público sobre o particular não autoriza uma interpretação em favor da Administração Pública de forma absoluta, com a escolha prévia da proteção do interesse público em detrimento do interesse particular. O ordenamento constitucional e infraconstitucional atual, até mesmo na regra expressa no art. 423 do Código Civil, protege os direitos subjetivos dos particulares, inclusive em face do Poder Público.

Logo, não há preponderância de interesses. O que deve haver é a composição da controvérsia à luz da proteção dos direitos e garantias fundamentais, independentemente de estar em jogo o interesse público ou o privado. Assim explana Marçal Justen Filho:

Portanto, não pode existir mais fundamento jurídico para afirmar que eventuais conflitos entre titulares de posições jurídicas contrapostas poderiam ser solucionados mediante uma solução abstrata e teórica, consistente na afirmação absoluta e ilimitada da preponderância de um sobre o outro [supremacia do interesse público sobre o privado]. Toda e qualquer controvérsia tem de ser composta em vista das circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica e visando à promoção dos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 120).

Tem-se, enfim, que a existência de aproximações e distanciamentos entre o contrato por adesão do Direito Civil e o contrato por adesão do Direito Administrativo, especificamente aquele voltado para a permissão de serviços públicos, não desnatura a natureza desse último, que está fundamentada, essencialmente, na existência de cláusulas predispostas pela Administração Pública, cuja principal nota distintiva é a uniformidade.

Como essa característica não está presente nos contratos de concessão de serviços públicos, torna-se um importante elemento de diferenciação entre esses institutos.

## 6.2 Permissionários: pessoas físicas ou jurídicas

Nos termos do que prevê o art. 2º, inciso IV, da Lei n.º 8.987/95, a permissão de serviços públicos pode ser delegada à pessoa física ou à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho.

Nesse aspecto, a permissão difere da concessão de serviços públicos simples e da concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, pois ambas essas delegações não são admitidas para pessoas físicas, mas apenas para pessoas jurídicas ou consórcio de empresas (art. 2º, incisos II e III, Lei n.º 8.987/95). Tal característica também destoa das outras modalidades de concessão de serviços públicos (parcerias público-privadas), pois em tais contratos o parceiro privado deverá constituir uma sociedade de propósito específico antes da celebração do ajuste (art. 9º, Lei n.º 11.079/2004).

O contrato de permissão de serviços públicos pode ser formalizado com empresas constituídas sob qualquer forma jurídica admitida em Direito, como empresas individuais e as diversas formas de sociedades previstas no Código Civil (sociedade simples, sociedade limitada, sociedade anônima, etc.), desde que devidamente inscritas no registro competente<sup>39</sup>. Além disso, a pessoa física também pode ser parte contratante em uma permissão de serviços públicos, hipótese em que não se exige maiores formalidades do particular.

Como a Lei n.º 8.987/95 não previu a realização de contrato de permissão de serviços públicos com consórcio de empresas (como o fez para a concessão simples e a precedida da execução de obra pública), conclui-se pela sua impossibilidade.

Nesse caso, a ausência de autorização para a contratação de consórcios tem como objetivo delimitar o objeto da permissão de serviços públicos, o qual não exige dos particulares grandes investimentos a ponto de justificar eventual união de empresas para a consecução do empreendimento.

---

<sup>39</sup> Como se extrai da doutrina: “A empresa pode revestir a forma de pessoa física, ou empresário individual; ou revestir a forma de uma sociedade, quando se qualificado como pessoa jurídica. Em ambos os casos, sua inscrição se fará no Registro Pública das Empresas Mercantis e atividades afins [...]” (GUIMARÃES; LOURES, 2003, p. 423).

### 6.3 Objeto da permissão de serviços públicos

Nem a Lei n.º 8.897/95 nem qualquer outro diploma legal existente no ordenamento jurídico pátrio preveem abstratamente critérios para a definição de quais serviços públicos podem ser objeto de permissão.

Por vezes, há previsões legais de serviços públicos que somente podem ser delegados por meio de concessão, como é o caso dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, da Constituição da República). Em outros casos, há regulamentação exigindo a adoção do regime de permissão para casos específicos, como o transporte rodoviário de passageiros interestadual e internacional (art. 6º, Decreto Federal nº 2.521, de 20 de março de 1998). Há, ainda, situações nas quais a legislação prevê, de forma abstrata, a possibilidade de adoção do regime de concessão ou de permissão para a prestação do serviço público, como ocorre na Lei n.º 9.074/95, cabendo ao administrador público decidir, no caso concreto, o regime jurídico mais adequado.

O estabelecimento de critérios para definição do objeto da permissão de serviços públicos cabe, portanto, ao intérprete, o qual pode se valer do método excludente para chegar a uma definição aceitável na prática administrativa.

Em primeiro lugar, o contrato de permissão só pode envolver a prestação de um serviço público. Nesse tipo de delegação, a Administração Pública não pode exigir do permissionário o encargo consistente na construção conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, como ocorre na concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública (art. 2º, inciso III, Lei n.º 8.987/95).

Quando o objeto da delegação envolver a realização de um encargo diferente da efetiva prestação do serviço público, não será o caso de permissão, mas de outra modalidade de contratação, dependendo do fim público perseguido.

Em segundo lugar, como a permissão de serviços públicos se formaliza mediante contrato por adesão, somente poderão ser delegados sob esse regime jurídico aqueles serviços cujas relações entre o Estado e o particular puderem se sujeitar à uniformidade das cláusulas inerentes a esse tipo de ajuste.

Conforme leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha, não podem ser permitidas as atividades que não se conjugam com a forma do contrato por adesão e com o

conteúdo das garantias que o caracterizam, devendo ser objeto de outro ajuste administrativo (ROCHA, 1996, p. 173).

Isso ocorre, por exemplo, em situações nas quais a Administração Pública, a fim de atrair o interesse dos particulares, tem que estabelecer condições especiais para cada delegação, contrariando a natureza do contrato por adesão (que exige uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta).

Em terceiro lugar, o objeto da permissão de serviços públicos não pode envolver uma atividade que exija investimentos muito vultosos dos permissionários.

A doutrina tradicional sobre a permissão de serviços públicos sempre defendeu que a sua utilização adequada ocorreria quando o “[...] permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço [...]” (MELLO, 2012, p. 775), exatamente em função da precariedade do vínculo estabelecido com a Administração Pública. Essa orientação não foi suprimida pelo ordenamento em vigor.

Embora a Lei n.º 8.987/95 não seja explícita quanto a tal característica, suas disposições apontam no sentido de que o contrato de permissão realmente não é adequado para outorgas de serviços públicos cujas execuções exijam altos investimentos dos particulares, com retornos financeiros percebíveis apenas a longo prazo.

Isso está implícito em diversas regras da Lei n.º 8.987/95, como no fato do contrato por adesão da permissão de serviços públicos possuir um aspecto de precariedade, na não exigência de concorrência como modalidade licitatória, bem como na impossibilidade de participação de empresas consorciadas na licitação da permissão e na possibilidade da delegação se efetivar para pessoas jurídicas, as quais, em tese, possuem menor capacidade de investimentos do que as empresas.

Segundo Luiz Alberto Blanchet, a permissão de serviços públicos é incompatível com outorga de atividades cuja execução demande custos muito elevados, e tal característica está evidenciada na Lei n.º 8.987/95 na impossibilidade de participação na licitação de empresas reunidas em consórcio. Segundo o autor:

[...] Esta incompatibilidade do instituto com outorgas que requeiram comprometimento de recursos de grande monta, embora não explícita no texto legal, acaba revelando-se a partir de alguns indícios, dentre os quais merece destaque a impossibilidade da participação de interessados reunidos em consórcios, em licitações que tenham por objeto a permissão de serviço público. 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. A inadmissibilidade legal de propostas apresentadas por consórcios em licitações para permissão de serviço público tem, pois, origem em sua prescindibilidade, já que para atividades de porte mais modesto é maior o número de interessados aptos. (BLANCHET, 1999, p. 40).

Para fins da adoção de um padrão para a definição do que seria um serviço público cuja execução exija investimentos elevados, o administrador público pode levar em consideração, desde que justificadamente no caso concreto, os valores fixados na Lei de Licitações como limites para a determinação da concorrência como modalidade de licitação<sup>40</sup>.

Realmente, se na concessão de serviços públicos é obrigatória a adoção da concorrência, é porque se presume que a contratação, nesse caso, vai atingir um nível de investimento análogo ou superior àquele estimado para essa modalidade de licitação. Por consequência, a delegação de serviços que envolvam uma alocação de recursos estimadamente menor poderá ser feita, em tese, por meio da permissão de serviços públicos.

Esses aspectos que limitam a possibilidade de formalização de um contrato de permissão de serviços públicos, embora não sejam um critério discriminador absoluto, permitem ao administrador público uma avaliação, no caso concreto, da adequação da modalidade de delegação de prestação de serviço público escolhida.

Deve-se ressaltar, por fim, que há autores que defendem que a permissão de serviços públicos não poderia ser utilizada para atividades permanentes ou de natureza continuada, mas somente naqueles casos de necessidade temporária e eventual do Poder Público (FIGUEIREDO, 2003).

Tal discriminação, contudo, leva em consideração o conceito clássico de permissão de serviços públicos como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, o que retiraria do particular a maior parte de seus direitos em face da Administração Pública.

Na medida em que a permissão de serviços públicos não pode mais ser tida como ato administrativo no ordenamento jurídico atual, mas sim, como contrato

---

<sup>40</sup> “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...] I - para obras e serviços de engenharia: [...] c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); [...] c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).” (BRASIL, 1993).

administrativo, não se vislumbra a impossibilidade de seu objeto abranger, além de atividades eventuais, serviços públicos contínuos, na medida em que a natureza do ajuste traz garantias de execução para o particular, as quais se adéquam à necessidade de prestação permanente do serviço público.

#### **6.4 Licitação na permissão de serviços públicos**

A Constituição da República de 1988 prevê que a prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão sempre ocorrerá através de licitação (art. 175, *caput*). Como não poderia deixar de ocorrer, a Lei n.º 8.987/95 também impõe, em diversos de seus artigos, a exigência de realização de processo público de escolha do concessionário ou do permissionário mediante licitação (art. 2º, 14, 40, entre outros).

Para a concessão de serviços públicos, a Lei n.º 8.987 impõe a concorrência como modalidade licitatória de observância compulsória (art. 2º, incisos II e III), tendo em vista que tal procedimento é destinado a contratações de maior vulto, nos termos do art. 23 da Lei n.º 8.666/93.

Já no caso da permissão de serviços públicos, a Lei n.º 8.987/95 não estabeleceu a necessidade de adoção de uma modalidade licitatória específica. Apenas previu a indispensabilidade de licitação, omitindo-se sobre o procedimento a ser adotado. Nessa hipótese, deve-se avaliar as características das modalidades licitatórias previstas no ordenamento jurídico, a fim de definir quais os procedimentos passíveis de adoção.

A concorrência, como já afirmado, é própria da concessão de serviços públicos. Embora não seja vedada expressamente sua adoção para o regime de permissão de serviços públicos, atingindo-se os limites que determinam a necessidade de observância do procedimento da concorrência, está-se diante de um forte indicativo de que o caso deve ser de concessão de serviços públicos, porque o vulto da contratação afasta a possibilidade de aplicação do instituto da permissão de serviços públicos.

Todavia, nada obsta que, atenta à questão do vulto da contratação, a Administração Pública utilize a concorrência também para a permissão de serviços públicos, tendo em vista que suas formalidades tendem a dar maior publicidade à

licitação e maior segurança jurídica ao Poder Público e ao particular contratado, além de facilitar o controle e a fiscalização do certame.

É possível, também, a adoção das modalidades de tomada de preços e convite, as quais deverão ser seguidas, respectivamente, nas hipóteses de contratações de médio vulto e nos casos de significação econômica reduzida.

Quanto ao pregão, modalidade de licitação prevista na Lei n.º 10.520/2002, sua adoção é possível desde que a delegação envolva serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. A noção de serviços comuns está vinculada à de padronização, considerando-se como tal todos aqueles serviços cujo objeto esteja disponível no mercado a qualquer tempo, com configuração e características uniformizadas pela própria atividade.

Como ressalta Marçal Justen Filho, o procedimento do pregão é destinado, essencialmente, para a concorrência sobre o preço da atividade licitada, na medida em que é desnecessária a disputa sobre a “capacitação do sujeito para executar o objeto nem sobre a qualidade do produto ofertado”, pois tais características são padronizadas pelo mercado (JUSTEN FILHO, 2010, p. 467).

Por outro lado, pelo objeto a que se destinam, não podem ser utilizadas as modalidades de concurso e leilão para a permissão de serviços públicos, pelo menos nos termos previstos na Lei de Licitações. O primeiro, porque é voltado para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º, Lei n.º 8.666/93). O segundo, porque tem como finalidade a venda de bens móveis e imóveis (art. 22, § 5º, Lei n.º 8.666/93). Nenhuma das duas modalidades se adequa à delegação de um serviço público.

Com relação ao leilão, entretanto, a Lei n.º 9.491, de 09 de setembro de 1997, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, considerou possível a sua adoção para concessões, permissões e autorizações de serviços públicos (art. 4º, § 3º). Tal norma, pois, criou uma espécie de leilão paralela àquela estabelecida na Lei de Licitações, voltada exclusivamente para a delegação de serviços públicos a particulares.

Tal possibilidade de inovação nas modalidades de licitação já era possível inclusive antes do referido diploma, tendo em vista ser aceitável a inovação

procedimental para contratações não abrangidas especificamente pela Lei n.º 8.666/93, como é o caso das permissões de serviços públicos<sup>41</sup>.

De qualquer modo, como já se ressaltou quando da análise da concessão de serviços públicos, a realização de licitação para a permissão depende do atendimento dos pressupostos necessários à viabilidade da competição.

É preciso que estejam presentes os pressupostos lógico (existência de pluralidade de objetos e de ofertantes), jurídico (aptidão da licitação para realizar os objetivos pretendidos pela Administração) e fático (existência de interessados na disputa) (MELLO, 2012, p. 550). Sem tais pressupostos, a licitação é inexigível, porque não há viabilidade fática de sua execução.

Se a possibilidade de competição é viável, ainda que em tese, a licitação é obrigatória. Não se cogita da dispensa de licitação para a outorga de permissão de serviços públicos, pois tanto a Constituição da República quanto a Lei n.º 8.987/95 previram que a licitação deve ocorrer “sempre”, ou seja, em todas as hipóteses possíveis, sem previsão de aplicação de exceções legais.

Sobre essa questão, Juarez de Freitas leciona que toda a dispensa do processo licitatório em matéria de concessão ou permissão de serviços públicos é inconstitucional, porque o advérbio “sempre”, contido no art. 175 da Constituição Federal, não comporta dúvidas quanto à obrigatoriedade da concorrência pública (FREITAS, 2004, p. 328).

Diversa, contudo, é a hipótese de inexigibilidade de licitação, embora haja vozes destoantes, como destaca o referido autor:

Bem distinta se mostra a situação da inexigibilidade, na qual, por definição, a competição se mostra inviável ou rigorosamente colidente com os princípios que deve nortear a licitação. Está claro que sequer o constituinte originário pode exigir o inexigível, sob pena de autocontradição insanável. Há, apesar disso, quem pense que mesmo a inexigibilidade estaria vedada. Uma possível explicação repousaria no desejo de evitar declarações de inexigibilidades que camuflassem dispensa do certame licitatório. No entanto, salvo melhor juízo, o caminho acertado está em verificar se está diante de inexigibilidade ou dispensa camuflada e, pois, de vedação constitucional. Seja como for, se se tratar de concessões ou permissões de

---

<sup>41</sup> Mesmo diante da vedação contida no art. 22, § 8º, da Lei n.º 8.666/93, a doutrina já se posicionava nesse sentido, como destaca Marçal Justen Filho: “Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do § 8º deve ser interpretado em termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei n.º 8.666. O exemplo, já apontado anteriormente, relaciona-se com a concessão ou permissão de uso de em público.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 303).

serviços públicos, a licitação deverá ocorrer, apesar de se admitir a hipótese de, se não acudirem interessados, mostrar-se inviável repeti-la sem prejuízo para a Administração Pública. (FREITAS, 2004, p. 328-329).

Por meio do processo licitatório da permissão de serviços públicos, a Administração Pública escolhe o particular a partir da avaliação de uma série de exigências, que se prestam para atestar se o futuro permissionário possui aptidão jurídica, econômico-financeira e técnica para o desempenho de determinado serviço. Tal verificação torna a permissão de serviços públicos *intuitu personae*.

A delegação da permissão só pode ser feita à pessoa física ou jurídica que, nos termos do art. 2, inciso IV, da Lei n.º 8.987/95, demonstre capacidade para o seu desempenho. Embora a escolha decorra das condições pessoais do permissionário, não se admite que a Administração Pública faça essa eleição de forma discricionária, mas somente por meio do competente processo licitatório.

Por seu caráter *intuitu personae*, na permissão de serviços públicos somente se admite a substituição do permissionário por terceiro com a expressa anuência do Poder Público e, mesmo assim, desde que haja previsão no edital e no respectivo contrato por adesão e que fique resguardada a impessoalidade e isonomia no procedimento de substituição.

## **6.5 Temporariedade do contrato de permissão de serviços públicos**

Em que pesem as divergências existentes sobre questão da temporariedade da permissão de serviços públicos<sup>42</sup>, a análise da natureza jurídica e da legislação em vigor orienta no sentido de que deve haver a fixação de um prazo certo para a vigência desse tipo de delegação.

A permissão de serviços públicos é formalizada mediante contrato administrativo, o qual, mesmo sendo por adesão, segue a regra geral de que os contratos administrativos devem ter vigência certa e determinada. Ainda que se admita a existência de relativa precariedade no vínculo em questão, como adiante

---

<sup>42</sup> Entre os doutrinadores que defendem que a permissão deve ser instrumentalizada com prazo indeterminado, pode-se destacar o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 134) e Cristiana Fortini (2009, p. 35-36). Essa última afirma o seguinte: “A ausência de prazo fixado no instrumento contratual refletiria a precariedade, uma vez que o permissionário não teria expectativa quanto à duração da relação jurídica que, a qualquer tempo, poderia ser desfeita” (FORTINI, 2009, p. 37).

se analisará, tal circunstância não tem o condão de tornar possível um ajuste com prazo indeterminado, pois tal não é o conteúdo da precariedade na permissão de serviços públicos.

A regra da necessidade de estabelecimento de prazo determinado para as contratações públicas decorre do princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação (art. 37, inciso XXI), que assegura a todos os particulares a possibilidade de, em tese, contratar com o Poder Público em igualdade de condições. A existência de contratos administrativos com prazo indeterminado burlaria esse princípio, possibilitando um tratamento privilegiado para determinados contratantes.

Essa noção de isonomia também vigora nos contratos administrativos de concessões e permissões públicas, na medida em que ambos só podem ser celebrados mediante prévio procedimento licitatório, conforme está expresso no art. 175 da Constituição da República de 1988.

Além disso, como leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha, a outorga de permissão sem tempo definido romperia a essência da delegação, por promover verdadeira substituição da entidade competente para a prestação do serviço público pela pessoa permissionária. Seria a “[...] transferência não apenas da incumbência de fazer a entrega do serviço ao permissionário, mas da própria competência pública indisponível sobre o serviço [...]” (ROCHA, 1996, p. 165), o que se afigura inconstitucional.

Não bastasse a temporariedade da permissão de serviços públicos decorrer de sua natureza contratual, o ordenamento jurídico ainda alberga tal regra de forma implícita e explícita em diversos dispositivos.

Implicitamente, a Constituição assim previu ao estabelecer que a lei deve dispor sobre o regime das empresas permissionários, trazendo regras sobre o caráter especial de seu contrato e de sua **prorrogação** (art. 175, parágrafo único, inciso I). Ora, se deve haver normas sobre a prorrogação do contrato de permissão de serviços públicos, é porque se pressupõe que também deve haver um prazo certo de duração inicial. Só se prorroga o contrato cuja vigência (prazo) já se expirou.

Explicitamente, o ordenamento infraconstitucional traz diversas normas que permitem concluir pela obrigatoriedade de fixação de um prazo determinado para o contrato de permissão de serviços públicos.

A Lei n.º 8.666/93, cujos dispositivos se aplicam aos contratos para permissão de serviços públicos naquilo que não conflitam com a legislação especial (art. 124),

estabelece que é vedada a formalização de contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 2º).

Na Lei n.º 8.987/95, a única referência expressa à obrigatoriedade de previsão do prazo para a permissão de serviços públicos está contida no art. 5º, que impõe ao poder concedente o dever de publicar ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou de permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Contudo, por se aplicarem à permissão todas as normas da Lei n.º 8.987/95 compatíveis com o instituto, as regras que impõem a fixação de um prazo certo para a concessão são extensíveis à permissão de serviços públicos, especialmente aquelas que caracterizam o prazo como cláusula essencial do edital e do contrato administrativo de delegação (art. 18, inciso I e art. 23, inciso I, Lei n.º 8.987/95).

Quanto à duração dos contratos de permissão de serviços públicos, a Lei n.º 8.987/95 não estabeleceu um período mínimo ou máximo para a delegação, de modo que, regra geral, tal decisão fica à cargo do poder concedente, exceto quando normas especiais fixarem o período contratual obrigatório.

Como, diversamente da concessão, a permissão de serviços públicos não exige do particular um investimento muito elevado para a prestação do serviço delegado, não há necessidade de estabelecimento de prazos contratuais muito longos, já que a amortização do capital investido é presumivelmente mais rápida. O ideal é que a duração dos contratos de permissão obedeça um prazo médio razoável, a fim de permitir a ampliação da competitividade entre os particulares interessados na outorga.

De qualquer modo, a decisão quanto à duração dos contratos de permissão deve levar em consideração as peculiaridades do serviço prestado e, principalmente, os aspectos econômicos da delegação, na medida em que esse tipo de relação possui uma instabilidade contratual maior, derivada da precariedade do ajuste.

Assim como os contratos de concessão, os de permissão de serviços públicos também admitem prorrogação, desde que as condições desse ato estejam estabelecidas no instrumento contratual (art. 23, inciso XII, da Lei n.º 8.987/95) e que tal medida, no caso concreto, seja justificada pelo interesse público.

Não se admite que as prorrogações da permissão de serviços públicos violem a obrigatoriedade de licitação da delegação, violando os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e, eventualmente, da economicidade.

## 6.6 Precariedade e revogabilidade unilateral da permissão de serviços públicos

Talvez a crítica mais contundente que se faça à Lei n.º 8.98/97 resida no fato de o legislador ter caracterizado a permissão de serviços públicos como um contrato com as características da precariedade e da revogabilidade unilateral pela Administração Pública, conforme disposto no *caput* do art. 40.

Reconhece-se que a utilização das expressões em questão foi inadequada, posto que deixou de lado toda a construção técnico-doutrinária sobre a matéria, e acabou misturando noções vinculadas ao conceito de ato administrativo (como precariedade e revogabilidade) com características de ajustes contratuais (como necessidade de licitação), além da equívoca referência a “poder concedente” para fazer menção ao “poder permitente”.

A par das inúmeras críticas que se poderia tecer sobre os lamentáveis erros do legislador, cumpre-nos traçar parâmetros para a interpretação razoável do instituto, a fim de eliminar os paradoxos da lei, mas sem esvaziar os comandos contidos na norma, pois esses são presumivelmente constitucionais.

A noção de precariedade deve ser conjugada com a de revogabilidade unilateral do contrato de permissão pela Administração Pública, pois ambas as características compõem a essência do conceito e a distinção dessa forma de delegação da concessão de serviços públicos.

José Cretella Júnior, após fazer uma incursão nos léxicos nacionais e de outros países, conclui que o sentido da palavra precário é o de instável, incerto, opondo-se a estável, seguro, contínuo, durável, duradouro (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 865).

Já a expressão “a título precário”, ainda segundo o referido autor, é empregada tanto para designar a relação que tem pouca duração como a que pode ser revogada a qualquer tempo, sem direito à indenização.

De qualquer modo, pela variabilidade das situações nas quais pode ser empregada, a precariedade “é palavra de sentido relativo, suscetível de graus” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 866). Ou seja, a precariedade não pode ser tomada como algo absoluto, devendo ser analisada de acordo com as peculiaridades da situação à qual se encontra vinculada.

Regral geral, pode-se afirmar que a permissão de serviços públicos possui as citadas características das relações estabelecidas “a título precário”, que são a pouca duração e a possibilidade de revogação a qualquer tempo.

De um lado, quando comparado com a concessão de serviços públicos, o contrato administrativo de permissão possui uma duração mais reduzida, tendo em vista que não é imprescindível a fixação de uma vigência muito extensa para compensar os investimentos do particular, os quais não atingem níveis muito vultosos nesse tipo de delegação. A permissão de serviços públicos, portanto, é por pouca duração<sup>43</sup>.

De outro lado, a permissão de serviços públicos também é dotada de certa instabilidade, porquanto está sujeita à revogabilidade a qualquer tempo, havendo, contudo, ressalvas com relação à indenização do particular.

Essa instabilidade é relativa, na medida em que o ajuste da permissão se formaliza mediante um contrato administrativo com prazo certo de vigência, o que gera para o particular uma expectativa legítima do fiel cumprimento daquilo que foi avençado.

A precariedade na permissão de serviços públicos deve ser restrita, não podendo atingir um grau muito elevado, a fim de justificar a sua formalização mediante contrato, não como ato administrativo. Como cita o próprio José Cretella Júnior, “atualmente a tendência é estabelecer princípios restritivos da precariedade” (CRETELA JÚNIOR, 2000, p. 864).

É nesse sentido que deve ser entendida a precariedade na permissão de serviços públicos: curta duração do contrato e certo grau de instabilidade do vínculo, consubstanciado na possibilidade de seu desfazimento prematuro<sup>44</sup>.

Essa instabilidade, que está contida no art. 40 da Lei n.º 8.987 quando prevê a “revogabilidade unilateral” do contrato de permissão de serviços públicos, precisa ser compreendida à luz do ordenamento jurídico em vigor, que assegura determinadas garantias ao particular que contrata com a Administração Pública.

---

<sup>43</sup> Deve-se levar em consideração a fluidez desse conceito, como alerta José Cretella Júnior: “Sabe-se que é de pouca duração, mas não se sabe de quanto. Não se sabe se, aplicado ao tempo, o precário diz respeito a horas, dias, meses ou anos. É termo, pois, de significado relativo” (CRETELA JÚNIOR, 2000, p. 865).

<sup>44</sup> Precariedade também tem sido relacionada à posição de prevalência da Administração Pública na relação jurídica formada, legitimando o Poder Público a revogar seus atos na hipótese de interesse público comprovado, como no caso do uso privativo de bens públicos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1155).

Revogação, como já se ressaltou alhures, é reconhecida pela doutrina como uma forma típica de extinção dos atos administrativos, não dos contratos. É, segundo Florivaldo Dutra de Araújo, “[...] a extinção de ato administrativo válido ou de seus efeitos por ato administrativo posterior, por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos já produzidos” (ARAÚJO, 2005, p. 87-88).

Tecnicamente, os contratos não são revogados, mas, sim, rescindidos, inclusive unilateralmente pela Administração Pública.

A rescisão é uma das formas de extinção dos contratos administrativos, ao lado de outras hipóteses, como o cumprimento do objeto, o término do prazo, a impossibilidade material ou jurídica de permanência do vínculo e a invalidação, (CARVALHO FILHO, 2012).

Sendo assim, quando a Lei n.º 8.987/95 faz referência à revogação, deve-se admitir que está tratando da rescindibilidade do contrato administrativo, sob pena de esvaziar o conteúdo da norma. Talvez o legislador tenha preferido a expressão “revogabilidade unilateral” para evitar confusão com a rescisão enquanto forma de extinção do contrato de concessão (art. 39, Lei n.º 8.987/95), para a qual somente tem legitimidade o concessionário.

Não é novidade no Direito Administrativo a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos firmados pela Administração Pública. Tal prerrogativa é entendida como uma cláusula exorbitante na relação contratual firmada pelo Poder Público, que confere à Administração determinadas prerrogativas em relação ao particular, colocando-a em posição de supremacia no ajuste contratual (DI PIETRO, 2005, p. 256).

Conforme se infere de uma leitura da Lei n.º 8.666/93, a rescisão unilateral do contrato administrativo tem cabimento nas hipóteses em que há razões de interesse público fundadas e justificadas, nos casos de inadimplemento contratual do contratado e na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Todavia, para fins de delegação de serviços públicos, a Lei n.º 8.987/95 estabeleceu normas relativamente distintas para a extinção dos contratos administrativos.

Para a concessão de serviços públicos, nos termos do art. 35 e seguintes da Lei n.º 8.987/95, o que na Lei de Licitações se entende como rescisão unilateral por iniciativa da Administração Pública, foi tratado como encampação e caducidade, que, respectivamente, dão ensejo à extinção do contrato em razão do interesse

público ou da inexecução total ou parcial do contrato. A rescisão na Lei n.º 8.987/95 foi considerada como o ato de extinção contratual de iniciativa do concessionário, decretada mediante ação judicial.

Assim, quando o art. 40 dispõe sobre a “revogabilidade unilateral” pela Administração Pública do contrato de permissão de serviços públicos, não está fazendo referência a qualquer das formas de extinção da concessão previstas no art. 35 da Lei n.º 8.987/95. A disposição em questão criou uma hipótese própria e distinta de extinção do contrato de permissão de serviços públicos: sua revogação unilateral pela Administração Pública.

E a peculiaridade do contrato de permissão de serviços públicos está justamente nessa forma extinção do contrato: a revogação se dá por motivo de interesse público, por razões de conveniência e oportunidade da Administração Pública, independentemente do inadimplemento contratual do permissionário.

Para extinguir um contrato de concessão de serviços públicos por motivo de interesse público, a Administração Pública só pode se valer da chamada encampação, que exige lei autorizativa e prévio pagamento da indenização ao particular (art. 38, Lei n.º 8.987/95).

O contrato de permissão de serviços públicos, por sua vez, pode ser extinto com base na invocação do interesse público, sem a necessidade de se utilizar da encampação, pois a Lei n.º 8.987/95 previu sua revogabilidade unilateral diretamente pelo poder permitente (art. 40). Nesse caso, está dispensada a exigência de lei autorizativa, bem como o pagamento de indenização prévia, bastando uma mera decisão do Poder Público, tomada em regular processo administrativo, para que se perfaça a revogação unilateral.

Aí reside a principal diferença legal entre a concessão e a permissão de serviços públicos: embora ambos os vínculos jurídicos possam ser extintos por motivos de interesse público, a precariedade inerente ao contrato de permissão possibilita que isso seja feito de forma administrativa, sem a necessidade de autorização legislativa e sem a imposição do pagamento de indenização prévia ao permissionário.

Não há, assim, incompatibilidade insanável no fato de ser a permissão um contrato administrativo com a característica da precariedade, na medida em que se pode considerar que a interpretação do termo determina a existência de um contrato com um vínculo jurídico relativamente instável, mais fácil de ser desfeito, com

menores garantias ao contratado, quando comparado à concessão de serviços públicos.

Essa revogabilidade unilateral do contrato de permissão de serviços públicos não dispensa a necessidade de motivação do ato administrativo e a observância do devido processo legal e da ampla defesa, pois tais garantias são de índole constitucional. No contexto do Estado Democrático de Direito, tais garantias não podem ser afastadas em nenhum ato restritivo de direitos da Administração Pública.

No que diz respeito às consequências econômicas do rompimento prematuro do contrato de permissão de serviços públicos, o fato de não ser o Poder Público obrigado a pagar uma indenização prévia ao particular não corresponde à isenção absoluta da obrigação indenizatória da Administração Pública.

Como a permissão de serviços públicos não exige do particular a mobilização de grandes recursos financeiros, presume-se que eventual extinção do contrato antes de seu término não lhe acarrete prejuízo, o que afastaria, *a priori*, a necessidade de indenização do particular.

Marçal Justen Filho esclarece o seguinte sobre essa questão:

O aspecto fundamental para a caracterização da permissão reside na ausência de dever de o particular realizar investimentos para a implantação ou o desenvolvimento dos serviços. Ou, se houve esse dever, os investimentos não necessitam de prazo mínimo de exploração para serem amortizáveis. Essa distinção permite ao Estado colocar fim à permissão à qualquer tempo, sem a necessidade de indenizar o particular. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 780).

A presunção de ausência de prejuízo do particular pelo rompimento prematuro do contrato de permissão de serviços públicos é, contudo, relativa. As situações concretas podem evidenciar hipóteses nas quais o particular tenha seus direitos violados pela Administração Pública pelo não cumprimento do ajuste, gerando o dever indenizatório do Poder Público.

A permissão de serviços de serviços públicos é um contrato e, como tal, deve ter respeitadas suas cláusulas. O descumprimento, por qualquer das partes, das obrigações fixadas, pode dar ensejo ao dever de indenização, mas nunca dispensará a efetiva demonstração do prejuízo.

Sobre a indenização decorrente da rescisão unilateral do vínculo contratual da permissão de serviços públicos, Cláudio Cairo Gonçalves defende que tal direito é

vinculado ao nível de recursos despendidos pelo contratado em prol da organização do serviço. Segundo o autor:

[...] A Administração pode instabilizar unilateralmente a relação, independentemente da vontade do particular, estando sujeita a indenizar o permissionário que não houvesse incorrido em falta que a justifique, em face da estabilidade requerida pela relação pela relação contratual firmada entre as partes, equiparada à da relação surgida no contrato de concessão. (GONÇALVES, 2007, p. 144).

Ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores<sup>45</sup>, a precariedade do contrato de permissão não afasta, por si só, o dever de indenização. A noção de responsabilidade é inerente a todo ordenamento jurídico e, no caso do Estado, ela ainda é mais acentuada, por ser objetiva, independentemente do elemento culposo, nas relações extracontratuais (art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988).

Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, a obrigação do Estado de recompor os agravos patrimoniais oriundos de sua ação ou omissão é uma noção fundamental do Direito Público: “[...] todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos” (MELLO, 2011, p. 1009).

Não poderia ser diferente essa noção de responsabilidade na permissão de serviços públicos. Até porque, vigora nesse tipo de contrato o princípio da boa-fé, que impõe ao Poder Público o dever de firmar um ajuste com base em uma equação econômico-financeira justa e adequada<sup>46</sup>. A manutenção desse equilíbrio econômico-financeiro traz como uma das suas consequências o dever de indenização de eventuais prejuízos decorrentes da extinção do contrato de permissão pela Administração Pública.

A necessidade de estabelecimento e conservação de um padrão de qualidade, modicidade e eficiência do serviço público delegado também concorre para o dever de indenização. Como a contratação com a Administração Pública

---

<sup>45</sup> Para parte da doutrina, a noção de precariedade está no fato de que a permissão é revogável qualquer tempo, com fundamento no justificado interesse público, o que não gera direito à indenização para o particular (ALENCAR; AZEVEDO, 1998, p. 147).

<sup>46</sup> Como destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha: “É exatamente a boa-fé que determina a equivalência, o equilíbrio, a harmonia que demonstram a honestidade enfim das cláusulas determinantes de deveres e direitos, encargos e benefícios da concessionária, a serem ditados pelo interesse público na realização do serviço público e na sua entrega ao usuário segundo apurado pela entidade concedente” (ROCHA, 1996, p. 67).

pressupõe um risco jurídico, eventual negativa do direito de indenização será transformada em custos e computada financeiramente pelo particular quando da elaboração de sua proposta, refletindo de forma antieconômica na atividade delegada.

A apuração de eventual dano ao particular deve ocorrer após a revogação unilateral da permissão de serviços públicos pela Administração Pública, não sendo necessário o prévio pagamento do valor ao permissionário, como ocorre na concessão. Tal pagamento pode se dar na esfera administrativa, sendo dispensável, e até indesejável, a instauração de conflito jurisdicional para a solução desse tipo de controvérsia.

### **6.7 Remuneração do permissionário: equilíbrio econômico-financeiro**

Assim como ocorre na grande parte das concessões de serviços públicos, a remuneração do permissionário se faz, via de regra, mediante a exploração do próprio serviço, por intermédio das tarifas cobradas dos usuários.

Quando se leva em consideração a relação estabelecida entre o Poder Público e o permissionário, a permissão é gratuita, porque não importa em ônus para o Estado. É o particular quem paga pela prestação do serviço, não recaindo sobre a Administração Pública o dever da contraprestação direta do delegatário.

A permissão, contudo, também por ser onerosa, na medida em que a Lei n.º 8.987/95 criou a possibilidade de o Poder Público complementar ou substituir a tarifa por outros meios de remuneração. Trata-se da instituição de formas alternativas ou complementares de contraprestação, que, segundo o art. 11 do referido diploma, têm o objetivo de favorecer a modicidade das tarifas.

Essa permissão onerosa deve estar devidamente regulada no edital de licitação e pode se constituir, inclusive, em um importante mecanismo de desoneração social, como alerta Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Daí que, para que o particular permissionário obtenha o legítimo lucro que o motiva a obter a delegação e emprestar a sua colaboração à entidade pública, quanto menos tiver ele de assumir despesas, inclusive com o pagamento à pessoa pública competente, menor será a cobrança que ele fará ao usuário, o que atende o espírito do sistema jurídico, que pretende que o serviço público seja o menos oneroso possível ao cidadão. Todavia, não há impedimento a que, num caso específico e no qual se comprove objetivamente a conveniência do pagamento à pessoa permitente, se

estabeleça que a permissão se dará mediante o ônus de pagamento devido pelo permissionário a essa entidade. (ROCHA, 1996, p. 168).

A garantia de remuneração da permissionária de serviços públicos envolve, paralelamente, a questão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Quando se analisa a permissão de serviços públicos como um ato unilateral, é comum se afirmar que eventuais alterações na prestação do serviço determinadas pela Administração Pública não influenciam diretamente na remuneração do particular, pois a alegada superioridade do Poder Público nessa relação permitiria a alteração unilateral das condições de delegação, sem gerar direitos indenizatórios.

O Judiciário, inclusive, possui vários precedentes que vinculam o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da permissão de serviços públicos à realização de prévia licitação, ao argumento de que somente a observância dessa formalidade legal permitiria a oposição dessa garantia por parte do particular (Recurso Especial n.º 1.352.497-DF, Agravo Regimental n.º 799.250-MG, entre outros).

Os argumentos em questão não prosperam se a permissão for tomada sob o ponto de vista da contratualização, como determinam a Constituição Federal e a Lei n.º 8.987/95.

Com o Poder Público se socorrendo de terceiros para a execução de suas atividades, o contrato é o instrumento que permite a participação do particular como um colaborador, um parceiro, mas desde que sua atuação na relação firmada com a Administração Pública não seja apenas de submissão. A contratualização da permissão comporta uma maior intervenção do particular na composição do ajuste, o que vai desde a aceitação das cláusulas até eventual discussão quanto ao rompimento do equilíbrio contratual.

Como em todo ajuste contratual, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na permissão de serviços públicos é inerente à noção de justa remuneração do particular e de comutatividade, que pressupõe a equivalência de benefícios e de ônus assumidos pelas partes que compõem a relação contratual. No Direito Público, tal orientação pode ser extraída também dos princípios da moralidade, da boa-fé e da isonomia.

Se o Poder Público deixou de realizar a necessária licitação para a outorga de um serviço público, tal deficiência não é oponível aos particulares, os quais mantêm

seus direitos contratuais mesmo diante da irregularidade do ajuste. Se a delegação ocorreu de fato e se o serviço foi prestado como pactuado, não se justifica a negativa do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da relação com base em uma irregularidade administrativa, ainda que grave, sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público.

Criticando esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Marçal Justen Filho aduz o seguinte:

[...] a tutela à equação econômico-financeira do contrato administrativo não é condicionada à existência de prévia licitação. Os contratos avençados diretamente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, subordinam-se exatamente ao mesmo regime jurídico daqueles precedidos de licitação. A intangibilidade da equação econômico-financeira se vincula à proteção constitucional à propriedade privada e a diversos princípios constitucionais – inclusive à existência de um regime jurídico de prerrogativas extraordinárias em favor da Administração Pública. [...] Não se pode admitir que o Estado e a comunidade se beneficiem de um serviço público prestado adequadamente e pretendam, posteriormente, negar ao permissionário a titularidade de qualquer direito ou da proteção assegurada aos que aplicam os seus recursos para assegurar a prestação de um serviço público adequado. A ausência de licitação não foi suficiente para impedir que o sujeito tivesse desempenhado o serviço público, realizando desembolsos que beneficiaram a comunidade e que serão integrados ao patrimônio público. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 784).

Na legislação, a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de permissão de serviços públicos está albergada, como cláusula genérica, tanto na Lei n.º 8.666/93 quanto na Lei n.º 8.987/95.

A Lei de Licitações prevê que o Poder Público pode modificar unilateralmente os contratos administrativos para melhor adequá-los às finalidades de interesse público a que se destinam, mas, nessa hipótese, deverá rever concomitantemente as cláusulas econômico-financeiras para manter o equilíbrio contratual (art. 58, § 2º, Lei n.º 8.666/93).

Já na Lei n.º 8.987/95, essa necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato está expressa, entre outras normas, na possibilidade de revisão de tarifas (art. 9º, § 2º) e de estabelecimento de fontes provenientes de receitas alternativas para a permissionária (art. 11), que indicam a opção do legislador pela minoração dos riscos financeiros dos delegatários de serviços públicos.

Como ressalta Juarez Freitas, “[...] o equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes administrativos deve ser assegurado e restaurado imediatamente, sob pena

de grave vício administrativo e de arbitrariedade irremissível” (FREITAS, 2004, p. 302).

Assim como na concessão de serviços públicos, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão também pode ser rompido em favor da Administração Pública. Quando a remuneração do concessionário é acrescida por algum fator externo, como a concessão de subsídio pelo Poder Público, a extinção de tributos ou encargos legais e a arrecadação de fontes alternativas, impõe-se a redução do valor das tarifas, para adequá-la às condições contratuais apropriadas.

## **7 ALGUMAS HIPÓTESES DE PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Alguns casos específicos em que a permissão de serviços públicos é eleita como opção de delegação estão disciplinados em leis esparsas, que trazem normas que ora se aproximam ora se distanciam do regramento previsto na Lei n.º 8.987/95, bem como do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre esse tipo de delegação de serviços públicos.

Servem de exemplos os serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, os serviços de transporte individual, por meio de táxis, e os serviços de telecomunicações, que são atividades que podem ser outorgadas a particulares por meio de permissão de serviços públicos, conforme previsão em legislação específica.

A possibilidade de permissão de outros serviços públicos decorre da natureza das atividades desenvolvidas, como se demonstrará mais adiante.

### **7.1 Serviços públicos de transporte coletivo de passageiros**

Em atenção ao disposto no art. 178 da Constituição da República de 1988, que prevê a instituição de lei para a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, foi promulgada a Lei n.º 10.233/2001, que, entre outras disposições, veio regular a prestação de serviços de transporte em âmbito nacional.

Uma das diretrizes do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre prevista na Lei n.º 10.233/2001 foi a descentralização das ações e atividades desses serviços públicos.

Previu-se que, sempre que possível, deveria se dar preferência para a transferência dos serviços de transporte a outras entidades públicas, mediante a celebração de convênios, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão de serviços públicos (art. 12, inciso I, Lei n.º 10.233/01).

As normas para a definição da modalidade de transferência de atividades para a iniciativa privada foram assim estabelecidas no art. 13 da Lei n.º 10.233/01:

- a) **Concessão:** quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura;
- b) **Permissão:** quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura;
- c) **Autorização:** quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; prestação de serviço de transporte aquaviário; exploração de infraestrutura de uso privativo; e transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente.

Especificamente com relação à permissão de serviços públicos, a Lei n.º 10.233/01 enumerou os serviços de transporte rodoviário coletivo regular de passageiros e o transporte ferroviário regular de passageiros, desde que não associado à infraestrutura, como aqueles possíveis de serem permitidos (art. 14, inciso IV, alíneas “a” e “b”).

Para essas hipóteses de permissão de serviços públicos, assim como para todos os casos de concessão, exigiu-se a realização de procedimento prévio de licitação, bem como a formalização de contrato administrativo com prazo certo de vigência (art. 28, Lei n.º 10.233/01)<sup>47</sup>.

Entre as cláusulas essenciais no contrato de permissão de serviços públicos, destaca-se aquela que impõe a previsão de critérios para reajuste e revisão de tarifas (art. 39, inciso VI, Lei n.º 10.233/01), os quais devem considerar os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas e a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (art. 39, § 1º, Lei n.º 10.233/01). Tal exigência está em consonância com a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

---

<sup>47</sup> Em permissões de transporte rodoviário interestadual, a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) tem fixado o prazo do contrato de permissão em 15 (quinze) anos, vedando eventual prorrogação, como ocorreu no Edital de Licitação n.º 01/2013 (Disponível em: <<http://propass.antt.gov.br/index.php/content/view/105279.html>>. Acesso em: 18 mar. 2014).

Analisando as normas estabelecidas na Lei n.º 10.233/01, vislumbra-se que o legislador procurou estabelecer distinções entre a concessão e a permissão de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, especialmente aquelas relacionadas ao objeto de cada tipo delegação.

Enquanto a concessão foi destinada para a exploração de infraestrutura de transporte público, inclusive com a possibilidade de imposição de realização de obra pública ao concessionário, a permissão foi reservada apenas para a prestação do serviço público. Manteve-se, pois, a noção de que a permissão é voltada para atividades de menor vulto, que exigem investimentos relativamente modestos por parte dos permissionários.

Toda a construção interpretativa que deriva desse fator aplica-se à permissão, como a desnecessidade de estabelecimentos de prazos longos de duração contratual e a necessidade de comprovação de um prejuízo para fazer nascer o dever de indenização do permissionário no caso de extinção prematura do vínculo jurídico.

No que diz respeito ao aspecto da precariedade e da revogabilidade unilateral do contrato de permissão de serviços públicos, o texto da Lei n.º 10.233/01 é omissis. Nesse caso, deve-se aplicar as disposições da Lei n.º 8.987/95, especialmente o art. 40, cabendo ao intérprete a determinação do conteúdo jurídico das expressões em questão.

O fato de a Lei n.º 10.233/01 ter acolhido a tese da contratualização da permissão de serviços de transporte coletivo impõe a observância do regime jurídico inerente a esse vínculo, que alberga a cláusula da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a possibilidade de alteração unilateral do ajuste por parte da Administração Pública.

Fora das hipóteses estabelecidas na Lei n.º 10.233/2001, que se aplica exclusivamente ao âmbito federal, os Estados e Municípios têm competência para explorar diretamente, ou mediante concessão ou permissão, o serviço de transporte coletivo de passageiros.

Especificamente no caso de Minas Gerais, a Constituição Estadual prevê que somente diretamente ou sob a forma de concessão é que compete ao Poder Público a exploração dos serviços de transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário estadual de passageiros (art. 10, inciso IX). A omissão quanto à modalidade da permissão não é justificável, na medida em que as linhas de transporte intermunicipal podem

não exigir grandes investimentos, o que possibilitaria a delegação por meio de um regime diferente da concessão.

A citada omissão não impede que o Estado promova a transferência desse tipo de atividade à iniciativa particular por meio, também, de permissão de serviços públicos, porquanto há autorização genérica nesse sentido na Constituição da República de 1988 (art. 175), bem como na Lei Federal n.º 8.987/95, que possui normas gerais de abrangência nacional.

Já no caso dos Municípios, a Constituição da República de 1988 estabeleceu expressamente que o transporte coletivo local, de caráter essencial, pode ser delegado também por meio da permissão (art. 30, inciso V). Nesse transporte coletivo de competência do Município engloba-se o transporte urbano, o rural, o de estudantes, e outros previstos na legislação local.

A Lei n.º 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, cuidou de estabelecer alguns conceitos sobre o transporte de passageiros e delimitar as atribuições previstas na Constituição.

De acordo com o referido diploma, as atribuições dos entes federados foram assim distribuídas: à União compete a exploração dos serviços de transporte público interestadual de caráter urbano; aos Estados, os serviços de transporte intermunicipal; e aos Municípios, os serviços de transporte urbano.

Em qualquer dessas hipóteses, permitiu-se que a exploração ocorresse diretamente pelo Poder Público, por meio da gestão associada (que envolve a prestação conjunta de serviços públicos por dois ou mais entes federados, por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação, nos termos do que o art. 241, da Constituição da República<sup>48</sup>), ou por meio de delegação.

A delegação, nesse caso, tanto pode ser por concessão quanto por permissão de serviços públicos, não tendo a Lei n.º 10.233/2012 diferenciado previamente as situações que se submetem a cada regime jurídico. Ficou a cargo do administrador público a escolha da modalidade mais adequada, levando em

---

<sup>48</sup> “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.” (BRASIL, 1988).

consideração a complexidade da atividade e o nível de investimentos exigido do particular.

## **7.2 Serviços públicos de transporte individual de passageiros: táxis**

A Lei n.º 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, trouxe também normas sobre o que denominou de “transporte público individual”, que é o serviço de transporte de passageiros aberto ao público, por meio de veículo de aluguel, para a realização de viagens individualizadas (art. 4º, inciso VIII), categoria na qual se enquadram os táxis.

A primeira questão que recai sobre o serviço de táxi é a controvérsia sobre sua natureza jurídica, definição essa que determinará a forma legal da prestação desse serviço.

José dos Santos Carvalho Filho defende que o serviço de táxi melhor se enquadra como atividade privada, na medida em que não há uma oferta em caráter genérico, mas somente o atendimento individualizado da população. Não se tratando de um serviço público, não seria o caso de sua delegação ao particular, mas, em razão do interesse coletivo no controle dessa atividade, tal serviço é suscetível de autorização do Poder Público (CARVALHO FILHO, 2012, p. 443).

Não se coaduna com tal argumento, já que o serviço de táxi é uma atividade que gera uma utilidade pública que visa à satisfação de uma coletividade indeterminada. Sua utilização até pode ser individualizada, mas isso não descaracteriza a natureza pública do serviço, já que tal elemento não faz parte do seu conceito.

Embora usufruído de modo individualizado, como o transporte coletivo e a quase totalidade dos serviços públicos, o serviço de táxi é destinado à população em geral, não havendo restrição objetiva quanto à sua utilização.

Além disso, o Estado expressamente assumiu o serviço de táxi como uma espécie de serviço de utilidade pública, o que afasta o argumento de que se trata de uma atividade estritamente privada.

A Lei n.º 10.233/2012 prevê que a atividade de táxi, que se enquadra na categoria de transporte de passageiros aberto ao público, mas para viagens individualizadas, é uma espécie de transporte *público* individual, o qual, pela sua

natureza, é classificado pela lei como um serviço público (art. 3º, § 2º, inciso III c/c art. 4º, inciso VIII).

Em outras esferas políticas, também há o reconhecimento legislativo do serviço de táxi como um serviço público.

O art. 193 da Lei Orgânica de Belo Horizonte, por exemplo, prevê que é serviço público de competência do Município o transporte coletivo e o individual de passageiros, citando a seguir, no art. 199, a necessidade de outorga de permissão para a exploração do serviço de táxi por pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse sentido, a atividade de táxi se enquadra como um serviço público porque se trata de uma comodidade material voltada para a satisfação da coletividade, a qual foi assumida pelo Estado pelo interesse público na sua regulação e execução, ainda que de forma indireta. Tais características definitivamente enquadram a atividade no conceito de serviço público<sup>49</sup>.

Fixada a questão da natureza jurídica pública do serviço de táxi, tem-se que avaliar a possibilidade de sua exploração por meio de permissão.

Voltando-se para a Lei n.º 10.233/2012, a redação original do seu art. 12 previa que os serviços públicos de transporte individual de passageiros deveriam ser organizados, disciplinados e fiscalizados diretamente pelo Poder Público municipal, mas prestados indiretamente, sob o regime de permissão.

Tal norma foi alterada pela Lei n.º 12.865, de 2013, que passou a tratar as atividades de táxi como serviços de utilidade pública, que continuam sob a responsabilidade do Poder Público municipal, mas sem a obrigatoriedade de adoção do regime de permissão para a sua delegação aos particulares, na medida em que se suprimiu a referência a esta modalidade de outorga.

Ao mesmo tempo, estabeleceu-se, no art. 12-A, que a exploração dos serviços de táxi pode ser outorgada a qualquer interessado, desde que atendidos os requisitos exigidos pelo Poder Municipal.

É a seguinte a atual redação dos citados dispositivos da Lei n.º 12.587/2012:

---

<sup>49</sup> O conceito de serviço público para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, possui os referidos requisitos: "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 restituições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo" (MELLO, 2012, p. 687).

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (BRASIL, 2012).

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

§ 2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 3º As transferências de que tratam os §§ 1º e 2º dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga. (BRASIL, 2012).

O fato de ter sido suprimida do texto da lei a referência à permissão como forma de delegação do serviço público de táxi não impede a adoção desse regime.

Em verdade, a permissão é a forma mais adequada para a exploração dos serviços de transporte individual de passageiros, tendo em vista três fatores preponderantes: (a) o objeto do serviço de táxi se amolda àquele a que se destinam as permissões, por não exigir do particular grandes investimentos; (b) admite-se que os permissionários sejam pessoas físicas e pessoas jurídicas; (c) e possibilita-se a revogação unilateral da permissão por razões de interesse público devidamente fundamentadas, ficando a questão da indenização dependente da comprovação de eventual dano.

Assim, mesmo que não haja previsão expressa na Lei n.º 12.587/2012, é perfeitamente possível a delegação da atividade de táxi por meio de permissão de serviços públicos, observando-se para tanto as normas contidas na Lei n.º 8.987/95 e as regras específicas da legislação local.

Não se pode afastar, nesse ponto, da necessidade de formalização da permissão por meio de contrato por adesão, com prazo certo e determinado de vigência, pois situação diversa ofenderia a Lei n.º 8.987/95.

Um aspecto polêmico da Lei n.º 12.587/2012 diz respeito à licitação para a outorga da permissão, o que envolve, conseqüentemente, o direito de transferência da atividade para terceiros.

Diversamente do que consta para a delegação de serviços de transporte público coletivo (art. 10), a Lei n.º 12.587/2012 não trouxe qualquer previsão sobre a

necessidade de licitação para a outorga da atividade de transporte individual de passageiros. A omissão, entretanto, não afasta a necessidade de observância da regra geral contida no art. 175 da Constituição e na Lei n.º 8.987/95, que é da obrigatoriedade do prévio procedimento licitatório.

Quanto ao tipo de licitação, a orientação predominante é no sentido da adoção do tipo melhor técnica, na medida em que a tarifa paga pelo usuário é fixa, determinada unilateralmente pela Administração Pública. Nesse sentido, não se discutiria o valor da outorga, mas a capacidade técnica dos permissionários, com a aferição de condições pessoais do contratado, como: ano de fabricação do veículo; existência de equipamentos de conforto e segurança no veículo (ar condicionado, *air bag*, etc.); tempo efetivo no exercício da atividade de motorista (experiência do condutor); verificação da “pontuação” do condutor nos órgãos oficiais de trânsito, entre outros.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais orienta no sentido da adoção da licitação do tipo melhor técnica, como se infere da Consulta n.º 841.512, julgada em 16/11/2011, cuja ementa é a seguinte:

CONSULTAS - EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR TÁXI - SERVIÇO PÚBLICO - PERMISSÃO - OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO - A ESTIPULAÇÃO DE PONTUAÇÃO AO TEMPO DE EXPERIÊNCIA DO CONDUTOR COMO CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO, DESDE QUE NÃO SEJA FIXADA RESTRIÇÃO TERRITORIAL, É COMPATÍVEL COM O TIPO DE LICITAÇÃO MELHOR TÉCNICA - É VEDADO AO ADMINISTRADOR ESTABELEECER, NO ATO CONVOCATÓRIO, CONDIÇÕES QUE BENEFICIEM ALGUNS PARTICULARES - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AMPLA COMPETITIVIDADE. 1. A permissão para exploração de serviço de táxi deve ocorrer por meio de processo de licitação, podendo ser adotado o tipo melhor técnica e estipulado, como critério de classificação técnica, pontuação relativa ao tempo de efetivo exercício como motorista profissional, desde que não seja fixada restrição territorial, nos termos dos artigos 44 e 46, §1º, I da Lei Federal nº 8.666/93. 2. Não é possível a estipulação de reserva de vaga, através de cláusula de preferência a condutor com determinado tempo de experiência, nos procedimentos licitatórios para permissão do serviço de táxi, devendo o administrador evitar cláusulas restritivas injustificadas ou inadequadas que estabeleçam condições que beneficiem alguns particulares, haja vista a obrigação de respeitar o princípio da ampla competitividade, em atenção ao disposto no artigo 3º, §1º, I da Lei 8.666/93. (Apensada à Consulta nº 841.512). (MINAS GERAIS, 2011).

Admite-se, ainda, a adoção da modalidade licitatória do leilão, na qual a Administração Pública fixa um preço mínimo para a “placa” de táxi, ou seja, para a outorga do direito de exploração dos serviços de transporte individual de

passageiros, e os permissionários concorrem entre si mediante o oferecimento de lances sucessivos.

Quanto ao eventual direito do permissionário de transferir para terceiros a atividade delegada, a controvérsia é relativamente mais complexa.

A permissão de serviços públicos, como já se defendeu anteriormente, possui natureza *intuitu personae*, o que quer dizer que sua contratação ocorre com pessoa determinada, que atende às condições necessárias para a prestação do serviço. A aferição dessas condições ocorre em processo de licitação, que garante a impessoalidade da escolha pela Administração Pública.

Regra geral, portanto, não é juridicamente viável a substituição do permissionário por terceiros escolhidos por ele, porque tal circunstância viola diretamente o pacto contratual firmado com a Administração Pública. Somente em situações especiais previstas na lei e com a devida anuência do Poder Público, essa substituição poderá ocorrer, mas sempre dependendo da aferição da capacidade do novo delegatário e da adoção de critérios para a preservação da isonomia de oportunidades entre todos os interessados.

Essa lógica está contida na Lei n.º 8.987/95, quando prevê hipóteses de subconcessão e de transferência da concessão, determinando que tais procedimentos têm que ser previamente autorizados pelo poder concedente e somente podem ocorrer em benefício daqueles que atendam todas as exigências de capacidade para o desempenho da atividade. Quanto à subconcessão, a Lei expressamente exige a necessidade de realização de licitação, na modalidade de concorrência.

A Lei n.º 12.587/2012, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.865/2013, previu a possibilidade de transferência da outorga do direito de exploração dos serviços de táxi para terceiros (art. 12-A, § 1º), bem como para os herdeiros do titular, no caso de seu falecimento (art. 12-A, § 2º). Exigiu-se que, em ambos os casos, houvesse prévia anuência do Poder Público e o atendimento dos requisitos fixados para a outorga.

As previsões em questão, contudo, têm constitucionalidade e legalidade duvidosas.

Em primeiro lugar, porque a simples exigência de que o novo permissionário atenda aos requisitos fixados na outorga não supre a necessidade de realização de licitação. Se a permissão de serviços públicos tem como pressuposto de validade a

licitação, não se admite que haja a sua transferência para terceiros sem a observância desse procedimento. Isso frustraria a expectativa não só daqueles que participaram do certame e não foram contratados, mas também de todos os potenciais interessados na delegação de serviços públicos. A não realização de licitação permitiria a transferência da atividade para um terceiro escolhido aleatoriamente, ferindo o caráter *intuitu personae* do ajuste.

Em segundo lugar, possibilitar a transferência da permissão diretamente aos sucessores legítimos do permissionário falecido, além de afrontar a regra da obrigatoriedade de licitação, cria um privilégio injustificado para os herdeiros, em detrimento de todos os outros interessados. Isso afronta o conteúdo jurídico do princípio da isonomia.

Em terceiro lugar, a transferência da permissão sem licitação ofende, em tese, o princípio da economicidade, pois a limitação da livre concorrência que decorre desse ato de transferência pode dar ensejo a contratações pouco vantajosas para o Poder Público.

Em quarto lugar, a Lei n.º 8.987/95, em seu art. 35, inciso VI, elenca entre as causas de extinção da concessão de serviços públicos a falência ou extinção da empresa concessionária e o falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. O caráter personalíssimo da permissão de serviços públicos impõe a adaptação dessa regra ao seu regime, de modo que, quando a permissão de serviço público for contratada com pessoa física, o falecimento do titular é condição extintiva do ajuste.

Por essas razões, não se admite a realização de transferência de contrato de permissão de serviços públicos sem a realização de licitação, mesmo que com a anuência do Poder Público<sup>50</sup>.

É possível que a Administração Pública se utilize da ordem de classificação da licitação anterior, durante o prazo de vigência do certame, para orientar as transferências e substituições de permissionários de serviços de táxi, a exemplo do

---

<sup>50</sup> O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais possui alguns precedentes no sentido da impossibilidade de transferência da permissão de serviços de táxi, tanto para terceiros quanto para herdeiros. Nesse sentido, por exemplo, a recente decisão tomada na Apelação Cível n.º 1.0024.12.260068-7/002 - 2600687-62.2012.8.13.0024, Relator Des.(a) Elias Camilo, Data de Julgamento 11/02/2014 e Data da publicação da súmula: 14/03/2014.

que em concurso públicos para provimento de cargos efetivos, quando se forma o chamado “cadastro de reserva”.

De qualquer modo, todo esse procedimento de transferência tem de estar previsto no instrumento convocatório da licitação.

### **7.3 Serviços de telecomunicações**

Conforme estabelecido no art. 21, inciso XI, da Constituição da República, à União compete explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

A legislação a que faz referência a Constituição é Lei n.º 9.472/97, que classifica os serviços de telecomunicações em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, conforme a abrangência dos interesses que atendem.

Os serviços de interesse coletivo, quando prestados em regime de direito público, são delegados aos particulares, regra geral, mediante concessão, precedida de licitação e formalizada por meio de contrato administrativo.

A permissão para a exploração dos serviços de telecomunicações estabelecida na Lei n.º 9.472/97 traz inúmeras características do instituto segundo o entendimento doutrinário tradicional da matéria, o que, em alguns pontos, acaba conflitando com a Lei n.º 8.987/95 e com a própria Constituição.

O diploma legal destinou a permissão de serviços de telecomunicações exclusivamente para a exploração de atividades transitórias e excepcionais, nas quais não fosse viável a prestação direta do serviço pelo Poder Público ou a realização de procedimento de concessão.

Nesse sentido, o art. 118 da Lei n.º 9.472/97 estabeleceu que a outorga de permissão é destinada à prestação da atividade em 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.

Quanto a tal questão, nenhuma irregularidade se visualiza, tendo em vista que a prestação transitória de um determinado serviço por meio de permissão coaduna-se com o regime jurídico desse tipo de delegação.

Ao conceituar a permissão de serviços de telecomunicações, contudo, a Lei n.º 9.472/97 não andou bem, na medida em que se distanciou da Lei n.º 8.987/95 e do art. 175 da Constituição, caracterizando a outorga como ato administrativo (art. 118, parágrafo único).

Paralelamente à conceituação da permissão como ato administrativo, a Lei trouxe inúmeros elementos característicos da relação contratual, como a necessidade de realização de licitação para a delegação e a assinatura de um “termo” de permissão, no qual devem constar objeto, prazo, direitos e garantias dos usuários, do permitente e do permissionário, sanções, entre outras cláusulas necessárias.

Tem-se, pois, que a caracterização da permissão de serviços de telecomunicações como ato administrativo é inconstitucional, pois tal delegação de serviços só pode ocorrer por meio de contrato administrativo por adesão. Contudo, pode-se interpretar que o “termo” de permissão a que alude a Lei n.º 9.472/97 faça as vezes do contrato, até porque possui todos os elementos característicos de ajuste contratual, vinculando ambas as partes ao seu fiel cumprimento.

Outra peculiaridade da Lei n.º 9.472/97 diz respeito às formas de extinção da permissão de serviços de telecomunicações, as quais se adéquam ao caráter precário desse tipo de delegação, como estabelecido no art. 40 da Lei n.º 8.987/95.

Previu a Lei n.º 9.472/97, em seu art. 122, que a permissão extingue-se pelo decurso do prazo máximo de vigência estimado (admitida a prorrogação se persistir a situação excepcional que motivou sua outorga), bem como por revogação, caducidade e anulação.

Especificamente com relação à revogação, estabeleceu-se que essa forma de extinção da permissão, de iniciativa da Administração Pública, dá-se por razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à outorga, podendo se realizar a qualquer momento (art. 123, Lei n.º 9.472/97).

Embora a Lei n.º 9.472/97 tenha previsto que a revogação da permissão de serviços de telecomunicações não dá direito à indenização, em casos específicos, nos quais se comprovar o efetivo prejuízo, o dever de ressarcir o permissionário não pode ser ignorado pela Administração Pública.

#### **7.4 Outros exemplos de serviços públicos passíveis de permissão**

Além dessas hipóteses em que a permissão de serviços públicos é legalmente destinada para a delegação para a iniciativa privada de atividades estatais específicas, outros exemplos de descentralização administrativa por meio de permissão podem ser elencados.

Nesse caso, deve-se atentar para as características do serviço público a ser delegado, a fim de verificar se a hipótese concreta é de cabimento da outorga mediante permissão ou outro instrumento, como a concessão de serviços públicos.

A permissão pode se destinar à execução de serviços ou atividades transitórias, como já reconhecido pela doutrina tradicional (MEIRELLES, 1996), como também à execução de serviços permanentes, mas que não exijam grandes investimentos do particular, como se defendeu alhures.

A primeira hipótese pode ser exemplificada com a contratação de transporte público coletivo esporádico, destinado a atender demandas específicas, como no caso de eventos esportivos ou musicais. Nessa situação, como as linhas regulares de ônibus podem não atender os locais dos eventos, o Poder Público supre a necessidade pública de transporte por meio da realização de permissão, cujo objeto será a execução não permanente do serviço de transporte coletivo.

A segunda hipótese pode ser exemplificada pela outorga de permissão para a exploração de serviços de estacionamentos públicos, desde que não envolva a realização de obra pública. Nesse caso, o Estado, por razões de interesse público, assume a obrigação de disponibilizar à coletividade o serviço de estacionamento, delegando ao particular, por contrato administrativo de permissão, a gestão da atividade, que será remunerada mediante o pagamento de tarifa pelos usuários.

Diferente é a situação dos estacionamentos públicos que envolvem a construção de infraestruturas necessárias à exploração do serviço, hipótese em que a delegação deve ocorrer mediante concessão, na medida em que exige do particular grandes investimentos para a viabilização do negócio.

Os serviços públicos funerários também servem de exemplo de atividades permanentes de interesse público que admitem a delegação de sua execução à iniciativa privada por meio de permissão.

Tais serviços públicos são de competência municipal e englobam a confecção de caixões, a organização de velórios, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios (MEIRELLES, 2008, p. 465), atividades essas que podem ser executadas diretamente pelos órgãos públicos ou delegadas a particulares, inclusive por meio de contrato de permissão.

Esses serviços também podem ser livremente prestados por particulares, quando, então, deverão ser licenciados e fiscalizados pelo Poder Público, tendo em vista o manifesto interesse do Estado na sua devida prestação, especialmente em face da preservação da saúde pública.

Ainda se prestam como exemplos de atividades passíveis de permissão os serviços públicos municipais de transporte coletivo rural e limpeza urbana, especificamente limpeza de logradouros e vias públicas, já que a coleta de lixo, por exigir uma maior mobilização de capital pelo particular, deve ser delegada, preferencialmente, por meio de concessão.

Admite-se, enfim, a delegação de quaisquer serviços públicos cuja prestação possa ocorrer por pessoas físicas ou jurídicas, submetida ao regime jurídico da permissão, com as características que lhe são inerentes, como objeto menos complexo, prazo contratual mais curto, precariedade e revogabilidade unilateral do ajuste, entre outras.

## 8 CONCLUSÃO

No contexto do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública tem o dever de garantir o respeito aos direitos fundamentais e aos valores consagrados na Constituição, o que impõe que sua atuação seja mais interventiva, especialmente no que diz respeito à prestação de serviços públicos.

Essa atuação ativa e interventiva não deve ocorrer necessariamente de forma direta, por meio da atuação dos próprios órgãos públicos, na medida em que o Estado Democrático de Direito não mais comporta uma estrutura administrativa agigantada como aquela exigida pelo Estado Social.

A intervenção estatal deve se pautar pelo princípio da subsidiariedade, valendo-se o Poder Público da formalização de parcerias com a iniciativa privada, a fim de atender às suas finalidades. O Estado deve privilegiar uma atuação indireta, criando alternativas de fomento e de transferência de atividades e serviços para a iniciativa privada.

Nesse contexto, a descentralização administrativa, seja ela territorial, por serviços ou por colaboração, é uma tendência do Estado e da sociedade atuais, que buscam oferecer respostas eficientes às demandas de uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa. Para tanto, a alternativa é a diminuição do tamanho do Estado, o que possibilita sua concentração em atividades e serviços mais estratégicos, como atividades de regulação e fomento.

É nesse sentido que a Constituição da República de 1988 cuidou de estabelecer formas de contratualização da parceria entre o setor público e o setor privado, prevendo, em seu art. 175, a possibilidade de o Poder Público executar os serviços públicos de forma indireta, por meio de concessão e de permissão.

A permissão de serviços públicos é um instrumento de parceria do setor público com o setor privado, uma forma de descentralização administrativa por colaboração, que visa à transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada, desobrigando o Estado da prestação material dessas atividades, mas mantendo-se a titularidade do serviço com o Poder Público.

O conceito e as características da permissão de serviços públicos são delimitados em um contraponto com a concepção doutrinária e legal sobre a concessão de serviços públicos e encontram embasamento legal na Constituição da República de 1988 (art. 175) e na Lei n.º 8.987/95.

A partir das diversas interpretações desses diplomas é possível resumir os posicionamentos doutrinários sobre a permissão de serviços públicos da seguinte forma:

- a) Autores que entendem que não há distinção entre concessão e permissão de serviços públicos, pois ambos os institutos têm natureza contratual, o que assegura deveres e garantias análogas a todos os delegatários de serviços públicos (Lucia Valle Figueiredo e José dos Santos Carvalhos Filho, por exemplo);
- b) Autores que entendem que a permissão possui natureza contratual, mas não se confunde com a concessão de serviços públicos – os critérios diferenciadores, entretanto, variam de acordo com o posicionamento de cada doutrinador (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar e Cármen Lúcia Antunes Rocha, por exemplo);
- c) Por fim, aqueles autores que entendem que a permissão ainda é ato unilateral, precário e discricionário (Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Marçal Justen Filho, por exemplo).

Essa indeterminação teórica acerca da permissão de serviços públicos se reflete nos Tribunais pátrios, pois à medida que os conflitos são levados ao Judiciário, muitas vezes pela aplicação equivocada e confusa do instituto perante a Administração Pública, surgem decisões nos mais diversos sentidos.

O Judiciário ora reconhece a natureza contratual da permissão, ora trata esse tipo de delegação como ato unilateral, o que faz oscilar a gama de direitos e deveres oriundos da relação estabelecida entre o Poder Público e o particular, especialmente aqueles voltados ao reconhecimento de indenizações pelo rompimento prematuro e imotivado da permissão de serviço público.

A par do debate existente na doutrina e na jurisprudência, busca-se no presente trabalho a consolidação do instituto da permissão de serviços públicos como uma categoria autônoma, juridicamente válida e eficiente para a delegação de serviços públicos específicos.

Um fundamento para tanto está na adoção do princípio da subsidiariedade pela Constituição da República de 1988, o que permite um direcionamento

interpretativo para a avaliação da existência de diferenças entre os regimes jurídicos da concessão e da permissão.

É que a existência de formas diversas de parceria entre a sociedade e o Estado (concessão simples, PPP, permissão, entre outras) amplia as possibilidades de atuação indireta do Poder Público, permitindo que a iniciativa privada assuma as atividades públicas sob os mais diversos regimes jurídicos. Ao setor privado são dadas opções jurídicas para que atue ao lado do Estado, opções essas que serão avaliadas casuisticamente pela Administração e pelos seus parceiros, de acordo com o grau de complexidade do empreendimento e a capacidade executiva do particular.

Embora concessão e permissão de serviços públicos realmente sejam institutos com características próximas, suas normas de regência não se equivalem, havendo importantes aspectos da permissão que denotam sua autonomia dentro do Direito.

Um primeiro apontamento a se fazer diz respeito à natureza jurídica desse tipo de delegação.

A permissão é contrato administrativo, e não ato administrativo. O afastamento da unilateralidade e a consequente contratualização da permissão de serviços público está expressamente prevista no art. 175 da Constituição da República de 1988 e em diversos dispositivos da Lei n.º 8.987/95 (arts. 6º, 18, XVI, 40). A natureza jurídica da permissão foi alterada por essas normas, não sendo mais viável a manutenção do entendimento anterior, por absoluta falta de amparo constitucional.

Além de prever que a permissão de serviços públicos se perfaz mediante um contrato, a Lei n.º 8.987/95 estabeleceu que o tipo negocial a ser firmado pelo Poder Público é o contrato por adesão.

Tais contratos, típicos do Direito Civil, são caracterizados pela inexistência de liberdade de convenção entre as partes, e tem como principal distinção o fato de suas cláusulas serem uniformes, predeterminadas e rígidas.

Embora possa se cogitar da crítica no sentido de que todos os contratos administrativos são marcados pela ausência de negociabilidade, no contrato de permissão de serviços públicos a rigidez e a uniformidade das cláusulas impõem um fator diferente: todas as delegações relativas a um determinado serviço público

devem obedecer as mesmas normas, ou seja, impõe-se que haja condições uniformes de contratação.

Pode-se falar, então, que a nota característica do contrato por adesão da permissão de serviços públicos é a invariabilidade, para todos os permissionários, das condições para o desempenho do serviço delegado, o que não ocorre na concessão, na qual as normas contratuais variam de acordo com as peculiaridades de cada delegação.

Um segundo aspecto relevante da permissão de serviços públicos está no fato de que esse tipo de delegação pode se dar para pessoas físicas ou jurídicas, diversamente do que ocorre na concessão, que somente pode ser outorgada para pessoas jurídicas ou consórcio de empresas.

A análise do objeto da permissão de serviços públicos também revela um terceiro aspecto característico desse tipo de delegação.

Como não há critérios legais para a determinação dos serviços públicos que podem ser objeto de permissão, deve-se analisar em quais situações tal forma contratual não poderá ser adotada, por contrariar seu regime jurídico. São as seguintes hipóteses que, em princípio, afastam a possibilidade da adoção da permissão: serviços públicos que envolvam a execução de obras; atividades que não se sujeitam à uniformidade das cláusulas do contrato por adesão; e serviços públicos cuja exploração exija investimentos muito vultosos dos delegatários.

Essa última orientação é fundamental na permissão de serviços públicos, pois se a atividade a ser delegada exigir do particular grande mobilização de capital, o caso será de concessão, a fim de que as garantias desse regime jurídico, especialmente aquelas relacionadas à execução da atividade por um grande período de tempo, forneçam segurança jurídica ao concessionário.

O quarto elemento definidor da permissão de serviços públicos como categoria jurídica autônoma está na licitação.

Embora toda a delegação de serviços públicos, ressalvados os casos de inexigibilidade, deva ser precedida de licitação, na permissão admite-se a adoção de qualquer modalidade e não somente da concorrência, como ocorre na concessão. Isso deriva do fato de que a permissão envolve serviços públicos menos complexos, nos quais o particular não terá que fazer grandes investimentos, e que, portanto, não exijam grandes preocupações com a formalidade do ato.

A questão da temporariedade é o quinto aspecto que merece destaque na análise da permissão de serviços públicos.

Como contrato administrativo, a permissão de serviços públicos possui prazo certo de vigência, não sendo admissível a delegação por prazo indeterminado, pois tal procedimento importaria em ofensa à Constituição, pela vulneração tanto da titularidade estatal do serviço público quanto da obrigatoriedade de licitação.

Como a permissão de serviços públicos não exige do particular um investimento muito elevado para a prestação do serviço, diversamente do que ocorre na concessão, não há necessidade de estabelecimento de prazos contratuais muito longos, já que a amortização do capital investido é presumivelmente mais rápida.

A sexta característica da permissão de serviços públicos que denota sua autonomia jurídica está na precariedade e revogabilidade unilateral da delegação.

Embora críticas possam ser feitas à previsão dessas características para a permissão de serviços públicos no art. 40 da Lei n.º 8.987/95, deve-se buscar atribuir sentido e conteúdo para esses comandos normativos, a fim de superar os paradoxos aparentes da legislação.

Por precariedade entende-se tanto a relação que tem pouca duração como a que pode ser revogada a qualquer tempo.

De um lado, quando comparado com a concessão de serviços públicos, o contrato administrativo de permissão possui uma duração mais reduzida, tendo em vista que não é imprescindível a fixação de uma vigência muito extensa para compensar os investimentos do particular. Por outro lado, a permissão de serviços públicos também é dotada de certa instabilidade, porquanto está sujeita à revogabilidade a qualquer tempo.

Essa possibilidade de extinção prematura do contrato de permissão de serviços públicos é um aspecto relevante na diferenciação com a concessão.

Quando o art. 40 da Lei n.º 8.987/95 faz referência à possibilidade de revogação unilateral do contrato de permissão pelo poder concedente, está criando uma forma específica de extinção desse ajuste contratual, fora daquelas hipóteses previstas no art. 35 (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência).

Trata-se de uma forma própria e distinta de extinção do contrato de permissão de serviços públicos, que caracteriza sua maior instabilidade jurídica: a revogação por motivo de interesse público, por razões de conveniência e oportunidade da

Administração Pública, independentemente do inadimplemento contratual do permissionário.

Enquanto para extinguir um contrato de concessão de serviços públicos por motivo de interesse público, a Administração Pública só pode se valer da encampação, que exige lei autorizativa e prévio pagamento da indenização ao particular (art. 38, Lei n.º 8.987/95), para colocar termo prematuramente a um contrato de permissão, o Estado pode revogá-lo unilateralmente e de forma administrativa.

Nesse caso, está dispensada a exigência de lei autorizativa, bem como o pagamento de indenização prévia, bastando uma mera decisão do Poder Público, tomada em regular processo administrativo, para que se perfaça a revogação unilateral.

Compatibiliza-se, assim, sem a necessidade de insistir na delegação de serviço público por ato administrativo, o fato de a permissão se formalizar mediante um contrato administrativo, mas que detém as características da precariedade e da revogabilidade unilateral.

Ainda no que diz respeito à possibilidade de extinção prematura do contrato, como a permissão de serviços públicos não exige do particular a mobilização de grandes recursos financeiros, presume-se que eventual encerramento do ajuste antes de seu término não lhe acarrete prejuízo, o que afastaria, *a priori*, a necessidade de indenização do particular pela Administração Pública.

Essa presunção, contudo, é relativa. As situações concretas podem evidenciar hipóteses nas quais o particular tenha seus direitos violados pela Administração Pública pelo não cumprimento do ajuste, não sendo admissível, nesses casos, afastar o dever de indenizar com base no argumento da precariedade da permissão.

A contratualização da permissão afasta a possibilidade de extinção prematura do vínculo com a adoção de uma presunção absoluta de ausência do direito à indenização do particular, pois tal prerrogativa era decorrente do sentido atribuído à unilateralidade e à precariedade que se reconheciam ao ato administrativo, o que não tem mais cabimento no ordenamento atual.

O princípio da boa-fé contratual e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato impõem a indenização de eventuais prejuízos decorrentes da extinção do contrato de permissão pela Administração Pública, mas

tal pagamento não precisa ocorrer de forma prévia, como na concessão, mas, sim, posteriormente, mediante a efetiva apuração do dano sofrido.

Um último aspecto da permissão de serviços públicos diz respeito à remuneração do permissionário. Embora tal característica mais aproxime do que distancie a permissão da concessão, sua apreciação é fundamental para superar a noção de permissão com ato administrativo e firmar as bases de seu regime jurídico.

Como contrato que é, a permissão deve se formalizar em instrumento que garanta a remuneração da permissionária de serviços públicos mediante uma política tarifária justa e, paralelamente, preserve o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

A contratualização da permissão importa em uma maior intervenção do particular na composição do ajuste, o que vai desde a aceitação das cláusulas até eventual discussão quanto ao rompimento do equilíbrio contratual. A preservação desse equilíbrio é questão de interesse público, pois contribui para a qualidade e modicidade do serviço público delegado.

Todos esses aspectos da permissão de serviços públicos reforçam a tese de que esse tipo de delegação tem cabimento em hipóteses específicas, que não se confundem com aquelas nas quais a Administração Pública deve adotar a concessão de serviços públicos ou outro instrumento de delegação de serviços públicos.

A legislação infraconstitucional vai aos poucos se adaptando a tais circunstâncias, com a criação de regras para transferências de determinados serviços públicos à iniciativa privada por meio de permissão, ora contribuindo para que esse tipo de delegação seja encarado como uma categoria jurídica autônoma, ora dificultando a compreensão do instituto. Mas, em qualquer desses casos, enriquece-se o debate sobre a diferenciação dogmática e prática entre concessão, permissão e as demais formas jurídicas de descentralização administrativa.

Enfim, o que se buscou demonstrar ao longo do presente estudo é que a existência de um regime jurídico próprio da permissão de serviços públicos é não só uma realidade presente no ordenamento jurídico brasileiro como, também, uma imposição constitucional, que visa ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito pela aproximação dos setores público e privado.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação para concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos: comentários às Lei 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 mar. 2013.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista Eletrônica de Direito Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2014.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987/95 e à Lei 9.074/95 com as inovações da Lei 9.427/96 e da Lei 9.648/98**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/1969.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Lei nº 11.668, de 2 de maio de 2008.** Dispõe sobre o exercício da atividade de franquia postal, revoga o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11668.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11668.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

**BRASIL. Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.** Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.** Dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização, sobre o órgão regulador e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9295.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9295.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1021113/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Brasília, DF, 11 de outubro de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico.** Brasília, 18 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1115508/MG. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Brasília, DF, 22 de março de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico.** Brasília, 07 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1240057/AC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Brasília, DF, 28 de junho de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, 21 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 821008/MG. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. **Diário de Justiça**. Brasília, 02 out. 2006, p. 235.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 982909 /SP. Relatora: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Brasília, DF, 06 de agosto de 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, 24 agos. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2716/RO. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 09 de novembro de 2007. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, no. **041**, vol. 02310-01, p. 226, 07 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 116**. Brasília, DF, 22 a 26 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo116.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 117**. Brasília, DF, 29 de junho a 1º de julho e 3 a 7 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo117.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 422591/RJ. Relator: Ministro Dias Tofoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 01 de dezembro de 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, no. **046**, vol. 02479-01, p. 76, 11 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 89/PI. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 29 de novembro de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, no. **026**, vol. 02307-01, p. 001, 15 fev. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito Público**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos:** franquia, concessão, permissão e PPP. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FORTINI, Cristiana. O Perfil do Direito Administrativo Atual e o Emprego da Terceirização pela Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº 8, dezembro 2006/ janeiro/fevereiro 2007. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 14 jan. 2013.

FORTINI, Cristiana. O Princípio da Legalidade e o Emprego da Franquia pela Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal:** uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerston\\_Gabardo\\_Correta.pdf;jsessionid=F005505DCEC0AEBB7263A67AA9E2B5D0?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerston_Gabardo_Correta.pdf;jsessionid=F005505DCEC0AEBB7263A67AA9E2B5D0?sequence=1)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo:** tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRILO, Leonardo Melhorato; ALVES, Rubens T. **Guia Prático de Análise do Value for Money em Projetos de PPP.** São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/livro-sobre-an%C3%A1lise-do-m%C3%A9rito-em-projetos-de-ppp-value-money>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KLEIN, Aline Lícia. Os contratos de franquia postal: a Lei nº 11.668/08 e a ADI 4.155. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, no. 20, out./2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?!=pt&informativo=20&artigo=831>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. **Novo Código Civil Comentado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública: centralizada e descentralizada**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MARINS, Vinicius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72155>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDAUAR, Odete (Coord.). **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Contrato de Direito Público ou Administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 88, p. 15-33, abr.-jun. 1967.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 851.235 (Apensada à Consulta nº 841.512). Relator: Conselheiro Mauri Torres. Tribunal Pleno. Belo Horizonte, MG, 16 de novembro de 2011. **Diário Oficial de Contas.** Belo Horizonte, 16 dez 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.00.338303-1/000. Relator: Des. Sérgio Braga. 8ª Câmara Cível. Belo Horizonte, MG, 16 de dezembro de 2004. **Minas Gerais.** Belo Horizonte, 18 maio 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0672.09.377819-5/001. Relator: Des. Oliveira Firmo. 7ª Câmara Cível. Belo Horizonte, MG, 07 de fevereiro de 2012. **Diário do Judiciário Eletrônico.** Belo Horizonte, 02 mar. 2012.

MOOR, Fernanda Stracke. **O regime de delegação da prestação de serviços públicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de direito administrativo.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública.** 7. ed. Rio de Janeiro, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa:** de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da lei n. 8.987/95: conceitos e princípios.** São Paulo: Malheiros, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo Sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime jurídico dos contratos da administração**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, no. 20, p. 219-235, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49825>>. Acesso em: 23 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STUBER, Walter Douglas. **O financiamento de projetos no Brasil e a lei de concessões**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito das Concessões**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiz Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.