

## *A contradição da Lei nº. 8.987/95 quanto à natureza da permissão de serviços públicos*

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (\*)

1. De acordo com os termos do art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou através de concessão ou permissão. Apesar disso, é bom lembrar que alguns serviços são típicos do Estado; outros, ao contrário, podem ter sua execução delegada a pessoas privadas, e é nessa hipótese que aparecem tais formas de delegação do serviço público - a concessão e a permissão.

2. Como os dois institutos se configuram como formas de delegação dos serviços, foi sempre necessário identificar, com precisão, sua fisionomia jurídica. Em Direito as figuras só podem apresentar-se como autônomas se tiverem perfil próprio. A doutrina, em sua maior parte, distingue a concessão da permissão através de sua **natureza jurídica**: enquanto aquela se caracteriza como **contrato administrativo**, esta última se instrumentaliza por meio de **ato administrativo**. Essa tem sido a distinção básica, embora haja outros elementos diferenciais, mais por conta daquela.

3. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO consigna que, enquanto a concessão se caracteriza como um acordo bilateral de vontades, expresso em contrato, a permissão não tem natureza contratual, mas, ao revés, qualifica-se como ato unilateral, discricionário e precário (*Direito Administrativo*, 1992, pág. 220).

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES averba: "*O contrato de concessão é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço*". Ao tratar da permissão, diz que os serviços permitidos são delegados por ato unilateral, utilizando-se o termo de permissão como instrumento de formalização (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18a. ed., págs. 343 a 350).

Outros autores que trataram do tema tiveram idêntico entendimento: CRETELLA JUNIOR (*Curso de Direito Administrativo*, 1986, pág. 398); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*, 1989, pág. 378 e 384).

É verdade que alguns estudiosos consideram a concessão um ato complexo, procurando descaracterizar a natureza contratual (CELSONO ANTONIO BANDEIRA

DE MELO, *Curso de Direito Administrativo*, 1993, pág. 327). Tal doutrina, contudo, não é a dominante. O entendimento que sempre dominou foi o que vimos, ou seja, a concessão é um contrato administrativo, ao passo que a permissão é um ato administrativo.

4. A Constituição Federal, entretanto, causou alguma perplexidade, no campo do direito positivo, no que tange à natureza jurídica da concessão e da permissão de serviços públicos, isso quando cuidou da fixação de regras sobre a delegação de atividades de interesse coletivo.

Com efeito, a dicção constitucional contida no parágrafo único do art. 175 é no sentido de que a lei disporá sobre “*o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão*”.

Interpretação literal do texto poderia conduzir ao sentido de que a permissão, como a concessão, também seria um contrato, e não um ato administrativo unilateral. Primeiro, porque emprega a expressão *caráter especial de seu contrato*, parecendo referir-se a ambas as formas de delegação. E, depois, porque usa o termo *rescisão*, próprio, sob o aspecto técnico, do desfazimento de contratos, e não de atos unilaterais.

Sem dúvida, essa não poderia ser a interpretação do texto constitucional. E a razão é simples: a se considerar a permissão de serviços públicos como contrato, nenhuma diferença jurídica haveria entre ela e a concessão. Se é reconhecido o postulado de que nas leis não há palavras inúteis, a conclusão acima seria inviável, já que a Constituição tratou das duas figuras em várias passagens além do texto do art. 175, parágrafo único, fato que indica o reconhecimento de ambas como tendo feição específica.

Da mesma forma pensa DIÓGENES GASPARINI: “*Nada, nessa particular, nos parece ter mudado pelo fato de a Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, ter prescrito que a lei disporá sobre o caráter especial de seu contrato. Ainda assim, continua a permissão sendo ato administrativo*” (*Direito Administrativo*, 1992, pág. 242 ). Em nosso entendimento, a observação do autor é irreparável. O fato de o texto, literalmente, poder ensejar um desvio interpretativo não elide a exegese lógica e sistemática da norma, que, como é sabido, não pode ser vista de forma isolada, mas sim em conjunto com todo o ordenamento normativo.

5. A Lei 8.987, de 13.02.95, regulamentando o art. 175 da Lei Maior, veio a dispor sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Disciplinou diversos aspectos dos institutos, como a política tarifária, os direitos e as obrigações de concessionários e permissionários, e também dos usuários, a licitação, a intervenção no serviço, e outros do gênero.

6. Ao tratar das formas de delegação do serviço, a lei relacionou três modalidades: 1ª) a concessão de serviço público (art. 2º, II); 2ª) a concessão de serviço públi-

co precedida da execução de obra pública (art. 2º, III); e 3ª) a permissão de serviço público (art. 2º, IV).

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é a que a doutrina comumente denominava de *concessão de obra pública*, para indicar a delegação em que o concessionário executa uma obra de fruição coletiva e, após sua conclusão, tem o direito de explorá-la economicamente por prazo determinado. Fim do este, o direito de prestação do serviço concernente ao bem público de uso comum resultante da obra transfere-se ao concedente.

Não obstante ter fisionomia peculiar, a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública não deixa de situar-se na categoria das concessões, e, pois, nenhuma novidade especial existe no que se refere à formalização do ajuste. Sendo concessão, e, portanto, forma de delegação, haverá de formalizar-se pelo mesmo instrumento adotado para a concessão de serviço público. Se esta se configura como contrato administrativo, da mesma natureza será aquela. Sua existência não desfigura o centro do tema em foco, qual seja, o da natureza das concessões e das permissões.

7. Para melhor entendimento do que ora se analisa, é oportuno reproduzir os conceitos dados pela Lei nº 8.987/95.

Em relação à concessão de serviço público, a lei assim a define: "*delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*" (art. 2º, II).

No que toca à permissão de serviço público, a lei estabeleceu a seguinte regra: "*delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*" (art. 2º, IV).

8. Quanto ao conteúdo, os dispositivos apontam as diferenças e os pontos de identificação. Os elementos de identificação consistem nos seguintes dados: 1º) em ambos os institutos há delegação do serviço pelo Poder Público; 2º) ambos devem ser precedidos de licitação; 3º) a exigência de concorrência só é prevista para a concessão, mas não o é para a permissão, o que indica que esta pode resultar de outra modalidade de licitação; 4ª) em ambos o delegatário deve demonstrar que tem capacidade para executar o serviço; e 5º) o serviço deve ser executado por conta e risco do delegatário.

9. As diferenças resultam do cotejo entre os dispositivos: 1ª) na permissão há precariedade, enquanto na concessão não há qualquer referência a essa característica; 2ª) a concessão só pode ser delegada a empresa ou consórcio de empresas, enquanto a permissão pode ser atribuída à pessoa física ou jurídica; e 3ª) na concessão há previsão de prazo determinado, o que não ocorre na conceituação da permissão.

10. Fica restando o aspecto da instrumentalização dos institutos. Para a conces-

são, em suas duas modalidades, a lei previu claramente que será ela um contrato. O art. 4º da lei é peremptório: “A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e o edital de licitação.”

Ao dizer que a formalização da concessão, seja qual for a modalidade, se dará por meio de contrato, está a lei qualificando o instituto como contrato administrativo. E nesse ponto adotou a qualificação da doutrina dominante, como já visto.

11. No entanto, no que diz respeito à permissão, o art. 40 apresentou o seguinte texto:

*“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 de contrato pelo poder concedente.”*

12. Pelo texto, pode facilmente constatar-se que a lei não seguiu o entendimento adotado pelos estudiosos. Ao contrário, exibiu algumas contradições incompatíveis com a noção que foi sedimentada sobre a permissão de serviço público. Vejamos tais incongruências.

O primeiro aspecto que provoca estranheza é a caracterização da permissão como contrato. Nunca a permissão foi considerada um contrato. A concessão, já nos referimos ao fato, é qualificada por alguns autores como ato, e não contrato. Mas a permissão jamais foi tida como contrato. Embora haja elementos prévios negociais, porque permitente e permissionário manifestam suas vontades no sentido da prestação do serviço, a permissão é formalizada por ato administrativo unilateral. Aliás, na própria definição, a lei desenha a permissão como delegação a título precário. Ora, precariedade só existe em atos administrativos, e não em contratos, mesmo sendo do conhecimento geral que os contratos obedecem a princípios especiais de direito público, estabelecendo prerrogativas em favor do Poder Público.

Depois, a lei consigna que o contrato é de adesão. Também não é a hipótese desse tipo de delegação. O contrato de adesão, conquanto seja antecipado por cláusulas estabelecidas por uma das partes, não deixa de ser contrato. Sua peculiaridade reside na circunstância de que uma das partes manifesta sua vontade de aceitar, no momento da celebração do ajuste, regras preestabelecidas pela outra. A feição do instituto é bem delineada por **Orlando Gomes**; segundo o autor, “no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica” (*Contratos*, 1994, pág. 109).

Ora, na permissão não há contrato. As regras preestabelecidas são aquelas que constituem o conteúdo do ato administrativo de consentimento. Mas não há a simples adesão a um contrato. No contrato de adesão, embora haja aceitação das cláusulas fixadas previamente, a parte que as aceita tem consciência de que celebra um

*contrato*, ainda que não tenha a liberdade de negociar sua clausulação. Há aceitação das cláusulas, mas também *há a consciência da parte que aceita, de que está sendo firmado um contrato*. Na permissão de serviço público, inexistente essa consciência. Interessado na delegação do serviço, o interessado participa de licitação, e sendo vencedor, sabe que as regras constarão de um ato unilateral da Administração que traça as regras de execução do serviço. Além disso, não se pode esquecer um outro elemento de diferenciação: no contrato de adesão, mesmo que aceite cláusulas anteriores, a parte integra o processo formal do contrato, participando dele juntamente com o contratante. O mesmo não ocorre com a permissão. Embora o permissionário tenha o intuito de prestar o serviço (e tanto é assim que participou da licitação), não integra formalmente o ato. O ato é unilateral, ou seja, a única manifestação de vontade formalizada no instrumento de delegação é a do permitente. Portanto, não se confunde com o contrato de adesão, tal como é concebido pela doutrina civilista.

Por fim, a lei parece ter misturado os conceitos de concessão e de permissão. É que, embora cuidando da permissão, refere-se, no final do dispositivo (art. 40), à revogabilidade unilateral do contrato *pelo poder concedente*. O equívoco é manifesto: só há falar em *poder concedente* nas concessões, vez que nas permissões o Poder Público é denominado de *permitente*.

13. A conclusão, portanto, é a de que a Lei nº 8.987/95 apresenta notória contradição no que diz respeito à natureza das permissões de serviço público. Sem embargo de caracterizar o conteúdo da permissão de modo a adequá-la à forma que todos os estudiosos proclamaram, ou seja, como ato administrativo unilateral, diferenciando-a da concessão, vem posteriormente a dizer que a formalização se fará através de contrato de adesão (!), qualificação jamais cogitada entre os doutrinadores que estudaram o instituto.

14. Apesar da evidente errônea da lei, deve-se continuar considerando a permissão como ato administrativo, tal como a lei a define no art. 2º, IV. A expressão *contrato de adesão*, contida no art. 40, deve ser interpretada no sentido de que o permissionário tem que submeter-se às condições estabelecidas pelo Poder Público, aceitando-as para executar o serviço, e não como o negócio jurídico em que o contratante aceita cláusulas prévias com a consciência da pactuação bilateral.

Se assim não for, chegar-se-á a um impasse indesejável: a supressão da linha demarcatória diferencial entre as concessões e as permissões de serviços públicos.

---

\* José dos Santos Carvalho Filho é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Administrativo da Faculdade Cândio Mendes -- Ipanema, Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - FEMPERJ, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

---