

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 121

janeiro/março — 1994

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Concessões e permissões de serviços públicos: proposta legislativa

LAFAYETTE PONDÉ

O assunto sobre que devemos hoje conversar é o do substitutivo da Câmara dos Deputados do projeto de lei do Senado Federal que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal" – assunto de grande interesse, já por envolver uma forma tradicional de gestão administrativa, já por pretender que o legislador decifre uma linha divisória entre os vocábulos *concessão*, *permissão* ou *autorização*, vocábulos esses tão afins que, por terem múltiplas acepções, em especial quando aplicados à execução de serviços públicos, muita vez se interpenetram e valem como sinônimos.

Essa polissemia, aliás, é uma constante no direito administrativo, facilitada por sua formação histórica – seus conceitos construídos pela doutrina, mais do que pelas leis escritas. Diz-se até que essa é a sua *fraqueza* acentuada pelo professor Marcel Waline, um de seus mais consagrados mestres, de renome universal:

"A maior fraqueza do direito administrativo é a incerteza de sua terminologia. Sem insistir nas confusões que resultam dos múltiplos significados de um termo tão vago como o de *concessão* ou mesmo o de *requisição*, basta lembrar a expressão *serviço público*, da qual Duguit pretendia fazer a base única de todo o direito público, e hoje é quase destituída de significação precisa." (*Rev. Droit Publ.*, 1953/469.)

Lafayette Pondé é professor da Faculdade de Direito da Faculdade Federal da Bahia.

E, insistindo sobre as dificuldades de interpretação dos textos, repetia exemplifican-

do com *l'imprécision, le caractere amphibologique de cette expression concessionnaire n'a pas fini non plus de susciter de véritables quiproquos* (id.; 1957/522).

...É exatamente sobre esses termos que devemos conversar.

Este é o texto da Constituição a que o Projeto alude:

"Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado."

O dispositivo difere das Constituições anteriores (o art. 167 da Emenda Constitucional n.º 1/69, o 160 da Carta de 1967, o 151 da de 1946, o 147 da de 1937, o 137 da de 1934) na parte em que estas reservavam a matéria à competência legislativa da União e ele a define como "incumbência", isto é, função institucional do poder público a que interesse a prestação de seus próprios serviços, direta ou indiretamente (*sic*). Tanto mais válida é essa ampliação quanto ao Legislativo federal somente é dado hoje emitir "normas gerais sobre contratação administrativa", nos limitados termos do art. 22, VII, da Constituição. Por via de consequência, a "lei", a que aquele parágrafo único alude, há de ser a do Estado, ou Município, a que o serviço pertença.

O projeto, pois, dispõe *ultra vires*, quando pretende envolver os serviços estaduais, ou os municipais.

Por outro lado, todavia, o dispositivo nada inova quando desdobra o vocábulo *concessão* em *concessão* ou *permissão*, a

modo da Constituição de 1934, que dizia "concessão ou delegação de serviço".

Ali, em 1934, como hoje, a conjunção é explicativa e, como tal, designa uma relação de identidade entre os dois termos. Essa aliás é a sua função gramatical, e tanto a delegação se identifica com a concessão quanto esta tem o mesmo sentido de "permissão".

A concessão é um ato administrativo unilateral, um ato de autoridade, por efeito do qual esta delega a outrem o exercício de um de seus poderes, ou lhe atribui um direito, ou condição jurídica. No primeiro sentido, é *traslativa* (v.g., concessão de uso de domínio público, ou a mesma execução de serviço público, ou a de espaço aéreo etc.); no segundo, é *constitutiva* (v.g., naturalização, *status*, título honorífico). Em ambos os casos, sempre um ato administrativo unilateral. Sempre foi assim, desde os reis absolutos, na outorga de privilégios e regalias. Entre nós, desde as capitânicas, as minas de ouro e prata, as sesmarias.

A forma contratual é tão-só um expediente para garantir o concessionário contra eventual arbítrio do concedente, em face dos altos custos de implantação e manutenção do empreendimento concedido. Em rigor, não se configura uma situação de natureza contratual, senão em parte, porque são dois atos diferentes – um, do concedente, outro, a estipulação ajustada com o concessionário: um, de natureza regulamentar, inegociável, matéria fora do comércio, o outro, de natureza negocial, acessório e subordinado, mediante o qual se ajustam as condições financeiras, os direitos e obrigações, de interesse econômico, patrimonial, do concessionário.

Por isso, exatamente por isso, diz-se que aí se configura um *contrato*, mas um *contrato parcial*, isto é, um contrato pela metade, senão um ato misto, um "ato complexo"; e até há quem o tenha como a junção de três atos distintos: a) um ato condição, unilateral, do concedente; b) um ato regulamentar, que dispõe sobre as relações do serviço com os usuários; c) um terceiro ato, este contratual entre o concedente e o concessionário, concernente à gestão do serviço (F.P. Benoit, *Droit adm. français*, 1968, n.º 1.582; A. Laubadère, *Droit publ. économique*, Dalloz, p.

294; e *Th. gén. contr. adm. I*, Auby-Ducos, *Grandes services publ.*, 1969, pp. 205-209; G. Landi Potenge, *Dir. Amm.*, 1960, 178; B. Cavallo – Di Plinio, *Man. dir. pubbl. econ.*, 1983, pp. 452 ss; M.S. Giannini, *Dir. pub. econ.*, 1985, pp. 188 ss.)

Essa garantia contratual é a pedra de toque para distinguir, no regime da execução de serviço público, a concessão, a autorização, ou permissão – tanto é indiferente, para a administração e para os usuários, a adoção de uma ou outra. Daí a observação do professor Caio Tácito: "a legislação, como a doutrina ou a jurisprudência, não consolidaram, entre nós, a clara linha divisória entre a autorização ou permissão administrativa e a concessão" (*Rev. Dir. Adm.*, 86, p. 335). Ou, como acentua Hely L. Meirelles: "além dos serviços *concedidos*, há ainda os *serviços permitidos* e os *serviços autorizados*. Todos são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes" (*Dir. Adm. Bras.*, 1985, p. 235).

E são incontáveis os exemplos da legislação:

– No Código da Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19-12-86): o regime de concessão, ou de autorização conforme se trate de transporte "regular", ou "irregular", ou "de serviços especializados" (art. 180).

– No Código de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27-8-62 e Decreto n.º 52.026, de 20-5-63) "autorização", se condicionado a prazo certo; "concessão é a autorização" (*sic*) para execução dos serviços de caráter nacional ou regional e de televisão; "a permissão é a autorização" (*sic*) ... para execução de serviços especificados". No art. 17: "a outorga de autorização ... será através de concessões ou permissões" (*sic*). E no art. 27: "os prazos de concessão e permissão serão de 10 anos para o serviço de radiodifusão sonora e de 15 anos para o de televisão" (*sic*).

– Na legislação sobre transporte rodoviário (Decreto n.º 92.353, de 31-1-86): *concessão* mediante contrato com o vencedor da concorrência (art. 16), *permissão* "mediante assinatura do termo de obrigações com a vencedora da seleção sumária, realizado" (art. 18).

– E o Decreto n.º 96.756, de 22-9-88, "transforma em regime de permissão serviços executados no regime de concessão" (*sic*).

– No Estado da Bahia, "a concessão é outorgada mediante contrato" (para exploração do serviço de transporte coletivo rodoviário), e *permissão*, por prazo indeterminado (art. 19).

Por sua vez, a jurisprudência equipara a concessão contratual à autorização, ou permissão, com a ressalva de que esta última – a autorização, ou permissão –, quando por prazo indeterminado, é "revogável" (cf. *Rev. Dir. Adm.* 154/205, 121/304, 114/276, 110/253, 99/234, 97/185, 95/121, 93/199, 41/225, 59/277, 54/114, 46/134, 67/742, 70/359, 72/468, 79/229; *Rev. Trim. Jur.* 47/650, 49/225, 52/240, 64/455 e 817, 65/820; *Rev. Tribs.* 329/881, 247/551, 281/463 etc.).

Não há, pois, diferença de ordem conceitual entre os vocábulos concessão, autorização, permissão, quando utilizados para efeito do regime de prestação de serviço público. A explicação disto está em que essas três categorias jurídicas atendem, por igual, o interesse da administração e o dos usuários: "os interesses aí envolvidos, seja no regime de autorização, seja no de concessão, são os mesmos, ainda que de maior intensidade no de concessão" (M.S. Giannini, *Dir. pubblico dell'economia*, 1985, p. 198; cf. também P. Virga, *Il provved. amministr.*, 1968, pp. 76-77).

Ou, em outras palavras, essas expressões – *concessão, autorização, permissão* –, todas têm uma base comum, que as confunde:

"Le terme de concession est l'un des plus vagues du droit administratif. On l'emploie pour désigner des opérations qui n'ont pas grand-chose de commun entre elles, sinon qu'il y a, à la base, une autorisation, une permission de l'administration". (G. Vedel, *Droit adm.*, Dalloz, 1964, p. 593)

O substitutivo da Câmara destoa por inteiro desses conceitos acima expostos, desde o seu art. 1.º, assim enunciado:

"Art. 1.º As concessões de serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas e as permissões de serviços

públicos reger-se-ão pelos termos desta lei ..."

E o art. 19:

"Art. 19. 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" (*sic*).

"Concessão de serviço, precedida da execução de obra pública..."

Mas todo serviço de transporte coletivo, por exemplo, ou o de fornecimento de água ou de energia, todos terão sido *precedidos* da construção de ruas, praças, rodovias, ou ferrovias, ou represas, ou equipamentos e instalações imobiliárias, ou aeroportos... Que vinculação terão essas obras públicas com a posterior concessão, se construídas por outrem? É evidente, que se feitas por aquele a quem incumbirá a prestação do serviço, a figura será a de *contrato de concessão de obra pública*, caso em que o rendimento do serviço absorverá o custo da obra. Esse é um contrato tradicionalmente usado entre nós, de que são exemplos a construção de pontes mediante pedágio, a estrada de ferro São Paulo - Rio Grande (em 1899), o Regulamento da Lei n.º 641, de 26-9-1852, o Decreto n.º 1.746, de 13-10-1809 (a construção de portos, docas e armazéns portuários), a construção das estradas de ferro Minas - Bahia e Minas - Rio Grande (Decreto n.º 401, de 31-10-1835).

De outro lado, o art. 19 do substitutivo faz da permissão administrativa um "contrato de adesão", e acrescenta um contrato condicionado a uma cláusula de "precariedade e revogabilidade a critério do concedente" (*sic*).

"Um contrato a título precário, revogável ao arbítrio de um dos contratantes..."

Por que há de ser a permissão um contrato e diferente do da concessão, se ambos se confundem na prestação de serviço público? E por que contrato de adesão a ela e não a concessão?

O contrato de adesão vem de Saleilles:

"*sans doute, il y a contrats et contrats ... ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion ...*, nos quais há a predominância exclusiva de uma só vontade, como vontade unilateral que se impõe não a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada e que se obriga de antemão, unilateralmente, salvo adesão daqueles que aceitem como lei do contrato... como o faz, com a aquisição do bilhete da passagem, o viajante, que adere assim às condições da companhia"... (R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1929, n.ºs 89-90; a primeira edição foi de 1907).

Sua peculiaridade está não apenas na predominância da vontade de um dos contratantes, não na sua oferta de condições em bloco, impostas ao outro, que as aceita, ou rejeita. Isto não bastaria à sua caracterização, nem lhe daria maior relevo jurídico, até porque nenhuma lei exige igualdade absoluta de motivação dos contratantes e já se observou que "la liberté économique n'est pas une condition de validité" (Josserand). Isso só não basta e até seria "sans grande utilité" (Planiol et Ripert). Sua característica está em que a proposta de um dos contratantes é dirigida não a uma ou outra pessoa individualizada, mas a uma coletividade, uma pluralidade de pessoas a que as cláusulas ali oferecidas devam interessar. É, aliás, a lição de Orlando Gomes, no mesmo rumo daquele pensamento de Saleilles, acima transcrito:

"O contrato de adesão só se torna viável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a multiplicidade de situações uniformes, de modo que, em verdade, se apresenta como uma oferta feita a uma coletividade de ...". "O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, por isso que tem necessidade de dar satisfação a um interesse que, por outro

modo, não pode ser atendido." (Contratos n.ºs 82-83).

Dá que, no direito privado, os exemplos desse contrato são os de seguro, de transporte, contratos bancários, os de direito marítimo, os de trabalho em grandes empresas, bilhetes de teatro, de cinema, etc.

Mas observe-se que é muito difícil o transplante desse contrato para o direito administrativo, já porque a autoridade concedente não se dispõe a contrair uma pluralidade de contratos, já porque, seja concessão, seja autorização, seja permissão, o contrato de administração será sempre um contrato parcial, isto é, um contrato só *em parte*, e só esta parte é que comporta ajustes, mas ajustes específicos, estipulados com o concessionário, relativos aos custos e ao equilíbrio financeiro do empreendimento.

Por outro lado, em relação aos usuários do serviço, estes estarão sempre em uma situação extra-contratual, uma situação regulamentar, regida diretamente pela lei ou regulamento de serviço, seja este executado diretamente, seja indiretamente, seja a prestação gratuita, ou não, como o serviço de saneamento, ou o de polícia, água, luz, televisão, qualquer outro.

Mas ainda aí, quando fosse possível falar de *contrato de adesão*, este não deixaria de obrigar seus contraentes, e não haveria como buscar aquela imaginária cláusula de precariedade, ou revogabilidade, inserida no substitutivo. Esse *contrato* seria em tudo igual ao da concessão – um *contrato parcial*; e não se explicaria tratá-lo de modo diferente. Porque a permissão, a autorização, como por igual a concessão, são todos atos unilaterais e, quando vinculados a prazo ou a ajuste com terceiro, obrigam a administração a esse prazo, ou às condições ajustadas.

É certo que, em qualquer caso, o concedente mantém sobre o seu serviço um amplo poder de interferência e controle, aí compreendido o de lhe alterar as prestações e até, a qualquer tempo, retomá-lo (STF, *Rev. D. Adm.*, 155/251, 95/121). Isso, porém, não é particularidade da permissão, tampouco da concessão: resulta, unicamente, da inalienabilidade do serviço público, de que decorre o princípio, de validade universal, de que a de-

legaçoão não implica abandono do serviço, ou sua transferência a outrem. Em outros termos, a revogabilidade, no caso, não está no conceito de permissão, mas na qualificação jurídica do serviço público.

Não há ato discricionário, ou revogável, por natureza, mas *poder discricionário*, de que se investe a autoridade para emitir ou revogar seu ato, conforme a lei que disponha sobre sua motivação ou sobre a situação jurídica dele resultante. A precariedade, a discricionariedade, não é caráter distintivo de um ato mas um acidente, complemento circunstancial, contingente, que pode ocorrer, ou não, delimitando a vigência do ato, não um elemento constitutivo de uma dada categoria jurídica: uma autorização, ou permissão, pode ser revogável (*v.g.*, porte de arma) ou irrevogável (licença para construir, autorização de lavra ou de pesquisa, autorização para funcionamento de sociedade, ou de indústria, ou de instituição de ensino, ou para uso de águas públicas – esta última podendo transformar-se em concessão); uma concessão pode ser irrevogável (naturalização, concessão de lavra) ou revogável (concessão de uso de domínio público, ou de estacionamento em via pública). Uma nomeação a título interino, ou para cargo em comissão, ou de confiança, é absolutamente igual à nomeação para cargo de provimento efetivo, ou vitalício...

Todos eles – a autorização, ou licença, ou permissão, ou concessão – são atos unilaterais. A qualquer deles podem ser aditadas, ou justapostas, cláusulas convencionadas pela administração com uma outra pessoa, ou sujeito de direito, cláusulas negociáveis, como acima o dissemos. A adição dessas cláusulas é que dá uma configuração contratual –, um *contrato parcial*. Por isto é que a jurisprudência e a legislação tratam aqueles atos como iguais, na execução dos serviços concedidos ou permitidos. Essas cláusulas é que os transformam em *atos mistos*. Quando não existam, os atos permanecem atos unilaterais, embora sua eficácia condicionada à aceitação do particular. Mas esta aceitação do interessado é apenas um requisito da eficácia, não da formação, ou constituição do ato. Nem sempre a sucessão de dois atos

transforma-os em contrato: a nomeação do funcionário, a eleição do deputado, ou a do Presidente, não são atos contratuais, a naturalização não é um contrato, nem a licença para construir dada ao proprietário; nem a aceitação do legado faz do testamento um ato bilateral.

Observe-se afinal que as mesmas expressões do art. 175 da Constituição – autorização, concessão – estão escritas no art. 176, e a ninguém ocorrerá tomá-las como atos bilaterais ou contratos.

Sem perceber que a gestão dos serviços públicos, seja mediante concessão, seja mediante permissão, é um relacionamento pessoal entre o concedente e o concessionário, inteiramente estranho aos usuários, o substitutivo impõe a estes "obrigações" (*sic*), entre as quais a de fiscalização e a de "contribuírem para a permanência (*sic*) dos bens públicos (*sic*) através dos quais (*sic*) lhes serão prestados os serviços" (art. 7.º IV, V, e VI); e alude a um "inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade" (*sic*, art. 6.º, II)...

De outro lado, as tarifas deixam de ser ato de natureza regulamentar, unilateral, privativo, do concedente e passam a figurar entre cláusulas contratuais e até "critério decisivo de escolha do licitante" (art. 8.º) fixadas "em razão do preço da proposta vencedora" (*sic*, art. 15, I, II). Passam também para o contrato "o modo, a forma, as condições do serviço" (art. 23, II e III) e assim ficarão os horários, as áreas de extensão, o padrão de qualidade do serviço, presos a ajuste contratual, indiferentes às eventuais exigências do interesse público.

A fixação da tarifa, a regulação das prestações e da utilização do serviço, a definição dos direitos dos usuários são cláusulas de natureza regulamentar, não contratual. Por isso mesmo, a Constituição as menciona como preceito da lei, não do contrato (art. 175, parágrafo único).

Serviço adequado é o apto a prover a necessidade coletiva, em função da qual tenha sido ele instituído – provimento esse, nas melhores condições de eficiência ou, quando menos, nas mesmas condições em que o

prestaria a administração concedente, se ela própria diretamente o executasse.

As tarifas são o preço de utilização do serviço: – tarifas *razoáveis*, não espoliativas, que possam levar à ruína o concessionário, não extorsivas, que sem causa o enriqueçam, mas garantam o justo equilíbrio financeiro e econômico do empreendimento: tal é a sua correlação (sem caráter de contraprestação) entre o serviço e o direito do usuário – matéria essa de natureza regulamentar, legal, privativa do concedente, diversa da relação contratual entre este e o concessionário.

É certo que o serviço exige, por definição, grande investimento de capital, por conta e risco do concessionário; e o contrato é a garantia da preservação e justa remuneração desse investimento, assumida pelo concedente. Daí que o contrato terá de estipular os indicadores econômicos em função dos quais essa obrigação será cumprida.

O substitutivo, aliás, pretende obstar os serviços em monopólio ou "em caráter de exclusividade, salvo justificativa expressa" (art. 16).

Mas esse será um fator preponderante de elevação das tarifas, em prejuízo dos usuários, quando não incompatível com a natureza mesma de certos serviços, como, por exemplo, os de luz, água, telefone. A competição, a menos que configure um conluio, implica parcelar entre os competidores os usuários e obriga a cada qual destes a pagar uma tarifa que remunere a totalidade dos investimentos.

Além disso, e para mais desfazer as noções sobre a concessão de serviços públicos, o projeto admite a habilitação de consórcios (arts. 2.º, II; 18, III, e 19) sem atentar em que um dos traços dominantes desse contrato é o de ser contraído *intuitus personae* – o concessionário identificado por sua capacidade técnica, financeira –, sua credibilidade moral, menos um "contratante" do que um associado ao concedente, colaborador empenhado no propósito comum de prover a necessidade social, a que o serviço se destina.

Um consórcio é uma coligação de pessoas ou empresas para proteção de seus próprios interesses, não o de outrem. Obrigam-se mutuamente. O consórcio não tem personalidade

de (Lei n.º 6.404, art. 278) nem se identifica sequer com os seus consorciados, dado o princípio de que as pessoas dos sócios não se confundem com a associação ou sociedade a que pertençam.

Nada importa pensar no Decreto n.º 2.300, de 1986, ou nos n.º 73.140, de 1973, e n.º 8.025, de 1981, que, dis-

pondo genericamente sobre licitações, possibilitam a habilitação de consórcios. Valerá essa habilitação, de certo, para os contratos de engenharia, ou de igual qualificação técnica. Não porém, especificamente, para o de concessão de serviços públicos, com cujas peculiaridades é incompatível a flutuante figura do consórcio.