Número 18 – maio/junho/julho - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

NOTAS SOBRE A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Prof. Egon Bockmann Moreira
Professor da Faculdade de Direito da UFPR.
Doutor em Direito. Advogado.

Estas breves notas pretendem colocar em foco um contrato administrativo pouco prestigiado no Direito brasileiro: a permissão de serviço público. Tanto ao ser tratada pelo legislador como pela doutrina, a permissão de serviço é tida como algo secundário, um patinho feio no mundo dos contratos administrativos, um conceito inferior ao do contrato de concessão de serviço público. No mundo dos fatos, o mesmo se dá: os contratos denominados de "permissão" nem sempre assim o são – ou melhor, não refletem o conceito tradicional do instituto (e a sua natureza jurídica). Porém, fato é que a permissão de serviço público é intensamente utilizada em nossos dias, razão que autoriza esta tentativa de reinstalação do debate.

Em tese, o contrato denominado de permissão estampa um ato administrativo pelo qual o Poder Público enseja que determinada pessoa privada exerça, a título precário, determinado serviço público. Este é o conceito clássico de permissão de serviço público, em que a Administração "não contrata, apenas permite". Porém, fato é que essa noção funciona apenas em tese. Na vida prática – e o texto da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) demonstra-o – o termo "permissão" dá abrigo a uma ampla gama de vínculos jurídicos, que não se exaurem em seu conceito histórico tradicional. *"O vocábulo 'permissão' – já há algum tempo frisou J. H. MEIRELLES TEIXEIRA – enfileira-se entre os muitos que, no direito administrativo, longe de haverem logrado assentimento unânime dos autores, quer no tocante à sua própria essência e conceito, quer no que respeita à natureza e alcance das relações jurídicas que produz, se apresentam dos mais equívocos e de insegurança desnorteante, tanto em doutrina como na legislação e na prática administrativa."*[1]

[1] "Permissão e concessão de serviço público" (parecer, 1ª parte). *RDP* 6/101. Esse texto é de ser obrigatoriamente lido e consultado, em vista sua profundidade, erudição e minúcias com que trata o tema. A segunda parte do texto foi publicada na *RDP* 7/114-138.

Desta forma, o dilema não é um privilégio da contemporaneidade brasileira. Igualmente sob a Constituição de 1946, e com muita oportunidade, M. REALE consignou que em determinado caso "*a 'permissão' se constitui como se fôra autorização e é exercida como se fôra concessão*", para depois ressaltar que, independentemente da compreensão doutrinária (instituto autônomo, forma complexa de autorização, etc.), *"o que importa é tornar bem claro que não se trata de um ato de caráter precário, mas de uma situação jurídica objetivamente constituída, cujo aparecimento pressupõe o prévio atendimento de exigências discriminadas nas leis e nos regulamentos, exigências essas a que está vinculada a própria Administração Pública."*[2] Isto é, a verdadeira natureza jurídica do vínculo estabelecido entre o permitente e o permissionário de serviço público será revelada não pelo nome que a Administração atribuir unilateralmente ao contrato de concessão, nem tampouco pelas lições doutrinárias clássicas, mas sim pelo exame da situação jurídica concreta posta entre o Poder Público e a pessoa privada. Nada obstante eventual imprecisão terminológica que pode haver em relação à matéria, é de se lembrar que a atribuição de um nome não tem o condão de alterar a substância da norma jurídica ou do contrato firmado entre as partes. Um rótulo não altera a natureza da situação jurídica posta entre as partes. A solução do problema está na razão de ser do contrato de permissão e na respectiva implementação fática.

Logo, há décadas o debate é fomentado pela tensão que se põe entre a tradicional construção dogmática (ato precário), o texto legal (contrato de adesão precário) e a experiência prática (negócio jurídico estável) – esta muitas vezes a frustrar expectativas e a suprimir a incidência das construções acadêmicas. Longe de resolver esse diagnóstico, a Lei 8.987/1995 apenas veio a confirmá-lo. Todavia, esta Lei Geral trouxe uma definição que confere conteúdo específico ao termo e limites à sua interpretação e aplicação. Há permissões e permissões, cada qual sob a sua modalidade, nem todas se encaixando nas premissas cognitivas outrora construídas. Mas fato é que as disciplinadas pela Lei Geral de Concessões têm sim um perfil definido.

Assim, se a doutrina tradicional acertadamente qualifica a permissão como *"o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se faculta, a título precário, ao particular a execução de obras e serviços de utilidade pública, ou o uso excepcional de bem público, ou a prática de ato jurídico de ofício público",*[3] a Lei 8.987/1995 disciplina, sob esse rótulo normativo, um *contrato de adesão*, oriundo de prévio certame licitatório. É a conclusão a que se chega da leitura dos artigos 1º ("cláusulas dos indispensáveis contratos"), 2º, inciso IV ("mediante licitação"), e 40 ("formalizada mediante contrato de adesão"). Nos dias de hoje, muito menos se pode desprezar o fato de que o *caput* do artigo 175 exige licitação para a outorga da permissão e o seu inciso I prescreve o caráter especial de seu contrato. Em que pese haver reservas quanto à técnica legislativa,[4] os textos constitucional e

[2] "Concessão e permissão de serviço público" (parecer). *RDP* 6/80.
[3] O. A. BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 559.
[4] A constatação é ínsita a todo o Direito, mas foi o Direito Tributário uma das disciplinas que mais se preocupou com o tema, como de há muito alertou G. ATALIBA: "Como já salientamos, o *nomen juris*, ou melhor, a designação que o legislador deu, não tem a menor importância. Vamos verificar, agora, o critério de reconhecimento do imposto, já que sabemos que não podemos confiar no nome que a lei lhe deu." (*Elementos de direito tributário.* São Paulo, RT, 1978, p. 77). No que diz

legal abarcam a contratualidade das permissões de serviço público, a emergir da combinação do processo licitatório que a antecede com a especialidade de seu regime contratual. Porém, essa constatação não resolve todo o problema, pois a dificuldade está justamente em discernir como se dá a colocação fática dessa espécie contratual e de seus respectivos conteúdo e limites quando da aplicação do texto normativo.

Para bem manejar o tema, é acertado ao menos dizer *o que não é* uma permissão e também *o que só nela* existe. Estão *excluídas* do regime permissionário os negócios jurídicos que: *a)* exijam a execução de *obras públicas*; *b)* sejam investimentos de *longa maturação* (significativo aporte de recursos num primeiro momento e rentabilidade projetada em prazos amplos, com termo final certo); *c)* sejam outorgados *sem licitação* (a não ser por inexigibilidade ou dispensa); *d)* permitam a *apresentação do projeto básico* por parte dos interessados; *e)* exijam aportes de *recursos públicos*; *f)* sejam instrumentalizados por meio de um *ato unilateral*; *g)* possibilitem uma proposta que traga *novos aportes* aos termos do edital e do modelo de contrato, inovando-os ou preenchendo as suas lacunas (econômicas, técnicas, etc.). Caso algum contrato administrativo contenha alguma dessas peculiaridades, exigirá um esforço superlativo do aplicador – que deverá desvendar qual espécie contratual foi celebrada e o respectivo regime jurídico.

Além disso, existem alguns característicos típicos da permissão, pois só ela é passível de outorga: *a)* para *pessoa física*; *b)* a título *precário*; *c)* por meio de *qualquer modalidade de licitação*, e *d)* mediante *contrato de adesão*. Por isso que a oferta consignada no edital de licitação deve ser exaustiva, não se permitindo qualquer indefinição ou indeterminação do objeto e do conteúdo do futuro contrato. O contrato de permissão é integralmente pré-constituído pela Administração – por isso que é impropriamente chamado "de adesão". Logo, não é exato dizer que o interessado faz uma proposta no caso das permissões – uma vez que esse ato consubstancia uma mera adesão à oferta estampada no edital. Como se trata de um contrato de adesão, o interessado não realiza uma proposta em sentido estrito, mas sim anui integralmente a todos os termos da proposta contratual tornada pública por meio do edital (*conditio sine qua non*). Essa proposta sob a forma de concordância integral aproxima-se do ato-condição (manifestação através da qual a pessoa privada adere e desencadeia os efeitos do ato administrativo[5]).

---

respeito às permissões da Lei Geral de Concessões, v. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 22ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 731 (nota 49) e p. 738; M. JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo, Dialética, 2003, pp. 106-116; M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*, 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 286, e *Parcerias na administração pública*, 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2006, pp. 146-150; C. L. ANTUNES ROCHA, *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 147-174; M. JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito administrativo das concessões*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 26-32.

[5] Sobre o ato-condição, v. D. F. MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 148; e A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t III. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. IV-26.

Nos termos da Lei 8.987/1995, a permissão é o contrato de adesão, precedido de licitação, por meio do qual a Administração, ao mesmo tempo em que permite o exercício de determinado serviço público pelo particular, regula essa atividade ao instalar certas obrigações contratuais. A proposta do particular em nada inova ou acresce, mas apenas e tão-somente adere ao modelo prefixado no edital. O conteúdo e o objeto do contrato são exaustivamente fixados no ato convocatório, que não admite lacunas a ser futuramente preenchidas pela proposta do interessado no certame. Ao aderir ao contrato previamente elaborado de forma unilateral pelo permitente (consentindo integralmente aos seus termos), o permissionário assume, ao lado dos deveres estatutários (aqueles oriundos da Lei Geral de Concessões, unida à legislação específica daquele serviço público e aos regulamentos administrativos setoriais), as obrigações de serviço público lá definidas. O ato de outorga do serviço público se traduz nas cláusulas do contrato de adesão.

A permissão da Lei 8.987/1995 situa-se num meio-termo entre a concessão e a autorização, cuja nitidez só é aferível em decorrência do exame do caso concreto. Ela não se traduz numa licença condicionada a determinados requisitos, estampada no ato administrativo negocial do qual o detentor da autorização depende para exercer determinada atividade econômica qualificada por sua funcionalidade (o que consubstanciaria uma autorização contemporânea); nem tampouco se identifica com um contrato administrativo de concessão previamente submetido a debate público (com forte interação dos interessados – que podem, inclusive, apresentar o projeto básico e incentivar a instalação do certame), a envolver pesadas aplicações de capital privado e celebrado com prazo peremptório. São pontos extremos, que instituem regimes jurídicos díspares.[6]

Não obstante o dispositivo do inc. IV do artigo 2º da Lei 8.987/1995 fale do "título precário" e dele não conste a expressão "prazo determinado", não se pode daí inferir que as permissões são outorgadas com pouco ou nenhuma estabilidade e/ou *ad aeternum* (o que viria em sentido contrário ao artigo 5º da mesma Lei Geral). Essa leitura implicaria uma conclusão absurda: algo que é ao mesmo tempo eterno e contingente. Para descartar esse resultado, as permissões devem ter quando menos um limite fixo expressado em fórmulas de fechamento cronológico ("até *x* anos, prorrogáveis por mais *y*"; "prazo máximo de *x* anos"; "sem ultrapassar o ano *x*" – períodos esses que não podem ser tão lassos quanto os das concessões). Isso permite compatibilizar a revogabilidade do contrato com a sua finitude, dando cumprimento ao que preceitua o artigo 5º da Lei 8.987/1995.

A precariedade do título constitutivo tampouco poderia implicar a desobediência ao devido processo legal para o desfazimento do contrato de adesão firmado entre permitente e permissionário. Trata-se de um negócio

[6] Em sentido contrário, L. VALLE FIGUEIREDO: "Como já afirmado, não vemos diferenças no *real, efetivo, regime jurídico* de uma e outra quando se tratar de serviço público. Assim, parece-nos que uma permissão passou a ser instituto ineficaz, pois, com as características de precariedade, temos a autorização de serviço público." (*Curso de direito administrativo*, 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 121).

jurídico, não se um ato administrativo precário. Do fato de a lei estabelecer a instabilidade contratual não decorre a autorização para um rompimento instantâneo do vínculo, como se fossem desprezáveis os esforços (pessoais e econômicos) realizados pelo permissionário e a sua expectativa de ganhos. Também por tais razões, e em obediência ao artigo 54 da Lei 9.784/1999, a extinção do contrato antes de seu termo há de ser motivada.

Na medida em que de ordinário a permissão exige a aplicação de recursos privados combinada com a projeção de ganhos dela oriundos, ela requer um mínimo de estabilidade jurídica para que possa ter existência – tanto em termos do tempo necessário para o efetivo recebimento dos lucros como no que diz respeito à manutenção da tarifa. Aliás, C. TÁCITO sublinhou que *"é gratuita a afirmação de que os permissionários de serviço público não gozam de direito à justa percepção de tarifas adequadas ao custeio do serviço (...) Em nada o sistema legal admite que as tarifas de serviços públicos sob regime de permissão não obedeçam ao mesmo regime de proporcionalidade e adequação aos custos dos serviços que regem as concessões".*[7]

O fato de o sujeito ser um permissionário, signatário de um contrato de adesão, não configura um *minus* em termos de direitos e garantias contratuais. Ao contrário: uma vez que assinou incontinenti um documento com estrutura contratual previamente fixada pela Administração, detém prerrogativas assecuratórias ainda mais reforçadas. Assim, igualmente os permissionários têm assegurado o direito a um regime tarifário que confira rentabilidade proporcional ao investimento estampado no contrato, bem como a indenização pelos lucros cessantes e danos emergentes se sua extinção prematura os gerar (Lei 8.987/1995, artigos 35 a 38).

Por fim, e conforme já julgou o STF, as permissões não podem ser "convertidas" em concessões – quer por ato administrativo, quer pela via legal ou constitucional (como pretendeu fazê-lo o artigo 32 do ADCT da Constituição do Estado de Roraima[8]). No mínimo existiria aqui o vício da ausência de licitação para a outorga de uma concessão de serviço público. Porém, há um outro dado relevante: o conteúdo e o objeto de uma permissão nem sempre podem equivaler aos de uma concessão de serviço público (isso sem se falar nos investimentos). Não há como um contrato ser meramente "transformado" num outro se ambos estão submetidos a tipicidades normativas diversas.

[7] "Concessão de serviço de transporte aéreo – equilíbrio financeiro" (parecer), *RTDP* 16/68.
[8] ADI 126-4-RO, Min. OCTAVIO GALLOTTI, *DJ* 5.6.1992. Antes disso, o STF já havia decidido que: "Permissão para exploração de serviço sob controle da administração pública; não se confunde com concessão de serviço público." (RMS 4607-SP, Min. NELSON HUNGRIA, *DJ* 9.1.1958).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann. NOTAS SOBRE A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EGON-BOCKMANN.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Este texto é parte de um projeto mais amplo que o Autor desenvolve a propósito das concessões comuns e permissões de serviço público.