



By @kakashi_copiador

Olá pessoal,

Nesta aula, vamos estudar os ***Serviços públicos***.

Vamos à aula! Aproveitem e bons estudos!

SERVIÇOS PÚBLICOS

Noções Introdutórias

De acordo com a Constituição Federal de 1988, incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos (art. 175). Ademais, a lei deve dispor sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único) e, ainda, sobre as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos (art. 37, §3º).

Dessa forma, podemos extrair que a titularidade da prestação dos serviços públicos cabe ao Poder Público, que poderá prestá-lo **diretamente** – por seus próprios meios – ou **indiretamente** – pelos regimes de concessão ou permissão.

Deve-se adiantar, desde já, que a Constituição Federal ainda prevê uma terceira forma de prestação indireta, que é a **autorização** de serviços públicos (p. ex.: art. 21, XI e XII).

A hipótese constitucional mencionada acima, no entanto, abrange apenas uma parcela das hipóteses de serviço público. Os casos previstos no art. 175 da CF/88, que se encontra no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira” –, tratam de atividades relacionadas com a atividade econômica (em sentido amplo). Assim, podem ser exploradas com a finalidade de lucro.

Esses serviços são de titularidade do Estado e, portanto, só poderão ser desenvolvidos pela iniciativa privada por meio de **delegação**. Ou seja, a iniciativa privada não pode prestar esses serviços por livre iniciativa, dependendo, para tanto, que o Estado faça a **delegação** aos particulares.

Por outro lado, existem atividades que, pela relevância social, devem ser prestadas pelo Estado e, nesse caso, serão serviços públicos. São casos relacionados aos serviços de saúde e educação, inseridos no Título VIII da CF – “Da Ordem Social”.

Todavia, a própria Constituição faculta aos particulares a prestação desses serviços. Por exemplo, o art. 199 determina que a “*assistência à saúde é livre à iniciativa privada*” e o art. 209 prevê, na mesma linha, que o “*ensino é livre à iniciativa privada*”. Assim, quando prestados pela iniciativa privada, eles serão serviços privados, ou seja, não existirá delegação.

Esquemmatizando, podemos entender que a Constituição apresenta dois tipos de serviços públicos:

- a) previstos no art. 175 – têm potencial de gerar lucro e podem ser prestados pelo Estado (direta) ou por meio de outorga ou delegação (indireta);

b) serviços relacionados com a ordem social (em especial a educação e a saúde) – só são serviços públicos quando prestados pelo Estado. Eles são livres à iniciativa privada, mas, nesse último caso, são serviços privados.

Assim, os serviços que não se enquadram nas atividades econômicas, podem ser prestados pela iniciativa privada sem delegação. Dessa forma, o controle estatal ocorrerá apenas dentro do exercício do poder de polícia. Por exemplo, se a iniciativa privada desejar abrir uma escola de ensino médio (escola particular), não será necessário delegar o serviço, pois a educação é livre à iniciativa privada. Com efeito, o serviço prestado pela escola não se enquadra no conceito de serviço público e, portanto, será submetido apenas ao controle decorrente do poder de polícia administrativa.



(PC CE - 2012) A titularidade dos serviços públicos é conferida expressamente ao poder público.

Comentários: o Poder Público é o titular dos serviços públicos. Dessa forma, ele poderá prestá-lo diretamente ou, então, delegar a execução à iniciativa privada. Neste último caso, somente a execução é transferida aos particulares, sendo que a titularidade permanece por conta da Administração. Assim, o item está correto.

Gabarito: correto.

Conceito

Após essa apresentação inicial, podemos entrar no conceito de serviço público propriamente dito. É importante frisar que não existe um conceito legal de serviço público. Para tanto, é necessário recorrer à doutrina, a qual apresenta três escolas ou correntes sobre o conceito de serviço público:

→ escola essencialista ou materialista;

→ escola subjetivista;

→ escola formalista.

Para a escola **essencialista ou materialista**, uma atividade será considerada serviço público em função de suas próprias características. Os essencialistas entendem que o conceito de serviço público se relaciona com o aspecto material da atividade. Ou seja, são serviços públicos aqueles que possuem uma **importância crucial para a população**. Assim, as atividades que buscam a satisfação das necessidades coletivas fundamentais devem ser consideradas serviços públicos.

Essa não é a corrente adotada no Brasil. É fácil constatar isso quando se analisa, por exemplo, a prestação de serviços de saúde, que mesmo possuindo importância capital para a população, não se enquadra no conceito de serviço público quando prestado pelos particulares. Por outro lado, a atividade lotérica, que possui relevância muito inferior ao serviço de saúde, é considerada serviço público propriamente dito.

Apesar de não ser a corrente adotada no Brasil, veremos que os doutrinadores não deixam de considerar a **utilidade ou comodidade** decorrente da atividade no conceito de serviço público. Logo, ainda que não seja a corrente predominante, podemos considerar que, em algum aspecto, a materialidade faz parte do conceito de serviço público.

A escola subjetivista, por outro lado, considera como serviço público a atividade prestada pelo Estado ou por suas entidades administrativas. Ela considera, portanto, o sujeito responsável pelo serviço.

É fácil perceber que essa também **não é a corrente adotada no Brasil**. Em primeiro lugar, porque a Constituição Federal faculta ao estado delegar os serviços públicos aos particulares por meio da concessão, permissão e autorização. Assim, existirá serviço público que não é prestado pela Administração Pública direta e indireta. Além disso, as empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser criadas para atuarem na exploração de atividade econômica, na forma do art. 173 da Constituição Federal. Nesse caso, teremos uma atividade prestada pela Administração Indireta e que, no entanto, não se enquadra como serviço público.

Por conseguinte, podemos excluir a escola subjetivista, pois (a) há serviço público que não é prestado pelo Estado ou pelas entidades administrativas; (b) as empresas públicas e sociedades de economia mista podem prestar atividades que não são serviços públicos, no caso a exploração de atividade econômica.

Por fim, a terceira, a escola formalista ou legalista, que é a corrente adotada no Brasil. Para os formalistas, será serviço público a atividade que o ordenamento jurídico determine que seja prestada sob regime jurídico de direito público. Nesse caso, é a Constituição e a lei que definem o que será serviço público.

Dessa forma, não é possível analisar o conteúdo da atividade em si para definir o que é serviço público. É necessário buscar no **ordenamento constitucional e infraconstitucional** para saber as atividades que devem ser prestadas sob regime jurídico de direito público e, a partir daí, poderemos definir o que é serviço público.

Nesse contexto, é importante transcrevermos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

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 resta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Em seguida, o ilustre doutrinador arremata:

Conclui-se, pois espontaneamente, que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu substrato material, consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) traço formal indispensável, que lhe dá justamente o caráter de noção jurídica, consiste em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.

¹ Bandeira de Mello, 2014, p. 692.

Percebe-se, pelo conceito do autor, que existem **dois elementos** fundamentais na definição de serviço público: (a) um é o **substrato material**, ou seja, a prestação de uma utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados (p. ex.: água, luz, energia elétrica, etc.); (b) o outro é o **elemento formal**, isto é, será serviço público aquele prestado sob o regime jurídico de direito público.

Agora, para consolidar, seguem algumas importantes definições de serviço público dos demais administrativistas brasileiros.

❖ Hely Lopes Meirelles

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

❖ Alexandre Santos de Aragão

“serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”

❖ José dos Santos Carvalho Filho

Serviço público é *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”*

❖ Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Serviço público é *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”*

❖ Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

“serviço público é atividade administrativa concreta traduzida em prestações que diretamente representem, em si mesmas, utilidades ou comodidades materiais para a população em geral, executada sob regime jurídico de direito público pela administração pública ou, se for o caso, por particulares delegatários (concessionários e permissionários, ou, ainda, em restritas hipóteses, detentores de autorização de serviço público).”

Elementos constitutivos

Conforme vimos acima, Celso Antônio Bandeira de Mello considerou dois elementos no conceito de serviço público: **substrato material e elemento formal**. Todavia, Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta um terceiro elemento: o **subjeto**. Dessa forma, a partir dos ensinamentos da doutrinadora, podemos esquematizar os três elementos do conceito de serviço público:

- a) elemento subjetivo;
- b) elemento formal; e
- c) elemento material.

Os dois últimos elementos (formal e material) nós já discutimos a partir dos ensinamentos do Prof. Bandeira de Mello. O elemento formal diz respeito ao regime jurídico de Direito Público, enquanto o elemento material trata da utilidade ou comodidade do serviço.

Vamos, então, analisar o aspecto subjetivo, que não é mais unanimidade em decorrência da evolução do conceito de serviço público, a partir dos ensinamentos da Profª. Di Pietro.

O art. 175 da Constituição Federal determina que o serviço público é incumbência do Poder Público, ou seja, sempre dependerá de participação do Estado. Conforme já discutimos acima, isso não significa que será o Estado que sempre prestará a atividade, uma vez que se admite a prestação direta ou indireta.

Dessa forma, a Profª. Di Pietro, a partir dos ensinamentos de Rivero, ensina o seguinte sobre o elemento subjetivo de serviço público:

- a) a sua **criação** é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;
- b) a sua **gestão** também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (pelos meios próprios que compõem a Administração Pública centralizada da União, dos estados e municípios) ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade².

Princípios do serviço público

Como em muitos aspectos do Direito Administrativo, a doutrina é bastante conflitante quando se fala em princípios do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a partir dos ensinamentos da doutrina francesa, apresenta três princípios: (a) **continuidade do serviço público**; (b) **mutabilidade** do regime jurídico; e (c) **igualdade dos usuários**.

Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho dispõe como princípios dos serviços públicos: (a) **generalidade**; (b) **continuidade**; (c) **eficiência**; e (d) **modicidade**.

De forma mais completa, Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma análise dos princípios propostos por vários doutrinadores, concluindo pela existência de dez princípios que constituem o aspecto formal do conceito de serviço público, ou seu regime jurídico. Por ser bem mais completa, vamos detalhar somente a proposta deste último doutrinador.

² Apesar de, nesse caso, a doutrinadora ter colocado a Administração Indireta como forma de prestação indireta do serviço, a própria professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma, em outro tópico do seu livro, que a prestação direta envolve a Administração Pública, aí incluída as administrações direta e indireta.



Princípios do serviço público segundo Celso Antônio Bandeira de Mello³:

dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação: o Estado deve obrigatoriamente prestar os serviços públicos, seja direta ou indiretamente. Se não o fizer, dependendo do caso, o administrado poderá mover a ação judicial para compeli-lo a agir ou para responsabilizá-los por danos que a omissão possa ter gerado;

princípio da supremacia do interesse público: como pilar do regime jurídico-administrativo, deve prevalecer o interesse da coletividade sobre os interesses individuais. Jamais os interesses secundários do Estado ou de quem venha a prestar os serviços podem prevalecer sobre o interesse público;

princípio da adaptabilidade: a prestação de serviços públicos deve estar em constante atualização e modernização, respeitando, é claro, as possibilidades econômicas do Poder Público;

princípio da universalidade: o serviço deve ser aberto à generalidade do público, isto é, devem alcançar a maior amplitude possível de usuários;

princípio da impessoalidade: não pode existir nenhuma forma de discriminação entre os usuários;

princípio da continuidade: representa a impossibilidade de interrupção dos serviços e o pleno direito dos usuários a que não seja suspenso nem interrompido. Contudo, vamos discutir, logo mais, que a Lei 8.987/1995 admite algumas formas de interrupção ou paralisação, que, porém, não são consideradas como descontinuidade do serviço (art. 6º, §3º). Entre elas, podemos mencionar a interrupção por inadimplência do usuário;

princípio da transparência: deve-se liberar o máximo de informações possíveis sobre o serviço e sua prestação ao público em geral. Deste princípio decorre o seguinte: motivação;

princípio da motivação: o dever de motivar com largueza todas decisões relacionadas com o serviço;

princípio da modicidade das tarifas: os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo ser avaliado o poder econômico do usuário para evitar que as dificuldades financeiras deixem um universo de pessoas sem possibilidade de acesso aos serviços. Dessa forma, o Estado deve intervir para proporcionar tarifas acessíveis. O lucro da atividade deve decorrer da boa gestão e não da exploração indevida da população;

princípio do controle (interno e externo): a prestação dos serviços deve ser fiscalizada pelo Estado, seja diretamente pelos órgãos ou entidades encarregados das funções do poder concedente, ou por meio de órgãos de outros poderes (Ministério Público, Poder Judiciário, Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União, etc.).

³ Bandeira de Mello, 2014, pp. 696-698.

Classificação dos serviços públicos

Existem diversas classificações sobre os serviços públicos. Muitas delas possuem relevância somente teórica ou, ainda, são contraditórias. Por esse motivo, vamos apresentar somente aquelas classificações que entendemos relevantes e com menos contradições.

a) Serviços **coletivos (gerais)** e **singulares (individuais)**: essa é a mais pacífica das classificações e costuma ser adotada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Os serviços públicos **gerais (*uti universi*)** são aqueles prestados a toda coletividade, indistintamente. Logo, não é possível mensurar o quanto cada usuário usufrui do serviço. Diz-se, portanto, que eles são prestados a usuários indeterminados. Por conseguinte, não é possível mensurar o quanto cada usuário utilizou do serviço.

São exemplos de serviços gerais a conservação de vias públicas, a iluminação pública, a varrição de ruas e praças, etc. Além disso, se considerarmos um conceito amplo de serviço público, pode-se incluir como exemplos de serviços *uti universi* o policiamento urbano, a garantia de segurança nacional, a defesa de fronteiras, etc.

Por outro lado, os serviços **singulares (*uti singuli*)** são aqueles em que é possível mensurar a sua prestação individual, ou seja, o quanto cada usuário utilizou do serviço. Assim, mesmo que o serviço se destine à coletividade como um todo, é possível **mensurar individualmente** o quanto cada usuário utilizou do serviço. São exemplos os serviços de energia elétrica, água encanada, telefonia, gás canalizado, coleta domiciliar de lixo, etc.

Com base no art. 145, II, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já utilizou a denominação **serviços divisíveis (ou específicos)** e **indivisíveis (ou gerais)** para se referir, respectivamente, aos serviços singulares e coletivos.

A relevância dessa classificação se refere à cobrança de taxa. Conforme consta no art. 145, II, da CF/88, são passíveis de remuneração por meio de **taxas** a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos **específicos e divisíveis**. Portanto, somente os serviços singulares (específicos, divisíveis, individuais) podem ser remunerados por taxas, não sendo permitida a cobrança desse tipo de tributo nos serviços gerais.

b) Serviços **delegáveis** e **indelegáveis**: os serviços **indelegáveis** são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado ou pelas entidades administrativas de direito público, como o exercício do poder de polícia e os serviços judiciais; por outro lado, os serviços **delegáveis** são aqueles que podem ser prestados pelo Estado, pelas entidades administrativas ou por delegação de serviços públicos. A diferença, portanto, é que os serviços delegáveis são passíveis de delegação à iniciativa privada, como ocorre com os serviços de transporte público, fornecimento de energia elétrica e telefonia.

c) Serviços **próprios** e **impróprios**: esse tipo de classificação pode ser analisado sob duas concepções. Na primeira delas, são **próprios** os serviços que representem comodidade material para a população, sendo disciplinados pelo regime de direito público quando prestados pelo Estado direta ou indiretamente, neste último caso por meio de concessão ou permissão de serviço público.

Por outro lado, são **impróprios** os serviços de natureza social que podem ser prestados pela iniciativa privada **sem delegação**, sendo, nessas condições, regidos pelo regime jurídico de direito privado. Como exemplos, temos os serviços de saúde, educação e assistência social quando são desenvolvidos por estabelecimentos particulares.

Na segunda concepção, apresentada por Hely Lopes Meirelles, os serviços **próprios** são aqueles se **relacionam intimamente com as funções do Poder Público** em que a Administração se utiliza da supremacia sobre os administrados. Por conseguinte, só podem ser prestados por entidades públicas, sem delegação aos particulares. Por outro lado, são serviços impróprios aqueles que “**não** afetam substancialmente a necessidades da comunidade” e, portanto, podem ser prestados diretamente ou mediante delegação. Essa classificação do autor nada mais representa do que os serviços delegáveis e indelegáveis.

Vamos resolver algumas questões!



(MDIC - 2014) O serviço de uso de linha telefônica é um típico exemplo de serviço singular, visto que sua utilização é mensurável por cada usuário, embora sua prestação se destine à coletividade.

Comentários: mesmo sendo um serviço que se destine à coletividade, o serviço de linha telefônica é mensurável individualmente e, portanto, trata-se de serviço singular. Também são exemplos de serviços dessa natureza a energia elétrica, o gás canalizado, a água encanada, a coleta de lixo domiciliar e outros.

Gabarito: correto.

(PM CE - 2014) Os serviços de energia domiciliar e os serviços de uso de linha telefônica são considerados serviços *uti universi*, pois são prestados à coletividade de forma indistinta e a grupamentos indeterminados de indivíduos.

Comentários: a definição de serviço *uti universi* (serviços coletivos, gerais ou indivisíveis) está correta, pois são serviços prestados à coletividade de forma indistinta e a grupamentos indeterminados de indivíduos. Todavia, os dois exemplos (energia domiciliar e os serviços de uso de linha telefônica) são de serviços singulares, pois são passíveis de mensuração individual. Portanto, a questão está errada.

Gabarito: errado.

(MIN - 2013) O serviço público de iluminação urbana, por ser destinado a um número indeterminado de pessoas, classifica-se como serviço coletivo.

Comentários: a iluminação urbana não é passível de mensuração individual, pois alcança um número indeterminado de pessoas. Logo, classifica-se como serviço coletivo, geral ou indivisível. Conclui-se, pois, que a questão está correta.

Gabarito: correto.

(PRF - 2012) O serviço de iluminação pública pode ser considerado *uti universi*, assim como o serviço de policiamento público.

Comentários: mais um item bem simples. A iluminação pública e o policiamento urbano são serviços que beneficiam um número indeterminado de pessoas. Além disso, não é possível quantificar o quanto cada

usuário se utilizou desses serviços. Logo, são também serviços *uti universi* (gerais). Portanto, o item está correto.

Gabarito: correto.

(CAM DEP - 2012) Os serviços públicos próprios são aqueles que atendem às necessidades coletivas e que o Estado executa tanto diretamente quanto indiretamente, por intermédio de empresas concessionárias ou permissionárias.

Comentários: nesta questão, a banca adotou a divisão tradicional de serviços próprios e impróprios. Por serviço próprio, entende-se aquele que represente comodidade material para a população, sendo disciplinado pelo regime de direito público quando prestado pelo Estado direta ou indiretamente, neste último caso por meio de concessão ou permissão de serviço público. Apesar de a permissão admitir também a prestação de pessoas físicas, a questão não pode ser considerada errada, pois não há nenhum termo restritivo do tipo “somente” ou “apenas”. Assim, o item está correto..

Gabarito: correto.

Formas de prestação e meios de execução

As formas de prestação de serviços públicos são assunto alvo da aula de organização administrativa, quando tratamos de centralização, descentralização, concentração e desconcentração. Dessa forma, não traremos o assunto para esta aula.

Os meios de prestação, por outro lado, se referem à execução **direta e indireta**. Novamente, a doutrina não é pacífica neste aspecto. A divergência ocorre na hora de considerar se o serviço prestado pelas entidades da administração indireta é considerado como execução direta ou indireta.

Adotaremos, porém, a proposta de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, a partir do conteúdo do art. 175 da Constituição Federal, ensina que:

Quando a Constituição fala em execução direta, tem-se que entender que abrange a execução pela Administração Pública direta (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela Administração Pública indireta referida em vários dispositivos da Constituição, em especial no art. 37, caput, e que abrange as entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Portanto, considera-se como **execução direta** os serviços públicos prestados pela Administração Pública direta e indireta e como **execução indireta** a prestação por meio de delegação de serviço público.

Vamos dar uma olhada como isso já foi cobrado!



(INPI - 2013) A concessão, como delegação da prestação de um serviço público, estabelece relação entre o concessionário e a administração concedente, regendo-se pelo direito privado.

Comentários: na delegação de um serviço público, a relação entre o concessionário e a Administração é regida predominantemente por direito público. Dessa forma, a Administração age sob as prerrogativas inerentes ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, podendo, entre outras coisas, alterar unilateralmente as cláusulas contratuais ou impor sanções.

Gabarito: errado.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O art. 22, XXVII, da Constituição da República, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. O art. 175, por sua vez, estabelece que lei deve disciplinar a prestação do serviço público, dispondo sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias; o caráter especial de seu contrato; as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a políticas tarifárias; e a obrigação de manter serviço adequado.

Por conseguinte, a União editou a Lei 8.987/1995, que estabelece normas gerais para o regime de **concessão e permissão da prestação de serviços públicos**. A Lei aplica-se a todos os entes (União, estados, Distrito Federal e municípios), sendo que cada um poderá editar normas complementares, específicas para suas situações.

Com base na mesma competência, a União também editou a Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de **parceria público-privada** no âmbito da administração pública.

A partir dessa nova Lei, podemos falar em três tipos de concessão: (a) concessão comum (ordinária); (b) concessão patrocinada; e (c) concessão administrativa. A primeira consta na Lei 8.987/1995, enquanto as duas últimas são novidades da Lei das PPPs.

Assim, vamos iniciar trabalhando as modalidades de delegação de serviços públicos, utilizando, para tanto, a definição de concessão prevista na Lei 8.987/1995.

Modalidades de delegação de serviços públicos

Existem três modalidades de delegação de serviços públicos: concessão, permissão e autorização. Quanto a esta última, há alguns doutrinadores que sequer a consideram como modalidade de delegação. Todavia, as bancas de concurso, em geral, não possuem este posicionamento, ou seja, elas consideram, ainda que em hipóteses restritas, que a autorização é sim modalidade de delegação.

A concessão é definida, pela Lei¹, nos seguintes termos (art. 2º):

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

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a 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;

¹ Quando nos referirmos apenas à “Lei” ou à “Lei de Concessões”, considere que se trata da Lei 8.987/1995.

Essa é a modalidade mais complexa, exigindo, para tanto, licitação na **modalidade de concorrência ou diálogo competitivo**, sendo normalmente empregada em serviços que demandem maiores investimentos. Ademais, em virtude de sua complexidade, não pode ser delegada para pessoas físicas – **somente empresas ou consórcio de empresas**. Com efeito, a Lei é expressa, quanto à concessão, que ela deverá ser realizada **em prazo determinado**.

A Lei admite, ainda, a realização de concessão precedida de obra pública, caso em que o investimento da concessionária será remunerado e amortizado por meio da exploração do serviço ou da obra. Nesse caso, a empresa faria um investimento para realizar uma obra e, em troca, receberia o direito de explorar, por prazo determinado, a obra ou o serviço decorrente.

A despeito de a Lei 8.974/1995 sempre exigir a concorrência ou o diálogo competitivo para a concessão de serviço público, a Lei 9.074/1995 apresenta uma exceção, ou seja, um caso em que o ocorrerá a concessão sem utilizar uma dessas modalidades.

Nesse contexto, dispõe o art. 27 da Lei 9.074/1995 que, nos casos em que os serviços públicos forem prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, quando se desejar **promover a privatização dessa empresa e, simultaneamente, realizar a outorga de nova concessão ou prorrogar as concessões existentes**, a União poderá, com exceção dos serviços públicos de telecomunicações, promover **a venda das quotas ou ações necessárias para a transferência do controle societário**.

Em resumo, nesse caso, a União poderá realizar a **transferência do controle acionário da empresa à iniciativa privada**, utilizando-se do leilão para promover a **venda das quotas ou ações**.

Assim, sabemos que, segundo a Lei 8.987/1995, a modalidade licitatória para a concessão de serviços públicos será sempre a concorrência ou o diálogo competitivo, mas há uma exceção na Lei 9.074/1995 que permite a **utilização da modalidade leilão**.

Além disso, apesar de a Lei 8.987/1995 sempre exigir licitação para a concessão, essa regra não é absoluta. Isso porque a Lei 9.472/97 – Lei da Anatel –, prevê expressamente a possibilidade de **inexigibilidade** de licitação para outorga de concessão de serviço público de telecomunicações, nos casos em que a disputa for considerada **inviável** – isto é, quando apenas um interessado puder realizar o serviço – ou **desnecessária** – ou seja, quando se admita a exploração do serviço por todos os interessados.

Por outro lado, a **permissão de serviço público** é “a delegação, a **título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos**, feita pelo poder concedente à **pessoa física ou jurídica** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2º, IV).

Em complemento, o art. 40 dispõe que a permissão será formalizada por **contrato de adesão**, devendo ser **observada as normas quanto à precariedade e revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente.

Percebe-se, pois, que a permissão é uma modalidade de delegação menos complexa que a concessão, destinando-se aos **serviços públicos de porte médio**, isto é, que não demandem investimentos tão vultosos quanto à concessão, mas que não podem ser considerados desprezíveis.

Muitas políticas públicas dependem do envolvimento de mais de um dos Poderes do Estado. No caso das concessões e permissões, a disciplina não é diferente. Assim, a delegação por qualquer uma dessas duas

modalidades deverá ser autorizada por lei autorizativa específica. Ou seja, se a União, os estados, o Distrito Federal ou os municípios desejarem delegar um serviço por meio de concessão ou permissão, deverá existir uma lei específica com autorização para tal.

Entretanto, a Lei 9.074/1995 estabelece algumas ressalvas. Dessa forma, não é preciso lei autorizativa para a concessão e permissão dos seguintes tipos de serviços públicos (art. 2º):

- a) saneamento básico;
- b) limpeza urbana; e
- c) naqueles serviços já previstos como passíveis de prestação por delegação na Constituição Federal, nas constituições estaduais e nas leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios.

A terceira modalidade de delegação é a autorização. Conforme vimos, essa modalidade não é referida no art. 175 da Constituição e, portanto, também não está disciplinada na Lei 8.987/1995.

A sua previsão, no entanto, consta em alguns artigos do texto constitucional, como os incs. XI e XII que dispõem sobre diversos serviços que a União pode prestar diretamente ou por meio de autorização, permissão ou concessão. Na mesma linha, o art. 223 da CF estabelece que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar “concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal” (grifos nossos).

A doutrina aduz que a autorização é uma modalidade de delegação aplicável em duas situações²:

- a) no casos em que o serviço seja prestado a um grupo restrito de usuários – no lugar de ser disponibilizado amplamente a toda a população –, sendo o próprio particular autorizado o seu beneficiário principal ou exclusivo;
- b) nas situações de emergência e nas situações transitórias ou especiais.

No primeiro caso, temos como exemplo o serviço de telecomunicação exercido pelos praticantes de radioamadorismo. Percebam que o “radioamador” é o beneficiário principal ou exclusivo da autorização.

No segundo caso, podemos mencionar as disposições do Decreto 2.521/1998, que define a autorização como a “delegação ocasional, por prazo limitado ou viagem certa, para prestação de serviços de transporte em caráter emergencial ou especial”.

Quanto às características, a autorização é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, sendo passível de revogação a qualquer tempo e sem qualquer direito à indenização para o administrado.

Ato administrativo unilateral é aquele concedido pela Administração sob o regime jurídico de direito público, sem a celebração de um contrato administrativo³, ou seja, o ato é concedido pela manifestação exclusiva do Poder Público.

² Alexandrino e Paulo, 2011, p. 746.

³ Os contratos administrativos são considerados atos bilaterais.

A discricionariedade, por sua vez, significa que o agente público pode concedê-lo ou não, de acordo com a sua conveniência ou oportunidade. Dessa forma, caberá ao agente público decidir se concede ou não autorização.

Há, no entanto, uma única hipótese em que a autorização é definida legalmente como ato vinculado, isto é, se estiverem preenchidos os requisitos legais, o agente público será obrigado a conceder a autorização. Esse caso restrito encontra-se no art. 131, §1º, da Lei 9.472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações – que dispõe que “a autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado”.

A regra, porém, é que a autorização seja concedida por ato administrativo discricionário.

Por fim, a precariedade significa que o ato administrativo de autorização poderá ser revogado a qualquer momento, sem que isso gere direitos ao administrado, como o de indenização. **Dessa forma, a autorização, em regra, é realizada por prazo indeterminado, uma vez que é passível de revogação a qualquer tempo, conforme o interesse público o dispuser.**

A partir de tudo o que foi exposto, podemos apresentar uma síntese das três modalidades de delegação de serviços públicos:



Características básicas das modalidades de delegação de serviços públicos⁴:

CONCESSÃO de serviços públicos, precedida ou não de obra pública:

é celebrada por contrato administrativo;

é necessariamente por tempo determinado, admitindo-se prorrogação;

exige licitação – na modalidade de concorrência ou o diálogo competitivo, exceto no caso em que é aplicável o leilão ou nos casos de inexigibilidade;

só se aplica a pessoas jurídicas e a consórcio de empresas;

exige lei autorizativa prévia, com exceção das hipóteses previstas no art. 2º da Lei 9.074/1995 (saneamento básico, limpeza urbana e hipóteses previstas nas constituições e leis orgânicas).

PERMISSÃO de serviços públicos:

é celebrada por contrato de adesão, de caráter precário, revogável⁵ a qualquer tempo pela Administração;

é necessariamente por tempo determinado, admitindo-se prorrogação;

sempre exige licitação, mas não necessariamente por concorrência ou diálogo competitivo;

⁴ Barchet, 2008, p. 593.

⁵ Lembramos que há posicionamentos divergentes na literatura, porém a Lei menciona a “**revogabilidade unilateral do contrato**”. Logo, percebe-se que ela admite a revogação a qualquer momento, ainda que o contrato estabeleça prazo.

pode ser feita a pessoas físicas ou jurídicas;

exige lei autorizativa prévia, exceto nas hipóteses previstas no art. 2º da Lei 9.074/1995 (saneamento básico, limpeza urbana e hipóteses previstas nas constituições e leis orgânicas).

AUTORIZAÇÃO de serviços públicos:

é formalizada por ato administrativo, unilateral e de caráter precário, revogável a qualquer momento pela Administração e sem direito à indenização;

pode ser feita por prazo indeterminado;

não exige licitação;

pode ser feita a pessoas físicas ou jurídicas;

não exige lei autorizativa prévia.

Definição e modalidades de concessão

De acordo com Maria Di Pietro⁶, o vocábulo concessão pode ser utilizado em diversos sentidos no direito administrativo, pois pode ter diversos objetos, como:

[...] a delegação da execução de um serviço ao particular (concessão de serviço público, agora, também sob a forma de concessão patrocinada), a delegação da execução de obra pública (concessão de obra pública), a utilização de bem público por particular, com ou sem possibilidade de exploração comercial (concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso para fins de moradia, concessão para exploração de minas e jazidas), concessão para prestação de serviços à Administração, acompanhada ou não da execução de obra ou fornecimento de instalações (concessão administrativa).

Assim, conforme podemos observar acima, existem diversas modalidades de concessão. Contudo, interessa-nos apenas três delas.

A **concessão de serviço público** é um instrumento antigo no direito brasileiro e, atualmente, é disciplinada pela Lei 8.987/95, pela Lei 9.074/95 e por outras leis esparsas sobre serviços específicos, como portos, telecomunicações, energia elétrica, etc.

Além desses normativos, atualmente temos a Lei 11.079/04, que instituiu as parcerias público-privadas (PPPs), apresentando outras duas modalidades de concessão: **patrocinada** e **administrativa**.

Assim, podemos encontrar três diferentes categorias de contratos em que ocorre a delegação de serviço público ao usuário⁷:

- ✓ **concessão de serviço público ordinária, comum ou tradicional**: na qual a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do

⁶ Di Pietro, 2009, p. 65.

⁷ Di Pietro, 2009, p. 64.

serviço (receitas alternativas); é a categoria básica prevista na Lei 8.987/95 e legislação esparsa sobre os serviços públicos específicos;

- ✓ **concessão patrocinada:** em que se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); ou seja, o concessionário (a empresa que explora a atividade) recebe a tarifa do usuário e um complemento pago pela Administração; essa modalidade está prevista na Lei 11.079/04;
- ✓ **concessão administrativa:** a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado; encontra-se prevista na Lei 11.079/04.

De forma simples, na **concessão comum**, a concessionária recebe uma tarifa do usuário e, complementarmente, outras fontes de recursos decorrentes da exploração do serviço. Na **concessão patrocinada**, ocorrerá o pagamento de tarifa pelo usuário e um complemento pago pela Administração. Por fim, na **concessão administrativa**, a remuneração básica do concessionário decorre de pagamentos da Administração.

O conceito legal de concessão de serviço público está previsto na Lei 8.987/95, vejamos:

Art. 2º (...)

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

A professora Di Pietro⁸ ensina que a definição acima atende às necessidades da Lei, mas se mostra incompleta. Assim a autora propõe a seguinte definição de concessão de serviço público:

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

Assim, podemos entender que a concessão de serviço público é uma forma de **contrato administrativo**, pelo qual a Administração **delega** a uma **pessoa jurídica** ou um **consórcio de empresas** a execução de um serviço público. Assim, a concessionária deverá prestar o serviço **em seu próprio nome, por sua conta e risco**, e receberá uma **tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço**.

Por exemplo, as empresas de telefonia são concessionárias de serviço público, que recebem a delegação, por meio de contrato administrativo, para prestar o serviço em seu próprio nome (Oi, Tim, Claro, Vivo, etc.) e por sua conta e risco (se a atividade der prejuízo, é a empresa que irá arcar com os custos). Por conseguinte, eles recebem a remuneração por meio de tarifa paga pelo usuário do serviço e, adicionalmente, podem receber outras receitas (p. ex.: contratos com empresas parceiras).

A permissão, por sua vez, possui um conceito muito semelhante. Aliás, as disposições legais abordam, especificamente, apenas a concessão. Assim, o parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987/95 apenas

⁸ Di Pietro, 2009, p. 75.

estabelece que “*Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei*”. Ou seja, os regramentos apresentados para a concessão aplicam-se à permissão, ressalvando apenas, de forma implícita, os dispositivos que foram incompatíveis.

Ademais, o inc. IV, art. 2º, da Lei 8.987/95 define permissão da seguinte forma:

Art. 2º (...)

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

Além disso, o *caput* do art. 40 dispõe que a permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão** e que o instrumento deve observar as disposições quanto “à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

Vamos detalhar um pouco esse conceito. Um contrato de adesão é aquele em que as normas são totalmente estabelecidas por uma parte, cabendo a outra apenas ratificá-lo. Por exemplo, quando você assina um contrato de telefonia, as normas já vêm todas definidas. Você não consegue alterar o contrato, apenas deve assiná-lo (aderir) ou não.

Acontece que, tecnicamente, todos os contratos administrativos são contratos de adesão. Isso porque as normas contratuais já são previamente estabelecidas, pois devem seguir as regras do edital de licitação, que inclui a minuta do contrato como anexo. Assim, a Administração não pode modificar os termos contratuais após o término da licitação. Ou seja, todos os contratos administrativos são contratos de adesão.

No entanto, como as bancas de concurso são muito “legalistas”, devemos lembrar que a Lei 8.987/95 dispõe, expressamente, que a permissão é formalizada por **contrato de adesão**, sem nada mencionar quanto à concessão.

A **precariedade**, por sua vez, significa que o ato é revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração. Além disso, o vocábulo significa que a delegação ocorre sem prazo determinado e, portanto, seria revogável a qualquer momento pela Administração, sem direito à indenização.

Acontece que há doutrinadores, como Alexandre Santos de Aragão⁹, que entendem que a permissão possui prazo determinado e que a precariedade representa apenas a ausência de necessidade de indenizar.

Na mesma linha, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁰ entendem que, apesar da omissão do legislador, os contratos de permissão devem possuir prazo determinado. Confirmando essa tese, nós vamos resolver uma questão que informa que a permissão comporta prazo.

Assim, tirando as discussões doutrinárias do plano, vamos esquematizar as diferenças previstas expressamente na Lei 8.987/95 para a concessão e a permissão de serviços públicos¹¹:

⁹ Aragão, 2007, p. 723.

¹⁰ Alexandrino e Paulo, 2011, p. 681.

¹¹ Alexandrino e Paulo, 2011, p. 680.

- a) a concessão só pode ser feita para **pessoas jurídicas ou consórcios de empresas**, enquanto as permissões podem ser celebradas com **pessoas físicas ou jurídicas**;
- b) as concessões obrigatoriamente devem ser precedidas de licitação na **modalidade de concorrência ou diálogo competitivo** (com uma exceção que permite o leilão), ao passo que as permissões devem ser precedidas de licitação, mas **não há designação de modalidade específica**;
- c) a lei impõe que as permissões sejam formalizadas por **“contrato de adesão”**, mencionando ainda **“à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”**. Por outro lado, não há menção a essas características para o contrato de concessão.

Após essas discussões, podemos apresentar ainda uma tabela, proposta por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹², que resume as principais características dos instrumentos de concessão e permissão.

CONCESSÃO	PERMISSÃO
Delegação da prestação de serviço público, permanecendo a titularidade com o poder público (descentralização por colaboração).	Delegação da prestação de serviço público, permanecendo a titularidade com o poder público (descentralização por colaboração).
Prestação do serviço por conta e risco da concessionária, sob fiscalização do poder concedente. Obrigação de prestar serviço adequado, sob pena de intervenção, aplicação de penalidades administrativas ou extinção por caducidade.	Prestação do serviço por conta e risco da concessionária, sob fiscalização do poder concedente. Obrigação de prestar serviço adequado, sob pena de intervenção, aplicação de penalidades administrativas ou extinção por caducidade.
Sempre precedida de licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo (com exceção que permite utilizar o leilão).	Sempre precedida de licitação, não há determinação legal para modalidade específica.
Natureza contratual.	Natureza contratual; a lei explicita tratar-se de contrato de adesão.
Prazo determinado, podendo o contrato prever sua prorrogação, nas condições nele estipuladas.	Prazo determinado, podendo o contrato prever sua prorrogação, nas condições nele estipuladas.
Celebração com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, mas não com pessoa física.	Celebração com pessoa física ou jurídica; não prevista permissão a consórcio de empresas.
Não há precariedade.	Delegação a título precário.
Não é cabível revogação do contrato.	Revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Vamos resolver algumas questões sobre o assunto.



¹² Alexandrino e Paulo, 2011, p. 680.

(INPI - 2013) A permissão e a concessão de serviços públicos apresentam, entre outras, a seguinte diferença: a primeira pode ser feita à pessoa física ou à jurídica que, por sua conta e risco, demonstre capacidade para seu desempenho; já a segunda, só à pessoa jurídica ou a consórcios de empresas.

Comentários: é isso mesmo. O artigo 2º da Lei 8.987/1995 apresenta a concessão como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência ou diálogo competitivo, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Por outro lado, o mesmo artigo define a permissão como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Gabarito: correto.

(INPI - 2013) Tanto a concessão de serviço público quanto a autorização de serviço público são constituídas por meio de contrato administrativo.

Comentários: a Lei estabelece que as concessões aconteçam mediante contrato, então a primeira parte da assertiva está correta. Porém, a ocorrência de autorização de serviço público se dá através de ato administrativo, ou seja, concedido pela Administração sob o regime jurídico de direito público, sem a celebração de um contrato administrativo.

Gabarito: errado.

(TCU - 2013) A permissão de serviço público possui contornos bilaterais, mas, diferentemente da concessão de serviço público, não pode ser caracterizada como de natureza contratual.

Comentários: a permissão realmente possui contornos bilaterais, mas, diferentemente do que consta na questão, ela também possui natureza contratual, assim como ocorre na concessão. O *caput* do art. 40 da Lei 8.987/1995 dispõe que a permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**. Logo, o item está errado.

Gabarito: errado.

(MIN - 2013) Um item que caracteriza a diferenciação entre permissão e concessão de serviço público é a delegação de sua prestação a título precário.

Comentários: o art. 40 da Lei 8.987/1995 dispõe que o contrato de adesão deve observar as disposições quanto “à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente”. Portanto, uma característica que diferencia a permissão da concessão é a sua precariedade. Portanto, a questão está correta.

Gabarito: correto.

(PF - 2012) Os contratos de concessão de serviços públicos sempre exigem licitação prévia na modalidade concorrência.

Comentários: o item está errado, em decorrência do “sempre”, uma vez que o art. 27 da Lei 9.074/1995 admite a adoção do leilão em privatizações simultâneas com a concessão ou prorrogação de serviço público. Todavia, o item foi anulado pelo simples motivo de a Lei 8.987/1995 não constar no edital da prova. Estranhamente, a banca havia dado a questão preliminarmente como correta, mas não “deu o braço a torcer” para alterar o gabarito para incorreto. Hoje, sem dúvidas a questão estaria errada, tendo em vista a instituição do diálogo competitivo por intermédio da Lei 14.133/2021. Em resumo, o item está errado, porém foi anulado por exceder o conteúdo do edital.

Gabarito: anulado.

(MIN - 2013) Com base na Lei n.º 8.987/1995, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, julgue os itens seguintes.

Nos casos de interesse público imediato, a licitação poderá ser dispensada para as concessões que não forem precedidas de execução de obras.

Comentários: seja precedida de obra pública ou não, as concessões sempre serão precedidas de licitação, e sempre nas modalidades de concorrência ou de diálogo competitivo, vejamos (art. 2º, Lei 8.987/1995):

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

*III - **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública:** a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a 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;*

Logo, não existe a exceção prevista na questão. Portanto, o item está errado.

Gabarito: errado.

(TCE ES - 2012) A natureza jurídica é a principal diferença entre a concessão de serviço público e a permissão de serviço público, consideradas, respectivamente, contrato administrativo e ato administrativo.

Comentários: a doutrina considerava que a permissão era ato administrativo unilateral e precário. No entanto, a Constituição Federal estabeleceu que a lei deveria dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Por conseguinte, a Lei 8.987/1995 definiu que a permissão se daria por contrato de adesão que deveria observar as normas quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral. Portanto, o contrato de permissão de serviço público não é “ato administrativo”. Logo, o item está errado.

Gabarito: errado.

(PRF - 2012) A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato administrativo.

Comentários: a concessão será sempre formalizada por contrato administrativo, seja precedido de obra pública ou não. Nesse sentido, vejamos o que determina o art. 4º da Lei 8.987/1995:

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

Portanto, a questão está correta.

Gabarito: correto.

(PRF - 2012) A permissão é a delegação, a título precário, independentemente de 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.

Comentários: segundo o art. 2º, IV, da Lei 8.987/1995, a permissão de serviço público é a delegação, a título precário, **mediante licitação**, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Logo, o único erro da questão é que a permissão depende de licitação.

Gabarito: errado.

(DPF - 2013) Em se tratando de permissão de serviço público, o serviço é executado em nome do Estado por conta e risco do permissionário, e é atribuído exclusivamente à pessoa jurídica.

Comentários: na permissão, o serviço é prestado **em nome do permissionário**, por sua conta e risco. Além disso, a permissão pode ser atribuída à **pessoa física** ou jurídica.

Gabarito: errado.

Nos próximos tópicos, vamos detalhar as regras previstas na Lei 8.987/1995 sobre a concessão e a permissão de serviços públicos. No art. 40, consta que as permissões devem seguir as regras relativas à concessão. Conquanto o legislador não tenha incluído o “no que couber”, devemos entendê-lo como implícito, sendo que nem todos os regramentos para concessão se aplicam à permissão.

Ainda assim, ao longo da aula, quando tratarmos genericamente de “concessão”, entendam que estamos falando dos dois tipos de delegação previsto na Lei (concessão e permissão). Assim, todos os comentários atinentes à concessão também se aplicarão às permissões, salvo manifestação expressa em contrário.

Além disso, lembramos que a Lei 8.987/1995 não se aplica às autorizações e, portanto, as regras a seguir expostas não se destinam a essa modalidade de delegação.

Licitação

O art. 14 da Lei estabelece que

*Art. 14. **Toda concessão** de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de **prévia licitação**, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da **legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.***



Não existe exceção, sempre haverá necessidade de licitação para a permissão e concessão de serviço público.

A licitação é um procedimento administrativo que se destina a escolher a melhor proposta para a Administração Pública. **Temos aqui, como princípios básicos, isto é, como mandamentos gerais a serem**

aplicados à licitação de concessão a **legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.**

Os quatro primeiros princípios não exigem maiores aprofundamentos, mas os dois últimos merecem explicações. O julgamento por critérios objetivos significa que a forma de avaliação das propostas deve ser objetiva. Com isso, várias pessoas poderiam analisar o processo e concluir que o vencedor realmente apresentou a melhor proposta. Já a vinculação ao instrumento convocatório significa que tanto os participantes da licitação quanto a Administração devem seguir as regras previstas no edital (instrumento convocatório).

Conforme escrito acima, **toda concessão** (e também as permissões) será precedida de licitação. Não temos aqui exceções como faz a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos). Dessa forma, qualquer caso de concessão, seja precedido ou não de obra, deverá ser licitado.

Os critérios de julgamento estão disciplinados no art. 15 da Lei 8.987/1995. Por “critério” devemos entender os parâmetros de avaliação utilizados pela Administração como fundamentais para a escolha da proposta vencedora. A Lei 8.666/1993 apresenta alguns critérios, porém, nas concessões, temos critérios próprios, ainda que alguns deles sejam bem semelhantes aos da Lei de Licitações. Assim, a própria Lei das Concessões estabelece os critérios utilizados para julgar as propostas, são eles:

- 1) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- 2) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- 3) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos itens 1, 2 e 7 (somente será admitida quando previamente prevista no edital, inclusive com regras e fórmulas precisas para a avaliação econômico-financeira);
- 4) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- 5) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- 6) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- 7) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira (art. 15, §4º). Assim, em caso de empate entre uma empresa nacional e uma estrangeira, aquela deverá ser considerada vencedora.

Ademais, o poder concedente recusará propostas **manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis** com os objetivos da licitação (art. 15, §3º).

Uma preocupação importante da Lei é manter o regime de competição. Dessa forma, o art. 16 aduz que a outorga de concessão ou permissão **não** terá caráter de exclusividade, salvo no caso de **inviabilidade técnica ou econômica justificada**.

A Lei disciplina também que o poder concedente deverá publicar, previamente lançamento do edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu

objeto, área e prazo (art. 5º). Nos casos de obrigatoriedade da exclusividade, as justificativas de inviabilidade técnica e econômica deverão constar neste ato.

Além disso, será **desclassificada** a proposta que, para sua viabilização, necessite de **vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes** (art. 17). Também será 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 (art. 17, §1º). Por exemplo, se uma empresa pública de Santa Catarina recebe vantagens ou subsídios desse estado, ela não poderá participar de uma licitação de concessão no estado do Rio Grande do Sul.

Segundo a Lei, inclui-se nas vantagens ou subsídios mencionados acima, **qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado**, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a **isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes**.

O art. 18-A permite que o edital de licitação preveja a **inversão das fases de habilitação ou julgamento**. Essa é uma importante medida para dar maior celeridade à licitação. Nesse caso, primeiro será feita a classificação das propostas vencedoras para, só depois, verificar as condições de habilitação da empresa previstas no edital. Com isso, evita-se uma série de recursos de candidatos desclassificados que sequer iriam vencer a licitação.

A inversão das fases permite que a Administração Pública primeiro faça o julgamento das propostas. Após isso, será feita a classificação e, depois, será aberto o envelope com a documentação de habilitação somente do candidato classificado em primeiro lugar. Caso o candidato atenda aos requisitos do edital, será considerado vencedor do certame. Porém, se ele não atender aos requisitos, será chamado o segundo colocado e assim sucessivamente.

Todavia, a inversão só ocorrerá quando houver previsão no edital de licitação.

O art. 18 estabelece os elementos que deverão constar no edital de licitação:

- a. o objeto, metas e prazo da concessão;
- b. a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;
- c. os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;
- d. prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;
- e. os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;
- f. as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;
- g. os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;
- h. os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

- i. os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;
- j. a indicação dos bens reversíveis;
- k. as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;
- l. a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;
- m. as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;
- n. nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;
- o. nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;
- p. nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Vamos resolver algumas questões.



(PRF - 2012) As concessões e permissões de serviços públicos deverão ser precedidas de licitação, existindo exceções a essa regra.

Comentários: a Constituição Federal determinou que *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”* (art. 175). Assim, diferentemente do que ocorre com as contratações previstas na Lei 8.666/1993, em que a Constituição admitiu exceções (dispensa e inexigibilidade), não existem nenhuma exceção para as concessões e permissões. Dessa forma, sempre haverá necessidade de licitar, motivo pelo qual a questão está errada.

Gabarito: errado.

(SUFRAMA - 2014) Tanto as concessões como as permissões de serviços públicos devem ser precedidas de licitação.

Comentários: os dois regimes exigem a aplicação de licitação precedendo o serviço. Contudo, no caso das concessões, a modalidade licitatória deverá ser a concorrência ou o diálogo competitivo; e para as permissões, não existe uma determinação legal.

Gabarito: correto.

Contrato de concessão

Após a escolha do vencedor, a Administração deverá firmar um contrato administrativo com a empresa vencedora. Cumpre frisar que, diferentemente dos contratos privados, em que os particulares se encontram em igualdade na celebração do contrato; nos contratos administrativos a Administração se encontra em posição de verticalidade perante os particulares.

Dessa forma, o órgão público dispõe das chamadas prerrogativas da Administração, podendo, inclusive, modificar unilateralmente algumas cláusulas contratuais.

O artigo 23 da Lei 8.987/1995 apresenta as chamadas “cláusulas essenciais”, ou seja, aquelas que devem constar no edital sempre que aplicáveis. Diz-se isso, pois nem toda cláusula essencial constará obrigatoriamente no contrato. Vejamos o conteúdo da Lei:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Nos casos de contratos de concessão precedidos da execução de obra pública, deverão constar adicionalmente (art. 23, parágrafo único): (a) os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e (b) a garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

A Lei 11.196/2005 inclui o art. 23-A, permitindo que o contrato de concessão preveja mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Serviço público adequado

De acordo com o art. 175 da CF, a lei deve dispor, entre outros elementos, sobre “a obrigação de manter serviço adequado”. Dessa forma, o art. 6º da Lei 8.987/1995 menciona que toda concessão ou permissão pressupõe a **prestação de serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido na Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

O parágrafo primeiro dispôs que **serviço adequado** é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**.



Considera-se serviço adequado o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O conceito de **atualidade** consta na própria lei, que dispõe que “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

A **continuidade**, por sua vez, refere-se à prestação permanente dos serviços públicos, tendo em vista o seu **caráter essencial**. Todavia, a Lei comporta algumas exceções que não são consideradas descontinuidade do serviço:

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.



Dessa forma, temos três hipóteses de interrupção dos serviços, mas que não se consideram como descontinuidade:

a) **interrupção em situação de emergência;**

b) **paralisação por motivos de ordem técnica ou de segurança das instalações (por exemplo, manutenção da rede elétrica);**

c) interrupção da prestação do serviço em decorrência de inadimplência do usuário, considerado o interesse da coletividade.

No primeiro caso (emergência), não se exige aviso prévio, pois isso seria incompatível com tal situação. Os outros dois casos, porém, exigem sempre aviso prévio.

Entretanto, existe uma limitação quanto à interrupção dos serviços públicos. A interrupção do serviço por inadimplência não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. Logo, não se pode suspender a prestação de um serviço público, sob alegação de inadimplência, quando a suspensão for iniciada em final de semana, feriado ou "vésperas" de final de semana e de feriado.



(MIN - 2013) Constitui obrigação do poder público, ou de seus delegados, fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos.

Comentários: segundo a Constituição, é dever da Administração fornecer à coletividade um serviço adequado. Dessa forma, conforme disposto na Lei 8.987/1995, a prestação de um serviço apropriado deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Gabarito: correto.

Direitos dos usuários

O artigo 175 da Constituição da República também exige que a lei disponha sobre os direitos dos usuários. Assim, o art. 7º da Lei 8.987/1995 cuidou dessa parte, dispondo como direitos e obrigações dos usuários:

- a) receber serviço adequado;
- b) receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.
- d) levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- e) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
- f) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

O art. 7º-A exige que as concessionárias ofereçam ao consumidor e ao usuário, dentro do mês, **no mínimo seis datas** para o vencimento de seus débitos.

Por fim, o art. 22 assegura a **qualquer pessoa** a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões. Nesse caso, não é necessário que a pessoa demonstre qualquer interesse, não precisando, inclusive, ser usuário do serviço.

Encargos da concessionária

Os encargos da concessionária estão previstos no art. 31 da Lei

Art. 31. Incumbe à concessionária:

*I - **prestar serviço adequado**, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;*

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

*III - **prestar contas da gestão do serviço** ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;*

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

*V - **permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso**, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;*

*VI - **promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente**, conforme previsto no edital e no contrato;*

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

A prestação do serviço adequado, sem margem de dúvida, é o principal encargo da concessionária, devendo respeitar os atributos previstos no art. 6º da Lei das Concessões, além do contrato e de outras normas sobre o serviço delegado.

Cabe às concessionárias permitir o exercício da fiscalização, seja disponibilizando o acesso aos encarregados do controle ou por meio de prestações de contas de sua gestão.

Importante encargo consta no inciso VI, que atribui às concessionárias a competência para promover a desapropriação e constituir serviços autorizados pelo poder concedente. Devemos perceber que a decretação de **utilidade pública** ou da **necessidade pública** do bem a ser desapropriado só cabe ao **poder público**. A **execução da desapropriação** ou a constituição da **servidão administrativa**, bem como o **pagamento das indenizações**, é que podem ser atribuições das concessionárias.

Por fim, o art. 25 estabelece que *“Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade”*. Assim, mesmo a fiscalização do Poder Público não exclui nem atenua a responsabilidade pelos prejuízos causados aos usuários ou terceiros.

Vamos ver uma questão!



(AGU - 2012) À concessionária cabe a execução do serviço concedido, incumbindo-lhe a responsabilidade por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, não admitindo a lei que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue tal responsabilidade.

Comentários: ao assumir um serviço delegado pela Administração, seja por concessão, seja por permissão, a delegada afirma ter competência para a realização do serviço incumbido, com prazo determinado e por sua conta e risco. Assim, se porventura, houver a ocorrência de prejuízo, a concessionária deverá arcar com este, sem que a Administração interfira na situação.

O enunciado da questão é quase cópia do art. 25 da Lei 8.987/1995, vejamos:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Gabarito: correto.

Prerrogativas do poder concedente

De acordo com o art. 2º, I, da Lei 8.987/1995, entende-se por **poder concedente**: “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”. Trata-se, portanto, do ente político que recebe da Constituição a competência para prestar determinado serviço público.

No entanto, algumas atribuições do poder concedente podem ser descentralizadas para as **agências reguladoras**. Para tanto, é necessário que exista lei outorgando tais competências à entidades administrativas.

O contrato de concessão é uma espécie de contrato administrativo e, por conseguinte, está sujeito às prerrogativas da Administração Pública, fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em geral, essas prerrogativas são materializadas pelas chamadas “**cláusulas exorbitantes**”, que são regras previstas nos contratos administrativos, mas que não possuem equivalentes nos contratos de direito privado. Por exemplo, a Administração Pública pode alterar o contrato, em determinadas situações, de

forma unilateral, ou seja, independentemente do consentimento do particular. No direito privado, porém, as cláusulas contratuais só podem ser modificados por acordo das partes.

Ao longo da Lei 8.666/1993 encontramos diversos tipos de cláusulas exorbitantes, porém merecem destaque aquelas previstas em seu art. 58, que estão previstas para os contratos administrativos de forma geral:

- a) alteração unilateral do contrato;
- b) extinção unilateral do contrato;
- c) fiscalização da execução do contrato;
- d) aplicação direta de sanções;
- e) decretação de ocupação provisória ou temporária.

Na Lei 8.987/1995, contudo, não há um artigo enumerando as cláusulas exorbitantes. Porém, no art. 29 podemos encontrar as competências do poder concedente, vejamos:

As regras previstas no art. 29 são as seguintes:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

*I - **regulamentar** o serviço concedido e **fiscalizar** permanentemente a sua prestação;*

*II - **aplicar as penalidades** regulamentares e contratuais;*

*III - **intervir na prestação** do serviço, nos casos e condições previstos em lei;*

*IV - **extinguir a concessão**, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;*

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

*VI - cumprir **e fazer cumprir as disposições** regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;*

*VII - **zelar pela boa qualidade do serviço**, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;*

*VIII - **declarar de utilidade pública** os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente **ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações** cabíveis;*

*IX - **declarar de necessidade ou utilidade pública**, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente **ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações** cabíveis;*

*X - **estimular o aumento da qualidade**, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;*

*XI - **incentivar a competitividade**; e*

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Os encargos do poder concedente poderão ser executados diretamente pela pessoa política (União, estados, Distrito Federal ou municípios) ou por meio de entidades da administração indireta, mais especificamente pelas agências reguladoras (quando houver previsão legal para isso).

Durante o exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Ademais, a fiscalização do serviço será feita: (a) por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, (b) periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, *caput* e parágrafo único).

Uma importante prerrogativa do poder concedente é a intervenção, conforme iremos analisar no subtópico seguinte.

Intervenção

A intervenção é um instituto utilizado pelo poder concedente para assumir temporariamente a execução do serviço, com a finalidade de assegurar sua adequada prestação e a fiel execução das normas.

As regras de intervenção estão previstas nos arts. 32 até o 34 da Lei das Concessões.

O art. 32 prevê que o poder concedente poderá **intervir** na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

A intervenção será feita por decreto do poder concedente, que conterá: (a) a designação do interventor; (b) o prazo da intervenção; e (c) os objetivos e limites da medida (art. 32, parágrafo único). **Percebe-se que a intervenção não pode ter prazo indeterminado, porém a lei não dispõe sobre prazo máximo e mínimo, apenas exige que o decreto estabeleça um.**

Após ser declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de 30 dias, instaurar **procedimento administrativo** para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa. Caso fique comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo, por conseguinte, o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização (art. 33, *caput* e §1º).

O prazo de conclusão do procedimento administrativo é de 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção (art. 33, §2º).

Por fim, após ser cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão (art. 34).

Extinção da concessão

A descentralização por outorga, isto é, aquela que se realiza por meio de lei, dando origem às chamadas entidades administrativas, que compõem a Administração Indireta, possui, como regra, prazo indeterminado.

Por outro lado, a descentralização por colaboração ou por delegação, objeto desta aula, **possui prazo determinado**. Dessa forma, seja pelo término do período do contrato ou por outros motivos, o contrato será, de alguma forma, encerrado.

Assim, a Lei estabelece os casos em que o contrato será extinto, ou seja, quando o contrato será encerrado, devendo retornar ao poder concedente todos os **bens reversíveis**, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato (art. 35, §1º). Os bens reversíveis são aqueles previstos no contrato para serem incorporados ao patrimônio do poder concedente após a extinção do contrato. Pode ser, por exemplo, um equipamento adquirido com recursos da concessão, que será necessário para que a Administração dê continuidade à prestação dos serviços públicos.

Após ser extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessárias. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis (art. 35, §§ 2º e 3º).



As hipóteses de extinção da concessão estão previstas no art. 35 da Lei, são elas:

- advento do termo contratual;
- encampação;
- caducidade;
- rescisão;
- anulação; e
- falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Vamos analisar cada um desses casos separadamente.

Advento do termo contratual

Esse é o término “natural” ou ordinário do contrato. Consiste simplesmente no término do prazo previsto no contrato para a concessão, quando os serviços deverão retornar ao poder concedente e, por isso, também é chamado de “reversão da concessão”.

Os bens previstos como reversíveis, conforme previsto no contrato (art. 23, X) deverão ser incorporados ao patrimônio do poder concedente. Por conseguinte, a reversão no advento do termo contratual far-se-á 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”.

Assim, se existir algum equipamento que foi adquirido para dar continuidade ao serviço, mas que não tenha sido totalmente depreciado ou amortizado, e que será revertido para o poder concedente, a concessionária

fará jus à indenização correspondente às parcelas dos investimentos ainda não pagos. Explicando melhor, a concessionária receberá uma indenização equivalente à parcela ainda não depreciada ou amortizada dos bens revertidos.

Assevera-se que este tipo de indenização é a regra nos contratos de concessão. Logo, os bens revertidos não depreciados ou amortizados serão indenizados em todas as hipóteses de extinção. Contudo, no caso da encampação, a Lei determina que a indenização seja prévia; enquanto na caducidade, ela só ocorrerá após a Administração descontar, do valor a ser indenizado, os prejuízos causados pela concessionária e as multas a ela devidas¹³.

Quanto aos casos de advento do termo contratual ou de encampação, a Lei determina que o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, proceda aos levantamentos e avaliações necessárias à determinação dos montantes da indenização que serão devidos à concessionária.

Encampação

Considera-se encampação a retomada do serviço 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).**

Nesse caso, não existiu qualquer irregularidade na execução do contrato. Ocorreu, no entanto, algum motivo de interesse público que faça o poder concedente reassumir o serviço.

Três pressupostos devem estar preenchidos: (a) motivo de interesse público; (b) lei autorizativa específica; e (c) pagamento prévio de indenização.

A indenização destina-se a cobrir as parcelas não pagas dos bens reversíveis ainda não depreciados nem amortizados. Ela não se destina, porém, ao pagamento dos lucros cessantes (os lucros que a empresa iria obter continuando a explorar o serviço).

Caducidade

A caducidade é a extinção em decorrência da inexecução total ou parcial do contrato.

Poderá (competência discricionária) ser declarada a caducidade nas seguintes hipóteses:

- a) o serviço estiver sendo prestado de forma **inadequada ou deficiente**, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- b) a concessionária **descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares** concernentes à concessão;
- c) a concessionária **paralisar o serviço ou concorrer para tanto**, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- d) a concessionária **perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais** para manter a adequada prestação do serviço concedido;

¹³ Alexandrino e Paulo, 2011, p. 723.

- e) a concessionária **não cumprir as penalidades impostas** por infrações, nos devidos prazos;
- f) a concessionária **não atender a intimação do poder concedente** no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- g) 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.

As hipóteses acima são todas discricionárias, ou seja, o agente público pode declarar a caducidade ou não. Todavia, há uma hipótese na Lei que determina a declaração da caducidade, isto é, uma vez ocorrida a situação, a autoridade **deverá** declarar a caducidade:

*Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente **implicará** a caducidade da concessão.*

Antes de declarar a caducidade, o poder deve seguir um rito previsto na Lei (art. 38):

- a) **deverá comunicar a concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais** (estamos falando daqueles previstos nas letras “a” até “g” acima), dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais (§3º);
- b) **após o prazo, se não forem corrigidas as falhas, o poder concedente deverá instaurar um processo administrativo**, assegurada a ampla defesa (§2º);
- c) **comprovada, no processo, a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia**, calculada no decurso do processo (§4º).

Conforme já destacado, da indenização serão descontados os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária (§5º). Além disso, após declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária (§6º).

Rescisão

A rescisão é a extinção do contrato em decorrência de **inadimplência do poder concedente**. Nesse caso, **deverá ocorrer por iniciativa da concessionária e será sempre de forma judicial**.

Segundo a Lei 8.987/1995, na hipótese de rescisão, os serviços **prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado** (art. 39, parágrafo único).

Na Lei 8.666/1993, o contratado pode se opor a inexecução do contrato pela Administração após 90 (noventa) dias de inadimplência. Porém, como vimos acima, a regra da Lei 8.987/1995 **é absoluta, dispondo que o não cumprimento só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da matéria**.

Anulação

A anulação, constante no art. 35, V, é a extinção do contrato de concessão em decorrência de alguma ilegalidade, que poderá ocorrer tanto na licitação quanto no próprio contrato.

Por exemplo, se após a celebração do contrato, constatar-se que a empresa vencedora subornou os membros da comissão julgadora, a licitação será declarada ilegal e, por conseguinte, o contrato também será.

Ademais, enquanto as demais hipóteses de extinção decorrem de fatos supervenientes, ou seja, que ocorreram após a celebração de contrato – e por isso possuem efeitos pró-ativos (da data em diante) –; a **anulação** decorre de eventos concomitantes ou anteriores e, portanto, possui efeitos **retroativos**, ou seja, retorna desde a sua origem.

Falência ou extinção da concessionária e falecimento ou incapacidade do titular de empresa individual

Este é o caso previsto no art. 35, VI, em que se extingue a concessão em decorrência de:

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Esse caso de extinção decorre da natureza *intuitu personae* (pessoal) dos contratos de concessão e permissão. Logo, se a pessoa que firmou o contrato não possui mais as condições de dar-lhe prosseguimento, o contrato, inevitavelmente, será extinto.



(INPI - 2013) A falência de uma empresa concessionária de serviço público gera a extinção da concessão e a reversão ao poder concedente dos bens aplicados ao serviço.

Comentários: a concessão será extinta em caso de falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular (art. 35, VI). A Lei ainda estabelece que

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Dessa forma, correta a questão.

Gabarito: correto.

(INPI - 2013) Caso o poder concedente constate nulidade na licitação ou na formação do contrato de concessão de serviço público durante sua execução, cabe a caducidade do contrato por parte do poder concedente.

Comentários: a questão apresenta um caso de anulação de contrato e não de caducidade, visto que se trata de uma ilegalidade. Além disso, a caducidade só seria possível em caso de inexecução total ou parcial do contrato.

Gabarito: errado.

(TJDFT - 2013) O contrato de concessão de serviço público pode ser rescindido por iniciativa da concessionária, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente.

Comentários: a rescisão é a extinção do contrato em decorrência de inadimplência do poder concedente. Nesse caso, deverá ocorrer **por iniciativa da concessionária** e será sempre por meio de ação judicial movida para este fim. Vejamos o que estabelece a Lei 8.987/1995:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Gabarito: correto.

(TCU - 2013) A rescisão, como forma de extinção da concessão, é de iniciativa da administração, determinada por ato unilateral e escrito no caso de descumprimento, pelo concessionário, de obrigações regulamentares.

Comentários: acabamos de ver que a rescisão é de iniciativa do particular, por meio de ação judicial, para extinguir o contrato por inadimplência da Administração. O caso descrito na questão seria de **caducidade** (descumprimento das obrigações pela concessionária). Logo, a questão está errada.

Gabarito: errado.

(AGU - 2012) Reversão consiste na transferência, em virtude de extinção contratual, dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente.

Comentários: quando da extinção do contrato, os direitos e privilégios transferidos ao concessionário retornam ao poder concedente. O mesmo ocorre com os bens reversíveis, que são aqueles previstos no contrato para serem incorporados ao patrimônio do poder concedente em caso de encerramento do contrato. Estes bens reversíveis são fundamentais para dar continuidade ao serviço público e, portanto, devem ser incorporados ao patrimônio público com essa finalidade, sendo que o concessionário receberá a devida indenização.

Gabarito: correto.

Política tarifária

A remuneração do concessionário, bem como o seu direito a contraprestação pecuniária são baseados nos artigos 9º a 13º da Lei 8.987/1995.

Contudo, essa remuneração pode ser analisada sobre três elementos: as tarifas, as fontes paralelas ou complementares de receita e o equilíbrio econômico-financeiro.

Sabe-se que, via de regra, o concessionário deve ser remunerado segundo a prestação do serviço e que essa remuneração advém de **tarifas** pagas pelos usuários desse serviço. Isso não quer dizer, porém, que seu pagamento venha exclusivamente das tarifas, podendo existir outras fontes de receitas. Por exemplo, na concessão de rádio e televisão, o concessionário pode ser remunerado pela divulgação de propagandas.

E como saber o quanto essa tarifa irá remunerar? **O artigo 9º da Lei dispõe que a tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e que o seu valor deverá ser preservado pelas regras de revisão contidas na Lei, no edital e no contrato.**

Outra informação importante é que se admite a valoração tarifária, em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento **aos distintos segmentos de usuários** (artigo 13º da

Lei). Assim, podem existir tarifas diferentes conforme o tipo de segmento de usuário, características técnicas e custos específicos. Dessa forma, uma empresa de telefonia, por exemplo, pode oferecer diversos tipos de serviços com preços diferenciados de acordo com a especificidade de cada usuário.

Outro detalhe a ser lembrado é que o valor da tarifa é passível de alteração unilateral pelo Poder Público. Para tanto, desde que resguardado o **equilíbrio econômico-financeiro do contrato**, o Poder Público pode alterar a valoração tarifária por intermédio do pagamento de subsídio, por definição de outras receitas, pelo pagamento de um valor a título de indenização ou mesmo pela diminuição de encargos e ônus atribuídos ao delegatário.

Além das tarifas pagas pelos usuários, a Lei prevê que, no edital de licitação, possam ser previstas **fontes complementares de receita**, visando o favorecimento da **modicidade das tarifas**.



A prestação do serviço público visa ao atendimento das necessidades da coletividade como um todo. Dessa forma, a **modicidade tarifária** estabelece que as tarifas devem estar num patamar acessível, evitando que parcela significativa da população tenha seu direito de acesso ao serviço afastado por condições financeiras.

Trata-se de um direito subjetivo do usuário do serviço público que deve obter o serviço, com a cobrança de uma taxa condizente com as possibilidades econômicas presentes no país.

Por outro lado, o concessionário precisa obter lucro, mesmo com o pagamento dos custos de exploração do serviço. Para tanto, as tarifas cobradas devem proteger a margem de lucro do concessionário contra o efeito da inflação e de eventos imprevistos provocados pela situação macroeconômica ou pela Administração Pública.

Para tanto, o valor cobrado em tarifas deve, ao mesmo tempo, **garantir a coberturas dos custos e o retorno financeiro às prestadoras de serviço e fornecer preços razoáveis aos usuários, garantindo, pois, o equilíbrio financeiro**.

Essas receitas assumem as mais diversas formas. Um exemplo seria a utilização de um espaço no subsolo do local da concessão para a instalação de um empreendimento comercial: restaurantes, estacionamentos, lojas, etc.

O terceiro e último item a ser discutido é o **equilíbrio econômico-financeiro**. Ele estipula o direito do concessionário de que **a relação entre seus encargos e remuneração seja mantida** durante todo o período da concessão. Assim, vejamos o que traz a Lei:

Art. 9º [...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Dessa forma, sempre que as alterações impactarem nos custos e na remuneração, será necessário que as cláusulas econômicas do contrato sejam revistas com o objetivo de manter o referido equilíbrio econômico-financeiro.

Importante notar que o art. 29, V, da Lei das Concessões prevê que incumbe ao poder concedente “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato”.

No caso do **reajuste**, a lei estabeleceu apenas que cabe ao poder concedente **homologar**. Isso porque a expressão “reajuste” é utilizada para se referir às alterações que representam mera atualização, segundo periodicidade estabelecida e critérios claramente definidos no contrato. O reajuste decorre, por exemplo, da variação de índices de preços dos insumos relacionados à prestação do serviço, representando, portanto, mera manutenção do valor real da tarifa.

Por outro lado, a **revisão** é utilizada para representar as alterações na tarifa destinadas a **manter o equilíbrio econômico-financeiro** inicialmente pactuado. A revisão decorre de situações **excepcionais e extraordinárias**, que não estavam previstas inicialmente. Decorre de alterações unilaterais no contrato, ou de eventos de natureza extracontratual e extraordinário que ensejam a aplicação da **teoria da imprevisão**.

Contudo, nem sempre será necessário revisar a remuneração. Segundo Bandeira de Mello¹⁴, não estão acobertados pelo equilíbrio referido acima, os prejuízos causados por atuação ineficiente ou de imperícia do concessionário, as perdas advindas de estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela, assim como, quando do uso de fontes alternativas de receita, estas advenham de frustrada expectativa quanto aos ganhos vindos de determinados negócios. Trata-se do que a doutrina chama de **álea contratual ordinária**, que é inerente a todo contrato, devendo ser suportada pelo concessionário.

Com efeito, o art. 10 da Lei 8.987/1995 estabelece que “*Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*”. Dessa forma, nem sempre o concessionário será imune aos prejuízos de seu empreendimento pessoal. Nesse aspecto, é *inerente às particularidades do instituto de concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro **menos completa que a existente na generalidade dos contratos administrativos***¹⁵. Diz-se isso porque a Lei 8.666/1993, que trata dos contratos administrativos, possui previsões bem mais amplas de reequilíbrio econômico-financeiro, mas que não são todas aplicáveis aos contratos de concessão.

Vejamos como isso cai em prova.

¹⁴ Bandeira de Mello, 2014, p. 658.

¹⁵ Bandeira de Mello, 2014, p. 660.



(ANATEL - 2009) Pelo princípio da modicidade tarifária, protege-se a margem de lucro do concessionário contra o efeito corrosivo da inflação, mas não contra eventos imprevistos, provocados por circunstâncias macroeconômicas ou pela própria administração.

Comentários: o princípio da modicidade tarifária, além de garantir a cobrança de taxas acessíveis aos usuários do serviço público, deve garantir a margem de lucro do concessionário contra imprevistos que signifiquem um aumento de custo na prestação do serviço, bem como contra o efeito da inflação. Com efeito, além de eventos imprevistos, as alterações realizadas unilateralmente pela Administração também geram o dever de revisar o equilíbrio econômico-financeiro. Dessa forma, o item está errado.

Gabarito: errado.

(MIN - 2013) Nas concessões de serviço público, ainda que haja transferência de risco para o prestador do serviço, não cabe revisão de tarifas para garantir o reequilíbrio econômico-financeiro, ficando restrita a atualização apenas ao reajustamento anual.

Comentários: de fato há transferência de riscos ao prestador do serviço. No entanto, admite-se, no contrato de concessão, tanto a revisão quanto o reajuste. Este ocorre em situações normais, representando mera atualização do valor da tarifa. Aquela, por sua vez, destina-se a manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Assim, eventuais alterações unilaterais que impactem no equilíbrio econômico financeiro geram o dever de revisar os termos para manter o mencionado equilíbrio. Enfim, situações decorrentes da chamada “álea extraordinária e extracontratual” geram a revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão.

Gabarito: errado.

(PRF - 2012) A prestação de serviços públicos deve dar-se mediante taxas ou tarifas justas, que proporcionem a remuneração pelos serviços e garantam o seu aperfeiçoamento, em atenção ao princípio da modicidade.

Comentários: isso mesmo. Tal afirmação se refere a um dos princípios do serviço público, qual seja o princípio da modicidade das tarifas. Segundo ele, os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo ser avaliado o poder econômico dos usuários, proporcionando tarifas acessíveis à população, para evitar que as dificuldades financeiras deixem um universo de pessoas sem possibilidade de acesso aos serviços.

Gabarito: correto.

(TCU - 2013) Nos contratos de concessão de serviço público, vigora a regra da unicidade da tarifa, vedado o estabelecimento de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos, ressalvados os casos provenientes do atendimento a segmentos idênticos de usuários que, pelo vulto dos investimentos, exijam tal distinção.

Comentários: vejamos o que estabelece o art. 13 da Lei 8.987/1995:

Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Portanto, diferentemente do que consta na questão, admite-se o estabelecimento de tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Gabarito: errado.