

CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Toshio Mukai

Mestre e Doutor em Direito (USP)

Ex-Professor de Direito Administrativo da Universidade Mackenzie

A doutrina tem examinado os institutos da concessão e da permissão de serviço público em exaustão, pois o tema é obrigatório em qualquer obra de Direito Administrativo e nos periódicos especializados deste ramo.

Nada obstante isso, o enfoque do presente estudo é inovador, uma vez que traçará as linhas mestras dos institutos em foco a partir da análise do instrumento jurídico que os consubstancia: os contratos de concessão e de permissão.

O art. 1º da Lei nº 8.987/95 dispõe que as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por essa Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Ao analisar este dispositivo e toda a lei de concessões, os autores têm enfatizado e interpretado o disposto pela Constituição e em cada tópico da referida lei. No entanto, muito pouco foi dito com relação às cláusulas contratuais.

A questão que se coloca não é irrelevante, pois as cláusulas contratuais não constituem um tópico isolado. Na verdade, estas cláusulas acabam por referir-se aos mais diversos aspectos da concessão. E a análise, a partir destas, traz novos aportes à matéria, como logo demonstraremos. Frise-se, não só novos entendimentos com relação ao contrato em si, mas com relação a tópicos relevantes como extinção, revisão de tarifas, alteração, reversão de bens, garantias, etc.

1 – Aspectos gerais

Em princípio, todo e qualquer serviço é privado, toda atividade entende-se livre e franqueada à iniciativa particular. No entanto, há certos serviços que, por serem essenciais ou necessários à vida coletiva, tornaram-se públicos, do Estado. Assim sendo, de princípio não estão sob o alcance da iniciativa privada.

Porém, com os tempos modernos, o Estado foi obrigado a desincumbir-se de parte de seu fardo (do qual não dava mais conta), transferindo a execução dessas atividades, sem deixar de manter a fiscalização sobre a atividade delegada.

A concessão de serviço público é, pois, o modo de gestão do serviço público, no qual o poder público (concedente) encarrega, por contrato, uma pessoa privada (concessionário) de executar um serviço público, durante determinado tempo, mediante remuneração paga pelos usuários.

Este modo de gestão do serviço público não possuía regulamentação específica, mas sempre consubstanciava-se em típicas relações contratuais, pelas quais conferia-se ao concessionário a liberdade na captação da receita pela execução de serviços oferecidos ao público.

Como, porém, a transferência da execução de tais serviços de utilidade pública surgiu da prática, sem uma fase de amadurecimento jurídico, especialmente devido a transformação da feição estatal decorrente da crescente abertura de mercados, muito se teorizou sobre a natureza jurídica das relações existentes intituladas de concessão de serviço público, podendo ser elencadas as seguintes classes de teorias; unilaterais, contratuais e mistas.

As unilaterais identificavam na concessão como um ou dois atos unilaterais. As contratuais distinguiam a concessão como um contrato de direito privado, do direito misto ou de direito público. Ainda, a teoria mista entendia que a concessão se instituíra por ato administrativo e por um contrato de direito privado simultaneamente. Enfim, as teorias identificavam a formação da concessão em atos exclusivos da Administração ou em um acordo de vontades.

Todas as teorias tiveram seus momentos de preponderância e seus argumentos de acerto e desacerto para explicar a realidade existente. No entanto, a que ganhou mais relevo foi a do “contrato de direito público”.

A partir da Constituição Federal de 1988, a discussão em torno das teorias contratualistas e unilaterais tornou-se anacrônica, pois a Carta Magna, em seu artigo 175, optou claramente pela natureza contratual.

A Constituição Federal de 1988 faz expressa referência à natureza contratual da concessão e ao regime especial de direito público desse contrato:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

...”

Ademais, o artigo 1º da atual Lei de Concessões diz que as concessões e permissões deverão ser disciplinadas, também, pelos indispensáveis contratos. Portanto, tanto nas concessões, como nas permissões, a delegação do serviço será feita mediante contratos públicos.

O artigo 4º da mesma lei estabelece que as concessões precedidas ou não de obras públicas serão formalizadas mediante contrato. O artigo 23 desta lei fixa as cláusulas essenciais desse contrato. Ainda, o artigo 40 dispõe que as permissões serão formalizadas mediante contrato de adesão.

2 – Características gerais da concessão

Naturalmente, todo contrato administrativo, assim como o de concessão, deve adotar a forma escrita, sob pena de nulidade. O preâmbulo deve identificar o concedente e o concessionário e a licitação pela qual foi escolhida a concessionária e a publicação deve ser providenciada até o quinto dia útil do mês subsequente ao da assinatura.

As características gerais do contrato estão bem refletidas na seguinte decisão:

“O contrato de Administração com terceiros, para a realização de serviço público constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável unilateralmente, especialmente em relação a cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário. A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure a ampla defesa ao contratante prejudicado. É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela alteração tenha sido efetivada mediante procedimento licitatório. A mera autorização precária para que terceiro realize serviço já concedido, através de contrato a outrem, despida de efeitos jurídicos, por afrontar direito adquirido, sob a proteção de regra da Constituição. Recursos provido” (STJ – unân. 1ª T., publ. em 29.03.93 – RMS 1903-1-TO – Min. Demócrito Reinaldo – Transbrasiliana Transportes e turismo Ltda x Secretaria de Viação e Obras Públicas – Ricardo de Oliveira e Ernesto Cardoso Leite Neto).

Pode-se dizer, no entanto, que a característica mais marcante dos contratos administrativos que também atinge as concessões é a presença das ditas cláusulas exorbitantes, mais ainda da possibilidade de alteração unilateral, característica esposada pela jurisprudência:

“Terrenos de marinha e acrescidos – 1. Continuam de domínio da União os terrenos dos quais ela concedeu usufruto a Cia. Docas da Bahia. 2. Os contratos sobre concessões de serviços públicos administrativos, distinguem-se dos civis pela mutabilidade e pela ‘cláusula exorbitantes’: - o Estado – Cliente não deixa de ser o Estado – Príncipe. 3. Os contratos administrativos não estão adstritos à forma por escritura pública. 4. Não se admite extraordinário se não houve denegação de vigên-

cia da lei nem discrepância caracterizada, mas controversia que envolve matéria de fato e de interpretação de contrato”. (STF – AG 42854 – rel. Min. Aliomar Baleeiro, publicado em 28.06.1968) (grifos nossos).

À Administração cabe o poder de alterar unilateralmente algumas questões referentes ao modo de execução do serviço público, as questões ditas regulamentares, independentemente do aceite do contratante privado, que está obrigado a acolher as mudanças. Nada obstante isso, estas alterações não podem turbar o equilíbrio econômico-financeiro da relação.

É necessário diferenciarmos as determinações de natureza regulamentar (inerentes ao próprio objeto) das de natureza contratual (de reflexo econômico). Modificáveis unilateralmente são as de natureza regulamentar, dentro de alguns limites, por configurarem os diversos aspectos do atendimento da necessidade pública em função da qual tornou-se necessária a concessão. O fato de a cláusula regulamentar vir escrita no instrumento do contrato não lhe modifica a natureza regulamentar. As cláusulas de natureza contratual, por seu turno, só bilateralmente podem ser alteradas. Em conseqüência, a alteração unilateral de cláusula regulamentar que atingir cláusula contratual, provocando desequilíbrio na dita equação econômico-financeira, ensejará a necessidade de revisão do contrato. Assim esclarece a jurisprudência:

“É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até, agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A Lei 5.153, de 1991, do Município de Campos – RJ não é inconstitucional, posto que, embora imponha a gratuidade nos transportes coletivos de servidores municipais que indica, acorbetou, esse ônus, com o aumento concreto do itinerário concedido às linhas de ônibus do município, bem como com o reajuste das tarifas. Recurso a que se nega provimento” (STJ – unân. da 1ª T., publ. em 11-10-93 – RMS 3161-6-RJ – Min. Demócrito Reinaldo – Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Campos x Prefeito Municipal – Maximino Gonçalves Fontes Neto e Genecy Ribeiro) (grifos nossos).

“Terrenos de Marinha e acrescidos. 1. Não é admissível mandado de segurança contra o decreto-lei 128, de 31.1.67, como lei em tese (Sum. 266). 2. São válidos, constitucionais e estão salvaguardados pe-

*las disposições transitórias da Constituição de 1967 os 115 decretos-lei expedidos entre 24.167 e 15.3.67, data da promulgação e início da vigência dessa carta política. 3. Os terrenos desapropriados e acrescidos da Marinha, oriundos do aterro para construção do Porto de Salvador, pertencem ao domínio da União, segundo legislação vetusta sempre reafirmada por novos e sucessivos diplomas sobre o assunto. **Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio-contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido** (Constituição de 1946, art. 151 e parágrafo; Constituição de 1967, art. 160)" (STF – MS 17957 – Rel. Min. Aliomar Baleeiro, publicado em 23.08.68) (grifos nossos).*

Na verdade, o contrato não garante apenas o equilíbrio econômico-financeiro; dele advém também certos limites à alteração dita regulamentar, especialmente aqueles baseados na natureza da relação que não pode ser modificada. Assim, embora a cláusula do objeto não diga respeito à questão financeira, só pode ser alterada em certos limites; não se pode admitir a mudança completa do objeto, pois implicaria em outra relação jurídica, em outra relação contratual, que demandaria outro processo licitatório.

Na verdade, deve-se ressaltar que o contrato é o melhor instrumento até hoje encontrado para retratar o núcleo da relação jurídica concreta da concessão. Mas é um instrumento que não abarca toda a relação, apenas serve para lhe aplicar certos limites protetores da parte mais fraca.

Em nosso sistema, o contrato de concessão é apenas um dos instrumentos que refletem a relação jurídica existente entre o concedente e o concessionário, o que se verifica ao analisarmos os seguintes passos: a lei autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado, o procedimento licitatório define algumas condições contratuais prévias, o regulamento estabelece as condições de execução do serviço. E o contrato? Qual a sua função?

O contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao vencedor da concorrência, que se torna o concessionário, estabelece definitivamente o equilíbrio econômico-financeiro e limita, de certa forma, o poder regulamentar.

Ressalte-se, por outro lado, que o concessionário goza de certas garantias que acabam por limitar a atuação e as prerrogativas estatais, mas também ele sofre determinadas limitações e a imposição de novas obrigações, em função de lidar com o interesse público, de

não ser titular, mas apenas executante do serviço público. Como, por exemplo, o fato do concessionário ter de prestar contas, ou então de ter que cumprir sua parte das obrigações independentemente do cumprimento das obrigações do poder concedente, ou seja: “o concessionário não pode opor à Administração Pública a ‘exceptio non adimpleti contractus’ (STF – RE 30431 – Rel. Min. Nelson Hungria publicado em 06.06.57).

Ressalte-se também, que as concessões gozam no direito brasileiro de regime especial, de lei própria, que se diferencia das demais modalidades de contrato administrativo.

3 – Contrato de concessão

Relembramos que nosso entendimento é o de que a partir da análise das cláusulas do contrato de concessão podemos estudar quase todos os aspectos específicos da concessão e que este novo enfoque traz à lume novas considerações com relação aos diversos institutos envolvidos.

A teoria contratual clássica costuma elencar em qualquer espécie de contrato três tipos de cláusulas contratuais: *essenciais* ou *necessárias* (fixam o objeto e as condições fundamentais para a sua execução, bem como o preço, a data ou o prazo e o local da execução – sem elas o negócio jurídico não existe), *substanciais* (tornam-se essenciais pela vontade das partes, não por sua natureza) e *acessórios* ou *secundários* (não são necessários para a subsistência do contrato em si mesmo, por exemplo: as garantias). Sem as cláusulas substanciais não há acordo de vontade entre as partes, logo não existe o contrato.

A lei, em geral, define quais as cláusulas essenciais para cada espécie de relação contratual. Por sua vez, a doutrina entende que objeto, local e preço são essenciais para qualquer relação. A vontade das partes, através do instrumento de contrato, define as cláusulas acessórias e substanciais.

Ocorre, no entanto, que a Administração Pública, na relação contratual, é uma parte *sui generis*. A Administração só pode fazer o que a lei permitir, sua vontade não é livre como a dos particulares para manifestar-se de forma diversa em cada relação. A Administração não tem vontade própria, mas a da lei. Por outro lado, a Administração encontra-se em situação privilegiada, pois sua vontade, por ser a vontade legal que persegue o interesse público, sempre prevalece perante a do particular. Em efeitos práticos, o particular que quiser contratar com a Administração Pública deve abdicar da habitual negociação contratual e acolher integralmente o expresso em lei.

A Administração manifesta sua vontade pelas determinações legais. Assim sendo, no contrato de concessão a Administração manifesta que são essenciais as cláusulas do artigo 23 da Lei nº 8.987. Em nosso entender, algumas das disposições deveriam ser intituladas de essenciais e outras de substanciais, mas isto é uma questão de nomenclatura, pois o efeito prático da presença ou ausência de ambas as espécies é o mesmo. O importante é frisar que a ausência de uma destas cláusulas implica na inexistência do contrato.

Repisando, a lei de concessões quis elencar todas as cláusulas essenciais e as substanciais do ponto de vista da Administração Pública. Assim sendo, a ausência de qualquer uma delas implica na inexistência do negócio jurídico.

A questão que se coloca, no entanto, é a de que, se a própria lei supriria as lacunas contratuais, pois estabelece de maneira exaustiva, em seus artigos, alguns assuntos previstos para serem elencados no contrato de concessão.

Por outro lado, as cláusulas contratuais não podem contrariar as determinações legais sobre o assunto que disciplinarem. Poderíamos pensar que a lei é incoerente, pois quer que o contrato repita o que a lei já determina. Em nosso entender, o ponto de vista deve ser diverso, pois estamos na seara do Direito Público.

Pelo fato de a lei prever que o contrato pode dispor sobre determinado assunto que a lei já dispôs, quer deixar em aberto a possibilidade de o contrato fixar novos direitos, obrigações e responsabilidades para as partes, além do já previsto pela lei. Lembremos que não estamos no campo privado e que no direito público o princípio da legalidade é o norte. Só é permitido o que está na lei. Só pode o contrato de concessão fixar novas obrigações com força de direito público porque a lei permite esta abertura. Os preceitos contratuais ganham força de Direito Público.

4 – Objeto, área e prazo da concessão

Por objeto entende-se a coisa ou a atividade sobre a qual repousa o interesse jurídico. No caso do contrato de concessão, trata-se do serviço ou da obra pública concreta, com a descrição mais minuciosa possível.

A descrição minuciosa do objeto acaba por delimitar a atividade e a própria amplitude das obrigações e direitos das partes. Por isso, o objeto pode ser uma das cláusulas contratuais (art. 23, I) que não se referem ao equilíbrio econômico-financeiro, mas que limitam o poder regulamentar, pois torna-se imutável. O objeto não pode ser alterado em sua natureza, inclusive para que não se lese ao princípio licitatório.

A cláusula contratual do objeto exigida pelo artigo 23, inc. I, da Lei 8.987, assemelha-se à exigida pelo artigo 55, inc. I, da Lei 8.666.

Área é a circunscrição territorial que deve abranger a atividade a ser exercida pela concessionária. Atente-se para o fato de que a circunscrição territorial não poderá ser maior que a base territorial sob a qual repousam os poderes do poder concedente, sob pena de recair no vício de incompetência.

Embora a determinação da área esteja prevista como cláusula contratual apenas na lei de concessões (art. 23, inc. I), sabe-se que o local da execução é essencial a qualquer espécie de contrato público ou privado, assim todos os contratos administrativos a possuem. O mesmo seja dito da data ou prazo e do preço.

O inciso I, do art. 23, exige também uma cláusula contratual referente ao prazo. Assim, a data limite da execução sempre deve constar de qualquer contrato. O artigo 23 não veda concessões com prazo indeterminado, mas a lei de concessões como um todo, especialmente em seu artigo 42, § 2º, assim o faz claramente, inclusive dando um prazo para a perda do suporte de validade das concessões por prazo indeterminado.

Da mesma forma, o artigo 57, § 3º, da Lei 8.666 já proíbe a existência de contrato administrativo por prazo indeterminado.

Na verdade, a indeterminação do prazo sempre foi uma aberração, pois a própria concessionária precisa saber do prazo para estudar a relação entre os seus investimentos e o retorno a ser obtido.

O prazo em que o serviço vai permanecer com o concessionário não é aleatório, mas baseado em estudos técnicos que garantam e viabilizem a amortização, em condições normais de exploração, do capital investido.

O artigo 57 da Lei nº 8.666, salvo em seu parágrafo terceiro, não se aplica às concessões, pois estas não dependem do desembolso de créditos orçamentários, mas de tarifas cobradas dos usuários.

Frise-se, enfim, que a lei de concessões não estabelece prazos, mas que estes devem ser determinados.

Ainda quanto aos prazos, ressalte-se o disposto no inciso I, parágrafo único, do artigo 23 da Lei nº 8.987, com relação às concessões de serviços público precedidas de obras públicas, pois o contrato deve “estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão”. Disposição semelhante ao inciso IV do artigo 55 da Lei nº 8.666.

5 – Modo, forma e condições de prestação do serviço

As cláusulas essenciais de modo, forma e condições de prestação do serviço, exigidas pelo inciso II do art. 23, já estavam previstas para qualquer modalidade de contrato administrativo pelo artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.666 (regime de execução e forma de fornecimento).

As cláusulas que determinarem estes itens serão o fulcro principal do que estará sujeito ao poder regulamentar da Administração Pública, ou seja, ao poder de alteração unilateral, respeitado sempre o equilíbrio econômico-financeiro.

O inciso II do artigo 23 quer que fique evidenciado o “modo de prestação”, ou seja, a maneira, a via, a forma particular, o sistema segundo o qual deve ser executado o serviço público, mas ainda, as condições a que se deve ater.

Em geral, o contrato não poderá inovar muito neste tópico, pois costuma haver normas que regulamentam a execução de determinadas atividades em cada esfera da federação.

6 – Critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço

A qualidade do serviço a ser protegida contratualmente e que é referida pelo inciso III do artigo 23 da Lei nº 8.987 deve atender pelo menos às condições estabelecidas pelo artigo 6º da mesma Lei; deve configurar, antes de mais nada, um “serviço adequado”, que satisfaça condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade (modernidade das técnicas, dos equipamentos, das instalações e da sua conservação), generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas.

O inciso III do artigo 23 é inovador ao referir-se à qualidade do serviço, pois procura resguardar um conceito mais amplo do que o de *serviço adequado*. Ao mesmo tempo, difere da preocupação do inciso II do mesmo artigo pelo enfoque. No inciso II quer-se a regulamentação contratual do modo de execução da atividade, da qualidade na atividade que pode ser esmiuçada para o caso concreto muito mais profundamente que nas normas regulamentares. No inciso III quer-se a regulamentação contratual da qualidade do produto final advindo da atividade, não da atividade em si.

Neste tópico, remetemo-nos às lições do Dr. Luiz Alberto Blanchet, expressas no livro “Concessão e Permissão de Serviço Público” (p. 112 e ss):

*“Atente-se para o fato de que o vocábulo “indicadores” está empregado como substantivo – com sentido autônomo, portanto – e não como adjetivo qualificador dos “critérios” (termo do qual está separado por vírgula, o que confirma a sua categoria gramatical de substantivo). A consequência é de fundamental relevância, pois indica que, sempre que compatível com a natureza do serviço concedido, o contrato deverá prever **indicadores** (os quais resultam em avaliação **quantitativa, numérica**) a serem utilizados na aferição da qualidade do serviço prestado, o que permite concluir que o poder concedente poderá estabelecer limites (numéricos) cuja inobservância indicará a má qualidade do serviço. A fixação de **indicadores** pode ocorrer, por exemplo, relativamente a serviços como os de energia elétrica elétrica (no que tange à voltagem) e de abastecimento de água (no que concerne ao índice de pureza de água).*

*Em muitos casos não é possível a avaliação baseada em dados quantitativos, mas apenas em fatores que, embora de natureza diversa, também indicam com suficiente fidelidade a qualidade do serviço, são os **parâmetros** a que alude o inciso III. Pode ser tomada como exemplo, a satisfação dos usuários, a qual pode ser mensurada quantitativamente em relação ao número de usuários que se manifestam satisfeitos mediante pesquisa de opinião, ou a número de reclamações em dado período, mas não pode ser medida em sua intensidade, inclusive porque não é só a satisfação individual, subjetiva, de cada usuário que interessa, mas a **satisfação objetiva** do usuário considerado impessoalmente. Naturalmente, quando na*

mesma concessão ambos os meios são compatíveis com o tipo de serviço – aferição com base em indicadores e em parâmetro –, ambos devem utilizados.

Os parâmetros definidores da qualidade de serviço, assim como os **indicadores** (ou **índices**), integram as **fórmulas** a que alude o inciso III mediante as quais obter-se-á o resultado indicador da boa ou má qualidade do serviço prestado. Dependendo da importância, maior ou menor, de cada **parâmetro** ou de grandeza a que se refere cada **índice**, estes deverão ser multiplicados por **coeficientes** diretamente proporcionais a tal relevância, sendo que a soma de todos os coeficientes de uma mesma fórmula devem somar sempre 100 (cem). Assim, por exemplo, na hipótese do serviço de abastecimento de água, o índice de pureza de água fornecida – necessário para preservar a saúde, e às vezes a própria vida, dos usuários – é mais importante do que a frequência e a duração média das interrupções no fornecimento, conseqüentemente o coeficiente que a ele corresponde deverá ser maior do que os relativos à frequência e à duração média das interrupções (unidades de mensuração relativa ao **parâmetro ‘continuidade do serviço’**).

Nem sempre é possível a aferição da qualidade do serviço por meio de fórmulas, e não raramente é necessário o recurso a fórmulas e igualmente a outros critérios para a avaliação da qualidade do mesmo serviço, mas qualquer que seja a situação será sempre possível prever, no mínimo, os critérios gerais de avaliação (se impossível a adoção de fórmulas). Se somente a fórmula é suficiente, se apenas os critérios genéricos são viáveis, ou se a conjugação de ambos é possível e necessária, o contrato deverá obrigatoriamente estabelecê-lo.

Apesar de omissa a Lei a respeito, não pode o contrato prescindir da fixação da periodicidade na qual se aferirá a qualidade do serviço. A periodicidade pode ser, normalmente, mensal, mas as peculiaridades de cada serviço é que indicarão a periodicidade mais apropriada, no interesse (público) do usuário (considerado objetiva e não subjetivamente, portanto)”.

7 – Preço, critérios e procedimentos para reajuste e revisão de tarifas

O inciso IV do artigo 23 da Lei nº 8.987 exige que o contrato determine o preço e os critérios e procedimentos para reajuste e revisão de tarifas. Este dispositivo tem traços semelhantes ao inciso III do artigo 55 da Lei nº 8.666, diferindo apenas por referirem-se à atividades de naturezas diferentes.

Há diferença entre reajuste e revisão?

Alguns autores diferenciam a revisão do reajustamento, dizendo que o reajuste é a simples adequação frente a circunstâncias econômicas como a inflação, o aumento de salário, enquanto que a revisão envolve uma alteração da estrutura de composição, de cálculo, da própria tarifa.

O ilustre jurista Luiz Alberto Blanchet assim se expressa (Concessão e Permissão de Serviços Públicos, Ed. Juruá, 1997, p. 114):

“Reajuste e revisão são duas figuras bastante distintas. O reajuste é periódico e baseia-se na variação do custo de insumos previsíveis, os quais são representados por índices que compoirão a fórmula de reajuste, podendo, cada qual, ser multiplicado por um coeficiente específico, proporcionalmente à relevância do custo por ele representado, desde que a soma dos coeficientes de uma mesma fórmula seja sempre igual a 100 (cem). A revisão funda-se na imprevisibilidade, razão pela qual é incompatível com a adoção de fórmulas, periodicidades, índices e coeficientes preestabelecidos. A revisão é obrigatória sempre que a equação econômico-financeira do contrato de concessão é abalada por fator superveniente, imprevisível, de efeitos inevitáveis e independentes da vontade do concessionário. Estes fatores podem afetar aspectos do preço já contemplados pelo índices constantes na fórmula de reajuste (quando a variação é consideravelmente incompatível com índice originariamente adotado), podem atingir coeficientes previstos na fórmula (quando o fator superveniente subverte a proporção entre os diversos coeficientes, existente à época da celebração do contrato), como também pode referir-se a fator não inserido na fórmula (como seria, por exemplo, a hipótese da criação de novo tributo a ser pago pelo concessionário,

ou o simples aumento da alíquota, que repercute sensível e mensuravelmente sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

São motivos comuns de revisão da tarifa, além da criação de novos tributos ou alteração de sua alíquota, e de outras situações, as alterações, expansões, ampliações e modernizações do serviço, impostas pelo poder concedente e imprevisíveis pelo concessionário à época em que elaborou a proposta com a qual foi vencedor da licitação”.

8 – Direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária

O inciso V, do artigo 23, da Lei nº 8.987, assemelha-se ao já previsto pelos incisos VI e VII do artigo 55 da Lei nº 8.666.

Quanto aos direitos e deveres de ambas as partes, as cláusulas contratuais não precisam repetir o já estabelecido pela lei, especialmente o estatuído pelos artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987. Por outro lado, embora não precise, pode mencionar, para esclarecer, os direitos e deveres decorrentes da Lei nº 8.666.

Interessa, no entanto, que o contrato elenque os direitos e deveres concretos da cessão em pauta.

O inovador do inciso V do artigo 23 encontra-se no fato de pretender que o contrato já preveja os direitos e as obrigações decorrentes da necessidade de futura alteração e expansão do serviço, de sua modernização, do aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.

Neste sentido, é esclarecedor o exemplo mencionado pelo Dr. Luiz Alberto Blanchet (Concessões e Permissões de Serviços Públicos, Ed. Juruá, 1997. P. 115):

“O administrador, ao elaborar o edital – e seus anexos, com a minuta do futuro contrato – deve fazê-lo com o mais rigoroso critério, procurando, inclusive, antever, as necessidades futuras do universo de usuários, tais como as necessidades futuras de expansão proporcional ao aumento da população usuária, ou de substituição e modernização do equipamento necessário à prestação do serviço em razão do desgaste natural em função do tempo e também da normal e progressiva modernização da espécie a que pertence equipamento utilizado. Inúmeras, enfim, seriam as situações, mas qualquer delas deverá ter os efeitos – direitos, garantias e obrigações do concedente e do concessionário – regulados no contrato.”

Este inciso insere-se perfeitamente no contexto do mundo em que vivemos e adianta-se para já oferecer de antemão as soluções mais adequadas.

Desta forma, o empresário que entrar neste ramo estará de antemão preparado para futuras inovações e destas não resultará conflitos, pois suas conseqüências em parte já estarão solucionadas.

No que se refere às garantias, em princípio pode-se pensar que estas são obrigatórias em todos os contratos de concessão, mas isto não é o que se extrai de uma interpretação sistemática. O inciso II do parágrafo único do mesmo artigo 23 deixa claro que a garantia é obrigatória nas concessões de serviço público precedidas de obra pública. Assim, a Administração Pública pode exigir a garantia nas demais concessões, mas não tem o dever de exigí-la.

Desta forma, a previsão de garantia é cláusula necessária apenas para uma modalidade de concessão e não para todas. O mesmo entendimento pode ser extraído da interpretação conjunta do artigo 55, inciso VI, e do artigo 56 da Lei nº 8.666.

A Lei nº 8.666 é mais detalhada no que se refere às garantias, chegando inclusive a elencar as modalidades de garantias aceitas nos contratos administrativos: caução em dinheiro ou títulos de dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

9 – Direitos e deveres dos usuários

Os direitos e deveres do usuário, que devem ser previstos como cláusula essencial segundo o inciso VI do artigo 23 da lei nº 8.987, se bem esmiuçados, podem ter muitas repercussões para o melhoramento da atividade delegada, pois o usuário é o melhor fiscal da qualidade da prestação. A tendência administrativa atual é a de privilegiar o cliente, e as concessionárias não podem ficar à margem da realidade mundial. Podem ser previstos direitos aos usuários, mais amplos ou mais específicos do que os que já estão previstos no artigo 7º da Lei nº 8.987, principalmente direitos relacionados com a realidade concreta do serviço usufruído.

10 – Fiscalização

O exigido como cláusula contratual essencial pelo inciso VII, do artigo 23, da Lei nº 8.987, é o corolário do poder de fiscalização e inspeção da Administração Pública, ao mesmo tempo em que é uma garantia do concessionário, pois a determinação contratual da forma como deve ser feita a fiscalização acaba por vedar que a mesma seja realizada de outra forma.

A fiscalização deve ser exercida com relação à adequação da prestação do serviço e também no que concerne aos equipamentos e instalações necessárias à execução do objeto da concessão.

O contrato deve prever também o órgão ao qual competirá a execução da atividade fiscalizatória (que a exercerá com a cooperação dos usuários – art. 7º, incisos II, IV e V), a fim de evitar dúvidas futuras de competência, assim como ingerências indevidas de órgãos não investidos de competência.

A fiscalização pelo poder concedente não modifica a responsabilidade do concessionário pela qualidade do serviço, apenas visa impedir a inadequação irreversível, pois ao detectar falhas, o poder concedente deve notificar o concessionário e exigir a correção, sob pena de sofrer intervenção, nos termos do capítulo IX da lei de concessões.

O concessionário, por sua vez, tem a obrigação de facilitar e viabilizar a atividade de fiscalização, permitindo o acesso aos locais de execução de suas atividades e aos registros contábeis (art. 31, inciso V).

11 – Penalidades contratuais e administrativas

O inciso VIII, do artigo 23, da Lei nº 8.987, refere-se às penalidades cabíveis, à semelhança do artigo 55, inciso VII, da Lei nº 8.666. No entanto, diferentemente do estatuto de licitações, quer que estas possam ser contratuais e/ou administrativas, mais ainda, quer que se defina contratualmente a forma de aplicação das mesmas.

Com relação às penalidades, ilustra o Dr. Luiz Alberto Blanchet (Concessões e Permissões de Serviço Público. Ed. Juruá, 1997. P. 117):

“Entre as penalidades contratuais, destacam-se principalmente as de natureza pecuniária (multas contratuais) cujos valores podem ser retidos mediante desconto nos pagamentos devidos ao concessionário. Da mesma natureza – contratual – são advertências, as intervenções e a caducidade da concessão, por exemplo”.

Quanto à sanção contratual, esclarece a jurisprudência:

“...Em matéria de contrato para a prestação ou concessão do serviço público de fornecimento de luz, se cláusula fixaram as partes, obrigando-se uma a pagar multas pela inexecução desse serviço e outra a ter acrescido aos eu sentido débito, não coberto na devida oportunidade, percentuais em razão ascendente em correspondência com o tempo escoado, não há que invocar a concessionária o preceito do art. 1.092 do Código Civil eis que para os possíveis inadimplementos da concedente já ficou fixada a respectiva sanção...” (STF – RE 35236 – Rel. Min. Ribeiro da Costa, publicado em 18.09.58).

A aplicação da penalidade contratual é prerrogativa da Administração Pública (artigo 29, inciso II), independentemente da atuação do Judiciário, em decorrência da auto executoriedade de seus atos. É uma prerrogativa decorrente do poder de controle, pois seria inútil a fiscalização se a Administração pública não pudesse punir a infração. Nada obstante isso,

a aplicação da penalidade deve ser precedida da oportunidade de defesa por parte do concessionário, para a qual é necessária a declaração dos motivos que levaram à sanção.

Por sua vez, frente à verificação da infração, a aplicação da penalidade torna-se obrigatória para a Administração, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público. Somente excepcionalmente o poder concedente poderá perdoar o concessionário infrator, desde que a infração não resulte em prejuízo ao bem jurídico protegido pela cláusula e, especialmente, quando a aplicação da penalidade acabar sendo inconveniente e prejudicial ao próprio poder concedente.

As penalidades a que se refere este inciso só podem ser decorrentes de infrações aos próprios preceitos contratuais ou regulamentares específicos do serviço em pauta. Não teria sentido o contrato mencionar penalidades fruto de infrações de outra esfera, como as decorrentes de má atuação no processo licitatório.

Ao prever que o contrato defina a forma de aplicação, a lei acaba por evitar abusos da própria Administração.

12 – Extinção

Os casos de extinção da concessão estão descritos no artigo 35 e seguintes da própria lei de concessões. O contrato de concessão, no entanto, deve ter previsão mais ampla que o contrato administrativo da Lei nº 8.666 (art. 55, VIII), pois deve elencar os casos de extinção e não apenas os de rescisão (exigência do inciso IX, do artigo 23, da Lei nº 8.987).

A cláusula contratual daqui derivada tanto pode referir-se à extinção como à composição da nova situação após a ocorrência do desfazimento da relação.

O artigo 35 da Lei nº 8.987 não prevê a extinção por mútuo entendimento, a rescisão amigável. A questão que se coloca é a de se saber se a falta de previsão pela lei de concessões impede a rescisão amigável nesta espécie de contratos. Em nosso entender é possível a rescisão amigável, visto que a Lei nº 8.666 aplica-se subsidiariamente e esta prevê esta forma no artigo 79, inciso II.

13 – Bens reversíveis

Para implantar um serviço concedido, o concessionário tem que fazer uma série de dispêndios em equipamentos e instalações. Ao término da concessão esses bens amortizados pela tarifa passam a integrar o patrimônio público.

Ocorre que a prática da reversão sempre foi muito controversa, visto que se questionava o que reverteria, especialmente se os bens revertidos precisavam estar previstos expressamente.

A reversão é o retorno da prestação do serviço ao seu titular; a reversão dos bens necessários à prestação do serviço é consequência da reversão propriamente dita.

Agora, segundo o inciso X, do artigo 23, da Lei nº 8.987, o contrato deve regular a reversão e, mais ainda, nos termos do artigo 36, que trouxe a grande inovação de prever a indenização dos investimentos vinculados aos bens. Anteriormente, no final da conces-

são, o concessionário não investia em mais nada, especialmente na conservação dos bens, pois não era ressarcido por isso. Fato que prejudicava a própria intenção legal da continuidade. Hoje, a situação é diversa. Como o concessionário é indenizado pelo investimento, continua a manter os bens e equipamentos em perfeitas condições e a continuidade de sai beneficiada.

14 – Indenizações

A eventual indenização devida que deve estar prevista no contrato segundo o inciso XI, do artigo 23, da Lei nº 8.987, é, principalmente, a que faz juz a concessionária que sofreu a encampação e deve ser ressarcida pelo que ainda não foi amortizado dos bens a serem revertidos e pelo lucro que iria ser auferido até o fim do contrato.

A encampação é a retomada do serviço sem que o particular dê ensejo a isso, por conveniência da Administração e não por culpa do concessionário. Ocorre por motivos de interesse público (mediante lei autorizativa específica) e o concessionário não tem culpa alguma, por isso faz juz à indenização.

Assim esclarece a jurisprudência:

“Concessão de Serviço Público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão natural, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela Administração não importava por falta por ele cometida, na execução do contrato. Mandado de segurança indeferido” (STF – MS 18028 – Rel. Min. Evandro Lins, publicado em 23.08.1968).

“Contrato de concessão pública. Lícito não é a entidade de Direito Público, impor a parte, contratante, por ato de império, a rescisão do ajuste, matéria sobre a qual só o Poder Judiciário delibera, por imperativo de sua função precípua” (STF – RE 33249 – Rel. Min. Ribeiro da Costa, publicado em 06.05.57).

“1) Concessão de serviço público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionária cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela Administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato. 2) Recurso Extraordinário em que não cita a recorrente os preceitos do Direito federal a que acaso teria negado vigência o acórdão recorrido,

com inobservância, a respeito do alegado dissídio de jurisprudência, do que prescreve a súmula nº 291. Apelo derradeiro não conhecido". (STF – RE 69418 – Rel. Min. Barros Monteiro, publicado em 11.09.70).

A necessidade de lei autorizativa para esta forma de extinção justifica-se pela necessidade de dotação orçamentaria específica, às vezes vultuosa, para cobrir a indenização.

Se o poder público decide antecipar o término da concessão pelo interesse público, precisa arcar com as conseqüências econômicas: a indenização pelo que o particular dispendeu e pelos lucros cessantes, pois o particular é titular do direito de executar o serviço até o termo final do contrato, porque é até este que iria recuperar o investimento e obter o lucro.

Normalmente, nas concessões, num primeiro momento há um alto investimento e pouco retorno; ao final a situação se inverte e é esta a maior expectativa do contrato, que não pode ser frustrada.

A lei é silente quanto à forma de pagamento da indenização, indicando que deve ser prévia, mas o contrato deve isto fixar para evitar impasses. Em cada contrato, portanto, devem ser fixados os critérios para o cálculo da indenização e a forma de pagamento mais apropriada.

As indenizações deverão ser reguladas no contrato da forma mais minuciosa possível, não simplesmente para evitar impasses no cálculo e na forma de pagamento, mas para evitar que o licitante inclua em sua proposta sobrepreços destinados a cobrir futuras perdas que eventualmente poderia ter pelo fato de não lhe serem asseguradas indenizações pelo instrumento de contrato anexo ao edital.

Outras modalidades de indenização também podem ser previstas, como a mencionada na seguinte decisão:

“A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda 01/69, assegurava nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio de fixação de tarifas reais, suficientes, mesmo para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços – art. 167, II. O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se insculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política.

*Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva **defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultuosos prejuízos à empresa concessionária, em conseqüência de omissão do Poder Concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio de pagamento de indenização. Não comporta censura laudo pericial sobejamente fundamentado, que não sofreu impugnação na fase processual própria, nem se ofereceu qualquer alegação con-***

tra a capacidade técnica do experto oficial. Apelação e remessa desprovidas". (TRF – 1ª R – unân. da 3ª T., de 29-06-92 – Ap Cív 9101110063 – DF – Juiz Vicente Leal – União Federal x Transbrasil S/A Linhas Aéreas – Alexandre de M. Wald) (grifos nossos)

15 – Prorrogação

Como o prazo precisa ser determinado, e podem ocorrer fatos imprevistos, a lei de concessões quis que os contratos previssem em que condições poderia haver uma prorrogação do prazo (art. 23, XII).

A duração do contrato de concessão está adstrita à previsão contratual do prazo; da mesma forma a prorrogação.

A questão da prorrogação é delicada, pois não pode representar burla ao certame licitatório. É razoável a prorrogação por prazo necessário para a finalização da amortização dos bens, mas não é plausível a prorrogação que implique em verdadeira nova concessão sem nova licitação.

Entenda-se que a concessão deve possuir um prazo atrelado a um estudo minucioso, não devendo ser nem superior, nem inferior ao prazo necessário à amortização dos investimentos previstos (em geral distendido em anos para que seja possível que a empresa privada vá auferindo também o lucro que almeja obter).

Os §§ 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 9.074 dispõem que o prazo será o suficiente para a amortização dos investimentos. A determinação do prazo é, portanto, criteriosa e solidamente justificada. Assim, sua prorrogação não pode ser generalizada e descontrolada.

Nada obstante isso, os mesmos preceitos admitem a prorrogação pelo mesmo prazo da concessão.

Temos para nós que a aceitação de prorrogação por período igual ao prazo da concessão só pode ser explicada como um reflexo da alteração da filosofia estatal que não quer voltar a incumbir-se de atividades que já delegou, não quer fazer uso dos bens já amortizados, porque não quer voltar a ampliar o seu rol de atividades diretamente exercidas. No entanto, esta atitude – plenamente justificável – escolheu um caminho que contraria os princípios licitatórios. Poder-se-ia realizar nova licitação com o diferencial de que os bens já são públicos.

De qualquer forma, se houver a prorrogação aludida, pelo menos a tarifa deve ser revista, pois parcela da mesma não mais será necessária, especificamente a parte referente à amortização já concluída.

Ademais, a prorrogação deve ser motivada e, segundo o caso, requerida com bastante antecedência (art. 4º, § 4º, da Lei nº 9.074). Nesta mesma linha, dispõe o § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666 que motivos tornam plausíveis a prorrogação, o que afasta a prorrogação da “renovação” mascarada com seu *nomen iuris*.

O fato é que o prazo pode ser prorrogado nos termos da estipulação contratual, ou nos termos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666/93. O inciso XII refere-se a primeira hipótese e

justifica-se em prol da prestação adequada do serviço, para não prejudicar especialmente a continuidade ou a permanência do mesmo.

16 – Prestação de contas

A prestação de contas é decorrência imediata do poder de fiscalização da concessão que possui o poder concedente, como já declarou o STF:

“O concessionário, como qualquer outro agente ou delegado do poder público, desde que arrecada tarifas, se constitui no dever de mostrar ao poder, em cujo nome age, e quando o mesmo exigir, que não saiu da esfera dos poderes recebidos, no modo, na aplicação e na importância das tarifas arrecadadas: trata-se do exercício de um poder soberano, que não é lícito transferir a ninguém mediante contrato e apenas suscetível de delegação dentro de limites e condições postos, os quais cumpre ao delegante, sem exceção, fiscalizar e verificar em nome do bem público, razão e fundamento único de semelhante delegação ao indivíduo ou empresa privada” (RDA, 9:30).

A obrigatoriedade da prestação de contas está na lei; a forma e a periodicidade da mesma devem ser previstas contratualmente (artigo 23, XIII), o que deverá ser variável de concessão para concessão. Observe-se apenas que a determinação da forma e periodicidade da prestação de contas deve pautar-se por critérios objetivamente aferíveis e não pela oportunidade ou conveniência.

17 – Publicação das demonstrações financeiras

Como no item anterior, podemos afirmar que o contrato não precisa referir-se a obrigatoriedade que a lei já evidencia. De qualquer forma, esclarecemos que esta publicação é uma exigência que viabiliza o poder de fiscalização da execução contratual.

No dizer do Dr. Luiz Alberto Blanchet (Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Ed. Juruá, 1997, p. 20):

“A legislação societária não exige a publicação das demonstrações financeiras de qualquer espécie de sociedade, mas a partir do momento em que determinada pessoa jurídica passa a ser concessionária de serviço público, passa também a ser obrigada a publicar suas demonstrações financeiras periódicas, ainda que a legislação específica não lho imponha”.

18 – Foro e modo amigável de solução das divergências contratuais

O foro competente para julgar os contratos celebrados pela Administração deve constar de cláusula contratual, segundo o inciso XV do artigo 23 da Lei nº 8.987 e o § 2º do artigo 55 da Lei nº 8.666 que se aplica também às concessões.

A possibilidade da rescisão contratual de modo amigável é a maior inovação do inciso XV do artigo 23 da Lei nº 8.987, pois permite que a Administração negocie, que abra mão de certos interesses em favor de outros mais relevantes. É possível a arbitragem.

A maioria dos problemas que surgem nas concessões são de ordem técnica, que necessitam de perícia para a solução, atividade que tem se demonstrado muito mais célere e eficaz na arbitragem que no âmbito do Judiciário.

No entanto, deve-se ressaltar que não caberá a solução amigável em questões que digam respeito a assunto que a lei não permita transação, como, por exemplo, a controvérsia que dependa de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

19 – Contratos de concessão de serviço público precedidos de obra pública

Dispõe o art. 23 da Lei nº 8.987, em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão do serviço público precedidos da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I – estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II – exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Assim, quando a concessão for precedida da execução de obra pública, o contrato de concessão deverá conter cláusula relativa ao cronograma físico-financeiro de execução da obra e à garantia do fiel cumprimento das obrigações relativas à execução da obra.

A previsão do cronograma de execução acaba por uniformizar as propostas a serem apresentadas (o que permite a comparação das propostas) e por eliminar as propostas incompatíveis com a necessidade a ser atingida.

As garantias admissíveis são as elencadas pelo artigo 56 da Lei nº 8.666, nos limites da mesma lei.

20 – Vinculação ao edital – Legislação aplicável e manutenção das qualificações

Os incisos do artigo 55 da Lei nº 8.666 não repetidos pela Lei nº 8.987 aplicam-se também à concessão no que for compatível. Assim, os incisos XI, XII e XIII da Lei nº 8.666 tornam-se cláusulas necessárias do contrato de concessão, ou seja: a vinculação ao edital, o

estabelecimento da legislação aplicável à execução do contrato e a obrigação de o contratado manter-se em todas as condições de habilitação e qualificação anteriormente exigidas para a contratação. Esta última obrigação é reforçada na lei de concessões pelo artigo 38, § 1º, inciso IV, que caracteriza seu descumprimento como motivo de caducidade.

Por sua vez, a harmonia entre o contrato administrativo e o instrumento convocatório da licitação é princípio basilar do Direito Administrativo, pois, se fosse possível alterar as condições da licitação ou das propostas, a licitação seria inútil. Sendo um dos princípios legais do nosso sistema (art. 14, Lei nº 8.987/95), o da vinculação ao instrumento convocatórios é acertado afirmar que o contrato de concessão tem o seu formato e conteúdo inicialmente fixados na etapa licitatória.

Somente não se aplica à concessão o disposto pelo inciso V do artigo 55 da Lei nº 8.666, pois a concessão não depende de despesas orçamentárias, pelo contrário, gera receitas para o Estado.

21 – Permissões de serviço público

A permissão mais comum, perante a doutrina, era aquela em que a Administração estabelecia os requisitos para a prestação do serviço público e, por ato unilateral, atribuía a execução aos particulares que demonstrassem capacidade para o seu desempenho.

A permissão sempre foi entendida como um ato discricionário e precário. Mais recentemente, admitiu-se a incorporação nas permissões de condições e prazos para a exploração do serviço público, apenas quando necessário para garantir rentabilidade e de assegurar a recuperação do investimento do permissionário. Quando havia condições ou prazos, a relação jurídica era intitulada *permissão condicionada* ou *contratual*.

Esta modalidade condicional ou contratual foi a acolhida pela Lei nº 8.987/95. O artigo 40 desta lei dispõe que a permissão deverá ser formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos da lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

O parágrafo único dispõe que às permissões é aplicada a lei nº 8.987/95.

Curiosamente, o legislador, ao mesmo tempo em que somente admitiu a permissão contratual, manda que se observem a precariedade e a revogabilidade do contrato.

Ora, a precariedade e a revogabilidade são ínsitas somente às antigas permissões tradicionais, que podiam ser revogadas a qualquer momento, sem indenização.

Atualmente, por todas as permissões serem contratuais, a referida precariedade somente pode se dar em termos de encampação, caducidade, rescisão ou anulação (motivos de extinção da concessão); nunca em termos de extinção imotivada. E, em qualquer caso, caberá sempre a indenização dos prejuízos suportados pelo permissionário.

Observe-se também que a permissão é deferida *intuitu personae* e, como tal, não admite a substituição do permissionário. Ademais, aos permissionários não se estendem automaticamente as prerrogativas dos concessionários, só se beneficiando das que lhes forem expressamente atribuídas.

Finalmente, há que se destacar que, em tema de concessões e permissões de serviços públicos não pode haver casos de contratação direta, eis que a obrigatoriedade da licitação, por norma constitucional, é para toda e qualquer hipótese, em função da expressão empregada pelo texto constitucional: “...ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação...” (art. 175, “caput” da C.F. – grifamos).