

Capítulo XI

SERVIÇOS PÚBLICOS

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As disposições mais genéricas sobre **serviços públicos** existentes na Constituição de 1988 encontram-se no art. 175, que está inserido no Título VII, relativo à “**Ordem Econômica e Financeira**”. É a seguinte a sua redação:

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;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Do conteúdo desse artigo decorre que a **titularidade** dos serviços públicos é do **poder público**. E que este pode prestá-los **ou diretamente ou por delegação** – hipótese em que se diz **indireta** a prestação –, mediante **concessão ou permissão**.

Desde logo, faz-se necessário averbar que, em outros dispositivos, a própria Constituição Federal prevê **também a autorização** como instrumento de **delegação de serviços públicos** (arts. 21, XI e XII, e 223). No entanto, a sua utilização deve ser **excepcional**; ordinariamente, é de se esperar que a delegação seja efetuada por meio de concessão e de permissão de serviços públicos.

Outro aspecto importante a apontar é que, embora o art. 175 da Carta de 1988 assevere categoricamente que a titularidade dos serviços públicos é do poder público, a verdade é que **nem sempre uma atividade desempenhada pelo Estado como serviço público é subtraída à livre-iniciativa privada.**

Ora, não se pode olvidar que o citado dispositivo encontra-se topicamente inserido no Título VII da Constituição, que trata da “**Ordem Econômica e Financeira**”. Logo, os serviços públicos a que o art. 175 se reporta são aqueles classificados como **atividade econômica em sentido amplo**, caracterizados pela possibilidade de serem explorados com **intuito de lucro**, sem perder a natureza de serviço público (é exatamente por essa razão que eles têm aptidão para serem prestados por particulares, mediante **delegação**). São exemplos os serviços públicos enumerados nos arts. 21, XI e XII, 25, § 2.º, e 30, V, do Texto Magno.

A **titularidade** desses serviços públicos submetidos ao art. 175 da Constituição Federal é **exclusiva do Estado**, isto é, os **particulares não podem prestá-los por sua livre iniciativa**. Caso pretendam fazê-lo, deverão, obrigatoriamente, receber **delegação** do poder público, cujo instrumento será um **contrato de concessão** ou de **permissão** de serviço público, sempre precedido de licitação, ou ainda, nas restritas hipóteses em que admitido, um **ato administrativo de autorização** de serviço público.

A delegação **nunca** transfere a **titularidade** do serviço público, de sorte que o particular que a recebe assume a condição de **mero executor** daquela atividade. É essa a razão de se dizer que, nessa hipótese, ocorre **prestação indireta** do serviço público pelo Estado. Também por esse motivo, a prestação do serviço público pelo particular delegatário está sujeita a um **regime de direito público** que enseja **ampla interferência estatal**, com previsão até mesmo de retomada compulsória pelo poder público.

Sem prejuízo do exposto nos parágrafos precedentes, há atividades que devem ser prestadas pelo Estado como serviços públicos, porém, ao mesmo tempo, são abertas à livre-iniciativa, isto é, podem ser exercidas **complementarmente** pelo setor privado por direito próprio, **sem estar submetidas ao regime de delegação**, mas, tão somente, aos controles inerentes ao **poder de polícia administrativa**. Nessa peculiar situação encontram-se, caracteristicamente, os **direitos fundamentais sociais** (CF, art. 6.º), especialmente as atividades tratadas no Título VIII da Constituição, relativo à “**Ordem Social**”.

Tais atividades, se exercidas por **particulares**, têm a natureza de **serviço privado** – e podem ser exploradas com ou sem intuito de lucro. Diferentemente, quando é o Estado que as executa, serão sempre qualificadas como **serviços públicos** – prestados, portanto, sob **regime jurídico de direito público**, mas com duas relevantes distinções em comparação com aqueles a que alude o art. 175 da Carta Política, a saber: (a) o Estado – tanto a sua administração direta quanto a indireta – jamais poderá explorar essas atividades com intuito de lucro; e (b) não cabe cogitar a delegação de seu exercício a particulares (haja vista que

estes desempenham as referidas atividades como serviços de natureza privada, sujeitos apenas a fiscalização e controle estatal pertinentes ao poder de polícia).

É **obrigatória** a prestação efetiva pelo Estado desses **serviços públicos** que se enquadram como **direitos constitucionais sociais**. Entretanto, a **titularidade** deles **não é exclusiva** do poder público.

Vale repetir: a prestação desses serviços que representam direitos sociais descritos no Título VIII da Constituição é **livre à iniciativa privada**, isto é, particulares podem fazê-lo por direito próprio, **sem qualquer delegação** do poder público, na qualidade de prestadores de **serviço privado** (a gestão do serviço é da própria **pessoa privada**, ao passo que a **gestão** – direta ou indireta – dos **serviços públicos é sempre do Estado**).

Note-se que, nessas hipóteses, **não é correto** falar em “**prestação indireta**” pelo Estado; tem-se, isso sim, prestação de um serviço privado por um particular, sob **regime de direito privado**. O exercício dessas atividades que configuram direitos sociais fundamentais por particulares sujeita-se apenas aos controles estatais próprios do **poder de polícia administrativa** (são controles rigorosos, porque se trata de atividades que têm potencial de afetar muito intensamente o bem-estar da coletividade, mas, ainda assim, eles são bem menos abrangentes do que aqueles que o poder público exerce sobre os delegatários de serviços públicos).

Os exemplos mais importantes de atividades enquadradas na situação que acabamos de descrever são a **educação** e a **saúde**. É significativo que o constituinte tenha tido o cuidado de explicitar que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (art. 199), “cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle” (art. 197). E que, na mesma esteira, tenha se preocupado em expressamente averbar que “o ensino é livre à iniciativa privada”, desde que atendidas as condições impostas pelo próprio texto constitucional e pelo poder público (art. 209).

Resumindo todo o quadro aqui exposto, a **regra geral**, decorrente do art. 175 da Constituição Federal, é que as atividades enquadradas como **serviços públicos** sejam de **titularidade exclusiva do Estado**, restando **afastada a livre-iniciativa**; se esses serviços puderem ser prestados por particulares, forçosamente o serão mediante **delegação** (**prestação indireta**). Todavia, atividades pertinentes aos **direitos fundamentais sociais**, embora devam ser executadas efetivamente pelo Estado como serviço público, **não são de sua titularidade exclusiva** – e, por essa razão, não foram retiradas da esfera da livre-iniciativa, vale dizer, podem ser desempenhadas por particulares, **sem que a elas se aplique o regime de delegação**. Nessa hipótese, são classificadas como **serviços privados** e estão sujeitas, tão somente, a fiscalização e controle estatal inerentes ao **poder de polícia**.

Finalmente, ainda no âmbito destas noções introdutórias, cabe observar que a expressão “**poder público**” utilizada no *caput* do art. 175 da Carta

Política deve ser lida como “**administração pública**”, de modo a abranger não só os órgãos da administração direta de cada ente federado, mas **também** todas as entidades integrantes das respectivas administrações indiretas. Por conseguinte, em face do texto constitucional, impõe-se enquadrar como **prestação direta** de serviço público tanto a promovida pela administração direta quanto a efetuada pela administração indireta. E, *contrario sensu*, será **prestação indireta** de serviço público tão somente aquela efetuada por particulares, mediante delegação.

Assim é porque o citado dispositivo, ao mencionar as possibilidades de prestação dos serviços públicos a que se refere, afirma que incumbe ao poder público a prestação de serviços públicos “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”. Está implícito, dessarte, que a prestação pelo poder público é “prestação direta” e que a prestação “sob regime de concessão ou permissão” deve ser classificada como “prestação indireta”. Ocorre que as entidades da administração pública indireta não atuam mediante delegação do ente federado que as criou, uma vez que recebem suas competências diretamente da lei específica que as instituiu ou autorizou a sua instituição, significa dizer, não deve haver contrato de concessão ou permissão de serviço público entre uma entidade da administração indireta e o ente federado que a criou para prestar determinado serviço público da competência dele mesmo.

2. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Deve-se atentar, preliminarmente, para a circunstância de que a Constituição da República não conceitua serviço público; tampouco o fazem as leis no Brasil. É mister, dessarte, perquirir como a doutrina trata o problema da definição do objeto de nosso estudo.

Certo é que não existe um conceito doutrinário consensual de “serviço público”. O que há são escolas ou correntes teóricas que, segundo critérios variados, procuram indicar os elementos relevantes para a identificação ou a conceituação de uma atividade como “serviço público”.

De um modo geral, os principais administrativistas aludem aos assim designados critério subjetivo, critério material e critério formal como elementos úteis ou necessários à identificação ou definição dos serviços públicos. A adoção de um critério isoladamente, ou a combinação de critérios, conduz a uma gama bastante variada de definições.

2.1. Conceitos amplos e conceitos restritos de serviço público

As definições amplas e restritas de serviço público que serão apresentadas neste tópico são, segundo pensamos, definições utilizadas atualmente em nosso direito, algumas com maior frequência, outras mais raramente.

Na mais ampla das acepções atuais, a expressão “serviço público” é empregada como sinônimo de “função pública” ou “atividade pública”. Abrange, assim, o conjunto de todas as atividades que são exercidas sob regime jurídico de direito público: a atividade jurisdicional, a atividade legislativa, a atividade de governo (atividade política) e as atividades consideradas de administração pública em sentido material – inclusive a prestação de serviços públicos em sentido estrito realizada por intermédio de delegatários.

Outra acepção ampla, mais frequentemente empregada, é a que identifica “serviço público” com “atividade de administração pública em sentido material”. Alberga, portanto, a prestação de serviços públicos em sentido estrito – efetuada diretamente ou por meio de delegatários –, o exercício do poder de polícia, as atividades de fomento e a intervenção (não incluída a atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito).

Por outras palavras, nessa acepção ficam excluídas a atividade legislativa, a atividade jurisdicional e a atividade de governo (formulação de políticas públicas). Cumpre anotar que essa é a definição usualmente adotada quando os textos jurídicos, no âmbito do direito administrativo, fazem referência ao “princípio da continuidade dos serviços públicos”.

Um conceito restrito de serviços públicos perfilhado por importantes autores, como a Profª. Maria Sylvia Di Pietro, é o que abrange todas as prestações de utilidades ou comodidades materiais efetuadas **diretamente** à população, pela administração pública ou pelos delegatários de serviços públicos, e **também** as atividades internas ou atividades-meio da administração (por vezes chamadas de “serviços administrativos”), voltadas apenas **indiretamente** aos interesses ou necessidades dos administrados.

Por fim, a mais restrita das definições – proposta pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello –, que adotamos nesta obra, considera serviço público unicamente a prestação **direta** à população, pela administração pública ou pelos delegatários de serviços públicos, de utilidades ou comodidades materiais voltadas à satisfação de suas necessidades ou meros interesses.

2.2. Critérios propostos para identificação de uma atividade como serviço público

Historicamente, a doutrina administrativista em geral apontava a necessidade de serem atendidos, **cumulativamente**, três critérios para que uma atividade fosse considerada serviço público, a saber:

- a) critério **subjetivo ou orgânico**: dá relevância ao prestador do serviço público; só considera serviço público aquele prestado diretamente pelos órgãos e entidades estatais, integrantes da administração pública;

- b) critério **material**: confere relevância à atividade, em si mesma considerada; segundo esse critério, as atividades de **importância** crucial para o grupo social, das quais depende a própria existência deste, devem ser tidas por serviço público; as atividades que visam à satisfação de **necessidades** coletivas fundamentais deveriam, portanto, ser prestadas como serviço público;
- c) critério **formal**: dá relevância ao regime jurídico sob o qual é desenvolvida a atividade; exige que os serviços públicos sejam prestados sob regime jurídico de direito público, portanto, orientados pelo princípio da supremacia do interesse público (que assegura prerrogativas especiais para a sua prestação) e pelo princípio da indisponibilidade do interesse público (que resulta em restrições não existentes no exercício de atividades privadas).

Não é difícil perceber que, hoje, nenhum administrativista pode defender a necessidade de serem atendidos simultaneamente os três critérios para que uma atividade seja considerada serviço público. Basta pensarmos nas modalidades de delegação de serviços públicos a particulares (desatendem ao critério subjetivo) ou lembrarmos que há serviços não essenciais, como as loterias, que são prestados pelo Estado sob regime jurídico de direito público (desatendem ao critério material). Ainda, há serviços essenciais que podem ser prestados como serviço privado, ou seja, podem ser prestados por particulares sob regime jurídico de direito privado, a exemplo dos serviços privados de educação e de saúde.

Portanto, atualmente, os administrativistas costumam utilizar para definir serviço público um dos critérios acima expostos, ou a combinação de dois deles, mas não exigem o atendimento aos três, conjuntamente.

2.2.1. Essencialistas versus legalistas

Ainda acerca dos critérios propostos para a identificação de uma atividade como serviço público merece referência a contraposição existente entre os denominados essencialistas e os assim chamados formalistas (ou legalistas).

Os adeptos da escola essencialista defendem a utilização, unicamente, do critério material para definir uma atividade como serviço público. Mais do que isso, para eles, sempre que uma atividade possa ser considerada imprescindível à satisfação das necessidades existenciais básicas do grupo social, das demandas inafastáveis da coletividade, que digam com a sua própria sobrevivência, essa atividade deve obrigatoriamente ser considerada um serviço público, não importa quem a preste.

A corrente **formalista** entende que não é possível identificar um núcleo essencial irreduzível, concernente à relevância social da atividade, que forçosamente acarretasse a sua classificação como serviço público.

Para a escola formalista, toda atividade que configure, em si mesma, uma utilidade ou comodidade material oferecida indistintamente à população será serviço público (em sentido estrito) sempre que o ordenamento jurídico determine que ela seja prestada sob regime jurídico de direito público, descabendo tecer considerações acerca de sua eventual importância para a satisfação de necessidades vitais do grupo social.

Cumpra notar que há um elemento material (referente à natureza da atividade) pressuposto na definição de serviço público proposta pelos formalistas: eles só consideram serviço público atividades que representem uma prestação material, um oferecimento de utilidade ou comodidade material à população. Ficam excluídas, assim:

- a) a atividade jurisdicional, a atividade legislativa e a atividade de governo (atividade política);
- b) o fomento em geral (qualquer prestação cujo objeto seja “dar algo”, em vez de um “fazer”);
- c) todas as atividades que impliquem imposição de sanções, condicionamentos, proibições ou quaisquer outras restrições (polícia administrativa e intervenção na propriedade privada, por exemplo);
- d) as obras públicas (porque, nestas, não é o “fazer algo”, em si mesmo considerado, que representa uma utilidade ou comodidade material oferecida à população; é o resultado desse “fazer”, qual seja, a obra realizada, que constitui uma utilidade ou comodidade que pode ser fruída pelo grupo social).

É importante repetir que, embora os formalistas precisem lançar mão de um elemento material – qual seja, o serviço público (em sentido estrito) deve ser uma prestação que represente uma utilidade ou comodidade material oferecida à população –, eles não levam em conta se essa prestação é ou não imprescindível para o grupo social, se é ou não uma necessidade inafastável da comunidade. Basta ser uma prestação que, de algum modo, traduza uma utilidade ou comodidade material para a população. O que interessa mesmo é que essa prestação deva ser realizada sob regime jurídico de direito público. Para a corrente formalista é esse fato que determina se a atividade é, ou não, serviço público.

2.3. Definições propostas pela doutrina pátria. Conceito adotado nesta obra

Nossa doutrina majoritariamente entende ser o critério formal o mais relevante, em regra, para a definição de serviço público, desde que observados certos pressupostos materiais concernentes à natureza da atividade que possa ser assim considerada.

Pensamos que o critério formal é, efetivamente, aquele que nosso ordenamento jurídico utiliza, no mais das vezes, para distinguir serviços públicos de serviços privados.

Podemos afirmar que uma atividade exercida como **serviço público** sempre estará sujeita a **regime jurídico de direito público**; de outra parte, um serviço prestado sob **regime jurídico de direito privado** será, **invariavelmente**, um **serviço privado**. Essas duas asserções são verdadeiras mesmo no caso das atividades em que predomina o critério subjetivo para a sua identificação como serviço público ou serviço privado, a exemplo dos serviços de educação e de saúde.

Deve-se ter em conta que, no Brasil, a concepção essencialista não é adotada pelo ordenamento jurídico para o fim de classificar uma atividade como serviço público. Sendo assim, não interessa, para esse efeito, indagar se a atividade é ou não importante para a existência do grupo social, para a satisfação de suas necessidades fundamentais. Realmente, há atividades imprescindíveis, como a educação, que podem ser exploradas por particulares como serviço privado e há serviços que sem dúvida alguma não são indispensáveis à satisfação de necessidades vitais da coletividade, a exemplo das loterias, que são prestados pelo Estado como serviço público. Em suma, a importância da atividade, em si mesma, não permite afirmar, em nosso país, se um serviço é ou não público; não existem “serviços públicos por sua própria natureza”, qual fora noção pertinente a uma sorte de “direito natural” ou “suprapositivo”.

Quem determina que uma atividade seja prestada sob regime de direito público é o próprio ordenamento jurídico. Podemos afirmar que são serviços públicos todos aqueles que a própria Constituição atribui diretamente às pessoas políticas como competências a serem por elas exercidas, bem como outras prestações que, por mera imposição legal, devam ser realizadas sob regime jurídico de direito público. É importante frisar que **não existe** – nem é possível existir – uma **lista taxativa** de atividades que devam ser exercidas como **serviços públicos**.

Não obstante imperar razoável consenso sobre os pontos até aqui expostos, nossos principais administrativistas propõem definições bastante divergentes de serviço público, sobretudo no que toca ao espectro de atividades abrangidas. Apresentamos, abaixo, algumas definições consagradas.

Para 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”.

Maria Sylvia Di Pietro define serviço público como “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”.

Para 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”.

Preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello que “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Essa definição traduz o mais restrito dos conceitos de serviço público. Só abrange as utilidades ou comodidades que sejam **diretamente** fruíveis pela população. Por outro lado, quanto ao aspecto material, é quase inteiramente aberta: desde que se trate de uma prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, qualquer atividade poderá ser eleita pelo ordenamento jurídico para ser executada como serviço público, portanto, sob regime jurídico de direito público.

Adotamos esse mesmo conceito restrito de serviço público. A partir dele, propomos esta definição: **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).**

Com essa definição pretendemos limitar o conceito de serviço público a atividades administrativas e excluir dele o poder de polícia, as atividades de fomento, as intervenções estatais restritivas, as obras públicas, bem como as atividades internas e atividades-meio da administração, ou quaisquer outras atividades que apenas indiretamente atendam a interesses da população.

3. CLASSIFICAÇÕES

Dentre as muitas classificações de serviços públicos propostas pela doutrina – quase todas, a nosso ver, despidas de utilidade prática –, julgamos oportuno, para efeito de registro, mencionar as que se seguem.

a) **serviços gerais e serviços individuais;**

Serviços públicos gerais (*uti universi*) ou indivisíveis são aqueles prestados a toda a coletividade, indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis. Não é possível ao poder público identificar, de forma individualizada, as pessoas beneficiadas por um serviço prestado *uti universi*. Não há, tampouco, meio de mensurar a utilização por parte de cada usuário. Esses serviços não podem ser remunerados mediante a instituição de taxas (regime legal), nem por meio de cobrança de tarifas (regime contratual).

Exemplos de serviços gerais são o serviço de iluminação pública, o serviço de varrição de ruas e praças, o serviço de conservação de logradouros públicos, entre outros. Caso se adote uma concepção ampla de serviço público, poderão ser designados ainda como serviços gerais ou indivisíveis o policiamento urbano, a garantia da segurança nacional, a defesa das fronteiras etc.

Serviços públicos individuais, específicos, singulares (*uti singuli*), ou, ainda, divisíveis, são prestados a beneficiários determinados. A administração pública sabe a quem presta o serviço e é capaz de mensurar a utilização por parte de cada um dos usuários, separadamente. Tais serviços podem ser remunerados mediante a cobrança de taxas (feita exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público) ou de tarifas.

São exemplos os serviços de coleta domiciliar de lixo, de fornecimento domiciliar de água encanada, de gás canalizado, de energia elétrica, o serviço postal, os serviços telefônicos etc.

b) **serviços delegáveis e serviços indelegáveis;**

Segundo os autores que propõem essa classificação, são **serviços públicos delegáveis** aqueles que podem ser prestados pelo Estado – centralizadamente ou por meio das entidades integrantes da administração indireta – ou, alternativamente, ter a sua prestação delegada a particulares, mediante contratos de concessão ou permissão de serviço público (ou, ainda, se cabível, mediante ato administrativo de autorização de serviço público).

Exemplos são os serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de transporte coletivo rodoviário de passageiros etc.

São **serviços públicos indelegáveis** aqueles que somente podem ser prestados pelo Estado, centralizadamente, ou pelas pessoas jurídicas de direito público integrantes da administração indireta. São, portanto, **serviços públicos cuja prestação exige exercício de poder de império**. Os exemplos usualmente apontados são a garantia da defesa nacional, da segurança interna, a fiscalização de atividades etc.

Conforme se constata, essa classificação utiliza uma **concepção ampla de serviço público**, porque abrange o exercício de **poder de polícia**, bem como outras atividades que não consubstanciam prestações que representem, em si mesmas, comodidades diretamente fruíveis pela coletividade.

c) **serviços administrativos, serviços sociais e serviços econômicos;**

A doutrina costuma chamar de **serviços públicos administrativos** as atividades internas da administração pública, as suas atividades-meio. São todas aquelas atividades que, embora não representem uma prestação **diretamente fruível** pela população, beneficiam **indiretamente** a coletividade, porque são necessárias ao adequado funcionamento dos órgãos públicos e entidades administrativas. São, ademais, atividades preparatórias que visam a assegurar a efetiva e eficiente prestação dos serviços diretamente fruíveis pela população.

São **serviços públicos sociais** todos os que correspondam a atividades pertinentes ao art. 6.º e ao Título VIII da Constituição de 1988. Eles devem **obrigatoriamente** ser oferecidos à população pelo Estado, que os presta como **serviços públicos**, portanto, sob regime jurídico de direito público.

São exemplos os serviços de educação, saúde e assistência social prestados por órgãos e entidades integrantes da administração pública.

Essas atividades de índole social não são de titularidade exclusiva do Estado, vale dizer, **particulares** também podem oferecê-las, **complementarmente** ao poder público, como **serviços privados**. É evidente que, quando prestados por particulares, tais serviços **não** se enquadram na classificação ora em estudo, pois ela versa sobre **serviços públicos**.

São **serviços públicos econômicos** (também chamados **serviços públicos comerciais ou industriais**) as atividades a que se refere o art. 175 da Constituição, ou seja, serviços públicos que se enquadram como **atividade econômica em sentido amplo**, que têm possibilidade – ao menos teórica – de ser explorados com intuito de lucro, segundo os princípios norteadores da atividade empresarial. Por opção do legislador constituinte (ou do legislador ordinário, dependendo do caso), essas atividades são de **titularidade exclusiva do Estado**, que pode exercê-las diretamente ou mediante delegação a particulares.

São exemplos os serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de fornecimento domiciliar de gás canalizado etc.

Observe-se que **não se enquadram nessa categoria as atividades econômicas em sentido estrito**, regidas pelo art. 173 da Carta Política. Isso porque, mesmo se forem excepcionalmente desempenhadas pelo Estado, essas atividades o serão sob regime jurídico (predominante) de direito privado, e **não como serviço público** – e a classificação ora em apreço é uma classificação de serviços públicos.

4. FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Decorre do conteúdo do art. 175 da Carta de 1988 que **prestação direta** de serviço público é aquela efetuada pela própria administração pública – tanto pelos órgãos da administração direta quanto pelas entidades da administração indireta; **prestação indireta** de serviço público é, tão somente, a sua execução pelos **particulares**, mediante **delegação**, nas modalidades de concessão ou de permissão de serviço público, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação (em algumas hipóteses é possível, ainda, ocorrer a delegação por meio de ato administrativo de autorização de serviço público).

A **prestação direta** de serviço público é dita **centralizada**, se for a administração direta que a efetua, e **descentralizada**, quando promovida pelas entidades da administração indireta.

A **prestação indireta** de serviço público é classificada, **invariavelmente**, como prestação **descentralizada**.

É fácil perceber que há duas variedades de **descentralização**. O ponto comum a ambas é o fato de a prestação do serviço público ser efetuada por uma **pessoa diferente do ente federativo constitucionalmente competente** (União, estados, Distrito Federal ou municípios).

Na primeira modalidade, denominada **descentralização por serviços** (ou **descentralização mediante outorga legal**), uma lei específica cria diretamente uma entidade com personalidade jurídica própria, ou autoriza a criação da entidade, e atribui a ela a titularidade de um determinado serviço público. A lei, desde logo, enumera as competências da entidade que está sendo instituída, ou cuja instituição está sendo autorizada. Essa entidade pode ser uma autarquia, uma empresa pública, uma sociedade de economia mista ou uma fundação pública, ou seja, alguma das entidades integrantes da administração pública indireta.

São exemplos de serviços **descentralizados** prestados por integrantes da **administração indireta**: o serviço postal prestado pela ECT, empresa pública federal, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário realizados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista estaduais e os serviços de coleta domiciliar de lixo e de limpeza urbana executados pela COMLURB, sociedade de economia mista municipal (Município do Rio de Janeiro).

Na segunda hipótese, conhecida como **descentralização por colaboração** (ou **descentralização mediante delegação**), a prestação de um serviço público é atribuída a um particular, isto é, a uma pessoa não integrante da administração pública. A delegação pode se dar por concessão, permissão ou, em alguns casos, autorização para a prestação do serviço. A delegação consiste em transferir ao particular, sempre temporariamente, a incumbência de prestar, mediante

remuneração, determinado serviço público, cuja **titularidade permanece com o poder público**. Aliás, nosso ordenamento jurídico chega ao ponto de considerar que, nessa modalidade de descentralização, há verdadeira **prestação indireta** pelo Estado delegante, expressão que enfatiza o seu dever de exercer um rigoroso controle sobre a atividade do delegatário, a fim de assegurar que este ofereça um **serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários.

Cumprir trazer à baila uma última expressão: diz-se que uma pessoa jurídica presta um serviço público de forma **desconcentrada** quando as diversas competências dela estão distribuídas em órgãos integrantes de sua estrutura e um deles tem como competência específica a prestação daquele serviço.

É possível existir prestação **desconcentrada centralizada** (realizada por um órgão da **administração direta** dotado de competência específica para a prestação do serviço) e prestação **desconcentrada descentralizada** (efetuada por um órgão integrante da estrutura de uma entidade da **administração indireta** dotado de competência específica para a prestação do serviço). Nas duas situações, o serviço público é de titularidade da pessoa jurídica a cuja estrutura o órgão prestador pertence.

Sintetizando as definições expostas neste tópico, temos o seguinte:

- a) **prestação direta**: o serviço é prestado pela **administração pública**, direta ou indireta;
- b) **prestação indireta**: o serviço é prestado por **particulares**, aos quais, mediante **delegação** do poder público, é atribuída a sua mera execução;
- c) **prestação centralizada**: o serviço é prestado pela **administração direta**;
- d) **prestação descentralizada**: o serviço é prestado por **pessoa diversa** do ente federado constitucionalmente competente;
 - d.1. **descentralização por serviços**: o serviço é prestado por entidade da **administração indireta**, à qual a lei transfere a sua titularidade;
 - d.2. **descentralização por colaboração**: o serviço é prestado por **particulares**, aos quais, mediante **delegação** do poder público, é atribuída a sua mera execução;
- e) **prestação desconcentrada**: o serviço é prestado por um **órgão**, com essa competência específica, integrante da estrutura da **pessoa jurídica que detém a titularidade do serviço**;
 - e.1. **prestação desconcentrada centralizada**: o órgão com competência específica para prestar o serviço integra a **administração direta** do ente federado constitucionalmente competente;
 - e.2. **prestação desconcentrada descentralizada**: o órgão com competência específica para prestar o serviço integra a estrutura de uma entidade da **administração indireta** do ente federado constitucionalmente competente.

5. CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

5.1. Definições legais e aspectos gerais

O art. 22, XXVII, da Constituição da República confere à União competência legislativa para a edição de normas gerais – de observância obrigatória para todos os entes federados – sobre licitações e contratos, em qualquer modalidade.

O parágrafo único do art. 175 da Carta de 1988 prevê a edição de lei que disponha sobre o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos, as condições de caducidade, fiscalização e extinção dos respectivos contratos, a obrigação de manter serviço adequado, os direitos dos usuários e a política tarifária.

Respalhada nos dispositivos constitucionais mencionados, a União editou a Lei 8.987/1995. Essa é a nossa lei de normas gerais sobre os regimes de **concessão e de permissão de serviços públicos**. Trata-se de uma lei de caráter nacional, ou seja, aplicável à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Apesar de a Lei 8.987/1995 ser a nossa lei de normas gerais sobre as **concessões e as permissões de serviços públicos**, a verdade é que o legislador quase somente se preocupou em editar disposições expressas acerca das concessões. Quanto às permissões, pouco mais faz a lei do que estatuir, no parágrafo único do art. 40: “Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”

Em face desse quadro normativo, é acertado asseverar que, atualmente, o regramento jurídico aplicável às permissões de serviços públicos é praticamente o mesmo a que se submetem as concessões. As poucas diferenças existentes são quase sempre meramente acadêmicas, sem repercussão efetiva no respectivo regime jurídico.

Por essa razão – estarem as concessões e permissões de serviços públicos sujeitas a regimes jurídicos em quase tudo igualados –, quando fizermos referência, neste capítulo, a “concessões”, será ela extensiva às permissões de serviços públicos, a menos que explicitemos eventual ressalva.

Os incisos II e IV do art. 2.º da Lei 8.987/1995 assim definem as modalidades de delegação objeto de nosso estudo:

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

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão; a lei expressamente se refere “à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente” (art. 40).

Conforme se constata, as poucas diferenças, formais ou apenas teóricas, entre concessão e permissão de serviços públicos, nos termos da lei, são:

- a) só há concessão para pessoas jurídicas ou consórcios de empresas, ao passo que as permissões podem ser celebradas com pessoas físicas ou jurídicas;
- b) as concessões obrigatoriamente devem ser precedidas de licitação na modalidade concorrência, enquanto as permissões devem obrigatoriamente ser precedidas de licitação, mas a lei não especifica modalidade determinada;
- c) a lei afirma que as permissões devem ser formalizadas em um “contrato de adesão”, aludindo “à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”; diferentemente, não se refere a “contrato de adesão” para qualificar o contrato de concessão, tampouco a “precariedade” ou a “revogabilidade unilateral” desse contrato.

Cabe uma observação acerca da existência de prazo nos contratos. Analisando atentamente as definições constantes da Lei 8.987/1995, nota-se que o legislador fez questão de explicitar que as concessões são celebradas “por prazo determinado” (art. 2.º, II). Diversamente, é fácil perceber que ele evitou afirmar literalmente que os contratos de permissão têm prazo determinado.

Não obstante a omissão do legislador, certo é que os contratos de permissão de serviço público devem, sim, ser celebrados por prazo determinado. Tal conclusão decorre da conjugação do inciso I do art. 23 com o parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987/1995, dos princípios jurídicos norteadores da atividade administrativa e mesmo do texto constitucional.

Julgamos imperioso frisar que as concessões e permissões de serviços públicos, acima de tudo, são contratos administrativos. Consequentemente, a Lei 8.666/1993 – nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – a elas se aplica subsidiariamente, vale dizer, são aplicáveis às concessões e permissões de serviços públicos, quando não houver disposição própria na Lei 8.987/1995, e desde que não sejam com ela incompatíveis, os preceitos da Lei 8.666/1993.

De igual modo, as características gerais dos contratos administrativos apontadas pela doutrina valem, também, para as concessões e permissões de serviços públicos. Logo, elas são contratos bilaterais, formais, de adesão, celebrados *intuitu personae*.

Quanto ao fato de serem ambas contratos de adesão, é mister observar que a Lei 8.987/1995 entendeu por bem explicitar que as **permissões de serviços públicos** são contratos de adesão, sem afirmar o mesmo acerca dos

contratos de concessão, o que levaria a inferir que o legislador cogitou a existência de alguma distinção, quanto a esse aspecto, entre as concessões e as permissões de serviços públicos. Não é possível, entretanto, a partir da análise do regramento jurídico a elas aplicável, descobrir que diferença seria essa.

Abaixo, apresentamos quadro comparativo com as principais características das concessões e das permissões de serviços públicos, conforme descritas na Lei 8.987/1995.

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 permissionária, 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.	Sempre precedida de licitação. Não há determinação legal de 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.

Por fim, cabe registrar que a Lei 9.074/1995 (art. 2.º) tornou obrigatória a edição de **lei autorizativa** para a execução indireta de serviços públicos mediante concessão ou permissão. Essa exigência é aplicável à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Ficaram dispensados da exigência de lei autorizativa, para a execução indireta mediante concessão ou permissão, os serviços de saneamento básico e limpeza urbana, bem como os serviços públicos que a Constituição Fede-

ral, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos municípios, desde logo, indiquem como passíveis de ser prestados mediante delegação (Lei 9.074/1995, art. 2.º, *caput*).

5.2. Licitação prévia à celebração dos contratos

Conforme anteriormente estudado, a Lei 8.666/1993 – nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – contém diversas hipóteses em que é legítima a **contratação direta** de obras, compras, serviços e alienações pelo poder público, vale dizer, situações em que é validamente celebrado um contrato administrativo sem licitação prévia. Trata-se das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, as quais têm fundamento genérico no inciso XXI do art. 37 da Constituição de 1988.

No caso das licitações prévias à celebração de contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, entretanto, existe regra específica, vazada no art. 175 da Carta Política. Segundo a enfática redação desse preceito constitucional, as concessões e permissões de serviço público devem **sempre** ser precedidas de licitação. Por essa razão, entendemos que são **incompatíveis** com a vigente Constituição da República quaisquer normas legais que cogitem a possibilidade de serem celebrados contratos de concessão ou de permissão de serviço público **sem licitação prévia**. Não se aplicam a esses contratos, por exemplo, os arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993, os quais estabelecem as hipóteses gerais de licitação dispensável e licitação inexigível.

As licitações necessárias à contratação de concessões e de permissões de serviços públicos são reguladas por disposições próprias, contidas principalmente na Lei 8.987/1995. As normas gerais de licitação vazadas na Lei 8.666/1993 têm aplicação apenas **subsidiária** ou **supletiva**, quando couber.

A Lei 8.987/1995 exige que a licitação prévia às concessões seja realizada na modalidade **concorrência** (art. 2.º, II). A mesma imposição se aplica à outorga de **subconcessão** (art. 26, § 1.º). Diferentemente, **não há** em ponto algum da Lei 8.987/1995 regra que estabeleça modalidade específica a ser observada nas licitações prévias às **permissões** de serviços públicos, o que leva a inferir que, sendo viável – dependendo do valor e das características do contrato a ser celebrado –, outras modalidades, além da concorrência, poderão ser adotadas.

O art. 5.º da Lei 8.987/1995 exige que o poder concedente, previamente ao edital de licitação, publique um ato administrativo específico justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

O art. 15 da Lei 8.987/1995 estabelece os possíveis **critérios de julgamento** a serem adotados nas licitações prévias às concessões de serviços públicos. Vale anotar que a Lei 8.987/1995 **não utiliza** a expressão “**tipos de licitação**” para se referir aos critérios de julgamento, como o faz a Lei 8.666/1993.

Outra distinção diz respeito à escolha do critério de julgamento – que **sempre** deverá estar explicitado no **edital** –, conforme a licitação que se pretenda realizar: na Lei 8.666/1993, é fixada como **regra geral** a adoção do critério **menor preço**, sendo a utilização dos demais restrita a específicas hipóteses; na Lei 8.987/1995, diferentemente, **não existe algum critério que deva ser considerado preferencial**, nem qualquer regra ou hipótese específica em que determinado critério deva prevalecer sobre os demais. Transcreve-se o art. 15 da Lei 8.987/1995:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

§ 1.º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§ 2.º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

§ 3.º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

§ 4.º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

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). Será, **também**, 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, § 1.º). As vantagens e os subsídios aqui aludidos incluem **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 (art. 17, § 2.º).

O art. 18-A da Lei 8.987/1995 **faculta** que o edital preveja a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**, hipótese em que este ocorrerá antes daquela. É a seguinte a sua redação:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Mais duas regras peculiares são dignas de referência.

Pela primeira delas, vazada no art. 20 da Lei 8.987/1995, na hipótese de o licitante vencedor ser um **consórcio**, é facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, **determinar** que ele se **constitua em empresa** antes da celebração do contrato (Lei 8.987/1995, art. 20). Não existe regra análoga para as licitações regidas pela Lei 8.666/1993.

A segunda está no art. 31 da Lei 9.074/1995. Nos termos desse artigo, os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou pelo projeto executivo **podem participar**, direta ou indiretamente, da licitação prévia às concessões e permissões de serviços públicos, ou da execução de obras ou serviços a elas relacionados. Nas licitações reguladas somente pela Lei 8.666/1993, diferentemente, a referida participação é vedada (art. 9.º).

5.3. Contratação com terceiros, subconcessão, transferência da concessão e transferência de controle societário

Como todos os contratos administrativos, as concessões e permissões de serviços públicos têm **natureza pessoal** (são outorgadas *intuitu personae*). Com efeito, no procedimento licitatório, para a escolha da concessionária ou permissionária, leva-se em consideração não apenas a **melhor proposta** oferecida pelos licitantes à administração pública (**aspecto objetivo**), mas também fatores relacionados propriamente à pessoa que será contratada (**aspecto subjetivo**), exigindo-se, para **habilitação** no certame, dentre outros requisitos, a demonstração de capacidade técnica e idoneidade econômico-financeira, de sorte a respaldar a presunção de que o vencedor da disputa terá condições de prestar adequadamente o serviço que lhe será delegado.

Ilustra bem o **caráter pessoal** desses contratos o fato de a falência ou a extinção da empresa concessionária e o falecimento ou a incapacidade do titular de empresa individual acarretarem a **extinção da concessão** (Lei 8.987/1995, art. 35, VI).

É consectário da **pessoalidade** dos contratos de concessão (e de permissão) de serviços públicos o disposto no *caput* do art. 25 da Lei 8.987/1995, que explicita ser incumbência da concessionária a execução do serviço a ela delegado, “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 atenua essa responsabilidade”.

Não obstante, permite o § 1.º do mesmo artigo que a concessionária (ou a permissionária), sem que isso afaste a sua responsabilidade, contrate com terceiros o desenvolvimento de **atividades inerentes, acessórias ou complementares** ao serviço concedido, bem como a implementação de **projetos associados**. Essa faculdade diz respeito a **contratos privados**, firmados entre a concessionária e uma pessoa privada, sem necessidade de consentimento do poder público e sem qualquer participação deste na celebração do contrato. Não representa transferência a terceiros, nem mesmo parcial, do objeto principal da concessão.

Difere dessa situação a **subconcessão**, ou seja, a transferência parcial da execução do próprio serviço público concedido (e não de meras atividades acessórias ou complementares) a uma pessoa que não seja a concessionária, isto é, a um particular terceiro, que passará a assumir a condição de subconcessionária.

O art. 26 da Lei 8.987/1995 **admite a subconcessão** do serviço público concedido, **nos termos previstos no contrato de concessão**, desde que **expressamente autorizada** pelo poder concedente. A subconcessão, entretanto, **será sempre precedida de concorrência**.

A subconcessionária se sub-rogará todos os direitos e obrigações da concessionária dentro dos limites da subconcessão. Isso significa que a sub-

concessionária substitui a concessionária em todos os direitos e obrigações que eram desta, relativamente à parte da concessão que foi subconcedida.

As regras aplicáveis à subconcessão valem, também, para as permissões de serviços públicos, por força do disposto no parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987/1995. A nosso ver, somente a exigência de que a obrigatória licitação prévia à subconcessão ocorra na modalidade **concorrência** é que deve ser adaptada, porque as permissões, em tese, admitem licitação em outras modalidades.

Por fim, cabe observar, ainda como consequência do caráter pessoal (*intuitu personae*) dos contratos ora em estudo, que a lei estabelece que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão” (art. 27). O mesmo se aplica, sem dúvida, às permissões de serviços públicos.

5.4. Direitos e obrigações do usuário

O art. 7.º da Lei 8.987/1995 dispõe:

Art. 7.º Sem prejuízo do disposto na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

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

Cabe destacar a expressa referência feita no *caput* desse artigo à Lei 8.078/1990 – **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**. Decorre daí que entre a concessionária ou permissionária e o usuário do serviço público existe uma **relação de consumo**, vale dizer, o usuário de serviço público qualifica-se, juridicamente, como **consumidor** – e, por essa razão, podem ser utilizadas em seu favor as normas de proteção vazadas no CDC.

Todas essas regras concernentes a direitos e obrigações dos usuários têm aplicação tanto às concessionárias quanto às permissionárias de serviços públicos.

5.5. Obrigações da concessionária (ou permissionária)

A Lei 8.987/1995 trata dos encargos da concessionária em seu art. 31, que assim dispõe:

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.

Merece um breve comentário o inciso VI, que prevê a possibilidade de a concessionária executar desapropriações e constituir servidões administrativas, quando isso for necessário à prestação do serviço público ou à realização de obra pública a ele relacionada.

Sobre esse preceito, é importante destacar que a prévia decretação da utilidade ou da necessidade pública do bem a ser desapropriado é atribuição exclusiva do poder público. Já a execução da desapropriação

pode ser encargo do poder público ou da concessionária. Se for da concessionária, a ela incumbirá pagar as indenizações cabíveis (é evidente que tais ônus devem estar previamente explicitados no edital de licitação da concessão, para que os interessados possam levá-los em conta na formulação das suas propostas).

Essas regras acerca da decretação da utilidade ou da necessidade pública do bem a ser desapropriado, do pagamento das indenizações e da obrigatoriedade de que haja previsão expressa dos respectivos encargos no edital de licitação decorrem dos arts. 18, XII, e 29, VIII e IX, da Lei 8.987/1995 – e valem também para a constituição de servidões administrativas.

As disposições aqui apresentadas, sobre encargos das concessionárias, aplicam-se, igualmente, às permissionárias de serviços públicos.

5.5.1. Serviço adequado

A Constituição de 1988, no inciso IV do parágrafo único do seu art. 175, estatui, acerca da prestação de serviços públicos, que “a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado”.

A Lei 8.987/1995, em atenção ao comando constitucional, estabelece, em seu art. 6.º, *caput*, que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”.

No § 1.º desse mesmo art. 6.º a lei enumera uma série de princípios, ou requisitos mínimos, que devem ser atendidos para que se considere que a concessionária ou a permissionária esteja prestando um serviço adequado. É a seguinte a redação do dispositivo:

§ 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Logo em seguida, o legislador teve unicamente a preocupação de explicitar o que se deve entender por **atualidade** e de enumerar situações em que a interrupção da prestação do serviço **não caracteriza**, juridicamente, ofensa à exigência de **continuidade**. Essas regras encontram-se nos §§ 2.º e 3.º do referido art. 6.º da Lei 8.987/1995, cuja transcrição faz-se oportuna:

§ 2.º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3.º 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.

Cabe destacar, por sua relevância, as hipóteses em que a lei considera justificável a paralisação da prestação do serviço público, sem que resulte configurada lesão ao princípio da **continuidade**. São as seguintes:

- a) interrupção da prestação em situação de **emergência**;
- b) paralisação ocasionada por motivos de **ordem técnica** ou de **segurança das instalações** (manutenção periódica e reparos preventivos, por exemplo);
- c) interrupção da prestação do serviço motivada pela **inadimplência do usuário**, desde que “considerado o interesse da coletividade”.

Na interrupção motivada por **emergência**, não se cogita, por óbvio, exigir **aviso prévio**. Nas duas outras situações acima listadas, a paralisação da prestação do serviço somente poderá ser considerada legítima se tiver sido **previamente comunicada**.

5.6. Prerrogativas do poder concedente

As concessões e as permissões de serviços públicos são **contratos administrativos**. Não é por outro motivo que a Lei 8.666/1993 – nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – expressamente determina que a elas sejam aplicados os seus dispositivos “que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto” (art. 124).

A nota característica dos contratos administrativos é a presença das denominadas **cláusulas exorbitantes**, termo doutrinário que se reporta à existência de poderes especiais, ou **prerrogativas de direito público**, atribuídos à administração pública – decorrentes do princípio da supremacia do interesse público –, que seriam inadmissíveis em relações de direito privado, uma vez que estas são marcadas pela horizontalidade jurídica entre os contratantes.

A Lei 8.666/1993 apresenta uma lista de algumas das mais importantes cláusulas exorbitantes em seu art. 58. Outras ainda há, tais como a exigência de garantia (art. 56), a imposição de medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica (art. 3.º, § 11) e a restrição à oposição da exceção do contrato não cumprido (art. 78, XV).

A Lei 8.987/1995 não traz uma lista de cláusulas exorbitantes. No que respeita às concessões e permissões de serviços públicos, usualmente se fala em “prerrogativas do poder concedente”, ou em “poderes do concedente”,

para reportar às particularidades desses contratos, decorrentes do fato de eles serem regidos predominantemente pelo direito público.

Em alguns pontos, a Lei 8.987/1995 limita-se a mencionar determinada prerrogativa, sem detalhar seu exercício. No mais das vezes, quando assim o faz, é porque aquela prerrogativa está tratada e seu exercício ou seus limites estão detalhados na Lei 8.666/1993.

Analisaremos a seguir as principais prerrogativas do poder concedente, como costumam ser apontadas pela doutrina, com os respectivos dispositivos da Lei 8.987/1995 referentes a cada qual.

a) poder de inspeção e fiscalização;

Encontramos referência a esse verdadeiro poder-dever, principalmente, nos arts. 3.º e 30 da Lei 8.987/1995, a seguir transcritos:

Art. 3.º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

(...)

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

b) poder de intervenção;

O “poder de intervenção” é modalidade específica da cláusula exorbitante que, na Lei 8.666/1993, é denominada “ocupação temporária” ou “ocupação provisória”.

Na Lei 8.987/1995, a **intervenção** está prevista e disciplinada nos arts. 32 a 34, cuja transcrição faz-se oportuna:

Art. 32. 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.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1.º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2.º O procedimento administrativo a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. 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.

Ressaltamos os seguintes pontos:

- 1) a intervenção é ocasionada pela prestação de serviço **inadequado**;
- 2) a intervenção é determinada por **decreto**, que deve conter: (i) designação do interventor; (ii) prazo da intervenção; (iii) objetivos e limites da intervenção;
- 3) não existe intervenção por prazo indeterminado; a Lei 8.987/1995, entretanto, não estabelece prazo, nem mínimo, nem máximo;
- 4) decretada a intervenção, o poder concedente deverá, no **prazo de trinta dias**, instaurar **procedimento administrativo** para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa;
- 5) o procedimento administrativo deve ser concluído no prazo de até **cento e oitenta dias**, sob pena de considerar-se inválida a intervenção;
- 6) a intervenção não resulta obrigatoriamente na extinção da concessão; se não for o caso de extinção, cessada a intervenção, a administração do serviço será devolvida à concessionária.

Observe-se que a **intervenção**, por si só, **não é uma sanção**. Ela consiste em mero procedimento acautelatório, mediante o qual o poder concedente assume a gestão do serviço público, visando a assegurar a prestação de serviço adequado, sem quebra de continuidade, enquanto apura as irregularidades eventualmente havidas na sua prestação pela concessionária (ou permissionária), bem como as responsabilidades decorrentes. Por isso, a intervenção é decretada desde logo, sem contraditório e defesa **prévios**. Depois de decretada a intervenção, já durante o procedimento administrativo de apuração, é que, obviamente, são plenamente garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, é importante registrar que a **intervenção** nas concessões e permissões de serviço público de **energia elétrica** passou a ter **regramento próprio e específico** com a edição da Lei 12.767/2012, sendo expressamente **excluída** em tal hipótese, por essa mesma lei, a aplicação dos arts. 32 a 34 da Lei 8.987/1995.

c) poder de alteração unilateral das cláusulas de execução;

A Lei 8.987/1995 apenas menciona de forma indireta a possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão e permissão.

Na Lei 8.666/1993 há limites objetivos para a alteração quantitativa (referente ao valor do objeto do contrato) e condições para a alteração qualitativa (referente às características e especificações técnicas do objeto do contrato).

Na Lei 8.987/1995, há, tão somente, esta menção, no § 4.º do art. 9.º:

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

Resulta claro que deve ser observada a regra geral segundo a qual a modificação unilateral do contrato nunca diz respeito a suas cláusulas econômicas, mas somente a suas cláusulas de execução (também chamadas cláusulas regulamentares ou cláusulas de serviço). Mais do que isso, em qualquer caso, a alteração unilateral de um contrato administrativo, que tenha repercussão no equilíbrio econômico originalmente estabelecido (chamada equação financeira do contrato), obriga ao concomitante restabelecimento, pelo poder público, do equilíbrio econômico-financeiro desse contrato.

Quanto à aplicabilidade, ou não, às concessões e permissões de serviços públicos, dos limites à alteração unilateral quantitativa estabelecidos na Lei 8.666/1993, parece-nos que, sempre que isso for possível, eles deverão ser observados.

d) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente;

Só há referência a essa prerrogativa no art. 29, II, da Lei 8.987/1995:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

Como a Lei 8.987/1995 não traz **nenhuma** regra específica acerca da aplicação de sanções administrativas à concessionária ou permissionária, são

aplicáveis as sanções gerais, previstas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993: multa de mora; multa contratual por inexecução total ou parcial; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, admitida reabilitação depois de, no mínimo, dois anos, se atendidas as exigências legais.

e) poder de extinguir unilateralmente a concessão antes do término do prazo inicialmente estipulado;

O assunto "extinção da concessão" (arts. 35 a 39 da Lei 8.987/1995) merece atenção especial no estudo dos serviços públicos. São as seguintes as hipóteses de extinção da concessão enumeradas na lei: (a) advento do termo contratual; (b) encampação; (c) caducidade; (d) rescisão; (e) anulação; e (f) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Evidentemente, só configuram prerrogativas do poder concedente as hipóteses de extinção unilateral, a saber, a encampação, a decretação de caducidade e a anulação.

Estudaremos todas as formas de extinção da concessão (também aplicáveis às permissões de serviços públicos) no tópico seguinte.

5.7. Extinção da concessão (ou permissão)

Concessões e permissões de serviços públicos são formas de **descentralização por delegação** (ou por colaboração). Essa modalidade de descentralização – diferentemente do que ocorre com a descentralização por outorga legal (ou por serviços) – caracteriza-se pela **temporalidade**. Ademais, os contratos administrativos de concessão e de permissão de serviços públicos sempre devem ser firmados por **prazo determinado**.

Em suma, uma concessão ou permissão de serviços públicos está invariavelmente fadada à extinção, seja pelo término do prazo, seja antes disso, caso configurada alguma das situações legais que ensejem a antecipação.

Extinta a concessão (ou a permissão), passam à propriedade do poder concedente todos os **bens reversíveis**, direitos e privilégios transferidos à concessionária, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. A lei chama de **bens reversíveis** aqueles, expressamente descritos no contrato, que passarão automaticamente à propriedade do poder concedente com a extinção da concessão (ou da permissão) – qualquer que seja a modalidade de extinção.

Extinta a concessão (ou a permissão), haverá a **imediata assunção do serviço pelo poder concedente**, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

Examinamos, a seguir, as hipóteses de extinção listadas no art. 35 da Lei 8.987/1995. Embora a lei se refira sempre às concessões, as regras são igualmente aplicáveis às permissões, por força do parágrafo único do seu art. 40.

a) advento do termo contratual (art. 35, I);

Essa é a forma ordinária de extinção da concessão, também chamada, simplesmente, "reversão da concessão". Ocorre, como o nome indica, quando chega ao fim o prazo estabelecido no respectivo contrato.

Os bens reversíveis, especificados no contrato (art. 23, X), passam à propriedade do poder concedente (como ocorre em todas as hipóteses de extinção, e não só nessa).

A concessionária tem direito a indenização: os investimentos que houver realizado nos bens reversíveis e ainda não tenham sido inteiramente depreciados ou amortizados serão a ela indenizados pelas parcelas restantes (isto é, só será indenizada a parte não depreciada ou não amortizada). Essa disposição tem o objetivo de garantir que a concessionária permaneça realizando investimentos até o fim do contrato, com vistas a assegurar a continuidade e a atualidade do serviço concedido (art. 36).

Essa regra de indenização – serem indenizadas as parcelas não depreciadas ou não amortizadas dos investimentos efetuados nos bens reversíveis – é comum a **todas as hipóteses de extinção**. As diferenças mais importantes, como veremos, são que, na encampação, a indenização tem que ser prévia e, na caducidade, a administração desconta do valor a indenizar os prejuízos causados pela concessionária e as multas por ela devidas.

Nos casos de término da concessão por advento do termo contratual e por encampação, a Lei 8.987/1995 determina que o poder concedente, antecipando-se à extinção do contrato, proceda aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária (art. 35, § 4.º). Porém, na hipótese de advento do termo, **não há** exigência legal de que o pagamento da indenização seja prévio à extinção do contrato. Tal exigência só existe no caso da encampação.

b) encampação (art. 37);

É a retomada do serviço pelo poder concedente, antes do término do prazo da concessão, baseada em razões de **interesse público**, sem que haja

qualquer vício na concessão ou qualquer irregularidade na prestação do serviço pela concessionária.

A lei estabelece como condições para que possa haver a encampação: (a) **interesse público**; (b) **lei autorizativa** específica; (c) **pagamento prévio** da indenização.

Conforme antes explicado, a regra relativa ao valor a ser indenizado é sempre a mesma: serão indenizadas as parcelas não depreciadas ou não amortizadas dos investimentos efetuados nos bens reversíveis com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido. Note-se que a lei **não prevê**, em ponto algum, nem mesmo na hipótese de encampação, a possibilidade de **indenização por lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que a concessionária teria com a execução do contrato até o termo final).

c) **caducidade** (art. 38 e art. 27);

Caducidade é o vocábulo utilizado pela Lei 8.987/1995 para designar a extinção da concessão em razão de **inexecução total ou parcial do contrato** por parte da concessionária.

Há necessidade de comunicação à concessionária, **antes da instauração do processo administrativo**, dos descumprimentos contratuais que lhe são imputados, com a fixação de prazo para que ela corrija as falhas e transgressões apontadas.

Se não ocorrer a correção, o processo administrativo será instaurado e, caso comprovada a inadimplência, a caducidade será imposta por **decreto** do poder concedente.

Em todas as hipóteses descritas no § 1.º do art. 38, a decretação da caducidade é um **ato discricionário** – ao poder concedente é **facultado**, a seu critério, decretar a caducidade **ou** aplicar ao delegatário inadimplente as sanções previstas no contrato. Transcrevemos esse dispositivo (grifos nossos):

§ 1.º A caducidade da concessão **poderá** ser declarada pelo poder concedente quando:

I – o **serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente**, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II – a concessionária **descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais** ou regulamentares concernentes à concessão;

III – a concessionária **paralisar o serviço** ou concorrer para tanto, **ressalvadas** as hipóteses decorrentes de **caso fortuito** ou **força maior**;

IV – a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a **adequada prestação** do serviço concedido;

V – a concessionária **não cumprir as penalidades impostas por infrações**, nos devidos prazos;

VI – a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII – 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, na forma do art. 29 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Seja qual for a causa da decretação de caducidade, a concessionária tem direito a indenização. O cálculo do valor segue a regra invariável: corresponde ele às parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos realizados nos bens reversíveis com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido. A indenização **não é prévia** e devem ser descontados do montante de indenização calculado as multas contratuais e o valor dos danos causados pela concessionária.

Extinta a concessão pela 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.

d) **rescisão** (art. 39);

A rescisão da concessão decorre do descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente e é **sempre judicial**.

A Lei 8.987/1995 somente utiliza a palavra **rescisão** para designar especificamente a extinção por iniciativa da concessionária, fundada em descumprimento contratual por parte do poder concedente.

Os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a **decisão judicial transitada em julgado** que reconheça o inadimplemento do poder concedente e autorize a concessionária a considerar extinto o contrato pela rescisão (art. 39, parágrafo único).

e) **anulação** (art. 35, V);

A anulação é a extinção do contrato em decorrência de vício, isto é, por motivo de ilegalidade ou ilegitimidade. Pode ser declarada unilateralmente pelo poder concedente ou, se houver provocação, pelo Poder Judiciário. Acarreta a responsabilização de quem tiver dado causa à ilegalidade.

Não há nenhuma regra específica na Lei 8.987/1995 acerca da anulação dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Por isso, aplica-se, integralmente, o art. 59 da Lei 8.666/1993, a saber:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

f) **falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual** (art. 35, VI).

A Lei 8.987/1995 nada preceitua acerca dessa hipótese de extinção, cujo fundamento evidente é a natureza pessoal (*intuitu personae*) dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Segundo pensamos, a extinção ocorrerá de pleno direito, isto é, automaticamente, independentemente de qualquer ato decisório por parte da administração pública, ou de qualquer procedimento especial que precise ser expressamente estabelecido em lei – geral ou específica.

6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas (PPP) são modalidades específicas de **contratos de concessão**, instituídas e reguladas pela Lei 11.079/2004, que é uma lei de normas gerais, aplicável a todos os entes federados.

As PPP têm como objetivo atrair o setor privado, nacional e estrangeiro, para investimentos em projetos de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do País, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público.

A principal estratégia para atrair esses investimentos é, simplificada, assegurar ao “parceiro privado” (denominação que a lei utiliza para referir-se ao particular contratado) um retorno mínimo sobre o capital investido. Esse “retorno mínimo” é assegurado por uma “contraprestação” paga ao investidor privado pela administração (“parceiro público”).

Encampando as lições da doutrina administrativista dominante, a Lei 11.079/2004, no seu art. 4.º, III, explicita não serem passíveis de delegação, no âmbito das PPP, as funções de regulação, a atividade jurisdicional, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado.

Especificamente para a União, está prevista, no art. 14 da Lei 11.079/2004, a criação, por decreto, de um **órgão gestor de parcerias público-privadas federais**, com competência para definir os serviços prioritários para execução

no regime de parceria público-privada, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar a abertura da licitação, aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Esse órgão gestor deve remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de PPP (art. 14, § 5.º).

Ainda no âmbito federal, a Lei 11.079/2004 atribui competência aos ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP.

Voltando às regras aplicáveis a todos os entes federados, cabe registrar que as **concessões comuns** continuam regidas pela Lei 8.987/1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto na Lei 11.079/2004. Da mesma forma, continuam regidos exclusivamente pela Lei 8.666/1993, e pelas leis que lhe são correlatas, os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum ou PPP.

A Lei 11.079/2004 define duas espécies de PPP, a saber (art. 2.º):

- a) **concessão patrocinada**: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas descrita na Lei 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, **contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado**;
- b) **concessão administrativa**: é o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Não constitui PPP a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/1995, quando **não** envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2.º, § 3.º). Portanto, em ambas as modalidades de PPP deve haver uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (na “concessão administrativa” essa contraprestação pecuniária, decerto, será simplesmente o pagamento feito ao parceiro privado pela administração, relativo aos serviços a ela prestados).

As **concessões patrocinadas** em que **mais de setenta por cento** da remuneração do parceiro privado deva ser paga pela administração pública dependerão de **autorização legislativa específica** (art. 10, § 3.º).

É vedada a celebração de PPP (art. 2.º, § 4.º):

- a) cujo valor do contrato seja inferior a vinte milhões de reais;

- b) cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos (o período máximo é de trinta e cinco anos); ou
- c) que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão, no que couber, ao disposto no art. 23 da Lei 8.987/1995 – o qual enumera as cláusulas essenciais dos contratos de concessão comum – e devem também prever (art. 5.º):

- a) o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, **não inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos**, incluindo eventual prorrogação;
- b) as **penalidades** aplicáveis à **administração pública e ao parceiro privado** em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
- c) a **repartição de riscos** entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- d) as formas de **remuneração** e de **atualização** dos valores contratuais;
- e) os mecanismos para a preservação da **atualidade** da prestação dos serviços;
- f) os fatos que caracterizem a **inadimplência pecuniária do parceiro público**, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
- g) os critérios objetivos de **avaliação do desempenho** do parceiro privado;
- h) a prestação, pelo parceiro privado, de **garantias** de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, limitadas a **até dez por cento do valor do contrato**, observando-se que, no caso de contratos que envolvam a **entrega de bens** pela administração, dos quais o parceiro privado será depositário, ao valor da garantia deverá ser **acrescido o valor desses bens**; ainda, no caso de concessão patrocinada que envolva a execução de **obra pública**, as garantias exigidas para essa parte específica do contrato **são limitadas ao valor da obra**;
- i) o **compartilhamento** com a administração pública de **ganhos econômicos** efetivos do parceiro privado **decorrentes da redução do risco de crédito** dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;
- j) a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público **reter os pagamentos** ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas;
- k) caso o contrato preveja o **aporte de recursos** em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de **bens reversíveis**, deverá conter cláusula que estabeleça o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro

privado das parcelas desse aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.

As cláusulas contratuais de **atualização automática** de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas **sem necessidade de homologação pela administração pública**, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de **quinze dias** após apresentação da fatura, razões para a **rejeição da atualização**, fundamentadas na Lei 11.079/2004 ou no contrato (art. 5.º, § 1.º).

A **contraprestação da administração pública** nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por (art. 6.º):

- a) ordem bancária;
- b) cessão de créditos não tributários;
- c) outorga de direitos em face da administração pública;
- d) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- e) outros meios admitidos em lei.

Faculta a lei que o contrato preveja o pagamento ao parceiro privado de **remuneração variável** vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6.º, § 1.º).

Também poderá o contrato prever **aporte de recursos** em favor do parceiro privado para **realização de obras e aquisição de bens reversíveis** (os quais devem estar perfeitamente indicados e caracterizados no edital de licitação). Esse aporte de recursos deverá ser **autorizado em lei específica**, se o contrato tiver sido celebrado **até 8 de agosto de 2012**. Para contratos celebrados **depois** dessa data, é exigido apenas que o aporte de recursos seja **autorizado no edital de licitação** (art. 6.º, § 2.º).

É claro que, por ocasião da **extinção** do contrato, o parceiro privado **não receberá indenização** pelas parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizadas ou depreciadas, **quando tais investimentos tiverem sido realizados com valores provenientes do aporte de recursos** ora em comento (art. 6.º, § 5.º).

O *caput* do art. 7.º da Lei 11.079/2004 determina que a **contraprestação paga** pela administração pública seja **obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço** objeto do contrato de parceria público-privada.

Nem sempre, entretanto, o pagamento da referida contraprestação será condicionado à **integral** disponibilização do serviço pelo parceiro privado; é

possível haver pagamento de contraprestação pela disponibilização parcial do serviço, quando a parte disponibilizada puder ser fruída de forma independente.

Com efeito, conforme preceitua o § 1.º do art. 7.º, é **facultado** à administração, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a **parcela fruível** do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Por outras palavras, se o serviço objeto do contrato for divisível, e alguma (ou algumas) de suas parcelas puder ser desfrutada separadamente, poderá a administração pública, havendo previsão no contrato, pagar contraprestação pela disponibilização dessa parcela.

O **aporte de recursos** pelo parceiro público, para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, **quando for efetuado durante a fase dos investimentos** a cargo do parceiro privado, deverá guardar **proporcionalidade** com as **etapas efetivamente executadas** (art. 7.º, § 2.º).

As obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública em contrato de parceria público-privada poderão ser **garantidas** mediante (art. 8.º; grifos nossos):

- a) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal (o dispositivo constitucional mencionado veda a vinculação de receitas de **impostos** a fundo, órgão ou despesa, ressalvadas unicamente as hipóteses previstas na própria Constituição);
- b) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- c) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que **não sejam controladas pelo poder público**;
- d) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que **não sejam controladas pelo poder público**;
- e) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- f) outros mecanismos admitidos em lei.

Não é obrigatória a previsão de garantias da contraprestação do **parceiro público** a serem concedidas ao parceiro privado, mas, se houver, elas deverão estar especificadas no edital da licitação (art. 11, parágrafo único).

Antes da celebração do contrato, o licitante vencedor deverá, **obrigatoriamente**, providenciar a constituição de uma **sociedade de propósito específico**, que terá a incumbência de **implantar e gerir o objeto da parceria** (art. 9.º).

6.1. Licitação prévia à contratação de parcerias público-privadas

A contratação de parcerias público-privadas será sempre precedida de licitação na **modalidade concorrência**.

A minuta do edital e do contrato deve ser submetida à **consulta pública**, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de **trinta dias** para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos **sete dias** antes da data prevista para a publicação do edital.

O edital de licitação conterá **minuta do futuro contrato**, podendo prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307/1996 – **Lei da Arbitragem** –, para dirimir conflitos decorrentes do contrato, ou a ele relacionados (art. 11, III).

É facultado que o edital estabeleça a exigência de **garantia de proposta**, a ser **prestada pelos licitantes**, até o limite de **um por cento** do valor estimado do objeto da contratação. Ademais, deverão estar nele especificadas, quando houver, as **garantias da contraprestação** do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

O **julgamento** da licitação poderá adotar como **critérios** (art. 12, II):

- a) menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- b) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- c) menor valor da contraprestação a ser paga pela administração pública;
- d) melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela administração pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Seja qual for o critério adotado, o julgamento **poderá** ser precedido de etapa de **qualificação de propostas técnicas**, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes.

Embora, como acima visto, a licitação seja **sempre na modalidade concorrência**, a Lei 11.079/2004 traz algumas inovações ao procedimento licitatório, possibilitando que o edital inclua regras similares às aplicáveis ao pregão.

Assim, no que toca às propostas econômicas, é **facultado** que o edital, alternativamente à tradicional sistemática, em que são oferecidas apenas propostas escritas em envelopes lacrados, preveja a apresentação de propostas escritas seguidas de **lances em viva voz**.

Os lances em viva voz serão sempre feitos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, ou seja, o licitante cuja proposta escrita obteve a pior classificação será o primeiro a apresentar lances verbais.

O edital não pode limitar a quantidade de lances em viva voz. Pode, entretanto, restringir o número de licitantes aptos a oferecê-los, considerando capacitados a tanto somente os licitantes cuja proposta escrita tenha sido no máximo **vinete por cento** maior que o valor da melhor proposta (art. 12, § 1.º).

O art. 13 da Lei 11.079/2004 **autoriza** que o edital estabeleça a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**, nestes termos:

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2.º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

É importante ressaltar que a Lei 11.079/2004 expressamente estatui que, na ausência de regra específica nela contida, “o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos” (art. 12).

Por fim, é interessante registrar que, nas parcerias público-privadas e nas concessões e permissões de serviços públicos ou de uso de bens públicos, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo **podem participar**, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução das obras ou serviços – diferentemente do que ocorre nas licitações reguladas somente pela Lei 8.666/1993, em que essa participação é vedada (Lei 8.666/1993, art. 9.º; Lei 9.074/1995, art. 31; Lei 11.079/2004, art. 3.º).

7. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O art. 175 da Constituição de 1988 **somente** se refere à prestação indireta de serviços públicos mediante **concessão e permissão**, ambas **contratos administrativos**, **sempre** exigida licitação prévia. Não há qualquer menção à **autorização** como modalidade de prestação indireta de serviços públicos

no art. 175 da Carta da República. Tampouco foi a autorização de serviço público disciplinada na Lei 8.987/1995.

Há que se observar, todavia, que o texto constitucional, nos incisos XI e XII do art. 21, explicitamente alude à possibilidade de exploração indireta, mediante **autorização** a particulares, de determinadas atividades de **titularidade exclusiva da União**. Aliás, no caso específico dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (emissoras de rádio e de televisão) – arrolados na alínea “a” do citado inciso XII –, a Carta Política reitera, no art. 223, que a **delegação** pode ser outorgada mediante **autorização**.

O ato administrativo de **autorização** constitucionalmente previsto nas hipóteses referidas no parágrafo precedente **não tem a mesma natureza** da autorização que a administração pública defere, no exercício do **poder de polícia**, como condição para a prática de **atividades privadas**. É importante enfatizar esse ponto.

Com efeito, o **ato de polícia administrativa** denominado **autorização** tem por objeto o exercício de atividade regida pelo direito privado, franqueada à **livre-iniciativa** – desde que atendidas as condições gerais a todos impostas –, podendo ser uma atividade de interesse predominante do particular, ou uma atividade de interesse social, mas **não uma atividade de titularidade exclusiva do poder público**.

Assim sendo, a autorização enquadrada como ato de polícia **não é instrumento de delegação**, porque não diz respeito a uma atividade de titularidade exclusiva do poder público. Configura, essa autorização, um ato administrativo de controle prévio que condiciona o exercício, pelo particular, de uma **atividade privada**, regida pelo direito privado.

Diferentemente, a autorização enquadrada como forma de prestação indireta de serviço público, isto é, como **modalidade de delegação**, obrigatoriamente deve ter por objeto uma atividade de **titularidade exclusiva do poder público**, consoante ilustram as hipóteses, precedentemente mencionadas, previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal.

A doutrina administrativista preleciona que, em regra, a delegação de serviço público mediante autorização é adequada:

- a) aos casos em que o serviço seja oferecido a um grupo restrito de usuários – em vez de ser disponibilizado amplamente a toda a população –, e o beneficiário exclusivo ou principal da respectiva prestação seja o próprio particular autorizado;
- b) a situações de emergência e a situações transitórias ou especiais.

Não há licitação para a outorga de autorização de serviço público. Os serviços públicos autorizados estão sujeitos a modificação ou revogação discricionária do ato de delegação – denominado **termo de autorização** –

pela administração pública delegante, dada a sua precariedade característica. Ordinariamente, a autorização é outorgada **sem prazo determinado**. Também é regra geral que **não** haja direito de **indenização** para o particular cuja autorização seja revogada. Entretanto, especialmente nos casos de autorização outorgada por **prazo certo**, pode a sua revogação ensejar direito de indenização ao particular pelos prejuízos comprovadamente decorrentes da revogação (danos emergentes).

Um exemplo de situação que podemos enquadrar como de serviço prestado a um grupo restrito de usuários, em benefício exclusivo ou principal do próprio particular autorizado, temos no art. 7.º da Lei 9.074/1995, abaixo transcrito (grifo nosso):

Art. 7.º São objeto de autorização:

I – a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a **uso exclusivo do autoprodutor**;

II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 10.000 kW (dez mil quilowatts), destinados a **uso exclusivo do autoprodutor**.

Em que pese o exemplo acima, imperioso é reconhecer que a autorização de serviço público é frequentemente empregada em situações que desbordam daquelas advogadas pela doutrina como adequadas a tal modalidade de prestação indireta. Segundo pensamos, não é possível estipular uma rígida regra teórica, apta a determinar aprioristicamente todas as situações em que o uso da autorização de **serviço público** possa ser considerado legítimo. Pode-se afirmar, em traços amplos, que é cabível o emprego da autorização para a delegação de serviços públicos cuja prestação não exija elevado grau de especialização técnica, nem vultosos investimentos por parte do delegatário. Além disso, entendemos necessária a existência de **lei que expressamente preveja a possibilidade de delegação do serviço mediante autorização** e estabeleça os termos e condições que deverão ser observados pelo poder público delegante e pelo particular delegatário. Mesmo o legislador somente deveria facultar a utilização da autorização como forma de delegação quando estiverem presentes elementos que justifiquem a opção por essa modalidade de prestação indireta, isto é, quando as características do serviço a ser delegado possibilitem harmonizar com o interesse público o emprego de um instrumento de delegação **discricionário**, de **natureza precária** e, sobretudo, **não sujeito à exigência de licitação**.

Qualquer outorga de autorização que não atenda às condições enunciadas no parágrafo precedente será contrária ao interesse público e aos princípios

norteadores da atividade administrativa, configurando ainda verdadeira burla à inflexível exigência constitucional de licitação para a prestação indireta de serviços públicos mediante concessão ou permissão.

Por fim, sintetizando o que foi expandido neste tópico, julgamos ser possível definir **autorização de serviço público** como o ato administrativo **discricionário** mediante o qual é **delegada** a um particular, em caráter **precário**, a prestação de **serviço público** que não exija elevado grau de especialização técnica, nem vultoso aporte de capital. É modalidade de **delegação** para cuja outorga **não se exige licitação**, e sua utilização é adequada, regra geral, em casos de emergência ou em situações transitórias ou especiais, ou, ainda, quando o serviço seja prestado a usuários restritos, em benefício exclusivo ou principal do próprio particular autorizado.