

CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO: *REGIME JURÍDICO ÚNICO?*

Estevam Palazzi Sartal

*Mestrando em direito administrativo pela PUC-SP;
Membro do grupo de pesquisa “Regulação Administrativa”, coordenado pelo prof. Jacintho de Arruda Câmara;
Colaborador da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP;
Advogado.*

I – APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição da República admitiu a delegação da prestação de *serviços* públicos e a exploração de *bens públicos*¹ não apenas por meio *concessão*, mas também por *permissão e autorização*, conforme veremos com mais detalhes nos tópicos abaixo.

Diante desse cenário, seria *possível suscitar um regime jurídico geral dos institutos da concessão, da permissão e da autorização*? Referidos institutos *sempre terão as mesmas características no ordenamento jurídico brasileiro*?

Para enfrentar essas questões, analisaremos o regime jurídico desses institutos sob a ótica da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, que introduz normas gerais, e disciplina cada setor regulado².

II – ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS INSTITUTOS DA CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO

¹ Sobre o tema do serviço público na Constituição da República, destaca-se a obra da professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti: *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001.

² Este artigo não se propõe à *revisão bibliográfica*. Nosso objetivo é construir o raciocínio com base no direito positivo, na Constituição da República, na legislação infraconstitucional e em regulamentos. Apenas recorreremos à doutrina de forma subsidiária, ou seja, nas situações em que o diálogo com determinados posicionamentos pode enriquecer nossa pesquisa; e nos casos em que optamos por sugerir, ao leitor, fonte para aprofundamento de determinado assunto.

Como o constituinte abordou os institutos da concessão, da permissão e da autorização em diversas passagens do texto constitucional, é indispensável nos debruçarmos sobre a Constituição da República para mapear eventuais diretrizes do regime jurídico aplicável a esses institutos.

II.1 – Análise Constitucional do termo “Concessão”

O termo *concessão* está longe de ter um sentido único na Constituição da República³. O constituinte empregou referido termo em *acepção técnica*, em que faz referência à transferência, à iniciativa privada, da exploração de bens⁴ ou da prestação de serviços públicos, e em *acepção comum*, como é o caso da *concessão* de asilo político⁵ (artigo 4º, inciso X, CR).

No que diz respeito ao emprego técnico do termo “concessão”, o constituinte fez menção tanto nos dispositivos que tipificam os serviços e bens, cuja prestação e exploração são passíveis de delegação à iniciativa privada⁶, como no artigo 175, que estabelece *diretrizes gerais* do regime jurídico aplicável às concessões e às permissões de serviços públicos, abaixo transcrito:

“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.” (grifo nosso)

³ Sobre as diversas concepções do termo “concessão”, vide: MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴ Art. 21, incisos “XII”, alínea “a”; “b”; “f”; Art. 183; Art. 189; Art. 223.

⁵ No mesmo sentido, vale trazer à baila os seguintes dispositivos constitucionais: art. 37, inciso XIV; art. 40, § 2º, 3º, 4º e 7º; Art. 48, inciso VIII; Art. 52, inciso VIII; Art. 105, inciso “I”, alínea “i” e §6º; Art. 151, inciso “I”; Art. 163, inciso “III”; Art. 167, incisos “VII”, “X”; Art. 169, § 1º; Art. 174, § 4º; Art. 195, § 11; 201, § 1º; Art. 18 ADCT; Art. 47, § 6º, ADCT; Art. 53, parágrafo único, ADCT; Art. 54, parágrafo único, ADCT; Art. 57, § 4º, ADCT; Art. 58, ADCT; Art. 88, inciso “II”, ADCT;

⁶ Além do artigo 175, outros dispositivos constitucionais versam sobre concessão de serviço público, quais sejam: Art. 21, incisos “XI” (apenas com a ressalva de que, quando se trata de telefonia móvel, estamos diante de uma concessão de bem público); “XII”, alíneas “c”; “d”; “e”; Art. 25, § 2º; 30, inciso “V”.

Diferentemente da concessão de serviço público, não há qualquer diretriz para a observância de um regime geral de concessão de bens públicos. É possível notar que o constituinte se preocupou em traçar diretrizes setoriais, como é o caso da concessão para exploração de lavras⁷ e de radiodifusão⁸.

A partir dessa análise, identifica-se que a concessão de serviço público possui diretrizes distintas da concessão de bem público, que, neste caso, inclusive, estão circunscritas a setores regulados específicos.

II.2 – Análise constitucional do termo “Permissão”

Diferentemente das concessões, *o constituinte não chegou a empregar o termo “permissão” em acepção comum, apenas o fez em sentido técnico*. Sendo assim, o constituinte visou tipificar bens e serviços públicos⁹ cuja exploração é passível de ser delegada à iniciativa privada, além de disciplinar diretrizes do regime de permissão de serviço público – omitindo-se sobre diretrizes referentes ao regime de permissão de uso de bens públicos.

No que diz respeito ao regime jurídico concernente à permissão de serviço público, vale pontuar que essa disciplina, também, decorre do artigo 175 da Constituição da República, que, inclusive, não estabeleceu diferenças entre os institutos da concessão e da permissão.

A discussão acerca dos efeitos da natureza jurídica da permissão, no entanto, estará mais presente na legislação infraconstitucional, no âmbito da autonomia do legislador para concretizar esse regime, conforme veremos no tópico seguinte.

⁷ O artigo 176, § 1º da Constituição da República disciplina que a pesquisa e a lavra sejam concedidas ou autorizadas, nos termos de lei específica (Decreto-Lei no 227/67 – Código de Mineração).

⁸ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

⁹ Os dispositivos que tipificam bens e serviços, cuja exploração pode ser delegada à iniciativa privada mediante permissão, na ampla maioria dos casos, são os mesmos que versam sobre a concessão de bens e serviços, com exceção do artigo 21, inciso XXIII, alíneas “b” e “c”; artigo 177, inciso “V”.

II.3 – Análise constitucional do termo “Autorização”

No caso de autorização, com exceção dos artigos 21, incisos “XI”, “XIII” e “XXIII”; 176; 177; 223; 43 e 44 ADCT que disciplinam a prestação de serviços públicos e a exploração de bens públicos por particulares, o constituinte empregou esse termo com ênfase na *disciplina do poder de polícia*¹⁰.

Neste caso, o constituinte economizou na disciplina de diretrizes gerais ou setoriais do regime para prestação de serviços públicos e para exploração de bens públicos. Sendo assim, a discussão concernente às características do regime jurídico da autorização fica concentrada ao âmbito da legislação infraconstitucional.

II.4 – Conclusões do tópico

A partir da análise da Constituição da República, é possível notar que não foi positivado qualquer conceito de concessão, permissão e de autorização no texto constitucional, além de o constituinte ter empregado o termo “concessão” em diversos sentidos.

Em relação à concessão e à permissão de serviço público, observa-se que o constituinte disciplinou diretrizes gerais do regime jurídico aplicável a esses institutos no mesmo dispositivo constitucional, artigo 175, conferindo, portanto, autonomia limitada ao legislador infraconstitucional para disciplinar essas diferenças.

No caso das concessões de bem público, destaca-se que o constituinte optou por traçar diretrizes aplicáveis apenas a determinados setores. Já em relação às permissões de uso de bem público, não foram identificadas quaisquer diretrizes gerais ou setoriais.

No mesmo sentido das permissões de uso de bem público, o constituinte optou por não traçar diretrizes gerais ou setoriais no caso de autorizações para prestação de serviços públicos e para uso de bem público, conferindo, assim, uma significativa autonomia ao legislador ordinário.

¹⁰ Adotamos a acepção mais ampla possível do conceito de *poder de polícia*, em que referido poder não é exercido apenas pela função administrativa, mas também pelas outras funções públicas.

III – ANÁLISE INFRACONSTITUCIONAL DOS INSTITUTOS DA CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO

Neste tópico, pretendemos mapear alguns dispositivos infraconstitucionais que versam sobre concessão, permissão e autorização, analisando-os de maneira sistemática com as diretrizes constitucionais expostas anteriormente.

Como o regime geral das concessões para prestação de serviço público foi disciplinado pela Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões e pela Lei nº 11.079/04 – Lei de PPP, focaremos nossa análise neste diploma legal e na legislação setorial, incluindo regulamentos e resoluções¹¹.

III.1 - Análise infraconstitucional do termo “Concessão”

A Lei nº 8.987/95 disciplinou um regime geral de concessões de serviço público e positivou os conceitos de *concessão de serviço público* e *concessão de serviço público precedida de obra pública* em seu artigo 2º, confira-se:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II - 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; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”; (grifo nosso)

Além da Lei nº 8.987/95, foram positivadas duas outras modalidades de concessão na Lei nº 11.079/04 – Lei das PPPs, confira-se:

*“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*

¹¹ O recorte de análise, neste caso, está circunscrito à legislação editada pela União. Em situações específicas, no entanto, traçaremos comparações com legislação estadual.

§ 2o 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.” (grifo nosso)

As próprias normas gerais, decorrentes das Leis nº 8.987/95 e 11.079/04, não preveem um regime jurídico único para as concessões. No entanto, as diferenças de regime não se restringem às referidas normas: em muitos setores regulados, a legislação derroga parcialmente o regime geral. Para demonstrar essa assertiva, analisaremos a legislação setorial em comparação com as normas gerais com enfoque nos seguintes aspectos: (i) remuneração e equilíbrio econômico-financeiro; (ii) forma e consequências do encerramento do contrato de concessão.

A Lei nº 8.987/9 determina que a remuneração dos concessionários decorra de cobrança de *tarifas*¹², ou por meio de *receitas acessórias, alternativas* ou de *projetos associados*¹³. No caso da remuneração inerente à concessão patrocinada e administrativa, o Poder Público arcará com *contraprestação pecuniária* complementar à tarifa no caso da concessão patrocinada; e de forma integral, no caso da concessão administrativa.

Tanto no regime tarifário como na contraprestação pecuniária compete ao Poder Público *fixar* o valor a ser cobrado dos usuários, ou o valor a ser recebido por meio de contraprestação, o que evidencia um significativo controle por parte do poder concedente. Destaca-se abaixo o exemplo da Lei nº 10.233/04, em que foi positivada a competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT de realizar estudos para definição das tarifas dos serviços públicos de sua competência:

“Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: [...] II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;”

Como a remuneração no âmbito da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 11.079/04 é definida pelo poder concedente, o concessionário não tem autonomia nessa seara.

¹² “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.”

¹³ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

Diante desse cenário, e, do fato de o poder público poder alterar unilateralmente os contratos administrativos, os concessionários têm direito à manutenção do *equilíbrio econômico-financeiro*, nos termos do artigo, nos termos dos artigos 10 e seguintes da Lei n. 8.987/95¹⁴.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão está longe de ser matéria simples. Diferente dos contratos de obra pública, que, não raras vezes, fixam obrigações de meio¹⁵, as concessões caracterizam-se pela *busca de fins*, no caso, a manutenção da prestação de *serviço adequado*¹⁶, de acordo com parâmetros de qualidade estipulados em lei e no contrato. Sendo assim, muitas vezes, pairam dúvidas se determinada obrigação era ou não exigida para alcançar a finalidade da concessão.

Conquanto a Lei n.º 8.987/95 tenha, expressamente, previsto hipóteses de reequilíbrio (*alteração unilateral*¹⁷ e *fato do príncipe*¹⁸), além de haver previsão para aplicação subsidiária da Lei n.º 8.666/93¹⁹, que versa sobre essa matéria em seu artigo 65, a dificuldade que se enfrenta em matéria de reequilíbrio econômico-financeiro

¹⁴ A despeito de haver fundamento jurídico específico do equilíbrio econômico-financeiro na Lei n.º 8.987/95, vale recordar que o principal fundamento jurídico dessa matéria decorre do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República, nestes termos: “Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁵ Com exceção da empreitada integral e da contratação integrada, os demais regimes de execução contratual focam em obrigações de meio, porque não se pretende, com estes regimes, que a obra esteja operando na conclusão do contrato.

¹⁶ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

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

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

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

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

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

¹⁷ “Art. 9º [...] § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

¹⁸ “Art. 9º [...] § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

¹⁹ “Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.” (Lei n. 8.666/93)

decorre da interpretação que se faz da expressão “**por sua conta e risco**”, positivada no artigo 2º, incisos II, III e IV da Lei n 8.987/95²⁰, o que implica na identificação dos riscos assumidos pelo concessionário.

Alguns autores, como é o caso do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, buscam respaldo na *teoria das áleas ordinária e extraordinária para responder este questionamento*, no sentido de que o concessionário apenas assumiria os *riscos ordinários*. Em muitas situações, no entanto, referidas teorias tampouco afastam as dificuldades enfrentadas na execução desses contratos²¹.

Sobre este tema, a Lei nº 11.079/04 propôs uma solução diferente: determinou que os contratos de parceria público-privada-PPP passassem a prever *repartição objetiva de riscos*²², o que ensejou a incorporação de *matrizes de risco*²³ nesses contratos, sendo que tal prática também passou a ser adotada nos contratos de concessão

²⁰ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

II - 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;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, *por sua conta e risco*, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

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

²¹ “Aqui, o ponto problemático da teoria das áleas ordinária e extraordinária encontra-se numa definição muito vaga do risco efetivamente suportado pelo concessionário, em cotejo com uma definição muito larga dos riscos suportados pelo concedente. Sem definições mais precisas, o conflito tende a não ser resolvido ou a sê-lo em desfavor do erário e do usuário que acabarão de uma forma ou de outra conservando a missão de manter sob o seu custeio o serviço público em funcionamento.” PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 118.

²² “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;”

²³ Sobre a gestão de risco nos contratos de parcerias público-privadas, vide o exemplo da matriz de risco do recente contrato de parceria público-privada na modalidade patrocinada celebrado pelo Estado de São Paulo, por meio do qual foi delegada, à iniciativa privada, a exploração da rodovia Tamoios. Referido contrato está disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/rodovias-ppp-nova-tamoios-edital-contrato-anexo.html>. Acesso em 20 de maio de 2016.

comum²⁴ e até nas permissões²⁵, nestes casos, como forma de preencher o conceito da vaga expressão “por sua conta e risco”.

É verdade que o controle tarifário e o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro vigem na ampla maioria dos setores regulados²⁶, mas há exceções, como é o caso do setor de transporte aéreo de passageiros, em que, apesar de se tratar de concessão, vige, atualmente, *o regime de liberdade de preços*, por força do artigo 49 da Lei nº 11.182/05²⁷, o que proporciona uma significativa autonomia aos concessionários – que não é vislumbrada em setores em que há o regime tarifário ou de contraprestação pecuniária.

Em decorrência de não haver regime tarifário ou de contraprestação pecuniária, também fica afastado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

²⁴ Até como forma de preenchimento da expressão “por sua conta e risco”, muitos contratos de concessão comum, em que não há obrigatoriedade de elaboração de matrizes de risco, também passaram a prever matrizes de risco. Destaca-se nesse sentido o exemplo maduro do setor rodoviário federal, que já enfrentou três etapas, com diferentes matrizes. Para mais informações, vide os contratos de concessão, disponíveis em : http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html - acesso em 18 de maio de 2016.

Observa-se, ainda, que no setor de infraestrutura aeroportuária, cuja participação da iniciativa privada é mais recente, também foi incorporada a matriz de risco na modelagem das concessões comuns dos aeroportos. Para mais informações, vide o exemplo do contrato de concessão do aeroporto de Viracopos: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/campinas/documentos-relacionados/contrato-de-concessao/contrato-vcp/view> - acesso em 18 de maio de 2016.

²⁵ Sobre este assunto, destaca-se a minuta de contrato de permissão dos Serviços Regulares de Transporte Rodoviário Interestadual Semiurbano de Passageiros que atendem a região do Distrito Federal e municípios do seu entorno. Referida minuta foi submetida à audiência pública entre 07/07/2015 e 14/08/2015, sendo que este documento está disponível no site da ANTT, confira-se: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/40209.html>. Acesso em 18 de maio de 2016.

²⁶ Nos setores de fornecimento de água e de coleta de esgoto há forte regulação tarifária. Nesse sentido, destaca-se dispositivo da lei de criação da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP: “*Artigo 11 - Quanto aos serviços públicos de saneamento básico de titularidade municipal, a ARSESP exercerá as funções de fiscalização, controle e regulação, incluída a tarifária, delegadas ao Estado, inclusive por contratos anteriores à vigência da Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, observado o disposto nesta lei complementar e em sua regulamentação, nas diretrizes da legislação nacional e na legislação estadual para o saneamento básico, no instrumento de delegação e nos contratos de outorga celebrados entre o titular e o prestador dos serviços.*” (Lei complementar nº 1025/07).

²⁷ “Art. 49 . Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

§ 2º (VETADO)

§ 3º A ANAC estabelecerá os mecanismos para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas.” (Lei nº 11182/05). Conquanto a liberalização das tarifas apenas tenha ocorrido com o advento da lei de criação da ANAC, vale pontuar que, anteriormente, o setor experimentou uma flexibilização gradual do controle tarifário. Sobre este tema, vide: SCHWIND, Rafael Wallbach. A flexibilidade tarifária e o caso da aviação civil. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 25, março de 2009. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=25&artigo=879&l=pt>. Acesso em: 17 de maio de 2016.

Entendimento em sentido contrário restringiria a finalidade desse instrumento que visa equilibrar a relação contratual.

Enfrentados os temas referentes à remuneração e ao equilíbrio econômico-financeiro, passemos à análise de aspectos concernentes ao *encerramento desses contratos*.

A Lei nº 8.987/95, em seu artigo 35 arrolou as hipóteses de extinção das concessões. Como é típico do regime de direito público, ao poder concedente foi atribuída a possibilidade de extinção da concessão por razões de *interesse público*²⁸, que corresponde, no caso, à *encampação*, prevista no artigo 35, inciso “I”. No entanto, para isso, o Poder Concedente deve, além de observar os requisitos formais, indenizar, previamente, o concessionário pelos investimentos não amortizados, conforme consta do artigo 35, parágrafo 4º.

Até no caso de declaração de caducidade, que diz respeito ao descumprimento contratual por parte do concessionário, o Poder Concedente fica obrigado a pagar indenização pelos investimentos não amortizados em relação aos bens e serviços afetos à concessão.

No caso das concessões de serviços aéreos públicos não foi prevista a hipótese de encampação ou de *declaração de caducidade*²⁹.

No caso deste setor, na Lei nº 7.565/86, especificamente no artigo 183³⁰, foi positivada a delegação de competência, ao Poder Executivo, para regulamentar as concessões e autorizações de transporte aéreo de passageiros. Nesse sentido, com a criação da ANAC, esta entidade editou a Resolução nº 377/2016, por meio da qual restringiu as hipóteses de extinção das concessões para exploração dos serviços aéreos públicos, não incluindo, no entanto, as hipóteses de caducidade e de encampação, nem fazendo qualquer menção à reversibilidade de bens, confira-se:

“Art. 18. A concessão ou autorização para a exploração dos serviços aéreos públicos pode ser extinta nas seguintes situações: I - solicitação da sociedade empresária; II - condições operacionais inaceitáveis do ponto de

²⁸ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

²⁹ Especificamente em relação à caducidade, nos parece que o legislador ordinário não teria autonomia para omitir essa possibilidade. Isso porque, o artigo 175, parágrafo único, inciso “I” expressamente determinou que a lei versasse sobre a declaração de caducidade. Sendo assim, sugerimos a aplicação do artigo 35, inciso “III” da Lei nº 8.987/95, para que a lei não seja declarada inconstitucional.

³⁰ “Art. 183. As concessões ou autorizações serão regulamentadas pelo Poder Executivo e somente poderão ser cedidas ou transferidas mediante anuência da autoridade competente.”

vista de risco à segurança operacional; III - descumprimento reiterado da legislação e normas infralegais em vigor, bem como das condições definidas na autorização operacional ou no contrato de concessão; IV - falência decretada em juízo; V - liquidação judicial ou extrajudicial; ou VI - caso a empresa tenha o seu Certificado de Operador Aéreo revogado ou cassado, se aplicável.”

Ora, diante desse cenário, a concessão de transporte aéreo de passageiros ainda pode ser considerada como concessão?

No nosso ponto de vista, sim. A Constituição de República determinou que o transporte aéreo fosse delegado por meio de autorização, permissão ou concessão. No entanto, como a legislação setorial previu um regime específico para a prestação desse serviço, derogando o regime da Lei nº 8.987/95, nossa conclusão é de que se trata de concessão, mas com regime jurídico distinto da Lei de Concessões.

A despeito de, no nosso ponto de vista a “concessão” de serviços de transporte aéreo de passageiros ainda ser considerada como concessão, fazemos a ressalva de que o legislador infraconstitucional deveria ter observado as diretrizes constantes do artigo 175 da Constituição da República no sentido de disciplinar o procedimento de caducidade da concessão. Neste caso, no entanto, não há que se sustentar a não recepção da referida lei, haja vista que é plenamente possível a aplicação subsidiária do artigo 35 da Lei nº 8.987/95, que tem natureza de norma geral.

Uma vez analisado o exemplo do setor de transporte aéreo de passageiros, em que o legislador optou por imprimir um regime especial que derogou parcialmente o regime jurídico geral tipificado na Lei nº 8.987/95, infere-se a plena possibilidade da modelagem de regimes especiais para concessões de uso de bem público, de acordo com cada setor regulado, até porque, neste caso, as diretrizes constitucionais são circunscritas aos setores regulados, e não há qualquer regime geral positivado em lei, o que proporciona uma maior autonomia ao legislador.

III.2 - Análise infraconstitucional do termo “Permissão”

Como exposto acima, o poder constituinte fixou diretrizes para o legislador ordinário no parágrafo único do artigo 175, acerca do tema das permissões e das concessões, destacando-se a determinação de que as *permissões* passassem a ter

*natureza contratual*³¹; que fossem estipulados direitos dos usuários; que fosse elaborada a política tarifária; e, por fim, que se cumprisse a obrigação de manutenção do serviço adequado. Passemos à análise da legislação infraconstitucional para enfrentar um dos primeiros pontos polêmicos sobre a matéria: a *natureza jurídica da permissão*.

A partir da leitura dos primeiros artigos da Lei nº 8.987/95, especificamente do artigo 2º, incisos “II”³² e “III”³³, é possível notar que o legislador, ao conceituar o instituto da permissão, definiu este instituto como sendo *precário*³⁴, em que pese no artigo 40³⁵ da mesma lei ter sido fixada diretriz de que as permissões devem ser formalizadas por meio de *contrato de adesão*. Sobre este tema, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro foi enfática na sua crítica:

*“Importa, pois, distinguir concessão de permissão, podendo-se adiantar que esta última, tradicionalmente, não tem natureza contratual, causando perplexidade a referência, como contrato, que a ela fez o dispositivo constitucional.”*³⁶ (grifo nosso)

A despeito do artigo 40, referida professora defende que a permissão de serviço público deve ter *natureza precária*, no sentido de que ela poderia ser

³¹ A professora Maria Sylvia não esconde sua crítica ao poder constituinte, sobre este tema, confira-se: “Importa, pois, distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta última, tradicionalmente, não tem natureza contratual, causando perplexidade a referência, como contrato, que a ela fez o dispositivo constitucional” *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 130.

³² “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II - 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;”

³³ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

³⁴ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

³⁵ “Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”

³⁶ *Parcerias na administração pública*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 130.

“revogável” a qualquer tempo, não havendo que se falar em prazo determinado, em razão de não se tratar de contrato.

Em nosso ponto de vista, o legislador, na Lei nº 8.987/95, disse muito pouco sobre o instituto e o regime jurídico da permissão de serviço público³⁷, o que impede, inclusive, de se formular um conceito geral de permissão, razão pela qual exploraremos a legislação setorial para corroborar a interpretação de algumas espécies de permissão. Analisemos, nesse sentido, o exemplo de permissão de transporte interestadual e internacional de passageiros – para verificar como o legislador considerou os ditames da Lei nº 8.987/95 - e um exemplo de permissão no setor elétrico – para ilustrar um regime setorial de permissão de uso de bem público.

A União disciplinou a prestação do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros por meio do Decreto nº 2.521/98, em que especificou a possibilidade de delegação desse serviço por meio de permissão, e, em casos específicos, por meio de *autorização*.

No artigo 7º³⁸ do referido decreto, consta que a permissão do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros tem *natureza contratual*, em que, inclusive, deverá constar uma cláusula que especifique seu *prazo de duração* (art. 20, inciso “I”³⁹).

A exigência da fixação de prazo está em consonância com o artigo 57, § 3º da Lei nº 8.666/93⁴⁰, que veda a celebração de contrato por prazo indeterminado. No entanto, no conceito de permissão positivado no artigo Art. 3º XVIII, do referido decreto, ainda consta a menção à suposta precariedade da permissão⁴¹.

³⁷ Em alguns dispositivos da Lei nº 8.987/95, inclusive, foi feita menção à aplicação de legislação esparsa ou dos próprios contratos para modelagem do instituto da permissão e do seu respectivo regime jurídico. É o caso dos artigos 1º e 6º.

³⁸ “Art. 7º As delegações de que trata o inciso I do artigo anterior [permissão para os serviços de transporte internacional e interestadual de passageiros não terão caráter de exclusividade e serão formalizadas mediante contrato de adesão, que observará o disposto nas leis, neste Decreto, nas normas regulamentares pertinentes e, quando for o caso, nos tratados, convenções e acordos internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil.”

³⁹ “Art. 20. São cláusulas essenciais dos contratos de adesão, as relativas: I - à forma inicial de atendimento das ligações, *ao prazo da permissão*, inclusive a data de início da prestação do serviço;” (grifo nosso).

⁴⁰ “Art. 57 [...] § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.”

⁴¹ “Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se: [...] XVIII - permissão: a delegação, *a título precário*, mediante licitação, da prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, feita pela União à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, *por prazo determinado*;” (grifo nosso)

Assim como os termos “concessão”, “permissão” e “autorização”, o sentido e o alcance da precariedade também deve ser interpretada de acordo com o contexto legislativo em que este termo está inserido.

No caso da permissão de transporte de passageiros, é vedada indenização no momento de extinção da permissão, além de não haver reversão de bens. Confira-se cláusula de minuta de contrato de permissão submetida à consulta pública pela ANTT:

“29.4A Permissionária não fará jus a qualquer indenização em decorrência do advento do termo contratual⁴².”

A única possibilidade de se interpretar a precariedade no caso em apreço é no sentido de que a administração pública estaria liberada de indenizar a Concessionária na hipótese de o serviço vir a ser encampado – o que é bastante diferente do poder de extinção do vínculo por meio de ato unilateral, haja vista que, no caso de encampação, é necessária a edição de lei formal⁴³.

O setor elétrico, por sua vez, oferece um bom exemplo de permissão bastante diferente, com reversão de bens e com a possibilidade de indenização, muito próximo ao regime jurídico proposto pela Lei nº 8.987/95 para os contratos de concessão de serviço público – em que pese se tratar de permissão de uso de bem público -. Colacionamos abaixo uma das cláusulas de um contrato de permissão disponível no site da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

“Subcláusula Primeira - Extinta a permissão, operar-se-á, de pleno direito, a reversão, ao PODER CONCEDENTE, dos bens e instalações vinculados ao serviço, procedendo-se aos levantamentos e às avaliações, bem como a determinação do montante da indenização devida à PERMISSIONÁRIA, observados os valores e as datas de sua incorporação ao sistema elétrico. Subcláusula Segunda - O valor de indenização dos bens reversíveis, ainda não amortizado ou depreciado, será aquele resultante de inventário procedido pela ANEEL ou preposto especialmente designado, e seu pagamento realizado com os recursos da Reserva Global de Reversão - RGR, na forma da lei e dos regulamentos estabelecidos pela ANEEL e pelo Poder Concedente, depois de finalizado o processo administrativo e esgotados todos os prazos e instâncias de recurso⁴⁴.”

⁴² Disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/40219/Contrato_e_Anexos.html. Acesso em 19 de maio de 2016.

⁴³ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.” (Lei nº 8.987/95)

⁴⁴ <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/CONTRATO%20de%20PERMISS%C3%83O%20cooperativas.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2016.

No nosso ponto de vista, citadas diferenças de regime decorrem do fato de a Lei nº 8.987/95 não ter fixado um regime jurídico geral de permissão, como o fez no caso das concessões, determinando, assim, que a disciplina dessa matéria se desse regulamento ou em contrato⁴⁵.

Uma vez analisadas algumas particularidades do regime de concessão e de permissão, passemos a explorar alguns exemplos de autorização.

III.3 - Análise infraconstitucional do termo “Autorização”

No caso das autorizações para prestação de serviços públicos e para exploração de bens públicos⁴⁶, diferentemente das concessões e das permissões, não há qualquer diretriz constitucional, ou lei, com status de norma geral, que discipline esse regime jurídico. Diante desse cenário de vácuo legislativo, os traços do regime jurídico da autorização serão definidos em cada lei setorial, por meio de regulamento, ou até, nos próprios contratos. Em outras palavras, o legislador e a própria administração pública terão mais autonomia para disciplinar a matéria.

Para exemplificar a disparidade de regimes de autorização, trabalharemos com: (i) a autorização para exploração de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, sob regime de fretamento eventual ou turístico, nos termos do Decreto nº 2521/98; e (ii) a autorização para instalação de Terminal de Uso Privado – TUP, nos termos da Lei nº 12.815/13.

Na primeira hipótese selecionada, a autorização tem natureza de *ato unilateral*, e não há exigência de processo licitatório. É o que se extrai do artigo 36, caput, e do parágrafo 5º do Decreto nº 2.521/98, confira-se:

“Art. 36. Os serviços especiais previstos nos incisos I e II do caput do art. 35 têm caráter ocasional, só podendo ser prestados em circuito fechado, sem implicar o estabelecimento de serviços regulares ou permanentes e dependem de autorização da Agência Nacional de Transportes Terrestres, independentemente de licitação, observadas, quando for o caso, as normas dos tratados, convenções e acordos internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil.

⁴⁵ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Art. 29. Incumbe ao poder concedente: IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;” (grifo nosso)

⁴⁶

§ 5º A empresa transportadora que se utilizar do termo de autorização para fretamento contínuo, fretamento eventual ou turístico para a prática de qualquer outra modalidade de transporte diversa da que lhe foi autorizada, será declarada inidônea e terá seu registro cadastral cassado imediatamente, sem prejuízo da responsabilidade civil e das demais penalidades previstas neste Decreto.” (grifo nosso)

Este regime da autorização encaixa-se perfeitamente ao conceito proposto pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, confira-se:

“Sendo a autorização, por definição, um ato precário, a rigor deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público pode revoga-la, a qualquer momento, sem direito à indenização; [...]”⁴⁷

Todavia, conforme exposto anteriormente, não é possível sustentar conceitos gerais no ordenamento jurídico brasileiro. Analisemos, em sentido contrário, a autorização para implantação de Terminal de Uso Privado⁴⁸, positivada na Lei nº 12.815/13 – Lei dos Portos.

A Lei nº 12.815/13 determina que a obtenção de autorização para implantação de Terminais de Uso Privado obedeça a um procedimento de consulta pública, que deve ser conduzido pela Agência Nacional de Terminais Aquaviários – ANTAQ, com o objetivo de verificar a existência de outros projetos que podem ser instalados na mesma região⁴⁹. Ou seja, deve ser observado uma espécie de *procedimento licitatório*.

⁴⁷ *Op. Cit.* P. 137.

⁴⁸ Temos conhecimento do debate doutrinário sobre qual seria o objeto delegado no caso de arrendamento ou da referida autorização: se seria um bem ou um serviço público. Como o objeto deste artigo não corresponde a esta discussão, não entraremos na essência do que seria serviço público. Justificamos nossa opção por afirmar que se trata de serviço portuário pelo fato de que, além de o bem, neste caso, não ser público, a própria Lei nº 12.815/13 determina a aplicação da Lei nº 8.987/95, que versa sobre delegação de serviços públicos. Caso o leitor queira aprofundar a discussão sobre a natureza jurídica da atividade portuária, sugerimos as seguintes leituras: LIMA, Cristiana Melhado Araújo. Regime jurídico dos portos marítimos. São Paulo: Verbatim, 2011. e PEREIRA, Cesar A. Guimarães. SCHWIND, Rafael Wallbach. Destaques do Decreto nº 8.033, de 27.06.2013 (Regulamento do Setor Portuário). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, nº 77, julho de 2013, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=77&artigo=1029&l=pt>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

Observa-se, apenas, que a primeira obra sugerida foi escrita sob à égide da antiga Lei dos Portos – nº 8.630/93.

⁴⁹ “Art. 9º Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq a qualquer tempo, na forma do regulamento.

§ 1º Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Antaq deverá:

I - publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet; e

II - promover a abertura de processo de anúncio público, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes.”

Referida autorização ainda deve ser celebrada por meio de *contrato de adesão*, observando-se o prazo de duração de, até, 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogado por períodos sucessivos. Para que haja prorrogação, no entanto, a Lei de Portos exige uma série de requisitos, como é o caso da execução dos investimentos acordados, e até da celebração de *garantias* por parte do autorizatário⁵⁰.

Ora, o regime de autorização para exploração de Terminais de Uso Privado, imposto pela Lei 12.815/13 é bastante particular: não só não parece em nada com o primeiro exemplo, como se aproxima de obrigações típicas do regime de contrato de concessão de serviço público decorrente da Lei nº 8.987/95.

IV. CONCLUSÃO:

Conforme exposto anteriormente, *não foi positivado qualquer conceito de concessão, permissão e de autorização no texto constitucional*, além de o constituinte ter empregado o termo “concessão” tanto em acepção comum como técnica.

Em relação à concessão e à permissão de serviço público, observa-se que o constituinte disciplinou diretrizes gerais do regime jurídico aplicável a esses institutos no mesmo dispositivo constitucional, artigo 175, conferindo, portanto, *autonomia limitada* ao legislador infraconstitucional para dirimir essa equiparação.

Na legislação infraconstitucional, é possível notar que não há um único modelo de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: foram previstas três modalidades de concessão – *concessão comum; concessão patrocinada e concessão administrativa* -, além de a legislação setorial, em muitas situações, derrogar parcialmente o regime positivado nas Leis nº 8.987/95 e 11.079/04.

Conquanto a Lei nº 8.987/95 tenha feito menção às permissões, não fixou um regime geral para esse instrumento, até porque as diferenças em relação à concessão não foram esclarecidas neste diploma legal. Sendo assim, cabe ao legislador especificar

⁵⁰ Art. 8o [...] § 1o - A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterà as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5o, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

§ 2o A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida; e

II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

§ 3o A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.”

na legislação setorial, ou à própria administração pública, via decreto ou até nos respectivos instrumentos contratuais, tomando-se como limite as diretrizes fixadas no artigo 175 da Constituição da República.

No caso das concessões de bem público, destaca-se que o constituinte optou por traçar diretrizes aplicáveis apenas a determinados setores. Sendo assim, o legislador apenas possuiria restrições nestes setores, tendo maior autonomia nas demais situações.

Já em relação às permissões de uso de bem público e às autorizações para prestação de serviços públicos, ou para exploração de bem público, não foram identificadas quaisquer diretrizes gerais ou setoriais, o que assegurou ampla autonomia ao legislador ordinário.

No mesmo sentido das permissões de uso de bem público, o constituinte optou por não traçar diretrizes gerais ou setoriais para as autorizações para prestação de serviços públicos e para uso de bem público, conferindo, do mesmo modo, uma significativa autonomia ao legislador ordinário.

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro não foram positivados conceitos gerais de concessão, permissão e autorização, o que impede o jurista de interpretar o sistema jurídico dessa forma. Nesse sentido, espera-se que a interpretação desses conceitos seja devidamente contextualizada, e, apenas nos casos em que houver uma derrogação parcial do regime geral, haja aplicação subsidiária de norma geral.