



Sua Contratualidade e outros Caracteres

01/09/1999

A legislação pátria, Lei nº 8987/95, disciplina que a forma contratual pela qual se efetiva a permissão de serviço público é o contrato de adesão, o qual, por ser espécie típica de direito privado, sofre algumas acomodações ao ser carreado à seara do direito administrativo, como se verá.

De logo, quanto aos caracteres do contrato de adesão privatístico consubstanciados na predominância da vontade de uma das partes, bem como no monopólio de fato e de direito, cabe dispor que ambos estão em pleno vigor, também, no contrato administrativo de adesão.

Contudo, no que tange à oferta permanente ao público, inerente ao contrato de adesão, originariamente, tal não se dá no pacto administrativo de adesão, visto que, ao contrário, a licitação tem o objeto dirigido ao vencedor do certame, e a mais nenhum outro eventual interessado.

Outra característica incompatível no contrato de direito público de adesão se refere à impessoalidade, que é preconizada para o ajuste de adesão privado, pois o contrato administrativo, seja qual for a sua forma, é intuito personae, só podendo ser escolhido para contratar com o poder público aquele que se submeteu e venceu em processo licitatório próprio.

Quanto à possibilidade de aperfeiçoamento do vínculo jurídico pelo mero silêncio, tal não se compadece com o contrato administrativo, eis que, neste, deve haver inequívoca anuência do oblato, com a expressa assinatura no instrumento formalizador.

No pertinente às regras de hermenêutica, em razão da finalidade pública a que está afetada a contratação, a interpretação dos atos e contratos devem ser direcionadas à plena realização da finalidade pública, conforme se extrai do proficiente escólio de Carmem Lúcia (in Concessões e Permissões de Serviço Público, p.163).

Por sua vez, caracteriza, ainda, a permissão, o fato de ser temporária.

Há que se referir, ainda, à Precariedade da permissão. Tanto a concessão quanto a permissão são rescindíveis unilateralmente pelo ente público, porém esta última (permissão) teria uma maior tendência à precariedade porque poderiam ser mais ampliadas, em lei, edital e nas cláusulas contratuais, as hipóteses de rescisão unilateral, bem como poder-se-ia fixar casos de rescisão sem qualquer indenização. Daí a maior precariedade da permissão.

A permissão contratual pode ser gratuita ou onerosa, sendo em regra gratuita, pois busca, o ente público, a satisfação do usuário, fazendo o permissionário por sua conta e risco a atividade com remuneração dada pelo cidadão que faz uso do serviço, podendo, contudo, a permissão se dar mediante ônus de pagamento devido à entidade pública – onerosa.



Há, ainda, a característica da comutatividade que é clara na concessão e está presente na permissão, na medida em que o conjunto de deveres institucionais não imponha ao permissionário ônus que não guardem correspondência com o que lhe é legitimamente devido por força do quanto avençado no contrato.

Não é discricionária a permissão atual, apesar de que, antes da Carta Magna de 1988, apresentava o caráter discricionário por excelência. Ocorre que, com a vigência da legislação atual, deu-se-lhe atributo de contrato, o que tira o sentido de qualquer discricionariedade na permissão. Ademais, mesmo na permissão, há que haver motivação, pois se a conveniência não tiver sido apurada objetivamente, a justificativa não prevalece.

Não há discricção, também, na escolha de uma ou outra figura (concessão ou permissão), vez que o serviço objeto de outorga define qual o instituto pertinente.

É expressamente exigida autorização legal prévia para a permissão, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.074/95, além da prévia licitação, que tem supedâneo constitucional.

Apesar de não haver um critério discriminador que permita, de maneira taxativa, estabelecer quais os serviços que podem ser objeto de permissão, há parâmetros que podem ser suscitados. Assim, pode uma atividade não se coadunar com o contrato de adesão. Por outra via, também, a duração do contrato, por ser muito longo, pode ser imprestável a permissão, ou mesmo quando houver a necessidade de uma obra pública prévia, ocasião em que deve ser repelido instituto sub examine.

Destarte, a permissão de serviço público, desde a vigência do atual texto magno, ganhou nítido caráter contratual, acolhendo tendência jurisprudencial pretérita. No entanto, distingue-se, ainda, da concessão de serviço público, o que deverá ser apurado a cada caso, objetivamente, como na análise da duração da delegação, da forma contratual, da necessidade de obra pública prévia, das hipóteses de extinção unilateral do contrato, etc.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1999-set-01/contratualidade_outros_caracteres/