**https://mbjessica.jusbrasil.com.br/artigos/187628846/concessao-do-servico-publico**

**INTRODUÇÃO**

Tendo em vista o dever do Estado de fornecer serviço público adequado aos administrados, cabe estudar uma das formas da prestação desse serviço: a prestação indireta por meio da concessão, autorizada pelo art. [175](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10659529/artigo-175-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988) da [CF](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988).

Diante disto, o presente trabalho tem como objetivo estudar, além do conceito de concessão, a licitação e a celebração do contrato de concessão de serviço público, as responsabilidades do concessionário, e as formas de extinção.

**1 CONCESSÃO**

**1.1 Conceito**

Assim como o conceito de serviço público, não há um conceito definido pela doutrina sobre concessão. Desta forma, há autores que adotam um conceito mais amplo e outros mais restritos.

Os que adotam uma concepção mais ampla de concessão seguem a doutrina italiana, que entende concessão como qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, por meio do qual a Administração Pública outorga direitos e poderes ao particular, entretanto, essa teoria não é bem aceita no direito brasileiro, pois este é mais influenciado pelo direito francês em matéria de contratos.

Aqueles que utilizam uma concepção menos ampla distinguem a concessão translativa da constitutiva, admitindo-se três tipos de concessão: de serviço público, de obra pública e de uso de bem público.

Por outro lado, os doutrinadores que utilizam um conceito mais restrito ainda consideram a concessão apenas a delegação de poderes para prestação de serviço público.

No direito brasileiro, é predominante a segunda teoria, que considera a existência de três tipos de concessão. Assim, faz-se mister demonstrar a diferença entre a concessão translativa e constitutiva.

A primeira refere-se à concessão em que a concedente atribui ao concessionário, de forma inalterada, os poderes e deveres que lhe cabem, para que possa exercê-los e cumpri-los em seu lugar, podendo praticar um ato jurídico, construir obra pública, entre outros.

Assim, explica Maria Sylvia Zanella de Pietro:

*"Em resumo, a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público"[1].*

A concessão constitutiva, por sua vez, pode ser considerada aquela em que o Poder Público delega poderes ao concessionário a fim de utilizar ou explorar bem público, entretanto, o Poder Público atribui poderes de forma inferior e quantidade menor aos que possui. Maria Sylvia de Pietro Zanella ensina que “a concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem púbico” (2015, p. 335)[2].

Sob o aspecto formal, pode-se dizer que as duas formas de concessão são iguais, pois ambas referem-se a contrato administrativo submetido ao regime publicístico.

Quanto ao aspecto material, as concessões translativas e constitutivas se diferenciam, pois a primeira constitui a delegação de uma atividade que seria atribuição do Estado, sendo, portanto, a transferência ao concessionário de um poder, direito, vantagem ou utilidade da Administração Pública; na segunda, o Estado concede ao particular a utilização do bem público, entretanto, o direito exercido pelo concessionário corresponde a uma parcela menor do direito do concedente, pois apenas uma pequena parcela do bem é destinado ao uso privativo do concessionário.

Em conclusão, essas formas de concessão são diferentes porque, na translativa, os direitos transferidos ao concessionário já existem na Administração Pública, enquanto na concessão constitutiva os direitos derivam do ato de concessão. Apesar das diferenças, pode-se ressaltar o ponto comum: como em todas as concessões, a Administração Pública reserva alguns poderes e direitos, como a rescisão unilateral do contrato, fiscalização, entre outros.

**1.2 Modalidades**

Tendo em vista que a concessão pode ter diversos objetos, poder-se-ia numerar diversas modalidades de concessão, conforme o faz os grandes doutrinadores do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), e Odete Medauar (2014).

Desta forma, iniciando-se pela concessão de serviço público (disciplinada pela Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95), esta caracteriza-se pela transferência, pela Administração, da execução de um serviço público ao particular, seja uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas, mediante concorrência, para realiza-lo por sua conta e risco. A remuneração do concessionário decorre das tarifas cobradas do usuário, ou de qualquer outra forma decorrente da própria exploração do serviço.

Há ainda a concessão patrocinada, que constituí modalidade de concessão de serviço público ou de obras públicas das parcerias público-privadas, instituída pela Lei [11.079](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96990/lei-11079-04)/04. Nesta modalidade, a remuneração do concessionário é composta pela tarifa cobrada do usuário e por uma contraprestação pecuniária do concedente.

A Lei [11.079](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96990/lei-11079-04) prevê também a modalidade da concessão administrativa, na qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra pública ou fornecimento e instalação de bens. Nesta modalidade, a remuneração do concessionário é composta, basicamente, pela contraprestação do concedente ao parceiro privado.

Pode-se falar também da concessão de uso de bem público, por meio da qual a Administração consente que um particular tenha uso privativo do bem público. Nesta forma de contrato, fica a critério da Administração ou da lei em exigir remuneração do concessionário.

Por fim, vale mencionar a concessão de obra pública com as palavras de Odete Medauar:

*"Concessão de serviço público precedida de obra pública, também denominada concessão de obra pública consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realiza-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art.*[*2º*](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583235/artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995)*,*[*III*](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583120/inciso-iii-do-artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995)*da Lei*[*8.987*](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)*/95), por exemplo: construção de estrada com remuneração propiciada pelo pedágio"[3].*

Mencionadas algumas modalidades de concessão, vale defini-la, em sentido amplo, como Maria Sylvia Zanella de Pietro:

*"À vista do que foi dito, pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais"[4].*

**1.3 Concessão de Serviço Público**

Tendo em vista as modalidades apresentadas anteriormente, as concessionárias, pessoa jurídica de Direito Privado que detém a concessão do serviço público, o explorará e se remunerará mediante cobrança de tarifas dos usuários e condições fixadas pela Administração Pública, titular do serviço público.

Utilizando-se do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço"[5].*

Observando o conceito exposto, é possível verificar que a concessão do serviço público é um contrato administrativo, por meio do qual a Administração Pública transfere ao particular, sob condições, a execução e exploração de um serviço público que lhe é privativo, remunerado adequadamente mediante cobrança de tarifas, previamente aprovada pela Administração Pública, dos usuários.

Para caracterização do contrato de concessão, é indispensável que o concessionário, se remunere pela própria exploração do serviço público, isto porque, em regra, será cobrada tarifa do usuário como forma de justa remuneração do concessionário.

Apesar disto, algumas concessões não se utilizam deste meio de remuneração pela exploração, como é o caso da concessão de rádio e televisão, pois nestas o concessionário se remunera através da divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes. Neste caso, não há denominação de tarifa, e não é o usuário que paga, entretanto está presente a característica indispensável dos contratos de concessão: a remuneração decorre da exploração do serviço público concedido.

Agora, tratando-se da regra geral, em que a remuneração do concessionário se dá pela cobrança de tarifas do usuário, deve ser ressaltado que, apesar deste meio de remuneração, não há qualquer impedimento de que o concedente, Poder Público, subsidie parcialmente o concessionário. Desta forma, fica claro que o concessionário pode se remunerar por outros meios, que não exclusivamente tarifas.

Considerando que alguns serviços não podem ser concedidos, vale mencionar que só podem ser concedidos os serviços que o Estado considera como próprio e como privativos do Poder Público, ou seja, aqueles serviços que são de titularidade exclusiva do Estado.

Por ser um serviço público próprio, não há a transferência da titularidade do serviço público, mas tão somente da titularidade da prestação da atividade. Por esse motivo o Estado mantém, permanentemente, a disponibilidade sobre o serviço e, em consequência, o concessionário será o titular da prestação do serviço enquanto for conveniente ao interesse público. Ademais, para que o serviço público possa ser objeto de concessão, é necessário que a prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao próprio Estado.

**1.4 Natureza Jurídica**

Quanto à natureza jurídica da concessão do serviço público, há diversas correntes, mas neste trabalho será adotada a sistematização de José Cretella Júnior, utilizada também pela Maria Sylvia Zanella de Pietro (2015).

Tal sistematização menciona três teorias: (i) teorias unilaterais, em que há dois grupos, onde o primeiro acredita que há na concessão ato unilateral do Poder Público, já que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração Pública, deixando as partes em posição de desigualdade; o segundo grupo, por sua vez, menciona dois atos unilaterais, uma da Administração Pública, que fixa as condições contratuais, e outro do particular que aceita tais condições; (ii) teorias bilaterais, que se subdivide em três grupos, sendo o primeiro aquele que menciona a concessão como um contrato de direito privado, já que negam existir acordo de vontade no contrato de concessão e, portanto, não difere dos contratos regidos pelo direito comum; o segundo grupo fala da concessão como contrato de direito público, pois se submete ao regime jurídico publicístico, derrogatório e exorbitante do direito comum; por fim, o terceiro grupo diz ser um contrato de direito misto, já que está sujeito parcialmente ao direito público e ao direito privado; (iii) a terceira e última corrente é a da teoria mista, que vê apenas um ato unilateral do Poder Público na concessão (aquele que estabelece as condições do contrato e é regido pelo direito público), e um contrato concernente ao equilíbrio econômico-financeiro (regido pelo direito privado).

Apesar as diversas correntes, o contrato de concessão possui uma natureza contratual, conforme observa Maria Sylvia de Pietro Zanella:

*"É verdade que enquanto, em alguns casos, todas as condições decorrem do próprio ato de concessão, em outros, algumas das condições já constam de ordenamento jurídico previamente estabelecido, vinculando as partes contratantes. Mas isto não retira à concessão a natureza contratual, da mesma forma que não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, pois a outorga do objeto do contrato (serviço público, obra púbica ou uso privativo) somente se efetuará mediante manifestação expressa de ambas as partes, implicando, o consentimento do concessionário, aceitação das condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Além disso, existem, ao lado dessas cláusulas ditas regulamentares, outras que se denominam financeiras ou contratuais propriamente ditas, em que a partes estipulam o prazo, a remuneração, os casos de rescisão, ou outras condições que não estejam predeterminadas em lei"[6].*

Quanto à natureza pública, esta decorre do regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições do Poder Público, concernentes à finalidade, procedimento, forma, cláusulas exorbitantes, mutabilidade, etc.

**1.5 Licitação**

Inicialmente, deve-se destacar que toda concessão será precedida de licitação, conforme previsto no art. [175](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10659529/artigo-175-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988) da [CF](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988), e deverá ser outorgada sem exclusividade já que o dispositivo constitucional não faz a ressalva do art. [37](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2186546/artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988), [XXI](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10711282/inciso-xxi-do-artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988) da [CF](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988), que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei, portanto, não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos na Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93.

Por outro lado, admite-se a outorga de regime de exclusividade, ou seja, com a declaração de inexigibilidade, se a contratação por licitação for inviável por imposição técnica e econômica, devendo ser justificada.

Ademais, todo ato da Administração Pública deve observar, além do interesse público, o princípio da legalidade, portanto só poderá ser concedido o serviço público ao particular se houver lei que a autorize, apesar da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95 não mencionar a necessidade de lei autorizadora.

Além do princípio da legalidade, que pressupõe a observância das normas que regem a licitação, deve-se levar em consideração também os princípios da moralidade, igualdade, publicidade e impessoalidade, conforme dispõe o art. [14](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11581816/artigo-14-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95.

Diante disto, não deve haver qualquer fator de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório, a fim de garantir a impessoalidade do certame licitatório.

Da mesma forma, deve haver transparência, ou seja, acesso aos elementos do processo licitatório, divulgação dos editais, divulgação das decisões, entre outros, sendo tal princípio traduzido no art. [3º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319793/artigo-3-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993), [§ 3º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319436/par%C3%A1grafo-3-artigo-3-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993) da Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93 que dispõe que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

É importante também o princípio da moralidade, uma vez que significa a observância de todos os preceitos que a informam, sem frustrar sua licitude e sem que ocorra desvio de finalidade da licitação.

Por fim, toda concessão deve ser precedida de licitação, pois a Administração Pública não pode escolher a seu próprio arbítrio o concessionário que quiser. Através da licitação, os interessados na celebração se apresentarão, e será selecionado aquele que oferecer condições mais vantajosas. Diante disto, deve ser observado o princípio da igualdade na licitação para concessão do serviço público a fim de favorecer a amplitude de participação por todos aqueles que tiverem interesse em contratar com a Administração Pública.

Neste sentido, o art. [3º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319793/artigo-3-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993) da Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93 proíbe que exista cláusula que frustre ou restrinja o caráter competitivo, que estabeleça referências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, destinando-se a coibir práticas atentatórias do direito de os interessados se apresentarem perante a Administração Pública.

Quanto à modalidade da licitação para concessões de serviço público e de obra pública, temos o disposto no art. [2º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583235/artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995), [II](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583153/inciso-ii-do-artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95, que estabelece que a modalidade a ser adotada é a concorrência.

Os demais requisitos da licitação para concessão de serviço público serão realizados, conforme disposto no art. [14](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11581816/artigo-14-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95, em observância ao previsto na Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93, que disciplina o regime próprio das licitações.

Entretanto, ainda há peculiaridades, conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), a serem observadas na licitação para concessão de serviço público, isto porque o art. [18-A](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/27997454/artigo-18a-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95 prevê a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, caso em que após a classificação será examinada a habilitação do concorrente que se classificou em primeiro lugar. Se ele for considerado inabilitado, será examinado os documentos do segundo colocado, e assim sucessivamente.

Ademais, diferentemente da lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93, a licitação para concessão de serviço público estipula critérios para o julgamento do certame, devendo ser considerado apenas um deles. Os critérios estão previstos no art. [15](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11581691/artigo-15-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-19950) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95 “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.”

O critério do inc. II pode dar o entendimento de que será vencedor do certame aquele que oferecer maior oferta nos casos em que deve ser feito pagamento a concedente.

Entretanto, explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Há, em relação ao item II (maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão) e, consequentemente, nos itens III, VI e VII, que também lhe fazem menção, a necessidade de uma interpretação restrita, para que os preceptivos em causa não sejam acoimados de inconstitucionais por incurso de desvio de poder. Por certo, os responsáveis por ele (talvez economistas ou administradores públicos) não tinham preparo jurídico suficiente para perceberem este vício em que estavam incorrendo. É que serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas e não para proporcionar ganhos ao Estado. Aliás, esta mesma Lei*[*8.987*](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)*, em seu art.*[*6º*](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11582941/artigo-6-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995)*, após considerar que toda concessão e permissão pressupõe serviço adequado, no § 1º dele, esclarece que serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a “modicidade das tarifas”, a qual, de resto, é um princípio universal do serviço público. Assim, serviço público desenganadamente não é instrumento de captação de recursos para o Poder Público. Este não é um capitalista a mais no sistema. Os recursos de que necessita para cumprir suas missões (inclusive a de prestar serviço público) são captáveis pela via tributária ou pela emissão de títulos. Atribuir peso importante à maior oferta de candidato à prestação de serviço público é contribuir para que este ofereça tarifa maior, embutindo nela o custo que terá de arcar com sua oferta, o que é a antítese do desejável.*

*Sem embargo, haverá casos absolutamente incomuns em que a remuneração do concessionário não se faz por tarifa: é o caso do rádio e da televisão, em que o serviço é custeado e remunerado por anúncios publicitários. Nesta hipótese, como não entra em pauta o tema tarifa e como o Poder Público irá proporcionar ao concessionário que ganhe dinheiro com o serviço (eventualmente até fortunas) é razoável que o faça retribuir por isto, sem estar incorrendo em atitude contraditória e maculada de desvio de poder"[7].*

Outra diferença entre a licitação da concessão do serviço público e a disciplinada pela Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93, é a possibilidade de solução de conflitos, decorrentes ou relacionados ao contrato, por meio privado, destacando-se a arbitragem, que deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, conforme disposto no art. [23-A](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/27997442/artigo-23a-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95.

Além disso, o poder concedente, conforme art. [5º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11582982/artigo-5-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95, “publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga da concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”.

Por último, cabe mencionar que, na licitação para serviço público, “é facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato”, nos termos do art. [20](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11579705/artigo-20-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995)da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95.

**1.6 Contrato de Concessão**

Findo o certame licitatório e selecionado o vencedor, será firmado o contrato de concessão com o poder concedente, devendo, obrigatoriamente, estar especificado ” I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, conforme art. [23](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578799/artigo-23-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95, que prevê as cláusulas essenciais e obrigatórias do contrato de concessão.

Observando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), como a concessão depende de prévia licitação já que refere-se a serviço público, não pode o concessionário transferir a concessão, já que quem venceu o certame licitatório foi o concessionário e não um terceiro. Se fosse permitida tal transferência, estaria permitida uma forma de burlar o princípio licitatório, bem como o princípio da isonomia.

Apesar disto, o art. [27](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578429/artigo-27-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95 prevê a possibilidade de transferência da concessão, desde que haja prévia anuência da Administração Pública, se o pretendente atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias para assumir a prestação do serviço, além de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato. Apenas se faltar algum dos requisitos previstos no artigo em comento é que será considerada a extinção do contrato de concessão por atitude faltosa do concessionário.

O art. [26](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578572/artigo-26-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95, por sua vez, prevê a possibilidade de subconcessão, nos termo do contrato de concessão, sempre que autorizada pelo concedente. A subconcessão, entretanto, deverá ser precedida de concorrência, sub-rogando-se o subconcessionário nos direitos e deveres do concessionário.

Apesar do disposto, não pode ser confundida a subconcessão com contratação de terceiros, pois esta última é permitida se for para o “**desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados**” obedecendo “às normas regulamentares da modalidade do serviço concedido”, conforme art. [25](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11578741/artigo-25-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95. Como o contrato de concessão é intuito personae, a contratação de terceiros não poderá se referir às principais atividades do serviço concedido, caso contrário, seria desvirtuado o contrato e fraudado o sentido da licitação, na medida em que não estaria sendo prestado pelo concessionário vencedor do certame licitatório.

Conforme mencionado, deverá constar no edital da licitação o prazo para duração do contrato de concessão, devendo ser, obrigatoriamente, prazo determinado, tendo em vista disposição legal do art. [2º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583235/artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995), [II](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583153/inciso-ii-do-artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) e [III](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11583120/inciso-iii-do-artigo-2-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95.

Apesar de o prazo ser determinado e a legislação não prever duração máxima admissível, não podem ser aplicados os prazos previstos nos art. [57](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11302294/artigo-57-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993) da Lei [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93, uma vez que a concessão não depende de crédito para acobertá-la, bem como não se adaptaria a um prazo curto, já que é necessário maior período de vigência para amortização dos investimentos, principalmente quando é precedida de obra pública.

Tendo em vista que o ato de concessão do Poder Público deve estar pautado de interesse público e que o poder concedente só transfere ao concessionário a execução do serviço, continuando titular, poderá acessar, durante todo o contrato, os meios necessários para adequar a concessão a fim de atender o interesse público.

Como o concedente possui, permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço transferido ao concessionário, é titular de um conjunto de poderes, quais sejam: poder de inspeção e fiscalização; poder de alteração unilateral da cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; poder de intervenção; poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

Em contrapartida, o concessionário possui direitos perante o concedente para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como para que não seja exigido, sob alegação de cumprimento de obrigação, o desempenho de atividade estranha ao objeto do contrato.

O concessionário faz jus a esses direitos ainda pois executa, por sua conta e risco, o serviço público, em seu nome e correndo os riscos normais do empreendimento. Desta forma, deve ter garantia de uma remuneração, do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, e da inalterabilidade do objeto. Consequentemente, apesar dos poderes do concedente para alterar o contrato, deverá ser respeitado o objeto e assegurado o equilíbrio econômico do contrato, aumentando a tarifa ou compensando o concessionário pecuniariamente.

Cabe ressaltar ainda que a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros ou usuários, em decorrência da execução do serviço público, é objetiva, conforme disposto no art. [37](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2186546/artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988), [§ 6º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10710882/par%C3%A1grafo-6-artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988) da [CF](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988), pois estende a norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços público.

O poder concedente, por sua vez, responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária, mas essa responsabilidade subsidiária se aplica somente em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público. Eventualmente, poderá haver responsabilidade solidária se ficar demonstrada a má escolha do concessionário ou da omissão quanto ao dever de fiscalização.

Quanto à remuneração do concessionário já foi mencionado diversas vezes que, em geral, se dá mediante cobrança de tarifas cobradas diretamente dos usuários, podendo haver ainda outras fontes de provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados a fim de favorecer a modicidade das tarifas. O mesmo ocorre quando as tarifas forem subsidiadas pelo poder concedente.

A remuneração por meio da tarifa e das outras formas de remuneração do concessionário tem como objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fixada, portanto, pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na lei e no contrato. Por isso, o art. 18, VIII da Lei [8.789](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/727543/lei-8789-95)/95, que trata das principais cláusulas do contrato, menciona que deve ser indicado critério de reajuste e revisão das tarifas, para preservar o equilíbrio econômico.

O usuário, parte da relação tripartite, também possui direitos, simplesmente porque o serviço é prestado visando o oferecimento aos administrados das utilidades e comodidades consideradas indispensáveis pelo Estado. Desta forma, deve ser observado o direito à prestação de serviço adequado, em conformidade com os princípios já vistos no capítulo anterior e, se tal serviço for negado, poderá exigir judicialmente o cumprimento pelo concessionário.

Atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, o usuário tem direito ao serviço adequado, e o concessionário possui a obrigação de oferecer o serviço de modo contínuo e regular, beneficiando a coletividade e os usuários, individualmente.

**1.7 Extinção da Concessão**

Como última característica da concessão, será abordado o tema das formas de extinção do contrato de concessão previstas no art. [35](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11576356/artigo-35-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95 como “I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”.

Considerando as explicações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), pode-se apresentar a primeira forma de extinção prevista na lei é o advento do termo contratual, sendo esta a maneira normal e mais comum de extinção. Vencido o prazo estipulado no ato da concessão, considera-se findo o contrato, e os bens do concessionário aplicados ao serviço serão integrados ao patrimônio do concedente, ocorrendo a “reversão”, prevista no art. [35](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11576356/artigo-35-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995), [§ 1º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11576095/par%C3%A1grafo-1-artigo-35-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-1995) da Lei [8.987](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033819/lei-de-concessoes-lei-8987-95)/95.

A segunda é a encampação, compreendendo a rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário tenha dado causa para a extinção. Esta forma de extinção ocorre quando o Poder Público entende, por razões de ordem administrativa ou política, que a prestação direta do serviço, mediante a retomada da execução do serviço, ou a substituição deste por outro tipo de serviço poderá satisfazer melhor as necessidades públicas, portanto, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público.

Nesta hipótese, como o concessionário não deu causa à extinção e a rescisão foi unilateral, faz jus à indenização pela rescisão antecipada, devendo haver o ressarcimento dos prejuízos comprovados, compensando as importâncias que o concessionário deixará de receber, bem como o capital não amortizado, substanciado nos bens que reverterão ao concedente.

A terceira maneira, ainda utilizando os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) é a caducidade, que se dá no caso de rescisão unilateral por motivo de inadimplemento por parte do concessionário, antes do término do prazo contratual, seja por fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, caracterizável como violação grave de obrigação contratual.

Após a verificação da inadimplência, o concessionário deverá ser comunicado sobre as falhas e transgressões que lhe forem imputáveis, podendo, dentro do prazo concedido, sana-las e enquadrar-se nos termos contratuais. Caso não sejam regularizadas as falhas e transgressões, deverá haver verificação da inadimplência em processo administrativo no qual será garantido direito de ampla defesa ao concessionário. Uma vez decidida a caducidade, será efetuada mediante decreto do poder concedente.

Considerando que, nesta hipótese, foi o concessionário que deu causa à rescisão da concessão, não caberá indenização senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente. Quanto ao resto, responde o concessionário pelas consequências de seu inadimplemento, inclusive sujeitando-se às penalidades administrativas cabíveis.

Outra forma de extinção é a rescisão, que poderá ser judicial ou consensual. A primeira ocorre, a pedido do concessionário, quando o concedente for a parte inadimplente, entretanto, poderá ocorrer a pedido do concedente, se este optar pela via judicial em caso de inadimplência do concessionário. Neste caso o montante indenizatório será composto pelo capital ainda não amortizado do concessionário, reversão dos bens ao Poder Público do equipamento necessário à prestação do serviço e composição dos lucros que o concessionário deixou de auferir devido à extinção, esta última será arbitrada pelo juiz quando houver culpa do poder concedente.

A segunda ocorrerá quando houver mútuo acordo entre as partes, concedente e concessionário, para, antecipadamente, extinguir a relação jurídica proveniente do contrato de concessão. Neste caso, a composição entre as partes é feita amigavelmente.

A anulação também será uma hipótese de extinção do contrato, e ocorrerá quando houver sido outorgada com vício jurídico, portanto, praticado com violação de Direito. A indenização abrangerá, se não houver má-fé do concessionário, as despesas efetuadas, e, se já o serviço já estiver em funcionamento, as parcelas não amortizadas com consequente reversão dos bens.

A última hipótese legal prevista é a falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular da empresa individual. No caso da falência, a extinção ocorrerá com a decretação judicial da falência do concessionário, que poderá ocorrer em razão da insolvência em virtude da incapacidade ou deficiência de gestão do serviço que se obrigou a prestar. Tal decretação extingue o contrato se ocorrer antes da extinção pelo poder concedente, quando este perceber a deterioração dos serviços. A extinção será automática, já que a decretação da falência demonstra que o concessionário não tem condições de prosseguir com a prestação do serviço. Como nos outros casos, os bens serão revertidos ao Poder Público, entretanto os bens da concessionária não afetados à prestação do serviço público concorrerão para satisfazer os credores.

**3. CONCLUSÃO**

Diante do exposto, percebe-se que, com a prestação indireta do serviço público, de titularidade do Estado, o concessionário, por sua conta e risco assume a execução da prestação e passa a ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros e usuários.

Em contrapartida, apesar dos riscos da operação, o concessionários faz jus a uma justa remuneração, composta, na maior parte das vezes, pela tarifa cobrada do usuário. Entretanto, essa contraprestação poderá ter fontes diversas, ou seja, pode ser composta por contraprestação do poder concedente.

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ªedição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ªedição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335.

[3] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ªedição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.249.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ªedição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, páginas 725 – 726.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ªedição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 337 – 338.

[7] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, página 741.

**REFERÊNCIA**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (Coordenadora). **Direito Administrativo**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível no sítio:. Acesso em 28 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93) de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. [37](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2186546/artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988), inciso [XXI](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10711282/inciso-xxi-do-artigo-37-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988), da [Constituição Federal](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988), institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível no sítio:. Acesso em 28 de abril de 2015.

BRASIL. [**Lei no. 8.987 de 13 de fevereiro de 20**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument)15. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. [175](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10659529/artigo-175-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988) da [Constituição Federal](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988), e dá outras providências. Disponível no sítio:. Acesso em 28 de abril de 2015.

[J](https://mbjessica.jusbrasil.com.br/)