

Extinção da Concessão de Serviço Público (1)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A Lei 8.987/95 prevê as seguintes modalidades de extinção da concessão de serviço público (arts. 35 e ss.):

- a)** advento do termo contratual;
- b)** encampação;
- c)** caducidade;
- d)** rescisão;
- e)** anulação
- f)** falência ou extinção da concessionária.

Neste Comentário, e no próximo, farei breves considerações sobre cada uma dessas modalidades.

Advento do termo contratual

Encerrado o prazo contratual, extingue-se a concessão, que é um contrato **por prazo** e não **por objeto**.

Em princípio, por ocasião do término do prazo contratual, todos os investimentos já terão sido amortizados ou depreciados. O prazo da concessão deve ser determinado em função da equação econômica da concessão. O poder concedente não estabelece um prazo a seu exclusivo arbítrio. Prazo de concessão e equação econômica do contrato devem estar intimamente relacionados. Assim, extinto o prazo da concessão não deverá existir nada mais a indenizar.

O prazo contratual, porém, é dimensionado em função de uma previsão inicial dos investimentos necessários. Em um contrato de longa duração, como é o contrato de concessão, novos e imprevistos investimentos são efetuados durante sua execução,

inclusive no final da concessão, a fim de, como diz a lei (art. 36), “*garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido*”. Esses investimentos podem ser insuscetíveis de amortização no prazo estabelecido inicialmente. Se não for garantido, à concessionária, o retorno da totalidade dos investimentos efetuados, ela não os fará, com isso prejudicando os legítimos interesses dos usuários.

O poder concedente, portanto, deverá optar entre a prorrogação do prazo - se isso for previsto no contrato - e a indenização. Se não garantir à concessionária adequada compensação, o serviço concedido será afetado no que se refere a sua “*continuidade e atualidade*”. Verificar-se-á fatalmente, na fase final da execução do contrato, um comprometimento do “*serviço adequado*”, tal como definido no art. 6º da Lei 8.987/95.

A lei (art. 36) prevê o pagamento de “*indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis*”. Bens reversíveis são aqueles diretamente vinculados à concessão. Só interessam à concessionária enquanto concessionária, ou seja, não têm utilidade para ela a partir do momento em que cessa a concessão, podendo, porém, ser de proveito para o poder concedente ou para uma nova concessionária.

Vale notar que a lei dispõe sobre o pagamento de indenização. Mas não diz como e quando esse pagamento deverá ser efetuado. Deixa implícito que, no caso de advento do termo contratual, o pagamento deverá ser feito após a extinção (§ 2º do art. 35), mas silencia totalmente quanto à forma. Deverá ser em dinheiro ou poderá ser em títulos da dívida pública? O pagamento far-se-á em uma única parcela? Essas são questões relevantes, a serem resolvidas na devida ocasião, ou por uma nova lei a ser editada.

Encampação

A encampação é “*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*” (art. 37).

O interesse público motivador da encampação deve ser especificado. Não bastará alegar-se, repetindo a lei, “*motivo de interesse público*”. Será necessário dizer qual, especificamente em cada caso, o motivo de interesse público determinante da encampação.

A indenização deverá ser **prévia**, mas a lei silencia, novamente, quanto à forma do pagamento. No caso de **encampação**, é possível estabelecer-se uma analogia com a **desapropriação** e sustentar-se que, tal como nesta (art. 5º, XXIV, da Constituição), a indenização, em caso de encampação, deverá ser **em dinheiro**.

Caducidade

A lei prevê a declaração de caducidade da concessão nos casos de inexecução total ou parcial do contrato (§ 1º do art. 38). A caducidade poderá ser declarada, ainda, no caso de

transferência da concessão, ou do controle societário da concessionária, sem prévia anuência do poder concedente (art. 38, combinado com o art. 27 da Lei 8.987/95).

Antes de declarar a caducidade, o poder concedente deverá (§ 3º do art. 38):

- a)** comunicar à concessionária, detalhadamente, quais os descumprimentos contratuais dentre os referidos no § 1º do art. 38; e
- b)** dar-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas.

Se a situação não for regularizada no prazo estabelecido, abrir-se-á processo administrativo, assegurado, à concessionária, o direito de ampla defesa (§ 2º do art. 38).

A caducidade (§§ 4º e 5º do art. 38):

- a)** deverá ser declarada por decreto, não dependendo de autorização legislativa, como a encampação; e
- b)** a indenização deverá ser calculada no decurso do processo administrativo e será paga posteriormente, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

Novamente a lei silencia quanto à forma e condições do pagamento da indenização.

Embora a lei não o diga, é provável que a declaração da caducidade venha a ser precedida, pelo menos na maioria dos casos, de **intervenção**, nos termos dos arts. 32 a 34 da Lei 8.987/95, “com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço”. A intervenção far-se-á também por decreto, independentemente de lei autorizativa.

No próximo Comentário abordarei as demais modalidades de extinção da concessão, apresentando, ao final, um quadro sinótico sobre o assunto.

(Comentário CELC nº 36, de 15/04/2001, divulgado no site www.celc.com.br)

☞ É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.