

Extinção da Concessão de Serviço Público (2)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

No Comentário anterior, tratei das seguintes modalidades de extinção da concessão: (a) advento do termo contratual; (b) encampação; e (c) caducidade. Neste Comentário abordarei a rescisão, a anulação, a falência ou extinção da concessionária e a rescisão amigável.

Rescisão

A rescisão corresponde ao reverso da caducidade. Enquanto esta é declarada pelo poder concedente por inexecução total ou parcial do contrato pela concessionária, a rescisão é de iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente (art. 39).

Para rescindir a concessão, a concessionária deverá ingressar em juízo mediante ação especialmente intentada para esse fim. Distingue-se, também nesse aspecto, da caducidade, porque esta independe de ação judicial. E independe de ação judicial por força da **auto-executoriedade** dos atos administrativos.

Até decisão judicial transitada em julgado, a concessionária não poderá interromper ou paralisar os serviços por ela prestados (parágrafo único do art. 39). Isso, por força do **princípio da continuidade** que rege o contrato administrativo, especialmente o de concessão de serviço público.

Entendo que a concessionária não só estará proibida de interromper ou paralisar os serviços, como também continuará obrigada à prestação de “*serviço adequado*”. Se não o fizer, poderá reverter a situação, sujeitando-se à declaração de caducidade.

Na hipótese de rescisão, a lei não determina o pagamento de indenização. Parece-me evidente, porém, que se a indenização é devida nas modalidades de extinção por **advento do termo contratual, encampação e caducidade**, com maior razão deverá ser paga na

hipótese de **rescisão**, em que o inadimplemento do poder concedente é que dá causa à possibilidade de extinção da concessão.

Entendo, ainda, que a decisão judicial deverá determinar o valor da indenização, bem como a forma e as condições de seu pagamento. Mais ainda: poderá determinar o pagamento dos **lucros cessantes**, com base no art. 1.059 do Código Civil brasileiro.

Anulação

Há quem sustente que a anulação não é modalidade de extinção da concessão. Essa afirmação resulta da concepção de que existe a chamada **nulidade de pleno direito**. O contrato nulo não geraria efeitos, como se jamais tivesse existido.

Em meu entender, a anulação é **constitutiva**. Não existe a chamada **nulidade de pleno direito**. Antes de ser **anulada**, a norma jurídica - lei, contrato ou ato administrativo - é válida (nesse sentido, v. meu “*Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*”, cit., pp. 51 e ss.).

Assim, a anulação é extintiva do contrato de concessão de serviço público, estando certa a lei ao elencá-la como modalidade de extinção.

Falência ou extinção da concessionária

Ao perder, a concessionária, sua capacidade jurídica ou econômico-financeira, a concessão se extingue.

Nesse sentido, aliás, vale lembrar a norma do art. 55, XIII, da Lei 8.666/93, que me parece aplicável ao contrato de concessão de serviço público, e que obriga a contratada a manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Rescisão amigável

Em princípio, não vejo impedimento à rescisão amigável, embora não prevista em lei.

Parece-me que o poder concedente deve tomar certas precauções:

- a)** exigir uma motivação aceitável para o pedido de rescisão por parte da concessionária;

- b)** verificar se é possível transferir para a nova concessionária o dever de indenizar a anterior; e
- c)** realizar licitação para a nova concessão e efetivá-la antes de rescindir a concessão anterior, a fim de assegurar a continuidade da prestação do serviço.

É possível, porém, que o dever de tomar essas precauções inviabilize, na prática, a rescisão amigável. Não convém esquecer que nessa hipótese, como em outras, há sempre a possibilidade de transferência do controle societário da concessionária, que pode alcançar, por outro meio, o mesmo objetivo visado pela proposta de **rescisão amigável**.

SÍNTESE

O seguinte quadro sintetiza o exposto neste e no último Comentário:

Modalidade de Extinção	Motivo	Instrumento	Conseqüência
1. Advento do termo contratual	Decurso do prazo	Termo de encerramento da concessão	Indenização referente aos investimentos vinculados a bens reversíveis e ainda não amortizados ou depreciados
2. Encampação	Interesse público	Ato administrativo resultante de lei autorizativa específica	Indenização prévia
3. Caducidade	Inexecução total ou parcial do contrato pela concessionária	Decreto (independentemente de lei autorizativa e precedido de processo administrativo com direito de ampla defesa)	Indenização, descontando-se o valor das multas contratuais aplicadas e dos danos causados pela concessionária
4. Rescisão	Descumprimento de obrigações contratuais pelo poder concedente	Ação judicial proposta pela concessionária especialmente para esse fim	Indenização referente aos investimentos não amortizados e danos causados pelo poder concedente e, dependendo da decisão judicial, lucros cessantes
5. Anulação	Ilegalidade do contrato	Ato administrativo ou decisão judicial	A ser verificada em cada caso concreto

6. Falência ou extinção da concessionária	Desaparecimento de capacidade jurídica e/ou econômico-financeira da concessionária	Termo de rescisão ou de encerramento	A ser determinada em função da legislação específica
--	--	--------------------------------------	--

(Comentário CELC nº 37, de 01/05/2001, divulgado no site www.celc.com.br)

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