

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Extinção antecipada de concessão comum de serviço público: a contratualização da
extinção por rescisão**

Adriano Daleffe

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação do professor Carlos Ari Vieira Sundfeld

Versão de 07.09.2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

A espécie concessória originalmente desenhada pela lei geral de concessões (Lei 8.987/95) é hermética e rígida; hermética ao assumir que, uma vez selecionada a proposta mediante processo de licitação, a concessão pode ser sustentada durante seu ciclo de vida através de mecanismos de satisfação dos interesses das partes da relação contratual - poder concedente e concessionária - com alguma deferência aos interesses dos usuários através da garantia do *serviço adequado*; rígida ao adotar a lógica do *descumpriu/rompeu* diante do inadimplemento de qualquer das partes da relação de concessão.

Além da institucionalização do modelo regulatório que teve início no mesmo contexto da promulgação da lei geral de concessões, esse desenho original da concessão comum foi infiltrado por mecanismos que lhe conferiram maior *resiliência*.

Refiro-me à assunção do controle da concessionária por seus financiadores e garantidores nas condições estabelecidas no contrato de concessão (*step in rights*), introduzido pela Lei 11.196/05, à qual foi posteriormente acrescida, através da Lei 13.097/15, a assunção da administração temporária da concessionária pelos mesmos interessados sob condições igualmente contratualizadas. Muito embora aparentemente voltados a tutelar os interesses dos financiadores e garantidores da concessionária inadimplente, enxergo-os como mecanismos capazes de conferir à concessão uma alternativa de sobrevivência diante de hipóteses que, até então, conduziram à extinção.

Avanço igualmente significativo identifiquei na contratualização de novas ferramentas de preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão comum. Para ilustrar, parto da comparação das cláusulas de um contrato de concessão firmado no período inicial de vigência da lei geral de concessões e as cláusulas do contrato de concessão que o tenha sucedido, via licitação pública, para o mesmo objeto e voltadas a disciplinar esse mesmo tema.

O estado atual da arte - ou o estado atual da técnica - da concessão comum prevista na lei geral de concessões para prestação de serviços públicos viabiliza, portanto, a estruturação de *novas* concessões resilientes e, tão importante quanto, *novas* concessões *contratualmente* resilientes, refratárias à extinção antecipada. Ou seja, alterações pontuais na Lei 8.987/95 bem como a contratualização de mecanismos criados e aperfeiçoados pela experiência prática - de gestores públicos, de agentes privados, de agências reguladoras e de órgãos de controle - permitem desenhar instâncias intermediárias destinadas a minimizar o grau de

vulnerabilidade de *novas* concessões de serviços públicos aos solavancos a que um vínculo de longo prazo está naturalmente exposto, evitando assim sua extinção antecipada.

Há, contudo, uma vasta aplicação da espécie concessória comum com aquele viés hermético e rígido de origem, além de outras experiências de vanguarda iniciadas antes mesmo da promulgação da Lei 8.987/95 que, caracterizadas como concessões *não resilientes*, permanecem expostas à lógica da extinção prevista no Capítulo X desta Lei e especialmente ao disposto no art. 39 e seu § único, que disciplinam a hipótese de extinção por *rescisão*, é dizer, por iniciativa da concessionária.

A escolha do tema do projeto de pesquisa insere-se num contexto de serviços públicos concedidos mediante contratos que resistiram às atualizações promovidas na Lei 8.987/95 e que não poucas vezes se limitam a reproduzir seus dispositivos do capítulo da extinção (Capítulo X), o que inclui a modalidade de *rescisão*. A proposta é identificar os limites, se é que existem, a que tais contratos incorporem as inovações tanto legislativas quanto resultantes da experiência de gestores públicos, de agentes privados, de agências reguladoras e de órgãos de controle e passem então a “contratualizar” a extinção por rescisão bem como sustentar uma nova leitura para o disposto no art. 39, *caput*, e § único, da Lei 8.987/95.

2. Modelo de pesquisa

O modelo de pesquisa a ser adotado é o enfrentamento de problema prático seguido de proposta de solução. Casos concretos serão pesquisados e identificados para ilustrar de que modo concessões *não resilientes* levadas à extinção pela via judicial, por rescisão (iniciativa da concessionária), geram resultados que desafiam a lógica da Lei 8.987/95. Haverá, ainda, o enfrentamento de problema hermenêutico associado à redação do disposto no art. 39, *caput* e § único, da Lei 8.987/95, ou seja, ao “*fim*” da ação judicial especialmente intentada pela concessionária que é exigida como condição para se ver liberada dos compromissos contratualmente assumidos. A solução que defenderei para essa questão hermenêutica apontará para uma solução *de concessão*¹ em oposição a uma solução *judicial* inclusive para a indenização devida à concessionária de serviço público extinta por descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente.

3. Problemas e quesitos

Hoje é possível, em caráter originário, modelar uma concessão comum para prestação de serviço público contratualmente aparelhada para resistir no longo prazo e se adaptar aos interesses - do poder concedente, da concessionária, dos seus financiadores e garantidores e dos usuários finais - que são identificados e especificados na medida em que os serviços públicos são prestados.

O problema reside em concessões comuns para prestação de serviços públicos modeladas à *imagem e semelhança* do desenho original Lei 8.987/95, ainda vigentes, e que, por diversos motivos, resistiram a atualizações diretamente derivadas de alterações legislativas ou

¹ Solução *de concessão* é empregada no mesmo sentido em que é empregada solução *de mercado*, em oposição a uma solução *de Estado* ou, mais precisamente aqui, a uma solução *judicial*.

não passaram por remodelações contratuais e que reclamam, hoje, soluções práticas com o manuseio de ferramentas rígidas no tema da extinção. São as concessões *não resilientes*.

Concessões *não resilientes* levadas ao poder judiciário para extinção por rescisão, ou seja, por iniciativa da concessionária, expõem distorções cujos custos são suportados pela concessionária, em sua grande parte, e pelos usuários finais que deixam de receber um *serviço adequado*.

Leitura tradicional da extinção por rescisão tal como prevista no art. 39 da Lei 8.987/95 induz à conclusão de que a concessionária, mesmo que asfixiada por descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente, *deve* continuar na prestação dos serviços públicos até o trânsito em julgado de decisão judicial que *decrete* ou *declare* a extinção da concessão por rescisão, do que deriva a conclusão de que cabe ao poder judiciário adjudicar o direito à indenização devida à concessionária.

É desse problema jurídico que extraio, para fins de pesquisa, os seguintes quesitos:

- Quais são os limites para que uma concessão originalmente não resiliente se torne contratualmente resiliente?
- A superveniente inserção de cláusula contratual destinada a estipular critérios para a quantificação do valor da indenização devida à concessionária na hipótese de extinção da concessão por rescisão esbarra em algum impedimento legal ou constitucional?
- Qual é o *fim* da *ação judicial especialmente intentada* pela concessionária prevista no art. 39, *caput*, da Lei 8.987/95?
- A indenização devida à concessionária na hipótese de extinção da concessão por rescisão deve ser adjudicada necessariamente pelo poder judiciário?

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

Concessão de serviço público é relação contratual de longo prazo informada por normas *contratuais, regulamentares e legais* que, por motivos óbvios, podem ser descumpridas tanto pela concessionária quanto pelo poder concedente. O descumprimento de norma de qualquer natureza pela concessionária pode dar lugar à extinção da concessão por caducidade. Já o descumprimento de norma *contratual* – não legal ou regulamentar - pelo poder concedente autoriza a concessionária a pedir a extinção da concessão por rescisão, o que envolve em alguma medida e em algum momento o poder judiciário.

Essa lógica da extinção da concessão firmada sobre o binômio caducidade/rescisão induz ao inadimplemento contratual oportunista que, nos limites do projeto de pesquisa, será assumido como uma distorção assim caracterizada como hipótese de trabalho: o poder concedente descumpra norma contratual, mas não a reconhece por motivos os mais variados (programas jurídicos sancionatórios, custos políticos etc.); a concessionária, ainda que autorizada a pedir a rescisão do contrato de concessão em razão do inadimplemento contratual do poder concedente, deixa de prestar o serviço adequado e se expõe então à *perda* da concessão por caducidade, que deve ser apurada em processo administrativo próprio; em sua

defesa, excepciona o inadimplemento contratual anterior pelo poder concedente, o que suscita o debate – teórico, mas de pouca utilidade prática – em torno da exceção de contrato não cumprido em contratos administrativos, quando não toma a iniciativa de pedir a extinção da concessão por rescisão como estratégia de defesa. Enquanto a disputa não é solucionada – e lembro que o contrato de concessão aqui é *não resiliente*, o tempo patológico do processo judicial para o qual a disputa é naturalmente endereçada contamina a concessão dos serviços públicos que passa a ser patológica principalmente para os usuários finais.

O potencial inovador da pesquisa que me proponho a realizar reside em expor esse contexto ancorado na leitura tradicional da Lei 8.987/95 e, depois de identificar as distorções e os efeitos práticos daí decorrentes, propor uma alternativa de solução que se inicia com o enfrentamento de problema hermenêutico (art. 39, *caput* e § único, da Lei 8.987/95) para chegar a uma proposta de solução prática para concessionárias de serviços públicos titulares de concessões comuns.

5. Fontes e métodos de investigação

As fontes de pesquisa consistirão em obras doutrinárias nacionais sobre contratos administrativos e concessões de serviços públicos, legislação nacional e jurisprudência em torno da extinção *lato sensu* de concessões. Para comprovar a pertinência das decisões judiciais ao tema do projeto serão investigadas as circunstâncias dos casos concretos a partir do acesso às decisões das instâncias inferiores e teses sustentadas pelas partes nas respectivas disputas judiciais, o que demandará igualmente pesquisa documental.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

A escolha do tema foi provocada pelo testemunho, na condição de advogado com experiência na prestação de serviços à iniciativa privada, de um cenário de concessionárias de serviços públicos constrangidas por contratos de concessão desatualizados, cujas cláusulas se limitam a reproduzir *ipsis litteris* dispositivos legais vagos e ambíguos expostas à inclinação autoritária dos respectivos poderes concedentes que, justiça seja feita, nem sempre encontram ferramentas adequadas que lhes permitam agir de outra forma mesmo quando assim o desejam.

Essa mesma experiência revela forte resistência do poder público – principalmente municipal – em atualizar seus contratos de concessão no mesmo passo das alterações legislativas. É possível derivar essa resistência do enviesado *princípio da licitação* que, nesse ponto, engessaria os arranjos contratuais originais e vedaria incluir mecanismos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro simplesmente porque não previstos nos respectivos editais.

Por fim, casos judiciais concretos que expuseram as distorções do binômio caducidade/rescisão foram por mim patrocinados; outros tantos, ainda em curso e nos quais atuo na defesa dos interesses das concessionárias, expõem uma inclinação do poder judiciário a aderir à leitura tradicional da extinção da concessão por rescisão que, conforme será demonstrado ao longo do trabalho, não deriva exatamente da Lei 8.987/95 e, pior que isso, desafia sua lógica.

7. Indicação de literatura especializada e obras de referência

O tema escolhido para o projeto de pesquisa é autóctone, o que restringe o campo de interesse quanto à literatura especializada e às obras de referência à produção nacional. O que informa o projeto de pesquisa é um problema jurídico prático e a proposta é enfrentá-lo com as ferramentas disponíveis nos limites – legislativos, doutrinários e jurisprudenciais – da experiência concreta nacional.

Recente alteração legislativa inseriu no cenário novas ferramentas para lidar com concessões de serviços públicos que, até então, recaíam na rígida lógica já mencionada do *descumpriu/rompeu*. Se é certo que a Lei 13.448/17 foi promulgada para enfrentar *concessões inviáveis*² no âmbito federal, o efeito mimético das iniciativas da União Federal sobre as demais esferas da Federação tende a se produzir igualmente aqui, com desdobramentos inevitáveis sobre o tema do projeto de pesquisa.

Quanto a essa inovação legislativa, a produção doutrinária é superficial e a cautela recomenda deixar aqui a ressalva de que a relação da literatura especializada e das obras de referência será incrementada ao longo da execução do projeto de pesquisa e na medida em que esse estado pós-promulgação da lei seja superado.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 1996.

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987/95 e à Lei 9.074/95 com as inovações da Lei 9.427/96 e da Lei 9.648/98, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA, Sérgio. Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Retomada de serviço público dado em concessão. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 229-250.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Pareceres de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

² A expressão é de Marçal Justen Filho (A inviabilização da concessão de serviço público e o cabimento de sua extinção. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 26, set./out. 2016).

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Direito Administrativo como “caixa de ferramentas”: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Coleção Pareceres, v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

8. Sumário preliminar

Introdução

1. Concessão resiliente

1.1 Onde reside a resiliência?

1.1.2 Alterações legislativas

1.1.3 Alterações contratuais

1.2 Como tornar uma concessão resiliente?

1.2.1 Limites intrínsecos

1.2.2 Limites extrínsecos

1.3 O problema prático

2. Extinção de concessão por rescisão

2.1 O estado atual da técnica

2.1.1 O que diz a lei geral de concessões?

2.1.2 O que diz a doutrina sobre a lei geral de concessões?

2.1.3 A judicialização da rescisão

2.2 O problema hermenêutico

3. Como lidar com a rescisão

3.1 Proposta de solução para o problema hermenêutico

3.2 Efeitos práticos da proposta de solução

3.3 O que a concessionária deve identificar e avaliar?

3.3.1 O inadimplemento contratual do poder concedente

3.3.2 A receita tarifária

3.3.3 O prazo residual

3.3.4 O cronograma de investimentos

3.3.5 O ambiente institucional

3.3.6 A reputação da concessionária

3.4 Riscos associados à rescisão: é possível mitigá-los?

3.5 Recomendações de conduta

4. A rescisão como ferramenta à disposição da concessionária

Conclusão

