

Turma e Ano: MASTER A- 2015

Matéria / Aula: ADMINISTRATIVO

Professor: LUIZ OLIVEIRA JUNGSTEDT

Monitora: Tatiana Carvalho

Aula 09

Tema da aula: Contrato administrativo: concessão de serviço público- Parte final.

Prazo da concessão e tarifa

A Lei 8987/95 traz algumas observações em relação a prazo de contratação da concessão, o que é importante por causa da busca pelo preço módico com o lapso temporal dilatado.

Um dos poucos momentos em que a lei se utiliza do termo prazo é encontrado no art. 18, L. 8987/95, que fala do que deve conter o edital. Vide o inciso I deste artigo:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

Que prazo é esse? Não é especificado, não existe, não é definido. NÃO EXISTE PRAZO MÁXIMO DE CONCESSÃO. Cada caso é um caso, dependendo do investimento a ser feito, da amortização, lucro esperado. É a fase interna da licitação, em que se define quantidade esperada de usuário, tarifa etc. Não há rigor, portanto.

No entanto, a parceria público- privada (PPP) possui prazo. Por que, se é feita justamente para investimento de grande porte, projetos de infraestrutura? Por que então, o art. 5º, I, l. 11079/2004, determina o prazo mínimo de cinco anos e máximo de trinta e cinco anos, incluídas prorrogações?

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Isso é porque a concessão não é comum, é especial, porque o parceiro privado não é remunerado somente com a tarifa do usuário, mas também com dotação orçamentária, quando não só com a dotação orçamentária. A PPP não vive só de tarifa, por isso pode ser fixado um prazo.

Ainda em relação às tarifas, é necessário se responder quem fixa o valor da tarifa.

Cuidado, porque é um entendimento que existe que quem fixa a tarifa é o empresário, o concessionário, o que está errado, mas não de todo.

Por quê? Vide o art. 9º. L. 8987/95:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. Daí dizerem que é o concessionário quem determina o valor da tarifa. No entanto, a licitação não se encerra com o julgamento, não é ela a fase que termina o processo licitatório. Lembre-se que a licitação, na modalidade de concorrência, a modalidade que deve ser feita na concessão de serviços públicos¹, tem como fases:

Edital

Habilitação

Julgamento- onde eu vejo o preço

Homologação

Adjudicação

Ou seja, depois que eu analiso a proposta vencedora, ela ainda vai passar por um crivo da autoridade pública que fez a licitação, e ela vai avaliar os critérios para homologação e adjudicação, inclusive a proposta. E se o administrador entender que a proposta não atende aos critérios, inclusive a modicidade das tarifas, ele pode **revogar** a licitação, porque ela não respeitou um princípio que rege o serviço público.

Veja, não é ilegalidade, por isso ele revoga. Se for percebido, por exemplo, uma tentativa dos licitantes e fraudar a licitação, aí é caso de ilegalidade e o administrador pode **anular** a licitação antes da homologação.

No final, então quem define a tarifa é o poder concedente, quando homologa e adjudica a proposta vencedora, ou quando revoga a licitação para tentar obter um valor menor.

Muita gente, no entanto, ainda acha que é o concessionário, por exemplo, às vezes, promotores públicos vão pedir informações sobre tarifas com os concessionários, quando o certo é buscar informações com o poder concedente, pois foi ele quem homologou a licitação.

Reajuste e revisão das tarifas

Para fecharmos tarifa e modicidade, uma última questão. Como dito, são contratos de longa duração, por isso não se deve esquecer das questões envolvendo reajuste e revisão das tarifas. Na verdade, o reajuste e a revisão são questões referentes a qualquer contrato administrativo, mas são fundamentais na concessão.

Não havendo cláusula, ainda se pode discutir a questão através do princípio da preservação do equilíbrio econômico- financeiro inicial nos contratos administrativos, visando a se evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes. Mas o mais correto é a inserção de cláusulas

¹ Vide art. 2º, II, L. 8987/95, já estudado em aula anterior, ao diferenciarmos concessão e permissão de serviço público.

de reajuste e revisão, e a própria lei de serviços públicos se preocupa com isso, vide os art. 9º, 18, VIII, e 23, IV, todos da L. 8987/95:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

O mais importante nessa questão é saber explicar a diferença entre reajuste e revisão.

O reajuste contratual é a reposição das perdas inflacionárias. Após o Plano Real, a periodicidade mínima do reajuste é anual. Antes, ela era mensal.

Reajuste é, portanto, algo esperado e programado- vide art. 40, XI, L. 8666/93:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Cuidado com o termo *a quo*- entrega das propostas. Os contratos são de adesão e a adesão é no momento da entrega das propostas. É uma casca de banana que costuma cair na prova do CESPE/UNB.

A mesma coisa acontece no fato do príncipe (causa de revisão)- conta a partir da entrega das propostas- vide art. 65, §5º, L. 8666/93:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da

proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

O Reajuste é **ordinário**- tem data para acontecer e **contratual**- está previsto no contrato.

Revisão: se tudo ocorre como esperado, ela não ocorre, porque está ligada à teoria da imprevisão. É em razão de um fato inesperado. É **extracontratual** e **extraordinária**.

Alguns contratos de longa duração possuem cláusulas de procedimentalização da revisão.

Um erro comum é considerar um reajuste de equilíbrio de revisão. Ex: de vinte em vinte anos far-se-á uma revisão do contrato. Isso está errado. Deve ser dado outro nome, como repactuação (como a AGETRANSP chama).

Ou seja, na prática, usam o termo de forma errada, e o candidato deve ter cuidado para não errar. Cláusulas de “reavaliação”, “repactuação” NÃO são revisão, porque ela é EXTRAORDINÁRIA.

REAJUSTE	REVISÃO
Ordinário	Extraordinária
Contratual	Extracontratual

Extinção da concessão

Art. 35, L. 8987/95:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

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.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Muito comum em concurso esse tema.

Duas observações

1) Denominação- vide título X- da extinção

Extinção é gênero. Mas muita gente coloca rescisão, porque é a extinção de um contrato, e na Lei 8666/93, o gênero é tratado por rescisão- vide art. 78, L. 8666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

CUIDADO! Rescisão na Lei 8987/95, é espécie- vide inciso IV:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

(...)

IV - rescisão:

2) Seja lá qual for a forma de extinção, é a extinção do contrato de concessão e não do serviço público- lembre-se do PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

Para que o serviço público continue após a extinção da concessão, foi criado um instituto que acompanha todas essas formas de extinção: reversão- art. 35, §1º, L. 8987/95:

1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Reversão é o retorno ao poder concedente dos bens vinculados ao serviço público.

Mas em uma normalidade, o fim de um contrato é o advento do termo, então a reversão é tranquila. Afinal, já houve a amortização.

Com o advento do termo do contrato, a reversão é, portanto, gratuita. Afinal, já houve a amortização e o lucro do concessionário- regra geral.

Mas contrato de longa duração possui o princípio da atualidade, também conhecido como modernidade e aperfeiçoamento.

Ex: mudanças de tecnologia- como resolver? Ou aumenta a tarifa, ou na reversão há uma amortização- vide art. 36, L. 8987/95:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Pagamento: se houver acordo, sem precatório. Sem acordo, precatório

OBS: estudar a questão dos precatórios no STF- ADIs 4357 e 4425:

QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27).

POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a

apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.

Pergunta do aluno: sequestro da conta dos poderes público, de acordo com o STF. Segundo o professor, se esse foi o teor da decisão, o STF está inovando, pois não há essa previsão na Constituição. Na Constituição, só existe possibilidade de sequestro nas hipóteses de preterição da ordem, e não previsão na lei orçamentária- vide art. 100, §6º, CR:

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

O não pagamento de precatório, pela Constituição, é causa de intervenção no ente federativo, por descumprimento de decisão judicial- vide art. 34, VI e art. 35, IV, ambos da CR:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

A lei traz seis espécies de extinção, mas só conceitua três: encampação, caducidade e rescisão. Em concurso público, é comum perguntar sobre as diferenças entre as três. Por isso, o estudo se baseará nas mesmas perguntas.

- a) qual o motivo?
- b) forma?
- c) há indenização?

A) encampação- art. 37, L. 8987/95:

Art. 37. Considera-se encampação 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, na forma do artigo anterior.

Motivo: interesse público- NÃO HÁ CULPA DO CONCESSIONÁRIO, nem inadimplência.

É cláusula exorbitante do contrato administrativo.

É uma rescisão UNILATERAL do contrato bilateral, é a extinção do contrato por interesse da Administração Pública.

Forma da encampação- deve haver lei autorizativa específica. Até a Lei 8987/95, era feita por decreto do Chefe do Poder Executivo. Até começar a virar moeda eleitoral.

Ex: encampação de empresas para ressuscitar a CTC- Companhia de Transportes Coletivos.

ATENÇÃO: para conceder a concessão, também é preciso ter lei autorizativa- vide Lei 9074/95, em especial seu art. 2º:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995..

A Lei 9074/95 nasceu como MP e virou lei- regula concessão e permissão de energia elétrica- mais importante que a lei da ANEEL- deve ser lido. Nesta lei, os art. 1º a 3º é considerada norma geral para concessão do serviço público.

Art. 2º L. 9074/95- determina que deve haver lei autorizativa, mas dispensa para saneamento e limpeza urbana² e nos já referidos na Constituição da República, nas Constituições estaduais e nas leis orgânicas dos municípios e do Distrito Federal. Esse artigo, no entanto, é de grande inutilidade, por causa do seu final, que dispensa para muitos serviços. Vide por exemplo, o art. 30, V, CR:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

É uma questão de lógica: o Município presta serviço público de interesse local.

Ao mesmo tempo, é uma lei perigosíssima, pois nos pode levar a muitos escorregões. Ex: franquia de serviço postal.

² A lei coloca saneamento e limpeza urbana, mas depois a Lei de 2007 engloba a limpeza urbana no saneamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera inconstitucional a permissão de serviço postal, por causa do art. 21, X, CR:

Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

Autorização para franquia veio com o art. 1º, §1º, L. 9074/95, revogada pela lei de franquia- Lei 11668/2008:

§ 1º Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT com as Agências de Correio Franqueadas - ACF, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão, prazo esse que não poderá ser inferior a de 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002.

Indenização- haverá necessidade de indenização e será prévia.

Tem gente que defende inconstitucionalidade por ofender o precatório, de forma errônea, pois nesse caso, há reversão e não houve culpa do concessionário, não sendo justo que ele ainda precise esperar.

Além disso, uma parcela da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini defende que deve haver também indenização por lucro cessante, mesmo a lei não autorizando. Para eles, como o concessionário não deu causa à extinção, é justo que além de ser indenizado pelos bens revertidos ao poder concedente, deve também receber pelo que deixou de receber. Depois, verificaremos outro motivo pelo qual Celso Antônio defende esse posicionamento e faremos as críticas necessárias.

Portanto, resumindo:

Motivo- razão de utilidade pública

Forma: lei autorizativa específica

Indenização: prévia

B) caducidade

Art. 38, L. 8987/95:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.

Tem finalidade de sanção.

O motivo é a inadimplência do concessionário, inexecução total ou parcial. O concessionário, portanto, dá causa.

Mas como existem graus de inadimplência, o poder concedente pode escolher a caducidade ou a multa. É uma decisão discricionária da Administração, de acordo com a gravidade da inadimplência. Ex: SUPERVIA, quando houve o episódio do espancamento dos usuários, sofreu uma multa pela AGETRANSP de 150 mil reais, e não perdeu a concessão.

O *caput* do art. 38 não traz a forma e se há indenização, só o motivo. Mas é uma forma muito mais explicitada que a encampação, pois depois o artigo se desdobra em seis parágrafos. E nesses parágrafos, explica-se a forma e a questão da indenização.

A forma é prevista no §4º do artigo:

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

É um decreto do poder concedente, mas que antes vem precedido de um processo administrativo, em que se verifica a existência da inadimplência ou dos fatos que ensejam a caducidade, assegurada a ampla defesa do concessionário.

Isso é reforçado no §2º:

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

E isso porque é uma sanção.

Decreto é ato unilateral, rompendo um vínculo bilateral, portando a caducidade também pode ser considerada uma cláusula exorbitante, tanto quanto a encampação.

Já a indenização também vem prevista nos §§4º e 5º:

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

Vai haver indenização? Sim, mesmo que ele dê causa, porque toda forma de extinção, frise-se novamente, leva à reversão dos bens vinculados ao serviço público, visando à sua continuidade. Como ainda não houve a amortização do investimento, deve haver indenização, de forma a se evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

A questão que alguns comentam são os parâmetros dessa indenização- vide o §5º novamente:

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

Como se percebe, utiliza-se os mesmos parâmetros de indenização utilizados na hipótese de encampação.

Daí, Celso Antônio Bandeira de Mello defender que deve haver um *plus* na indenização na hipótese de encampação, que seriam os lucros cessantes, porque senão duas causas diferentes teriam as mesmas consequências, o que seria injusto para o concessionário que tem seu contrato extinto sem culpa.

Pergunta do aluno: no caso, considerando que na encampação e na caducidade a Administração Pública fica com os bens adquiridos pelo concessionário para a prestação de serviço, e o concessionário não precisa fazer licitação, podendo comprar até por um preço exorbitante porque será ressarcido depois, não haveria violação à regra de licitação até com prejuízo para a Administração? O professor entende que não. Primeiro, porque é ilógico pensar que um empresário vai adquirir bens com valor mais alto pensando em uma futura indenização, quando sua finalidade é o lucro mais imediato possível. Pode acontecer por conta do que a gente já conhece dos “empresários” que costumam participar de concessões na vida real, mas na lógica, o argumento perde força.

Além disso, o Poder Público não tem interesse nenhum em um acordo, porque a indenização, no caso da caducidade, NÃO é prévia- portanto, há a reversão imediata dos bens, e depois indeniza. E aí o Poder Público pode não concordar com os valores apresentados pelo concessionário e se ele for ao Judiciário, vai cair no precatório. Então, é pouco provável que aconteça essa situação, sem haver improbidade administrativa.

E dessa questão de não ser uma indenização prévia que cabe uma crítica ao posicionamento do Celso Antônio. As indenizações nas hipóteses de encampação e caducidade não são as mesmas, nem mesmo parecidas. Na encampação, a indenização é prévia, e na caducidade não.

E ainda tem mais, aplica-se descontos na indenização se a hipótese é de caducidade, vide o final do §5º:

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

Isso não tem na encampação, por isso elas são diferentes, e não cabe lucros cessantes na encampação.

Em resumo: motivo- culpa do concessionário

Forma- decreto, precedido de processo administrativo

Indenização- existe, mas não é prévia, e observa os parâmetros do art. 38, §5º, L. 8987/95.

C) Rescisão

Art. 39, L. 8987/95:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

O motivo, portanto, e a inadimplência de alguma obrigação por parte do poder concedente, e a forma, uma ação judicial específica.

Não é, portanto, cláusula exorbitante. Não cabe rescisão unilateral pelo concessionário, deve haver uma ação. Ele pode até tentar um acordo, mas por sua iniciativa, não pode rescindir o contrato.

Principal ponto a ser discutido, é a questão da paralisação do serviço. O concessionário pode requerer liminar para interromper o serviço?

Poder ele até pode, mas o juiz não irá conceder, diante do disposto no art. 39, §1º, L. 8987/95: **Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.**

Alguns doutrinadores, como Carvalho Filho, acabam criticando essa impossibilidade de concessão de liminar, erradamente. Isso porque o concessionário não é remunerado pelo Poder Público, mas sim pelo usuário, através de tarifa. Ele sofre prejuízo pela inadimplência do poder público? Sim, tanto que deseja rescindir o contrato, mas não é um prejuízo que o leve à falência, porque ele continua recebendo o valor da tarifa do usuário.

Além disso, o princípio da continuidade do serviço público deve ser observado, razão pela qual é correto o dispositivo que veda a concessão de liminar.

Por exemplo, imagine um contrato de concessão de rodovia. O concessionário monta as cabines de pedágio, alarga a rodovia próximo à praça de pedágio, e decide construir um prédio

para administrar os valores recebidos de tarifa. Ao começar a construir, um grupo de moradores da cidade onde foi feita a praça descobre que a construção ficará próxima a uma nascente de um rio importante para a cidade, e pedem ao Ministério Público providências, que consegue o embargo da obra até que seja apresentada uma licença ambiental. A permissão de uso do espaço para a construção do prédio, portanto, acaba não valendo nada. O processo de licenciamento é longo, e enquanto isso, o concessionário sofre prejuízos com o transporte de valores do pedágio até uma cidade próxima com rede bancária, bem como com a perda de contratos que iria celebrar para a utilização do espaço, como lanchonetes, um terminal de atendimento da rede 24 horas etc. Mas o principal, a tarifa, que o remunera, continua normalmente sendo cobrada do usuário, então ele continua tendo lucro. Para que então parar o serviço?

Então, fechando e resumindo:

Motivo- culpa do poder concedente

Forma- ação judicial específica

Indenização- a ser definida em sentença.

PARA FICAR AINDA MAIS CLARO AS DIFERENÇAS:

MODALIDADE	ENCAMPAÇÃO	CADUCIDADE	RESCISÃO
MOTIVO	Interesse público	Culpa do concessionário	Culpa do poder concedente
FORMA	Lei autorizativa específica	Decreto do poder concedente, após processo administrativo	Ação judicial
INDENIZAÇÃO	Prévia, com base no art. 36, L. 8987/95	Não é prévia, segue os parâmetros do art. 36 e do art. 38, §5º, L. 8987/95	A ser fixada na sentença judicial.

Para fechar, duas questões para a próxima aula

- 1) cabe a exceção do contrato não cumprido na concessão de serviço público?
- 2) cabe a exceção do contrato não cumprido no direito administrativo?

Próxima aula- resposta a essas questões e início do estudo de PPPs- parcerias público-privadas.