

As consequências da interrupção do serviço público: fiscalização, intervenção e segurança jurídica na extinção contratual

The consequences of the interruption of the public service: inspection, intervention and legal security in the termination of contract

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho¹

RESUMO

A extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público é, inegavelmente, um momento de tensão não somente para o parceiro da iniciativa privada, mas também para o próprio órgão estatal, vislumbrando a iminente paralisação no fornecimento das tarefas coletivas à população, reflexo da sistemática adotada com as privatizações. Nessa atmosfera de alter-nância entre os atores responsáveis pela execução da atividade, o estatuto das concessões se utiliza de importantes ferramentas normativas, obrigatórias e indissociáveis, comuns em todas as modalidades de interrupção dos contratos, no intuito de conferir maior segurança às partes envolvidas na avença. Dentre as

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Visitante da Divisão de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Membro do Corpo Editorial da Revista Dizer da Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: marco.praxedes@tjce.jus.br.

consequências ordinárias mais importantes podemos facilmente identificar a assunção do serviço, a ocupação das instalações, a extinção de direitos, privilégios e garantias, e, finalmente, o retorno dos bens reversíveis, todas com feições transitórias, aplicadas exclusivamente neste momento de curta, mas significativa, trajetória. A proposta deste estudo reside em, através da análise bibliográfico-empírica, conhecer melhor algumas das particularidades dessa conjuntura, ainda pouco explorada pela literatura especializada, oferecendo soluções factíveis às problemáticas que surgem corriqueiramente nesse contexto da reorganização do aparelhamento administrativo nacional.

Palavras-Chave: Interrupção do Serviço Público. Extinção Contratual. Consequências Legais. Segurança Jurídica. Lei n. 8.987/95.

ABSTRACT

The termination of the administrative contract for the concession of public service is undoubtedly a moment of tension not only for the private initiative partner but also for the state agency itself, foreseeing the imminent stoppage in the provision of collective tasks to the population, a reflection of the systematic privatization. In this atmosphere of alternation between the actors responsible for carrying out the activity, the status of the concessions uses important normative tools, obligatory and inseparable, common in all modalities of contract interruption, in order to give greater security to the parties involved in the agreement. Among the most important ordinary consequences we can easily identify the assumption of service, occupation of facilities, extinction of rights, privileges and guarantees, and finally, the return of reversible assets, all with transient features, applied exclusively in this moment of short, but of significant, trajectory. The purpose of this study is to better understand

some of the peculiarities of this situation, which has not yet been explored in the specialized literature, offering feasible solutions to the problems that arise in the context of the reorganization of national administrative apparatus.

Keywords: Interruption of Public Service. Contractual Termination. Normative Consequences. Legal Certainty. Law n. 8.987/95.

1 INTRODUÇÃO

Embora a concessão de serviços públicos seja considerada uma das questões mais clássicas da teoria geral do direito administrativo, tendo sua gênese na própria transição estatal para o modelo liberal, seu estudo doutrinário passou por um longo período de completa estagnação e neutralidade.² O declínio pelo interesse na utilização do modelo específico das concessões, como forma de efetivar as atividades de utilidade coletiva que exigiam grandes investimentos financeiros e corpo técnico altamente especializado, ocorreu a partir da década de 1930 em razão da expressiva instabilidade econômica, herança lamentavelmente deixada pelas duas grandes guerras mundiais. Somente devido à reorganização do aparelhamento administrativo do Estado, iniciada a partir da segunda metade do século XX, houve um rejuvenescimento nas meditações sobre a matéria, servindo de estímulo para novas reflexões e pesquisas, fazendo renascer o interesse sobre o assunto.

Seguindo a tendência reformista estatal, sob o comando

² Imperioso ressaltar que existe divergência quanto ao conceito de serviço público na doutrina administrativista nacional, estando a qualificação de uma determinada atividade com essa rotulagem imersa no universo da escolha política, fixada tanto na seara constitucional ou infraconstitucional, quanto no ambiente jurisprudencial ou consuetudinário, vigentes em determinado momento, inexistindo um serviço público essencialmente natural (GROTTI, 2000, p. 45).

do então presidente Fernando Henrique Cardoso, o Governo Federal lançou, no início da década de 1990, o famigerado e controverso Programa Nacional de Desestatização de empresas, bens e serviços públicos, responsável pela reordenação da posição estratégica do Estado frente à economia. O aumento gradual do número de colaborações entre os setores público e privado, em decorrência de descentralização das atividades estatais, gerou a necessidade da formalização da avença por meio de um contrato tipicamente concessionário, a fim de criar um ambiente de certeza, segurança e estabilidade à relação. Foi trilhando por este espírito de reestruturação, mas com justificativas idênticas àquelas que nortearam seu nascimento, que surgiu o atual regime jurídico exorbitante dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, todos subordinados ao interesse coletivo, predominando em face da vontade privada.

Contemporaneamente, as diretrizes gerais do regime da concessão e permissão de serviços públicos se encontram positivadas na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, denominada pela doutrina de concessão ordinária ou concessão comum.³ Embora tais diplomas legislativos tenham criado um sistema estável, uniforme e ordenado sobre o trato da concessão em toda a extensão do território nacional, suas alíneas não representaram muita novidade aos pesquisadores do direito administrativo, pois os recém-cria-

3 Imperioso ressaltar que existe divergência quanto ao grau de incidência da Lei nº 8.987/95: a primeira corrente, em posição minoritária, entende que se trata de lei federal, sendo aplicável somente às concessões de serviços públicos de titularidade da União, desde que não seja objeto de legislação específica (MARQUES NETO, 2015, p. 176); a segunda corrente, em posição majoritária, entende que se trata de lei nacional, apresentando normas de caráter geral, tendo aplicação em todas as concessões de serviços públicos realizadas no país (MOREIRA, 2010, p. 53); a terceira corrente, em posição minoritária, entende que apenas as normas gerais da lei federal são consideradas nacionais, sendo apenas este pequeno grupo aplicável às concessões de serviços públicos, efetuadas pelas demais unidades federativas (MONTEIRO, 2010, p. 121).

dos comandos normativos incorporaram diversas regras sobre o tema já bastante abordado na doutrina e jurisprudência. Todavia, com uma roupagem inovadora, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foi responsável pela instituição da parceria público-privada no ordenamento jurídico nacional, passando a ser designada de concessão especial ou concessão incomum, na modalidade patrocinada ou administrativa.⁴

Iniciando a exploração das entrelinhas do Estatuto das Concessões, cabe ressaltar a posição estratégica da fiscalização e intervenção da atividade, localizados todos antes do capítulo da extinção contratual, fornecendo um terreno frutífero às medidas governamentais, dando um suporte logístico à interferência estatal no serviço concedido. Adentrando o núcleo da pesquisa, foram investigadas as principais consequências normativas obrigatórias que, na maior parte dos casos, são comuns a todas as formas de encerramento da atividade transferida à iniciativa privada, criando um ambiente de segurança jurídica entre os atores envolvidos, afastando imprecisões contratuais.⁵ Por fim, restou concluído que as cláusulas arroladas não apresentam uma natureza sancionatória, possuindo, na verdade, a missão de clarificar essa delicada etapa de alternância, amenizando a complexidade do procedimento, tornando o ambiente menos hostil, estimulando o surgimento de novas parcerias.

4 Também é possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro algumas leis setoriais estabelecendo normas especiais para temáticas exclusivas, regulando atividades bastante singularizadas, tais como a energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás, portos, navegação aérea, dentre outros serviços.

5 Nos termos do Estatuto das Concessões existem seis modalidades básicas de extinção da cooperação arquitetada entre o público e o privado: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, Lei nº 8.987/95). Porém, essa listagem positiva não é completamente exaustiva, *numerus clausus*, mas somente exemplificativa, *numerus apertus*, sendo possível vislumbrar outras possíveis formas de interrupção da parceria com a iniciativa privada, aplicadas em situações excepcionais e peculiares, a exemplo do distrato, desaparecimento do objeto e força maior.

2 A FUNÇÃO PREVENTIVA DA FISCALIZAÇÃO E DA INTERVENÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A fiscalização e a intervenção representam diferentes instrumentos normativos de controle interno do poder concedente sobre a forma de execução dos atos dos parceiros privados. Enquanto o primeiro retrata uma função mais de caráter preventivo, de vigilância sobre a regularidade dos acontecimentos, evitando possíveis inconveniências, o segundo assume uma posição mais de cunho repreensivo, de concerto dos equívocos ocorridos, reparando incômodos manifestos. O ponto convergente entre ambos os institutos reside tanto na ideia geral de domínio sobre a titularidade do serviço público, quanto na noção de poder-dever de vigilância das condutas praticadas.

Notocante à fiscalização da execução do serviço público, sua prática é constante e permanente, sendo expressamente rotulada como um encargo natural do poder concedente responsável pela delegação, exercida em parceria com os usuários (art. 3º, Lei nº 8.987/95 c/c art. 29, I, Lei nº 8.987/95). Oportuno realçar a conduta proativa da administração pública diante da atividade traspassada, configurando a inspeção não como uma simples faculdade do gestor competente, mas uma obrigação governamental, devendo fazê-lo sempre de ofício, independentemente de qualquer intervenção jurisdicional. A exigência normativa pela fiscalização contínua representa uma faceta do dever geral do poder concedente de acompanhar a execução da concessão, zelando pela regularidade do desempenho do serviço público, buscando evitar o rompimento antecipado do contrato administrativo.

O Estado tem a incumbência de assegurar a adequada prestação do serviço público – seja de forma direta (responsabilidade de execução), seja por meio do concessionário ou permissionário (responsabilidade de garantia da prestação). No caso da prestação indireta a tarefa é muito mais árdua: uma coisa é fornecer o serviço na justa medida das possibilidades financeiras estatais (e desideratos políticos); outra, bastante mais complexa, é ver se alguém que detém o título de expert em certa atividade, para quem foi constituída nova situação jurídica com forte caráter mandamental (ornamentada por deveres extraordinários e fronteiras de ganhos), está bem executando o contrato. (MOREIRA, 2010, p. 169).

Tamanha preocupação pelo controle da atividade deslocada fez com que o legislador constituinte originário deixasse sedimentado em seu texto as condições da fiscalização como uma exigência obrigatória a ser abordada na lei que regulamentasse a prestação de serviços públicos (art. 175, Parágrafo Único, Constituição Federal de 1988). Além das condições da fiscalização, a espécie normativa responsável pela regulamentação das delegações também disporão sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial do contrato e prorrogação, as situações de caducidade e rescisão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. Identificar corretamente o regime jurídico responsável pela orientação da gestão colaborativa é de extrema importância para a manutenção da cooperação, oferecendo ferramentas objetivas e seguras às partes envolvidas, garantindo a oferta permanente da atividade à população.

A vigilância ocorrerá por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar,

por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, Parágrafo Único, Lei nº 8.987/95). Existem, portanto, duas grandes espécies de fiscalização: aquela realizada de forma eventual e aleatória; aquela efetivada de maneira periódica e habitual. Quanto à primeira, a ocasional, poderá ocorrer diretamente pelo poder concedente, através do seu próprio órgão técnico, ou indiretamente, através de entidade devidamente conveniada. Quanto à segunda, a regular, ocorrerá sempre por meio de uma comissão especialmente fixada para essa finalidade, contendo representantes de todas as partes envolvidas na relação, do poder concedente, da concessionária e dos usuários, conferindo transparência aos atos praticados.

Interessante observar que o legislador afastou qualquer possibilidade da fiscalização ser operacionalizada sem a participação do poder concedente, pois mesmo a modalidade eventual indireta não ocorre de forma livre e desembaraçada, existindo uma cooperação prévia e um controle permanente do titular do serviço público.

O detalhamento sobre a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e das práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, é apontado como sendo uma cláusula essencial do contrato de concessão (art. 23, VII, Lei nº 8.987/95). Agiu bem o legislador em transferir as minúcias da prática fiscalizatória para o contrato administrativo, sítio mais apropriado para esse tipo de discussão, visto que diversas são as formas de serviços executadas pelo concessionário, podendo a vigilância diversificar de maneira significativa de uma para a outra.

No regular exercício da fiscalização sobre as empresas

concessionárias o poder concedente poderá, ainda, ter acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30, *caput*, Lei nº 8.987/95). Por sua vez, viabilizando essa função de sentinela, constitui uma incumbência da empresa concessionária permitir o livre acesso, em qualquer época, dos encarregados da fiscalização às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis (art. 31, V, Lei nº 8.987/95). Dentro do poder geral de fiscalização, nada impede que as partes, de comum acordo, por meio de contrato administrativo, formalizem a ampliação deste rol normativo, estipulando novos acessos a outros elementos de informação da concessionária.

Vale ainda ressaltar que a fiscalização exercida pelo órgão competente não acarreta na exclusão ou atenuação da responsabilidade da concessionária com relação à execução do serviço concedido. Desta forma, caberá ao parceiro privado responder integralmente por todos os prejuízos causados tanto ao poder concedente, quanto aos usuários e terceiros envolvidos na relação (art. 25, Lei nº 8.987/95).

No tocante à intervenção da execução do serviço público, sua prática pode ser dividida em duas linhas de ação segundo as disposições normativas do Estatuto das Concessões: uma de contorno mais genérico e abrangente, denominada de *lato sensu*; outra de perímetro mais específico e singular, denominada de *stricto sensu*.

A primeira forma de intervenção, considerada *lato sensu*, opera do poder concedente sobre as pessoas jurídicas ou consórcios de empresas responsáveis pela execução do serviço público (art. 32, Lei nº 8.987/95). Tal ingerência possui

caráter meramente provisório e tem por objetivo assegurar a adequação na prestação do serviço e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais. Para essa modalidade, a intervenção será formalmente instaurada por intermédio de decreto oriundo do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da manobra e os objetivos e limites da medida.

Após a declaração formal da intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar um procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar eventuais responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa. Ficando comprovado que a medida interventiva não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo ao direito indenizatório. Importante negritar que, após aberto, o procedimento administrativo instaurado deverá ser concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de considerar inválida a intervenção.

O desígnio pela opção do gestor governamental pela forma temporária de intervenção na empresa concessionária objetiva, apenas, identificar as irregularidades encontradas na prestação do serviço, dialogando fórmulas para solucionar os entraves. Pela leitura dos dispositivos relacionados ao tema se constata que não há nesse ambiente de intromissão estatal a finalidade de encerrar a parceria, extinguindo a relação contratual, predominando apenas o clima de reparação das falhas ventiladas, alinhando o desempenho do trabalho. Porém, se durante a intervenção restar comprovada a ocorrência de violações graves imputadas à concessionária, poderá o poder

concedente se utilizar do instituto da caducidade, extinguindo unilateralmente a relação contratual. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

A segunda forma de intervenção, considerada *stricto sensu*, opera do poder concedente sobre a empresa concessionária, quando nos referimos ao fenômeno da encampação (art. 35, II, Lei nº 8.987/95 c/c art. 37, Lei nº 8.987/95). Tal ingerência possui caráter permanente e tem por objetivo a extinção unilateral e definitiva do contrato administrativo firmado entre as partes envolvidas. Para essa modalidade, a intervenção também será formalmente instaurada através de decreto oriundo do poder concedente, porém, sem a designação de interventor e prazo da manobra, de acordo com os requisitos estabelecidos no estatuto das concessões.

Também denominada de resgate pela maioria dos administrativistas, a encampação é a primeira modalidade extraordinária de extinção unilateral dos contratos de concessão por ato do poder concedente. Dentre as espécies de interrupção, a encampação é considerada a modalidade mais hostil e invasiva, tendo no fator surpresa o principal responsável por essa agressividade, apanhando desprevenido o concessionário, bastando somente a existência de motivos supervenientes de interesse público para o encerramento da avença.⁶ Deve, ainda,

6 O fenômeno da encampação se apresenta no ordenamento jurídico concessionário como sendo a retomada antecipada e coativa, por ordem do poder concedente, do serviço concedido ao particular, estritamente por motivos de interesse público. É a recuperação abrupta da atividade delegada, através de ato unilateral, antes de expirado o prazo final de encerramento do contrato firmado, visando à retomada iminente do serviço concedido, pondo fim à parceria celebrada com a iniciativa privada (MORAES FILHO, 2015, p. 222).

ser afastado qualquer traço de natureza sancionatória, sendo possível sua decretação ainda que o parceiro provado não tenha violado seus deveres contratuais ou legais.

Vários são os fundamentos de cunho principiológico invocados pela doutrina mais abalizada no intuito de fundamentar a extinção unilateral dos contratos administrativos de prestação de serviços públicos. Porém, neste ambiente extremamente fértil, duas construções teóricas ganham especial destaque: o princípio da supremacia do interesse público, também denominado de princípio da finalidade pública, e o princípio da continuidade do serviço público, também denominado de princípio da permanência. Enquanto o primeiro se revela pela localização privilegiada de pilar fundamental de toda relação hierarquizada na seara administrativa, o segundo sobressai pela incidência específica e intrínseca no âmbito do serviço público. Como os atores envolvidos na concessão estão sob um regime jurídico-administrativo especial, se alocando em patamares diferenciados, cabe ao poder concedente, sobrepondo-se aos interesses particulares, por fim à relação instaurada.

Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente, para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar tarifas justas e punir infrações regulamentares e contratuais. Por isso, existem as hipóteses de intervenção. (SADDY, 2013, p. 39).

Diante do exposto, podemos inferir que a fiscalização e a intervenção desempenham uma função estratégica de controle da prestação do serviço público concedido, garantindo

regularidade da atividade. Possuindo uma natureza indeclinável, a permanente vigilância do poder concedente também retrata a transparência do processo de concessão, uma constante invariável durante toda a execução do contrato, refletindo a busca pela qualidade, viabilizando o desenvolvimento social, faceta mais contemporânea do direito administrativo pátrio. Assim, inerente à realização do interesse público, compete ao órgão concedente não só o papel de regulamentar, mas também controlar o serviço, nos limites legais e contratuais ajustados.

3 AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERRUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público representa um momento de tensão não apenas para o parceiro da iniciativa privada, mas também para o próprio órgão estatal concedente. Nesse clima de alternância entre os atores responsáveis pela execução da atividade, o Estatuto das Concessões se utiliza de importantes ferramentas normativas, consideradas obrigatórias. A proposta do legislador foi criar uma atmosfera de certeza jurídica neste momento delicado de transição, conferindo maior segurança às partes envolvidas, afastando incertezas de origem contratual. Nesse sentido leciona Scartezzini (2006, p. 91), afirmando que o elemento surpresa não se coaduna com o perfeito exercício de consecução do interesse público.

Através do estudo sistemático das modalidades de extinção dos contratos de concessão de serviços públicos, algumas consequências ordinárias, na maior parte dos casos,

comuns em todas as formas, podem ser facilmente identificadas. As principais são: (a) assunção do serviço; (b) ocupação das instalações; (c) extinção de direitos, privilégios e garantias; (d) retorno dos bens reversíveis. Tais efeitos, além de cogentes, são geralmente indissociáveis, não podendo se apresentar de forma parcelada ou isolada uma das outras, devendo operar quase sempre em conjunto, formando um complexo harmônico de resultados. A presunção é obtida em face da localização estratégica onde aparecem positivadas, nos parágrafos logo após as modalidades de extinção, sem mencionar nenhum tratamento individualizado.

3.1. Assunção do serviço

A principal consequência normativa acerca da interrupção dos contratos de concessão de serviços públicos é a imediata assunção, pelo poder concedente titular da atividade transferida, do mister anteriormente executado pelo parceiro privado (art. 35, § 2º, Lei nº 8.987/95). Isso representa uma nítida avocação do compromisso de realizar a promoção dos serviços coletivos rotulados como necessários à sociedade. O mesmo ente federativo que transferiu ao particular a competência para executar determinada atividade de relevância pública assume, novamente, a responsabilidade na sua prestação, exatamente no estado em que a atividade se encontrar.

Alguma das justificativas para se convocar o objeto anteriormente contratado é o não repasse em definitivo das atribuições à concessionária, tornando-se a titularidade na sua prestação uma ação indelegável, reforçando o ambiente de segurança jurídica, principalmente naquelas avenças de

longo prazo. De natureza administrativa, a medida ocorre sem qualquer participação jurisdicional, sendo convocado apenas em situações excepcionais. Também é possível fundamentar a ideia de apossamento invocando a abstração de que, se o parceiro privado tivesse adimplido suas obrigações contratuais a transferência ocorreria naturalmente ao final da avença, retornando o objeto ao poder concedente.

De acordo com a terminologia imperativa do dispositivo legal, a retomada da execução do serviço deverá ocorrer de forma imediata, instantânea, automática, ou seja, a etapa de substituição na efetivação da atividade deverá sobrevir o mais rápido possível, sem delongas, atrasos ou demoras. Como se trata de um trabalho relevante, se exige celeridade na sua recuperação a fim de não interromper a prestação. A brevidade do efeito ocorre, também, devido à submissão ao princípio da continuidade do serviço público, requisito indispensável para a caracterização de uma atividade prestada à população de maneira adequada, visando o pleno atendimento dos usuários.

A continuidade do serviço público, como princípio a ser observado pela Administração Pública, configura um dever a ser implementado na prestação do serviço, seja pela própria Administração, seja pelo concessionário ou permissionário. A gestão desse interesse impõe-se como objetivo a ser perseguido na obtenção de serviço adequado. (SCARTEZZINI, 2006, p. 117).

Como desdobramento da assunção do serviço é possível identificar a necessidade da realização de levantamentos, avaliações e liquidações quando necessários, no intuito de apurar o montante devido à concessionária a título de indenização em face da reversão dos bens e serviços transferidos. A fim de

aplicar corretamente esse dispositivo, se torna necessário que o gestor público analise cada interrupção contratual de forma isolada. O alerta normativo tem fundamental relevância, pois ao contrário do art. 35, § 4º da Lei nº 8.987/95, que direciona a indenização somente para as hipóteses de advento do termo contratual e encampação, a regra universaliza o ressarcimento pecuniário a todas as modalidades de extinção da concessão.

Invocando o regime jurídico dos contratos administrativos, importante fazer referência à previsão da assunção imediata do objeto contratado na Lei Geral das Licitações, advinda da prerrogativa de rescisão da avença por ato unilateral e escrito da Administração Pública (art. 58, II, Lei nº 8.666/93 c/c art. 80, I, Lei nº 8.666/93). Os rascunhos da teoria geral dos contratos servem de suporte interpretativo para as legislações especiais. Caso a aplicação desta medida, que está dentro do juízo de discricionariedade do poder concedente, podendo dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta, seja utilizada para fins obscuros, de caráter pessoal, haverá desvio de finalidade, permitindo controle jurisdicional.

3.2. Ocupação das instalações

No intuito de viabilizar materialmente a prestação do serviço à população, zelando pela ininterrupção da atividade, ao poder concedente tanto é permitido ocupar as instalações da antiga concessionária, como a utilização de todos os bens reversíveis desta (art. 35, § 3º, Lei nº 8.987/95). Portanto, também existe uma discricionariedade do gestor público que poderá escolher, diante do caso fático, qual a melhor opção para o órgão. Esta consequência é bastante racional, pois como

a assunção do serviço deve ser realizada de forma imediata, dificilmente o poder concedente terá uma estrutura física própria e, principalmente, disponível capaz de desempenhar o mesmo papel da concessionária.

Observemos neste tópico mais um nítido desdobramento do princípio da continuidade da prestação do serviço público, onde a sua interrupção deve ser evitado ao máximo, preceito vetor de todo o regime especial, mola propulsora capaz de influenciar na interpretação dos dispositivos normativos. Também de natureza administrativa, a medida ocorre sem qualquer participação jurisdicional, sendo convocado apenas em situações excepcionais. Mesmo que a atividade prestada à população deixe de existir por razões de interesse público, fenômeno intitulado de desafetação do serviço, a medida de ocupação será cabível, desde que originárias dos cofres públicos, pois as instalações poderão ser utilizadas para outras finalidades.

Igualmente, com as devidas relativizações, ainda é possível evocar ao universo dos serviços públicos a incidência da teoria da vedação do retorno ao *status quo ante*, também denominada de teoria da vedação do retrocesso, cultivando a razoável efetivação dos direitos fundamentais. A progressiva ampliação dos direitos rotulados como fundamentais é uma derivação principiológica instintiva dos regramentos constitucionais. Porém, esse instituto não pode ser interpretado de forma rígida, levando ao congelamento do ordenamento jurídico infraconstitucional, tendo em vista a complexidade e a dinâmica nacional, em especial a instabilidade econômica, podendo ocorrer sutis alterações na fórmula estatal original.

A vedação do retrocesso é uma das expressões da eficácia das normas constitucionais programáticas

ou de eficácia limitada, das quais constituem exemplo a maior parte das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que não criam direitos que possam impor ações ao Legislador ou ao Poder Executivo, mas que têm a força de impedir a edição de normas ou comportamentos que lhes sejam contrários: se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação e o Estado, após implantá-la, resolve abandoná-la, estaria, nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional. (ARAGÃO, 2013, p. 516).

Quanto à ocupação dos bens reversíveis, há de se fazer uma distinção entre os de natureza pública e privada. Em relação ao primeiro, feita gratuitamente, ocorre a simples desafetação dos bens no tocante ao serviço público antes prestado, voltando o Estado a ter a posse direta dos mesmos. A própria lei determina a necessidade de uma estipulação prévia em contrato de quais bens serão revertidos ao poder concedente. Em relação ao segundo, feita onerosamente, para aqueles bens ainda não amortizados pelas tarifas pagas pelos usuários, pois o encerramento prematuro interrompe a recuperação do investimento realizado. Também há necessidade de uma identificação anterior em contrato de tais bens.

Vale ressaltar que a empresa concessionária não possui capacidade legal para impedir que o poder concedente realize a ocupação dos instrumentos ou a utilização dos bens reversíveis, que achar conveniente e oportuno, necessários à preservação da continuidade da prestação do serviço público. Eventual recusa do parceiro privado em permitir o acesso dos agentes públicos acarretará em ato ilícito. Todavia, se logo depois do apossamento pelo poder público restar configurado abuso de poder, através da análise dos motivos que a originaram, nada

impede que a referida conduta seja questionada administrativa e judicialmente, a fim de restabelecer a situação anterior.

Invocando novamente o regime jurídico dos contratos administrativos, importante fazer referência à previsão da ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal, empregados na execução do objeto contratado, necessários à sua continuidade, na Lei Geral das Licitações (art. 58, II, Lei nº 8.666/93 c/c art. 80, II, Lei nº 8.666/93). Outra vez, as prerrogativas ocorrem em razão da interrupção da avença por ato da administração. Todavia, segundo o alerta de Justen Filho (2004, p. 587), o dispositivo acima deve reputar-se revogado, tendo em vista o raciocínio da ocupação das instalações serem exclusividade da legislação especializada das concessões e permissões de serviços públicos, sendo completamente inviável sua incidência no âmbito dos contratos administrativos comuns.⁷

3.3. Extinção de direitos, privilégios e garantias

Com o advento da extinção do contrato administrativo de serviço público, o parceiro privado será naturalmente despedido de todos os direitos e privilégios de que antes gozava, conforme previamente estabelecido no edital e no próprio instrumento responsável pela formalização da avença (art. 35, § 1º, Lei nº 8.987/95). Agiu com bastante lógica e prudência o legislador derivado, sublinhando que encerrada a concessão, também estará encerrada todas as vantagens dela decorrentes.

⁷ Outra justificativa utilizada para fundamentar a revogação do dispositivo está apoiada no fato de que, originalmente, as normas da Lei nº 8.666/93 também se destinavam a regularizar as concessões e permissões de serviços públicos, sendo essa questão posteriormente contemplada pela edição da Lei nº 8.987/95, considerada norma especial em relação aquela, deixando sem utilidade o regramento investigado (JUSTEN FILHO, 2004, p. 588).

O desaparecimento do regime jurídico próprio e diferenciado, antes vivenciado entre as partes, ofusca todo e qualquer benefício transferido à época para a iniciativa privada, encerrando em definitivo com aquele ambiente destoante, voltando o parceiro a ocupar sua posição na clássica relação hierárquica.

Logo após a extinção dos direitos e privilégios, haverá a retomada pelo poder concedente, de forma automática, do exercício de todas as prerrogativas transferidas ao parceiro privado, dispensando maiores formalidades administrativas ou jurisdicionais para sua efetivação. Atitude também bastante coerente do legislador, não restando motivos para o concessionário prosseguir se utilizando das regalias após encerrada a parceria. Dessa forma, é possível concluir que não se tratam de atos isolados, realizados em etapas, mas de uma ação conjunta, instintiva e reflexiva, estando a interrupção da concessão, a extinção dos direitos e a retomada das prerrogativas todas entrelaçadas em apenas um movimento. Como não poderia ser diferente, idêntico tratamento será dado às eventuais garantias inicialmente prestadas pela empresa concessionária no início da execução contratual.

Os dois exemplos mais citados na doutrina especializada são as situações de isenção tributária e de caução. Quanto ao primeiro, na órbita dos direitos e privilégios, significa uma dispensa do crédito tributário, concedido pelo poder público competente para exigí-lo, criando um regime tributário mais benéfico ao concessionário. Assim, extinta a concessão, também restará extinto o privilégio tributário anteriormente concedido. Quanto ao segundo, na atmosfera das garantias, significa uma precaução extraordinária à relação, efetivada através de depósito em valores pelo concessionário a fim de responder por

eventuais imprevistos. Assim, extinta a concessão, caberá ao poder concedente realizar a devolução da quantia oferecida.⁸

3.4. Retorno dos bens reversíveis

Ainda é possível vislumbrar como último efeito compulsório oriundo da extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público o retorno de todos os bens reversíveis ao poder concedente, nos termos do pacto firmado (art. 35, § 1º, Lei nº 8.987/95). Também denominado de reversibilidade, o processo de identificação de quais bens exatamente deverão ser devolvidos ao poder concedente, em face da vinculação direta ao serviço prestado, não é tarefa das mais fáceis, podendo causar enorme controvérsia entre as partes. Porém, seja qual for a hipótese de interrupção da parceria, haverá a incorporação dos bens da concessionária, previamente apontados como reversíveis, ao patrimônio do órgão estatal concedente.

Não devemos confundir o fenômeno do retorno dos bens reversíveis com o experimento da ocupação dos bens reversíveis, embora ambos sejam consequências racionais e irrefutáveis da extinção da concessão. Enquanto o primeiro apresenta um caráter perpétuo e vitalício, objetivando regularizar a situação patrimonial da aliança estabelecida, o segundo possui um caráter emergencial e temporário, visando manter a continuidade do serviço público à população. Na prática, a ocupação acaba funcionando como uma maneira de

8 Com relação à caducidade, modalidade de extinção contratual da concessão, não será devida a caução (art. 35, III, Lei nº 8.987/95 c/c art. 38, Lei nº 8.987/95). Como a forma de interrupção da avença ocorre pela inexecução, total ou parcial, por culpa do concessionário, a garantia será excluída, podendo servir a quantia depositada como amparo financeiro para cobrir eventuais perdas e danos gerados ao poder concedente.

preparar, antecipadamente, os bens da empresa concessionária para sua reversibilidade integral ao poder concedente no futuro.

Vejamos os preciosos ensinamentos de Justen Filho (1997, p. 326) sobre a existência de duas maneiras de realizar a apuração valorativa dos bens vinculados ao serviço público que serão devolvidos ao domínio estatal:

Há dois métodos básicos para avaliação dos bens: método do custo histórico e método do custo de reprodução. O primeiro toma em vista o valor dos bens no momento em de sua aquisição. O segundo considera o valor dos bens no momento da reversão. Caberá ao edital dispor acerca do método de avaliação dos bens. Há argumentos favoráveis ao primeiro, que se considera mais justo e compatível com o sistema.

De acordo com as regras indenizatórias expostas, também é imperioso mencionar que as parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, desde que ainda não amortizados ou depreciados, também são alvo de ressarcimento (art. 36, Lei nº 8.987/95). Todos os altos investimentos realizados exclusivamente pela empresa concessionária durante a colaboração são amortizados ao longo do tempo contratual, como regra geral, através das tarifas pagas pelos usuários pelo serviço oferecido. Assim, ocorrendo a extinção da concessão antes do período originalmente previsto na avença, a margem indenizatória será muito superior àquela inicialmente prevista, devendo o poder concedente se responsabilizar por essa sobrecarga.

Essa necessidade extrema de indenização se mostra plenamente justificável quando invocados as construções teóricas do equilíbrio econômico financeiro dos contratos e da

vedação ao enriquecimento ilícito do poder concedente. Além disso, como no serviço público toda relação de colaboração é marcada pela confiança entre os agentes, eventual mácula ultrapassará aquela relação específica, gerando um descrédito generalizado em todo o eixo de sustentação da concessão, prejudicando futuros acordos. Em virtude da complexidade do tema, é recomendável que cada situação de extinção seja analisada de maneira individual, cabendo questionamento jurisdicional em caso de questões não dirimidas.

4 CONCLUSÃO

A título de conclusão, é possível verificar que a fiscalização e a intervenção são, contemporaneamente, mais do que simples instrumentos de controle interno sobre a iniciativa privada, assumindo uma postura de reguladores do serviço. Explorando os institutos à luz do princípio setorial da continuidade do serviço público, congregado à teoria geral da vedação do retrocesso, há nítida preferência normativa pela descontinuidade da prestação das atividades à população, mantendo a qualidade do ofício delegado, incorporando nos gestores estatais uma cultura proativa em busca da regularidade. Essa função estratégica desempenhada pelos regimentos interruptivos revela, além do caráter indeclinável dos serviços, a eterna função de vigilância do poder concedente exercida sobre os comparsas da iniciativa privada.

Também é possível verificar que as consequências normativas arroladas pelo estatuto das concessões possuem a missão de clarificar essa delicada etapa de alternância de

comando na execução da atividade de interesse público. Nesta linha de raciocínio, o legislador derivado amenizou sobremaneira a complexidade do procedimento, fazendo da interrupção contratual um ambiente menos hostil e obscuro, oferecendo maior segurança às partes envolvidas na relação instaurada, estimulando, assim, o surgimento de novas parcerias com a iniciativa privada. Dessa forma, fica evidente que as cláusulas investigadas não possuem na sua essência índole punitiva ou sancionatória, apresentando, na verdade, efeito pedagógico e instrutivo, de tutela contratual, evitando a interrupção do serviço público prestado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. **Concessão de serviços públicos: novas tendências.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos serviços públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BITTENCOURT, M. V. C. **Controle das concessões de serviço público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BLANCHET, L. A. **Concessão de serviços públicos: estado, iniciativa privada e desenvolvimento sustentável.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 5

out. 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

_____. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jul. 1995.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

CARVALHO, C. E. V. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DAL POZZO, A. N. **Aspectos fundamentais do serviço público**

no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, V. R. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 345-362, out./dez. 2004.

FURTADO, L. R. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GROTTI, D. A. M. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

GUIMARÃES, F. V. **Concessão de serviço público.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Concessões de serviços públicos:** comentários às Leis nº. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES NETO, F. A. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, O. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, V. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES FILHO, M. A. P. A hostilidade da encampação na extinção unilateral do contrato administrativo no serviço público. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 218-242, jun. 2015.

_____. A responsabilidade na prestação dos serviços públicos. **O Estado**, Fortaleza, 26 abr. 2012. Direito & Justiça, p. 2.

MOREIRA, E. B. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, T. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, R. C. R. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

PIRES, L. M. F. **O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, C. L. A. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SADDY, A. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 33-57, abr./jun. 2013.

SCARTEZZINI, A. M. G. F. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, M. J. V. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. (Coord.).

Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WALD, A.; MORAES, L. R.; WALD, A. M. **O direito de parceria e a lei de concessões:** análise das Leis nº. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.