

A Extinção do Contrato de Concessão de Serviço Público pela Modalidade da Rescisão

Wellington Vieira da Silva

Em memória

A modalidade de extinção do contrato de concessão do serviço público por "Rescisão" seria — partindo de uma interpretação literal e estrita — a de mais fácil compreensão quando do estudo da Lei 8.987.

A maioria dos doutrinadores, à época da promulgação da lei, ainda era, entretanto, de certa forma influenciada pelos conceitos já assentados pela Lei 8.666/90, que tratava do assunto (contrato administrativo) anteriormente. Assim, mesmo ante a clareza do dispositivo legal, e do sentido que uma interpretação sistemática da lei proporcionaria, alguns juristas (dentre os quais, alguns de renome) insistiram em interpretar o instituto da RESCISÃO sob um sentido genérico e, ao nosso ver, equivocado.

Destarte, o estudo dessa modalidade de extinção torna-se, inicialmente, uma questão terminológica e interpretativa, traçando o necessário paralelo entre os vários sentidos que a doutrina atribui ao vocábulo RESCISÃO e, ainda, entre a compreensão do instituto no bojo das duas leis que versam sobre a matéria (ainda que se trate de uma geral e outra específica). Tal diferenciação é importante, sobretudo no que toca à análise da aplicação do dispositivo na prática cotidiana, nas diversas esferas administrativas e, principalmente, nos tribunais.

1. Rescisão

1.1. Rescisão contratual. Direito Privado. Sentido comum.

Na esfera privada, é muito comum tratar-se sobre rescisão, quando do estudo da parte do direito civil que cuida dos contratos. Rescinde-se o contrato de consumo, o contrato de locação de imóvel, o contrato de compra e venda mercantil, e até o contrato de trabalho. No direito privado, onde às partes permite-se tudo o quanto não proíbe a lei, o próprio instrumento de contrato traz, na maioria das vezes, as hipóteses pelas quais o acerto de vontades firmado e reduzido a termo se extinguiu, com ou sem encargos para um ou ambos os lados. Nesse sentido, rescisão confunde-se com a extinção do contrato, não havendo distinção se ela se dá por inadimplemento do contratado, do contratante, ou se em decorrência de acordo.

1.2. A Rescisão na Lei 8.666/90

A lei de licitações e contratos da administração pública trouxe consigo todos os dispositivos gerais aplicáveis à elaboração, execução e, também, à inexecução e rescisão dos contratos administrativos.

Em sua seção V, a lei de licitações traz o seguinte enunciado: "DA INEXECUÇÃO E RESCISÃO DOS CONTRATOS". E continua, em seus artigos 77 e seguintes, a empregar o vocábulo "rescisão" de forma genérica, para designar a extinção do contrato em diversas hipóteses que enumera.

Dispõe a Lei 8.666, no artigo 77:

"Constituem motivos para a rescisão do contrato :

I- o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II- o cumprimento irregular de de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;(..."

Na continuação, enumera diversas hipóteses

terminativas do contrato administrativo segundo o regime daquela lei".

A assunção de que a Lei 8.666 utiliza o vocábulo rescisão em um sentido genérico decorre de seu próprio texto. Para as diferentes causas terminativas do contrato, todas enquadradas como cláusulas de **rescisão**, a lei enumera e distingue, atribuindo-lhes diferentes conseqüências, procedimentos e, até mesmo, estabelecendo a quem cabe pedir a rescisão em cada caso. E o exemplo:

"Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I- determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior.

II- amigável, por acordo entre as partes, reduzido a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III-judicial, nos termos da legislação;(..."

Com efeito, se a lei denomina de rescisão as diversas hipóteses de extinção do contrato e, posteriormente, as distingue entre si, detalhando cada uma, resta claro que tal denominação se dera a título genérico, e que as subseqüentes formas são especificações. As hipóteses são, entre si, de natureza jurídica diversa.

1.3. A Rescisão na Lei 8.987/95.

A lei de concessões, permissões e privatizações de serviços públicos, quando trata do término dos contratos **de concessão**, utiliza o vocábulo extinção para fazê-lo. Temos, em seu Capítulo X:

"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", (grifo nosso)

Como vimos, cada hipótese elencada nos incisos do artigo 35 é uma forma diversa de extinção do contrato administrativo **de concessão de serviço público**. A lei segue, nos artigos posteriores, firmando ainda mais a distinção entre cada uma dessas formas de **extinção** do contrato, estabelecendo as diferenças de procedimento para o término do contrato por cada uma das hipóteses previstas. É o que se depreende do exemplo dado pelos artigos 37 e seguintes:

"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.

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(..."

Rescisão do contrato de concessão é, na verdade, a forma de extinção pela qual **a concessionária** pode, em hipótese

de inadimplemento por parte do poder concedente, recorrer ao **judiciário, por meio de ação judicial própria**, para pedir o **distrato**. E o que se depreende da clara regra trazida na lei, em seu artigo 39:

"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" (grifo nosso).

Assim, se a lei de concessões, posterior e especial a de licitações, resolveu empregar de forma distinta o termo "rescisão", é porque, realmente, a compreensão do vocábulo no âmbito das duas normas deve ser diversa.

Enquanto na lei anterior *rescisão* era gênero, com o advento da Lei 8.987/95 passou a ser espécie, cujo gênero é "*extinção* do contrato". A assertiva é ainda mais clara quando percebemos que a própria forma prevista para caducidade na Lei 8.987 era chamada de rescisão na Lei 8.666.

2. A Posição da Doutrina

Os doutrinadores que se propuseram a escrever sobre o novo regime de concessões, ao tratar do capítulo X da lei, divergiram entre si quanto à interpretação a ser dada para o vocábulo rescisão. Alguns, talvez por influência dos conceitos já firmados com a Lei 8.666, não compreenderam o "*espírito da lei*" e confundiram a rescisão nos dois regimes (o de concessões e o de licitações).

Trazemos, assim, alguns dos juristas que tratam do assunto:

2.1. Hely Lopes Meirelles¹

Segundo o professor Hely Lopes Meirelles: "rescisão é o desfazimento do contrato, durante sua execução, por **acordo**, por **ato unilateral da Administração** ou por **decisão judicial**, conforme a hipótese ocorrente". (grifo nosso)

Ao que acrescenta:

"a rescisão por acordo ou amigável opera-se por distrato bilateral, havendo conveniência recíproca das partes; a rescisão unilateral, efetivada pelo poder concedente, é a peculiar dos contratos administrativos, quando há inadimplência por parte do contratado, no caso o concessionário; a rescisão judicial é a decretada pela Justiça quando qualquer das partes descumpra o contrato".

Discordamos, com a devida vênia, da lição do renomado jurista por entender, primeiro, que a forma chamada de "*rescisão unilateral*" é instituto exclusivo do regime de licitações e contratos imposto pela Lei 8.666, inaplicável ao regime das concessões de serviço público, uma vez que a lei especial sobrepõe-se à lei genérica e a derroga no que for específica. Ademais, a hipótese de "extinção unilateral" pela inadimplência do contratado, por parte da Administração é vislumbrada na Lei 8.987, sob o nome de *caducidade*.

Outrossim, discordamos do jurista quando ele vislumbra possível a forma de "*rescisão por acordo ou amigável*". Quanto à plausibilidade desta forma, é inegável que seja, com efeito, uma maneira possível de **extinção**. Apesar de a julgarmos plenamente possível e, até mesmo, desejável pela ordem jurídica, não a podemos designar por nome reservado a outra forma que a lei contempla. Ou seja, o professor Hely não se confunde ao conceber a possibilidade de extinção amigável. Confunde-se apenas ao chamá-la de "*rescisão amigável*".

Ainda quanto à definição de Hely, quando ele contempla a hipótese de "*rescisão judicial*" a ser decretada pela Justiça quando qualquer das partes descumpra o contrato, julgamo-la, senão equivocada, incompleta ou mal formulada. A definição dá a entender que o judiciário age de ofício, por conta própria, intrometendo-se nas atribuições do Poder Executivo e

desrespeitando o princípio da inércia do judiciário e, principalmente, princípio maior da república, que é o da separação de poderes. A Justiça não "decreta" nada. A expressão dá a entender que o judiciário tem poder normativo (o que ele, por essência, não tem). Nada faz o judiciário senão dizer o direito, quando provocado pela parte interessada. Assim, poderia o professor Hely ter-se expressado de maneira mais clara, a fim de evitar má-compreensão do dispositivo.

2.2. Toshio Mukai²

O autor, em seus comentários à lei de concessões, reserva apenas um pequeno parágrafo de cinco linhas para explicar a rescisão, não se estendendo sobre a matéria e nem justificando a sua compreensão.

Segundo ele, o inciso IV do artigo 35 trata-se de "rescisão pura e simples, ou por outros motivos (não-cumprimento das obrigações previstas no art. 31, por parte da concessionária, ou não-cumprimento dos encargos do poder concedente), devidos às partes, ou por motivos de força maior ou caso fortuito".

Mais à frente, apenas cita que "o art. 39 dispõe sobre a rescisão judicial intentada pelo concessionário". Provavelmente, o autor paulista não percebeu que os artigos que se seguem ao art. 35 explicam, um a um, cada um dos incisos deste, e que a rescisão judicial tratada no artigo 39 é exatamente a mesma do inciso IV do art. 35 e a única possível no regime de concessões.

E reprovável, ainda, que o autor não se tenha estendido sobre o tema, deixando sem justificção, exemplos ou explanação as hipóteses que vislumbra (*força maior ou caso fortuito*).

Visivelmente enganada a compreensão do autor, em que pese o grande renome que encontra entre os juristas pátrios. Equivocou-se ao buscar na doutrina anterior à Lei 8.987 (aplicável somente à lei de licitações) a base onde firmou seus conceitos. Insistimos: à lei de licitações, podemos falar em rescisão das mais diversas formas. Já para a lei de concessões, rescisão é modalidade estrita, ainda que se possa falar em **extinção** das mais diversas maneiras.

3.3. Celso Antônio Bandeira de Mello³

Enumera o renomado autor, como hipóteses de *rescisão*, as seguintes formas:

"Rescisão judicial, a pedido do concessionário, quando inadimplente o poder concedente (art.39), ou a pedido do concedente, quando inadimplente o concessionário, se o Poder Público optar pelo recurso às vias judiciais(...).

Rescisão consensual, quando, por mútuo acordo, concedente e concessionário resolvem antecipar a extinção da relação jurídica. Aqui a composição patrimonial entre as partes se faz amigavelmente.

[rescisão] Por ato unilateral do poder concedente: tem lugar quando o Poder Público, por ato próprio, antes da expiração do prazo inicialmente estatuído, resolve extinguir a concessão".

Compreendeu o jurista de maneira semelhante ao entendimento trazido por Hely Lopes Meirelles. Percebeu o instituto sem proceder à necessária separação entre o sentido da lei anterior e o novo sentido trazido pela lei de concessões. Percebe-se ainda que, como Toshio Mukai, não compreendeu que a rescisão do art. 39 é a mesma do inciso IV, enxergando, assim, a rescisão judicial (desse artigo) e as outras rescisões que julga aplicáveis.

Discordamos deste autor pelos mesmos motivos já explicitados quanto aos autores anteriores.

2.4. Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴

Foi com o Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que a rescisão começou a ser compreendida da maneira que nos parece mais apropriada. Para o autor, o instituto não somente é forma específica de extinção de contrato: é, por sua natureza, a forma reversa da caducidade. Assevera:

"Enquanto esta é declarada pelo poder concedente por inexecução total ou parcial do contrato pela concessionária, a rescisão é de iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente".

Distinguem-se uma da outra, acrescenta o autor, porque a rescisão depende de ação judicial, ao passo que a caducidade prescinde de ação perante o judiciário. "E independe por força da auto-executoriedade dos atos administrativos", acrescenta o autor.

Quanto à aplicação do dispositivo na prática, nos diz ainda, o autor, que "até decisão judicial transitada em julgado, a concessionária não poderá interromper ou paralisar os serviços por elas prestados (§ único do art. 39). Isso por força do princípio da continuidade serviço público, que rege o contrato administrativo, especialmente o de concessão de serviço público". E continua, estatuinto que se a concessionária não o fizer poderá reverter a situação, sujeitando-se à declaração de caducidade.

2.5. Marcai Justen Filho⁵

Dentre os autores pesquisados, o Dr. Marcai é quem começa a compreender o instituto, interpretando-o de forma sistemática. Escreve, em sua obra:

"Conceito de Rescisão para Fins de Concessão:

Para evitar dúvidas no âmbito das concessões, a lei deu **significado específico** à expressão rescisão. É a extinção do contrato em virtude de decisão judicial, decorrente do inadimplemento do poder concedente(...)" (grifo nosso).

Para o autor, a única hipótese possível de **rescisão**, no sentido que a lei lhe atribui é aquela decorrente do artigo 39, que dá ao concessionário meio de extinguir o contrato por via judicial quando o poder concedente não cumpre com a sua parte de obrigações contratuais.

Ao que nos parece, seriam essas a visão e interpretação mais corretas do dispositivo à luz da inovação de expressões e conceitos trazida pela lei de concessões no que tange à lei de licitações e contratos.

¹ Com a sua morte, em julho de 1990, sua obra passou a ser revista e atualizada por equipe chefiada por sua filha Veralice Celidonio Lopes Meirelles. Portanto, a visão que encontramos em sua principal obra (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed. Ed. Malheiros, p. 352) não representa o pensamento do renomado jurista, falecido antes da promulgação da Lei 8.987, que é de 1995.

Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos, 2ªed. Ed. Saraiva, 1997, p. 65.

³ Curso de Direito Administrativo, 8ª ed.; Ed. Malheiros, 1996, p. 462

⁴ Concessão de Serviço Público. Ed. Malheiros, 1996, p 83.

⁵ Concessões de Serviços Públicos. Ed. Dialética, 1997, p.362