

A ENCAMPAÇÃO DO CONTRATO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ASPECTOS MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS

The takeover in public services' contracts: material and proceeding aspects
Revista dos Tribunais | vol. 1021/2020 | p. 39 - 57 | Nov / 2020
DTR\2020\13270

Bernardo Strobel Guimarães

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e advogado.
bernardo@strobelguimaraes.com

Rodrigo Luís Kanayama

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná e advogado. rodrigo@kanayama.adv.br

Área do Direito: Administrativo

Resumo: O artigo discute as condições para a encampação de contratos de concessão.

Palavras-chave: Contratos de concessão – Serviços públicos – Encampação – Extinção de contratos – Lei de Concessões

Abstract: This article intent to discuss the conditions to expropriate concession contracts.

Keywords: Concession contracts – Public services – Takeover – Termination of contracts – Concession Law

Sumário:

1. Introdução - 2. O prazo como elemento essencial dos contratos de concessão: a questão da equação econômico-financeira - 3. A extinção antecipada da concessão e o equilíbrio econômico-financeiro - 4. A encampação e a insuficiência do art. 37 da Lei 8.987/1995 - 5. O procedimento de encampação - 6. Conclusão - Referência bibliográfica

1. Introdução

A extinção antecipada de contratos de concessão é sempre traumática. De um lado, surge a necessidade de preservar a continuidade do serviço, de modo a evitar soluções de continuidade. De outro, há questões importantes relativas aos efeitos patrimoniais decorrentes da antecipação do encerramento do vínculo.

Como decorrência disso, é difícil extinguir contratos de concessão de maneira antecipada. Muitas vezes as competências normativas que autorizam tais medidas não têm condições materiais para serem exercidas. Frequentemente, essas normas são tigres de papel cuja efetividade cede em favor da realidade. O exemplo mais eloquente disso foi a positivação da relicitação em nosso sistema, com vistas a criar alternativas à decretação da caducidade de contratos de concessão que estavam sendo descumpridos pelos particulares.¹

Entre as modalidades de extinção antecipada, a encampação merece exame autônomo. Isso porque não há regramento explícito dela em sede legal, assim como poucas decisões judiciais tratam do tema. Nada obstante a encampação seja vista como uma das prerrogativas do Estado na qualidade de poder concedente, fato é que pouco se fala sobre a encampação. Isto é, mesmo sendo um modo típico de extinção dos contratos, fato é que a encampação é uma terra inexplorada.

Muito desse vácuo decorre das dificuldades concretas que existem para implementar essas medidas. A encampação exige o pagamento de ampla indenização ao particular, e isso implica que, para sua efetivação, haverá custos substanciais para o Poder Concedente. A encampação prevê indenização cheia em favor da concessionária, a ser

paga de modo antecipado. Desse modo, a efetivação dessa medida depende da existência de recursos; e não apenas de vontade política. A previsão normativa que autoriza o Estado a retomar a gestão do serviço é limitada pela realidade.

Não basta apenas a vontade de retornar o serviço: há de existir dinheiro. Desconsiderar isso é promover encampações à margem da lei, que se caracterizam como medidas demagógicas das quais o Estado lança mão com vistas a tentar violar direitos amparados contratualmente. Infelizmente, nossa experiência registra que a encampação é utilizada indevidamente como maneira de tentar retomar o serviço sem que sejam resolvidas de maneira adequada as questões patrimoniais envolvidas. Muitas vezes a encampação serve para dar tiros de festim quando a relação entre concessionário e concedente se torna problemática.

Esse texto busca explicitar os pressupostos para que a encampação seja exercida de acordo com as garantias materiais e processuais que emergem do contrato de concessão. Apenas observando-se essas garantias é que se pode falar em encampação. Qualquer medida que não atenda às exigências legais nada mais é do que flagrante abuso de poder, e não deve ser prestigiada.

2. O prazo como elemento essencial dos contratos de concessão: a questão da equação econômico-financeira

Um dos pressupostos centrais para compreender a encampação é compreender o papel do prazo certo nos contratos de concessão. A encampação como modalidade de extinção antecipada do contrato deve levar em conta que o prazo de execução do contrato é o que define seu aspecto econômico. É exatamente por conta disso que a indenização é elemento subjacente a qualquer extinção antecipada de contrato de concessão. Logo, antes de falar sobre encampação é necessário falar de prazo.² Isso está associado ao fato de que a concessão é, inicialmente, um empreendimento econômico em que se conjugam capitais privados em favor de interesses do Estado.

Por meio de um contrato de concessão são definidos investimentos que o particular deve fazer em favor de uma atividade que é de interesse do Estado, que tem o dever de garantir sua oferta contínua. O particular deverá, portanto, investir recursos por si captados (junto aos seus acionistas e instituições financeiras), de modo a garantir que o contrato seja executado dentro dos padrões de qualidade exigidos contratualmente. Usualmente, isso envolve investimentos em bens públicos e o próprio custeio da operação.

Em contrapartida, o particular recebe o direito de ser remunerado pela sua atuação. Isso pode se dar por meio do pagamento de tarifas (como se dá nas concessões comuns) ou envolver valores recebidos do Estado, como ocorre nas concessões regidas pela Lei 11.079/2004 (LGL\2004\2877). Independentemente da modalidade de concessão, o particular terá direito de perceber recursos e o dever de inverter valores na execução do contrato.

Soma-se a isso o fato de que o particular, ao gerir esse empreendimento de interesse público, o faz assumindo certos riscos, que são aqueles definidos pelo contrato (implícita ou explicitamente). Concessões envolvem a atuação por "conta e risco" do particular, o que implica que ele deve gerir seus riscos de modo eficiente para auferir a remuneração esperada. Concessionários não são rentiers do Estado, mas sim empresários.

Como é intuitivo, o particular investe seus recursos e toma riscos almejando ser remunerado por isso. O que o move é a perspectiva de que os valores investidos retornem remunerados numa taxa superior àquela que ele obteria sem tomar os mesmos riscos.

A confluência de todos esses fatores: investimento programado, arrecadação projetada, retorno potencial sobre o investimento, considerando o cenário de risco, é que se integra

na chamada equação econômico-financeiro do contrato.³

Todavia, ainda falta um elemento para integrar todas essas análises: o tempo. Tudo precisa ser analisado dentro de um universo cronológico predefinido, sem o qual não é possível compreender a equação econômico-financeira. Os investimentos e as receitas devem ser vistos dentro de um intervalo fechado de tempo. Nele é que se revelam os aspectos relativos à rentabilidade projetada do empreendimento e do seu potencial retorno. Particulares avaliarão tais empreendimentos pensando na capacidade de gerarem riqueza a partir deles, o que envolve pensar no quanto de dinheiro tende a ser gerado e, mais importante, qual o retorno proporcional do capital investimento. Quanto maior a rentabilidade, mais atrativo é o empreendimento, pois essa alternativa será comparada com alternativas disponíveis no mercado.

Nessa perspectiva, o prazo do contrato é o momento em que a equação econômico-financeira se completa. Atingido o prazo projetado, em regra, se as coisas tiverem ocorrido conforme projetado inicialmente, o particular terá realizado os investimentos programados, recebido os valores previstos e rentabilizado seu investimento de acordo com os riscos que assumiu. Dito de outras palavras: o negócio ajustado entre Estado e particular estará cumprido, não havendo razão para subsistir o vínculo. O problema, na verdade, é que as coisas raramente se passam como projetadas inicialmente, mas essa é outra questão.

Portanto, do ponto de vista econômico-financeiro, o negócio celebrado entre concedente e particular só se perfectibiliza quando for atingido o tempo projetado. Nem antes; nem depois.

Tendo isso em mente é que se percebe o porquê de o prazo ser essencial ao negócio jurídico concessão. Pensar em uma atribuição sem prazo implicaria transferir rentabilidade ao particular em caráter perpétuo, o que não teria razão de ser. Daí que o prazo certo é elemento implícito no próprio art. 175, parágrafo único, I, da Constituição, que alude à prorrogação do contrato de concessão. Ora, como só pode ser prorrogado o que tem prazo, a ideia de um prazo definido subjaz ao próprio figurino constitucional dos contratos de concessão como contratos por meio dos quais um particular é constituído no direito de explorar uma atividade pública. Na mesma linha, o conceito de concessão previsto no art. 2º, II, da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43) prevê que a concessão se contrata "por prazo determinado".

O contrato de concessão é, necessariamente, celebrado por prazo determinado. Não pode existir concessão no sentido próprio do termo, sem que haja um prazo definido de vigência do contrato. Se assim não fosse, voltaríamos ao tempo da venalidade dos ofícios, rechaçada desde os tempos da Revolução Francesa.⁴

Primeiro, porque a própria Constituição prevê o prazo como elemento definidor das concessões (art. 175, parágrafo único, I). Isso porque, ao cuidar da prorrogação, tem-se por pressuposto a existência de um prazo. Não se prorroga aquilo que não tem prazo. Nesse sentido, o próprio conceito legal de concessão (art. 2º, II, da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43)) faz referência ao prazo determinado como caracterizador dessa modalidade de contrato.

Segundo, porque a equação econômico-financeira subjacente a essa espécie de ajuste depende de prazo certo. E, nesse ponto, reside a necessária segurança que deve permear toda a relação de confiança entre as partes: o Estado estabelece (e oferece) o tempo do contrato e o particular, munido dessa e outras informações, planeja-se. Toda a estruturação do negócio jurídico contratual será erigida sobre o tempo.

3. A extinção antecipada da concessão e o equilíbrio econômico-financeiro

Como visto, contratos de concessão têm prazo certo. Vínculos sem prazo definidos são ajustes precários que devem ser extintos. Trata-se de situações anômalas que não são

compatíveis com nosso ordenamento. Logo, o modo natural de extinção do contrato de concessão é o adimplemento do prazo. O contrato de concessão deve acabar quando o prazo previsto se encerra. Se assim não for, é porque algo imprevisto (ao menos para o particular) aconteceu. E se algo imprevisto acontecer, a equação econômico-financeira projetada originalmente deverá ser revisitada.

Nessa linha, a extinção antecipada do contrato é um evento que sempre impacta a economia do contrato. Sempre que houver a extinção antecipada do contrato, surgirão discussões acerca do tema. A extinção antecipada constitui evento excepcional, que traz a necessidade de discutir os efeitos econômicos advindos do fato de que o contrato não será executado até o momento originalmente previsto.

Dessa forma, uma premissa que decorre de todas as modalidades de extinção antecipada dos contratos de concessão é discutir os efeitos sobre a economia do contrato. Os efeitos variarão em função da causa da extinção. Se o particular der causa à extinção do contrato (como na caducidade), sua proteção será restrita aos investimentos não amortizados. Contudo, se quem der causa à extinção for o Poder Concedente, seja por descumprir o contrato, seja por pretender retomar a atividade, a indenização devida ao particular será a mais ampla possível, incluindo, inclusive, lucros cessantes.⁵

A premissa a ser destacada é que a extinção antecipada sempre gera consequências sobre a economia do contrato e isso projeta sobre o tema algumas exigências que devem ser observadas em todos os casos. Elas envolvem que: (i) haja definição dos direitos patrimoniais que assistem ao particular; e (ii) que isso seja discutido de acordo com as exigências do devido processo legal. Tentar extinguir o contrato de modo antecipado sem levar em conta tais dimensões constitui tentativa de aviltar direitos que a lei assegura ao concessionário. Note-se que mesmo no caso de ele ter dado causa à extinção do contrato, ainda faz jus à indenização, sendo que isso deve ser levado em consideração.

Com efeito, tendo em vista as consequências da extinção antecipada, é o caso de destacar seu caráter excepcional. Mesmo vista como sanção ao particular, a caducidade não é medida simples de ser implementada. Em todos os casos de extinção antecipada calha ter em mente a diretriz do art. 20, parágrafo único, da LINDB, pois se trata de medida que gerará efeitos sociais graves. As consequências graves da extinção antecipada do contrato devem ser levadas em consideração em todos os casos.

A abreviação do prazo sempre gerará efeitos – sociais, econômicos, políticos – graves, que impedem que a extinção antecipada seja embasada em motivos fúteis. Muito em especial, encampação não é matéria para ameaças e bravatas.

4. A encampação e a insuficiência do art. 37 da Lei 8.987/1995

Uma das hipóteses de rescisão anômala é a possibilidade de o Poder Concedente, titular do serviço, retomá-lo. É o que a Lei de Concessões chama de encampação (art. 37 da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43)). Seu pressuposto é a retomada do serviço por razões de interesse público.

A razão de ser desse instituto é que, nos contatos de concessão, o que há é a transferência da gestão da atividade. A titularidade do serviço persiste pública, o que autoriza que o Estado promova sua retomada, para fins de reorganizar o seu modo de prestação.⁶ Cuida-se aqui de juízo político, que envolve o modo pelo qual se pretende organizar a atuação da iniciativa privada no campo dos serviços públicos. Mesmo transferindo a gestão para um particular, subsiste a atividade integrada no universo público de responsabilidades, portanto, permanece a possibilidade de a Administração retomar sua execução.

A Lei fixa as bases gerais para o exercício da prerrogativa de a Administração encampar

os serviços. De acordo com o art. 37 da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43), a retomada do serviço exige lei autorizativa prévia, assim como pagamento prévio de indenização

Como se vê, cuida-se de um procedimento heterodoxo, que conjuga atuação do Legislativo e do Executivo, que deveria ser objeto de maiores detalhamentos. A intuição de indicar que o contrato deve se ocupar da disciplina da encampação é falsa. Como se trata da manifestação de uma competência de ordem pública, nada obstante o contrato possa regular certos aspectos da encampação (notadamente quanto ao cálculo da indenização), fato é que o regime da encampação é legal. O poder de encampar decorre da Lei, e não do contrato. Ainda que o contrato nada diga acerca do tema, ainda assim a encampação poderia ser exercida.⁷ E mais do que isso, as cláusulas contratuais que eventualmente tratem do tema devem ser projeção do que está disciplinado em lei. Cuida-se aqui de legalidade do conteúdo do contrato administrativo típico, no dizer de Sérulo Correia⁸

Percebe-se que não há expressamente na Lei quaisquer regras acerca do modo pelo qual deve ser exercida a prerrogativa de encampar os contratos de concessão. E isso é especialmente grave, pois dá margem a que o processo de encampação seja exercido de modo arbitrário, criando riscos à segurança jurídica. A ausência de regras autoriza que a encampação seja utilizada como elemento de pressão nos casos em que surgem tensões entre o Estado e o concessionário. A medida acaba servindo para promover demagogia regulatória,⁹ em que o Estado se volta de modo arbitrário contra os contratos por si celebrados, com vistas a colher dividendos políticos.

É preciso, portanto, tentar definir como se forma a decisão de encampar, como ela se implementa e quais os seus efeitos. As lacunas da Lei de Concessões devem ser superadas por meio da interpretação sistemática.

5. O procedimento de encampação

Colocadas as coisas nessa perspectiva, é possível refletir acerca do procedimento de encampação, que conjuga uma série de medidas de cunho administrativo e legislativo, o que torna essa modalidade de extinção peculiar, pois as outras não necessitam dessa articulação. O procedimento de encampação é *sui generis*, exatamente, porque ele exige coordenação de atos entre Executivo e Legislativo, de modo a permitir a efetiva retomada do serviço. A encampação é uma ópera em três atos.

5.1. A fase declaratória: pressupostos e requisitos

O primeiro ato é da formação pelo Poder Concedente da decisão de retomar o serviço. Cuida-se aqui do primeiro momento da encampação que envolve diversos atos que antecedem a atuação do Poder Legislativo.

Considerando o procedimento *sui generis* da encampação, a primeira questão a ser examinada é o procedimento de formação da decisão de extinguir o contrato, por conta de razões de interesse público. A Lei de Concessões nada diz acerca disso, não se indica quem deve decidir pela encampação e os efeitos daí decorrentes. É preciso definir, portanto, como o processo de encampação é deflagrado e qual o conteúdo do ato que instala o procedimento, de modo a se fixar os limites do controle que pode ser exercido sobre ele.

Considerando que Lei cria um projeto em que Executivo e Legislativo conjugam sua atuação, é necessário definir a quem compete decidir pela encampação do contrato. Ao contrário do que se possa pensar, é ao Poder Concedente que compete manifestar a vontade de retomar o serviço, extinguindo o contrato de concessão.

Essa conclusão decorre do exame da Lei de Concessões. De acordo com o art. 37 da Lei de Concessão, ao Legislativo caberá autorizar a encampação. Percebe-se, portanto, que ao Legislativo compete ratificar a decisão – e não decidir pela encampação. Não cabe à lei determinar a encampação do contrato, mas sim permitir que essa medida seja, de

fato, implementada.

Com efeito, lei que pretendesse impor, sem concurso da vontade do Poder Concedente, a encampação seria inconstitucional por ofender a separação de poderes. Há aqui quase que uma espécie de ato complexo, cuja última vontade deve ser emanada pelo Legislativo, que autorizará a medida por meio de lei de efeitos concretos. Somente a confluência de ambas as vontades (Legislativo e Executivo) é que pode produzir de modo válido o resultado.¹⁰

Assim, a primeira diretriz a ser esclarecida é que competirá ao Poder Concedente determinar a encampação.

Em segundo lugar, destaca-se que a decisão de retomar a atividade é um juízo político (assim como o de conceder o serviço). E isso predica que as razões para a retomada do controle não podem ser controladas pelo Judiciário, salvo em havendo desvio de finalidade ou situação de violação ao devido processo legal.

Isso, todavia, não significa que as razões de interesse público para a retomada do serviço possam ser omitidas, no melhor estilo fi-lo porque qui-lo. Aplicam-se aqui, por simetria, os mesmos standards necessários para definir a conveniência de conceder o serviço, tal como previsto no art. 5º da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43).

Embora não caiba ao Judiciário controlar as razões de interesse público, a fundamentação poderá ser analisada pelo Legislativo, assim como a justificativa é fundamental para analisar eventuais desvios de poder.

Um dos pontos fundamentais é a necessidade de se apresentar o modo pelo qual o serviço continuará sendo prestado, pois não se admite interrupção na sua oferta (princípio da continuidade). Retomar o serviço exige ou que o Estado assumirá sua prestação direta ou que ele vá reorganizar o modo pelo qual a atividade será prestada. Segundo pensamos, nada obsta que o Estado promova uma nova concessão, desde que ela apresente distinções relativas ao vínculo originário. Parece que o único limite seria se o Estado resolvesse licitar o mesmo contrato para um terceiro, sendo a encampação apenas a maneira de substituir o concessionário originário. Nesse caso haveria evidente desvio de finalidade na utilização do instituto, pois nenhuma modificação substancial haveria no modo pelo qual os serviços vêm sendo prestados. Nessa linha, a encampação pressupõe que o serviço vá ser prestado de modo diverso do modo pelo qual está sendo prestado.

Antes, contudo, de decidir pela encampação, o Poder Concedente deve promover os levantamentos necessários para que possa efetivamente levar a efeito sua intenção. Para tanto, em havendo a intenção política de encampar os serviços, surge o dever de incontinenti de instalar processo administrativo para calcular a indenização devida ao particular. Cuida-se aqui de competência vinculada. Não se pode falar em encampação sem, de pronto, tratar da indenização devida. Lembre-se, o pagamento da indenização é pressuposto para que a encampação produza seus efeitos. E isso decorre da Lei e não pode ser afastado pelo contrato.

Por evidente, o levantamento desse valor não se dá de modo unilateral. Ele exige que haja a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Como é intuitivo, o cálculo do valor por vezes pode ser complexo, sendo necessário levar em conta todos os aspectos envolvidos na extinção do vínculo. Respeitar isso é fundamental para que se processe a encampação. Sem que haja respeito aos direitos patrimoniais do particular, especialmente no que toca à definição do valor da licitação, o que há é abuso e desvio de finalidade. A tutela do interesse público não se afina com o desprezo de direitos legítimos dos particulares.

Assim, procedimentos de encampação que desprezem o direito do particular ser indenizado de modo justo devem ser rechaçados de plano, por serem ilegais. É dever do



Poder Concedente levantar o valor da indenização, tal como prevê o art. 35, § 4º, da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43). Mais do que isso, sem que o valor devido tenha sido levantado (de modo bilateral e respeitando os termos do contrato), nem sequer poderá haver autorização do Legislativo.

Por outro lado, não basta apenas definir o valor da indenização. É necessário demonstrar que há recursos para que ela seja paga de pronto, pois apenas assim é que se poderá, de fato, extinguir o contrato. Isto é, somam-se à questão da definição do valor circunstâncias de natureza orçamentária. Não basta definir quanto deve ser pago, mas sim indicar que há capacidade de realizar o pagamento devido.

Nesta linha, o Executivo deve indicar, nos termos dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000 (LGL\2000\211) (Lei de Responsabilidade Fiscal), de onde retirará os recursos necessários para pagar a indenização devida. Com efeito, o Executivo não pode pretender criar uma despesa para a qual não tenha disponibilidade orçamentária.¹¹ Isso, inclusive, se caracterizaria como improbidade administrativa.

Não há disposição específica sobre encampação na Lei de Responsabilidade Fiscal. Não obstante, a observância das normas do art. 16 é condição prévia para licitação (§ 4º, I) e para desapropriação de imóveis urbanos (§ 4º, II). Como o art. 16, caput, é aplicável para qualquer criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental¹² que acarrete aumento da despesa, parece-nos aplicável à encampação a mesma rationale, ainda que por analogia. Ademais, o espírito da Lei de Responsabilidade Fiscal é manter a responsabilidade e o equilíbrio das contas públicas, característica que fortalece nossa compreensão. Não faria o menor sentido exigir tais cautelas para desapropriar um terreno e deixar de observar isso na encampação, que tende a conduzir a pagamentos muito mais expressivos.

Em sendo assim, serão necessárias, no ato do Poder Executivo que inicie o processo legislativo que culminará em encampação, a "estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes" (art. 16, I) e a

"Declaração do ordenador da despesa [o agente que dará a ordem de pagamento ou emitirá o empenho] de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias" (art. 16, II).

Fora disso, há irresponsabilidade fiscal, fantasiada de interesse público.

Se não houver disponibilidade orçamentária para pagar a indenização calculada, o Executivo deve, antes de seguir adiante, solicitar créditos especiais (arts. 41, II, e 42 da Lei 4.320/1964 (LGL\1964\3)) ou abrir suplementares (art. 41, I, Lei 4.320/1964 (LGL\1964\3)) para poder pagar a indenização.¹³ Nos termos do art. 15 da LC 101/2000 (LGL\2000\211), a assunção de obrigação pecuniária sem disponibilidade orçamentária é sem qualquer efeito. Logo, a decisão de encampar está condicionada por contingências orçamentárias. Não existe encampação na qual possa se desprezar o efetivo pagamento da indenização.

Ou seja,

"é absolutamente irregular do ponto de vista do direito financeiro que se pretenda seguir adiante com encampação em que, primeiro, não se definiu o valor e, segundo, não se demonstrou haver disponibilidade orçamentária para possibilitar o pagamento da indenização."

Admitir isso seria tolerar que houvesse a assunção de obrigações pecuniárias por parte do Estado cujo valor é desconhecido, o que nada mais é do que irresponsabilidade fiscal. Ou, ainda, admitir que se reconhecesse uma obrigação pecuniária, mas não se indicasse concomitantemente de onde saíram os recursos para pagá-la.



Como a encampação depende de pagamento de indenização para ser efetivada, é necessário que a decisão de a efetivar tenha amparo orçamentário. Do contrário, se correria o risco de autorizar a encampação e ela não poder ser ultimada, por impossibilidade de pagar a indenização. E isso seria verdadeiro non sense jurídico em que o Estado declara querer extinguir a concessão, mas não tem condições materiais de dar efetividade à sua decisão. Como dito, a encampação traz efeitos graves do ponto de vista patrimonial.

Conquanto a concessão não pode ser posta em um estado de animação suspensa, fato é que a própria formação da decisão de encampar já depende de avaliar os aspectos financeiros pertinentes. Não se pode decidir pela encampação sem a garantia de que haverá recursos para a indenização.

Ou seja, a efetividade da encampação depende de se ter capacidade efetiva de indenizar o concessionário. A decisão política esbarra nos limites orçamentários. O interesse público não é um título metafísico que se possa usar para agredir direitos econômicos dos particulares. Portanto, a encampação deve se submeter a contingências orçamentárias. A competência de retomar o serviço, para ser exercida em concreto, exige que existam recursos materiais que permitam sua implementação.

Não havendo recursos públicos para proceder à encampação, declarando-se previamente a sua existência, não deverá o Poder Concedente prosseguir em sua vontade política. Afinal: "serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público" (art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal) as despesas geradas pela decisão política de encampação, com repercussão – aí sim – judicial ou perante o Poder Legislativo.

Observe-se que, em contrario sensu, ao se defender que não aplicável as regras de responsabilidade fiscal, estar-se-ia a autorizar o Estado a contrair dívida, a ser suportada pelos próximos governos e gerações. É assim com as dívidas judiciais, que integram o cálculo da Dívida Pública. De todo modo, ao proceder à encampação e omitir-se na previsão orçamentária – ao menos, estimativa do impacto orçamentário-financeiro e declaração do ordenador de despesa de adequação orçamentária e financeira e leis orçamentárias –, haverá risco concreto de, em verdade, o Estado estar contraindo vultosa dívida a ser paga por governos futuros.

A exigência de atender à Lei de Responsabilidade Fiscal preservará não apenas o equilíbrio orçamentário e a retidão fiscal, mas será fundamental para o contrato de concessão (e para os demais contratos de concessão). O risco é relevante para a determinação dos custos dos contratos e, impondo-se a disponibilidade orçamentária-financeira para a encampação, os custos serão mitigados.

Tendo procedido a todos os levantamentos aqui referidos, cumpre ao Poder Concedente definir se levará adiante ou não a encampação, declarando em caráter sua intenção em encampar os serviços. Essa decisão deverá ser fundamentada, levando-se em consideração os levantamentos realizados acerca da indenização. A fundamentação passa necessariamente por levantar efetivamente o valor da indenização e de haver recursos orçamentários suficientes para tanto. Mesmo se tratando de juízo político, sem que tenham se cumprido tais requisitos, não se pode decidir pela encampação de modo válido. Com efeito, apenas conhecendo todos os efeitos da encampação é que ela pode ser declarada pelo Poder Concedente. Com efeito, o procedimento conclui-se pelo interesse em encampar o contrato, devendo tais razões serem submetidas ao Legislativo.

Em suma, a decisão de encampar o contrato é do Poder Concedente. Para tanto, devem ser realizados os levantamentos necessários, capazes de subsidiar a decisão do Executivo

Existindo interesse em promover a encampação, o Poder Concedente deve instalar procedimento para levantar a indenização devida ao concessionário. Tais levantamentos

deverão levar em consideração o que o contrato prevê para fins de indenização e contemplar a justa indenização devida, que abarca todos os custos diretos e indiretos decorrentes da extinção do contrato, assim como os lucros cessantes referentes ao projeto concessionário que deixou de existir. O particular tem amplo direito de participar do cálculo do montante da indenização, por imperativo da cláusula constitucional do devido processo legal.

Definido o valor, será de responsabilidade do Poder Concedente indicar as fontes de recursos suficientes para o pagamento da indenização, haja vista que o seu pagamento é pressuposto necessário para que a encampação produza seus efeitos. Com efeito, a indicação de disponibilidade orçamentária (sob pena de responsabilidade do gestor) é pressuposto que integra o procedimento de formação da decisão pela encampação do serviço.

Conhecendo o valor da indenização e dispondo de recursos para pagá-la, se de fato o Executivo resolver seguir adiante com sua intenção de encampar o contrato e retomar o serviço, deverá formalizar essa intenção produzindo ato administrativo cujo objeto tem cunho declaratório. Esse ato deve ser justificado, de modo a permitir o controle pelo Legislativo, assim como para que se possa avaliar eventual desvios de finalidade. Aplica-se simetricamente o art. 5º da Lei de Concessões à hipótese. Note-se que declaração de encampação que não atente à questão patrimonial é nula de pleno direito: conhecer o valor da indenização e ter recursos para pagá-la são *conditio sine qua non*.

Terminada a fase declaratória, abre-se a fase legislativa.

5.2. A autorização legislativa: natureza e limites

O segundo ato do procedimento de encampação compete ao Legislativo. Uma vez que o Executivo tenha levantado o valor da indenização e detenha os meios de pagar o valor devido para exercer o seu direito de retomar o contrato, ele deverá solicitar ao Legislativo autorização para executar a sua decisão. Cuida-se de ponto *sui generis*, pois, em regra, não deve haver a influência do Legislativo na formação dos contratos de concessão, que não precisam ser autorizados especificamente.¹⁴ Então por que deveria haver autorização do Legislativo para encampar a concessão? Haveria inconstitucionalidade da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43) ao exigir a autorização legislativa? O tema é certamente polêmico. Contudo, cremos que não há inconstitucionalidade na previsão da autorização legislativa para encampar o contrato. Na base disso está o fato de que a lei autorizativa tem impactos orçamentários, que devem ser avaliados pelo Legislador.

O Legislativo deverá analisar a questão avaliando o mérito político da decisão, podendo recusar-se a reconhecer a existência de interesse público para fins de rescindir o contrato. Observe-se que, neste caso, compete, primeiro, ao Poder Executivo decidir o que é o interesse público e, em seguida, caberá ao Poder Legislativo aquiescer, ou não, com a vontade do Executivo. Logicamente, a lei que requer a concessão de autorização para encampação deve ser de iniciativa do Executivo, a quem compete levar a cabo a etapa declaratória.

Deverá também avaliar os efeitos orçamentários decorrentes do ato, de modo a manifestar sua concordância com os efeitos patrimoniais dele decorrentes. Não cumprindo a Lei, em especial a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Legislativo terá de honrar o seu papel constitucional (art. 70 da Constituição) de exercer o controle patrimonial e financeiro.

O objeto da Lei consiste em autorizar o Executivo a promover a encampação. Cuida-se de ato necessário para que a declaração de caducidade possa produzir efeitos. Até que haja a edição da lei, o ato declaratório produzido pelo Executivo não gera quaisquer efeitos para o contrato, que será executado normalmente.



Como bem se percebe, a lei autorizativa é típica lei de efeitos concretos que se sujeita à mesma espécie de controle dos atos administrativos. Ela deve, portanto, guardar congruência com o procedimento que a antecedeu. Isso é especialmente relevante no que tange à necessidade de se respeitar o direito à justa indenização, que não pode ser tolhido ou mitigado. Se a lei implicar qualquer ofensa a direitos patrimoniais ou pretender ratificar atos irregulares praticados na etapa anterior pelo Executivo, ela se expõe às vias de controle típicas das leis de efeito concreto, inclusive, desafiando a impetração de mandado de segurança. Com efeito, a Lei não poderia convalidar uma encampação cuja fase declaratória padecesse de nulidade.

Insista-se que, ao Legislativo, cabe apenas autorizar; decidir pela encampação é atribuição do próprio Executivo.¹⁵ O conteúdo desta lei se limita a permitir que a decisão do Executivo produza os seus efeitos, não podendo inovar. Isso porque, se fosse permitido ao Legislativo inovar, isso impactaria sobre a própria decisão do Executivo. Com efeito, a Lei autorizativa é despida de quaisquer outros efeitos, sob pena de se expor a controle do Judiciário. Se houver inovação, o processo deverá ser reiniciado, reabrindo-se a fase declaratória, cabendo ao Executivo analisar se naquelas condições ainda persiste tendo interesse na prática do ato.

Com efeito, o papel da lei autorizativa envolve: (i) avaliar a conveniência política da rescisão; (ii) atestar a regularidade do procedimento de cálculo da indenização; (iii) concordar com afetação de recursos orçamentários para fins de pagamento da autorização; e (iv) fiscalizar a obediência às normas de responsabilidade fiscal.

Ela apenas permite que os efeitos da etapa declaratória sejam produzidos, não agregando nada ao conteúdo daquela decisão. Ao Legislativo cumpre aprovar, ou não. Não cabe ao Legislativo inovar, mas sim ratificar (a lei autorizativa é "ato-condição"). Inovações eventualmente produzidas pelo Legislativo ofenderiam a separação de Poderes e implicariam a substituição do Executivo na avaliação do tema. A lei autorizativa tem conteúdo definido; que não pode ser superado.

Na medida em que a competência do Legislativo é autorizar que se proceda a encampação, fato é que não compete ao Legislativo decidir por essa providência. Tal juízo é privativo do Poder Concedente, e consiste na materialização da atribuição do Executivo gerir em concreto a prestação dos serviços públicos.

Portanto, lei que imponha o dever de encampar, substituindo-se ao Executivo na fase declaratória, invade competências típicas deste Poder. Logo, eventual lei que impusesse ou decretasse a encampação sem concurso da vontade do Executivo implicaria usurpação da competência do Executivo no que se refere à organização acerca do modo pelo qual uma atividade deve ser prestada (cf. art. 175 da Constituição). O papel do Legislativo é o de aprovar o ato, mas não de determinar sua prática.

Ou seja: não existe encampação imposta pelo Legislativo, pois retomar a concessão é análise que incumbe ao Poder Concedente. Eventual Lei que implique a extinção da concessão equivaleria a verdadeira expropriação normativa, sujeitando-se a consequências da mesma natureza (ampla indenização prévia), todavia, decorrentes de outro fundamento.¹⁶ Aliás, lei que determinasse a extinção de contrato de concessão seria de duvidosa constitucionalidade, haja vista a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito.

A encampação é modalidade típica de extinção do contrato de concessão, submetendo-se aos ditames da Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43), que assume contornos de lei nacional. Leis que imponham a extinção de contrato vigente, pretendendo gerar efeitos em contratos celebrados, são inconstitucionais por usurparem competência do Executivo. E leis que impliquem a extinção da concessão por outras razões (por exemplo, tornando privada uma atividade antes concedida) configuram, potencialmente, expropriações regulatórias.



Em conclusão: ao Legislativo apenas cabe se manifestar sobre a correção do procedimento declaratório, autorizando que a encampação produza seus efeitos. Nada além disso. O faz por meio de Lei cujo objeto é apenas autorizar que a decisão do Executivo produza efeitos (sem qualquer generalidade e abstração). E, na exata medida em que temos uma lei de efeitos concretos, caso a lei promova inovações irregulares ou ainda ratifique atos eivados de ilegalidade, ela se expõe às mesmas técnicas de controle aplicáveis aos atos administrativos, notadamente o mandado de segurança.

Editada e publicada a lei autorizativa, a encampação deve ser implementada pelo Poder Concedente, o que é a fase final do procedimento de encampação. A partir daí terá se formado a decisão de encampar, conjugando as vontades do Executivo e do Legislativo, de modo a que o ato possa ser executado. De todo modo, a encampação ainda não está concluída, ela precisa exaurir seu ciclo para que o contrato se extinga de fato.

5.3. Fase Executiva: pagamento da indenização e encerramento do contrato

Editada a lei autorizativa, abre-se o ato final da encampação. Uma vez que tenha sido decidido pela encampação, é necessário dar execução material à deliberação. O objetivo precípuo dessa fase é efetivar o pagamento da indenização e organizar a transição da atividade, pois atividades públicas não comportam solução de continuidade.

Há, agora, questão de cunho de tempo orçamentário: a encampação conclui-se pelo pagamento da indenização, mas para ocorrer o pagamento é necessária dotação orçamentária e disponibilidade financeira (recursos em caixa). Assim, caso não haja dotação suficiente, é dever do administrador público garantir créditos suplementares ou especiais, a fim de suportar as obrigações decorrentes da resolução contratual. Porém, a questão é mais complexa do que possa inicialmente parecer, porque dependerá do momento da necessidade da disponibilidade orçamentária e financeira.

Será possível, por exemplo, que o chefe do Poder Executivo já tenha previsto a encampação antes mesmo do envio da proposta orçamentária ao Poder Legislativo, o que ocorre, aproximadamente, quatro meses antes do início da vigência da Lei Orçamentária Anual. Nesse caso, haverá dotação orçamentária.

Contudo, a necessidade de recursos poderá surgir no decorrer do exercício financeiro. Nesse caso, concomitantemente à solicitação da autorização da encampação ao Poder Legislativo, deverá o Poder Executivo: (a) abrir créditos suplementares, caso seja possível (houver fonte de recursos e autorização legislativa); (b) abrir créditos especiais, mediante envio de proposta legislativa ao Poder Legislativo. Ainda que não exista disposição legal impondo o requisito financeiro para encampação, parece-nos que isso decorre da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Perceba-se que, de acordo com a Lei, a efetiva extinção do contrato depende do pagamento da indenização: sem isso, o particular persiste tendo o direito de executar o contrato, até ter sido integralmente indenizado pela perda do direito de executá-lo. Uma vez que isso tenha sido feito, é que a relação material pode ser extinta, transferindo-se a gestão da atividade para a Administração.

Com efeito, depois de editada a autorização legislativa, em tese, o ato que se segue é apenas a execução material da deliberação já formada que consertou as vontades do Executivo e do Legislativo no sentido de se promover a retomada do serviço.

Ao contrário da caducidade e da intervenção que exige a Lei 8.987/1995 (LGL\1995\43) (arts. 38, § 4º, e 32, par. ún.), no caso da encampação, a Lei Autorizativa é o que consubstancia a decisão final acerca da questão. Nessa linha, se requerida e autorizada a encampação, não poderá o Executivo mais se retratar da questão, devendo dar execução material à lei. A retratação da decisão exige que haja lei que a autorize. Com efeito, o Executivo não pode de maneira individual deturpar o ato produzido conjuntamente com o Legislativo. Ou seja, tendo se completado o ato que decide pela caducidade, o Executivo está obrigado a dar fiel execução a ele.

6. Conclusão

Como se nota, a encampação depende de uma sucessão de atos em que: (i) o Poder Concedente indique que pretende retomar o serviço e promova o cálculo da indenização devida, observando o contraditório e a ampla defesa e indique recursos suficientes ao seu pagamento; (ii) o tema seja submetido ao Legislativo, que deve autorizar o Executivo a seguir com a medida e, concomitantemente, assegurar que haja recursos em orçamento para implementar o pagamento da indenização definida; e, (iii) devidamente autorizado, o Poder Concedente dê execução à lei autorizativa, pagando a indenização e implementando as providências materiais inerentes à extinção do contrato.

A encampação envolve um procedimento complexo. Complexo do ponto de vista jurídico e complexo do ponto de vista fático. Em especial, a justa indenização do concessionário é o elemento central dessa discussão. Qualquer procedimento de encampação que não leve a sério a proteção patrimonial do concessionário é nulo. Não é porque a encampação se dá por razões de interesse público que a extinção do contrato de concessão possa ser levada a cabo sem a fiel observância do devido processo legal.

Assim como celebrar contratos de concessão é complexo, extingui-los também é. Muitas vezes, os contratos deverão ser mantidos pelo fato de que não há condições materiais de extingui-los. E isso é natural. Contratos de concessão implicam a necessidade de investimentos privados. E proteger o interesse econômico legítimo do concessionário é tão importante quanto assegurar as prerrogativas do Poder Concedente. Ambas as dimensões se conjugam de modo indissociável.

Referência bibliográfica

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. Concessão de serviços públicos. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELSITO, Bruno Gazzaneo; TANNURE, Ricardo Tomaz. A impossibilidade de exigência de leis autorizativas como condição para a contratação de concessões. *Revistas de Contratos Públicos – RCP*, ano 7, n. 13, p. 29-64, mar./ago. 2018.

CORREIA, Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões comuns e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno – A lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno – A lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Comentário ao art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

SCHAMA, Simon. *Citizens, A chronicle of the French Revolution*. Londres: Penguin Book, Ed. do Kindle, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

1 .A relicitação consiste basicamente na extinção negociada do contrato, visando a se obter um novo prestador de serviços, que assumirá o contrato em lugar do concessionário anterior que não foi capaz de cumpri-lo. Seu regime está previsto na Lei 13.448/2017 (LGL\2017\4529).

2 .Sobre o prazo como elemento definidor do contrato de concessão: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões comuns e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno – A lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-49.

3 .Para uma explicação da lógica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de tipo concessionário, consultar MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno – A lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 79-88.

4 .A transferências de atribuições públicas para privados, notadamente no que se refere a cobranças de valores, era comum na França pré-Revolucionária. O Estado Absolutista se financiava dessas vendas, que transferiam aos particulares o direito de exercer tarefas públicas, sem prazo definido. Durante a crise fiscal que antecedeu a Revolução, a venda dos ofícios foi largamente utilizada para financiar a Coroa (cf. SCHAMA, Simon. *Citizens, A chronicle of the French Revolution*. Londres: Penguin Book, Ed. do Kindle, 2004. p. 55 -57.

5 .Sobre a extensão da indenização na encampação e a necessidade de considerar os lucros cessantes: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Fundamentos constitucionais para a indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

6 .Cf. GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 344 e ss.

7 .Para uma discussão acerca se é o contrato ou a Lei a fonte dos poderes de autoridade da Administração no contrato administrativo: CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

8 .CORREIA, Sérvulo. *Op. cit.*, p. 626-627.

9 .A expressão é de JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 68.

10 .Nesse sentido JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 583.

11 .Em decisão recente, a Presidência do STF já teve oportunidade de correlacionar a lei autorizativa à questão da autorização para efetivação de gasto com a indenização, assim como destacar a necessidade de se respeitar o art. 16 da LC 101/2.000 (LGL\2000\211), cf. (Rcl 34.130/SC, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 16.05.2019).

Deve-se salientar que, durante a pandemia da COVID-19, as normas de responsabilidade fiscal foram vergadas e mitigadas (cf. ADI 6.357, Emenda Constitucional 106/2020 (LGL\2020\5798) e Lei Complementar 173/2020 (LGL\2020\6677)). Não há influência no respeito aos contratos e na necessária disponibilidade orçamentária e financeira para pagamento de indenizações.

12 .Conforme Carlos Valder do Nascimento, "A ação governamental ou de governo compreende o complexo de regras em que se assenta a atividade do Poder Público, enquanto representante da soberania popular voltado para o exercício das funções essenciais do Estado. Assim, o governo, como detentor do poder político, traça o destino da sociedade que dirige politicamente" (NASCIMENTO, Carlos Valder do. Comentário ao art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT 2009. p. 124).

13 .Importante salientar que a Lei 4.320/1964 (LGL\1964\3) e a Constituição (art. 167, V) preveem a indicação de recursos correspondentes para abertura de créditos suplementares ou especiais. Isso significa que, sem recursos suficientes para atender à nova despesa (decorrente da encampação), não haverá possibilidade de prosseguir com o plano da encampação. Será necessário aguardar o exercício financeiro subsequente, fixando dotação orçamentária específica para o intento. Exigir a dotação orçamentária não é impedir a encampação, mas será a imposição da realidade financeira ao gestor.

14 .Sobre esse debate, e indicando as razões pelas quais não se exige lei autorizativa para celebrar concessões: BELSITO, Bruno Gazzaneo e TANNURE, Ricardo Tomaz. A impossibilidade de exigência de leis autorizativas como condição para a contratação de concessões. Revistas de Contratos Públicos – RCP, ano 7, n. 13, p. 29-64, mar./ago. 2018. No mesmo sentido, de serem inconstitucionais as leis que exigem autorização para concessão: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 88-91.

15 .Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei Alencar indicam que caberia ao Legislativo decidir pela encampação, de modo a se reforçar a segurança do concessionário (AZEVEDO, Eurico de Andrade e ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. Concessão de serviços públicos. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 137-138). Os autores realçam a necessidade de coadjuvação entre Executivo e Legislativo na produção dos efeitos jurídicos do ato.

16 .Sobre o tema do sacrifício de direitos por vias normativas, consultar SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003.