Número 7 – julho/agosto/setembro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

OS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SUA ANULAÇÃO

Prof . Carlos Ari Sundfeld

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Sócio de Sundfeld Advogados S/C.

É sabido que, em relação aos **atos administrativos**, há dois foros anulatórios possíveis: o Poder Judiciário e a Administração Pública. Portanto, um ato pode ser anulado independentemente de ação judicial.

Devo analisar, então, se esse poder existe para a Administração nos casos de **contratos de concessão**. Minha opinião a respeito é negativa. Segundo entendo, depois de celebrado, o contrato de concessão só pode ser anulado por decisão judicial.

O fundamento de meu pensamento está na própria legislação que rege os contratos administrativos em geral e os contratos de concessão em especial.

A Lei de Licitações regula os contratos administrativos (art. 1º, *caput*), tratando de sua extinção nos arts. 58, II, e 79 (ambos sobre rescisão) e 59 (sobre invalidação).

Segundo o art. 58, II, "o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de (...) rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei;". Em seu todo, o objetivo deste artigo é nomear uma a uma as prerrogativas da Administração nos contratos administrativos (conhecidas por "cláusulas exorbitantes"), construindo para eles um regime diverso do comum. Em decorrência dele, a prerrogativa do Poder Público no tocante à extinção de contratos administrativos é apenas a de rescindi-los nos casos do art. 79, I.

O art. 79 é o que sistematiza as várias formas de extinção dos contratos administrativos. São três: a rescisão unilateral pela Administração (inciso I), a rescisão amigável (inciso II) e a rescisão judicial (inciso III). E quando é

possível à Administração rescindir unilateralmente? A resposta do inciso I é dada por meio de remissão a certos incisos do art. 78 (mas não todos), que é onde estão indicados os **motivos** para a rescisão.

Para boa visualização, transcrevo a parte do art. 79 útil à nossa discussão:

> "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, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
>
> III- judicial, nos termos da legislação;
>
> IV- vetado.
>
> (...)".

Vê-se que a prerrogativa de rescisão unilateral é restrita, pois só existe em relação a certos casos nomeados. Para os demais (os não referidos no inc. I), só são possíveis a rescisão amigável e a judicial, que não têm limitação temática. Acontece que a rescisão por vício de legalidade (isto é, a invalidação) não se encontra em qualquer dos incisos do art. 78 que foram objeto de remissão pelo art. 79, I. Logo, não cabe rescisão unilateral por ilegalidade.

Mas talvez o legislador não tenha mencionado o vício de legalidade no art. 78 por entender que a providência correta, no caso, não seria a **rescisão** (ato constitutivo), mas a **declaração de nulidade** (ato declaratório). Isso porque o art. 59, *caput*, usa justamente essa última expressão ao falar de contratos viciados ("Art. 59. A **declaração de nulidade** do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos").

Mas isso, se verdade for, também não importa no reconhecimento, para a Administração, do poder de declarar a nulidade. É que esse poder, não existindo no direito contratual comum, constituiria uma **prerrogativa** (uma "cláusula exorbitante") dos contratos administrativos. Mas o art. 58 não o enumera entre as prerrogativas da Administração. Pelos argumentos que expus, entendo hoje que esse silêncio é eloqüente, vale dizer, tem o objetivo de negar tal poder à Administração.

Esclareço que, no passado, já sustentei ponto de vista diferente, mas a meditação mais detida convenceu-me da tese que hoje em dia defendo, que exponho neste estudo. Foi o seguinte meu raciocínio da época:

> "Questão importante é saber se a invalidação só pode ser operada por decisão judicial, como ocorre com os contratos privados, ou se é admissível também a invalidação por ato administrativo. O estatuto nada

> diz a respeito. A omissão, no entanto, é irrelevante. É sabido que a Administração Pública dispõe de poder para, sem recurso ao Judiciário e independentemente de expressa outorga legal, invalidar seus atos ilegítimos. É o que reconhece a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Tal poder deriva, por um lado, do dever de observância da legalidade e, por outro, da auto-executoriedade das decisões administrativas. Com relação aos contratos administrativos, é certo também existirem a vinculação à legalidade e a auto-executoriedade das decisões. Logo, no âmbito contratual estão presentes os pressupostos justificadores da competência administrativa para a invalidação, donde concluir-se por sua existência". (*Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 2ª ed., 1995, p. 258.)

Esses argumentos não me convencem mais atualmente, pois **ato** administrativo não é o mesmo que **contrato**, e para este último há lei específica (a de Licitações). Essa lei não é omissa, porque, apesar de tratar de anulação (art. 59), não a inclui entre as prerrogativas da Administração (art. 58). Além disso, o poder de rescisão unilateral é limitado a certos casos (art. 79, I) e a solução dada pela lei para os demais é a rescisão amigável ou judicial (art. 79, II e III). Portanto, não houve omissão legal quanto ao modo de extinguir contrato inválido; há regra expressa, a dos incs. II e III do art. 79. É inviável, portanto, a anulação unilateral, por ato administrativo.

E como se comporta a jurisprudência, no tocante a este assunto? A discussão específica não é freqüente no foro. Não há, destarte, uma jurisprudência expressiva e firme a respeito. Poucos precedentes podem ser mencionados.

Do Supremo Tribunal Federal, destacam-se dois acórdãos, ambos antigos.

No Recurso Extraordinário nº 33.249-MG, julgado em 9 de abril de 1957, a Segunda Turma, por unanimidade, fulminou a anulação de um contrato de empreitada de obras públicas com esta brevíssima fundamentação: "Observe-se que, consoante sufrágio iterativo da jurisprudência, lícito não era à recorrente por ato próprio, impor à parte contratante, a rescisão do ajuste, matéria sobre a qual só o Poder Judiciário delibera, por imperativo de sua função precípua e especificamente judiciária" (relator o Min. Ribeiro da Costa, com o apoio dos Min. Villas Boas, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada). Vê-se que o caso era de contrato tendo um objeto de direito administrativo, a obra pública.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 16.724-SP, julgado em 19 de abril de 1968, a Terceira Turma, por unanimidade, considerou irregular a anulação unilateral, pela Administração, de contrato de compra e venda de imóvel. Dois Ministros declararam em seu voto que a necessidade de decretação judicial existia, no caso, por se tratar de contrato de natureza privada (Min. Gonçalves de Oliveira, relator, e Min. Eloy da Rocha), mas os dois outros não apontaram a natureza do contrato como o elemento determinante da restrição (Min. Amaral Santos e Min. Thompson Flores).

Do Superior Tribunal de Justiça, há duas decisões recentes a mencionar.

Uma, da Segunda Turma, parece indicar tendência de aceitação da anulação unilateral de contrato de concessão de uso de bem público; mas o não-conhecimento do recurso, por razões processuais, impede que se considere o acórdão como um precedente (Recurso Especial nº 717-SC, j. 11.12.97, rel. Min. Adhemar Maciel, v.u.).

Outro acórdão, da Primeira Turma (RMS 9.830-BA, j. 05.10.1999, v.u.), relativo a contrato de assunção de dívida envolvendo o Estado da Bahia, afirma em sua ementa que "a Súmula 473/STF não autoriza a desconstituição, por nulidade, de contrato bilateral. Tal desconstituição pressupõe contraditório judicial (Lei nº 8.666/93, arts. 58, II; 78 e 79)". A afirmação e a fundamentação da ementa sugerem uma clara posição contra qualquer anulação unilateral de contrato, ainda que tenha "objeto de direito administrativo". Mas a mesma amplitude não se encontra nos votos, que parecem ter-se sensibilizado mais pela circunstância de, no caso, estar em pauta um "contrato de natureza privada".

Diante dessas referências, constata-se que não existem parâmetros jurisprudenciais realmente firmes quanto à possibilidade de anulação unilateral de contrato administrativo, no regime da Lei de Licitações.

Seguindo adiante, ressalto que a **concessão de serviço público** é um contrato administrativo, sendo regida pela Lei de Concessões (nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) e, subsidiariamente, pela Lei de Licitações (art. 1º, *caput*). Os seis incisos de seu art. 35 indicam as hipóteses de extinção desse contrato:

> "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.
>
> (...)".

Para os vários casos indicados, a lei prevê o modo de produção do ato extintivo. A **encampação** exige lei autorizativa específica (art. 37); a **caducidade** é declarada pelo próprio poder concedente, por ato unilateral

antecedido de processo administrativo (art. 38); e a **rescisão** é direito da concessionária, dependendo de decisão judicial transitada em julgado (art. 39).

Para a anulação, contudo, ao contrário das outras hipóteses, a Lei de Concessões não prevê a possibilidade de ser feita por ato administrativo unilateral. E seu art. 29, IV, estipula:

> "Art. 29. Incumbe ao poder concedente:
>
> (...)
>
> IV - extinguir a concessão, **nos casos previstos nesta Lei** e na forma prevista no contrato;
>
> (...)".

O dispositivo é direto, específico e claro: o poder de extinção unilateral só existe **nos casos em que a própria Lei de Concessões o confere de modo expresso**. Não em **qualquer caso**, portanto.

Como se percebe, a Lei de Concessões é ainda mais enfática do que a Lei de Licitações ao negar à Administração a prerrogativa de anular unilateralmente contratos de concessão[1]. Logo, esse poder não existe relativamente a esses contratos.[2]

Essa conclusão se aplica também aos contratos de concessão de uso de bem público para exploração de aproveitamento hidrelétrico porque, embora não se trate exatamente de concessão de serviço público, a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões) incide também em relação a eles, por expressa determinação do art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

---

[1] Apesar disso, a afirmação de que a Administração tem o poder de anulação unilateral de contrato de concessão é comum entre os comentadores, sendo feita dogmaticamente, sem maiores discussões. Confira-se: *Concessão de Serviço Público*, Antônio Carlos Cintra do Amaral, S. Paulo, Malheiros, 1996, p. 85. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*, Luiz Alberto Blanchet, Curitiba, Juruá, p. 151. *Concessão de Serviços Públicos*, Eurico Azevedo e Maria Lúcia Alencar, S. Paulo, Malheiros, 1998, p.136. Quanto à jurisprudência dos Tribunais Superiores, não logrei localizar nenhum precedente específico sobre a existência ou não de prerrogativa para a anulação administrativa de concessão de serviço, no regime da Lei de Concessões.

[2] Tanto isso é verdade que a Lei Geral de Telecomunicações (nº 9.472, de 16 de julho de 1997), pretendendo garantir a prerrogativa de anulação unilateral dos contratos de concessão de telecomunicações em favor da ANATEL, teve de adotar medidas específicas para isso. De um lado, excluiu a aplicação, no setor, tanto da Lei de Licitações como da Lei de Concessões (art. 210). De outro, conferiu esse poder expressamente à ANATEL, no art. 116: "Art. 116. A anulação será **decretada pela Agência** em caso de irregularidade insanável e grave do contrato de concessão".

Referência Bibliográfica (ABNT: NBR-6023/2000):

SUNDFELD, Carlos Ari. Os contratos de concessão e sua anulação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.