

O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual

Rafael Véras de Freitas

Professor do Programa de Educação Continuada da FGV Direito Rio. Professor da Pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo do IAB. Mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado.

Resumo: O objetivo do presente ensaio é investigar a natureza jurídica do ato de anuência para transferência da concessão (aqui, referida em sentido amplo, posto que também envolve a transferência de controle societário), previsto no artigo 27 da Lei nº 8.987/1995. Para esse efeito, será analisado o seu regime jurídico, o qual terá reflexos nos efeitos de sua extinção. Ao final, será destacada a competência para a prática desses atos nos setores regulados.

Palavras-chave: Concessão. Transferência. Ato administrativo vinculado. Confiança legítima. Regulação. Antitruste.

Sumário: Introdução – **1** A desconstrução da natureza personalíssima dos contratos administrativos – **2** A constitucionalidade do ato de transferência de controle nas concessões – **3** A natureza jurídica do ato de transferência da concessão – **4** As consequências da declaração de nulidade do ato de anuência da transferência de controle – **5** O regime da transferência de controle nos setores regulados: a compatibilização dos contratos regulatórios com o princípio da concorrência – Conclusões – Referências

Introdução

1 O Direito Administrativo está mais dinâmico. Alterações econômicas nos países e os efeitos da globalização vêm influenciando, cada vez mais, esse ramo do Direito Público. O presente ensaio é um exemplo disso. A velocidade das relações empresariais fez com que o velho dogma de que o contrato administrativo seria personalíssimo (*intuitu personae*) fosse desconstruído. E não porque “desconstruir” paradigmas esteja em voga, mas porque a realidade não compactua com entendimentos que impeçam a celebração de contratos mais vantajosos para o Poder Público.

2 Se esse entendimento já vem sendo alterado no bojo dos tradicionais contratos de empreitada, com muito mais razão não faz qualquer sentido que permaneça inalterado nos contratos de concessão. Isso porque os referidos contratos se inserem na categoria de contratos incompletos, os quais serão integrados por toda sorte de efeitos – econômicos, políticos e sociais – durante a sua vigência. Portanto, nada

mais natural que, durante a sua execução, sejam pactuadas novas relações societárias. E mais: que essas relações societárias possam influir na própria qualidade do serviço público delegado.

3 Um recente episódio fático põe em ainda mais relevo esse exame no Brasil. Os escândalos de corrupção deflagrados por operações da Polícia Federal colocaram em xeque a situação econômica de diversos concessionários de serviços públicos, notadamente de construtoras. Trata-se de circunstância que, nos próximos anos, pode vir a fomentar a celebração de ajustes que envolvam a alteração subjetiva de seus pactos concessórios, até mesmo porque um dos maiores ativos dessas sociedades são justamente os direitos econômicos decorrentes de seus contratos de concessão.

4 E isso não necessariamente desatende ao interesse público. Pelo contrário, a transferência da concessão pode representar um incremento na qualidade do serviço prestado ao usuário, em razão de o concessionário possuir melhores condições de prestar o serviço do que o cedente. Daí a importância de se investigar a natureza jurídica do ato de transferência da concessão (aqui, referida em sentido amplo, posto que também envolve a transferência de controle societário), previsto no artigo 27 da Lei nº 8.987/1995 (Lei Federal que disciplina as Concessões de Serviços Públicos).

5 Para levar a efeito essa investigação, este ensaio seguirá o seguinte caminho: inicialmente, será “desconstruída” (para usar um termo da moda) a natureza personalíssima dos contratos administrativos; em prosseguimento, abordar-se-ão dois temas que geraram aguda polêmica acerca do instituto da transferência da concessão: a sua constitucionalidade e a necessidade de autorização legislativa; na sequência, serão fixadas as balizas para assentar o entendimento do autor do presente artigo sobre a natureza jurídica do ato de anuência da transferência de controle nas concessões; com base nessa premissa, serão investigadas as consequências da invalidação desse ato de anuência – tema de grande relevo prático; o último ponto abordado será a interação entre as entidades reguladoras e as de defesa da concorrência, na análise do ato de transferência de controle; ao final, serão apresentadas conclusões.

1 A desconstrução da natureza personalíssima dos contratos administrativos

6 O tema da transferência de controle nas concessões está ligado à ideia de que os contratos administrativos possuiriam caráter *intuitu personae* – na medida em que tanto a cessão de posição contratual, quanto a alteração de controle societário resultam na alteração subjetiva do contrato. Ou seja, tais ajustes seriam pactuados em razão das características pessoais do contratado – as quais seriam aferidas por ocasião do procedimento licitatório.¹

¹ Nesse sentido, ensina Meirelles que “O Contrato administrativo é sempre consensual e, em regra formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. [...] é *intuitu personae* porque se deve ser executado pelo

7 Esse entendimento tem origem na sistemática prevista na Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Contratações Públicas), segundo a qual a modificação do polo subjetivo do contrato – por meio da subcontratação, associação do contratado com outrem, cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato – daria ensejo à sua rescisão unilateral pelo Poder Público² (art. 78, VI e XI c/c art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993).³

8 De acordo com esse juízo, em razão da personalidade que envolveria a celebração de contratos com a Administração, as alterações subjetivas nesses instrumentos dariam origem a uma nova relação jurídica, com outro agente que não teria participado do procedimento licitatório. Tratar-se-ia, portanto, de alteração contratual que violaria os princípios da isonomia e da moralidade.⁴ Dito em outros termos, se a Administração realizou uma licitação para selecionar a proposta mais vantajosa, escolhendo um licitante específico, não poderia, *a posteriori*, admitir que outro agente econômico, estranho a esse procedimento, executasse o contrato.

9 Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) já teve a oportunidade de asseverar que “a alteração subjetiva dos contratos administrativos representa fraude

próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 194).

² Nesse sentido, Mukai: “Portanto, a leitura do inciso VI do art.78 não pode infringir o princípio da vedação da sub-rogação das obrigações e, em especial, o da vedação da subcontratação, cessão ou transferência totais do objeto contratual” (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 120). Da mesma forma, Bittencourt: “Também a associação do contratado com outrem, a cessão ou a transferência (total ou parcial), bem como a fusão, a cisão ou a incorporação, figuras específicas do Direito da Empresa, poderão acarretar a rescisão, na ausência de prévia permissão no instrumento convocatório e no contrato, devido a incerteza que essas mudanças na constituição do contratado poderão provocar na relação contratual que, relembre-se, buscou, na sua origem, com a habilitação preliminar, a celebração com uma empresa, em que, em função das ditas alterações, não mais existe” (BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/1993 totalmente atualizada, levando também em consideração da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 535).

³ Confirmam-se os dispositivos: Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; 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.

⁴ Tal entendimento é defendido por Pereira Junior: “Fica claro, portanto, que dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique substituição do contratado por outra pessoa, ainda que esta signifique desdobramento daquele, como ocorre na incorporação, na fusão e na cisão, irrelevante que as sociedades resultantes assumam todos os direitos e obrigações da que foi incorporada, fundida ou cindida. A ratio está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha a Administração” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 717). No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido “de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, do inciso VI da Lei 8.666/93” (TCU. Acórdão nº 1419/2003 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Sessão de 24.09.2003. *DOU*, 03 out. 2003).

direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal”.⁵

10 Nessas hipóteses, o contrato administrativo deveria ser rescindido, unilateralmente, pela entidade contratante, o que poderia acarretar aplicação de sanções administrativas aos contratados (*v.g* advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações, impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade do contratado).⁶ Além disso, tais condutas permitiriam que a entidade contratante: (i) assumisse, de forma imediata, o objeto do contrato; (ii) realizasse a ocupação do local; e (iii) executasse as garantias contratuais, ou retivesse os créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados pelo contratado.⁷

11 Tal entendimento, contudo, não nos parece o melhor. A licitação tem por escopo a seleção, por meio de um procedimento administrativo pautado pelos princípios da isonomia, da verdade real e da moralidade, da melhor proposta de um dos licitantes que estão competindo para contratar com a Administração. Esse procedimento nada tem com os efeitos do contrato. É dizer: o contrato tem um regime jurídico próprio, que deve se adaptar às mudanças supervenientes que alterem a sua execução; do contrário, estar-se-ia negando aplicabilidade à lógica da mutabilidade dos contratos da Administração (o tema será doravante aprofundado). Isso porque uma coisa é a instauração de um procedimento licitatório para a obtenção da melhor proposta para a Administração; outra, bem diversa, é a vinculação subjetiva do contratado à execução do objeto contratual.

⁵ TCU. Acórdão nº 368/2004 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Sessão de 08.09.2004. *DOU*, 16 set. 2004.

⁶ Veja-se o dispositivo: Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

⁷ Esse é o entendimento, por exemplo, de Di Pietro: “Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão das condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/1993, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital de licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato [...] Todas essas medidas constituem motivos para a rescisão unilateral do contrato, sujeitando, ainda, o contratado, às sanções administrativas previstas nos artigos 87 e às consequências assinaladas no artigo 80” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zannela. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 267).

12 Um exemplo ilustra o ponto: como expõe Fábio Barbalho Leite, nas licitações que se utilizam do tipo “menor preço”, na forma do artigo 45, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, embora vários licitantes possam restar, objetivamente, habilitados, será declarado vencedor aquele que tiver apresentado o menor preço. Em prosseguimento, o referido autor⁸ afirma que

o contrato administrativo atrela-se, pois, não propriamente à pessoa do contratado (o qual, no mais das vezes em certames do tipo menor preço, não é considerado o único capaz de dar exequibilidade ao escopo contratual: todos os licitantes habilitados o são), mas, sim, à objetividade da proposta vencedora. E sobre esta é que a Constituição (CF, art. 37, XXI) e a Legislação (Lei nº 8.666/93, art. 65) constroem mais estreitos limites a sua alteração.

13 Ademais, não seria consentâneo com o princípio da liberdade de iniciativa (arts. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB) que o contrato administrativo servisse para engessar as atividades empresariais, impedindo que o contratado realizasse operações negociais. Além disso, não se pode olvidar que a realização de operações societárias – a exemplo da transferência da concessão ou controle societário – pode, inclusive, contribuir para o incremento da qualidade dos serviços prestados à Administração Pública. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o cedente transfere a prestação objeto do contrato para um cessionário que esteja em melhores condições financeiras, ou que detenha maior expertise em determinado setor econômico.

14 Por tais razões, assiste razão a Flavio Amaral Garcia⁹ ao defender que

essas alterações subjetivas não só seriam admissíveis, como não precisariam de previsão editalícia, sob pena de violação do princípio fundamental estruturante da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB), na medida em que um contrato celebrado com a Administração Pública não pode limitar ou mesmo restringir o legítimo direito das sociedades organizarem-se livremente. A vida negocial da empresa não pode ficar pendente de autorização de qualquer autoridade administrativa.

15 De acordo com tal perspectiva, o Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰ alterou seu entendimento, para o fim de concluir que

⁸ LEITE, Fabio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ago. 2005.

⁹ GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 258.

¹⁰ TCU. Acórdão nº 634/2007 – Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. *DOU*, 23 abr. 2007.

A fusão, a cisão e a incorporação ocorrem no mundo empresarial em função, sobretudo, da necessidade enfrentada pelas empresas de se manterem competitivas. A interpretação atualmente adotada pelo TCU engessa as empresas que são contratadas pela Administração, pois durante a vigência do contrato ficam tolhidas de passar por qualquer tipo de reorganização empresarial, a não ser que haja previsão no contrato e no edital, sob pena de rescisão do contrato. A administração deve, isto sim, vedar a reorganização empresarial em editais e contratos que abordem situações em que entenda que tal processo será, de fato, prejudicial para o interesse público.

16 Mas isso não significa dizer que tal alteração possa ser levada a efeito sem o estabelecimento de critérios mínimos, que assegurem a segurança das contratações administrativas e a observância dos princípios que regem as atividades administrativas.

17 Em outras palavras, se, por um lado, o contrato administrativo não pode impedir o desenvolvimento das atividades empresariais, de outro, não pode ser instrumento para violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Tal cenário pode ser vislumbrado quando a alteração subjetiva do contrato (i) violar o direito de outros licitantes que participaram do certame, mas não tiveram o objeto do contrato adjudicado, ou (ii) objetivar o conluio entre eles, mediante a cessão de posição contratual para um concorrente.¹¹

18 Daí a necessidade de prévia anuência do Poder Público para que tais operações sejam levadas a efeito. Não se trata de um provimento de natureza, puramente, discricionária, mas de um ato que deve observar certas diretrizes (a isso se voltará adiante). Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto¹² assevera que tal ato deve considerar se: (i) inexistente norma legal vedando a cessão para aquele contrato em especial; (ii) o objeto do contrato permite a cessão; (iii) o certame licitatório que antecedeu a contratação não oferece óbice; (iv) o cessionário reúne as condições pessoais para assegurar a continuidade e a ultimização da execução; (v) as cláusulas contratuais não proíbem expressamente a cessão; e acrescido (vi) não há indícios de cartelização, por meio de subcontratação.¹³

¹¹ Nesse sentido, como adverte a Organização para Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE: “Os esquemas de cartel em licitações frequentemente incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os conspiradores dos lucros adicionais obtidos através da contratação por preço final mais elevado. Por exemplo, os concorrentes que combinam não apresentarem propostas ou apresentarem propostas para perder podem ser subcontratados ou obter contratos de fornecimento do concorrente cuja proposta foi adjudicada, de forma a dividir com este os lucros obtidos através da proposta com o preço mais elevado, alcançados de forma ilegal” (OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015).

¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A cessão de contrato administrativo entre estado e município como alternativa para evitar a interrupção de obras públicas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jul. 1996.

¹³ FREITAS, Rafael Véras de. O regime jurídico dos Contratos de Patrocínio celebrados pelo Poder Público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 215-234, jul./set. 2013.

19 Diante do exposto, é possível concluir que a natureza personalíssima (*intuitu personae*) não se coaduna mais com a feição atual dos contratos administrativos. Primeiro, porque o que o contratante visa é a qualidade dos serviços prestados, e não à contratação de determinado agente (salvo nas hipóteses de contratação por inexigibilidade); segundo, porque a mutabilidade das relações contratuais pode apontar no sentido de que a alteração subjetiva do contrato seria a melhor forma de atender ao interesse público.¹⁴ Se tal assertiva é verdadeira para os contratos tradicionais de empreitada, com muito mais razão deve ser transposta para os contratos de concessão, como será desenvolvido no próximo item.

2 A constitucionalidade do ato de transferência de controle nas concessões

20 Os contratos de concessão, malgrado veiculem prestação de um serviço afeto às necessidades elementares da sociedade – aqui, valendo-se do seu conceito material –, produzem externalidades positivas (sobretudo econômicas). Essas externalidades poderão ser absorvidas pelo Poder Concedente, pelos usuários, e, principalmente, pelo próprio concessionário. Por essa razão, o vocábulo “concessão”, à luz da sistemática da legislação brasileira, atribui a um agente uma situação de privilégio, interditando a sua exploração por uma pluralidade de interessados.¹⁵

21 Esse privilégio se configura como um “direito de propriedade do concessionário”, o que não o torna dono de um serviço de titularidade do Estado. Na verdade, na medida em que tal agente se habilita para o estabelecimento de uma relação jurídica com o Poder Concedente, passa a ser titular de um plexo de direitos econômicos decorrentes da exploração do pacto concessório. Daí a relevância dos ensinamentos de Yoran Barzel, para quem, em termos econômicos, a expressão “direito

¹⁴ Nesse sentido, há fundamento nos sempre lúcidos ensinamentos de Shirato: “No desenvolvimento da exposição dos diferentes tipos de arranjos contratuais existentes, duas observações de grande relevo não podem passar sem menção: de um lado, a mitigação paulatina que vai sofrendo o regime jurídico tradicional dos contratos administrativos no Brasil, na medida em que novas figuras contratuais vão surgindo; e, de outro, a contradição existente no Brasil, com relação à aplicação mais pura da teoria do contrato administrativo. Quanto à mitigação do regime jurídico do contrato administrativo, procurei deixar claro que o regime típico de verticalidade, marcado por cláusulas exorbitantes, proveniente do Direito francês, foi sendo mitigado na medida em que evoluíram as regras disciplinadoras da atividade contratual da Administração Pública. De uma aplicação em pretense regime único da Lei nº 8.666/93, chega-se a uma completa inaplicabilidade nos casos de associações e mecanismos consensuais de exercício de funções autoritárias” (SCHIRATO, Vítor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 51-69, jun. 2013).

¹⁵ Entendimento semelhante é o de Dallari: “Partindo da distinção feita por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a titularidade do serviço público e a simples execução desse mesmo serviço, entendemos que, ao vencer uma licitação, o contratado incorpora ao seu patrimônio o direito de executar o serviço naquelas determinadas condições. O que pode ser transferido é apenas esse direito à execução do contrato; jamais a titularidade do serviço” (DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014).

de propriedade” pode designar, por um lado, a habilidade de usufruir a propriedade e, por outro, aquilo que o Estado atribui a um indivíduo.¹⁶ A Concessão se qualifica como a primeira vertente apresentada pelo referido autor, porquanto o agente se habilita (por meio do procedimento licitatório) para usufruir uma situação de privilégio (decorrente do contrato de concessão). Sobre o tema, é importante o registro: o retorno econômico decorrente da exploração da concessão não é avesso ao interesse público.

22 Ademais, os referidos contratos se configuram como contratos relacionais, nos quais há uma incomensurabilidade da equivalência das trocas projetadas para o futuro. Isso porque, como assevera Ronaldo Porto Macedo,¹⁷ em razão de se tratar de negócios jurídicos que se protraem no tempo, não se sabe, exatamente, o que as partes obterão ao término da relação contratual. Trata-se, portanto, de um *contrato incompleto*, posto que, pela teoria econômica, as partes, em razão da sua racionalidade limitada, teriam um elevado custo para estabelecer todas as contingências contratuais *ex ante*, razão pela qual as suas lacunas serão preenchidas *ex post*.¹⁸

23 Diante dessas características, Egon Bockmann Moreira,¹⁹ ao comentar a natureza do pacto concessório, com muita propriedade assevera que “em tempos pós modernos, nada mais adequado do que afirmar que a segurança advém da certeza da mudança”. E isso porque os contratos de concessão são ajustes de longo prazo, sujeitos aos mais diversos tipos de riscos e de incertezas.²⁰

24 Esses dois aspectos do pacto concessório (a apropriação dos seus efeitos econômicos pelo concessionário e a sua incompletude) colaboram para a celebração de contratos pelos concessionários que tenham por objeto direitos decorrentes da concessão. Até porque as relações empresariais estabelecidas durante a vigência do contrato de concessão podem justificar a transferência desse “privilégio” para outro

¹⁶ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 1997. p. 3.

¹⁷ MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 131.

¹⁸ Nesse sentido, confira-se AYRES, Robert Ian; GERNER, Robert. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: an economic Theory of Defaults Rules*. *Faculty sholarship series*. Paper 15-45.

¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 538.

²⁰ Nesse sentido, Mayer: “Diante disso, constatase que a mutabilidade do ato de outorga é, paradoxalmente, a constante implícita nesses instrumentos. Todos os envolvidos na concessão devem honrar a mutabilidade, pois é ela que confere a permanência dos contratos. Se a mutabilidade é uma constante, por óbvio não há como prever todas as cláusulas contratuais e todos os possíveis desdobramentos do contrato e os acontecimentos da natureza. É aqui que entra a teoria dos contratos incompletos. Partese do pressuposto que ‘os contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza’. Como mencionado anteriormente, há muitos custos em tentar abarcar a totalidade de situações possíveis do contrato. Além disso, a partir do momento em que se executa um contrato, podese perceber que existem vários obstáculos para a sua concretização. Dessa forma, é preciso internalizar que se trata de um negócio incompleto, o qual será preenchido conforme houver a demanda de situações” (MAYER, Giovanna. *Contratos de concessão, mutabilidade e boafé*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 4966, jul./set. 2011).

agente econômico – o qual, como visto, poderá estar em melhores condições de prestar os serviços públicos delegados.

25 Daí por que o artigo 27 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a transferência de concessão, ou do controle societário da concessionária, desde que mediante prévia anuência do Poder Concedente. Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

26 Ressalte-se, por relevante, que não se trata de uma hipótese de subconcessão, mas de um trespasse da concessão. Como alerta Marcello Caetano:²¹

não se deve confundir o trespasse da concessão com a subconcessão. Naquele há uma sucessão do novo concessionário ao antigo em todos os direitos e obrigações pelo que o primitivo concessionário perde a sua posição transferida ao novo; ao passo que a subconcessão consiste na transferência que o concessionário faz para outra empresa de uma parte dos encargos do serviço concedido e dos poderes necessários para cumprir, nas condições que entre o concessionário e o subconcessionário forem estipuladas.

27 Em termos objetivos: no trespasse da concessão, não se inaugura uma nova relação jurídica; ocorre, tão somente, a mudança de um dos polos contratuais.²² Para Celso Antônio Bandeira de Mello,²³ ao se reconhecer o trespasse da concessão, está-se

admitindo a comercialização do direito de prestar o serviço e ensejando que seja repassado a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório. Isto é, está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário sem licitação, o que é expressamente vedado — repita-se — pelo art. 175 da Lei Magna.

²¹ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1.128-1.129.

²² No mesmo sentido, Justen Filho leciona que: “A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos. Comentários às Leis nº 8.987/1995 e 9.074*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 283).

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 640.

28 Tal entendimento comporta críticas, vez que, em razão da manutenção da base objetiva do negócio jurídico, o requisito da realização de prévio procedimento licitatório já restou atendido por ocasião da seleção do concessionário originário.²⁴ No mais, a transferência de controle configura celebração de contratos privados, uma das prerrogativas do desenvolvimento da atividade empresária e que não seria sequer licitável, por se tratar de hipótese de inviabilidade de competição, prevista no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.²⁵

29 É evidente que a transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária, em razão de se tratar da veiculação de um serviço público, só poderá ser deferida pelo Poder Concedente, desde que não acarrete modificações nas condições originalmente por ele contratadas, tampouco prejuízos à prestação dos serviços públicos. Esse raciocínio não é uma peculiaridade brasileira, estando consignado, por exemplo, no artigo 226 da Lei de Concessão de Serviço Público Espanhola, *in verbis*, que:

Art. 226. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

²⁴ Shirato, a fim de resguardar o princípio isonomia nos atos de transferência de controle, propõe o seguinte: “Ademais, o dever de licitar previsto no *caput* do artigo 175 da Constituição Federal é decorrência direta dos princípios da igualdade, da publicidade e da moralidade e estes não se esvaem uma vez realizados, mas sim renovam-se e impõem-se obrigatórios sempre que necessário diante do caso concreto, tal como ocorre no caso da transferência de concessões de serviços públicos. Posto isto, necessário faz-se propormos uma solução que assegure a viabilidade jurídica da transferência da concessão de serviços públicos. A nosso ver, tal solução repousa no *modus* de transferência da concessão. Não defendemos aqui que o Poder Concedente realize outro procedimento licitatório com todas as formalidades daquele originalmente realizado para a outorga da concessão, mas sim que apenas seja realizado procedimento público que possibilite a outros eventuais interessados apresentar propostas para adquirir a concessão a ser transferida. Tal procedimento seria, portanto, um procedimento licitatório bastante simplificado, que apenas teria por escopo assegurar a observância dos sobreditos princípios aplicáveis à Administração Pública” (SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005).

²⁵ Em situação semelhante, que versava sobre a possibilidade da instauração de procedimento licitatório para se aferir a *affectio societatis*, Barroso teve a oportunidade de asseverar que: “É bem de ver, no entanto, que o inciso XXI do art. 37 não se aplica ao contrato de associação celebrado entre a empresa consulente e a Petrobrás, por razões que se acumulam. Em primeiro lugar porque não se enquadra ele na tipificação constitucional, uma vez que não tem por objeto obra, serviço, compra ou alienação. De parte esta leitura de cristalina clareza do dispositivo, outros fundamentos, de cunho sistemático e teleológico, corroboram a tese da inaplicabilidade do princípio licitatório à espécie. Sem desprezo ao princípio da moralidade e com ênfase no dever de eficiência imposto ao administrador público, hipóteses existem em que, precisamente para cumprir a Constituição, não se deverá proceder à licitação, sob pena de tolher-se a Administração e frustrar seus fins. Admite-se, assim, na própria cláusula inicial do inciso XXI do art. 37, situações de contratação direta, desde que especificadas na legislação” (BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 411-419, Tomo I).

30 É dizer: o novo titular desta relação jurídica (cessionário) deverá possuir, no mínimo, os mesmos requisitos – capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal – do concessionário original (cedente). Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União²⁶ já teve a oportunidade de asseverar que

a própria dicção dos preceitos contidos no art. 27 da Lei nº 8.987/95, revela inexistirem óbices legais à transferência do controle acionário da Concessionária de serviço público a terceiros, desde que atendidas as condições ali estabelecidas, a saber: prévia anuência do Poder Concedente; o atendimento, pelo pretendente à transferência, das exigências de qualificação técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, necessárias à assunção do serviço, bem como o seu comprometimento em cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

31 Dito em outros termos, quando da análise de anuência do pedido de transferência do concessionário, o que o Poder Concedente deverá aferir é se serão mantidas as condições objetivas da contratação, especialmente as relacionadas à manutenção da adequada prestação dos serviços públicos – em razão do disposto no artigo 6º da Lei nº 8.987/1995 –, do que se depreende a constitucionalidade da alteração subjetiva dos contratos de concessão.

2.1 Da necessidade de autorização legislativa para a transferência da concessão

32 Tema preambular sobre a temática em exame que tem gerado aguda polêmica está relacionada à competência para sua prática, notadamente se estaria sob a alçada do Poder Executivo (Poder Concedente) ou na esfera do Poder Legislativo.

33 A sobredita controvérsia decorre do fato de alguns Estados da federação possuírem diplomas normativos que exigem a aquiescência do Poder Legislativo para a transferência da concessão.

34 Tal questão foi objeto de substancioso estudo de Leonardo Coelho Ribeiro,²⁷ para quem

previsão infraconstitucional que imponha tal interferência não se harmoniza com o arranjo de Poderes constitucionalmente balanceado na Carta de 1988. A saber, é de todo inconstitucional a fixação de exigência legal que confira ao Poder Legislativo o exercício de um amplo controle prévio

²⁶ TCU. Acórdão nº 634/2007. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 abr. 2007.

²⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. Transferência de concessão de serviço público e inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa prévia. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 139-154, jul./ago. 2013.

que veicula uma ação “quase administrativa”, engessando as atividades do Poder Executivo, como que remontando a sistema de controle que se encontra superado desde a Carta de 1967.

35 Tal entedimento restou consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 462-0/BA, no qual ficou assentado o seguinte:

2. Dispõem, respectivamente, o inciso XXX do artigo 71 e o §1º do artigo 25 da Constituição do Estado da Bahia: Artigo 71 – Além de outros casos previstos nesta Constituição compete privativamente à Assembleia Legislativa: XXX – aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo, destinados à concessão e permissão para exploração de serviços públicos, na forma de lei; Artigo 25 – ... §1º – A concessão de serviços públicos dependerá de prévia autorização legislativa e far-se-á sempre mediante licitação pública, ressalvados os casos previstos em lei. Também com relação a esses dois dispositivos tenho-os por inconstitucionais, uma vez que ofendem o artigo 2º da Constituição Federal. Com efeito, em ambos se estabelece uma autorização prévia do Poder Legislativo — à semelhança do que ocorre com os convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo — que se torna um pressuposto de validade das concessões ou permissões para exploração de serviços públicos, e, portanto, uma forma de participação na formação desses atos, o que, evidentemente, não se compadece com o poder de fiscalização a posteriori que, pela Constituição federal, incumbe ao Poder Legislativo com relação ao exercício da administração que cabe ao Poder Executivo.

Em face do exposto, julgo procedente, em parte, a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do §1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989

36 Na verdade, tal competência não poderia ser exercida por nenhum dos dois Poderes em questão, vez que se trata de típica hipótese de Reserva de Administração, assim considerada como “*exercício da função administrativa em seu conteúdo essencial e concreto*, a englobar tanto atos administrativos unilaterais (formais ou materiais) quanto *bilaterais*, bem como procedimentos administrativos, *que não poderiam ser substituídos nem pelo legislador, tampouco pelo órgão jurisdicional*”.²⁸

37 No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²⁹ consignou que

²⁸ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 596.

²⁹ Tribunal Regional Federal (1ª Região). Quarta Turma Suplementar. AG nº 36972520044010000. Relator: Juiz Grigório Carlos Dos Santos. Brasília, 27 de março de 2012.

não parece crível que o Poder Judiciário possa apreciar se determinada empresa tem ou não idoneidade financeira para assumir controle acionário de concessionária, bem como índices de liquidez, critérios eminentemente administrativos; primeiro, porque tal atribuição cabe, tão somente, no caso, à Requerente, reguladora e fiscalizadora do setor elétrico do nosso país, sendo providência discricionária ínsita ao Poder Executivo.

38 Diante do exposto, entende-se que atos dos Poderes Legislativo e Judiciário que avaliem os aspectos da base objetiva do contrato de concessão estarão maculados pela pecha da inconstitucionalidade, em razão da violação ao princípio da Separação dos Poderes. Ultrapassadas tais premissas, é relevante investigar a natureza jurídica desses atos, o que será feito no próximo item.

3 A natureza jurídica do ato de transferência da concessão

39 O ato de anuência da transferência de controle das concessionárias se materializa no bojo dos poderes de fiscalização do Poder Concedente sobre o Concessionário, previsto nos artigos 3º, 23, VII, 29, I e 30, todos da Lei nº 8.987/1995. E isso porque, malgrado o serviço seja delegado para os particulares, a sua titularidade permanece com o Estado, o qual continuará zelando pela sua adequada prestação.

40 Destarte, por se tratar de um ato constitutivo de direitos do Poder Público, é lícito se concluir que o ato de anuência de transferência de controle se materializa por meio de um ato administrativo. Nessa qualidade, discute-se se tal ato administrativo seria vinculado ou discricionário. Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁰ “a lei não deixa claro se a autorização, quando é exigível, tem caráter vinculado ou discricionário, mas é difícil negar a existência de componentes desta última natureza. [...] Contudo, é óbvio que essa discricionariedade decisória somente faz sentido para preservar o interesse público”.

41 Não se abona tal entendimento, vez que, na medida em que a avaliação do Poder Concedente está relacionada aos aspectos da base objetiva do contrato de concessão (relacionados, sobretudo, a parâmetros qualitativos do serviço), não foi conferida margem ao Administrador Público para indeferir o pleito do concessionário. Portanto, se ficar demonstrado, no bojo do processo administrativo de anuência, que o concessionário possui condições para prosseguir na execução do contrato, nos mesmos moldes que o cedente, não há que se cogitar de qualquer juízo de “conveniência e oportunidade” por parte do Poder Público. Trata-se, pois, de ato vinculado.

³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, p. 761.

42 Na verdade, nem se considera que existam atos administrativos completamente discricionários e vinculados. Está-se de acordo com Gustavo Binbenbojm,³¹ para quem

a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

43 Nesse particular, como a análise da alteração subjetiva do contrato de concessão pressupõe o atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade (arts. 37 e 70 da CRFB), não há margem para decisões discricionárias da Administração Pública, de modo que, estando o pleito do concessionário em consonância com tais princípios, impõe-se o seu deferimento.

44 Além de se configurar como um ato administrativo vinculado, o ato de anuência prévia possui natureza jurídica de um ato biface. Nas palavras de Arnold Wald,³² para ser eficaz

a modificação do controle acionário necessita de dois atos de natureza distinta, mas que somente produzirão os seus efeitos quando ambos forem realizados: um ato de direito comercial – a cessão de controle – e um ato administrativo – a autorização do concedente. São verdadeiros “irmãos siameses” que não podem ser dissociados, dando o ato administrativo validade à decisão de natureza comercial e funcionando como uma espécie de “blindagem”, sem a qual a alteração é incompleta e não produz efeitos.

45 Nesse ponto, tem-se um contrato privado celebrado entre cedente e cessionário, cujos efeitos restarão suspensos até a implementação de uma condição de eficácia *ex lege* (a produção de um ato administrativo vinculado pelo Poder Concedente).

46 Trata-se de um regime jurídico semelhante ao da Análise dos Atos de Concentração praticados no âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência, em que são submetidas à apreciação do CADE as operações societárias que possam resultar em “abuso de posição dominante”, as quais permanecerão sem eficácia até a sua aprovação por aquela autarquia (art. 61 da Lei nº 12.529/2011).³³

³¹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006.

³² WALD, Arnold. Da competência das agências reguladoras para intervir na mudança de controle das empresas concessionárias. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, out. 2003.

³³ Confira-se o teor do dispositivo: Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

47 Por todo o exposto, é relevante deixar-se vincada a natureza jurídica de ato administrativo vinculado do ato de anuência da transferência de controle, definição relevante, sobretudo para delimitar o regime jurídico da sua invalidação, tema controvertido, desenvolvido no próximo item.

4 As consequências da declaração de nulidade do ato de anuência da transferência de controle

48 A rigor, o regime jurídico do desfazimento dos atos administrativos é orientado por razões de mérito, quando ocorre o reexame do juízo de conveniência e oportunidade da sua prática, ou pela análise de sua antijuridicidade (aqui, compreendidos os juízos de legalidade e de constitucionalidade).

49 A primeira hipótese se configura pelo instituto da “Revogação”, por meio do qual a Administração Pública, exercendo seu poder discricionário, suprime os efeitos de determinado ato, por razões de conveniência e oportunidade (art. 53 da Lei nº 9.784/1999). Daí por que Alexandre Santos de Aragão³⁴ afirma que esse instituto “decorre da mudança na avaliação do interesse público relativo àquele ato. Por isso o Judiciário não pode, no exercício da função jurisdicional, determinar a revogação de atos administrativos, pois estaria ingressando no mérito administrativo”.

50 A segunda tem lugar por meio do instituto da “Invalidação”, a qual ocorre quando o ato é extinto em razão de sua inadequação ao ordenamento jurídico. Nesses casos, a extinção do ato não se trata de faculdade, mas de poder-dever da Administração Pública. Este dever restou consubstanciado no verbete sumular nº 473 do STF, segundo o qual “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Cuida-se de juízo de juridicidade acerca de atos vinculados.

51 Dessa forma, na medida em que o ato de transferência de controle se configura um ato administrativo vinculado, o regime jurídico que lhe será aplicável será o da invalidação.

52 Sobre o tema, costuma-se afirmar que a anulação dos atos administrativos teria eficácia *ex tunc*, isto é, retroativa, uma vez que, no Direito Administrativo, todas as normas são de ordem pública, resultando a violação à lei em nulidade (absoluta).³⁵ Tal entendimento, contudo, vem sendo relativizado. Com amparo no princípio da Confiança Legítima – vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica³⁶ –, a

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gen, 2012. p. 163.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 154.

³⁶ Sobre o tema, veja-se Rocha: “A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num

doutrina publicista³⁷ vem entendendo que, em determinadas hipóteses, a invalidação dos atos administrativos poderá ter eficácia *ex nunc*.

53 Consagrando esse entendimento, o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 preserva os efeitos decorrentes de atos administrativos inválidos, ao dispor que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

54 Tal dispositivo prevê três requisitos que limitam o exercício da autotutela administrativa, quais sejam: (i) que tenha transcorrido o prazo decadencial de cinco anos; (ii) que os atos tenham gerado efeitos favoráveis aos administrados, e não mera expectativa de direito; e (iii) que o beneficiário do ato não tenha concorrido para sua invalidade.³⁸

55 Mas isso não significa dizer que, preenchidos esses requisitos, o administrado de boa-fé não tenha a sua espera patrimonial protegida quando da invalidação de atos administrativos. Com base nessa perspectiva, Rafael Maffini,³⁹ em artigo específico sobre o tema, assevera que

se não foram tais requisitos implementados, especialmente se não houver transcorrido tal prazo decadencial, a invalidação do ato administrativo

sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 17). No mesmo sentido, Baptista: “A tutela da confiança se impõe ao ordenamento jurídico porque, como observa Karl Larenz, ‘poder confiar [...] é condição fundamental para uma vida coletiva pacífica e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica’. A ausência de proteção à confiança depositada no tráfico jurídico despertaria o germe da desconfiança geral, de todos contra todos, incompatível com o ambiente de estabilidade que se almeja estabelecer em um Estado de Direito. Nesse sentido, a tutela da confiança aparece como um elemento integrante da teoria geral do direito, inerente ao ideal de segurança jurídica, e que se irradia para os seus diversos sub-ordenamentos. Inspirada por esse objetivo de tutela da confiança despertada nas relações jurídicas a jurisprudência dos Tribunais alemães e da União Européia cunhou nas últimas décadas o princípio da proteção da confiança legítima” (BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2006, p. 71-72).

³⁷ Nesse sentido, COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015; BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

³⁸ Tal como apontado em GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 69-74.

³⁹ Modulação Temporal *in futurum* dos Efeitos da Anulação de Condutas Administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, jan./abr. 2007.

se impõe. Nesse caso, a proteção outorgada ao destinatário do ato administrativo invalidado consistirá não na preservação do ato como ocorreria se a decadência houvesse se implementado, mas numa proteção menor, consubstanciada na preservação dos efeitos que até então foram produzidos em favor de tal destinatário.

56 No mesmo sentido Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁴⁰ com muita propriedade, leciona que

A ressalva acima feita, em princípio, serve para lembrar que a regra clássica, enunciada em absoluto – o que é nulo não produz efeitos (*quod nullum est ab initio non potest tractu temporis convallescere*) – pode sofrer temperamentos em Direito Administrativo diante de princípios a serem ponderados, que definam superiores interesses públicos éticos, tais como o da segurança jurídica, que compreende a boa-fé e a confiança legítima dos administrados, ou o da paz social”. Mais à frente, arremata o referido autor, afirmando que “a extensão desta faculdade às decisões anulatórias da Administração não é mais que um novo passo no processo de atualização do Direito Administrativo, pois, com isso, dá-se aplicação a comandos constitucionais superiores, independentemente da existência de legislação infraconstitucional autorizadora, sempre que a ressalva de eficácia de atos anulados administrativamente seja necessária para salvaguardar direitos fundamentais, tais como a segurança jurídica, notadamente em proteção da boa-fé do administrado ou de outro relevante interesse público.

57 Diante disso, é possível se afirmar que, em hipóteses excepcionais, eventual declaração do ato de transferência poderá ter eficácia *ex nunc*, mormente quando tal provimento administrativo vier a interferir na esfera patrimonial de administrados de boa-fé. Mas quais seriam as consequências práticas da invalidação desse ato de anuência, independentemente dos seus efeitos?

58 Em alguns casos, as consequências da declaração de nulidade dos atos administrativos são previstas, antecipadamente, pelo ordenamento jurídico. Citem-se, como exemplos, o disposto no art. 169 da Lei nº 8.112/1990, o qual determina que “Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo”, assim como o art. 49 da Lei nº 8.666/1993, ao determinar que a nulidade do procedimento licitatório induzirá à do contrato.

59 À luz do ordenamento jurídico pátrio, a falta de anuência prévia tem por consequência a incidência do regime da caducidade da concessão, assim considerada, nas palavras de Fernando Vernalha Guimaraes,⁴¹ como “a modalidade de extinção da

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gen, 2014. p. 232.

⁴¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 357.

concessão decretada pelo Poder Concedente, derivada de comportamento faltoso do concessionário”. Para o referido autor, trata-se de “ato de natureza vinculada, na acepção de estar condicionada à verificação de alguma das situações delimitadas pela norma do artigo, §1º, do artigo 38 da Lei nº 8.987/1995”. Confia-se o teor deste dispositivo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

60 Isso porque o elenco de situações que ensejam a decretação da caducidade da concessão não é exaustivo, podendo abarcar quaisquer situações que se configurem como inadimplementos de grande monta pelo concessionário. É o caso da falta de anuência prévia para a alteração subjetiva nos contratos de concessão. Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁴² assevera que “o elenco do §1º não é exaustivo. A Própria Lei, no art. 27, prevê a caducidade para a hipótese de cessão da concessão sem prévia anuência do Poder Concedente”.

61 Daí pode-se afirmar que eventual declaração de nulidade do ato de anuência da transferência do controle final de concessão, em razão do princípio da Confiança Legítima e ressalvada a hipótese de má-fé das partes, não terá efeitos repristinatórios – com a restauração do *status quo ante*. De acordo com o regime jurídico dos

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 350.

pactos concessionários, essa invalidação (que tem o mesmo efeito da ausência de anuência do Poder Concedente) aponta para o dever de o Poder Concedente decretar a caducidade da concessão, assumindo o serviço, com a correspondente ocupação das instalações e retomada de todos os bens reversíveis.

62 Ocorre que eventual declaração de nulidade do ato de anuência produzirá, necessariamente, efeitos em contratos privados celebrados entre as partes (cedente e cessionário), vez que o procedimento de anuência se configura, como já se asseverou no presente estudo, como um ato biface, composto por um contrato privado que só terá eficácia após a expedição de um ato administrativo. Por tal razão, torna-se imperioso investigar os efeitos dessa anulação nos pactos privados que resultam na alteração subjetiva do contrato de concessão, tema adiante debatido.

4.1 Dos efeitos jurídicos da invalidação do ato de anuência no contrato privado celebrado entre cedente e cessionário

63 Como é de conhecimento convencional, na clássica visão de Pontes de Miranda, o negócio jurídico é dividido em três planos – representados, metaforicamente, como uma escada com três degraus denominada “Escada Ponteana” –, a saber: (i) existência, (ii) validade e (iii) eficácia.⁴³ O *plano da existência* está relacionado aos elementos estruturais de todo o negócio jurídico (partes, vontade e objeto);⁴⁴ o *plano da validade* diz respeito à adequação dos seus elementos estruturantes ao ordenamento jurídico (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, forma do artigo 104 do Código Civil); e o *plano da eficácia* está relacionado à sua aptidão para produção de efeitos jurídicos.

64 Em outros termos, para que o contrato privado de transferência de controle possa produzir o efeito veiculado por sua causa⁴⁵ (a transferência do controle societário da concessionária da ferrovia) é necessário o advento de uma condição futura e previamente determinada pelo ordenamento jurídico, qual seja, a aquiescência do Poder Público.

65 A “condição” se configura quando, em determinados negócios jurídicos, “a vontade em vez de ser emitida apenas com os elementos essenciais do negócio é acrescida de modalidades secundárias que subordinam ora a própria criação do

⁴³ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. II, p. 379.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 306.

⁴⁵ Sobre o conceito de causa, confira-se Pereira: “Na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo. Como este fim se vincula ao ato psíquico motivador da declaração de vontade, pode ser caracterizado, sob outro aspecto, como a intenção dirigida no sentido de realizar a consequência jurídica do negócio” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2007. v. I, p. 505).

direito, ora a produção das consequências jurídicas ao seu implemento”.⁴⁶ Cuida-se de conceito que tem assento no art. 121 do Código Civil, o qual dispõe “que se considera condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

66 Na hipótese em exame, não se trata, propriamente, de uma “condição”, na medida em que o requisito exigido para a eficácia do negócio jurídico não decorre da vontade das partes, mas do ordenamento jurídico.

67 Trata-se da denominada *conditio iuris*, espécie de elemento accidental do negócio jurídico que condiciona os seus efeitos ao advento de um requisito legal. Nesse sentido, Marcial Martelo de La Maza García⁴⁷ afirma que

La conditio iuris o condición legal sólo se puede calificar como condición em um sentido improprio, junto com lãs condiciones imposibles, las necesarias y las de presente pasado (todas ellas, condiciones impróprias). Efectivamente, las condiciones iuris non son verdaderas condiciones porque no cumplen uno de sus requisitos esenciales, el relativo a su origen voluntario: el hecho constitutivo de La condición há de ser querido, esto es, impuesto por La voluntad del sujeto (amén de futuro, incierto y posible); y, como queda dicho, La conditio iuris no es voluntaria, no esta impuesta por La voluntad del autor o autores Del negocio (condición de hecho o conditio facti), sino por la ley, habida cuenta de que se define, encuanto que condición de Derecho o conditio iuris, por la circunstancia de ser la propia ley la que la impone.”.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁸ “as condições legais são também condicionantes da eficácia do negócio jurídico, mas estabelecidas em lei, traduzindo-se em verdadeiro requisito de eficácia.

68 No que diz respeito aos seus efeitos, tanto a “condição” quanto a *conditio iuris* produzem a mesma consequência jurídica: a suspensão da eficácia de um negócio jurídico celebrado pelas partes. Nesse sentido, quais seriam os efeitos de eventual declaração de nulidade desse ato?

69 Nenhum. Nem se diga que eventual nulidade da referida anuência acarretaria a ineficácia superveniente do negócio jurídico celebrado entre as partes; e isso pelos seguintes motivos objetivos: (i) primeiro, porque a alteração do polo subjetivo da concessão já teria se consumado, na medida em que foram produzidos efeitos sobre o patrimônio de beneficiários de boa-fé, considerando a confiança por eles depositada

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 555.

⁴⁷ GARCIA, Marcial Martelo de La Maza. La sujeción Nobiliária. *Colecion Monografías de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 38.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República (Vol. I): Parte geral e Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 249.

na presunção de validade dos atos administrativos;⁴⁹ e (ii) segundo, porque não se pode admitir que a declaração da nulidade de um ato do Poder Público espraie seus efeitos sobre particulares, mormente sobre aqueles que não lhe deram causa. Por essas razões, não seria possível arguir-se a ineficácia superveniente nas hipóteses do desaparecimento de *conditio iuris* quando tal requisito tiver de ser implementado pelo Poder Público, e não por particulares.

70 Logo, caso o ato de anuência venha a ser declarado nulo – seja por vícios intrínsecos, ou extrínsecos –, isso em nada contaminará a validade do ajuste celebrado entre cedente e cessionário, vez que, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,⁵⁰

a ineficácia é a característica de um ato no qual se encontram em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, mas que, no entanto, tem sua eficácia obstada por um fato a ele extrínseco. A ineficácia, pois, *decorre de negócio jurídico válido*, cuja produção de efeitos depende de determinadas circunstâncias. (grifos nossos)

71 Entender de modo diverso ensejaria violação aos preceitos da boa-fé objetiva (artigo 422, do Código Civil).

5 O regime da transferência de controle nos setores regulados: a compatibilização dos contratos regulatórios com o princípio da concorrência

72 Como visto, o regime jurídico do ato de transferência de controle está atrelado à avaliação do Poder Concedente acerca dos parâmetros qualitativos do serviço público que continuará a ser prestado pelo cessionário. Mas isso não significa dizer que outros aspectos não possam ser levados em consideração pelo Poder Público na prática desse ato, sobretudo na hipótese de se tratar de um setor que sofre os influxos da regulação.

73 Nesse ponto, tem lugar o que se pode denominar de “encontro entre a regulação contratual e a regulação extracontratual”. Explica-se. Conforme já dito, os contratos que veiculam serviços públicos – sobretudo os prestados em regime de monopólio natural – se configuram como *contratos incompletos*, na medida em

⁴⁹ Nesse sentido, Leonardo Coelho Ribeiro: “as presunções relativas do ato administrativo levam, assim: i) à sua autoexecutoriedade, pela Administração Pública; e – especialmente importante para fins da presente consulta – ii) à presunção de que os administrados que a ele aderiram, em concreto, o fizeram de boa fé, crentes em sua regularidade, o que impede que venham a ser por isso responsabilizados” (RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori*: um mesmo rosto, atrás de um novo véu?. No prelo).

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil (vol. 4): contratos, teoria geral contratos em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 526.

que, por veicularem pactos de longo prazo, são integrados por fatos supervenientes (relacionados à incidência de riscos regulatórios, políticos, tecnológicos, e, principalmente, financeiros). Daí a necessidade de o contrato de concessão disciplinar modulações contratuais, que reduzam os impactos desse eventos futuros na sua matriz econômica. Até mesmo porque seria demasiadamente custoso (ou até mesmo impossível) negociar todos os seus termos *ex ante* com o parceiro privado.

74 Daí a necessidade de a modelagem dos pactos concessionário assumir uma *função reguladora*, a qual, nas palavras de Pedro Gonçalves,⁵¹ se caracteriza

como o processo jurídico de formulação e, ou de implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado ou a autoridade reguladora (agência) deste mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma actividade económica. Estamos, pois, diante de um fenómeno de contratualização da regulação públicae, portanto, perante a adopção de um modelo de autoregulação — sustentado em contrato — como alternativa (ou em complemento) a um modelo de heteroregulação — baseado num sistema hierárquico de imposição e normas e actos unilaterais.

75 A referida função reguladora contratual pode se manifestar na modulação de cláusulas relacionadas à repartição de riscos, revisões tarifárias periódicas, estipulação de margens de preferência, de conteúdo local, de remuneração vinculada ao desempenho do contratado, aquisição do controle societário por financiadores (*step in right*), dentre outras.

76 Nada obstante essa função regulatória contratual, não se pode desconsiderar os influxos da regulação administrativa expedida por entidades reguladoras nos contratos de concessão. Nesse particular, observa-se a incidência de uma dupla regulação (por contratos e pela agência).

77 Atento a isso, Flavio Amaral Garcia⁵² afirma que é possível aludir a uma tríplce fragmentação na função regulatória quando presente o sistema de dupla regulação (contrato e agência): (i) temporal, porque desdobrada em momentos não coincidentes, ou seja, a conformação contratual e a posterior atuação da Agência; (ii) subjetiva, por ser partilhada entre entes distintos — a entidade federada titular do serviço ou da infraestrutura (Governo) e a Agência Reguladora (Administração); e (iii) objetiva, vez que o contrato reflete, primariamente, escolhas regulatórias fundamentais e decisivas para o restante da atividade regulatória, enquanto que a Agência, a partir dessas

⁵¹ GONÇALVES, Pedro Antônio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.

⁵² GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

escolhas, secundariamente tem a tarefa de ponderar os diversos interesses na busca do justo equilíbrio e na função integrativa e negociada das incompletudes contratuais.

78 É justamente esse o caso do ato de transferência do controle das concessões submetidas à análise de entidades reguladoras. Na expedição desses atos, o regulador não considera apenas aspectos relacionados à manutenção da qualidade do serviço delegado, mas pontos outros que justificariam a própria intervenção regulatória em determinado segmento (falhas de mercado ou de governo, por exemplo).

79 Cite-se, a título ilustrativo, o regime de anuência prévia previsto no setor de telecomunicações, no qual a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), de acordo com os arts. 97, parágrafo único, e 98 da Lei nº 9.472/1997 (LGT), ao expedir o ato de anuência prévia para a alteração subjetiva do contrato de concessão dos Serviços de Telefonia Fixo Comutado (STFC), deverá avaliar se: (i) o serviço está em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações; (ii) o cessionário preenche todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira; (iii) a medida não prejudica a competição e não coloca em risco a execução do contrato. Significa dizer que aquela agência reguladora, na qualidade de Poder Concedente, se utiliza dessa medida para implementar, tecnicamente, a política regulatória setorial de defesa da concorrência prevista no artigo 7º da Lei nº 9.472/1997.

80 No setor de energia elétrica não é diferente. À Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), nos termos do art. 3º, incisos VIII e XIII, foi atribuída a competência para: (i) estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; e (ii) efetuar o controle prévio e *a posteriori* de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. Da leitura conjunta dos referidos dispositivos, é possível concluir que a ANEEL também terá de analisar aspectos concorrenciais quando da expedição do ato de anuência de transferência de controle.

81 Do mesmo modo, a Lei nº 11.182/2015 confere à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) competência tanto para a defesa e promoção da concorrência, como para aprovar minutas de editais de licitação e homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão, na forma do Regimento Interno da Reguladora.

82 Questão controversa que se apresenta acerca dessa temática diz respeito à competência para análise desses efeitos concorrenciais acerca do ato de transferência de controle, notadamente se seria da agência reguladora setorial ou do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

83 Sobre o tema, é imprescindível citar a pesquisa apresentada por Gesner de Oliveira,⁵³ na qual o referido autor destaca a existência de diferenças entre a Regulação Técnica (RT), a Regulação Econômica (RE) e a aplicação da Lei de Concorrência (LC). A *regulação técnica* está relacionada aos padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados do setor regulado; a *regulação econômica* diz respeito ao estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observados pelos agentes privados; aplicação da *Lei de Concorrência* tem lugar na aplicação desse ato normativo no âmbito de determinado país.

84 De acordo com essa diferenciação, o referido autor⁵⁴ aponta cinco modelos de interação entre entidades reguladoras e concorrenciais, quais sejam: (i) *isenção antitruste*, no qual agência reguladora assume, com exclusividade, o exercício dessas três funções, sem deixar espaço à autoridade antitruste; (ii) *competências concorrentes*, no qual tanto autoridade antitruste, quanto a entidade reguladora têm competência para aplicar normas de defesa da concorrência, sendo que a regulação técnica ficaria a cargo da agência reguladora; (iii) *competências complementares*, no qual à agência reguladora caberia a aplicação da regulação técnica e econômica, ao passo que à autoridade antitruste a aplicação da lei de defesa da concorrência; (iv) *regulação antitruste*, no qual todas as competências estariam a cargo da entidade antitruste; e (v) *desregulamentação*, no qual, ausentes a regulação técnica e econômica, restaria apenas a atuação da autoridade antitruste.

85 Especificamente acerca do setor de telecomunicações, quando da apreciação do Ato de Concentração nº 08012005789/2008, o CADE teve a oportunidade de deixar assentado que “em linhas gerais, o sistema de alocação de competências setoriais entre o SBDC e as agências é um sistema que abre espaço para se organizar em bases complementares”, pois,

com base no ambiente competitivo estruturado pela política pública e monitorado pela agência setorial, ao SBDC cabe ser ouvido na estruturação desse ambiente, compartilhando informações [...] e atuar, com base no princípio da subsidiariedade, no controle de condutas e estruturas, quando a ação regulatória não tiver esgotado todas as possibilidades de concorrência no setor.

⁵³ OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário*. EASP/FGV/NPP. Relatório de Pesquisa nº 49/201, p. 10.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário*. EASP/FGV/NPP. Relatório de Pesquisa nº 49/201, p. 10.

86 No setor elétrico, como dá conta Ciro Antonio Seabra Batista,⁵⁵ em artigo específico sobre o tema, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região,⁵⁶ apreciando Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.011049-9/DF, entendeu que “Está errada a tese das agravadas de que cabe somente a ANEEL a competência para definir o mercado relevante do setor de distribuição de energia elétrica, nos termos da Lei 9.247/96”. Continuando, o TRF esclarece que

as alterações introduzidas pela Lei nº 9.648/98, atribuem à ANEEL, devidamente articulada com a Secretaria de Direito Econômico do MJ, o estabelecimento de limites, restrições ou condições que propiciem a concorrência e impeçam efeitos danosos da concentração econômica no setor elétrico, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência.

87 Por fim, entendeu o Egrégio Tribunal, interpretando a Lei nº 9.427/96 que a mesma “não dá competência à ANEEL para aplicar as sanções da Lei nº 8.884/94 e se há abuso de poder econômico. Não existe exceção que retire do CADE a competência para apreciar os atos de concentração, mesmo nos casos de setores econômicos que têm regulamentação específica”.

88 Os dois julgados adotam o modelo de interação da *complementariedade*, no qual caberia à agência reguladora a aplicação da regulação técnica e econômica, ao passo que à autoridade antitruste aplicar a lei de defesa da concorrência. Parece acertado o referido posicionamento, na medida em que análise da agência reguladora, de acordo com o princípio da especialidade, é mais específica. É dizer: leva em consideração outros aspectos não concorrenciais – como o atendimento de Planos de Metas de Universalização às diretrizes previstas nos Planos Gerais de Outorgas –, ao passo que a análise da entidade antitruste deve se limitar aos aspectos concorrenciais. Essa, inclusive, é a razão pela qual se constituiu uma agência reguladora insulada de ingerências políticas que atuam em um ordenamento setorial específico.⁵⁷

⁵⁵ BATISTA, Ciro Antonio Seabra. Regulação e concorrência no Brasil: complementariedade, conflitos e competência nas leis das agências reguladoras e na lei antitruste. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, p. 27-44, dez. 2012.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). AG nº 2002.01.00.011049-9. Relator: Desembargadora Selene Maria da Almeida. Brasília.

⁵⁷ O STJ parece ter adotado entendimento semelhante: “ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido” (Primeira Seção. REsp nº 1094218/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. j. 25.08.10. DJ, 12 abr. 2011).

89 Questão interessante diz respeito à possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias por cada uma das entidades envolvidas (CADE e agência reguladora). Para Vitor Rhein Shirato,

a decisão do Poder Concedente sempre será soberana e vinculará, por consequência, o CADE. E prossegue o referido autor: a razão para nosso posicionamento é devida aos Princípios da Especificidade e da Segurança Jurídica. Em primeiro lugar, como já ressaltado, quem fixa o mercado relevante — tanto geográfico, quanto material — é o Poder Concedente, o que acarreta a maior capacitação do Poder Concedente para avaliar os efeitos concorrenciais da transferência de uma concessão de serviços públicos ou do controle societário do concessionário.

90 Merece acolhida a linha de raciocínio do referido autor. E cabe acrescentar: embora as competências devam ser complementares, no âmbito dessa interação institucional, deve vigorar o princípio da deferência,⁵⁸ o qual limita a atuação dos não especialistas no tema quando se defrontarem com juízos de ponderação (técnicos, econômicos, sociais e jurídicos) realizados pela autoridade competente, com formação técnica para tanto — no caso, o regulador.⁵⁹

91 A decisão regulatória é atividade técnica, de competência privativa das agências reguladoras, e que não pode ser modificada ou descumprida por outra entidade da Administração, ainda mais quando se tratar de análises com escopos distintos.⁶⁰

⁵⁸ Sobre o tema, confirmam-se os ensinamentos de Pardo: “Cuestión crucial y del todo inexcusable que se plantea en torno a la revisión judicial de la actividad reguladora es, justamente, la delimitación del alcance del control judicial. Con esa delimitación se determina también, negativamente, el ámbito excluido de intervención judicial y que resta por tanto a la completa disposición de las autoridades reguladoras: *el espacio de deferencia que se les reconoce que no está sujeto a revisión judicial*” (ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Dir.). *Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: IUSTEL, 2009. p. 899, os grifos não são do original).

⁵⁹ Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule: “We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues. An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand. *Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness*. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves “how would I decide the case, if I were a judge?”— *a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists*. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists’ approach. Overall, the key question seems to be, “how would perfect judges decide cases?” rather than “how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2010).

Abordando a noção de capacidade institucional e o princípio da deferência, embasando-se, para tanto, no artigo anteriormente citado, confirma-se também: BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 30 jul. 2010. p. 13.

⁶⁰ O mesmo vale para a sindicabilidade do ato administrativo regulatório pelo Poder Judiciário, sentido no qual tem se manifestado o próprio Poder Judiciário. Cf. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. REsp nº 572070/PR. Relator Min. João Otávio de Noronha. j. 16.03.2004, DJ, 14 jun. 2004. No mesmo sentido, veja-se, também,

Conclusões

92 Ao final deste ensaio, conclui-se que o dogma da pessoalidade dos contratos administrativos vem sendo desconstruído. Entendimento que tem lugar tanto nos contratos tradicionais previstos na Lei nº 8.666/1993, quanto, com muito mais razão, nos contratos de concessão, regidos pela Lei nº 8.987/1995. Assentada tal premissa, refutou-se eventual pecha de inconstitucionalidade do ato de transferência da concessão e a necessidade de autorização legislativa para levar a efeito esse ato.

93 O presente trabalho colocou em discussão o entendimento no sentido de que o ato de anuência de transferência da concessão seria vinculado (e não discricionário), na medida em que tem fundamento na realização de uma análise da base objetiva da concessão. Com base nesse entendimento, defendeu-se que a extinção desses atos deverá seguir o regime das invalidações e suas mitigações decorrentes do princípio da segurança jurídica.

94 Por fim, aduziu-se que o ato de anuência para a transferência das concessões não envolve, apenas, a análise de aspectos relacionados à qualidade do serviço delegado; trata-se de temática mais ampla, sobretudo em setores sujeitos aos influxos da regulação. Nesse particular, defendeu-se o modelo de interação da *complementariedade* entre o CADE e o regulador, no qual caberia a este a aplicação da regulação técnica e econômica, ao passo que àquele aplicar a lei de defesa da concorrência.

Abstract: The aim of this paper is to investigate the legal nature of the act of consent for transfer of the concession (hereinafter, referred in a broad sense, since it also involves the transfer of corporate control), provided for in Article 27 of Law No. 8.987/1995. To this end, it will be analyzed their legal status, which will be reflected in the effects of its extinction. In the end, the power will be highlighted for such acts in the regulated sectors

Key words: Concession. Transfer. Administrative Act. Legitimate expectations. Regulation. Antitrust.

STJ, Primeira Turma. REsp. nº 806.304/RS, Relator Min. Luiz Fux, j. 02.12.08, *DJ*, 17 dez. 2008: “É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias. 6. *O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade.* Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o seu posicionamento, como notícia o informativo nº 403, de 15 a de 19 de fevereiro de 2010: QO. ACP. TARIFA INTERURBANA. TELEFONIA. Trata-se de ação civil pública (ACP) com pedido de antecipação de tutela a fim de declarar a ilegalidade de tarifas diferenciadas em ligações de telefonia fixa entre terminais localizados em municípios conurbados. Nesta instância, a Turma entendeu que a jurisprudência firmou o entendimento de que a delimitação da chamada área local, para configuração do serviço de telefonia e cobrança da respectiva tarifa, leva em conta aspectos predominantemente técnicos, não necessariamente vinculados à divisão política e geográfica do município; de que esses critérios previamente estipulados têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação de serviço a análise da relação custo/benefício, que determinará as bases do contrato de concessão, *bem como de que descabe ao Judiciário adentrar o mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das áreas locais.* Diante disso, a companhia telefônica sustenta haver obscuridade no aresto ora embargado uma vez que, pela aplicação do princípio da causalidade à hipótese, ela não deveria arcar com os ônus sucumbenciais, visto que obteve julgamento favorável neste Superior Tribunal. Então, a Turma, ao acolher questão de ordem suscitada pelo Min. Relator, entendeu remeter o julgamento dos embargos à Primeira Seção.”

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gen, 2012. p. 163.
- AYRES, Robert Ian; GERNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts: an economic Theory of Defaults Rules. *Faculty Sholarship Series*. Paper 15-45.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2006, p. 71-72.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 30 jul. 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. I, p. 411-419.
- BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 1997.
- BATISTA, Ciro Antonio Seabra. Regulação e concorrência no Brasil: complementaridade, conflitos e competência nas leis das agências reguladoras e na lei antitruste. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, p. 27-44, dez. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006.
- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/1993 totalmente atualizada, levando também em consideração da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, ano 13, n. 156, p. 9-12, dez. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTEVE PARDO, José. La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Dir.). *Derecho de la regulación económica: fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: IUSTEL, 2009.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil (vol. 4): contratos, teoria geral contratos em espécie*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 526.
- FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico dos Contratos de Patrocínio celebrados pelo Poder Público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 215-234, jul./set. 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*.
- GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Marcial Martelo de La Maza. *La suceción nobiliária*. Colección Monografías de Derecho Civil. Madrid: Dykinson, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- GONÇALVES, Pedro Antônio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 69-74.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. Comentários às Leis nº 8.897/1995 e 9.074. São Paulo: Dialética, 1997. p. 283.
- LEITE, Fabio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ago. 2005.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A cessão de contrato administrativo entre estado e município como alternativa para evitar a interrupção de obras públicas. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jul. 1996.
- MAYER, Giovanna. Contratos de concessão, mutabilidade e boafé. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 4966, jul./set. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MODULAÇÃO temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, jan./abr. 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário*. EASP/FGV/NPP. Relatório de Pesquisa nº 49/201.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contrações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Forense: Rio de Janeiro, 2007. v. I.
- PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. II.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. Transferência de concessão de serviço público e inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa prévia. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 139-154, jul./ago. 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 51-69, jun. 2013.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República (vol. I): Parte geral e Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- WALD, Arnold. Da competência das agências reguladoras para intervir da mudança de controle das empresas concessionárias. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, out. 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015.

Recebido em: 30.04.2015
Aprovado em: 29.05.2015