

Ofício n.º 436 /2013-SCR/ANEEL

Brasília, 3 de outubro de 2013.

A Sua Excelência o Senhor  
**Luciano de Oliveira Vidal**  
Presidente  
Câmara Municipal  
23970-000 Paraty – RJ

**Assunto: Caducidade do Contrato de Concessão da Ampla**

Senhor Presidente;

1. Em atenção ao Ofício CD n.º 207/2013, por meio do qual Vossa Excelência requer a caducidade da concessão da Concessionária Ampla, tendo em vista o não cumprimento de normas de qualidade na prestação de serviços, prestamos os esclarecimentos que se seguem.
2. De início, ressaltamos que declaração de caducidade compete ao Poder Concedente, conforme definiu a Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, que poderá acatar proposição da ANEEL e extinguir a concessão caso seja comprovada, em processo administrativo próprio, a inadimplência da concessionária.
3. A Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, estabelece todas as balizas do processo administrativo de inadimplência que culminará da declaração da caducidade da concessão. Os requisitos formais de tal processo estão elencados no art. 38 da Lei n.º 8.987, de 1995:

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;

Fl. 2 do Ofício nº 436 /2013-SCR/ANEEL, de 3 /10 / 2013.

- 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 for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

4. Nesse ponto, cumpre esclarecer o alcance da previsão legal da declaração de caducidade.
5. Segundo as lições do Professor Marçal Justen Filho, "a *definição legal do art. 38 da Lei n.º 8.987 é defeituosa e retrata visão privatista da concessão. É incorreto definir caducidade como extinção da concessão derivada da inexecução do contrato. Em primeiro lugar, a caducidade pode derivar da inexecução de deveres impostos em lei ou regulamento, não contidos no contrato*"<sup>1</sup>.
6. Malgrado o *caput* do art. 38 refira-se à inexecução do contrato, a caducidade é a extinção da concessão por infração do concessionário a seus deveres legais, regulamentares ou contratuais.
7. A interpretação do *caput* do art. 38 da Lei n.º 8.987, de 1995 deve ser sistemática e não pode se afastar da leitura do § 1º, do mesmo artigo, que, por ser meramente exemplificativo, não encerra em si todas as condutas capazes de serem apenas com a caducidade da concessão. Neste sentido, vale conferir a doutrina:  

"O § 1º do art. 38 da Lei de Concessões arrola as hipóteses de decretação da caducidade. Não se trata de elenco exaustivo. Existem outras situações que podem desencadear essa consequência, tal como previsto no próprio art. 27"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> JUSTEN Filho, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Editora Dialética, 2003. página 591.

<sup>2</sup> *Ibidem*, página 595.

Fl. 3 do Ofício nº 436 /2013-SCR/ANEEL, de 3<sup>o</sup> /10 /2013.

8. Ainda em relação à norma acima citada, importante salientar que a declaração de caducidade demanda a prévia instauração do processo administrativo de inadimplência que, por sua vez, deve obedecer a certos requisitos formais que assegurem o contraditório e a ampla defesa.

9. Entre esses requisitos, encontra-se a necessidade de comunicação prévia ao concessionário da imputação de irregularidade, de forma clara e precisa. Outra exigência, trazida pelo § 3º do art. 38 da Lei n.º 8.987, de 1995, é que seja concedido ao agente prazo para corrigir as falhas apontadas na comunicação prévia.

10. Portanto, antes de se iniciar o processo específico de inadimplência, a ANEEL, por meio de sua competência fiscalizatória elencada no art. 3º da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, deverá identificar as situações irregulares e oportunizar que o agente se defenda e apresente um plano de ação para sanar os problemas detectados. Deve-se, ainda, conceder prazo para que o plano apresente os resultados desejados. Por oportuno, segue novamente o dispositivo mencionado:

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

11. Findo o referido prazo, haverá nova fiscalização, com o intuito de verificar se as situações irregulares foram sanadas.

12. Diante disso, a declaração de caducidade demanda essas ações prévias sem as quais se torna ilegal a aplicação da penalidade em comento.

13. Permanecemos à disposição para esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários.

Respeitosamente,

  
**HERCIO JOSÉ RAMOS BRANDÃO**  
Superintendente de Comunicação e Relações Institucionais