

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Limites do decreto de intervenção (art. 32 da Lei 8.987/95)

Luiz Felipe Pinto Lima Graziano

Anteprojeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 08.07.2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

A Lei 8.987/95 (“Lei Geral de Concessões”) prevê a intervenção como um encargo do Poder Concedente, uma espécie de ***poder dever*** que deve ser exercido sempre que necessário para a garantia da adequada prestação dos serviços concedidos (art. 29, III), nas condições e limites previstos na lei.

Em seu art. 32, a Lei Geral de Concessões estabelece a possibilidade de o Poder Concedente intervir na concessão “*com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes*”. O parágrafo único deste dispositivo estabelece que a intervenção se materializa por meio de decreto, que deverá designar o interventor, bem como indicar o prazo, os objetivos e os limites da medida.

A Lei Geral de Concessões também trata do instituto nos arts. 33 (quanto ao prazo de instauração e conclusão do processo administrativo para comprovação das causas que lhe determinaram, bem como de algumas das consequências da intervenção indevida) e 34 (quanto à prestação de contas do interventor ao final da intervenção).

O instituto constitui uma importante ferramenta para assegurar a prestação adequada do serviço público concedido (ou seja, conforme previsão do §1º do art. 6º da Lei Geral de Concessões, aquele prestado com “*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”), possibilitando ao Poder Concedente implementar uma correção de rumo apta a evitar a traumática declaração de caducidade da concessão (art. 38 da Lei Geral de Concessões).

Apesar da importância do instituto, a ausência de um regramento mais detalhado na lei gera, em casos concretos importante insegurança jurídica relacionada à abrangência da medida, especialmente no tocante aos poderes cometidos no âmbito da intervenção. De fato, nos exemplos de intervenção que encontramos no histórico recente, os respectivos decretos de intervenção estabeleceram poderes amplos de gestão do interventor na concessionária, inclusive afastando os diretores estatutários. Tal situação, em maior ou menor grau, pôde ser

verificada no caso das intervenções declaradas nas concessões de saneamento de Itu - SP, Cuiabá - MT, Paranaguá - PR e Guarulhos - SP.

Ainda que a Lei de Concessões tenha atribuído ao decreto de intervenção a missão de indicar os objetivos e de fixar os limites da medida, é certo que não se trata de uma licença à arbitrariedade, ainda mais por se tratar de medida unilateral e desprovida de prévio contraditório e de ampla defesa quanto à adequação da prestação dos serviços. Os limites seriam os próprios direitos individuais do concessionário, que não cessam de existir em razão da intervenção.

É nesse contexto que surge a polêmica sobre se a intervenção estaria adstrita à concessão em si, ou seja, exclusivamente no direcionamento prestação dos serviços concedidos, ou se abarcaria a possibilidade de intervenção na própria vida empresarial concessionária.

Ainda que parte da doutrina tenha identificado a possibilidade de a intervenção imiscuir-se na vida empresarial da concessionária para além do essencial à garantia da prestação adequada dos serviços, parece-nos que a Lei Geral de Concessões limitou a abrangência do instituto apenas à prestação dos serviços, devendo ser evitada qualquer interferência na vida privada da concessionária.

De outra banda, parece-nos que as limitações existentes na Lei Geral de Concessões para a intervenção poderiam comprometer a eficácia deste remédio prévio à declaração de caducidade. Afinal, nem sempre o Poder Concedente dispõe dos meios necessários para corrigir os rumos da prestação dos serviços sem algum tipo de interferência na vida empresarial da concessionária.

Assim, para viabilizar uma maior utilidade para o instituto sem comprometer a segurança jurídica com soluções casuísticas sem respaldo normativo, acredita-se que a proposição de um clausulado adequado a ser contemplado nos contratos de concessão possa ser o caminho a ser seguido, de forma a *contratualizar* os limites da intervenção e os mecanismos à disposição das partes, tanto a fim de ampliar os mecanismos de correção de rumo na prestação adequada dos serviços à disposição do poder concedente, como a fim de estabelecer remédios para a intervenção abusiva.

Pretende-se responder às questões formuladas por meio de um trabalho exploratório de práticas jurídicas combinado com o estudo dos casos indicados. Em seguida, com base nas respostas encontradas, pretende-se sugerir que os novos contratos regrem a situação de forma mais adequada do que a previsão legal (proposta de aprimoramento), que é demasiadamente genérica, afastando incertezas que possam comprometer a efetividade do instituto

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

O trabalho pretende responder aos seguintes quesitos:

2.1. Com base em que parâmetros e limites deve ser aferida a inadequação da prestação dos serviços concedidos para a decretação de uma intervenção válida? Como esses parâmetros e limites podem vincular a futura atuação do interventor?

2.2. Qual a abrangência da expressão “*adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes*”?

2.3. A intervenção está limitada ao próprio serviço concedido (que passaria temporariamente a ter sua prestação realizada pelo próprio poder concedente e/ou pela concessionária, segundo diretrizes fixadas pelo interventor) ou a medida pode abranger poderes de intervenção na esfera privada da concessionária (destituição de dirigentes, contratação e demissão de pessoal, celebração e rescisão de contratos, representação da sociedade perante terceiros, etc.)?

2.3.1. Há contradição na aplicação do regime público da intervenção e da preservação de direitos do concessionário? A depender da resposta quais seriam as consequências e, portanto, o regramento aplicável?

2.3.2. Quais os efeitos da intervenção perante terceiros? A representação social da concessionária pode ser exercida pelo interventor? No pressuposto da existência de litígio prévio (na via judicial ou arbitral) entre o concessionário e o Poder Concedente, quais os limites do interventor em relação à condução destas demandas (revogação de procurações, substituição de advogados, participação em reuniões para definição da estratégia, etc.)?

2.3.3. Quais as responsabilidades do interventor perante a sociedade empresária da concessionária? São equiparáveis às do administrador? Seria cabível, portanto, a proposição pela concessionária da ação de responsabilidade prevista no art. 159 da Lei 6.404/76 contra o interventor?

2.3.4. A disciplina prevista no art. 122 da Lei 6.404/76 quanto à nomeação ou destituição de administradores constitui barreira aos “limites da medida” que devem ser previstos no decreto de intervenção?

2.4. Tendo como premissa que a disciplina atual do art. 32 da Lei Geral de Concessões é insuficiente para a realização de uma intervenção com adequada segurança jurídica, qual seria o modelo ideal:

2.4.1. De um projeto de lei que objetivasse aprimorar a atual disciplina da Lei Geral de Concessões; e

2.4.2. De clausulado adequado para a *contratualização* de uma disciplina mais detalhada sobre os limites, forma e consequências da intervenção?

Para fundamentar as respostas e estruturar o trabalho, pretende-se fazer uso das seguintes fontes (i) análise dos precedentes selecionados (concessões de saneamento básico nos municípios de Itu - SP, Cuiabá - MT, Paranaguá - PR e Guarulhos - SP), abrangendo a documentação pública disponível na esfera administrativa e judicial; (ii) entrevista com profissionais que tenham atuado nos casos selecionados (advogados, administradores e gestores públicos); (iii) análise da legislação; e (iv) consulta à doutrina especializada.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O instituto da intervenção é muito pouco detalhado na Lei de Concessões, com previsões demasiadamente genéricas que comprometem a eficácia do instituto e sua capacidade de corrigir os rumos da prestação dos serviços, a fim de evitar a traumática declaração de caducidade da concessão.

A experiência profissional do autor mostra que os contratos de concessão se limitam a repetir os dispositivos legais, sem grandes preocupações em estabelecer regramento que pudesse afastar insegurança jurídica na aplicação do instituto.

Ainda que a questão já tenha sido levantada há algum tempo por nomes como Maurício Portugal Ribeiro¹, o autor acredita que uma avaliação das dificuldades concretas enfrentadas nos casos citados, seja em relação à ausência de mecanismos à disposição do poder concedente para efetivamente assegurar a adequada prestação dos serviços, seja em relação às alternativas para que o concessionário se proteja de abusos, pode informar a proposição de um clausulado adequado para suprir as lacunas da Lei de Concessões.

Espera-se que o resultado possa influenciar a modelagens de novos projetos e até mesmo, no pressuposto de concordância das partes contratantes, inspirar a incorporação destas regras em contratos já existentes.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

O autor é advogado militante em direito público, com relevante atuação em contratos de concessão (modelagem no contexto de procedimentos de manifestação de interesse, administração contratual, processos de revisão e litígios relacionados).

¹ “Com efeito, quando a Lei Geral de Concessões foi redigida praticamente não tínhamos senão experiências muito antigas com intervenções, até onde consegui levantar anteriores a década de 1950. Por isso, **não havia massa crítica sobre quais são as dificuldades reais de realização de uma intervenção**. Só muito recentemente é que tivemos que enfrentar problemas concretos, inclusive com concessionárias controladas por acionistas com aparente disposição de resistir à intervenção”. RIBEIRO, Mauricio Portugal. “Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões do setor elétrico” in 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões.

Especificamente em relação ao objeto da pesquisa, o autor é advogado contratado por concessionária responsável pelos serviços públicos de esgotamento sanitário em litígio com o poder concedente e que, desde fevereiro de 2019, encontra-se sob intervenção.

5. Bibliografia preliminar

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. “Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões do setor elétrico” in 10 Anos da Lei de PPP e 20 Anos da Lei de Concessões; disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-dalei-de-concessoes>.

DALEFFE, Adriano. “Intervenção em concessão de serviço público: da lei ao edital e ao contrato”. FGV DIREITO SP Law School Legal Studies Research Paper Series; disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3197960

6. Cronograma de execução

(vide página seguinte)

Cronograma de execução

ATIVIDADES	2019						2020												Horas	
	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Levantamento da bibliografia (artigos, processos judiciais e administrativos, doutrina e legislação)	25	25	25																	75h
Revisão bibliográfica				20	20															40h
Entrevistas com administradores, gestores e advogados envolvidos nos casos estudados						15	15	15												45h
Revisão do material coletado em entrevistas e confrontação com a documentação analisada							25	25												50h
Análise, fichamento e sistematização de todo o material obtido nas pesquisas									25	25										50h
Redação											25	25	25							75h
Revisão e correções																25	25			50h
Entrega do trabalho final																		25		25h
TOTAL																			410h	