

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Por uma Melhor Regulamentação do art. 27 da Lei 8987/95 no Contrato de Concessão.
Vinculação expressa do ato administrativo de anuência como um reforço à
segurança jurídica.**

VICTOR MARTINS MENDES BAPTISTA

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP, sob
Orientação do **Professor Carlos Ari Sundfeld**
Versão de 30.09.2019

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

O objetivo do trabalho será analisar a viabilidade de inclusão, no contrato de concessão, de cláusulas que especifiquem os aspectos que deverão ser observados para transferência do controle societário da concessionária, via alienação, vinculando expressamente o ato administrativo de autorização da transferência previsto no art. 27 da Lei nº. 8985/95.

Tentando afastar-se da discussão teórica acerca da natureza jurídica do referido ato – sem, contudo, deixar de enfrentá-la a partir da defesa de que se trata de ato vinculado – o trabalho abordará as vantagens de uma melhor regulamentação do tema nos Contratos Administrativos, inclusive em relação ao ato de anuência, fazendo, para tanto, um contraponto com os problemas já identificados decorrentes de uma regulamentação precária do mesmo.

O modelo predominante de pesquisa será o trabalho exploratório. Buscaremos investigar o tratamento que os contratos de concessão têm despendido ao tema e as respectivas consequências para a relação entre Poder Concedente e Concessionário, priorizando, neste ponto, a análise de contratos de concessão nos setores de saneamento e rodoviário.

Através da pesquisa sobre a legislação aplicável, analisaremos os aspectos que deverão orientar a tomada de decisão do Administrador Público no momento em que é instado decidir sobre a anuência para alteração do controle acionário da concessionária.

Partindo do conteúdo absorvido a partir da legislação e dos contratos de concessão analisados, exporemos, sob diversos vieses, problemas verificados em casos nos quais houve pedido de anuência:

- Problemas com viés subjetivo: exigências relacionadas a índices econômicos, experiências anteriores, dentre outras;

- Problemas com viés substantivo: investimentos a serem realizados pelo sucessor, imposição de deliberações, a exemplo da desistência de pleitos de reequilíbrio apresentados pelo Concessionário, previamente à autorização da transferência, dentre outros;
- Identificação do gerador das exigências causadoras dos problemas: Tribunal de Contas, agência reguladora, Concedente, Legislativo, CADE, dentre outros.

Avaliaremos, ainda, em que medida é conveniente regular, já nos documentos da licitação, a transferência do controle acionário da Concessionária.

Ao final, tentaremos indicar a forma através da qual o contrato e demais documentos da licitação devem detalhar os aspectos relacionados à transferência do controle societário da concessionária, via alienação, vinculando expressamente o ato administrativo de autorização da transferência.

2. Quesitos, Fontes de pesquisa e forma de acesso

Quesito 01 – Quais situações fáticas podem ensejar a alienação do controle acionário de uma concessionária? Quais as principais preocupações das partes no momento da alienação?

- **Comentário:**

Na resposta a este quesito pretendo discorrer brevemente sobre alguns fatores de motivação da venda do controle acionário, sob um viés de conveniência ou necessidade do controlador.

- ✓ Exemplos de venda por simples conveniência: obtenção de lucro; perda do interesse empresarial no desenvolvimento da atividade objeto da concessão. Problemas com a anuência nestas situações atingirão primordialmente os Controladores.
- ✓ Exemplo de venda por necessidade: crise financeira do Concessionário. Problemas com a anuência nesta situação atingirão diretamente Controladores, Poder Concedente e destinatários dos serviços.

Quesito 02 – Qual a legislação de Direito Administrativo que disciplina a transferência do controle acionário de uma concessionária?

- **Comentário:** Na resposta a este quesito pretendo pesquisar os dispositivos legais aplicáveis à matéria, inclusive leis e regulamentos setoriais. Ainda neste tópico pretendo pesquisar de que forma os contratos de concessão têm disciplinado a matéria.

Aqui pretendo demonstrar que a regra é a falta de regulamentação contratual em relação às regras gerais trazidas pelo art. 27 da Lei nº. 8985/95 para nortear a tomada de decisão do Administrador Público em relação à anuência. Ainda neste tópico abordarei problemas identificados em casos nos quais houve pedido de anuência.

Quesito 03 - Quais fatores devem orientar a tomada de decisão do Administrador Público sobre o pedido de anuência? Quais riscos estão associados ao indeferimento do pedido e/ou à falta de decisão sobre o mesmo?

- **Comentário:**

Na resposta a estes quesitos pretendo, em um primeiro momento, defender que a observância das exigências de capacidade técnica contidas no art. 27, inciso I, da Lei 8987/95, não necessariamente deve ser analisada à luz das exigências previstas no Edital da Licitação. Defenderei que análise do Administrador Público deve pautar-se pela capacidade do postulante a Concessionário cumprir o objeto contratual de forma adequada. E para tanto, deve-se pressupor que não necessariamente o cumprimento do objeto contratual de forma adequada exigirá os mesmos requisitos de capacidade técnica previstos no Edital da licitação.

Em um segundo momento, demonstrarei que o indeferimento da transferência sob fundamentos inadequados (ou ilegais) – por exemplo a suposta vantagem de se realizar nova licitação – ou mesmo a falta de uma decisão rápida sobre o pedido de anuência geram, em regra, prejuízos para Concessionários e seus Controladores e para os destinatários dos serviços.

Quesito 04 – Em que medida é conveniente os documentos da licitação regulamentarem a transferência do controle acionário no Contrato de Concessão? Quais os riscos advindos desta regulamentação?

- **Comentários:**

Pretendo, aqui, avaliar qual o grau de regulamentação sobre o tema se mostra adequado para melhor atingimento dos resultados esperados à luz da Teoria dos Contratos Incompletos.

Quesito 05 - De que forma o contrato e demais documentos da licitação devem detalhar os aspectos relacionados à transferência do controle societário da concessionária, via alienação, vinculando expressamente o ato administrativo de autorização da transferência?

- **Comentários:**

Como conclusão do trabalho, defenderei que uma melhor regulamentação das regras gerais trazidas pelo art. 27 da Lei nº. 8985/95 fornecerá maior segurança jurídica a Poder Concedente e Concessionário. Tal regulamentação não deverá exaurir as situações concretas que permitirão a transferência do controle acionário, mas deverá, entretanto, fornecer as diretrizes para que Concessionário e Poder Público obtenham de forma transparente e rápida os critérios norteadores da decisão da administração pública.

Para construção das respostas aos quesitos acima consultaremos a legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas ao objeto da pesquisa, em especial para elaboração da abordagem teórico-normativa do tema.

Também consultaremos fontes oficiais na busca por documentos – por exemplo contratos de concessão, pareceres administrativos e editais – que permitam avaliarmos (i) o tratamento que os contratos de concessão têm despendido ao tema; e (ii) os aspectos que têm sido considerados pelos administradores na análise do pedido de anuência.

Adicionalmente às consultas às fontes oficiais, buscaremos, através de pesquisa de campo, entrevistar “atores” relevantes da Administração Pública e das Concessionárias para um melhor entendimento das principais preocupações das partes no momento da alienação do controle societário da concessionária. Também entrevistaremos pessoas diretamente envolvidas na análise de pedidos de anuência para transferência do controle societário da Concessão.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A insegurança jurídica tem se mostrado uma barreira importante para uma maior participação dos particulares na gestão da coisa pública. O perfeito entendimento do particular em relação à forma como será disciplinado o seu relacionamento com o Poder Público pode ser decisivo, inclusive, para a tomada de decisão sobre participar ou não de uma concessão.

Neste contexto, a inexistência, nos contratos administrativos, de cláusulas especificando os aspectos que deverão ser analisados na hipótese de transferência do controle societário da concessionária tem sido fonte de problemas tanto para Poderes Concedentes quanto para Concessionários.

Tal constatação ficou ainda mais clara a partir da denominada Operação Lava Jato, cujas investigações atingiram diversas empresas controladoras de concessionárias espalhadas pelo país. A consequência, para ficar no aspecto que importará para o trabalho, foi o aumento considerável nas operações envolvendo alienação de controles societários de concessionárias - tanto por conveniência quanto por necessidade dos controladores.

Junto com o aumento destas operações veio a constatação de que a ausência de regulamentação clara sobre o tema muitas vezes terminou por dificultar - ou até mesmo impedir - a concretização da alienação societária, com consequências quase sempre prejudiciais ao Concessionário, ao Poder Concedente e principalmente ao interesse público.

Uma melhor regulamentação do tema nos documentos da licitação, vinculando o ato administrativo de anuência, gerará, portanto, maior segurança jurídica na relação entre Poder Concedente e Concessionário.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

O Pesquisador trabalha há 13 (treze) anos no Departamento Jurídico de Companhia com atuação no setor de Infraestrutura e com participação acionária em Concessões e Parcerias Público-Privadas nos segmentos de Saneamento, Rodovias, Estádios de Futebol, dentre outros.

Nos últimos anos esta Companhia colocou à venda muitos destes seus ativos, oportunidades nas quais foram constatados problemas decorrentes de uma precária regulamentação, no Contrato Administrativo, dos aspectos relacionados à anuência do Poder Concedente para transferência do controle acionário destas concessões.

5. Indicação de literatura especializada e obras de referência

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Gen, 2012.

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

BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo, em REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 10(1) | P. 155-200 | JAN-JUN 2014. Disponível em http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/07-rev19_155-200_-_uinie_caminha.pdf

DALLARI, Adilson Abreu. Transferência do contrato de concessão. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 13, n. 156, dez. 2014.

DO CARMO, Lie Uema, Contrato de construção de grandes obras, tese de doutorado, USP, 2012, disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022013-113746/pt-br.php>.

Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil. Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Autores diversos. Disponível no <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7211>

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.

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

GARCIA, Flavio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Malheiros, 2019.

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.

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.

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.

