

## **ALTERAÇÃO NAS REGRAS RELATIVAS À INTERVENÇÃO NAS CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO\***

**Mauricio Portugal Ribeiro\*\***

### **1. INTRODUÇÃO**

Recentemente, publiquei artigo sobre o problema do falso cumprimento dos contratos de concessão e PPP, no qual defendi o recrudescimento das regras sobre descumprimento de contratos e a necessidade de maior cuidado na definição dos critérios de seleção dos participantes de licitações de concessão e PPP. Naquele artigo, contudo, por falta de tempo, não toquei no tema das intervenções que é a medida disponível à Administração Pública para assumir o controle de concessionárias de serviço público ou signatárias de contrato de concessão administrativa, em situações de urgência, que põem em risco a continuidade dos serviços, os usuários ou o meio ambiente.

Por conta da necessidade prática de intervir nas concessionárias do Grupo Rede – Celtins, Centrais Elétricas do Pará (Celpe), Cemat (Mato Grosso), Enersul (Mato Grosso do Sul), Vale Paranapanema, Caiuá, Companhia Nacional e a Bragantina) – o Governo resolveu alterar as regras sobre intervenção em contratos de concessão do setor

\* Eu queria dedicar esse artigo ao caríssimo Isaac Averbuch, em agradecimento a aula que me deu sobre os diversos aspectos e empecilhos práticos de um processo de intervenção, que inspirou-me a redigir esse artigo.

\*\* Especialista na estruturação e regulação de concessões e PPPs, Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados, Professor de Direito da Infraestrutura da Direito-Rio (escolada de Direito da FGV), autor de vários livros e artigos sobre melhores práticas na estruturação de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive o livro *“Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”*, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011.

elétrico, por meio da Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, recentemente convertida na Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.

Várias das mudanças realizadas por essa Lei me parecem alvissareiras e talvez fosse o caso de, com alterações pontuais, pensarmos na incorporação dessas novas regras à Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95).

Algumas dessas novas regras vêm ao encontro da solução de problemas e de propostas que formulei no passado e que constaram do livro de minha autoria “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, em 2011.

Nas linhas a seguir, vou descrever uma situação hipotética de intervenção e confrontar os problemas enfrentados em tais situações com as regras existentes sobre o tema na Lei Geral de Concessões. O meu objetivo é evidenciar como essas regras são frágeis, e distantes dos problemas reais enfrentados nas intervenções. Depois, vou descrever as novas regras criadas recentemente para intervenções nas empresas do setor elétrico, que têm claramente maior aderência às situações reais de intervenção. Por fim, vou levantar, sem pretensão de tratar profundamente, o problema da aplicabilidade a contratos de concessão ou PPP em curso de novas normas legais sobre o tema da intervenção.

## **2. AS REGRAS LEGAIS SOBRE INTERVENÇÃO NA LEI GERAL DE CONCESSÃO EM CONFRONTO COM A REALIDADE DE UMA INTERVENÇÃO**

Pode-se dizer que as regras sobre intervenções constantes da Lei 8.987/95 são frugais: mencionam de forma genérica os contornos externos e o procedimento para declaração de intervenção. Vale a pena transcrever os artigos que tratam diretamente do tema:

*“Art. 32. O poder concedente poderá 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.*

*Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.*

*Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.*

*§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser*

*imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.*

*§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.*

*Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.”*

Note-se que o artigo 32 trata do conceito de intervenção. O art. 33, trata do procedimento administrativo para declarar a intervenção. E o art. 34 trata da extinção da intervenção.

Ao ler esses artigos, sempre sinto uma sensação de alheamento do texto legal ao enorme problema que é a intervenção.

Em primeiro lugar, os incentivos políticos são sempre para não intervir. Nenhum Governo quer assumir o controle de uma concessão problemática e correr o risco de se ver diretamente responsável pelos insucessos na prestação do serviço público, particularmente, sabendo das dificuldades para mover a máquina pública para dar cabo de uma situação desse tipo.

Por isso, a decisão política de intervenção se dá sempre em um contexto:

- (a) Ou de oportunismo político, em que o Governo da vez, por razões escusas, resolve espoliar o concessionário ou a concessão;
- (b) Ou em que a qualidade do serviço já se deteriorou, e há, de fato, ou já a descontinuidade da prestação do serviço ou ela ocorrerá no curtíssimo prazo.

Felizmente, a experiência do Brasil com intervenções se fez em torno da segunda alternativa acima.

A primeira experiência brasileira, com intervenções, após as desestatizações da década de 1990 e já sob a Lei 8.987/95, foi o caso da CEMAR, a distribuidora de energia do Maranhão, que ocorreu entre 2002-2004.

Descrevi essa experiência no livro de minha autoria já citado acima, sobre melhores práticas em concessões e PPPs. Há, contudo, algo de peculiar nessa experiência que limita o seu aproveitamento para pensar a disciplina das intervenções em geral. É que, no caso da CEMAR, os controladores não resistiram à intervenção. Eles já pretendiam abandonar o negócio e quando veio a decisão da intervenção eles a viram como uma ponte para a sua saída da concessionária.

Por óbvio, é de se esperar que, na maioria dos casos de intervenção, o controlador da concessionária resista com todas as suas forças à transferência do controle para o interventor. E, em uma situação dessas, me parece claro que os artigos da Lei 8.987/95 citados acima serão de pouca ajuda para lidar com as consequências da intervenção.

É importante notar, que os contratos de concessão e PPP são em regra muito mal redigidos. A ciência tradicional entre nós de redação de contratos e editais pode ser descrita como mera cópia de documentos passados ou do texto da lei. Por isso, não é realista também esperar que os contratos tratem do tema de maneira adequada. O mais comum é que eles simplesmente repitam, com outras ou com as mesmas palavras, o conteúdo da lei.

Percebendo essa situação – e com o objetivo de resolver o problema, sem mudança de lei, isto é no âmbito da elaboração da minuta de contrato de concessão ou PPP – quando redigi o meu livro sobre melhores práticas em concessões e PPPs, propus que os editais e contratos de concessão e PPP exigissem a previsão do interventor como um órgão estatutário da concessionária, com plenos poderes para conduzir a concessionária, quando da decretação da intervenção. Isso legitimaria o interventor de uma perspectiva societária, e, com isso, reduziria de forma relevante as possibilidades de oposição do controlador da concessionária à intervenção.

Essa sugestão, que eu saiba, nunca foi adotada, na minha opinião, pela sua inovação combinada com, digamos assim, a pouca atenção devotada pelos Poderes Concedentes à elaboração das cláusulas contratuais que tratam de situações futuras de conflito.

Imaginem agora que, no olho do furacão da degradação de uma concessão – por exemplo, de distribuição de energia elétrica, com apagões frequentes causados por sub investimento na infraestrutura, ou ainda o caso de uma concessão de infraestrutura rodoviária, após o desabamento de uma ponte com vítimas – o Poder Concedente decreta a intervenção e inicie um processo de disputa administrativa e judicial, com o controlador da concessionária, com desdobramentos na mídia. A própria disputa, provavelmente, agravará ainda mais a situação da concessionária, piorando a qualidade da prestação dos serviços, e prejudicando os usuários.

Se, na hipótese descrita acima, o Poder Concedente conseguir, no curto prazo, sagrar-se vencedor, ainda que temporariamente, da disputa com o controlador da concessionária, subitamente cairá nas mãos do interventor um conjunto de outros desafios.

E, vamos supor, para efeito de argumentação, que a Administração Pública vai encontrar alguém capacitado, experiente e disposto a assumir a posição de interventor e se tornar da noite para o dia responsável pela situação difícil de uma concessão em processo de degradação, sem necessariamente dispor das ferramentas para resolver o problema, e com não apenas alto risco reputacional – se não der conta do problema, a reputação do

interventor como profissional pode restar lesada – mas também a disposição para correr risco de ser responsabilizado civil, administrativamente e criminalmente por seus atos enquanto interventor.

Para começar, se a concessionária já não estiver em situação pré-falimentar, o natural é que a decretação da intervenção leve à aceleração de todas as suas dívidas, pois os contratos de financiamento a concessionários possuem regras genéricas que preveem a possibilidade de aceleração da dívida em situações de distúrbio à normalidade da concessão. Isso significa que, após receber o bastão das operações e o controle do caixa da concessionária, o interventor se dará conta que a primeira consequência direta da própria intervenção é a piora das condições econômico-financeiras da própria concessionária, e sua margem de manobra vai depender nesse momento da negociação com os credores – coisa que é difícil realizar na posição de interventor, pois, em primeiro lugar, ele necessariamente é alguém que está de passagem pela concessão (já que toda a intervenção, em tese, é algo temporário).

Além disso, nesse momento, a obtenção da cooperação dos credores depende da percepção que eles tenham sobre a chance de recuperar o que lhes é devido. Isso envolve, não apenas a sua percepção sobre o cenário no qual a concessionária atuará nos anos seguintes, mas também a percepção sobre a seriedade e sobre a capacidade do interventor e do Poder Concedente de adotar as medidas necessárias ao saneamento da concessionária. É muito comum que nesse tipo de situação, os financiadores esperem que o Governo faça algum aporte de recursos na concessionária, para lhe dar um fôlego inicial, necessário à própria estruturação do processo de saneamento, aporte esse que é também um sinal do comprometimento do Governo com o salvamento da concessionária, ainda que isso implique em substituir o seu controlador. Note-se que não há qualquer menção na Lei 8.987/95 a realização de aportes pelo Poder Concedente na concessionária em situação de intervenção.

Se todos os obstáculos descritos acima forem superados, aí caberá ao interventor focar na operação da concessionária e lhe dar sustentabilidade técnico-operacional e financeira. E, note-se que, se houver litígio em torno da intervenção, pode-se passar facilmente vários meses até que o interventor assuma o controle efetivo da concessionária.

Aí, o próximo passo será, então, pensar no término da intervenção, porque a intervenção é sempre um remédio temporário. Paralelamente à intervenção, a Administração Pública deveria apurar o que levou a empresa à situação de risco à continuidade da operação, aos usuários e/ou ao meio ambiente.

Provavelmente, até que se tenha decidido pela intervenção, diversos descumprimentos contratuais ocorreram, e, a essa altura, já estarão abertos e em curso os processos administrativos para aplicação das penalidades. É possível também que paralelamente

ao processo de intervenção, a Administração Pública tenha iniciado um processo de caducidade por descumprimento do contrato pelo concessionário. Esse processo dá margem a ampla defesa e pode demorar, por isso, diversos meses.

Se o interventor conseguir chegar a esse ponto, ele e o Governo estarão diante do desafio de decidir se o Poder Público “reestatiza” a prestação do serviço, se ele transfere a concessionária para um terceiro, se ele relicita a concessão, ou se ele devolve a concessão para o antigo controlador. Nesse tema também, as regras da Lei 8.987/95 são extremamente superficiais e não tocam nas questões mais fundamentais para disciplinar esse momento da intervenção. Não há sequer na Lei 8.987/95 a previsão da transferência de controle gerenciada pelo Poder Concedente em conjunto com o interventor como porta de saída de uma intervenção.

Cada uma das hipóteses acima mencionadas de saída da intervenção implica em diversas consequências que não cabe abordar nesse artigo. De qualquer modo, o que resta claro é que as regras constantes da Lei Geral de Concessões pouco ajudarão na implantação de qualquer das hipóteses escolhidas pelo Poder Concedente como saída para a intervenção.

Creio que basta a descrição dos desafios acima para deixar claro como é superficial e alheia à realidade de uma intervenção o texto dos artigos 32 a 34 da Lei de Geral de Concessões. 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.

### **3. AS NOVAS REGRAS PARA INTERVENÇÃO EM CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO**

As novas regras sobre intervenção em empresas do setor elétrico foram criadas com base na necessidade premente de intervenção nas concessionárias do Grupo Rede.

Algumas dessas concessionárias estavam em estado praticamente pré-falimentar, e outras em situação econômico-financeira ruim, com dívidas relevantes em atraso, inclusive com o Fisco. As regras, portanto, foram feitas para maximizar as chances de sucesso da intervenção que aparentemente já se sabia que seria necessário realizar.

Há 9 características das novas regras de intervenção em concessões do setor elétrico que vale a pena ressaltar:

- a) as novas regras reduziram substancialmente a possibilidade do controlador da concessionária resistir à intervenção, dando plenos poderes ao interventor sobre a administração da companhia e, portanto, também, sobre o seu caixa;
- b) reforçaram o efeito imediato da intervenção – tomada a decisão da intervenção, por Resolução da ANEEL, todos os poderes da administração da concessionária passam imediatamente para o interventor;
- c) permitiram a contratação de empresa para gerir a companhia, a ser remunerada pela própria concessionária sob intervenção;
- d) permitiram o aporte de recursos do Tesouro na empresa, recursos esses que têm que ser restituídos ao Tesouro 90 dias após a entrada do novo controlador – apesar disso, até hoje o Tesouro Nacional não aportou os recursos prometidos nas concessionárias do Grupo Rede;
- e) permitiram explicitamente ao Poder Concedente realizar a transferência do controle da concessionária sob intervenção para terceiros;
- f) tornaram inaplicáveis à concessionária os regimes de falência e recuperação judicial na vigência do contrato de concessão; em outras palavras, até que a ANEEL decreta extinto o contrato de concessão, não poderá ser decretada a falência, nem o regime de recuperação judicial da concessionária;
- g) tornaram possível decretar a intervenção por um ano, renovável por mais um ano;
- h) criaram uma série de obrigações e exigências para os administradores da concessionária sob intervenção, cujo objetivo aparentemente era preparar eventual responsabilização por malversação de recursos e danos à concessionária;
- i) criaram a possibilidade do controlador da concessionária sob intervenção submeter plano de recuperação para a concessionária, que será analisado e aprovado ou rejeitado pela ANEEL.

#### **4. ESTENDENDO AS NOVAS REGRAS PARA INTERVENÇÃO EM CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO A OUTRAS CONCESSÕES, PARTICULARMENTE AS DA ANTT**

Essas regras, com modificações e acréscimos pontuais de conteúdo e redação poderiam ser inseridas na Lei Geral de Concessões, particularmente nesse momento em que é preciso dar ao Poder Concedente ferramentas para coibir os descumprimentos e o falso cumprimento dos contratos de concessão, como os que parecem estar ocorrendo nas

concessões de infraestrutura rodoviária, em específico no caso dos 7 lotes da 2ª rodada e da 1ª etapa da 3ª rodada de concessões rodoviárias federais.

## **5. O PROBLEMA DA APLICABILIDADE IMEDIATA A CONTRATOS EM CURSO DAS NOVAS REGRAS LEGAIS SOBRE INTERVENÇÃO**

No nosso sistema jurídico, contratos já assinados na data da entrada em vigor de uma lei são considerados ato jurídico perfeito e, por isso, não estão submetidos à nova lei, mas sim à lei vigente quando da sua assinatura. Olhados dessa perspectiva, os contratos de concessão e PPP já assinados na data das alterações legais sobre o instituto da intervenção seriam imunes a tais mudanças legais.

Por outro lado, é consenso que, em contratos administrativos, o ente governamental contratante tem a prerrogativa de realizar alterações nas cláusulas regulamentares do contrato para atendimento do interesse público (tendo o concessionário direito apenas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Além disso, em contratos administrativos, por disposição legal (vide, por exemplo, o art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei 8.666/93) ou por consequência de cláusulas contratuais, o risco de alteração de regras por outros órgãos ou entes governamentais alheios à Administração Pública contratante é, em regra, considerado risco da Administração Pública contratante, dando ensejo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado. No caso de mudanças nas regras legais sobre intervenção, que, a rigor, dificilmente produzem impacto direto nos custos ou nas receitas do concessionário, poder-se-ia alegar que houve aumento do risco político envolvido na execução do contrato, e que esse aumento de risco deve gerar reequilíbrio por meio, por exemplo, do aumento da rentabilidade do contrato para o investidor.

Note-se que, no mundo do Direito Administrativo brasileiro, há claramente um acentuado desprestígio do contrato administrativo, e é comum a visão de que a Administração Pública pode tudo, desde que previsto em lei e não proibido pelas Constituições Federal, e do respectivo ente (Constituição Estadual ou Lei Orgânica).

Soma-se a esse contexto a possibilidade de se distinguir regras substanciais a respeito da intervenção e regras procedimentais, complementares, que apenas desdobram e disciplinam a ação da Administração Pública. Dessa perspectiva, as regras substanciais, como impactam a esfera jurídica do contratado, não poderiam ser alteradas por lei posterior. Por outro lado, as regras procedimentais a respeito da intervenção, que se referem, por exemplo, ao passo a passo da ação da Administração Pública enquanto interventora, sem impacto, portanto, relevante na esfera jurídica do contratado, poderiam ser modificadas a qualquer tempo no curso do contrato.

Enfim, no meio dessas distinções e argumentos é preciso delimitar quais mudanças nas regras sobre intervenção podem de fato ser feitas por regras legais posteriores à assinatura do contrato. A proteção ao ato jurídico perfeito impede as mudanças das regras sobre intervenção? Ou a natureza pública da intervenção e a sua conexão com o interesse público tornaria o novo regime aplicável imediatamente aos contratos em curso? Haveria algum tipo de distinção entre a natureza das regras sobre intervenção que podem ser mudadas por lei com efeito imediato sobre os contratos em curso, e as regras que não podem ser mudadas por lei posterior à assinatura do contrato?

Todas essas questões requerem investigação mais aprofundada, não cabível nos limites dessa nota. Sobre esses temas, a palavra final mais cedo ou mais tarde será certamente do Judiciário, pois esse é um dos poucos temas acerca das concessões e PPPs que – em vista da resistência a ser eventualmente oposta por controladores de concessionárias que sejam submetidos a processos de intervenção – é de se esperar que chegue ao Judiciário.