

A NOVA LEI DE CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

CAIO TÁCITO

A Constituição Federal de 1988, na esteira de Cartas anteriores, traçou, em seu artigo 175, os princípios básicos do regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão e permissão, a serem disciplinados em lei federal.

Firmou o critério obrigatório de seleção mediante procedimento licitatório, cujas diretrizes estão estabelecidas no item XXI do artigo 37, tendo como fundamento essencial o princípio da igualdade de competição.

A recente Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, veio dar cumprimento ao ditame constitucional, editando normas pelas quais dever-se-ão pautar as concessões de serviço público e de obras públicas, bem como as permissões de serviço público.

A lei tem âmbito nacional e às suas prescrições deverão adaptar-se não somente o sistema federal como o dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A lei teve origem, no Senado, em projeto de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso. Ali aprovado, com alterações, o seu trâmite na Câmara de Deputados mereceu a formulação de substitutivo que alterou, em pontos substanciais, a proposição oriunda do Senado.

Voltando à Casa originária, não se oferecia à revisão final outra alternativa senão a de aceitar o projeto refeito. O Regimento não mais facultava emendar a versão de retorno.

Como ao texto do substitutivo se oponham tanto aspectos técnicos como relevantes interesses, sobretudo de concessionárias estaduais, criou-se o impasse na elaboração legislativa.

Nasceu do conflito uma singular solução conciliatória.

Optou o Senado, para não mais retardar a definição política diante do relevante interesse público posto em causa, pela aprovação do substitutivo da Câmara, mediante o compromisso de que o Presidente da República, a par do exercício do direito de veto, emitiria, simultaneamente com a sanção do projeto, Medida Provisória que o modificaria em questões de relevo.

O *Diário Oficial* de 14 de fevereiro de 1995 apresentou, assim, o modelo sem precedentes de reunir, em suas páginas, a simultaneidade de três atos: a promulgação da lei, as razões de veto e a edição de Medida Provisória que alterava a lei no mesmo instante do início de sua vigência.

Não se pacificou, contudo, por esta forma inédita, a criação legislativa.

As Medidas Provisórias têm, sabidamente, vida curta. Se não se limitam, como as rosas de Malherbe, ao espaço de uma manhã, não podem constitucionalmente vigorar por mais de trinta dias.

Até que delibere em definitivo o Congresso Nacional, é mister para a sobrevivência de suas normas que o Executivo as renove mensalmente com igual ou diverso texto. Nesse sentido, algumas delas têm adquirido vida prolongada, que chega a superar período de um ano.

A tanto não chegou a Medida Provisória nº 890, de 13 de fevereiro de 1995, irmã gêmea da Lei nº 8.987. Antes que percesse, foi necessário que o Presidente da República a revivesse expedindo a Medida Provisória nº 937, de 15 de março de 1995, de igual teor.

A uma semana do vencimento do novo prazo de vigência, outra Medida Provisória deverá, provavelmente, sobrevir para a continuidade do texto que aguarda a manifestação do Congresso Nacional.

É que, neste, além dos conhecidos obstáculos à dinâmica de seu funcionamento, a deliberação plenária se defronta com a apresentação de 101 emendas de parlamentares, de variada substância e efervescente inspiração polêmica sobre pontos essenciais.

De uma parte, um conjunto de emendas reivindica a reserva de competência do Legislativo para decidir sobre os rumos a serem seguidos na reformulação, dos serviços públicos concedidos, cancelando a autorização de poderes ao Executivo.

Contesta-se, em outras emendas, a abrangência das atividades econômicas passíveis de concessão, de tal modo que somente a lei de conversão poderá colocar termo a divergências conceituais.

Sobreleva, em todo o debate, o problema central das concessões de energia elétrica que desafia, nas últimas décadas, a produtividade do serviço público.

Há, na política do setor, contradições de fundo e de comportamento do poder concedente.

As concessões nasceram, entre nós, no último quartel do século passado, como um instrumento de atração de capital e tecnologia externos.

Para mobilizá-los foi adotado, de início, o modelo de concessões de obras públicas, nas quais se atribui ao concessionário, mediante a exploração do serviço, obter a remuneração e a amortização do investimento feito.

Foi graças ao concurso da iniciativa privada estrangeira que se desenvolveram, na época, os serviços de portos, a construção de ferrovias e se implantaram, nos grandes centros, os serviços de eletricidade, gás, telefones ou transportes urbanos.

Dominou, em tais empreendimentos, o regime contratual, inspirado no direito francês, em que a liberdade do concessionário pouco era limitada pela intervenção do poder administrativo.

A garantia dos investidores se fazia sentir em contratos de longo prazo, em alguns casos de 90 anos, estimulando o pioneirismo da implantação de mercados. A economia dos contratos era protegida pela garantia de juros mínimos do capital, ou pela adoção da cláusula ouro como base do capital reconhecido.

A Constituição de 1934 viria a proibir a garantia de juros a empresas concessionárias de serviço público (art. 142) e o Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933 declarou nulas as estipulações em ouro, alterando de forma substancial a estrutura das tarifas.

As concessões, como originalmente pactuadas, se continham dentro de limites contratuais. Tal como nas relações privadas, o princípio da imutabilidade (*pacta sunt servanda*) não obrigava os concessionários a expandir e atualizar os serviços além das forças dos contratos, somente alteráveis por acordo das partes.

A necessidade pública impôs, no entanto, uma nova concepção, abrigada na jurisprudência do Conselho de Estado da França (que se transpôs ao nosso sistema) de que as obrigações de fazer dos concessionários poderiam ser alteradas por ato unilateral do poder concedente, desde que se mantivesse, adequadamente, o equilíbrio financeiro dos contratos. É a regra da mutabilidade do contrato administrativo, à qual se integra a garantia de continuidade da equação financeira das concessões.

A influência, por muito tempo exclusiva do direito francês, veio a se conciliar, entre nós, com a recepção de princípios do direito norte-americano sobre o controle dos serviços públicos concedidos, mediante comissões administrativas de fiscalização.

O Código de Águas de 1934 (que tem como antecedente histórico o projeto Valadão de 1907) adota a concepção regulamentar da concessão, permitindo a atualização dos programas de atendimento às demandas crescentes, a par da adequada revisão tarifária em função do custo do serviço. A teoria da imprevisão resguarda o contratante privado dos efeitos da álea extraordinária e imprevisível que onere excessivamente as obrigações dos contratos.

A expectativa de sucesso da concessão foi o segredo da expansão do parque Industrial de São Paulo, no após guerra, quando a oferta de energia disponível possibilitou o florescimento da atividade privada na economia de produção.

A subordinação das estruturas tarifárias ao custo histórico do capital aplicado no serviço viria, porém, a instaurar grave crise na economia das concessões, a que somente veio a oferecer paliativo a adoção do princípio da correção monetária aplicado ao regime das concessões de serviço público, a partir de 1964.

Complementou-se, a seguir, a proteção do princípio do equilíbrio financeiro nos serviços de energia elétrica, com o advento, em 1971, da garantia mínima de remuneração do investimento reconhecido, a uma taxa anual variável entre 10% e 12%.

O esquema legal, formalmente estável, passou a sofrer, no entanto, a reformulação conseqüente de políticas emergenciais de contenção dos preços de consumo devidos pelos usuários.

De uma parte, estimulou-se a que os concessionários assumissem empréstimos externos para o custeio de expansão de seus serviços, o que viria contribuir para o desequilíbrio econômico das concessões, na medida em que as taxas médias de financiamento externo cresciam progressivamente até 15%, 18% e até mais, contra uma receita do serviço submetida a limites legais inferiores, conduzindo à descapitalização das empresas que, paradoxalmente, quanto mais se expandissem mais se arruinariam.

Embora a Constituição de 1967 confirmasse o dogma de tarifas que permitissem a justa remuneração do capital dos concessionários e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos (art. 160, nº II), certo é que o postulado não

se transmitiu à prática administrativa na fixação dos preços do serviço. A insuficiência das tarifas se agravou com a transferência de recursos como subsídio a regiões menos desenvolvidas, mediante a política da equalização tarifária.

Paralelamente, a continuidade da insuficiência tarifária associada à crescente tendência de intervenção do Estado no domínio econômico conduzem ao desprestígio na delegação do serviço público ao concessionário privado.

O sistema de concessão de serviço público decresce, pela política de encampação, em favor da criação de sociedades de economia mista e, mais ainda, de empresas públicas para a execução de serviços industriais do Estado.

BILAC PINTO estudou, excelentemente, o fenômeno em trabalho de 1953 dedicado ao declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 32, p. 1/15).

O sistema de tarifas, nos ditames de lei, era perfeito em sua estrutura. No regime do serviço pelo custo e de remuneração garantida, estaria o concessionário protegido das incertezas dos custos operacionais e dos encargos de expansão e melhoria de qualidade do serviço.

Na realidade, porém, como a revisão das tarifas era ato de competência do poder concedente, a política social prevalecia sobre a política econômica e a atualização dos preços do serviço não acompanhava a velocidade inflacionária do custo dos insumos e da mão-de-obra.

A constância dos déficits da receita contribuiu para que nos serviços concedidos se avolumassem deficiências de produtividade.

A legislação de 1993 buscou solução para a crise em uma sutil fórmula de transferir responsabilidade.

A Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, reformou o processo tarifário, mediante uma inversão de competências.

A iniciativa de fixar tarifas, antes reservada ao órgão público de fiscalização, passa a ser atribuição do concessionário que deverá calcular os preços de fornecimento aos consumidores finais ou os suprimentos a outras empresas, submetendo a proposta à homologação do poder concedente (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.631/93, e art. 1º do Decreto Regulamentar nº 774/93).

A proposta deveria atender à cobertura do custo do serviço e garantir a prestação de serviço adequado (§2º dos arts. 1º e 2º da lei, e art. 2º do decreto regulamentar).

A ausência de manifestação do órgão público no prazo de 15 dias valeria como homologação tácita. O silêncio da Administração terá, em suma, valor positivo, valendo como aprovação (§1º dos arts. 1º e 2º da lei, e §3º do art. 2º do decreto regulamentar).

Em correspondência a este poder de iniciativa na estipulação das tarifas reais, ajustadas ao custo do serviço, a lei suprimiu o direito subjetivo das concessionárias a uma taxa de remuneração garantida e extinguiu a Conta de Resultados a Compensar, na qual eram contabilizadas as insuficiências de receita tarifária.

A liberdade tarifária por esta forma concedida aos concessionários não sobreviveu, porém, à pressão da realidade.

Em atos sucessivos, o Departamento Nacional de Energia Elétrica retornou, de fato, a competência que, de direito, lhe fora retirada. Atos normativos passaram a

preestabelecer parâmetros para as propostas de novas tarifas, dispondo-se o órgão administrativo a não homologar aumentos reais de tarifas contrários à política econômica do Governo e a firmar fórmulas paramétricas para as propostas de novos níveis tarifários.

Perdura, assim, a crise latente nos serviços concedidos de energia elétrica, em detrimento da continuidade de expansão dos sistemas de geração e de distribuição de energia.

As empresas estatais de geração são impotentes para concluir importantes obras de novas usinas e começam a se desenharem, para os consumidores, os riscos de deterioração da qualidade ou de insuficiências nos fornecimentos.

O fenômeno — que não é apenas nacional — inspira uma tendência que ARNOLDO WALD batizou, com felicidade, de “renascimento da concessão” (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 171 — janeiro-março 1988 — p. 1/14).

A iniciativa privada é novamente mobilizada para a execução de serviços e obras públicas em projetos a serem por ela executados e financiados.

As experiências estrangeiras arroladas no citado estudo — dos quais serve de exemplo o túnel construído sob o canal da Mancha — ressoam no direito brasileiro mediante a tendência legislativa que se inaugura, em 1990, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1980), que lança as bases da política de privatização de empresas estatais.

A nova lei de concessões de serviço público tem a dupla finalidade de fortalecer a prestação de um serviço adequado, em favor dos usuários, e de permitir a retomada no crescimento dos sistemas de energia elétrica com a preocupação explícita de vencer o estágio de obras paralisadas ou atrasadas.

Nesse particular, o conflito de interesses se tornou agudo em relação aos artigos 42 a 44 da nova lei que ameaçam extinguir concessões com prazos vencidos ou a prazo indeterminado e especialmente declarar a caducidade dos direitos das concessionárias que tiverem obras em atraso e não as possam concluir a curto prazo.

Este o ponto crítico que motivou a reação das empresas, sobretudo as estaduais, de que são reflexos imediatos tanto a emissão das Medidas Provisórias como as numerosas emendas oferecidas no processo de sua conversão em lei.

Em verdade, o horizonte não se apresenta claro na política de liberação econômica de que são símbolo as incertezas do processo de privatização do setor empresarial.

No campo específico da geração de energia elétrica, a busca de retomada de obras paralisadas, com o recrutamento da iniciativa privada, levou a que se abrissem licitações para a formação de parcerias ou de consórcios entre concessionários e grandes consumidores industriais, sob inspiração do poder concedente.

Singularmente, porém, o Governo que, em decreto regulamentar e com apoio das autoridades do setor, estimulava iniciativas concretas de retomada de obras suspensas por falta de recursos, fulmina de ilegal, em parecer da Advocacia Geral da União, a consumação de processo licitatório mediante o qual se cuidava de selecionar consórcio apto a terminar as obras paralisadas de uma usina de geração de energia.

Possivelmente, Machado de Assis, se ainda fosse vivo, repetiria, para julgamen-

to de tanta contradição governamental, a sua conhecida denúncia de que “a confusão era geral”.

A distância entre o discurso e a ação abala a credibilidade nas instituições públicas e perturba a convocação da iniciativa privada para a retomada do desenvolvimento.

Lamentavelmente, a estagnação conspira, no caso, contra o interesse da coletividade em que prospere o indispensável saneamento de serviços públicos essenciais.

É que em matéria de energia elétrica e em outros ramos fundamentais, como os de comunicações, transportes, portos ou rodovias, não há serviço mais caro do que aquele que não existe.