



Investimento nas concessões de serviços públicos

O instituto jurídico da concessão de serviços públicos vem tomando corpo na história recente da economia brasileira. Muito embora se trate de instrumento conhecido há muito tempo como forma de delegação a particulares da prestação de atividades originariamente tituladas pelo Estado, a concessão vem se tornando, a cada dia, mais atrativa aos olhos dos investidores privados.

É a concessão uma delegação, a particulares, da incumbência de prestar um serviço que, pela sua essencialidade, tem característica de público, mas que, por diversas razões, pode vir a ser prestada por terceiros.

A reformulação do Estado, tendência mundial moderna que o Brasil almeja, busca basicamente retirar atividades secundárias das mãos dos entes governamentais, de administração direta ou indireta, a fim de que suas atenções sejam restritas a parcelas de maior relevância social. Essa operação passa, no mais das vezes, pelo que se conhece mundialmente pelo nome de privatização, ou desestatização.

A atuação do Estado no ramo empresarial se dá por um sem-número de empresas reunidas sob a denominação de estatais. Desnecessário discorrer acerca da origem dessa atividade, mas a verdade é que hoje encontram-se sob controle do Estado atividades que, muito embora públicas, não necessitam estar nas mãos da Administração Pública, bastando que esta as fiscalize e regule.

A figura da concessão foi largamente utilizada para permitir o funcionamento dessas empresas públicas, sendo certo que a prestação dos serviços públicos, em verdade, permanecia em mãos estatais, apenas travestida de características de delegação.

Não se falava, dentro desse cenário, da necessidade de outorga de garantia ao concessionário quanto aos investimentos por ele feitos nos chamados bens reversíveis. Por reversíveis se têm aquelas instalações e equipamentos diretamente ligados à prestação do serviço concedido e que, a qualquer momento, podem ser retomados pelo poder concedente em casos de extinção da concessão, encampação ou mesmo intervenção, sempre tendo por justificativa a impossibilidade de suspensão da prestação do serviço público.

A preocupação não existia porque, no mais das vezes, os próprios investimentos das concessionárias, ainda estatais, eram custeados, financiados, ou mesmo garantidos, com recursos do Estado. Além dessa circunstância, por mais que se pretenda disfarçar, a linha de crédito existente entre as concessionárias estatais e o próprio Estado como concedente sempre esteve aberta, seja pelo subsídio direto, seja pela autorização para majoração de tarifas ou qualquer outro instrumento de adequação de uma situação adversa enfrentada pela concessionária.

Com o advento das privatizações, a partir do final da década de 80, surgiu a necessidade de melhor regulamentação da sistemática, pois a relação de intimidade entre concedente e concessionária tenderia – como de fato se verifica atualmente – a ser mais profissional e transparente. Não apenas antigas concessionárias tiveram seu controle societário alienado como também serviços anteriormente prestados diretamente pelo Estado vêm sendo objeto de delegação, o que impôs a criação das respectivas



sistemáticas de concessão.

Nesse ambiente, surgiu a necessidade de estudo e aperfeiçoamento dos instrumentos que regem a relação obrigacional entre concedente, concessionário e usuário final dos serviços, este último parte essencial e que vem ganhando mais e mais fôlego ao longo do processo.

Sistemática da concessão

Obrigações do concessionário devem ser bem avaliadas

As garantias que o concedente dá ao concessionário são o objeto deste estudo, e para isso é necessário tecer alguns comentários sobre a sistemática que envolve o processo de outorga da concessão de um serviço público.

Por disposição constitucional, em regra somente podem ser outorgadas concessões àqueles que tiverem participado e alcançado êxito em procedimentos licitatórios, ao contrário do que acontecia no ordenamento jurídico anterior a 1988, quando se permitia a concessão em outras circunstâncias.

A licitação tem por objetivo precípuo encontrar a melhor oportunidade de negócio entre aqueles particulares que demonstrem condições técnicas e econômicas para assunção da função pública. A qualidade do serviço também é fator preponderante, representada essa qualidade pelo valor da tarifa a ser cobrada do usuário do serviço.

Fala-se em oportunidade de negócio porque, antes de tudo, a outorga de concessão de serviço público é uma operação econômica para o Estado. Estatais lucrativas, quando alienadas, alcançam valores bastante relevantes para socorrer o caixa governamental, sempre sedento de recursos extraordinários, enquanto que empresas deficitárias representam, quando delas se retira o Estado, ao menos o encerramento de um período, geralmente longo, de subsídios. Para os usuários, finalmente, a saída do Estado da prestação do serviço, ou a quebra de seu monopólio, representa relevantes ganhos de qualidade, aí incluída a diminuição das tarifas.

Para o concessionário, por sua vez, a outorga de uma concessão representa duas situações distintas, porém intimamente relacionadas. De um lado, ele assume a obrigação contratual de prestar o serviço em nome próprio, recebendo dos usuários finais a tarifa correspondente, fixada no respectivo contrato. Tem, assim, a partir da assinatura do contrato, a garantia contratual de que receberá, durante o prazo de vigência da concessão, aquela receita. Da projeção original, pode ainda extrair ganhos consideráveis, dependendo exclusivamente de seu desempenho empresarial.

De outro lado, assume o concessionário obrigações de manutenção, incremento e adaptação das instalações e equipamentos ligados à prestação dos serviços, sempre visando à melhoria da qualidade de atendimento aos usuários. Além desses investimentos, a outorga da concessão pode estar condicionada a uma oferta ao Estado, o que também significa o desembolso por parte do investidor. O valor desses investimentos é custeado pelo próprio concessionário, que, para isso, necessita de uma projeção de fluxo de caixa compatível para garantir o retorno do investimento durante o prazo de vigência da concessão.



Salvo raríssimas exceções, deverá o concessionário suportar esses investimentos mesmo antes de iniciar o recebimento das tarifas pela prestação dos serviços. Essa situação obviamente merece especial atenção do investidor, especialmente quando se verifica que os investimentos são feitos em bens considerados contratualmente como reversíveis. Em outras palavras, o particular estará, sempre, administrando um patrimônio que, muito embora esteja no ativo fixo de sua empresa – onde o Estado sequer tem participação societária – está ao alcance deste, dada a essencialidade da prestação do serviço ao usuário final.

Cláusulas de indenização

Instrumentos de garantia vêm sendo aperfeiçoados

Essa tormentosa questão parece, no entanto, estar sendo muito bem equacionada no Brasil. Prova disso é o êxito de todos os processos recentes de outorga de concessão, seja pela aquisição de empresas estatais concessionárias, seja pela outorga de concessão diretamente.

O problema que surge em todos os estudos de projeção econômico-financeira está relacionado com a longa duração dos contratos de concessão, justamente para que seja possível investir e obter o retorno correspondente. Pergunta-se com frequência o que poderia ser feito se o Estado, na qualidade de poder concedente, retomasse, mesmo que indevidamente, o serviço e os bens respectivos?

Certo é que o particular sempre terá garantido seu direito de indenização pelos investimentos realizados e ainda não amortizados, por métodos previstos no contrato, na ocasião da mencionada retomada. Todavia, o caminho a ser trilhado para receber do Estado é, reconhecidamente, longo, tortuoso e, principalmente, demorado.

Instrumentos vêm sendo criados para evitar os efeitos dessa situação, seja pelo Estado, interessado em tornar atrativo o negócio que busca entabular, seja pelos investidores, principais sujeitos dos danos que um procedimento dessa natureza pode ocasionar. Nesse sentido é interessante destacar que as cláusulas de indenização em caso de retomada da concessão vêm sendo, a cada dia, aperfeiçoadas e buriladas.

A despeito dessa tecnologia econômico-financeira desenvolvida para diminuir o impacto de um eventual rompimento do contrato de concessão, há que se ter em mente que o sucesso das operações de outorga de concessão tem derivado, muito, da segurança jurídica encontrada nos processos.

Mesmo expostos à opinião pública e aos mais diversos crivos, os processos de desestatização e de outorga de concessões têm alcançado os objetivos para os quais foram direcionados. A exposição às críticas, ou, em outras palavras, a transparência dos procedimentos, tem levado, inclusive, a grande número de pendências judiciais onde são discutidos todos os aspectos relacionados às operações, desde as garantias que devem ser dadas pelos licitantes ao Estado até a conveniência e oportunidade de ser este ou aquele serviço público delegado a particulares.

A experiência tem levado ao aperfeiçoamento dos processos. A participação do Estado, em seus vários níveis, tem sido bastante relevante, sendo de se destacar a produção legislativa relacionada com as



concessões, sua outorga, renovação, garantias e regulamentação dos serviços, a cada dia aprofundando a segurança jurídica de que necessitam os investidores.

Sem viradas de mesa

Parceiros do Estado não querem ir para a fila dos precatórios, freqüentada pelos fornecedores

Prova maior do sucesso dessa tendência de delegação de atividades está atualmente em todos meios de comunicação, com a outorga de concessão aos grupos interessados na prestação dos serviços de telefonia celular, não só demonstrando, pela quantidade de licitantes, a importância do negócio, como também assombrando os mais céticos pelo ágio oferecido pela outorga da concessão.

A telefonia celular, porém, não é o único campo de disseminação da idéia de delegar por concessão. Geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, por exemplo, antes das telecomunicações, já vinham demonstrando a firmeza através da qual grupos nacionais, quase sempre acompanhados de grupos estrangeiros (representando operadores e investidores), têm intenção e tranquilidade para investir no país, mesmo tendo no horizonte a possibilidade – cada vez mais remota – de uma virada de mesa que os leve à fila dos precatórios judiciais para receber créditos frente ao Estado, fila essa onde hoje se encontram os fornecedores usuais do governo e para onde não querem ir os novos parceiros do Estado.

Em resumo, o Estado tem recebido da iniciativa privada demonstrações concretas de que é possível trabalhar em conjunto, com benefícios para todos os envolvidos, desde que para tanto haja segurança institucional que enseje investimentos vultosos com prazos de retorno de longo curso.

Date Created

28/07/1997