

Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária

O caso do setor elétrico brasileiro

ANDRÉ SADDY

Sumário

Introdução. 1. Concessões de serviço público. 1.1. Contrato de concessão. 1.2. Direitos e deveres dos usuários de serviços concedidos. 1.3. Intervenção na concessão. 1.4. Formas de extinção da concessão de serviço público. 2. Crises e soluções variadas de sociedade empresária concessionária de serviço público. 3. Recuperação judicial e concessionária de serviço público. 3.1. Legitimidade de concessionária de serviço público para requerer a recuperação judicial. 3.2. Recuperação judicial e caducidade. 3.3. Interesse de intervir no período da recuperação judicial. 4. Afastamento do regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica. Conclusões.

André Saddy é doutor europeu pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado pela Universidade de Coimbra. Associate Research Fellow do Centre for Socio-Legal Studies da University of Oxford. Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos. Professor Adjunto I do IBMEC-RJ. Consultor e Parecerista.

Introdução

Na tentativa de adequar a legislação brasileira à realidade das empresas, bem como aos objetivos constitucionais, foi introduzida, no ordenamento jurídico, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Essa lei revogou a ultrapassada legislação falimentar: o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945¹.

¹ É importante mencionar que praticamente toda a doutrina afirmava ser o Decreto-Lei nº 7.661/1945 um instrumento elogiável, mas que se apresentava anacrônico na medida em

Recentemente, alguns questionamentos foram levantados quanto à possibilidade de concessionária de serviço público ter seu vínculo junto à Administração extinto por estar em processo de recuperação judicial, um dos mecanismos jurídicos de superação das crises empresariais criado pela Lei nº 11.101/2005.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo, no início de 2012 iniciou procedimento administrativo com o intuito de extinguir a concessão da distribuidora paraense de energia Celpa, controlada pelo Grupo Rede Energia², além de já ter intervindo na administração da empresa Companhia Energética do Maranhão (Cemar).

No final de agosto de 2012, o governo editou a Medida Provisória nº 577, que detalhou os procedimentos para a extinção e a intervenção da concessão de serviço público de energia elétrica, afastando os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, entendendo como mais adequado às especificidades desse setor que essa recuperação se desse sob o regime da intervenção. Neste sentido, a Medida Provisória buscou robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade da apropriada prestação do serviço.

A pergunta que deve ser feita é: o fato de determinada sociedade empresária estar em processo de recuperação judicial por si só evidencia a inadequação do serviço? Ou a caducidade deve ser demonstrada com a efetiva inadimplência do particular? Antes da extinção da concessão deve, necessariamente, o Estado realizar a intervenção?³

que não mais se coadunava com a realidade das relações empresariais da modernidade. Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 34 et seq) traz inúmeras posições de distintos autores sobre aquele decreto-lei. Para não mencionar todas as posições, transcreve-se apenas uma das passagens em que se afirma: “a falência e também a concordata, na forma como se encontravam estruturadas no Dec.-Lei nº 7661/1945, não ofereciam possibilidade de solução no sentido de propiciarem ao então comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação em crise, a possibilidade de se recuperarem” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 34 et seq).

² A Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A) distribui energia elétrica para uma área de concessão de 1.247.690 km², abrangendo todos os 143 municípios atendidos no estado do Pará. Atualmente, a concessionária atende a mais de 1,6 milhão de clientes, beneficiando mais de sete milhões de habitantes. A empresa faz parte do Grupo Rede Energia, *holding* que controla onze empresas operacionais: nove distribuidoras, uma comercializadora e uma prestadora de serviços. Segundo a ANEEL, a Celpa não presta um serviço adequado, além de descumprir, de forma contínua, metas estabelecidas no contrato. Conforme a autarquia, a Celpa acumula dívidas da ordem de R\$2,4 bilhões e registra péssimos índices de qualidade. Em 2010, por exemplo, os consumidores da empresa Celpa ficaram 102 horas por ano sem luz – a média nacional foi de 18 horas. Por sua vez, a Celpa reclama da ampliação das exigências pela ANEEL, da inadimplência de prefeituras e usuários, das perdas não técnicas de energia, conhecidas como gatos, das altas multas e penalidades pagas e, também, das particularidades do estado do Pará que, devido ao grande território que possui, detém regiões pouco povoadas e desenvolvidas que exigem altos investimentos e baixo retorno.

³ Outras perguntas poderiam ser feitas, tais como: ocorrendo a extinção da concessão, o que deve ser feito: relicitar e voltar a delegar o serviço ou prestar diretamente a atividade? Poderia o Estado realizar uma autorização de serviço público e depois delegar por concessão?

Diante dessas distintas questões norteadoras, busca o presente estudo analisar a possibilidade ou não da extinção de concessão de serviço público em casos de recuperação judicial, bem como a análise da recente Medida Provisória que afasta os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de eletricidade.

1. Concessões de serviço público

Sabe-se que o Estado pode, por meio de procedimento licitatório, delegar a particulares suas atribuições estabelecidas formalmente como serviços públicos (art. 175 da CRFB). São chamados delegatários desses serviços os empresários (permissões de serviço público, por exemplo) e as sociedades empresárias (concessões de serviço público, por exemplo). Interessa, na presente investigação, apenas, o conceito de serviços concedidos. Estes são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa⁴, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público concedente. Serviço concedido é serviço do poder público, apenas, executado por particular em razão da concessão⁵. Não há transferência da propriedade, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega-se, somente, a execução do serviço nos limites e condições legais ou contratuais, sempre, sujeita à regulamentação e fiscalização do poder concedente.

À sociedade empresária caberia eventual indenização pela perda da concessão? Caso a perda da concessão acabe culminando na extinção da sociedade, como ficam os credores? Tais questões, no entanto, para serem respondidas, devem ser objeto de outro estudo.

⁴ A tarifa é a remuneração do serviço prestado em regime público feita pelo usuário. Deve ela permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí porque se impõe a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada (art. 23, IV da Lei nº 8.987/95). Ressalta-se que parte da doutrina afirma que atividades prestadas em regime de monopólio são compensadas por meio de taxa, e não de tarifa. Discorda-se de tal entendimento; parece que, nesses casos, será necessário saber se há outra forma de satisfazer à necessidade da prestação do serviço. Há uma diferença entre monopólio e serviço de uso obrigatório, e é aqui que se encontra a resposta. Se o serviço for de uso obrigatório, ou seja, se houver compulsoriedade, estar-se-á diante de uma natureza tributária. Logo, ter-se-ia de compensar por meio de taxa e não de tarifa; caso contrário, estar-se-ia diante de uma taxa.

⁵ A concessão é um dos instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo Direito Público, e, ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará segundo os moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e de outros formalismos que emperram, hoje, a atuação da Administração Pública. Vide o conceito de concessão em: Meirelles (1999, p. 341); Di Pietro (2002, p. 75).

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Distrito Federal, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse público assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar do concessionário o serviço concedido, mediante indenização, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente. A concessão é sempre feita no interesse da coletividade e o concessionário fica obrigado a prestar o serviço em condições adequadas para o público. Por isso, é importante delimitar e estabelecer como deverão atuar, para que, caso o serviço não seja prestado eficientemente, o poder público retome a concessão. A Administração tem o dever de controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e para os usuários.

A concessão, em regra, deve ser conferida sem exclusividade, para que sempre seja possível a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas módicas. Apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a concessão com exclusividade (Lei nº 8.987/1995, art. 16). A atividade do concessionário é privada e, desse modo, será exercida no tocante à prestação do serviço ou aos recursos humanos. Somente para fins expressamente consignados em lei ou no contrato se equiparam os concessionários a autoridades públicas, e seus atos submetem-se a mandado de segurança e demais ações cabíveis.

Georde Vedel e Pierre Devolvé (apud DI PIETRO, 2002, p. 76) realçam um dado fundamental para o entendimento de vários aspectos da concessão de serviço público. Observam eles que a concessão de serviço público constrói-se sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão: trata-se, por um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob autoridade da Administração; e, por outro, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível.

Desse duplo aspecto da concessão, tem-se uma peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado no que diz respeito à sua organização, estrutura, relações com terceiros

(art. 25, §1º da Lei nº 8.987/1995) e regime de trabalho de seus empregados, submetidos à CLT. Como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente rege-se inteiramente pelo direito público, visto que a concessão é um contrato tipicamente administrativo. Em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, §6º, da Constituição. Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado (como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião, etc.); como concessionária de serviço público, dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas *extra commercium* e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado (são bens inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público).

Ao concessionário são outorgadas algumas prerrogativas próprias do poder público, algumas delas previstas na Lei nº 8.987/1995, como a de “promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato” (art. 31, VI); a de exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação do serviço (art. 31, VII); a de “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (art. 31, VIII); a de fazer a subconcessão nos termos previstos no contrato de concessão, hipótese em que “o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão” (art. 26, §2º), o que significa que o subconcedente assumirá todos os encargos do poder concedente definidos no art. 29, além de

outros direitos e deveres previstos, desde que não ressalvados expressamente pelo poder concedente ao autorizar a subconcessão. Ademais, poderá exercer outras prerrogativas derivadas das normas regulamentadoras do serviço.

O concessionário fica ainda sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial, aos da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários⁶.

1.1. Contrato de concessão

Hely Lopes Meirelles (1999, p. 344) infere que toda concessão é submetida a duas categorias de normas: aquela de natureza regulamentar, que disciplina o modo e a forma de prestação do serviço; e a de ordem contratual, que fixa as condições de remuneração do concessionário. As primeiras podem ser alteradas a qualquer tempo, unilateralmente pelo poder público. Basta a comunidade exigir que assim o seja⁷. As segundas são cláusulas contratuais – e portanto –, fixas só podendo ser modificadas por acordo entre as partes. Acrescenta-se aqui

⁶O princípio da continuidade do serviço público revela ser impossível a interrupção do serviço por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato. O da mutabilidade é submetido ao concessionário e ao usuário. Estabelece esse princípio que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas. Em consonância com o princípio da igualdade perante o serviço público – que constitui aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei –, os usuários que satisfaçam às condições legais fazem jus à prestação do serviço.

⁷Cabe, por fim, lembrar que a alteração unilateral do contrato de concessão é admissível sempre, mas unicamente no tocante aos requisitos dos serviços e com correlata revisão das cláusulas econômicas e financeiras afetadas pela alteração, para manter-se o equilíbrio econômico e financeiro inicial.

a via judicial, à qual sempre se poderá recorrer visando a modificações de cláusulas, independente do acordo entre as partes⁸.

Tendo em vista essas duas categorias e normas, o contrato deverá sempre ser escrito, meio pelo qual a outorga da concessão estará formalizada. Deve conter o contrato diversos elementos, como o serviço concedido e o âmbito territorial; o prazo e as condições de prorrogação; as regras e as condições de execução do serviço; os critérios, os parâmetros e os indicadores de qualidade, expansão e modernização do serviço; o valor e a forma de pagamento do ônus devido pela outorga e, se for o caso, para sua prorrogação; as tarifas e seus critérios de reajuste e revisão; os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do regulador e da concessionária; as possíveis receitas e fontes de financiamento alternativas, complementares ou acessórias; a forma de prestação de contas e da fiscalização; os bens reversíveis, se houver; as condições de compartilhamento das redes físicas; as regras sobre transferência e extinção do contrato; as sanções e respectivas infrações, em especial as de natureza grave; e o foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, entre outros (vide art. 23 da Lei nº 8.987/1995)⁹.

⁸O contrato poderá, portanto, ser revisto, caso exista, por exemplo, necessidade de se reorganizar o objeto ou a área de concessão para ajustamento das outorgas ou adaptação à regulamentação vigente, observando, no caso de outorga mediante licitação, o instrumento convocatório.

⁹Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 96), “o contrato é uma composição consensual, pacífica de interesses. Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode alterar ou extinguir o que resulta da avença. [...] Mesmo no contrato administrativo – que, diferentemente do que foi exposto, comporta, segundo a visão clássica, amplos poderes para o contratante público alterar e extinguir o vínculo – considera-se imprescindível respeito absoluto ao pactuado, no que concerne os interesses econômicos do contratante privado”.

1.2. Direitos e deveres dos usuários de serviços concedidos

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 93), ao tratar dos efeitos da concessão, afirma que há efeitos trilaterais da concessão, pois, embora celebrados apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste. Desse modo, quer por força das normas regulamentares da concessão, quer por força das cláusulas contratuais, os usuários assumem direitos e obrigações perante as partes. Segundo alguns, este mantém uma relação contratual com o concessionário por meio de um contrato de adesão; para outros, uma vez iniciada a execução do serviço, o usuário assume uma situação estatutária, porque ele passa a submeter-se às normas regulamentadoras do serviço, independentemente de qualquer relação contratual; para outros, finalmente, o usuário ora participa da relação por meio de um contrato de adesão, ora participa de uma situação estatutária.

Na realidade, no que concerne ao usuário, os efeitos do contrato são também uma decorrência da duplicidade de aspectos da concessão; além do aspecto contratual propriamente dito, a concessão mantém sua natureza regulamentar no que diz respeito à prestação do serviço; sob o ponto de vista dos usuários, sua posição não se altera, seja o serviço prestado diretamente pela Administração Pública, seja aquele prestado indiretamente pelo concessionário, visto que as normas regulamentadoras do serviço são as mesmas.

Muito clara e precisa é a lição de Héctor Jorge Escola (apud, DI PIETRO, 2002, p. 94):

“A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário

do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes – estando sempre no campo dos serviços públicos *uti singuli* – as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações.”

Acrescenta o autor que:

“[...] estas relações jurídicas, estabelecidas entre o concessionário e o usuário, resultantes da utilização potencial ou efetiva do serviço, podem aparecer às vezes com o caráter e o alcance de uma relação contratual, quando as normas legais assim o estabeleçam, quando efetivamente se formaram sob a forma de uma relação dessa classe, ou quando a regulamentação do serviço permite utilizar o mecanismo contratual, e em outras aparecem com o caráter e o alcance de uma relação regulamentar” (ESCOLA apud DI PIETRO, 2002, p. 94).

O art. 7º da Lei nº 8.987/1995 define os direitos e deveres dos usuários, embora outros decorram de dispositivos esparsos. São eles: o direito à prestação de serviço adequado; o direito à fiscalização sobre a prestação do serviço; o direito à informação para defesa de interesses individuais ou coletivos; o direito à modicidade das tarifas, entre outros.

1.3. Intervenção na concessão

Caso tais direitos não estejam sendo respeitados, será possível a intervenção na concessão, que sempre decorrerá do poder fiscalizador da Administração. Tal fiscalização será feita pelo Poder Público, que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1999, p. 349), é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários, não é a única, ter-se-á também a fiscalização feita pela coletividade, tendo em vista ser o serviço público. Por conseguinte, é dever do poder concedente exigir sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas (art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/1995). Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente, para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar tarifas justas e punir infrações regulamentares e contratuais. Por isso, existem as hipóteses de intervenção. Segundo o art. 32 da Lei nº 8.987/1995, 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.

O processo de intervenção terá um interventor¹⁰, que será designado pelo ato de intervenção, cujo prazo, objetivos e limite serão por ele indicados. Caso haja a decretação da intervenção, não poderá haver a interrupção do serviço. Deve, assim, a continuidade da prestação do serviço e seu normal funcionamento. Porém, os dirigentes da concessionária serão imediatamente afastados e substituídos por agentes indicados pelo interventor.

A intervenção deverá ser precedida de processo administrativo instaurado pela Administração Pública, em que se assegurará a ampla defesa e o contraditório, salvo quando decretada cautelarmente, hipótese em que o procedimento será instaurado na data da intervenção e concluído em até cento e oitenta dias.

1.4. Formas de extinção da concessão de serviço público

A Lei nº 8.987/1995 prevê distintas formas de extinção, tendo em vista as diversas causas que poderão ensejar tal procedimento. Existem, basicamente, oito formas de extinção das concessões de serviço público: o termo final do prazo; a cassação; o decaimento; a anulação; a encampação; a rescisão; a caducidade e a falência ou extinção da empresa concessionária. Em poucas palavras, a extinção devolve à Administração Pública os direitos e deveres relativos à prestação do serviço, facultando-lhe decidir pela execução direta da atividade ou pela outorga de novo título habilitante, muitas vezes, mediante licitação.

Inicialmente, sabe-se que, findo o termo ou prazo contratual, devem-se reverter ao poder concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço nas condições estabelecidas no termo ou contrato.

A cassação diz respeito à perda de condição de manutenção do título habilitante.

O decaimento é aquela situação de excepcional relevância pública, que leva ao Poder Público reassumir a atividade.

A anulação decorre de eventual irregularidade insanável no ato que expediu o título habilitante, ou seja, trata-se de um vício de legalidade no pacto. É a invalidação do termo ou contrato por ilegalidade. Poderá ela ser decretada pela Administração ou pelo Poder Judiciário. Saliente-se que, na anulação, o termo ou contrato é ilegal; logo, embora esteja

¹⁰ Pode ser pessoa física, colegiado ou pessoa jurídica, cuja remuneração será paga pela concessionária. Ele prestará contas e responderá pelos seus atos, contra os quais caberão recursos.

sendo regularmente executado, não se impõe indenização alguma e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo às origens da outorga.

A encampação é a retomada do serviço pela Administração Pública durante o prazo de vigência do termo ou contrato em virtude de razão extraordinária de interesse público, mediante lei autorizativa, específica e após o pagamento de prévia indenização. Não é permitido ao dono do título habilitante opor-se à encampação. Seus direitos limitam-se à indenização, calculada na forma do art. 36 da Lei nº 8.987/1995. No entanto, é verdade que, ao transferir para o Legislativo a decisão de encampar, ofertou-se ao proprietário maior garantia, uma vez que o reconhecimento da existência de interesse público passou a depender de uma decisão colegiada e não individual do chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada da atividade pode importar indenização vultosa, e talvez dependente de dotação específica.

A rescisão é o desfazimento do contrato durante o prazo de sua execução. O termo é genérico, que comporta várias espécies, porém a Lei nº 8.987/1995 reservou-o para a extinção do título habilitante, promovida pelo outorgado junto ao Poder Judiciário. Desse modo, a rescisão judicial é aquela determinada pelo Poder Judiciário mediante provocação do dono do título e em face de descumprimento do contrato pelo poder concedente. Para obtê-la, deve-se: a) promover ação específica para esse fim; b) comprovar o descumprimento do termo ou contrato pelo Poder Público; c) manter a prestação do serviço sem solução de continuidade até a decisão judicial transitar em julgado. Embora a lei não o diga, haverá sempre lugar para a rescisão amigável, que decorre do acordo entre as partes, no qual estas convencionam modo e forma de devolução da atividade e eventuais pagamentos devidos.

A caducidade é a extinção por inadimplemento de obrigação pelo dono do título habilitante, especialmente em hipóteses de descumprimento reiterado das metas assumidas nos termos ou contratos¹¹. O ato será declarado por decreto do Poder Público, depois de comprovada em procedimento administrativo a inadimplência do dono do título. Por ser tratar de punição, tem natureza jurídica de cláusula exorbitante e, como tal, deve ser observado os princípios do contraditório, da ampla defesa, da decisão motivada e proporcional em relação à gravidade da falta, entre outros estipulados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Eventual indenização, que pode ser cabível, será apurada no decurso do procedimento, dela devendo ser descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados ao Poder Público.

Por fim, tem-se a possibilidade de extinção da concessão pela falência ou extinção da empresa concessionária, ou pelo falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 15, VI).

Ressalte-se que a extinção da concessão antes do termo contratual poderá implicar a ocupação provisória de todos os bens móveis e imóveis necessários à prestação dos serviços e o aproveitamento do pessoal contratado pela concessionária, desde que isso seja imprescindível à continuidade da prestação dos serviços objeto da concessão, sem prejuízo de outras medidas cabíveis. A Administração poderá ainda manter os contratos firmados pela concessionária com

¹¹ A Lei nº 8.987/1995 dispõe que o poder concedente poderá declarar a caducidade da concessão quando: a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada; b) o concessionário descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares; c) o concessionário paralisar o serviço; d) perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais; e) não cumprir as penalidades impostas por infrações anteriores; f) não atender à intimação para regularizar a prestação do serviço; e g) for condenado, em sentença transitada em julgado, por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

terceiros, pelo prazo e condições inicialmente ajustadas, respondendo os terceiros que não cumprirem com as obrigações assumidas pelos prejuízos decorrentes do seu inadimplemento.

Fica claro, portanto, que todos os bens imprescindíveis à prestação do serviço utilizados pelas concessionárias serão revertidos ao poder concedente após a extinção da concessão. Importa ressaltar que esse procedimento abrange apenas os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los sem pagamento ao concedente¹².

As cláusulas de reversão devem prever e tornar certo que bens, ao término do contrato, serão transferidos ao concedente e em que condições.

De acordo com o art. 36, da Lei nº 8.987/1995, o poder concedente deve indenizar o concessionário de todas as parcelas de investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço. Pretende-se, com isso, evitar que a prestação do serviço se deteriore, nos últimos anos do prazo da concessão, por falta de investimentos. Logo, não são devidas indenizações à concessionária por essa reversão, salvo em situações específicas, como no caso de a reversão ocorrer antes do término do prazo contratual. Nesse caso, aplicam-se as indenizações às parcelas de investimentos vinculados aos bens revertidos, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido

¹² Hely Lopes Meirelles (1999, p. 353) dita que se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios e, por isso, não o seguem, necessariamente, na reversão.

aprovados pelo poder concedente e realizados pelo particular para garantir a continuidade e a atualidade dos serviços objetos da concessão.

A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia autorização do poder concedente e será feita por conta e risco da concessionária.

2. Crises e soluções variadas de sociedade empresária concessionária de serviço público

Toda e qualquer sociedade empresária está sujeita a crise econômica, financeira ou patrimonial¹³, e as concessionárias não são

¹³ Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 231-232) classifica a crise empresarial em: econômica, financeira e patrimonial. Afirma o autor: “Por crise econômica deve-se entender a retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Se os consumidores não mais adquirem igual quantidade dos produtos ou serviços oferecidos, o empresário varejista pode sofrer queda de faturamento (não sofre, a rigor, só no caso de majorar seus preços). Em igual situação está o atacadista, o industrial ou o fornecedor de insumos que veem reduzidos os pedidos dos outros empresários. A crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; o diagnóstico preciso do alcance do problema é indispensável para a definição das medidas de superação do estado crítico. Se o empreendedor avalia estar ocorrendo retração geral da economia, quando, na verdade, o motivo da queda das vendas está no atraso tecnológico do seu estabelecimento, na incapacidade de sua empresa competir, as providências que adotar (ou que deixar de adotar) podem ter o efeito de ampliar a crise em vez de combatê-la. A crise financeira revela-se quando a sociedade empresária não tem causa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas. A exteriorização jurídica da crise financeira é a impontualidade. Em geral, se a sociedade empresária não está também em crise econômica e patrimonial, ela pode superar as dificuldades financeiras por meio de operações de desconto em bancos das duplicatas ou outro título representativo dos créditos derivados das vendas ou contraindo mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo. Se estiver elevado o custo do dinheiro, contudo, essas medidas podem acentuar a crise financeira, vindo a comprometer todos os esforços de ampliação de venda e sacrificar reservas imobilizadas. Por fim, a crise patrimonial é a insolvência,

diferentes. Quando em razão de infortúnios ou quaisquer outros motivos a partir dos quais veem afetada sua situação econômica, financeira ou patrimonial, os empresários devem buscar saídas para solucionar sua crise¹⁴.

Distinguem-se três formas de crise empresarial, pois cada um revela capacidades distintas de recuperação por parte da sociedade. Por mais que exista um estado de crise empresarial, ainda que grave, ele nem sempre provoca a extinção da sociedade, que, vale assinalar, é diferente da extinção da concessão.

Tal quadro é bem ressaltado por Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 21):

“A síntese de todos os perfis da empresa compõe um organismo e, como tal, suscetível de conhecer crises de diversas índoles. Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história do organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade.”

O problema da crise de sociedade empresária concessionária de serviço público talvez seja peculiar em relação a outras sociedades; afinal, como visto, ela se encontra sujeita a diferentes princípios – entre eles, o da continuidade do serviço público.

A busca de uma solução à crise normalmente passa por uma solução em seu próprio âmbito empresarial. Caso necessário, e nada impede que não seja de forma simultânea, deve a sociedade empresária buscar uma

isto é, a insuficiência de bens no ativo para atender à satisfação do passivo. Trata-se de crise estática, quer dizer, se a sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, ela parece apresentar uma condição temerária, indicativa de grande risco para os credores. Não é assim necessariamente. O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial” (COELHO, 2005, p. 231-232).

¹⁴ Para exemplificar algumas situações particulares de crises empresariais vale mencionar a classificação de Jorge Lobo, citado por Lídia Valério Marzagão (2005, p. 78-79.): “a) causas externas: aperto da liquidação dos bancos; redução de tarifas alfandegárias; liberação das importações; mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; criação de impostos extraordinários; surgimento de novos produtos; queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; retração do mercado consumidor; altas taxas de juros; inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado; b) causas internas ou imputáveis às próprias empresas ou aos empresários: sucessão do controlador; desentendimento entre sócios; capital insuficiente; avaliação incorreta das possibilidades de mercado; desfalca pela diretoria; operações de alto risco; falta de profissionalização da administração e do estoque; obsolescência dos equipamentos; redução das exportações; investimento ou novos equipamentos; e c) causas acidentais: bloqueio de papel moeda no BACEN; maxidesvalorização da moeda nacional; situação econômica anormal da região do país ou do mercado consumidor estrangeiro; conflitos sociais”.

solução de mercado. Nos casos das concessionárias, esses mecanismos necessariamente estão sujeitos ao posicionamento estatal.

Entre as soluções comuns que determinado concessionário deve realizar, estão as tentativas de reduzir as despesas, aumentar a receita ou solicitar empréstimo. Apesar de esses artifícios serem os três mais comuns para a saída de uma crise, comumente não se mostram suficientes. É certo, portanto, que uma concessionária deva inicialmente buscar a solução em si própria.

Em primeiro lugar, nesse sentido, o concessionário procura reduzir os custos (despesas) da empresa por meio de diferentes técnicas empresariais. Quando essas não são suficientes, é comum observar a realização de *lobby* político, geralmente, através da captura do regulador, por exemplo, para diminuir a fiscalização (*non, partial or selective enforcement*) e até mesmo anulação ou revogação de atos sancionatórios por parte do Estado¹⁵.

Outra solução concomitante, perseguida pelos concessionários, é o aumento da receita por meio da solicitação da revisão tarifária extraordinária¹⁶.

Quando a situação já se encontra complicada, é comum observar o pedido de ajuda estatal para, por exemplo, o Poder Executivo socorrer a concessionária, aumentando o aporte de capital que uma determinada empresa estatal possua em relação à empresa concessionária. Apesar de ser uma prática criticável, haja vista os princípios regentes da ordem econômica nacional e a ideia de risco envolvendo as concessões de serviços públicos, não é incomum, estatais deterem capital de concessionárias de serviços públicos. Nesses casos, o aporte de capital pode, inclusive, levar o controle da concessionária às mãos do Estado, o que configuraria uma situação vetada pelo ordenamento brasileiro, pois estatais não podem ser

¹⁵ Recentemente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) anulou multa de R\$2,2 milhões da Celpa. A decisão foi tomada pela diretoria da autarquia, acolhendo um recurso da empresa. Não se deseja entrar no mérito da questão, porém é questionável o fato de a ANEEL ter avocado a competência delegada à Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará (ARCON-PA). Essa autarquia estadual havia punido a Celpa por descumprir metas relativas aos programas de universalização. Para se ter uma dimensão, somente em autos de infração junto à ANEEL, a dívida da Celpa soma R\$9,64 milhões.

¹⁶ A ANEEL rejeitou, por unanimidade, o pedido da Celpa de revisão tarifária de caráter extraordinário. A empresa argumentou que a atual tarifa não era capaz de cobrir os custos de operação e solicitou um reajuste de 26,69%, com efeito médio a ser percebido pelo consumidor de 20,14%. A ANEEL considerou que o desequilíbrio econômico-financeiro da Celpa tem como causa fundamental a falta de ações de melhorias da gestão e de aporte de recursos pelos acionistas. Apesar de tal decisão, que data de março de 2012, em junho do mesmo ano, a ANEEL realizou audiência pública para colher informações e subsídios para elaborar uma proposta referente à Terceira Revisão Tarifária Periódica da Celpa. Pela proposta inicial da ANEEL, o efeito médio para os consumidores deve ser de um aumento de 6,7%. O período para contribuições será de 31 de maio a 29 de junho, com reunião presencial na cidade de Belém (PA), em 14 de junho.

concessionárias de serviço público porque se perderiam as vantagens da concessão, sendo na verdade um verdadeiro consórcio¹⁷.

Outra via que pode ocorrer simultaneamente às alternativas já mencionadas são as soluções de mercado, por meio das quais empreendedores e investidores identificam na concessionária em estado crítico uma alternativa de investimento atraente¹⁸. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 235), não havendo uma solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia seria mesmo a falência da so-

¹⁷ Para tentar sair da crise, a Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A.) solicitou à Eletrobrás um novo aporte de capital e, segundo notícias de jornais, ofereceu à estatal até mesmo o controle da companhia. A Eletrobrás detém 34% do capital da distribuidora e, até onde se noticiou, não pretende socorrer a empresa. Recentemente, inclusive, a imprensa divulgou que a presidente Dilma Rousseff vetou a utilização de recursos públicos para a recuperação financeira da Celpa. No entendimento do governo, os problemas operacionais e o endividamento da companhia seriam oriundos da má gestão de um grupo privado, a Rede Energia, controlador da distribuidora. Mesmo com 34% de participação na empresa, a Eletrobrás não deverá assumir o controle da concessionária, em dissenso à postura adotada em relação à Companhia Energética de Goiás (Celg), no início do ano de 2012.

¹⁸ Recorda-se aqui a existência de divergência quanto à transferência total de concessão. O art. 27 da Lei nº 8.987/1995 determina que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”. Nada consta sobre a necessidade ou não de se realizar nova licitação. Alguns doutrinadores acreditam que há a necessidade de nova licitação, e outros defendem que não há tal necessidade. Maria Sylvania Di Zanella Pietro (2002, p. 105), por exemplo, entende que não é possível haver transferência total da concessão sem que seja antecedido de processo licitatório. Afirma: “O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’ ora sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 677) refere que a única maneira de ser concessionário é através de licitação. Para ele, na transferência da concessão, admite-se “a comercialização do direito de prestar o serviço e ensinando que seja repassado a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório. Isto é, está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário sem licitação, o que é expressamente vedado – repita-se – pelo art. 175 da Lei Magna”. A maioria da doutrina pensa de forma contrária. Acredita-se que a cessão total do contrato transfere toda obrigação firmada pelo concessionário originário, desta maneira, não teria motivo ou fundamento para que houvesse novo processo licitatório. Não existe novo contrato, nem nova concessão e isso por si só torna descabido novo certame licitatório. Neste sentido, Marçal Justen Filho (1998, p. 286) enuncia: “A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27”. Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald (1996, p. 146), fazem análise do art. 27 e colocam que: “Rigorosamente, o dispositivo enfocado nada dispõe acerca dos procedimentos a serem tomados para a efetivação da transferência do controle societário da concessionária ou da própria concessão, o que leva ao entendimento de que, a nível regulamentar, o poder concedente deverá traçar o processo a ser observado para a formalização da transferência da concessão. Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento dos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão”. Todos que defendem a não necessidade de licitação afirmam que o futuro concessionário deve atender a todas as exigências elencadas na Lei nº 8.987/1995, mais precisamente dispostas em seu artigo 27 e parágrafos.

cidade empresária que o explora. Tal solução, todavia, não é tão simples quando diante de uma concessionária de serviço público¹⁹.

Quando não há solução de mercado, aparentemente, não se justificaria a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. Atualmente, não são apenas os interesses capitalistas que devem sobressair sobre a questão. Deve o Estado zelar por outros interesses que gravitam em torno da empresa, como a manutenção dos postos de trabalho, a satisfação dos credores (entre eles o Fisco), o atendimento a consumidores, o progresso econômico, entre outros.

Para tanto o legislador brasileiro, por meio da Lei nº 11.101/2005, criou um mecanismo jurídico de superação das crises empresariais denominado recuperação judicial. Seu principal objetivo é viabilizar a superação da crise empresarial, seja ela econômica, financeira ou patrimonial. Ela, porém, é justificável apenas nos casos em que a solução de mercado não pôde concretizar-se. A ideia desse mecanismo é permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, de modo a promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica²⁰.

3. Recuperação judicial e concessionária de serviço público

A Lei nº 11.101/2005 colocou à disposição das sociedades empresárias um novo mecanismo, considerado menos burocrático e mais rápido que os anteriores e cuja principal função é a manutenção da empresa, os interesses da sociedade, a preservação dos empregos e, muitas vezes, da própria atividade, aumentando a possibilidade de efetivo recebimento por parte dos credores, mesmo que menos do que se esperava – tudo sem a necessidade de extinguir a empresa por meio da falência.

Anteriormente, as alternativas eram a falência e a concordata preventiva ou suspensiva. Agora, a nova lei, além de eliminar a concordata, cria dois novos procedimentos, a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial, bem como mantém e aprimora o instituto da falência.

Importa, no presente estudo, analisar apenas a recuperação judicial. Como se mencionou, ela foi criada com o intuito de proporcionar ao empresário a oportunidade de restabelecer-se, revigorar-se ou até mesmo superar o declínio econômico-financeiro em que se encontra (art. 47 da Lei nº 11.101/2005).

Traz consigo a ideia de uma segunda chance concedida ao empresário. Sua concepção é manter a empresa atuante no mercado, evitando, assim, sua falência. Fundada no princípio da viabilidade da empresa e de sua finalidade social, a recuperação judicial objetiva o saneamento da crise empresarial. Mas não apenas isso: ela também busca atender a interesses coletivos, como a continuidade da atividade, a manutenção dos empregos, o recolhimento dos tributos, a satisfação dos credores, entre outros.

¹⁹ A venda do ativo para outro grupo privado no caso Celpa mostrou-se, com o passar do tempo, uma solução pouco viável dado o estado financeiro da empresa. Os 54% do acionista majoritário da Rede Energia, Jorge Queiroz Jr., foi analisado, por exemplo, pelo grupo AES e pela chinesa State Grid, e, segundo noticiado, ambos desistiram diante dos riscos regulatórios e do preço pedido pela participação.

²⁰ A Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A) solicitou, no dia 28 de fevereiro de 2012, o pedido de recuperação judicial para garantir a continuidade dos serviços de distribuição de energia elétrica prestados. A medida, conforme a empresa, visa a equalizar sua situação financeira e não impacta na continuidade de suas operações presentes e futuras. Em comunicado publicado em seu site, a empresa afirmava que a negociação multilateral com os credores da Celpa possibilitaria que a companhia encontrasse as condições

necessárias para equacionar sua saúde financeira, cumprir com suas obrigações e seguir com seu plano de negócios.

3.1. Legitimidade de concessionária de serviço público para requerer a recuperação judicial

Consoante o disposto no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, a sociedade empresária que exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e atenda aos requisitos substanciais, cumulativamente, pode requerer recuperação judicial.

Tais requisitos correspondem: a) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; b) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; c) não ter, há menos de 8 (oito) anos, alcançado concessão de recuperação judicial com base no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte; e d) não ter sido condenada ou não ter, como administrador ou sócio-controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei nº 11.101/2005.

Ademais, a própria lei estabelece, em seu art. 2º, que ela não se aplica à empresa pública e sociedade de economia mista (estatais) e à instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Assim, cumpridos os requisitos e o disposto no art. 48, poderá a concessionária de serviço público solicitar a recuperação judicial. Dessa forma, entende-se o silêncio da Lei nº 11.101/2005 ao tratar da possibilidade de concessão da recuperação judicial à sociedade empresária concessionária de serviço público. Utilizando-se do princípio da legalidade, pode-se entender que não está ela proibida; por conseguinte, tem a permissão de solicitar

a recuperação como qualquer outra sociedade empresária.

3.2. Recuperação judicial e caducidade

A questão que nos interessa responder aqui é se o pedido de recuperação judicial formulado por empresa concessionária de serviço público, com fundamento na nova Lei de Falências, é suficiente para a declaração de caducidade e se constitui hipótese de extinção do contrato de concessão.

A resposta aqui certamente é negativa, pois apenas o pedido de recuperação judicial não é ato suficiente para declaração de caducidade e não constitui hipótese de extinção do contrato de concessão.

Como já observado, não há previsão legal que autorize a declaração de caducidade, implicando extinção do contrato de concessão o pedido de recuperação judicial formulado pela empresa concessionária.

A Lei nº 8.987/1995 prevê como hipótese de extinção da concessão falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, VI).

Além disso, no art. 38, que trata das hipóteses de caducidade, afirma-se que esta ocorre apenas por inexecução total ou parcial do contrato, e, em nenhuma das situações elencadas no §1º do artigo, menciona-se a recuperação judicial.

Porém, é certo que, estando a concessionária em crise empresarial, são grandes as chances de ela estar, por exemplo, prestando os serviços de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço (inciso I); contudo, o que ensejará a caducidade não é o pedido em si da recuperação judicial, e sim a inexecução total ou parcial do contrato.

Além disso, a declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa (§2º). Tal não será instaurado antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais, dando-lhe um prazo para a correção das falhas e transgressões apontadas, e para o seu enquadramento nos termos contratuais (§3º).

Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo (§4º), devida na forma do art. 36, descontados os valores das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária (§5º).

Por fim, deixou a legislação evidente que, declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária (§6º).

Pode-se citar também o art. 78, IX da Lei nº 8.666/1993, que afirma constituir motivo para rescisão do contrato a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil²¹. Isto é, com base em tal artigo, apenas na hipótese de decretação da falência, seria imperativa a rescisão do contrato administrativo, e não no caso de mero processamento da recuperação judicial.

Em harmonia com os arts. 35, VI, e o 78, IX, tem-se o art. 195, da Lei nº 11.101/2005, que dispõe: “a decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei”.

No que tange à recuperação judicial, portanto, a Lei nº 11.101/2005 nada dispôs sobre a extinção em casos de recuperação judicial. Obviamente duas posições tendem a surgir desse contexto. Alguns argumentaram pela continuidade da execução do contrato, pois não houve a decretação da falência; outros argumentaram pela extinção do contrato apenas pelo fato de a sociedade empresária estar em processo de recuperação judicial.

Entende-se correta a primeira forma de interpretar a questão, haja vista o já disposto e pela leitura do art. 80, §2º da Lei nº 8.666/1993, que afirma ser “permitido à Administração, no caso de concordata do con-

²¹ Ressalte-se que o art. 78 enumera os motivos para a rescisão contratual. Maria Adelaide de Campos França (2008, p. 192) lembra que: “todas as vezes que a Administração pretender a rescisão do contrato deverá ter como base um dos motivos explicitados neste artigo. E, de acordo com seu parágrafo único, quando a Administração rescindir o contrato, deverá apontar o motivo causador da rescisão nos autos do processo e assegurar à parte contrária o contraditório e sua ampla defesa”. Alerta também Lucas Rocha Furtado (2007, p. 444) que: “A possibilidade de a Administração, de modo unilateral, extinguir o contrato administrativo é, indiscutivelmente, poder exorbitante que deverá ser utilizado dentro das hipóteses autorizadas em lei”.

tratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais²². Portanto, ocorre a manutenção do contrato de concessão em casos de recuperação judicial. E mais: apesar de ser permissiva, entende-se que essa norma na verdade prescreve uma obrigação (norma impositiva), pois, caso a Administração decidisse não manter o contrato, desnaturalizar-se-ia o instituto da recuperação judicial, que perderia sentido²³. De que valeria dar uma segunda chance à empresa, se a própria Administração fosse contra a *ratio* da recuperação judicial? Assumir o controle das atividades concedidas seria o mesmo que determinar a falência da empresa porque significaria a impossibilidade definitiva de o empresário se recuperar da crise que atravessa. Tal medida contraria o princípio da livre iniciativa, consagrado não apenas como fundamento da República (art. 1º, IV da CRFB), como também princípio da ordem econômica brasileira (art. 170 da CRFB)²⁴. A conti-

²² Tal artigo objetivava disciplinar, sobretudo, os efeitos da concordata preventiva, hoje substituída pela recuperação judicial. Jair Eduardo Santana e Vânia da Conceição Pinto (2002, p. 742) ainda sobre a vigência da antiga Lei de Falência (LF) defendiam que: “[...] nos contratos de concessão de serviço público (art. 35 da Lei nº 8.587/95) a concordata não é causa de desfazimento do contrato. A LF também prevê em seu art. 165 que o pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais. Considera-se como marco inicial o despacho de processamento. Ao conceder a concordata preventiva os contratos unilaterais ou bilaterais não são alterados. Durante o processo de concordata preventiva, o devedor conservará a administração dos seus bens e continuará com o seu negócio, sob fiscalização do comissário (art. 167), sofrendo algumas limitações para alienação de bens, conforme os arts. 149 e 167 da LF. Pela natureza jurídica e efeitos oriundos da concordata, esta não representa, em si, um obstáculo ao prosseguimento dos contratos, ainda que os serviços não sejam essenciais. Associado à disposição da lei (art. 80, §2º) e pelos próprios fundamentos da concordata, a Administração Pública poderá dar continuidade aos contratos administrativos. [...] Com relação aos efeitos dos contratos, o desfecho é bem diferente do que em relação à concordata preventiva, eis que na suspensiva há um processo de falência decretado, o que em tese não levaria a uma contratação com a Administração Pública. [...] Logo, as disposições de lei, sobretudo o art. 80, §2º, objetivam disciplinar primordialmente os efeitos da concordata preventiva”. Segundo Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 675), entende-se como serviços essenciais, basicamente, os concedidos ou permitidos. Não é tão simples assim o que se entende por serviço essencial. São eles quaisquer atividades das quais derivem prestações vitais ou necessárias para a vida da coletividade, imprescindíveis para o livre exercício dos direitos constitucionais e para o livre gozo dos bens constitucionalmente protegidos. André Saddy (2011, p. 33), evidencia que: “o serviço público essencial constitui um conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado e ponderado, no caso concreto, considerados os valores e interesses em jogo, se constitui ou não vulneração da dignidade da pessoa humana, entre outros, não se podendo desconsiderar que o serviço, embora essencial, pode ser explorado economicamente pela iniciativa privada, cuja manutenção de sua execução depende da contraprestação remuneratória, de modo a resguardar o direito à justa remuneração do concessionário e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

²³ Sidney Bittencourt (2010, p. 550) também considera ato obrigatório (e não discricionário) a manutenção do contrato com o concordatário desde que, em uma avaliação, fossem constatadas condições para tal.

²⁴ Se assim não fosse, não teria sentido o art. 31, II da Lei nº 8.666/1993 exigir certidão de falência, concordata e insolvência civil para a habilitação na licitação. Infere-se que seu pedido não obsta a participação da empresa no certame licitatório. Isto é, não há de impedir-se a presença de empresa concordatária (hoje em recuperação judicial) em processo licitatório. A administração pode inclusive contratar com ela. Marcos Juruena Villela Souto (1998) admite que a Administração contrate com empresa em estado falimentar; afinal, ela

nuidade do serviço público deve ser o norteador da Administração no caso em questão. Essa obrigatoriedade, derivada desse princípio setorial, pode inclusive obrigar à manutenção do contrato no caso, por exemplo, de a Administração ter dificuldades em executar diretamente o serviço ou venha a ter problemas com a execução indireta, isto é, com a nova delegação desse serviço a terceiro²⁵.

prossegue na atividade comercial e, em razão dos relevantes aspectos econômico-sociais envolvidos, qualquer eventual proibição redundaria na expressa violação do princípio da livre iniciativa. A falência subsequente, porém, seria motivo para a rescisão unilateral do contrato.

²⁵ Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 873): “as referências contidas na Lei nº 8.666 à figura da concordata devem ser adaptadas à Lei nº 11.101, de 2005, que introduziu novo regime para a insolvência dos devedores empresários. Passaram a existir as figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial. Mas o regime jurídico permaneceu inalterado. Assim, o devedor em recuperação judicial e extrajudicial subordina-se a regime mais ameno do que o da falência e pode dar margem à continuidade do contrato administrativo, em determinadas circunstâncias. Isso se verificaria quando o particular prestasse garantia pelo cumprimento das prestações remanescentes. O art. 80, §2º, estabelece regras acerca da manutenção do contrato administrativo em tais casos. Determina a possibilidade de a Administração manter o contrato nessas situações, mediante uma ampliação de sua atividade de controle. Em vez de uma fiscalização meramente passiva, a Administração passaria a interferir ativamente sobre a execução do contrato. Assim, diante de indícios mais concretos acerca da impossibilidade de execução do contrato, a Administração adotaria de imediato a providência adequada”. Ao cabo, Leon Frejda Szklarowsky leciona que deve o artigo 80, §2º, da Lei nº 8.666/1993 compatibilizar-se com o artigo 78, IX, desse mesmo diploma legal, que apenas prevê como causa para a rescisão do contrato administrativo a falência decretada, e não a concordata. Segundo o autor, seria temerário forçar uma interpretação isolada e literal do texto. Carlos Ari Sundfeld (1995, p. 253) entende que a concordata do contratado pode ser motivo suficiente para a rescisão contratual. Jessé Torres Pereira Júnior (2009, p. 822) entende que, neste caso, trata-se de faculdade atribuída à Administração rescindir o contrato ou dar continuidade à sua execução. Sustenta o autor que: “a lei remete à discricionariedade administrativa a decisão, em cada caso, de dar continuidade à obra ou ao serviço, objeto de contrato rescindido, por meio de execução direta (pelos órgãos e entidades da Administração, com seus próprios meios) ou indireta (contratada por terceiro), tal como definidas no art. 6º, VII e VIII. Conforme a escolha da Administração, far-se-á necessária, ou não, a aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do art. 80. Em outras palavras: se a Administração optar por dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta, poderá aplicar tais medidas (assunção imediata do objeto do contrato rescindido e ocupação e uso do que for indispensável ao prosseguimento da execução); se preferir a execução indireta, tais medidas não se justificam, excetuada a ocupação temporária para o fim de acautelar a apuração de faltas atribuídas ao contratado”. Ainda de acordo com o mesmo autor (ibidem, p. 824), “o §2º inspira-se, quanto à manutenção do contrato com concordatária, em solução que a Lei de Falências prevê para o caso de quebra de empresa concessionária de serviço público. O art. 201 do Dec.-lei nº 7.661/45 estabelece que, declarada a falência da concessionária, ‘Os serviços públicos e as obras prosseguirão sob a direção do síndico, junto ao qual haverá um fiscal nomeado pela entidade administrativa concedente... A autoridade administrativa concedente dará ao seu fiscal as devidas instruções para a observância dos contratos [...]’. A orientação, impregnada do princípio da continuidade do serviço público, visa, a toda evidência, preservar a prestação do serviço objeto da concessão, a despeito da falência da concessionária, colocando-se tal prestação sob a supervisão de agente da Administração junto ao síndico da massa falida. A manutenção do contrato com empresa concordatária, tanto quanto a assunção do controle sobre os serviços essenciais ao cumprimento das obrigações contratadas, tem o mesmo propósito, mas é facultativa. A Administração poderá preferir a rescisão, se concluir pela inviabilidade de garantir-se a adequada execução do contrato em face da concordata”. Maria Luíza Machado Granziera (2002, p. 191) também faz alusão ao dispositivo, explicitando que, no caso de concordata do contratado, o Poder Público poderá manter o contrato administrativo em que julgar oportuna e conveniente a preservação desse vínculo, justificando tal decisão. Igualmente sobre o artigo em apreço, Lúcia Valle Figueiredo (2002, p. 40) afirma que, ocorrendo a concordata de pessoa jurídica já contratada, o poder concedente averiguará a real situação do contrato administrativo, bem como analisará se a sociedade empresária mantém condições de seguir adiante na contratação, não obstante a concordata (entende-se recuperação judicial). Sendo

3.3. Interesse de intervir no período da recuperação judicial

Viu-se que, de acordo com o art. 32 da Lei nº 8.987/1995, o poder concedente poderá intervir na concessão com o intuito de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Resta saber, também, se o pedido de recuperação judicial leva automaticamente à intervenção. Obviamente, a resposta também será negativa nesse aspecto. A intervenção deverá ser precedida de processo administrativo e, depois de cessada, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, antecedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão (art. 34 da Lei nº 8.987/1995).

É importante assinalar que pode não ser interessante ao Poder Público intervir na concessão de serviço público durante o processo de recuperação judicial, pois, desse modo, passaria a responder pela empresa e tornar-se-ia responsável, por exemplo, pela apresentação de todas as propostas junto ao Poder Judiciário, além de tornar-se o prestador direto do serviço, possibilitando que o risco de eventual falência seja transferido da iniciativa privada ao Poder Público.

4. Afastamento do regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica

O Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, que detalhou os procedimentos para a extinção e

positiva tal análise, a sociedade empresária dará seguimento à execução contratual, sob a supervisão do Poder Público.

a intervenção da concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica.

Apesar de não se referir ao setor de distribuição, fica claro pela exposição de motivos que é a tal serviço público que essa Medida Provisória (MP) se refere e não ao serviço de transmissão. Identifica, acertadamente, que esse serviço público é essencial, indispensável ao atendimento das necessidades primárias e inadiáveis do cidadão e por isso o dota de uma disciplina própria, com o intuito de se garantir, logo após a extinção e durante a intervenção, a continuidade da prestação desse serviço essencial.

Tal MP foi editada em face da situação excepcional mencionada ao longo do artigo referente à empresa Celpa (Centrais Elétricas do Pará S.A), que se encontra em recuperação judicial e na iminência de ter sua falência decretada, conforme explicitado na própria Exposição de Motivos do Ministério de Minas e Energia. Certo é que não foi mero acaso a declaração pela ANEEL da intervenção de oito concessionárias de serviço público de energia elétrica, apenas um dia após a publicação da MP²⁶.

Dispõe tal medida que o poder concedente, por meio de órgão ou entidade da Administração Pública federal, será responsável pela realização do serviço público de energia elétrica de forma temporária, até que novo concessionário ou permissionário seja contratado por licitação nas modalidades leilão ou concorrência sempre que houver extinção por caducidade ou por fa-

²⁶ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no dia 31 de agosto de 2012, um dia após a publicação da medida provisória nº 577, interveio em oito distribuidoras de energia do Grupo Rede. As distribuidoras atingidas pela decisão foram: Celtins (TO), Cemac (MT), Enersul (MS), Companhia Força e Luz do Oeste (PR), Caiuá Distribuidora (SP), Bragantina (SP/MG), Vale Paranapanema (SP) e Companhia Nacional de Energia Elétrica (SP). As empresas, todas pertencentes à Rede Energia, apresentam problemas financeiros. A Celpa, concessionária do mesmo grupo foi a única empresa da Rede Energia que ficou de fora da intervenção, por já ter, como mencionado, solicitado recuperação judicial.

lência ou extinção da empresa concessionária, e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço, tal órgão ou entidade está autorizado a realizar a contratação temporária de pessoal imprescindível à prestação do serviço, além de poder receber recursos financeiros para assegurar a continuidade e a prestação adequada do serviço público de energia elétrica, até a contratação de novo concessionário ou permissionário.

Tal órgão ou entidade também poderá aplicar os resultados homologados das revisões e reajustes tarifários, bem como contratar e receber recursos de Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e Reserva Global de Reversão (RGR), nos termos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A MP também estipula que não recairá sobre o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação a tributos, encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou empregados, assumidos pela sociedade titular da concessão ou permissão extinta. Todavia, dispõe que as obrigações contraídas por tal órgão ou entidade na prestação temporária do serviço serão assumidas pelo novo concessionário ou permissionário, nos termos do edital de licitação.

Por fim, estipula que o poder concedente poderá definir remuneração adequada ao órgão ou entidade, em razão das atividades exercidas no período da prestação temporária do serviço público de energia elétrica.

No que se refere à intervenção, afirma a MP que o poder concedente, por intermédio da ANEEL, poderá intervir na concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica, com o fim de assegurar sua prestação adequada e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Afasta,

expressamente, o disposto nos arts. 32 a 34 da Lei nº 8.987/95, bem como as vedações contidas nos arts. 6º e 10 da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993.

O objetivo do disposto na referida MP, contudo, foi o de afastar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias do serviço público de energia elétrica, dada a especificidade e a essencialidade da prestação desse serviço, salvo após a extinção da concessão ou permissão (art. 17). Segundo a exposição de motivos, entende-se como mais adequado às especificidades dessas concessões e permissões que essa recuperação se dê sob o regime da intervenção desse modo; buscou-se robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade da apropriada prestação do serviço.

Assim, a MP concedeu à ANEEL a possibilidade de declarar a intervenção, por prazo de até um ano, prorrogável a seu critério. Conterá a designação do interventor, o valor de sua remuneração (que será pago com recursos da concessionária ou permissionária), o prazo, os objetivos e os limites da intervenção. Deverá instaurar o processo administrativo, no prazo de trinta dias, para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa, e concluí-lo no prazo de até um ano.

Estabelece que, 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 ou permissionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

Além disso, estipula que a intervenção implica a suspensão do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal, assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da concessionária

ou permissionária, e a prerrogativa exclusiva de convocar a assembleia geral nos casos em que julgar conveniente.

Impõe também que o interventor na concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica prestará contas à ANEEL sempre que requerido e, independentemente de qualquer exigência, no momento que deixar suas funções, respondendo civil, administrativa e criminalmente por seus atos.

Disciplina a responsabilidade dos administradores e membros do conselho fiscal da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção. Segundo a MP, ambos responderão pelos seus atos e omissões, e os primeiros respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pela concessionária ou permissionária durante sua gestão.

Porém, o que mais interessa para o presente trabalho, é o que dispõe o art. 12 que prevê que os acionistas da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção terão o prazo de sessenta dias, contado do ato que determiná-la, para apresentar à ANEEL um plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção. Ele deve conter, no mínimo: discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados; demonstração de sua viabilidade econômico-financeira; proposta de regime excepcional de sanções regulatórias para o período de recuperação; e prazo necessário para o alcance dos objetivos, que não poderá ultrapassar o termo final da concessão ou permissão.

Com relação ao plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção, vislumbrou-se na MP que, se deferido pela ANEEL, ocorrerá a cessação da intervenção, estando o concessionário ou permissionário obrigado a apresentar certidões de regularidade fiscal com a Fazenda Federal e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), no prazo de cento oitenta dias, bem como relatório trimestral sobre o cumprimento do referido plano à ANEEL, até sua efetiva conclusão. No caso do inadimplemento do concessionário ou permissionário para com essas obrigações, propõe-se a declaração de caducidade (art. 13).

Se indeferido pela ANEEL ou não apresentado no prazo previsto, é facultado ao poder concedente adotar, dentre outras, as seguintes medidas: a declaração de caducidade; a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; a alteração do controle societário; o aumento de capital social; ou a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (art. 14).

Os acionistas da concessionária ou permissionária sob intervenção serão intimados do indeferimento do plano de recuperação para, no prazo de dez dias úteis, apresentar pedido de reconsideração à ANEEL que terá o prazo de quinze dias úteis contado do recebimento deste pedido para apresentar sua manifestação, que será tida como definitiva.

Termina a MP dispondo que os administradores da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção ou cuja concessão ou permissão seja extinta ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los até a apuração e a liquidação final de suas responsabilidades. Além disso, estabelece, também, um regime excepcional de sanções regulatórias durante o período de prestação temporária do serviço público de energia elétrica e nas hipóteses de intervenção.

Conclusões

É sabido que o concessionário nada mais é do que um particular que executa, por sua conta e risco, determinado serviço em nome do titular, o Estado, mediante uma justa remuneração. O fato de o poder concedente continuar sendo titular possibilita-lhe, a qualquer tempo, retomar o serviço. Entre as diferentes formas de extinguir sua vinculação com o particular, pode o poder concedente realizá-lo nos casos em que o serviço não seja prestado de forma adequada.

Por certo que não é o desejo do poder concedente extinguir as concessões que realiza; do contrário, não teria por que desestatizar em primeiro lugar, mas deve ele ao licitar realizá-lo da melhor maneira possível, escolhendo a proposta exequível mais vantajosa para a Administração. O particular escolhido deve ter os meios, as pessoas e a técnica para realizar o serviço. Ademais, a Administração também tem o dever de controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e aos usuários.

É exatamente esse poder fiscalizador que possibilita à Administração intervir na concessão com o intuito de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Depois de cessada a intervenção, e caso a situação não seja reversível, a Administração poderá extinguir a concessão. Sendo reversível, poderá devolver a administração do serviço à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Contudo, deve-se perceber que tal poder depreende-se, na verdade, de um dever de fiscalizar e de oferecer à população um serviço adequado, realizado direta ou indiretamente (isto é, via concessionário). Isso deixa claro que eventual pedido de recuperação judicial de sociedade empresária concessionária de serviço público é, em parte, também culpa da Administração, que provavelmente, ao licitar, não se preocupou com a fase habilitatória do certame, ou nela falhou, ou não exerceu seu papel fiscalizador propriamente. Não é, por exemplo, cabível que um ente regulador seja surpreendido com um pedido de recuperação. A recuperação judicial ocorre apenas quando existe uma crise empresarial e a Administração tem a obrigação de saber se o concessionário está ou não nesta situação e, estando, tem o dever de intervir para que o serviço seja prestado de forma adequada. Depois de aceita a recuperação judicial, – e ela apenas será aceita se for possível a superação da crise que a sociedade empresária vivencia – para a Administração será complicado intervir, haja vista os prazos que terá para apresentar documentos e proposta de superação da crise.

Assim, à diferença de qualquer outra sociedade empresária, o diferencial daquelas que são concessionárias é que devem constantemente ser fiscalizadas e controladas pela Administração, isso significa que estão menos susceptíveis a sofrerem crises e, em ocorrendo, é certo também que o Estado deve sua “mea culpa”, pois, muitas vezes, pode ter sido a sua inatividade formal e/ou material que a tenha dado causa. Existem, na atualidade, mecanismos para evitar que crises empresariais cheguem ao ponto de solicitar-se uma recuperação judicial, e essa batalha deve ser travada não apenas pela sociedade – no caso, o concessionário – mas também pelo Estado; afinal, é este o titular do serviço e a quem, em última instância, incumbe o dever de prestação de um serviço público adequado.

A recuperação judicial nada mais é do que um mecanismo jurídico de restabelecimento, revigoração e, até mesmo, superação de momentânea crise econômico-financeira. Traz consigo a ideia de uma segunda chance concedida ao empresário. Sua concepção primordial é manter a empresa atuante no mercado, evitando, assim, sua falência. Não há, portanto, justificativa em extinguir o contrato de concessão pelo simples fato da sociedade empresária concessionária de serviço público ter solicitado a recuperação judicial. Não pode, também, essa solicitação única e exclusivamente justificar a declaração, por exemplo, de caducidade, a qual existirá apenas nos casos de inexecução total ou parcial do contrato administrativo, devidamente comprovada em procedimento administrativo próprio.

Deve ficar claro que apenas existirá a extinção do contrato de concessão nos casos previstos em lei (termo final do prazo; cassação; decaimento; anulação; encampação; rescisão; caducidade e falência ou extinção da empresa concessionária). Não se pode confundir a extinção da sociedade empresária com a extinção da concessão. É certo que a extinção da sociedade acarretará a extinção do contrato de concessão, porém o inverso não procede.

Vislumbrou-se, também, a possibilidade de a Administração assumir o controle de determinada atividade de serviços essenciais quando a sociedade empresária estiver em processo de recuperação judicial. Tem-se, por base, uma decisão discricionária em que a Administração pode ou não assumir o serviço essencial. Não tem a Administração obrigação alguma de realizar tal ação; pelo contrário, caso a sociedade empresária consiga manter a prestação de um serviço adequado, mesmo em processo de recuperação judicial, deve o contrato ser respeitado. Ademais, pode-se entender que tal permissão se transforma em uma obrigação de manter a

sociedade empresária no comando do serviço; afinal, sua finalidade é dar uma segunda chance ao empresário e possibilitar-lhe a superação da crise. Estaria, então, o Executivo esvaziando o instituto da recuperação judicial, caso assumisse o serviço. Também é possível inferir que essa permissão em assumir os serviços essenciais pode transformar-se em uma obrigação quando a continuidade do serviço esteja em risco. Em suma, haverá obrigatoriedade caso sejam demonstradas condições para a continuidade do contrato.

Por fim, diante da essencialidade da distribuição do serviço público de energia elétrica, afastou-se, por Medida Provisória, o regime de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de energia elétrica. Apesar de inúmeras imprecisões jurídicas que certamente levarão a questionamentos, já era necessária uma normativa específica que detalhasse os procedimentos para a extinção e a intervenção da concessão ou permissão de serviço público, mesmo que apenas no setor de energia elétrica. Espera-se que o presente estudo possa enriquecer o debate iniciado pelos problemas vivenciados no setor elétrico no ano de 2012.

Referências

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falência comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005*. São Paulo: Atlas, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a emenda constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: doutrina e prática: lei nº 11.101 de 9/2/2005 e LC nº 118 de 9/2/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Contrato administrativo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 734, p. 95-120, dez. 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos: comentários, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo; PINTO, Vânia da Conceição. Falência, Concordata, Insolvência Civil, Intervenção e Liquidação Extrajudicial: Repercussões nas Licitações e nos Contratos Administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 11, p. 732-745, nov. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos: lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 comentada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Concordata e a Lei de Licitações e Contratos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19059-19060-1-PB.html>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.