

## Concessão dos serviços de utilidade pública no Estado de São Paulo

**Adriano Murgel Branco**  
Engenheiro e consultor em transportes



De algum tempo a esta parte muitos setores da opinião pública brasileira passaram a ver na elevada taxa de estatização de nossa economia a grande responsabilidade pela estagnação econômica com que nos debatemos desde o início da década de 80. E se diz, até, que, se tivéssemos deixado a Light se desenvolver, a Companhia Paulista de Estradas de Ferro prosperar, o capital internacional explorar o nosso petróleo, seríamos muito mais desenvolvidos. Esquecem estes - ou ignoram - que as concessões dadas à Light no eixo Rio-São Paulo levaram a região a uma das mais dramáticas crises de energia que a nossa história registra e a um conjunto de obras aberrantes que mais impediu o progresso que o promoveu. Não fora a firme decisão do governo de São Paulo de produzir a eletricidade necessária ao seu desenvolvimento e a capacidade produtiva seria bem outra. Esquecem-se de que a Companhia Paulista, tal como ocorreu com a São Paulo Railway e com algumas dezenas de companhias de bondes, de gás e de telefonia, em todo o País, só passou para a administração estatal quando se mostrou incapaz de cumprir sua missão pública. Esquecem-se de que os técnicos estrangeiros que aqui prospectaram o petróleo concluíram que o nosso subsolo não o continha economicamente aproveitável.

Por outro lado, esquecem-se os brasileiros de que não fora a implantação pioneira da Usina de Volta Redonda e da Companhia Hidroelétrica de São Francisco, de todo o sistema energético e da ampla rede de telecomunicações, da Petrobrás e de tantas outras iniciativas estatais importantes, o Brasil não teria entrado para o clube dos países industrializados.

\* Síntese da palestra do engenheiro Adriano Murgel Branco proferida na Comissão de Privatizações do Governo do Estado de São Paulo no dia 24 de abril de 1995.



A história dos serviços públicos no Brasil registra importantes avanços desde o final do século passado até a década de 30, devido a concessões feitas a grupos internacionais e mesmo nacionais. Mas também registra a grave preocupação governamental com a necessidade de um grande esforço oficial para garantir a implantação de um amplo parque produtor de energia elétrica, do que resultou o Código de Águas em 1934, bem como de assegurar a adequada exploração de nossos recursos minerais, de que resultou o Código de Minas, abrindo caminho para a exploração estatal do petróleo.

Verifica-se, pois, que, até 1930, os serviços públicos evoluíram sob o regime de concessões privadas (embora se constatasse, freqüentemente, que os custos elevados, em muitos casos, “elitizavam” aqueles serviços); mas, a partir daquela época, tiveram que ser resolvidos com crescente participação de iniciativas públicas. E, conquanto o movimento militar de 1964 tivesse condenado a progressiva estatização do País, os governos do período discricionário que se seguiu foram os maiores criadores de empresas públicas, que chegaram, somente no âmbito federal, a quase 200.

Nesse período, dito de economia liberal, nenhuma concessão relevante de serviço público à iniciativa privada se realizou. Ao contrário, muitas empresas particulares dedicadas ao comércio competitivo se inviabilizaram, sendo “salvas” pelo poder público, que as assumiu.

Entretanto, não só esse crescimento desnecessário da atividade pública veio a se tornar um grande problema para o País, mas principalmente a ausência de regulamentação, que caracterizou tal atividade, acabou por permitir o gigantismo das estatais, caracterizado por empreguismo, fisiologismo político, desvio de finalidades, que, por fim, respondem pela inviabilidade econômica da maioria dessas empresas.

No mesmo período, o Brasil cresceu economicamente, a ponto de chegar a ter a 10ª economia mundial; mas viu aprofundar-se a desigualdade de renda, que o levou a ocupar o 67º lugar, na escala da adequada solução dos problemas sociais. E, enfrentando esse grave desequilíbrio interno, entrou em longa fase de estagnação econômica desde o início da década de 80.

Assim, esgotou-se completamente o modelo de desenvolvimento, no instante em que a internacionalização da economia passou a exigir do Brasil maior competitividade, que depende de melhor infra-estrutura, de redução de custos e aperfeiçoamento dos serviços públicos. Sem recursos de investimento e suportando enormes deseconomias em suas estatais, o País cuidou de implantar recentemente uma política de desestatização.

Os tempos são outros, é verdade. O papel pioneiro de grande número de atividades estatais está cumprido. E, por outro lado, o gigantismo do estado centralizador torna ineficiente e quase inadministrável a sua máquina executiva, enquanto as modernas técnicas de gestão demonstram a necessidade de reduzir as escalas, para assegurar a agilidade que o mundo moderno exige das instituições, dada a rapidez com que as mudanças e as inovações se processam.

Mas é necessário ter em conta que a história não dá saltos. É preciso cuidado e prudência para não por a perder os resultados positivos alcançados durante décadas. É necessário sobretudo entender que o ambiente de “concorrência perfeita”, em que a livre iniciativa se mostra eficaz e eficiente, raramente é encontrado, para que se possa falar, como alguns querem, em desregulamentação. Particularmente no âmbito dos serviços públicos, não há condições de concorrência perfeita, a começar pelo fato de que a característica básica desses serviços é a sua essencialidade para a população. Se o objeto da atividade econômica é a prestação de serviço essencial, o seu usuário é um cliente cativo, que não pode fugir às pressões do monopólio, do cartel, do preço extorsivo. Franklin Roosevelt advertia, já em 1936, que “o serviço público não pode ser instrumento de despojo; o americano que fizer usura com a privação de água, da luz e da mobilidade de outro americano não merece sê-lo”.

Em segundo lugar, num País de tão acentuadas diferenças de renda entre os vários estratos sociais é praticamente impossível prestar serviços públicos sem o subsídio às camadas mais pobres, o que é impraticável em uma “política de mercado”. As capacidades aquisitivas não são iguais, enquanto as necessidades básicas o são.

Por outro lado, é preciso não ignorar as advertências que tão insistentemente têm sido feitas pelo ilustrado economista John K. Galbraith no sentido de que se torna cada vez mais difícil, na prática, a economia de mercado. “Deixadas a si mesmas”, diz ele em seu livro *A economia e o interesse público*, “as forças econômicas não levam a um final feliz, exceto para os poderosos”.

Sim, desestatizar é preciso. Mas é também preciso saber como fazê-lo, a começar pela separação adequada dos serviços essenciais daqueles não essenciais, em que o estado se encontra envolvido, desnecessariamente. É indispensável ter, para isso, uma noção clara do que seja um serviço público e uma visão avançada sobre os inconvenientes da verticalização. É importante captar e compreender, como ponto de partida, as crenças e valores da sociedade brasileira, neste momento, relativas ao processo econômico e social, em boa parte refletidas na Constituição Federal.



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

Por isso, o que se pode recomendar hoje ao Estado de São Paulo é que defina os contornos da desestatização que pretende realizar, preparando diretrizes gerais de privatização e regulamento das concessões de serviços públicos. Este, aliás, poderá se constituir na base da reforma da lei paulista de concessões, que deverá se adaptar à lei federal.

Estabelecida uma visão clara da necessidade de desestatizar, deve se converter em uma vontade política absolutamente transparente, sem o que nada acontecerá, diante dos esforços corporativos e ideológicos que se contraporão.

Definidos os limites e as razões da desestatização, seria de todo conveniente que o Estado de São Paulo viesse a conceber um plano diretor de desestatização que, a partir da fixação de seus objetivos básicos, estabelecesse uma estratégia, uma política e as conseqüentes metas e programas.

Podemos enumerar como objetivos principais os que seguem:

- a. reduzir custos, elevando a eficiência, através da simplificação das ações e da diminuição drástica do aparelho de estado;
- b. estimular a captação de novos recursos de investimento, que se somem aos do Estado, para acelerar o desenvolvimento;
- c. priorizar e ampliar os recursos de investimento do Estado no sentido da maior ação no campo social;
- d. orientar os investimentos público no sentido de otimizar os retornos sociais, econômicos e tributários, evitando ao máximo o assistencialismo.

Para estabelecer uma estratégia, será necessário primeiramente reconhecer as diferentes formas de desestatização, que podem orientar as diversas ações, estrategicamente. Assim, podem-se considerar formas de desestatização as seguintes:

- a. devolver à iniciativa privada funções típicas do campo competitivo, indevidamente assumidas pelo Estado ou desenvolvidas pioneiramente;
- b. suprimir a atitude, por vezes paternalista, com que o Estado ampara certos setores da economia, ou até mesmo grupos, estimulando-lhes a ineficiência;
- c. desregularizar atividades genuinamente privadas, que podem ser melhor reguladas pela livre concorrência;
- d. descentralizar, deixando com municípios as funções tipicamente locais, embora deva com eles cooperar, em alguns casos;
- e. descentralizar, também, através da delegação de autoridade a órgãos locais da própria administração estadual, sempre que puder evitar decisões centralizadas, em instâncias superiores;

- f. desverticalizar as ações do aparelho de estado, escoimando-o de atividades que possam ser delegadas a terceiros;
- g. estabelecer parcerias com a iniciativa privada, mesmo em funções típicas do Estado;
- h. captar a cooperação, até mesmo de natureza econômica, da sociedade, na solução dos problemas sociais;
- i. contratar com a iniciativa privada parcelas das atividades que compõem a prestação de serviços públicos;
- j. conceder serviços de utilidade pública.

Confrontadas as diversas formas de desestatização com a variedade de serviços que o Estado presta, haverá condição de escolher caminhos, em todas as áreas de atividades, que conduzam a uma progressiva privatização com a menor resistência. Essa escolha será, enfim, a estratégia da privatização, da qual decorrerá uma política, que a detalhará, permitindo elaborar, finalmente, as metas e programas.

Ao se tratar especificamente de concessões, é preciso ter cuidados especiais para que não se cometam os erros do passado recente, em que se confundiram serviços privados com serviços públicos. Não se preconiza a pura e simples entrega da exploração indiscriminada dos serviços públicos à iniciativa privada. Sobre esse tema há farta experiência aqui mesmo nas Américas, tendo sido os Estados Unidos o país mais pródigo em realizações desse tipo. Não há que negar que a plena aceitação da iniciativa privada no campo dos serviços públicos nos EUA, no fim do século XIX e até os anos 30, produziu um dos maiores crescimentos de infra-estrutura nacional de que se tem notícia, responsável em grande parte pela pujança econômica daquela nação. Mas também não se podem desconhecer os abusos inqualificáveis que boa parte dessas empresas privadas praticou nos Estados Unidos, levando muitos especialistas a considerar quase inevitável a estatização de vários daqueles serviços públicos.

Semelhantes abusos ocorreram nos países latino-americanos, onde as companhias privadas de serviços públicos, em grande maioria, eram estrangeiras. E aqui a situação foi ainda mais grave, porque se suspeitava freqüentemente de que as empresas internacionais concessionárias de serviços públicos tinham como meta principal retardar o desenvolvimento da América Latina, mantendo-a na condição de fornecedora de produtos primários e consumidora de bens industrializados.

Os anais do 2º Congresso Interamericano de Municípios, que reuniu em 1941 os mais renomados especialistas em serviços públicos das três Américas, na cidade de Santiago, retrata com fidelidade o enorme confronto que se dava, àquela época, entre as empresas concessionárias e o poder público. Os norte-americanos, com a sua ampla



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

experiência, recomendavam as mais rígidas normas regulamentadoras, acompanhadas de intensa fiscalização, havendo alguns deles que recomendavam a estatização de alguns setores. E os latino-americanos, quase como regra geral, apontavam o caminho da empresa pública como solução para os seus problemas de prestação dos serviços de utilidade pública. São experiências bastante conhecidas, que podem evitar a repetição de erros já vividos.

## O PAPEL DO ESTADO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### Princípios constitucionais

A Constituição Federal vigente tem como princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o povo como fonte do poder, a forma republicana federativa de governo, o estado democrático de direito, o pluralismo político, o primado do trabalho e a livre iniciativa. São conseqüências desses princípios alguns papéis fundamentais do Estado, como a defesa e a manutenção da integridade nacional, da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais, do bem-estar e justiça social, da segurança pública, dos valores sociais do trabalho.

Decorrem desses princípios e de suas conseqüências mais imediatas deveres do Estado, que a Constituição explicou, tais como: assegurar o acesso à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, assim como a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice. Inscrevem-se ainda entre esses deveres a assistência aos desamparados e aos portadores de deficiências.

Em obediência também àqueles princípios fundamentais, incumbe ao Estado, nas diferentes esferas de governo, uma série outra de deveres gerais, como, por exemplo, erradicar a pobreza, assegurar a defesa nacional, garantir os direitos da pessoa humana, manter o sufrágio universal, defender o consumidor, e tantos outros que, somados aos anteriormente descritos, formam o elenco de obrigações que definem o papel constitucional do Estado.

Para desempenhar esse papel, o Estado se vale, através dos governos, da administração centralizada, bem como da administração descentralizada, representada por autarquias, fundações e empresas, estas podendo ser de economia mista ou públicas.

A Constituição Federal dispôs a administração pública como subdividida em direta, indireta ou fundacional, podendo-se entender as autarquias como parte da administração direta e as empresas como integrantes da indireta.

Para melhor entendimento das funções desempenhadas pelo Estado, poderíamos classificá-las em funções próprias e funções impróprias. Na primeira classificação, estariam aquelas mais conhecidas como funções públicas, indelegáveis por definição, e funções quase-públicas, ou funções de interesse público, que podem ser exercidas por entidades privadas sob delegação.

As funções públicas, que constituem, portanto, dever indelegável do Estado, reúnem as atividades que garantem a sobrevivência e bem-estar do indivíduo, a soberania e o desenvolvimento nacional, a segurança, a integridade nacional, o regime democrático, a ordem jurídica etc. Elas são normalmente exercidas pela administração direta, sendo um caso excepcional o seu exercício por autarquias, fundações ou empresas públicas. Estas se constituem, muitas vezes, para permitir ao Estado maior agilidade na sua ação ou para lhe conferir um instrumento adequado a um papel estratégico, que pode ter duração determinada.

As funções quase-públicas são aquelas de interesse coletivo, mas que o Estado pode confiar a terceiros mediante regulamentação adequada. Desempenham-se sob a forma de serviços de utilidade pública, objeto de concessão governamental.

Mais recentemente, o Estado tem delegado funções quase-públicas sob formas de autorização e de permissão, configurando atos unilaterais, mas que, na verdade, implicam em aquiescência do “autorizado” ou do “permissionário” a todas as normas implícitas à delegação. Por isso, são formas que cada vez mais se aproximam da concessão, devendo ser, também, objeto de regulamentação.

Assim, as funções públicas e as funções quase-públicas são sempre funções próprias do Estado. Mas este exerce, freqüentemente, funções impróprias, quando sai dos limites do seu papel e entra no domínio das funções privadas, seja para socorrer a iniciativa particular por alguma razão de interesse social, seja para competir com ela, exorbitando de suas funções. E pode-se identificar duas formas distintas de exorbitâncias, quando o Estado exerce uma atividade claramente competitiva com a função privada, ou quando, no exercício de uma função pública ou quase-pública, verticaliza a sua ação, produzindo bens ou serviços intermediários que poderiam ser adquiridos externamente.

Conhecido, então, o papel fundamental do Estado, segundo a Constituição Federal, bem como os mecanismos da ação governamental para desempenhá-lo, cabe discutir os graus de intervenção e de delegação do Estado no domínio econômico, como base para a análise das concessões.



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

## Intervenção, concessão e livre iniciativa segundo a Constituição Federal

O Estado tem, constitucionalmente, o papel de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, devendo executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social. Mas a mesma Constituição tem como princípio econômico a livre iniciativa, estabelecendo ainda que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado deve ser feita somente quando necessária à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Portanto, pode-se entender que o Estado intervém na economia somente para regulá-la ou para exercer funções excepcionais.

Contudo, a Constituição prevê também que incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos direta ou indiretamente, esclarecendo que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias.

Na seqüência desses conceitos e definições, já a Constituição estabelece que é obrigação do Estado manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, serviços públicos indelegáveis, portanto. Na prática, eles são exercidos por uma empresa pública e por um organismo de estado (Ministério da Aeronáutica). Semelhante situação de monopólio da União está reservada para a utilização dos recursos naturais nucleares, de petróleo e de gás natural, desde a exploração das jazidas até o processamento e comercialização dos derivados, pressupondo atividades a serem exercidas por organismo ou empresa da administração direta. São razões desse procedimento a soberania e a segurança nacionais, estratégias de desenvolvimento etc.

Também estabelece que o Estado deve explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços de telecomunicações. Nesse capítulo, aquelas funções são inicialmente tratadas como “quase-públicas”, porque objeto de concessão, mas com a restrição de que a concessionária seja de controle acionário do Estado, o que significa uma verdadeira variante da idéia de empresa pública exercendo função pública, portanto dispensável o contrato de concessão.

Quando se refere aos serviços de radiodifusão sonora, sons, imagens e demais serviços de telecomunicações, instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água, navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário, transporte rodoviário de passageiros e portos, já a Constituição os trata como funções do Estado a serem exploradas diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Aí aparece a forma de autorização,

que não está prevista no tocante à prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente, quando se estabeleceu que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias.

Acresce a curiosidade a tal respeito que, dentre os serviços listados neste capítulo, estão os de radiodifusão, habitual e corretamente delegados a empresas privadas por instrumentos de permissão e agora constitucionalmente chamados de concessão, mas explicitamente submetidos à apreciação pelo Congresso Nacional. Sem embargo de que as demais concessões poderão também ser analisadas pelo Congresso, por força de seu poder fiscalizador e controlador dos atos do Poder Executivo.

Em outro dispositivo, a Constituição estabelece como competência dos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. Aqui, entra também a restrição à concessionária, configurando-a como empresa de controle acionário do Estado, portanto figura semelhante à da empresa pública, que dispensaria concessão.

Por outro lado, o diploma constitucional dá competência aos municípios para organizar e prestar, direta ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, que tem caráter essencial. Neste tópico, omite-se a figura da autorização, ao mesmo tempo em que se atribui ao transporte coletivo caráter de essencialidade que, por definição, está presente em todo e qualquer serviço público ou de utilidade pública.

É importante salientar que a Constituição estabeleceu que as concessões e permissões de serviços públicos estarão sempre sujeitas a licitações públicas. Isso impede que aqueles serviços delegáveis exclusivamente a empresas públicas, empresas mistas com controle acionário do Estado ou empresas estatais (que são, os efeitos práticos, a mesma coisa que as enunciadas anteriormente) sejam objeto de concessão ou permissão. As empresas públicas, aliás, terão as suas relações com o Estado e com a sociedade reguladas por lei específica, conforme preceitua a própria Constituição Federal.

Finalmente, cabe analisar dois casos especiais de funções eminentemente públicas - a educação e a saúde - que foram definidas como “direitos de todos e dever do Estado”. O seu exercício, portanto, configuraria serviço público ou de utilidade pública, pois que de eminente interesse social. Entretanto, é a mesma Constituição que define, em outros tópicos, a assistência à saúde e o ensino como “livres à iniciativa privada”. Na prática, tal liberdade não tem sido assim tão ampla, na medida em que, por exemplo, o Conselho Federal de Educação sempre limitou a criação de novas faculdades fundado até na “neces-



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

sidade” de registrar a “concorrência” entre entidades privadas... O que se desprende desses dispositivos constitucionais é que o Estado assegurará sempre a assistência à saúde e o ensino, admitida a complementação por instituições privadas.

## UM REFORÇO DOUTRINÁRIO

A concepção de uma doutrina de serviços públicos, no Brasil, iniciou-se com a série de conferências que o insigne urbanista Luís de Anhaia Mello realizou no Clube de Engenharia, do Rio de Janeiro, em 1929, repetindo-as em 1930 no Instituto de Engenharia de São Paulo.

Reunidos no livro *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*, os ensinamentos de Anhaia Mello deram origem a vários outros trabalhos brasileiros, que consagraram autores como Alfredo Valladão, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Plínio Antônio Branco, Bilac Pinto, Meirelles Teixeira, Alves de Souza e outros mais.

A exposição de motivos escrita por Alfredo Valladão, à guisa de introdução ao Código de Águas, deu caráter oficial ao corpo de doutrina que vinha sendo exposto por Anhaia Mello. Por outro lado, o livro *Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública*, escrito por Plínio A. Branco, converteu-se num verdadeiro manual de concessões. Entretanto, a longa fase de constituição de empresas públicas, fazendo tábula rasa da doutrina, relegou ao esquecimento tantas obras importantes. Por isso, convém recordar e reforçar alguns conceitos.

Plínio A. Branco diz que “os serviços econômicos essenciais para a vida da sociedade, não podendo ficar sujeitos às contingências do regime particular de exploração, constituem funções públicas. Os outros serviços econômicos, abandonados à iniciativa privada, são funções privadas. Assim, de um modo geral, quer se tratem de atividades econômicas ou não, função pública é aquela que o governo monopoliza e não cede a ninguém; função quase-pública é aquela que o governo exerce ou delega, mediante condições; função privada é aquela que não é essencial à vida da coletividade, do domínio da iniciativa privada.”

Na verdade, esse conceito admite maior elasticidade. Há funções essenciais à vida da coletividade, como a produção, distribuição e venda de alimentos, que se exercem em regime privado, de livre competição. Mas, por serem essenciais, quando se submetem a monopólios ou cartéis, ensejam a intervenção do poder público, como relata Anhaia Mello, ao descrever o famoso caso Munn e Scott, que levou o estado de Illinois a intervir na atividade de armazenagem de cereais, porque se monopolizara. Levada a disputa à Suprema Corte norte-americana, lá se decidiu que: “Uma propriedade qualquer veste-se de

interesse público quando usada de forma a tornar-se de necessidade pública e afetar a coletividade toda. Portanto, quando um indivíduo destina sua propriedade a um uso no qual o público tem interesse, ele associa o público nesse uso, e tem que se submeter ao controle do público, para o bem comum, proporcionalmente ao interesse criado”.

Nesse famoso julgado, de 1876, ainda se firmou que “a faculdade de regulamentar não depende de concessões, uma vez que os direitos de propriedade privada trazem consigo um gérmen de coerção que se torna aparente sempre que as condições econômicas criam um monopólio virtual”.

Rafael Bielsa, analisando os conceitos aqui em discussão, indica que “função pública exprime o abstrato e geral, enquanto serviço público, o concreto e particular. O serviço público atualiza e materializa a função”, diz ele.

A partir destes conceitos, os tratadistas da matéria chamam de “serviços públicos” aqueles exercidos pelo poder público e que são indelegáveis; enquanto denominam de “serviço de utilidade pública” ou seja “serviços coletivos” aqueles decorrentes de “funções quase-públicas”, cujo exercício pode ser delegado mediante concessão.

Anhaia Mello acrescenta que não há uma linha divisória nítida entre funções públicas, quase-públicas e privadas, na medida em que, “no correr do tempo a coletividade fica de tal forma dependente de certos e determinados serviços, que o Estado, em obediência ao interesse público nascente, tem que o controlar ou exercê-lo”. “O que hoje é considerado de utilidade pública pode não o ser amanhã e vice-versa. A noção econômica e legal de serviço de utilidade pública é a de um conceito fixo com o conteúdo variável”.

A regulamentação dos serviços de utilidade pública é muito mais intensa e extensa do que aquela exercida nas indústrias privadas, como o objetivo apenas de garantir a segurança, higiene, condições gerais de trabalho etc. “É o direito de controle da própria organização e condução da empresa”, diz John Bauer. “É o direito de fixar padrões de serviços, as tarifas a cobrar, os lucros que podem ser realizados, a estrutura financeira, os métodos de contabilidade das empresas”.

Este conjunto de conceitos permite depreender que a concessão pode ser conferida a entidades (não só empresas) privadas, públicas ou mistas, não necessariamente sob a forma de exclusividade, mas segundo garantias de resultados (o que normalmente contra-indica uma livre concorrência na prestação dos serviços de utilidade pública).

Para a concessão de serviços de utilidade pública surge como de fundamental importância o mecanismo regulamentador e controlador da dele-

gação. Tal mecanismo, entre nós, é uma agência do governo, freqüentemente desaparelhada e submissa aos interesses do concessionário. Por isso, o trabalho *Concessão de serviços públicos no Brasil: condicionantes, históricos, problemas atuais e perspectivas futuras*, elaborado pela Fundação Instituto de Administração da USP, por encomenda da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo, propôs a criação de comissões reguladoras dos serviços públicos, com participação de elementos do legislativo e de representantes da comunidade.

Na discussão dos custos do serviço prestado, é essencial fixar o valor da remuneração do investimento, sendo certo de que se tratará sempre de um investimento necessário e suficiente para a prestação do serviço concedido. A idéia básica é de que o concessionário fará juz a uma remuneração equivalente ao valor do dinheiro no mercado financeiro (não especulativo), mais uma pequena taxa que justifique o esforço de administrar esse capital, ainda que aplicado em mercado cativo (necessidade pública essencial), com resultado garantido por contrato.

## A LEI FEDERAL DAS CONCESSÕES

Após muitas marchas e contramarchas aprovou-se a Lei Federal das Concessões que, em última análise, regulamenta o artigo 175 da Constituição Federal.

Todas as Constituições Federais, desde a de 1934, contiveram dispositivos orientadores das concessões de serviços públicos. E a de 1937 deu origem à Comissão Federal de Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública, criada em 1940 e que representou o primeiro grande esforço de regulamentação, frustrado pela excessiva presença de representantes de concessionários naquele organismo. Resultou, porém, como instrumento de grande utilidade posterior, a Declaração de Princípios, de 4 de fevereiro de 1941, subscrita por Luís de Anhaia Mello, Antônio José Alves de Souza, Bilac Pinto e Plínio A. Branco, que foram os grandes defensores do interesse público nos debates ocorridos no seio da Comissão.

Após esse esforço inconcluso, não houve mais propostas de regulamentação até que a Constituição Federal de 1988, trazendo à discussão o tema, ensejou vários projetos de lei complementar ao seu artigo 175, que culminaram com a aprovação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Ao longo da leitura dos diversos projetos, verificou-se que a sua inspiração foi sempre originada em interesses empresariais, que deram aos projetos duas características marcantes: a preocupação de realizar obras e a idéia de não limitar os ganhos dos empresários.



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

A concessão, vista como uma forma de realizar obras, levou até ao conceito de “concessão de obras”, que pouco ou nada tem a ver com a “concessão de serviços públicos”, definida pela Constituição. A lei paulista voltou-se erroneamente para esse conceito, mas a lei federal o aboliu, finalmente, ao mencionar “concessão de serviços públicos precedidos ou não de obras públicas”.

Mas a outra extravagância, que é a de não limitar lucros, a serem minimizados através de uma pretensa regra de mercado, ficou na lei, que estabeleceu que o julgamento das licitações para concessões se fará em base do menor preço. Também não diz que preço é esse e, ao pretender aumentar as garantias dos concessionários, estabeleceu o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Assim, dispensando de um lado o proponente de revelar seu lucro (ou taxa de retorno, ou remuneração do investimento) acabou exigindo uma demonstração meticulosa da equação econômico-financeira, sem a qual é impossível manter o equilíbrio inicial.

Aí surge o grave problema: ao conhecer o nível pretendido de lucro, o poder público se eximirá de limitá-lo? Por outro lado, a própria lei fixa a exigência de modicidade da tarifa que pressupõe limites de custos e de lucros. Na verdade, a modicidade é uma consequência do próprio conceito de serviço público, baseado na essencialidade. Quanto mais essencial o serviço público, mais universal ele deve ser.

No meio das confusões que a idéia de julgamento pelo preço vem causando, surgiu aquela de vender a concessão. Aí, quem pagar mais ao estado pela outorga da concessão ganha a licitação. Essa idéia fere profundamente o conceito de serviço público, que passa a não ter tarifas módicas, pois estas serão oneradas pela venda da concessão. Configura-se nesse caso a temida usura com o serviço público, já denunciada por Franklin D. Roosevelt.

É importante que a nova lei paulista supere esse erro, reconhecendo, de um lado, a importância da universalidade dos serviços e, de outro, a necessidade de se permitir aos concessionários lucrar mais com a sua maior capacidade de gestão, de reduzir custos. Deve-se ter inevitavelmente como orientação a de que os critérios de julgamento de propostas e de proponentes devem privilegiar a qualidade do serviço a ser prestado.

Pode-se admitir a existência de graus de necessidade, gerando categorias de serviços de utilidade pública, segundo sua maior ou menor essencialidade. Assim, serviços como o transporte aéreo ou o transporte individual não têm a mesma essencialidade que o transporte coletivo ou o serviço funerário.



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

Em razão dos conceitos emitidos, as tarifas deveriam refletir rigorosamente os custos dos serviços, podendo até serem subsidiadas, quando necessário. Na verdade, os usuários dos serviços é que seriam subsidiados.

A praticabilidade de certos mecanismos tarifários pode impor alguma elasticidade na regra acima, como estabelecer tarifas por grupos de serviços ou de áreas atendidas. Assim, se no fornecimento de água pode-se medir o uso dos serviços e cobrar proporcionalmente a cada m<sup>3</sup> de água fornecida, o mesmo não se pode dizer em relação ao transporte urbano. E, mesmo no caso da água, há custos gerais que se rateiam sobre os gastos diretos.

Se o critério de tarifação no transporte urbano for o da tarifa única, umas linhas subsidiam outras, uns passageiros subsidiam outros. E, se cada lote de linhas for entregue a um concessionário, pode-se admitir uma “câmara de compensação” entre empresas. Neste caso, estabelece-se para os empresários uma certa “margem de contribuição”, que pode ser positiva ou negativa. Contribuição ao equilíbrio do sistema.

Entretanto, é possível julgar uma concorrência, além da qualidade e custo, pela maior margem de contribuição que possa oferecer ou pelo maior preço que possa pagar pelos investimentos já efetuados pelo estado. (Seria um pagamento pela cessão de uso do patrimônio público). O primeiro caso se aplica ao transporte urbano e o segundo ao caso das rodovias da Dersa ou às pontes de Vitória ou Rio-Niterói.

## COMO MONTAR A ENGENHARIA FINANCEIRA

A legislação brasileira foi montada para atrair recursos dos empreiteiros para a prestação dos serviços públicos, já que eles necessitam ter um mercado de obras. Mas, por isso mesmo, incorreu no erro de julgar pelo preço e de valorizar apenas as ações de curto prazo, esquecendo-se de que o importante é prestar o serviço de utilidade pública, que se desenvolve ao longo de décadas.

Mas errou também imaginando que as empresas de construção têm dinheiro acumulado e que se dispõem a aplicá-lo com baixas taxas de retorno, compensadas pela mobilização de seus equipamentos hoje parados e pelo lucro da obra. E tudo é enganoso, porque tais empresas não têm habitualmente visão financeira de longo prazo e nem de prestação de serviços de utilidade pública. Talvez tenha se enganado, ainda, pensando que elas têm tanto dinheiro disponível...

Na prática, nossos construtores sempre se apoiaram no dinheiro público. Por isso, o sucesso da privatização das linhas da CMTC, em São Paulo, embora devido à elevada competência com que a diretoria da empresa desenvolveu o processo, resultou em parte, do forte apoio financeiro do BNDES.

Na Europa, os investidores em serviços de utilidade pública são consórcios financeiros habituados às aplicações de longo prazo. Captam recursos em bancos e/ou vendem debêntures. Mas essas debêntures não são vendidas diretamente aos poupadores, pois as instituições financeiras as arrematam logo no dia do lançamento.

A segunda qualidade que se exige dos investidores é a do domínio e experiência na operação dos serviços seja porque esse é o alvo principal da concessão, seja porque a operação adequada é condição do sucesso do empreendimento, normalmente precedido de estudo de viabilidade bem refinado.

Para um adequado modelo brasileiro, num país em que as empresas de serviços público não captam recursos de poupança e nem possuem credibilidade para isso, é preciso contar com um apoio do estado. Além disso, é preciso assegurar ao empreendedor uma remuneração compatível com o custo do dinheiro, sem ferir a modicidade da tarifa, tal como procederam as empresas norte-americanas de serviços de utilidade pública.

No Brasil de hoje, os bancos emprestam a taxa superiores aos 30% anuais, em valor real, ao mesmo tempo em que os poupadores aplicam as suas poupanças a 6% ao ano. Assim, por exemplo, se desejarmos limitar a 15% a rentabilidade a ser coberta pela tarifa, será preciso ir em busca dos recursos dos poupadores, oferecendo-lhes 8 a 9%. Tal como nos EUA, a equação final seria:

Recursos próprios.....20% do total, aplicados a 15%  
 Recursos da poupança.....80% do total, aplicados a 9%

Se assim for, o empresário poderá ganhar:

15% de 20 = 3  
 6% de 80 = 4,8  
 Total = 7,8

7,8 sobre 20 significam 39% de rentabilidade!

Mas como captar os recursos dos poupadores, como também dos fundos de pensão?

Oferecendo garantia de preservação dos recursos e rentabilidade assegurada. Nos EUA, a credibilidade das empresas e a vigilância exer-



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)

cida sobre elas pelas Comissões de Serviços de Utilidade Pública foram suficientes para isso. No Brasil, o pequeno poupador aplica as suas economias na caderneta de poupança porque a Caixa Econômica Federal garante.

Assim, o que se propõe ao governo de São Paulo é converter o Banespa em um banco da privatização (ou banco de desenvolvimento), fazendo com que ele ofereça as garantias necessárias às poupanças oferecidas às empresas de serviços públicos. Como, por outro lado, é o próprio estado que assegura a tarifa aos concessionários, esse conjunto de operações financeiras não oferece riscos. Mas é preciso que os instrumentos contratuais sejam de tal forma claros, que a Justiça possa julgar, em 24 horas, qualquer reclamação da empresa contra a insuficiência tarifária, ou do poupador quanto à segurança e rentabilidade de seu dinheiro. Talvez se possa pensar em um juízo de Causas Oriundas das Concessões.

## CONCLUSÃO

Esse conjunto de observações mostra, ao final, que não há como julgar licitações de concessões “pelo preço”, ou seja, pela “mais valia”. Continua sendo imprescindível conhecer minuciosamente os custos. Aliás, para a própria aplicação da lei, no que respeita à cláusula de restabelecimento da equação econômico-financeira inicial do contrato, é indispensável conhecê-los em todas as fases da operação. Assim, o que se poderia utilizar como parâmetro de julgamento, além da qualidade de serviço oferecida, seria a remuneração desejada, associada ao menor custo ou a uma tarifa pré-fixada.

O problema desse procedimento reside na obtenção efetiva do menor custo. Para isso, é preciso que, ao esforço do concessionário de reduzir custos, corresponda um ganho adicional. E isso é possível equacionar, até mesmo estabelecendo um limite superior de remuneração (como se faz na França, nas rodovias), acima do qual se impõe uma redução tarifária ou um aumento da margem de contribuição ao sistema.

Concluindo, o modelo paulista de concessões há de se apoiar em três elementos fundamentais:

- o concessionário adequado e habilitado;
- o poder concedente organizado, competente e sério;
- o banco de fomento às privatizações.

Nos EUA, o poder concedente se organizou através das Comissões de Serviços de Utilidade Pública, com poderes muito amplos sobre a regulamentação dos serviços e sobre a fiscalização das concessionárias.



Em São Paulo, convirá criar uma comissão central, que coordenará as atividades de órgãos setoriais especializados nas áreas de eletricidade, transporte etc. E, pelo menos num primeiro estágio, poder-se-ia aproveitar a estrutura e conhecimento técnico das empresas já existentes - Cesp - Fepasa - Dersa - etc. - para isso, obviamente, reduzindo-as significativamente.

A “câmara de compensação” de que se faz menção no capítulo 4 poderá ser confiada a cada uma das empresas que atuarão como agentes técnicos da comissão central. E, eventualmente, poder-se-á instituir uma re-compensação no banco de fomento, para ampliar-se o conceito de compensação, por exemplo, para ajustar a necessária coordenação entre os serviços rodoviários e os ferroviários. Também poderá servir o sistema de re-compensação para adiantar investimentos, de forma reembolsável, às empresas que devam esperar um muito longo prazo para obter os primeiros retornos do investimento efetuado.

Finalmente, para dar partida no sistema, será imprescindível estabelecer um regulamento geral das concessões, utilizando a Lei Federal, adaptando a Lei Estadual e procurando cobrir as lacunas e superar as impropriedades da Lei Federal.

Mas é necessário, por derradeiro, que se desenvolva um novo espírito nas relações entre o poder público e os concessionários, tendo em conta que ambos são parceiros no atendimento de relevantes necessidades sociais. Do lado do setor público, é mister recordar que a concessão não é uma transferência de responsabilidade pela função pública, mas apenas a delegação do exercício das atividades fins. E, do lado do setor privado, é vital compreender que esse exercício não é um negócio típico da iniciativa privada, em regime de competição comercial, mas sim a prestação de serviço de utilidade pública, essencial por definição, em que os conceitos éticos e de qualidade devem merecer ênfase especial.



[www.antp.org.br](http://www.antp.org.br)