



Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

Coordenação de Monografia e Pesquisa

VICTÓRIA MEIRELLES DA MOTTA DE FIGUEIREDO GAUDÊNCIO

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA: O
CASO DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ**

BRASÍLIA

2012

VICTÓRIA MEIRELLES DA MOTTA DE FIGUEIREDO GAUDÊNCIO

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA: O
CASO DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientadora: Neide Malard

BRASÍLIA

2012

VICTÓRIA MEIRELLES DA MOTTA DE FIGUEIREDO GAUDÊNCIO

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA:
O CASO DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Neide Malard

Brasília, 05 de outubro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Neide Malard
Orientadora

Examinador

Examinador

Aos meus amados pais, pelo constante incentivo, fontes da minha inspiração e determinação.

*Agradeço à minha orientadora, professora
Neide Malard, pelo auxílio.*

*Agradeço ao professor Humberto Santos,
pelas dicas.*

RESUMO

Monografia acerca das concessões de serviço público, e da possibilidade de sujeição das empresas concessionárias ao instituto da recuperação judicial, a partir da análise do caso das Centrais Elétricas do Pará – CELPA. Para tal, utiliza-se os conceitos de serviço público, aplicados às concessões de serviço público, e suas características específicas. Do mesmo modo, é analisado o instituto da recuperação judicial, e suas implicações sociais, no que tange ao efetivo soerguimento da empresa em crise econômico-financeira. Por fim, introduz-se o caso da recuperação judicial da CELPA, e o cabimento da Lei 11.101/2005, em contraponto à Medida Provisória nº 577/2012.

Palavras-chave: Serviço Público. Empresa Concessionária. Recuperação Judicial. Energia Elétrica. CELPA.

ABSTRACT

Monograph about the concessions of public service to the private, and the possibility of submission of these enterprises to the Brazilian institute of the judicial recovery, since the analysis of the CELPA – Centrais Elétricas do Pará – case. Therefore, it's used the concepts of the public service, applied to the concessions of public service, and its specific aspects. Also, it's observed the actual institute of the judicial recovery, and its social implications, in reference of the enterprises' economic and financial crisis. At last, it's introduced the CELPA's judicial recovery case, and the suitability of the 11.101/2005 law, in conflict with de Medida Provisória n. 577/2012.

Keywords: Public Service. Concessionaire. Judicial Recovery. Bankruptcy. CELPA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO.....	3
1.1 Conceito de Serviço Público	3
1.2 Características dos Serviços Públicos.....	9
<i>1.2.1 Características Gerais</i>	<i>9</i>
<i>1.2.2 Classificação</i>	<i>11</i>
<i>1.2.3 Titularidade.....</i>	<i>14</i>
1.3 A Concessão dos Serviços Públicos.....	15
<i>1.3.1 Natureza Jurídica.....</i>	<i>17</i>
<i>1.3.2 Modalidades.....</i>	<i>19</i>
<i>1.3.3 Análise do contrato de concessão</i>	<i>26</i>
<i>1.3.4 Modalidades de extinção da concessão</i>	<i>28</i>
2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	30
2.1 Aspectos Sociais da Recuperação Judicial: a Função Social da Empresa	30
2.2 Aspectos.....	31
<i>2.2.1 Condições.....</i>	<i>32</i>
2.3 O Plano de Recuperação Judicial	34
<i>2.3.1 O Procedimento de Recuperação Judicial.....</i>	<i>34</i>
<i>2.3.2 A Assembleia Geral Deliberativa.....</i>	<i>35</i>
2.4 O Regime de Recuperação Judicial	37
2.5 Objetivos da Recuperação Judicial	38
3 O CASO CELPA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	39
3.1 Aplicação do Instituto da Recuperação Judicial às Empresas Concessionárias de Serviço Público.....	39
3.2 O histórico do caso	40
3.3 A efetividade da recuperação judicial da concessionária	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O serviço público, para que seja realizado de forma efetiva, poderá ser, nos casos especificados em lei, concedido pelo Poder Público a empresas privadas, mediante licitação. Dessa forma, as empresas concessionárias auxiliarão o Poder Concedente, nos termos da Lei 8.987/95, na realização do serviço público, para que sejam alcançados os fins do próprio Estado. Para tal, é cediço que a concessionária deve estar em condições plenas de funcionamento; uma crise econômico-financeira no âmbito de uma empresa, sendo esta concessionária ou não, abala, não somente sua estrutura funcional, mas, acima de tudo, o serviço por esta prestado.

Partindo-se desse princípio, o presente trabalho procede à análise do caso das Centrais Elétricas do Pará, a CELPA, concessionária de serviço público de energia elétrica, que requereu recuperação judicial. O que se discute, por derradeiro, é o efetivo cabimento do instituto da recuperação judicial, instituído pela lei 11.101/2005, ao caso das empresas concessionárias, uma vez que o instituto da encampação, previsto, de outro lado, pela Lei 8.987/95, possui como objetivo a intervenção da empresa concessionária que não mais tem condições de continuar a prestar serviços. Ademais, observa-se a recente Medida Provisória nº 577/2012, e suas disposições, aplicadas ao caso.

A Medida Provisória nº 577/2012 visou proibir a aplicação do instituto de recuperação judicial às empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica. Isso porque, nesses casos, restou determinada a exclusiva intervenção da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Nesse sentido, o capítulo 1 tratará, inicialmente, do serviço público concedido. Tomando como base o conceito de serviço público, este previsto no artigo 175 da Constituição Federal, parte-se para a análise das características dos serviços públicos, a classificação mais adotada por parte da doutrina, e a quem cabe a titularidade dos serviços públicos. Desta feita, procede-se ao estudo das concessões de serviços públicos, e suas modalidades, assim como uma breve análise do contrato de concessão.

Com a determinação parcial do objeto de estudo, será trabalhado, no capítulo 2, o instituto da recuperação judicial. Iniciar-se-á o capítulo com o tratamento da função social da empresa, a partir das mudanças trazidas pela Lei 11.101/2005. Esta lei criou a recuperação judicial, em substituição à antiga concordata. Assim, sendo considerada a empresa propriedade produtiva, há também de cumprir a função social.

Após, passar-se-á aos procedimentos que devem ser observados quando do deferimento do pedido de recuperação judicial, como as condições para o que o pedido seja aceito, até a apresentação do plano de recuperação judicial e a assembleia de credores, todos nos termos da referida lei. Isso para que a empresa possa efetivamente voltar às suas atividades.

O capítulo 3 tratará das Centrais Elétricas do Pará, a CELPA, empresa concessionária de serviço de energia elétrica que requereu recuperação judicial no início do ano de 2012. Após a análise do caso, se verificará se o pedido poderia ter sido deferido, e quais os cuidados que o Estado deve tomar para que não sejam prejudicados os serviços realizados pela empresa concessionária, isto é, para que haja a efetiva continuidade do serviço, sem o prejuízo aos usuários.

Portanto, este trabalho mostrará quais são as opções para que uma empresa concessionária em crise possa reerguer-se. Ou, caso não seja possível o soerguimento destas empresas, quais as alternativas dadas ao Estado para que mantenha os serviços prestados.

1 SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO

1.1 Conceito de Serviço Público

A expressão serviço público surgiu na França, no começo do século XX, a partir dos estudos da Escola do Serviço Público, comandada por León DUGUIT e Gaston JÉZE¹.

Foi DUGUIT quem sustentou a ideia do Estado como uma coordenação de serviços públicos. Para ele, o Direito Administrativo tinha como objetivo o ordenamento do serviço público, na consecução da função administrativa. De outro lado, JÉZE entendeu os serviços públicos como o conjunto objeto de estudo do Direito Administrativo, serviços estes tanto diretamente explorados pelo Estado, como concedidos pelo poder público para que sejam executados pela iniciativa privada.

Deste lado, a ideia é a de que o Direito Administrativo é explicado a partir do conceito de serviço público. Os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado. Segundo a tese da Escola do Serviço Público, inserida numa perspectiva restritiva de tentativa de conceituação do próprio Direito Administrativo, ao governante seria encarregada a administração e o funcionamento destes serviços, para satisfação do bem estar social; o serviço público seria caracterizado como toda a atividade estatal indispensável à manutenção da sociedade, havendo, assim, um cuidado diferenciado.

Mas críticas à Escola do Serviço Público se fazem presentes, no sentido de que o conceito ao qual a Escola se remete resta incompleto e pouco elucidativo. A não uniformidade dos conceitos dos membros da Escola, mais especificamente DUGUIT e JÉZE,

¹ Com o pretexto de instituir a Escola de Bordeaux, a Escola do Serviço Público surgiu no final do século XIX, e teve como destaque os estudiosos GASTÓN JÉZE, LEÓN DUGUIT e BONNARD. Inspirava-se na jurisprudência do Conselho de Estado francês que, a partir do caso Blanco, passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos. Passou a ser vista como referencial para o estudo do Direito Administrativo, elaborando uma definição de serviço público sob uma base sociológica, caracterizando as atividades prestadas pelo Estado visando o atendimento de finalidades sociais.

cujos conceitos divergem em alguns aspectos, constitui a principal crítica dos estudiosos à Escola do Serviço Público.

De toda forma, constata-se que o elemento central na definição de serviço público é, para o expoente da chamada Escola Francesa, DUGUIT, este acompanhado de ROGER BONNARD, o atendimento das necessidades dos cidadãos, o que vai se chamar, nos autores contemporâneos, de elemento material do conceito. Daí porque diz-se que, ao adotar essa abordagem na conceituação de serviço público, o estudioso acaba por utilizar uma noção mais ampla do instituto. Ou seja, para ele, de um ponto de vista sociológico, o instituto se resumiria, sucintamente, como todas as atividades realizadas pelo Estado. E foi neste aspecto que Gaston Jéze embasou suas críticas.

A necessidade da presença de um procedimento de direito público, além do atendimento das necessidades da coletividade, foi sustentada por JÉZE, que identificou assim o que se convencionou chamar de regime jurídico de direito público, restringindo, deste modo, a noção de serviço público proposta por León Duguit.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello, a despeito de sua admiração por DUGUIT, sinaliza que tal noção, em face de tal aspecto, não fornece elementos que permitam configurar a fisionomia jurídica do conceito, caracterizando-se, por isso, “como um fenômeno que servirá de indicação para o político, o legislador”². Para ele, “uma vez que se reporta diretamente à realidade social subjacente à construção jurídica, desdenha fornecer as referências concretas necessárias ao intérprete, juiz ou doutrinador, que se abroquele estritamente na perspectiva do cientista do Direito, isto é, daquele que se defronta com um sistema construído e não a construir”. Em suas palavras:

“Segue-se que para evocar no espírito uma dada individualidade é preciso que “serviço público” seja locução designativa de uma certa e específica atividade e não de toda e qualquer atividade administrativa. Logo, deverá estar reportada a algo distinto, por exemplo, das limitações administrativas à liberdade e à propriedade, que se convencionou chamar de poder de polícia; distinto também das atividades estatais de fomento; distinto igualmente das obras públicas; diverso, ainda das atividades expressadas exclusivamente por atos jurídicos, como as notariais e

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 664.

registrais; diferente, outrossim, das impositivas de sacrifícios de direito, como as desapropriações e servidões e assim por diante.”³

O denominador comum identificado entre os dois pensadores da Escola consiste, em uma interpretação mais ampla, na noção do que se opera como ideia-chave para o direito administrativo, que a tarefa do administrativista se restringe à teoria dos serviços públicos, e o próprio Estado nada mais é que um conjunto de serviços públicos.

No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por MÁRIO MASAGÃO. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”⁴.

Feita esta digressão histórica e teórica, o fato é que constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir com precisão o que constitui um serviço público. A expressão admite mais de um sentido, ou conceito, que, com a evolução do Estado e do próprio tema em si, acabou por constituir e possuir vários aspectos e elementos.

Pode-se observar que, seguindo a tradição das demais Constituições, a Carta de 1988 não traz uma definição precisa do serviço público; a expressão é utilizada com sentidos levemente distintos ao longo de seu texto. Ainda assim, voltada ao objetivo de concretizar os valores de um Estado Social e Democrático de Direito, o constituinte originário fornece referenciais que permitem identificar a noção de serviço público que se pretende para a sociedade brasileira.

Contemporaneamente, CARVALHO FILHO⁵ interpreta o texto constitucional e entende, sucintamente, a admissão de dois sentidos fundamentais presentes no conceito de serviço público. O primeiro deles, o subjetivo, levar-se-ia em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Em outro sentido, o objetivo, o serviço público seria a atividade em si, prestada pelo Estado, juntamente a seus agentes. E é este último aspecto, o objetivo, que deve ser tratado para fins de desenvolvimento. Ainda, dentro deste aspecto, segundo o autor, o tema suscita distinções. O

³ MELLO, op. Cit., p.666.

⁴ MASAGÃO, Mário. Conceito de Direito Administrativo. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 1968. P. 252.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 295.

conceito aceitável, para ele, seria aquele que se alcança com a inclusão dos vários critérios relacionados à atividade pública.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello⁶ compreende, de uma forma mais complexa, alguns aspectos para a determinação do conceito de serviço público. Para que reste caracterizado o serviço público, o autor elenca a indispensável presença de alguns aspectos: (a) tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários; (b) consistir em atividade material; (c) destinar-se à satisfação da coletividade em geral; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente indispensável para a satisfação dos interesses da Sociedade; (e) ter havido como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque assume como pertinente a si próprio (ainda que nem sempre com exclusividade); (f) submetê-la a uma específica disciplina de direito público. Os cinco primeiros requisitos consistem no substrato material da noção de serviço público, e o último o formal, isto é, aquele que confere caráter jurídico à noção.

Não será apenas, portanto, pelo fato da atividade ser muito importante para a vida social que será considerada como serviço público. Ademais, a circunstância de ser o serviço desempenhado pelo Estado, por si só, também não o caracteriza como público. Ressalte-se que o Estado desempenha ainda atividades de cunho econômico – como ocorre com algumas empresas públicas e sociedades de economia mista –, atividades estas realizadas por meio do regime jurídico de direito privado, não incluídas no rol dos serviços públicos.

Deste modo, Bandeira de Mello conceitua serviço público como, *verbis*:

“Serviço público é a atividade consistente na oferta de utilidade e comodidade material, fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade e cujo desempenho entende que deva se efetuar sob regime jurídico de direito público, isto é, outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.”⁷

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 670.

⁷ Idem. P. 658.

Contudo, ainda que Celso Antônio Bandeira de Mello não destaque o traço da subjetividade como elemento autônomo do serviço público, é certo que em seu conceito refere que tal função será sempre prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes.⁸

Complementando a ideia proposta pelo referido autor, Marçal JUSTEN FILHO⁹ destaca uma atividade pública, não exclusivamente exercida de forma direta pelo Estado, sendo este sempre o titular do serviço. Define serviço público como sendo uma atividade pública administrativa, de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

Cabe frisar, neste caso, a presença da vinculação a um direito fundamental proposta por JUSTEN FILHO, segundo o qual o instituto tem o intuito de concretizar necessidades individuais ou transindividuais. Assim, os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados, sendo desta feita caracterizados como um fim, cujo meio tratar-se-á do regime jurídico de direito público.

Por último, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁰ apregoa no sentido de que serviço público é toda atividade que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público. Percebe-se que a autora utiliza-se, portanto, do critério material, ou seja, o da atividade, para elaborar o conceito.

De todo modo, o que se observa é que, classicamente, os requisitos exigidos para a configuração de serviço público mostravam-se exclusivamente quanto à atuação do Estado no âmbito do interesse social. À sua vez, atualmente o que se percebe é que o conceito de serviço público deve levar em conta, também, a influência do interesse econômico ampliativo e integrativo entre os membros da coletividade.

⁸ Afirma que os serviços públicos “pertencem, por definição, ao setor público e estão nele inamovivelmente sediados (...). Isto não significa que não possam ser prestados por particulares. Significa, entretanto, que o titular deles é o Estado: que a senhoria sobre eles fica permanentemente retida em mãos do Poder Público (...)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. Revista trimestral de serviço público, São Paulo, n. 22, p. 173).

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 566

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 102

Ainda, é possível verificar o elemento material tomado pelos doutrinadores brasileiros como um traço marcante quando da caracterização do serviço público. Ainda que os autores anteriormente citados não atribuam a tal elemento a mesma nomenclatura e alcance, é possível identificar, como traço comum entre todos, no que se refere ao aspecto material, que trata-se de atividade que possui como objetivo o atendimento às necessidades coletivas.

No tocante à jurisprudência, cabe mencionar a posição do STF quanto ao tema. Em manifestação da arguição de preceito fundamental (ADPF) número 46/DF¹¹, o STF posicionou-se à frente de várias questões; cabe citar, momentaneamente, como o órgão máximo do poder judiciário entende o conceito do instituto do serviço público. Em discussão ampla e decisão tomada por maioria de votos, o Ministro Marco Aurélio entendeu que se

¹¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. ADPF 46/DF. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>
Nesta ADPF, o STF tratou do privilégio na entrega de correspondências e do serviço postal no Brasil, realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

tipifica um conceito *lato sensu* de serviço público “a partir da abrangência do que se possa ter por presença do Estado no papel de algumas atividades, pela atuação e interesses a que se protege”. Por fim, a referida decisão atenta também para a classificação de serviço público. Não é utilizada somente a análise ontológica do tema, mas também a finalidade e os efeitos que se busca alcançar a partir da execução do serviço.

Ante o exposto, e diante de todo estudo a respeito do tema, o presente trabalho não possui, nem de longe, a intenção de definir de alguma forma um conceito para o instituto; partiremos, contudo, do conceito de serviço público que entendemos mais apropriado ao caso, qual seja, objetivamente, aquele prestado de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, pela Administração ou por seus delegados, sob regras e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.

1.2 Características dos Serviços Públicos

Com base nos entendimentos anteriormente assinalados, pode-se concluir que as características dos serviços públicos serão decorrentes da própria conceituação do instituto. São, desta feita, características que conferem ao instituto uma forma jurídica, inserindo-se nesta forma caracteres quanto ao sujeito que presta o serviço, a finalidade que se propõe a partir da execução do serviço, e o regime jurídico sob o qual o mesmo será realizado.

1.2.1 Características Gerais

Primeiramente, constitui objetivo do Estado a prestação de serviços públicos, sempre com a finalidade do interesse público. Assim, são criados e regulamentados pelo poder público, cabendo também a este a fiscalização dos mesmos. Importante é salientar que as relações sociais e econômicas modernas permitem, e acima disto, exigem em alguns casos a delegação da execução de tais serviços a particulares. Isto, contudo, como veremos mais a frente, não desconstitui a natureza do serviço, já que a titularidade permanece com o poder público.

Diante disto, o interesse coletivo também pode ser observado como uma característica essencial do serviço público. Como gestor dos interesses da coletividade, o

Estado não pode tomar como objetivo outro que não propiciar à sociedade todo tipo de comodidade. Assim, podemos perceber, como determina CARVALHO FILHO¹², que aqui, os serviços essenciais ou primários serão executados em sua maior dimensão possível, já que trata-se das principais demandas existentes na coletividade. Não obstante, ainda que os serviços caracterizem-se como não essenciais ou secundários, o Estado irá executá-lo da melhor forma que lhe achar conveniente.

De toda forma, serviço essencial ou não, primário ou secundário, vê-se que o objetivo buscado será sempre o interesse da coletividade.

Com a observância da finalidade do interesse público, visando atender os interesses da coletividade em geral, resta que o serviço seja realizado por meio de um regime jurídico de direito público. Isso não significa dizer, porém, que este regime deverá ser totalmente público. Como já dizia DI PIETRO, o regime poderá ser parcialmente público, como é o que se vê nos casos dos entes colaboradores; entes particulares prestando serviços em colaboração com o poder público. Serão impostas, da mesma forma, as exigências de um serviço realizado totalmente em regime de direito público, como a fiscalização do serviço, a prestação de contas, dentre outras.

Isso significa, também, a sujeição ao dever inescusável do Estado em prestar o serviço, direta ou indiretamente, casos em que, caso verifique-se omissão do Estado na prática, caberá a responsabilidade do mesmo por danos. Ainda, a submissão aos princípios que regem a atividade do poder público, como a supremacia do interesse público sobre o privado, sob o qual advém a ideia de norte necessário poder público como sendo o interesse da coletividade; o princípio da universalidade, para um serviço aberto à totalidade da população; o princípio da continuidade, tendo em vista a não paralisação destes serviços, principalmente aqueles considerados essenciais, dentre outros.

¹² Importante ressaltar que, como assevera CARVALHO FILHO, os parâmetros de essencialidade não se encontram previamente definidos, podendo variar de acordo com o lugar e tempo em que a atividade é desempenhada. Desta feita, em alguns países um serviço pode ser caracterizado como essencial, enquanto em outros esse mesmo serviço poderá não o ser. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 298.

1.2.2 Classificação

Como pode ser verificado previamente, o entendimento relacionado a serviços públicos varia muito dentre os autores que tratam do tema. À vista destes aspectos, diversas classificações são apresentadas pela doutrina administrativista, dentre as quais podem ser destacadas algumas delas.

Em primeiro lugar, quando da execução do serviço por parte do Estado, este sempre terá como foco os interesses da coletividade. Contudo, a realização destes serviços pode ser realizada de forma direta e indireta; por isso, o Estado, ao realizar serviços de organização interna acaba por atender, embora indiretamente, também aos interesses da coletividade.

Nesse sentido, temos que os serviços públicos podem ser classificados como administrativos ou de utilidade pública. Os primeiros são aqueles que o Estado realiza com o intuito da própria organização interna, com o fim de melhor equacionar a atividade estatal, como os serviços de publicidade oficial, a Imprensa Oficial, ou implementação de um centro de pesquisa. Os últimos, os de utilidade pública, também chamados de fruição direta, fluem diretamente a favor da população; isto é, atende diretamente aos anseios e necessidades da coletividade, como os serviços de saúde, segurança pública, transporte.

Em outro plano, pode-se compreender também os serviços públicos como sociais e econômicos. Serviços sociais atendem às necessidades básicas da população, representando tanto uma atividade com o fim maior de comodidade à coletividade, quanto aqueles serviços de assistência e protetivos. É importante frisar que a execução destes serviços é realizada por meio da arrecadação de tributos, tais como assistência educacional, médica, e apoio a comunidades carentes. De outro lado, os serviços econômicos são aqueles que se destinam à exploração de atividades de caráter comercial ou industrial, e, acima de tudo, com o fim de lucro. Exemplos comuns são aqueles relacionados à energia elétrica, transporte coletivo e outros do gênero.

Cabe frisar que os serviços econômicos são passíveis de execução tanto pelo Estado, diretamente, quanto por pessoas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, por meio de delegação. O artigo 170 da Constituição Federal

assevera, a princípio, que estas atividades serão exercidas pela livre iniciativa, tipicamente. Contudo, o artigo 173 da Carta Magna prevê a execução destes pelo Estado, assim como dito anteriormente, também por meio da administração indireta. São elas as atividades bancárias, serviços relacionados à extração de petróleo e correios¹³.

Outra classificação a ser analisada é aquela quanto a quais serviços são passíveis de execução direta ou não. Os serviços delegáveis são aqueles passíveis de execução, também, por um particular, como no caso dos serviços de telefonia e energia elétrica. Porém, alguns serviços são indelegáveis, ou seja, não podem ser realizados por particulares; apenas podem ser prestados pelo Estado, de forma direta. Isso se dá devido à natureza específica destes serviços, não podendo ser delegados com vistas à própria segurança do Estado. É o caso dos serviços de segurança pública, de prestação jurisdicional e polícia judiciária, dentre outros.

Releva observar que a essencialidade, diferentemente da classificação observada acima, refere-se a atividades consideradas básicas para a coletividade, e portanto não se vinculam à delegação ou não do serviço.

Dividem-se serviços públicos, ainda, em compulsórios e facultativos. Serviço compulsório é aquele que não é passível de recusa por parte do destinatário. Os serviços compulsórios são prestados à coletividade de uma maneira geral; e o cidadão, ainda que não os utilize, paga por eles por meio de taxa, como no caso dos serviços de iluminação pública, por meio de tarifa ou preço público. Já o serviço facultativo pode ser recusado; o destinatário o utiliza se achar conveniente, e apenas remunerará o serviço que utilizar. Esses serviços podem ser suprimidos caso não sejam pagos pelo usuário. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada em Lei¹⁴. O serviço compulsório, todavia, não pode ser suspenso, não só devido à imposição coercitiva do mesmo por parte do Estado, mas também porque a Fazenda Pública se utiliza de mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida.

¹³ No que se refere ao serviço postal no Brasil, este é executado, em monopólio federal, pela Empresa de Correios e Telégrafos – ECT – quem foi atribuída exclusividade de execução.

¹⁴ A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões de serviço público, e ostenta em seu artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, que *não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência, ou após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.*

Pode-se, também, classificar os serviços em privativos ou comuns. A Constituição Federal, quando da repartição de competências, determinou especificamente que algumas atividades fossem prestadas por certos entes da administração, como também deixou a cargo de quem possui interesse a realização de outros serviços. Dessa forma, são classificados como serviços privativos aqueles aos quais o constituinte originário determinou, exclusivamente, a realização por apenas uma das esferas da federação. É o caso, por exemplo, de serviço privativo a emissão de moeda, bem como o serviço postal, de competência exclusiva da União, podendo, portanto, ser executados apenas e exclusivamente por esta. Serviços comuns, de outro lado, podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa. A Constituição os enumera em seu artigo 23. Frise-se que tais serviços dependem da edição de leis complementares

Conforme assevera DI PIETRO:

1. A noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social;
2. É o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;
3. Daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;
4. Não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público como poder de polícia. Fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.¹⁵

Em última análise, os serviços públicos podem ainda ser classificados quanto ao seu destinatário final. Assim, são serviços coletivos, ou *uti universi*, aqueles serviços cujos destinatários não são identificáveis, sendo, portanto indivisíveis, prestados de acordo com a conveniência e oportunidade do Estado. De outro lado, têm-se os serviços

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. P. 280.

singulares, que possuem destinatários individualizados, identificáveis, criando, dessa forma, direito subjetivo.

É importante frisar que além destas classificações, é possível catalogar mais algumas outras, com base em diversos critérios. Contudo, as utilizadas no presente trabalho são aquelas observadas com maior frequência na doutrina administrativista brasileira.

1.2.3 Titularidade

Em princípio, tende-se a assumir que a titularidade dos serviços públicos reste apenas, e exclusivamente, nas mãos do Estado. Ocorre, porém, que há casos em que a própria Constituição não conferiu ao poder público exclusividade na prestação, permitindo, também, à iniciativa privada a sua execução. Assim, o serviço público pode ser executado, realizado pelo Estado diretamente, ou pela iniciativa privada.

Deste modo, o fato de o ente público deter a titularidade sobre o serviço não significa que apenas o Estado, diretamente ou por meio de alguma entidade sua, poderá realizá-lo, nos casos que detenha exclusividade sobre a titularidade do serviço. Na maioria dos casos, estará obrigado a executá-los ou, disciplinar a sua realização por terceiros.¹⁶

De outro lado, mostra-se necessário averiguar qual será a entidade federativa apta para executar, disciplinar e exercer o controle sobre os diversos serviços públicos, uma vez que é a federação o modelo adotado no Brasil. Faz-se necessário, desta feita, analisar as linhas de competência conferidas pela própria Constituição Federal a cada um dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Pode-se, assim, sob este aspecto, os serviços públicos como federais, estaduais, distritais e municipais.

Observa-se na Lei Maior que o constituinte originário adotou um sistema de repartição de competências, apontando expressamente algumas delas, enquanto deixa outras a cargo de todos os entes. O mais importante a se observar é, como assevera CARVALHO

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILHO¹⁷, que a despeito de existirem serviços reputados privativos de cada ente e outros comuns a todos eles, a relevância do critério relativo à extensão territorial dos interesses se faz presente. Assim, tratando-se de serviço que abrange toda a extensão territorial do país, deve ele ser prestado pela União; por outro lado, se o serviço possui uma abrangência estadual, deverá ser prestado pelo estado específico, e assim, também, no tocante ao município. Nos casos relativos a interesse regional, o desejável é que os entes, em conjunto, realizem consórcios ou convênios, a fim de que a prestação do serviço tenha, concomitantemente, um caráter global e específico.

A regulamentação do serviço deverá ser feita, à sua vez, de acordo com a entidade que possui a competência para realizá-lo. Assim, considera-se que o serviço apenas poderá ser executado se for regulado, fixadas as diretrizes e regras para a sua execução do serviço. O ente estatal em questão, além de regulamentar o serviço por meio de lei, decreto, ou outros atos normativos, também terá de exercer sobre o mesmo o devido controle, pois este é ato intrínseco da titularidade do serviço, ou seja, se a determinado ente federativo foi dado o dever de realizar determinado serviço, também deverá ele avaliar as condições em que será prestado.

Por último, releva salientar que, em momento algum a titularidade do serviço será transferida a um ente particular. Ainda que realizada a execução do serviço pela iniciativa privada, por intermédio da concessão ou permissão a titularidade ainda permanecerá com o poder público, o único titular de serviço público.

1.3 A Concessão dos Serviços Públicos

Historicamente, a concessão de serviço público foi a primeira forma de que o Estado se utilizou para delegar serviços a terceiros. Com a crise do liberalismo, o Estado passou a assumir alguns encargos nos âmbitos econômico e social, buscando e encontrar novas formas de gestão dos seus serviços. Foi a partir daí que se começou a utilizar a concessão de serviços públicos.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 303.

Como visto anteriormente, ao Estado cabe a execução de serviços públicos, em prol do interesse público e da coletividade. Contudo, não será sempre que o Estado realizará tais serviços de forma direta, ou seja, a execução direta dos serviços por parte do poder público não é regra absoluta, sendo frequentemente delegada a outras pessoas como forma de descentralização administrativa.

Na outorga, ou delegação legal¹⁸, há a transferência da execução do serviço a outro ente estatal, permanecendo o serviço no âmbito do poder público. Em outras situações, a transferência da execução do serviço é feita a um ente particular, o qual será responsável pela execução do serviço, permanecendo, no entanto, a titularidade, nas mãos do Estado.

A doutrina administrativista brasileira apresenta três espécies ou sistemas de delegação de serviço público. O primeiro, ao qual se dedica o presente trabalho, é o sistema da concessão de serviço público, de maior complexidade e mais frequente, dentre os contratos celebrados pelo poder público. O segundo, de menor complexidade, é o sistema da permissão de serviços públicos. O terceiro é o sistema de autorização de serviços públicos, o qual envolve o exercício de uma atividade precária. Esses sistemas tem peculiaridades próprias, interessando a este trabalho apenas o sistema da concessão de serviço público, que, ao lado da permissão, encontra-se expressamente previsto na Constituição, *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Não existe homogeneidade doutrinária acerca da definição do instituto da concessão. Segundo DI PIETRO¹⁹, para fins de sistematização, a doutrina pode ser classificada em três grupos: o primeiro, seguidor da corrente italiana, que atribui acepção extremamente ampla ao vocábulo concessão, que abrangeria qualquer tipo de ato pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; um segundo grupo, que distingue a concessão translativa da constitutiva, admitindo três espécies; e a última, que atribui uma

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 335

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 291

acepção restrita à concessão, que significaria apenas a delegação de poderes para a prestação de serviços públicos.

A segunda corrente é a preferida dos doutrinadores brasileiros. Portanto, a concessão de serviços públicos é, então, o instituto por meio do qual o Estado transfere a execução de determinado serviço a um ente privado, ente este que aceita prestá-lo em nome próprio²⁰ e por sua conta em risco, por meio de contrato administrativo.

De toda sorte, segundo DI PIETRO,

“(…) pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. (...)”²¹

Para a corrente majoritária brasileira, a concessão translativa seria a transferência de um bem ou direito, de um sujeito a outro, enquanto a concessão constitutiva ocorre quando o Estado constitui um poder menos amplo em favor do concessionário. A única modalidade de concessão que se encaixa neste último modelo de concessão é a concessão de uso de bem público.

1.3.1 Natureza Jurídica

É de suma importância observar que a lei exige a comprovação da personalidade jurídica do concessionário ou da regularidade do consórcio de empresas. Trata-se de requisito para a validade da contratação, sob pena de o contrato apresentar vício de legalidade quanto à figura do concessionário.

²⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello utiliza a expressão “nome próprio” para distinguir as referidas concessões dos simples contratos de prestação de serviços travados entre o Estado e sua contraparte. Nas concessões, instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços ao público, enquanto nos simples contratos de prestação de serviços o contratado restringe-se a prestar serviços apenas ao Estado. Parte daí a insistência da doutrina em determinar que as concessionárias agem em nome próprio.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. P. 293

No tocante à natureza jurídica da concessão, os doutrinadores se dividem em algumas correntes, as quais foram sistematizadas por José Cretella Júnior²² em três grupos: o das teorias unilaterais, o das teorias bilaterais e o da teoria mista. A corrente das teorias unilaterais divide-se em dois grupos: o primeiro grupo entende que a concessão é um ato unilateral do Poder Público, uma vez que as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração (cláusulas exorbitantes); o segundo grupo defende que existem na concessão dois atos unilaterais, sendo um do poder público, ato de império, e um do particular, regido pelo direito privado. Neste caso, o poder público irá fixar as condições que, posteriormente, serão aceitas pelo particular, que anui aos termos e condições estabelecidas nas ditas cláusulas exorbitantes.

Ainda de acordo com a classificação de CRETELLA JÚNIOR, as teorias bilaterais também podem ser subdivididas em três grupos: o primeiro acredita que a concessão consiste em contrato de direito privado, em nada diferindo dos contratos regidos pelo direito comum; um segundo grupo defende que a concessão consiste num contrato de direito público, submetido assim a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum²³; já o terceiro grupo entende que a concessão é contrato de direito misto; isto é, sujeito parcialmente ao direito público e parcialmente ao direito privado.

Por último, os autores que defendem a teoria mista entendem que a concessão é ato unilateral do poder público, que estabelecerá as cláusulas exorbitantes, mas que também consiste em contrato, que busca o equilíbrio econômico-financeiro entre o ente público e a iniciativa privada.

A grande maioria dos doutrinadores brasileiros se colocam no sentido de que a natureza jurídica da concessão é a de contrato administrativo, e sujeito portanto ao regime jurídico de direito público. Nesse sentido afirma DI PIETRO²⁴:

“Colocamo-nos entre os adeptos da terceira corrente, que aceita a existência do contrato administrativo como espécie do gênero contrato.” (...)

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011., p. 293.

²³Idem. p. 294

²⁴Ibidem. p. 294.

“É verdade que enquanto, em alguns casos, todas as condições decorrem do próprio ato de concessão, em outros, algumas das condições já constam do ordenamento jurídico previamente estabelecido, vinculando as partes contratantes. Mas isto não retira à concessão a natureza contratual, da mesma forma que não perdem essa natureza os contratos de adesão em geral, pois a outorga do objeto do contrato (serviço público, obra pública ou uso privativo) somente se efetuará mediante manifestação expressa de ambas as partes, implicando, o consentimento do concessionário, aceitação das condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Além disso, existem, ao lado dessas cláusulas ditas regulamentares, outras que se denominam financeiras ou contratuais propriamente ditas, em que as partes estipulam, o prazo, a remuneração, os casos de rescisão, ou outras condições que não estejam predeterminadas em Lei.”

O objeto da concessão, em geral, é o serviço a ser prestado pelo particular. Tem-se, assim, uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado, o qual fixa unilateralmente as condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço e os encargos, bem como as condições sob as quais a concessionária irá realizar o serviço. Para o concessionário, a prestação do serviço é apenas um meio para a realização do seu fim, qual seja, o lucro.

CARVALHO FILHO relembra:

Atividades meramente econômicas, por conseguinte, são inidôneas para figurar como objeto de contratos de concessão, ainda que, por impropriedade técnica, sejam assim denominados. É o caso da Lei nº 9.478, de 6/8/1997, reguladora da política nacional de atividades petrolíferas, que denomina de contrato de concessão o ajuste celebrado pela ANP – Agência Nacional de Petróleo e empresas privadas, com o fim de serem executadas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (arts. 23 e 43). Há evidente errônea na nomenclatura legal. Tais atividades são eminentemente privadas, de caráter empresarial, muito embora se constituam monopólio da União, exercido, por longos anos, exclusivamente pela PETROBRAS, e hoje suscetíveis, parcialmente, de execução por empresas privadas, conforme as alterações introduzidas pela EC nº 9/95 no art. 177 da Lei Maior. A referida lei institui a disciplina básica de tais contratos, mas o certo é que, apesar de algumas regras especiais, não se configuram eles como contratos de concessão de serviços públicos, tais como desenhados pelo artigo 175 da CF, mas sim como simples contratos privados, e isso porque, simplesmente, seu objeto não é a prestação de um serviço público, mas o mero desempenho de atividade econômica.

Veja-se que, a despeito da finalidade maior das concessionárias a partir do contrato de concessão, saliente-se que a atividade deve, exclusivamente, tratar-se de serviço público.

1.3.2 Modalidades

A classificação básica, mais utilizada, divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: as concessões comuns e as concessões especiais. As concessões

comuns são reguladas pela Lei 8.987/90, e comportam as concessões de serviços públicos simples, e as concessões de serviços públicos precedidas de execução de obra pública.

À sua vez, as concessões especiais são reguladas também por lei própria, a Lei nº 11.079/2004, e subdividem-se em concessões patrocinadas e concessões administrativas. São as concessões especiais caracterizadas pelo recebimento de contraprestação pecuniária do concedente. São as “parcerias público-privadas”²⁵.

No que tange ao regime de concessão comum, a doutrina distinguiu duas modalidades do instituto, a saber, a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública. No Brasil, tanto a primeira quanto a segunda são denominadas, simples e genericamente, de contratos administrativos.

1.3.2.1 Concessão de Serviço Público Simples

A concessão de serviço público simples é a clássica modalidade de serviço delegado pelo poder público, definida como “o contrato administrativo por meio do qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”²⁶. Neste aspecto, o poder público é o concedente, e o ente privado, aquele que executa o serviço, é denominado de concessionário.

Esta modalidade de concessão é feita, necessariamente, por meio de concorrência, convocada pelo poder concedente, devendo o ente demonstrar plena capacidade para a execução dos serviços a serem prestados, por sua conta em risco e no prazo determinado, como prevê a Lei 8.987/95. CAIO TÁCITO²⁷ atribui à concessão simples um caráter triangular, já que, embora o vínculo principal seja entre o poder concedente e a concessionária, há também outras relações jurídicas, como a entrada do usuário do serviço,

²⁵ CARVALHO FILHO utiliza a distinção entre concessões comuns e especiais, determinando que as concessões comuns podem ser observadas na Lei 8.987/95, enquanto as especiais, instituídas recentemente, estão disciplinadas na Lei nº 11.079/2004.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 338.

²⁷ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 286.

mediante o pagamento de tarifa. É importante, portanto, observar aqui a tríplice participação de sujeitos: o poder concedente, o ente concessionário e o usuário.

O contrato de concessão vem acompanhado das cláusulas exorbitantes, cláusulas estas que conferem ao concedente poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, assim, como aplicar algumas penalidades. Possui, da mesma forma, cláusulas financeiras, concernentes ao equilíbrio econômico-financeiro, como já explicitado em outro momento. Aplica-se também, neste âmbito, as teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

Frise-se que o papel do usuário nesta relação é de suma importância, pois será ele que remunerará o concessionário. Com efeito, a remuneração básica do serviço decorre de tarifa paga pelo usuário. Há, ainda, outras formas de remuneração, previstas no artigo 11 da Lei 8.987.95, como projetos associados, decorrente sempre da própria exploração do serviço. Ademais, há situações incomuns, como os serviços de rádio e televisão, os quais são custeados por anúncios publicitários, os quais, a partir de sua eficácia, auferirão os lucros ao poder concedente.

Objetivamente, a concessão simples pode ser vista diante sob aspectos: um mediato, e um imediato. O aspecto mediato significa, em sucinta análise, a vontade administrativa de comandar determinado serviço público de forma descentralizada, conferindo desta forma maior eficiência na prestação do serviço à coletividade, para atender melhor aos interesses desta. Sob o aspecto imediato, o objeto da concessão, consiste na própria execução do serviço público, com sua devida fruição pelos indivíduos que a solicitam. Portanto, no que concerne ao objeto, observa-se primeiro uma diretriz administrativa, pela qual se verifica a conveniência da concessão. Após, ajusta-se o contrato para buscar os fins almejados.

1.3.2.2 Concessão de Serviço Público Precedida da Execução de Obra Pública

Esta modalidade de concessão foi por muito tempo conhecida como concessão de obra pública²⁸. Contudo, essa expressão dá a entender que o poder público

²⁸ A expressão era adotada tradicionalmente pelos estudiosos, como HELY LOPES MEIRELLES (p. 242)

transferia ou concedia uma obra pública, o que não ocorria na realidade. O que de fato acontece é a concessão da atividade, ou seja, do serviço, caso em que o poder público autoriza o concessionário a executar previamente a obra, para, depois, prestar o serviço. Verifica-se, desta feita, uma duplicidade quanto ao objeto desse tipo de concessão.

Pode-se, então, definir a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como o contrato administrativo por meio do qual o poder público acorda com a pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta em risco, delegando construtor, após a realização da construção, a exploração do serviço, por prazo determinado.

O que o poder público busca neste tipo de concessão é livrar-se do dispêndio que obras públicas acarretam, deixando todo o investimento a cargo, apenas, do concessionário. Assim, como este realiza investimentos de recursos elevados para realizar a referida obra, nada mais justo que lhe permitir a exploração do serviço a de poder recuperar o capital investido. Sob outro ângulo, a coletividade também se beneficia da obra, e o poder público, findo o prazo da concessão, assume a exploração, podendo ou não, conforme queira, conceder novamente o serviço.

Neste caso, pode ser verificada, como dita anteriormente, uma duplicidade de objetos. O primeiro deles consiste na execução de determinada obra pública. Existe, neste momento, um real contrato de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral – distingue-se deles, contudo, apenas no que diz respeito à circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução da obra. O segundo objeto seria aquele que traduz a real concessão, uma vez que, concluída a obra, o concedente transfere a exploração do serviço ao concessionário, por determinado período. Assim, quanto a este aspecto, caberá aos usuários, ou aqueles que disfrutarem do serviço, a sua remuneração (tarifa). Firma-se, desse modo, contrato de construção e de concessão do serviço.

A Lei 8.987, de 1995, em seu artigo 2º, assim dispõe sobre o assunto, *verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Observa-se que estão incluídas nesta modalidade de concessão aquelas referentes à construção, reforma e conservação. Nos primeiros casos, é assimilável o caráter de precedência em relação à execução do serviço, o que não se pode observar nos casos de conservação. A atividade de conservação de obras públicas será realizada, contudo, em concomitância com o serviço prestado, no lugar da precedência observada nos casos anteriores: à medida que as obras vão sendo executadas, o concessionário explora o serviço e é remunerado por tarifas. É o caso, por exemplo, dos pedágios.

Conclui-se, desta feita, que apesar da Lei determinar a concessão com a precedência de uma obra pública, é possível a realização da obra em concomitância com a exploração do serviço, não se devendo interpretar, portanto, com muita rigidez a letra da Lei.

1.3.2.3 Concessão de Uso de Bem Público

A concessão de uso de bem público não tem uma forma determinada em Lei. Trata-se de contrato administrativo por meio do qual o poder público confere a determinada pessoa o uso privativo de determinado bem público. Como se pode observar, seu núcleo conceitual assemelha-se ao das permissões de serviço público: em ambos, o particular tem direito ao uso privativo do bem público mediante consentimento formal por parte da Administração Pública. Não há aqui, contudo, como também não há nas outras modalidades de concessão estudadas, a precariedade que pode ser verificada nas permissões ou autorizações.

A doutrina observa a existência de duas espécies de concessão de uso: a concessão remunerada de uso de bem público, e a concessão gratuita de uso de bem público. Na concessão gratuita o uso privativo do bem não importa em pagamento de qualquer importância pelo concessionário ao concedente; já na remunerada, o uso do bem público pelo

particular exige seja paga uma remuneração ao concedente. CARVALHO FILHO exemplifica bem as duas formas²⁹:

“Os boxes de um mercado municipal ou a exploração de um hotel situado em prédio público podem ser objeto de concessão de uso remunerada ou gratuita, conforme o interesse da pessoa concedente. Imóveis públicos para moradia de servidores e para moradia e vigia de outros (algumas escolas tem nos fundos do terreno uma casa para residência do zelador e do vigia) normalmente são objeto de concessão de uso: quando o servidor (no caso do vigia) usa sem ônus, a concessão é gratuita; se efetua algum pagamento, a concessão é remunerada.”

No entendimento citado deste autor, ambas as formas de concessão de uso não podem se confundir com locação e comodato. Apesar de possuírem algumas características em comum com estes institutos, estes são regulados pelo direito privado, ao passo que as concessões são contratos administrativos, regulados pelo direito público.

Como concessão, recebem a incidência normativa própria do instituto, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilegio decorrentes do direito público, ou cláusulas exorbitantes.

Releva observar, por fim, que o concessionário de uso não é o sujeito passivo do IPTU, não podendo, por isso, figurar como sujeito passivo de imposto de competência municipal sobre a área pública que ocupa. Não é, assim, sujeito passivo da obrigação tributária. A concessão de uso enseja apenas posse de natureza precária.

1.3.2.4 Concessão Patrocinada

No caso de concessão patrocinada, a doutrina diverge quanto à classificação. Enquanto DI PIETRO entende que a concessão patrocinada abrange unicamente as parcerias público-privadas, CARVALHO FILHO inclui as modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa no âmbito das parcerias público-privadas. No presente trabalho, será adotada a divisão das parcerias público-privadas em concessão patrocinada e concessão administrativa.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1081.

De todo modo, as concessões especiais, sob o regime das parcerias público-privadas, comportam três características básicas, que as diferem das concessões comuns. A primeira delas diz respeito ao financiamento do setor privado, o que indica que o poder público não disponibilizará integralmente os recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar. Assim, o parceiro privado fará investimentos no setor da concessão, razão por que se entende esse tipo de concessão como parceria. Outra característica consiste no compartilhamento de riscos, tendo em vista a solidariedade entre concedente e concessionário. Por fim, observa-se que a remuneração do parceiro privado é feita tanto pelo poder público quanto pelos usuários do serviço.

A concessão patrocinada, incluída no grupo das concessões especiais, encontra-se regulada em Lei Federal, a Lei nº 11.079/2004. É caracterizada pela cooperação mútua, técnica e financeira, com objetivos comuns e sem fins lucrativos, como nos casos de convênios e nos contratos de gestão firmados com organizações sociais.

De acordo com CARVALHO FILHO, conceituam-se as parcerias público-privadas:

“[...] acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes. [...]”³⁰

Este conceito procura abarcar os elementos básicos do instituto. É, portanto, acordo de natureza contratual, que implica na implantação e gestão de determinados empreendimentos públicos, comumente de grande vulto; o objeto básico, porém, será sempre o interesse público do serviço a ser realizado. A concessão patrocinada, mais especificamente, se caracteriza a partir do fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes: uma decorrente dos usuários do serviço, que o remuneram por meio de tarifa, e outra, de caráter adicional, oriunda da contraprestação pecuniária que, neste caso, é realizada pelo poder concedente ao particular contratado.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 391.

Sujeitam-se tais concessões à aplicação subsidiária da Lei 8.987/95, que regula as concessões comuns de serviços públicos.

1.3.2.5 Concessão Administrativa

A concessão administrativa é considerada, de outro lado, como a prestação de serviço no qual a Administração Pública é usuária direta ou indireta do serviço realizado pelo ente privado, ainda que envolva a execução de obra, fornecimento ou instalação de bens.

Prevista no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 11.079/2004, diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, aqui não comporta remuneração pelo sistema de tarifas dos usuários, sendo o pagamento realizado diretamente pelo poder concedente ao parceiro privado. Os recursos para o pagamento por parte da Administração podem, por óbvio, ter origem em outras fontes. Entende-se que, tratando-se de modalidade especial de concessão, não existe aqui a vedação constitucional para sua instituição, como determina o artigo 31 da referida Lei.

A Lei, no entanto, deixa algumas dúvidas quanto ao objeto da concessão. Para alguns estudiosos, o objeto é complexo, uma vez que o contrato pode almejar somente a prestação do serviço. Ainda não há entendimento pacificado quanto ao que significaria a participação da Administração Pública como usuária do serviço.

1.3.3 Análise do contrato de concessão

A Lei 8.987/95 traça inúmeras regras para que as concessões de serviço público sejam delineadas, e outras estabelecendo requisitos, condições e direitos e obrigações das partes. Ocorre que a referida Lei não trata da manifestação de vontade que ostenta a delegação. Este silêncio deve ser interpretado no sentido de que a vontade iniciadora deve originar-se de autoridades do Executivo, às quais compete, como é sabido, o exercício da função administrativa.

De outro lado, a Lei nº 9.074/95, demonstrando preocupação quanto a instituição de novas concessões e permissões, exigiu edição de Lei autorizadora e disciplinadora das condições de delegação de serviço, ressaltando, porém, algumas situações já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, vejamos:

Art. 2o É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995.

Veja-se que o artigo transcrito dispõe no sentido de não se exigir lei autorizadora nos casos já existentes, ou seja, para os quais já há previsão de delegação. Um novo serviço, porém, que queria ser delegado pelas entidades federativas, por meio de concessão, “dependerá de prévia manifestação da vontade do legislador”³¹.

Desta feita, considerando-se o contrato de concessão um contrato administrativo, deve este ostentar algumas cláusulas especiais, as chamadas cláusulas essenciais. Estas não podem, por isso, estar ausentes no instrumento contratual, sob pena de invalidade do pacto, a ser decretada pela própria Administração ou pelo Judiciário.

O art. 23 estabelece as cláusulas essenciais, que devem estar presentes em qualquer pacto de concessão a ser realizado pelo poder público:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 353.

- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Essas quinze cláusulas essenciais, segundo CARVALHO FILHO estão agrupadas em cinco categorias. Na primeira categoria estariam as cláusulas relativas ao serviço, as que definem o modo, forma e condições da prestação do serviço, além daquelas que fixam critérios de sua avaliação, prazo, preço, dentre outras. A segunda categoria seria aquela referente às cláusulas relativas aos direitos e obrigações do concedente, do concessionário e dos usuários. Uma terceira categoria é referente às cláusulas de prestação de contas; já a quarta categoria se refere à fiscalização, enquanto a quinta e última categoria é relativa às cláusulas pertinentes ao fim da concessão.

1.3.4 Modalidades de extinção da concessão

A concessão pode ser extinta por diversos motivos, o que finalizará as atividades exercidas, e os efeitos delas decorridos. Em primeiro lugar, a forma natural de extinção do contrato é aquela na qual o prazo estipulado no contrato de concessão chega ao fim. Nesse caso, não há necessidade de formalização de qualquer ato de extinção, uma vez que a partir da data fixada, o serviço é revertido ao poder concedente.

No entanto, assevera CARVALHO FILHO³²:

“Registre-se, todavia, que ainda que extinto o contrato, responde o concessionário pelos atos praticados quando ainda vigente o ajuste. Na verdade, o advento do termo final não pode significar um status integral de irresponsabilidade administrativa e civil do concessionário.”

Há a possibilidade, também, de anulação do contrato de concessão. Isso ocorrerá a partir do momento em que o contrato for realizado com vício de legalidade. Assim, a concessão do serviço não poderá mais ocorrer, nos termos do artigo 35, inciso V, da Lei de Concessões.

A rescisão contratual é a iniciativa, por parte da concessionária, de não continuidade do contrato de concessão. O pressuposto da rescisão, conforme observa

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 371

Carvalho Filho³³, é o “descumprimento, pelo concedente, das normas legais, regulamentares ou contratuais. (...) O único caminho para esse tipo de rescisão é a via judicial.”

Da mesma forma, pode a concessionária dar ensejo a inadimplementos do contrato de concessão. A essa forma de extinção da concessão, dá-se o nome de caducidade. A caducidade ocorrerá a partir do momento que a concessionária não cumprir devidamente o acordado, ou seja, quando descumpre as obrigações fundamentais relativas à execução do serviço, circunstância na qual o poder concedente poderá alegar o desfazimento do contrato.

Por último, a encampação é a forma de extinção da concessão que, por interesse da poder público, é realizada a extinção unilateral do contrato, para a retomada do serviço pelo concedente.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 372

2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 Aspectos Sociais da Recuperação Judicial: a Função Social da Empresa

Tem-se atribuído, atualmente, uma função social à empresa, tendo em vista seu importante papel na coletividade, como geradora de emprego e renda. São elas, também, as geradoras de tecnologias que impulsionam o progresso e promovem o bem-estar dos consumidores e da sociedade em geral.

Com a edição da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a função social da empresa passou a assumir um importante perfil jurídico.

É em função dessa nova função social da empresa que surge o instituto da Recuperação Judicial no Brasil, introduzido pela Lei nº 11.101/2005, em substituição à figura da concordata, até então utilizada para tentar reerguer empresas em crise financeira. Desta forma, a referida Lei, diante do fracasso do instituto da concordata, introduz a Recuperação Judicial na tentativa de efetivamente incentivar a manutenção da atividade econômica, a fim de que a empresa pudesse prosseguir no cumprimento de sua função social, elemento que lhe integra³⁴.

A função social da empresa é decorrente da cláusula geral da função social da propriedade, tendo em vista que a empresa nada mais é do que uma propriedade devidamente organizada para fins e produção. Falar da função social da empresa é falar da propriedade privada dos meios de produção. Nesse sentido, Eros Grau assevera:

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: Revista de Direito mercantil, nº 63, p.76.

desenhados para a aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da multiplicidade da propriedade.³⁵

Daí fazer todo sentido a necessidade de intervenção do Estado no mercado, não só para reprimir os agentes econômicos, mas também para auxiliá-los no provimento de bens e serviços de interesse da coletividade. Essa ideia se torna mais relevante na medida em que se trate de concessionárias de serviço público, objeto de análise posterior no presente trabalho. Isto porque a continuação dos serviços prestados é essencial, cabendo, nestes casos, a busca de todos os meios para se preservarem no mercado os ativos produtivos.

Nesse sentido, o artigo 47 da Lei de Falências e Recuperação Judicial estabelece, *verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, **promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.** Grifamos

Pode-se afirmar, desta maneira, que a função social da empresa é atributo que decorre de sua própria atividade, qual seja, a produção de bens e serviços de interesse da coletividade. Daí porque a Lei de Recuperação Judicial relevar o aspecto socioeconômico da empresa, pois se esta não é capaz de cumprir demandas sociais por bens e produtos, não estará cumprindo, conseqüentemente, sua função social.

Nesse sentido, o nobre professor Fabio Ulhoa COELHO entende:

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial, de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.³⁶

2.2 Aspectos Gerais da Recuperação Judicial

³⁵ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 273.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 114.

2.2.1 Condições

Como visto, o objetivo maior do instituto da Recuperação de Empresas é a reabilitação da empresa, como aduz OLIVEIRA, *verbis*:

Permitir às empresas em dificuldades econômicas, que voltem a se tornar participantes competitivas e produtivas da economia. Os beneficiados, sob esse ponto de vista, serão não somente os entes econômicos diretamente envolvidos como os controladores, credores e empregados, mas principalmente a sociedade.³⁷

Dessa forma, o que se observa é que devem ser seguidos alguns parâmetros para se analisar a efetiva viabilidade econômica da empresa com vistas à sua recuperação. Assim, a recuperação da empresa dependerá de sua viabilidade econômica. Daí a importância de se verificar alguns fatores para se saber se a recuperação é recomendável³⁸, como a importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional, ou nacional; a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e do passivo; o tempo de constituição e funcionamento do negócio; e o faturamento anual e nível de endividamento da empresa.

A Recuperação Judicial deve, primeiramente, ser requerida pela própria pessoa jurídica, e, sendo o pedido processado, é assegurado o oferecimento do plano de recuperação judicial, também pela própria pessoa jurídica, o qual será submetido este ao crivo dos credores. Destaque-se que o parágrafo único do artigo 48 permite que seja requerida a recuperação judicial, também, pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, pelo inventariante, e pelo sócio remanescente.

Para que seja concedida a recuperação judicial é necessário o cumprimento de requisitos, bem explicitados pelo Desembargador Ricardo Negrão:

Podemos afirmar que o art. 48 traz os requisitos comuns a todos os pedidos de recuperação – modalidades judiciais (art. 48 e 70). (...) Em relação à recuperação judicial especial não há dúvidas: a aplicação do art. 48 decorre do fato de o legislador ter designado essa modalidade como mero “plano” concebendo-o em seção (V) do mesmo capítulo genericamente intitulado de “recuperação judicial”, o que faz concluir que se aplicam à recuperação judicial especial todas as disposições

³⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo. “Comentários à Nova Lei de Falências”. 1ª ed. São Paulo, IOB Thomson Editora.

³⁸ FAZZIO JÚNIOR, WALDO. Lei de Falência e Recuperação de Empresa. 5ª. Ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2010. P. 127.

gerais (arts.47-50) que com ela não se conflitam e que se resumem ao disposto nos arts. 47 e 48. No que respeita o universo de credores (art. 49) e aos meios de recuperação (art. 50), o legislador traçou, para a modalidade prevista no art. 70, distinto do regramento.³⁹

Assim, para se almejar a Recuperação Judicial, a empresa deve cumprir algumas condições, nos termos do artigo 48 da Lei de Falências e Recuperação Judicial, *verbis*:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Verifica-se, a partir da análise do artigo transcrito, a necessidade de comprovação do exercício regular da atividade empresarial por, no mínimo, dois anos. Isso porque o referido tempo parece razoável, como teste de sobrevivência da empresa, quando já estará amadurecida, com uma clientela aparentemente consolidada.

Observa-se a exigência legal de não poder ser feito o pedido de recuperação por empresa falida, ou não ter a requerente obtido concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos. De fato, o regime da falência é incompatível com o regime da Recuperação Judicial, na medida em que o instituto da falência impõe ao devedor uma pena de inabilitação ao exercício da atividade empresária, até o trânsito em julgado da sentença que extingue as obrigações da empresa. Com efeito, o instituto da Recuperação Judicial é meio para que se evite a decretação da falência de determinada empresa.

Por outro lado, a recuperação judicial não pode constituir um prêmio para os maus empresários. Sai não permitir a Lei que requeira a recuperação aquele que já tenha sido condenado por crimes nela previsto.

³⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial de Empresa 3: Recuperação de Empresas e Falência**. 5 ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 160.

2.3 O Plano de Recuperação Judicial

2.3.1 O Procedimento de Recuperação Judicial

De início, cumpre salientar que a Lei estabelece os meios para que se proceda à recuperação judicial. Tais meios estão expressamente previstos no art. 50, vejamos:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitadas os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Desta feita, requerendo-se a Recuperação Judicial, e sendo ela admitida pelo Juízo competente, será realizada a nomeação de administrador judicial, suspendendo-se as ações e execuções contra a sociedade em recuperação, e intimando-se o Ministério Público do Estado competente. Ademais, será expedido edital com o resumo do pedido do devedor, contendo a relação nominal de credores e os prazos para habilitação dos créditos.

O devedor tem obrigação de apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias, do qual deverá constar: a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, bem como um resumo de cada ato que o compõe;

demonstração analítica de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e de avaliação de ativos do devedor, subscrito por um profissional habilitado, ou por sociedade especializada.

Nesse sentido, FAZZIO JUNIOR⁴⁰ observa:

“No regime judicial de resgate da empresa, o plano de recuperação é dirigido ao juiz e sua adoção ou não depende, em última análise, do provimento judiciário. Contudo, a lei abre oportunidade para a negociação do plano, por meio do expediente da impugnação e posterior conciliação dos interesses em litígio. Todas as possibilidades de aprovação do plano de recuperação verificam-se sob a supervisão jurisdicional.”

Uma vez recebido o plano de recuperação judicial, será expedido outro edital, convocando os credores a se manifestarem.

É importante que o juiz esteja seguro das medidas propostas no plano, sendo certo que a expectativa é a de manutenção da atividade da empresa, de sorte a garantir aos credores a conservação de seus direitos e permitir que a empresa volte às suas atividades, produzindo bens ou serviços para a coletividade.

2.3.2 A Assembleia Geral Deliberativa

Os credores poderão emitir opiniões no que tange ao plano de recuperação judicial. Caso haja objeção ao próprio plano, o juiz convocará a Assembleia Geral de Credores, que será convocada em até 150 dias, momento no qual ocorrerá a deliberação das necessidades de cada credor. O artigo 41 da Lei determina como serão organizados os credores. Veja-se:

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:
I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
II – titulares de créditos com garantia real;

⁴⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresa**. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. P.140

III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

A Assembleia Geral Deliberativa terá as atribuições de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial; constituir Comitê de Credores; deliberar acerca de provável pedido de desistência do devedor; deliberar o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; além de qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Aprovado o plano de recuperação judicial, dá-se continuidade ao processo da recuperação. Todavia, no caso de rejeição do plano pelos credores, o juiz decretará, de imediato, a Falência do devedor.

Ressalte-se que somente a Assembleia Geral de Credores, após o deferimento do pedido no juízo competente, poderá rejeitar ou aprovar o plano de recuperação judicial. Determina a Lei de Falências que *o devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na Assembleia-Geral de Credores* (art. 52, § 4o). Além disso, *rejeitado o plano de recuperação por Assembleia-Geral de Credores, o juiz decretará a falência do devedor* (art. 56, § 4o).

Na lição de ALBERTO CAMINA MOREIRA:

"Compete precipuamente à Assembleia de credores aprovar o plano de recuperação apresentado pelo devedor. Uma vez aceito o plano, com o quorum legalmente estabelecido, descabe ao juiz desprezar a vontade dos credores e decretar a falência. À aprovação do plano pela Assembleia de credores segue-se o pronunciamento judicial vinculado a essa vontade.

Embora a lei diga que "cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor..." (art. 58), isso não ocorre. Não é o juiz que concede a recuperação; são os credores. O juiz homologa a vontade dos credores, expressa em Assembleia e registrada em ata; o juiz deve proceder à verificação meramente formal da atuação da Assembleia de credores, quorum de instalação e de deliberação, enfim, regularidade do procedimento. Não é desairoso para o juiz essa atividade; não pode ser ele confundido com um carimbador.

Trata-se de importante função da Jurisdição, cujo escopo não pode ser desprezado, que é o de pacificação social. Não há, portanto, como se estabelecer qualquer espécie de conflito entre a deliberação da Assembleia de credores e o juiz, ainda que, na opinião deste, o plano aceito seja ruim. O juiz não examina o conteúdo do

plano aceito; assim como não examina o conteúdo dos acordos que ele homologa freqüentemente no processo.”⁴¹

Da mesma forma entende FABIO ULHOA COELHO⁴²:

"O processamento da objeção ao plano de recuperação é simples. Na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembleia dos Credores. Desse modo, ao receber qualquer objeção, o juiz deve limitar-se a convocar a Assembleia".

2.4 O Regime de Recuperação Judicial

Depois de concedido a recuperação judicial concedida pelo juiz, por meio de sentença, será instaurado, efetivamente, o estado de recuperação judicial do devedor, que vigorará até que se cumpram todas as obrigações e formalidades nos termos do plano da recuperação.

Durante esse período, que será de dois anos, qualquer descumprimento daquilo que foi previsto no plano, será utilizado como justificativa para que o juiz proceda à convalidação em Falência do devedor. Findo este prazo, por meio de sentença, será decretado o encerramento da recuperação judicial, determinando-se, conforme disposto no art. 63, *verbis*:

- I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do **caput** deste artigo;
- II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;
- III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;
- IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;
- V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

⁴¹ MOREIRA, Alberto Camina. 253-254

⁴² COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. ed.3. Saraiva. São Paulo, 2005. P. 166

2.5 Objetivos da Recuperação Judicial

A Lei 11.105/2005 possui uma nítida preocupação com a efetividade do processo de recuperação judicial. Nas palavras de FAZZIO JÚNIOR:

A conservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada na extinta LFC, pretende-se, com a LRE, na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a liquidação. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate.⁴³

Com efeito, para que a recuperação se torne efetiva, cuidou a Lei de Recuperação Judicial de estabelecer objetivos específicos a serem cumpridos: a) reorganizar a empresa que esteja passando por uma crise econômico-financeira; b) preservar a relação de emprego; c) aumentar o âmbito da negociação entre devedor e credores; d) abranger a maior parcela possível de credores e empregados do devedor; e) regular a convocação da recuperação em falência; f) fixar mecanismos de alteração do plano; g) estabelecer limites da supervisão judicial da execução do plano e regulamentar o elenco de atribuições dos órgãos administrativos do plano de recuperação. Verifica-se, assim, que o maior objetivo da Lei é o de superar a crise do devedor, e permitir o soerguimento da empresa, mantendo-se os empregos e permitindo, com isso, que os interesses dos credores sejam satisfeitos. Atingidos tais objetivos, cumprida estará a função social do instituto da recuperação, na medida em que estará promovendo a continuidade da atividade econômica.

Conclui-se, desta feita, que a recuperação judicial não é um simples meio de resolver os problemas dos credores ou dos administradores da empresa, mas um importante instrumento de manutenção do bem-estar social, na medida em que empregos são mantidos, débitos satisfeitos e atributos arrecadados, se mantida a atividade econômica.

⁴³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresa**. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. P.157.

3 O CASO CELPA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 Aplicação do Instituto da Recuperação Judicial às Empresas Concessionárias de Serviço Público

Da análise da Lei 11.101/2005, verifica-se que seu artigo 2º trata de situações às quais ela não se aplica, *verbis*:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – 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.

Verifica-se, portanto, que há restrições quanto ao âmbito de aplicação do instituto da recuperação judicial. Contudo, parcela da doutrina entende que tal dispositivo pode também ser aplicado às concessionárias e permissionárias de serviço público, ao argumento de que a receita adquirida, por pertencer à União, não pode ser transferida aos credores, o que normalmente ocorreria em um processo de recuperação judicial.

Recentemente, em 29/08/2012, foi editada a Medida Provisória número 577, que trata desse assunto em relação às empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica. Veja-se o artigo 17, da MPV 577:

Art. 17. Não se aplicam às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo posteriormente à extinção da concessão.

Brasília, 29 de agosto de 2012; 191o da Independência e 124o da República.

O que se observa é que a Medida Provisória proibiu expressamente a aplicação da Lei 11.101/2005 às concessionárias de serviço público de energia elétrica. Somente por meio de intervenção da Agência Nacional de Energia Elétrica é que se dará o soerguimento da empresa concessionária fornecedora de energia elétrica, enquanto durar o contrato de concessão.

3.2 O histórico do caso

As Centrais Elétricas do Pará – CELPA –, concessionária de serviço público de energia elétrica, dedica-se às atividades de distribuição, comercialização e geração de energia à comunidade paraense, fornecendo atualmente energia para todos os 143 municípios do estado do Pará⁴⁴.

Privatizada em 1998, e controlada pelo Grupo Rede Energia, a CELPA atualmente passa por dificuldades financeiras. No ano de 2011, os consumidores paraenses foram os que mais sofreram com a precariedade no fornecimento de energia. O estado do Pará teve o pior serviço de fornecimento de energia elétrica do país. Releva observar que o Grupo Rede Energia é responsável por nove distribuidoras de energia elétrica, oito delas em regime de intervenção pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –. Assim, a CELPA foi a única concessionária do referido Grupo que não sofreu intervenção da ANEEL.

Apesar das dificuldades observadas, a companhia afirma que permanece viável, sendo-lhe ainda possível gerar receita para a satisfação de todo o seu passivo, desde que se proceda à requalização de suas dívidas, por meio de um plano de recuperação.

Com essa crença, a CELPA ajuizou, em 28/02/2012, pedido de recuperação judicial na Justiça do estado do Pará, tendo sido decisão seu pedido em 29/02/2012, pelo Juízo da 13ª Vara Cível de Belém⁴⁵, nos seguintes termos:

CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ S/A - CELPA, através de procurador legalmente habilitado, requereu em 28/02/2012 a sua RECUPERAÇÃO JUDICIAL, nos termos dos arts. 47 e ss da Lei nº.11.101/05.

Da análise da documentação observo que a Recuperanda juntou os seguintes documentos:

I - as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais; (fls. 124/135)

II - a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; (fls. 137/145)

⁴⁴ CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ. *Histórico*. Belém, 2012. Disponível em: <<http://www.redeenergia.com/celpa>>. Acesso em: 29 de setembro de 2012.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. Belém, 2012. Disponível em: < <http://tj.pa.gov.br/index.xml>>. Primeiro acesso em: 20 agosto 2012.

III - a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; (fls. 147/175)

IV - certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; (fls. 19/53)

V - a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; (fls. 177/183)

VI - os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; (fls. 185/435)

VII - certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; (fls. 437/446)

VIII - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. (fls. 448/522)

Nos termos do artigo 52 da Lei nº. 11.101/2005 defiro o processamento da recuperação judicial, adotando o cumprimento das seguintes diligências:

I- Nomeio como Administrador Judicial VILMOS GRUMVALD DA SILVA, brasileiro, casado, economista, telefone de contato, 9166 1172 .

II- Determino a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando-se o disposto no artigo 69.

III - Ordeno a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º da lei específica , permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam , ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º, do art. 6º da legislação e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art.49, cabendo-se ao devedor a respectiva comunicação.

III - Ao devedor para apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores , a este Juízo e à Administradora Judicial.

IV - Intime-se o Ministério Público e comunique-se às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais em que o devedor tiver estabelecimento.

V - À Secretaria para emitir os devidos editais, observando-se estritamente os termos delineados no artigo 52, § 1º e incisos, da Lei nº. 11.101/2005, observando-se que os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral à constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros nos termos do art. 55 desta Lei.

VI - Fixo o prazo de 60 (sessenta) dias, para que a R ecuperante apresentar em Juízo o plano de recuperação, observando-se os termos do artigo 53, sob pena de convalidação em falência.

VII - Comunique-se o conteúdo desta decisão à Corregedoria da Região Metropolitana de Belém, Corregedoria do Interior, Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Coordenadoria dos Juizados Especiais, Diretoria do Fórum Cível e Diretoria da Seção Judiciária do Pará, para que adotem a providências legais, asseverando que os bens da Recuperanda não poderão sobre penhora ou restrição, eis que o Juízo da Recuperação é único Juízo competente para apreciação dos bens da Sociedade Requerente. Grifamos

Observe-se que a recuperação judicial foi deferida um dia após o pedido, concedendo-se o prazo de 60 dias para que fosse apresentado o plano de recuperação judicial, sob pena de ser decretada a falência da concessionária. Por conseguinte, foi requerida a apresentação dos livros contábeis e a prestação de contas, para que, até a apresentação do

plano de recuperação, o Juízo e os credores pudessem se certificar da viabilidade do procedimento, e da consequente continuidade dos serviços prestados pela empresa.

Em 11 de maio de 2012, o Juízo da 13ª Vara Cível de Belém ordenou a publicação de edital contendo aviso de recebimento do plano de recuperação judicial, assim como a relação de credores apresentada pelo administrador judicial. Após tais diligências, o Juízo admitiu, em 18 de maio de 2012, dentre outras coisas, a Agência Nacional de Energia Elétrica no processo de recuperação, na condição de *amicus curiae*, tendo em vista o interesse público, limitada, porém, a participação da Agência a oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, quando solicitados por este Juízo.

O Ministério Público do Estado do Pará, na condição de fiscal da Lei, manifestou sua descrença quanto ao teor do plano de recuperação judicial, ao argumento de que era inconsistente, uma vez que a empresa estava passando por uma crise financeira, e não econômica, como alegara. A falta de investimentos e a queda acentuada na qualidade da distribuição da energia elétrica teriam sido cruciais para a deterioração da qualidade do serviço prestado. A falta de recursos para investimentos, segundo o *Parquet*, culminara em prejuízo para os consumidores paraenses, asseverando que as medidas de recuperação apresentadas pela concessionária não lhe permitiriam alcançar os fins almejados. Segundo o MP, “o plano em nenhum momento evidencia indícios concretos de que os credores com garantia aceitarão “abrir mão” das mesmas”. Por fim, ressalta o promotor que se deve verificar a legalidade da venda de bens da devedora, haja vista tratar-se de concessionária de serviço público de distribuição de energia, sendo muitos dos seus bens de propriedade da União, o poder concedente.

A ANEEL comunicou a edição da Medida Provisória 577/2012⁴⁶, sustentando a impossibilidade jurídica de se atender o pedido da CELPA, tendo em vista a proibição constante da referida medida provisória.

⁴⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 agosto de 2012. P. 2.

De fato, o artigo 17 da Medida Provisória nº 577/2012 dispõe que não se aplicam às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica os regimes determinados na Lei 11.101/2005. Ocorre, porém, que a referida MP foi editada no curso do processo de recuperação judicial da CELPA, tendo a magistrada tecida comentários quanto à sua inconstitucionalidade, no tocante à ausência do requisito de urgência e relevância. Quanto ao primeiro, argumentou que:

(...) salta aos olhos a **ausência do requisito da urgência** para edição da Medida Provisória 577, sobretudo porque o Governo poderia obter o mesmo efeito através da remessa de projeto de lei com pedido de regime de urgência.

Nesse sentido, **não há urgência legitimadora da mudança do regime jurídico instituído pela Lei 11.101/2005 sem o anterior consentimento popular, finalidade última do processo legislativo, garantia conquistada a duras penas ao longo da história.**

É dizer, a regra é a submissão dos atos estatais ao processo legislativo, de modo que as Medidas Provisórias revestem-se de absoluta excepcionalidade, confirmada pela necessidade de preenchimento do pressuposto da urgência.

Já no tocante à ausência do pressuposto da relevância, arguiu a magistrada que não via

(...) **no ato normativo que, no curso de um processo de recuperação judicial que vem caminhando no intuito do soerguimento das Centrais Elétricas do Pará, com possibilidade de venda do seu ativo e assunção das dívidas pelo comprador, retira do âmbito jurisdicional a recuperação de concessionárias de energia elétrica.**

Trata-se, à evidência, de medida atropelada, que tornaria absolutamente inócuos os esforços no sentido de elaborar um plano de recuperação judicial a fim de possibilitar a continuidade do funcionamento da Recuperanda.

Lembre-se, ainda, que o pedido da União põe em jogo não só a continuidade do funcionamento da Recuperanda, mas as vidas de milhares de empregados e credores, podendo desencadear efeito cascata de consequências absolutamente deletérias.

Ademais, a União pede a extinção da presente recuperação judicial sem resolução do mérito sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, na medida em que a Medida Provisória 577 alterou o regime das concessionárias de energia elétrica, retirando-lhe a possibilidade de pleitear em juízo recuperação judicial. Aduz, ainda, que a jurisprudência do STF alinha-se no sentido de ausência de direito adquirido a regime jurídico.

Nesse sentido, a própria requerente fornece argumentos contrários à constitucionalidade do ato normativo, ao demonstrar que, se por um lado não haveria direito adquirido a regime jurídico, por outro, **A ALTERAÇÃO DE REGIME JURÍDICO É MATÉRIA DE TAL RELEVÂNCIA QUE NÃO PODERIA SER VEICULADA EM MEDIDA PROVISÓRIA, ATO NORMATIVO ABSOLUTAMENTE EXCEPCIONAL.**

(...) Tratando-se o art. 17 da MP 577 de 29 de agosto de 2012 de norma eminentemente processual, conforme acima amplamente debatido, a competência para legislar é privativa da União, enquanto exercida pelo Congresso Nacional, ex vi do art. 22, I, da Constituição da República. Impõe-se lembrar – e lembrar a todo momento – que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, são essencialmente definidos e precisamente limitados. “E A CONSTITUIÇÃO FOI FEITA – adverte a doutrina (HUGO L. BLACK, Crença na Constituição, p. 39,

1970, Forense) – PARA QUE ESSES LIMITES NÃO SEJAM MAL INTERPRETADOS OU ESQUECIDOS”.

(...) Desse modo, estando evidenciado o desrespeito aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sobretudo no que tange ao disposto no art. 62, § 1º, I, “b”, **resta claro que a Medida Provisória 577/2012 não pode ter sua constitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, nem tampouco ser aplicada no Estado do Pará, razão pela qual a Recuperação Judicial das Centrais Elétricas do Pará - CELPA, prosseguirá de acordo com a legislação vigente.**

Desta feita, entendeu o juízo da 13ª Vara Cível de Belém, que a MP 577 de 2012, era inconstitucional, por não apresentar os requisitos de relevância e urgência.

Teve, então, continuidade o processo de recuperação judicial, tendo sido realizada Assembleia-Geral de Credores, ocasião em que se discutiu acerca do plano de recuperação judicial da recuperanda, o qual aprovado e homologado pelo juízo, decretando-se a recuperação judicial da CELPA e assegurando-se a manutenção dos devedores e administradores na condução da atividade empresarial, nos termos do art. 64 da Lei nº 11.101/2005.

Contudo, releva observar que o plano ainda deveria obter a aprovação da ANEEL para que fossem inicializados os procedimentos com o fim de soerguimento da concessionária, e um deles era, exatamente, a necessidade da entrada de um investidor no processo de recuperação judicial. Nesse sentido, foi obtida aprovação parcial da ANEEL, que requereu fossem apresentadas as propostas de aquisição do controle acionário da empresa em recuperação.

O Grupo Equatorial Energia manifestou interesse na aquisição do controle acionário, e, isolado com sua proposta, realizou a compra das ações da CELPA, o que ocorreu, no dia 25/09/2012.

Aguarda-se, ainda, a aprovação oficial da ANEEL e outros órgãos para que a venda seja efetivamente consolidada, o que deverá ocorrer nos próximos meses. Com a

transação, a Equatorial ficará com 65,18% do capital votante da Celpa e 61,37% das ações totais da empresa⁴⁷.

3.3 A efetividade da recuperação judicial da concessionária

O caso CELPA leva à indagação acerca da adequação do instituto da recuperação judicial às empresas concessionárias de serviços públicos em situação de crise econômico-financeira, como alternativa à retomada pelo poder público. Por ter sido o primeiro caso de pedido de recuperação judicial formulado por concessionária de serviço público essencial, trouxe à voga a dúvida do cabimento do instituto nesse caso. Este trabalho monográfico teve início antes da edição da MP 577/2012, que veio a proibir a recuperação judicial das empresas concessionárias de energia elétrica.

A Medida Provisória nº 577/2012 reconhece, assim, que a intervenção da concessão seria uma melhor alternativa. É interessante, contudo, observar a extemporaneidade da MP, e indagar o motivo que levou a ANEEL a não tomar a providência da encampação quando percebeu que a CELPA passava por uma grave crise financeira.

É certo, por outro lado, que existe um grande problema jurídico a ser resolvido, qual seja, a propriedade dos bens da concessionária, o qual foi suscitado pelo Ministério Público.

No momento, a CELPA, está sob o controle do Grupo Equatorial Energia, que assumiu seu controle acionário pelo preço simbólico de R\$ 1,00, isso devido à situação da concessionária. O objetivo dessa venda é o de que a CELPA passe a ter bons resultados produtivos. Ademais, com a venda, os credores serão pagos de forma relativamente mais rápida, já que o Grupo tem como meta uma grande injeção de ativos na concessionária. Conforme o contrato firmado, será realizado o aporte de 350 milhões de reais para a distribuidora. Portanto, a venda é uma boa notícia para os credores.

⁴⁷ EQUATORIAL compra a CELPA pelo preço simbólico de 1 real. Disponível em: <EQUATORIAL compra <http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/aquisicoes-fusoes/noticias/equatorial-compra-a-celpe-pelo-preco-simbolico-de-1-real>>. Acesso em: 29 set. 2012.

Isso porque, com o aporte do valor mencionado, não haverá necessidade de liquidar os bens da concessionária para que se proceda ao pagamento dos credores, que deverá ser feito a partir dos investimentos da nova controladora. Considerando-se que há a dúvida quanto à titularidade dos bens da concessionária que, apesar de estar nas mãos desta, pertencem de alguma forma ao poder concedente, como bem observou o membro do Ministério Público do estado do Pará, não se poderia simplesmente vendê-los para satisfazer as dívidas da devedora.

Assim, com a continuidade dos serviços prestados pela CELPA por meio da gestão do Grupo Equatorial Energia, os bens da concessionária serão mantidos em seu poder. É importante observar que o Grupo já assumiu em outro momento uma concessionária de serviço de energia elétrica em situação de crise financeira, a CEMAR, do estado do Maranhão, fazendo-a obter bons resultados operacionais posteriormente, o que indica que há grandes chances de que a CELPA siga o mesmo caminho.

Ora, podemos facilmente depreender que a aquisição da CELPA nada mais foi do que uma estratégia para evitar a intervenção do Estado na concessionária, que é exatamente o que defende a MP 577/2012, e inclusive já ocorre nas outras 8 concessionárias pertencentes ao Grupo Rede Energia. Lembre-se que o procedimento da intervenção culmina a uma das duas conclusões: ou o concessionário é considerado inadequado para prestar o serviço, circunstancia na qual será extinta a concessão, ou não será auferida nenhuma culpa, momento no qual se procederá à regular continuidade da concessão. A intervenção implica, assim na ingerência direta da União na concessionária, e é por isso tão temida pelos que gerenciam essas empresas.

Por derradeiro, ressalte-se que, não obstante firmada a venda, o processo de recuperação judicial da CELPA não foi encerrado. Ele continuará até que os interesses dos credores sejam satisfeitos e negociados, durante prazo máximo de dois anos estabelecidos na lei. Caberá ao Administrador Judicial, a partir desse momento, fiscalizar a atuação do Grupo Equatorial Energia na administração da CELPA e o cumprimento do acordado no plano de recuperação judicial aprovado em Assembleia.

O importante, a partir desse momento, é consolidar o entendimento de que o instituto da recuperação judicial não é cabível às concessionárias de serviço público, como

determina a MP 577/2012 ao caso das concessionárias de serviço público de energia elétrica. Além dos bens da empresa concessionária, as próprias receitas auferidas, por meio de tarifas pagas pelos usuários, não são unicamente destinadas à concessionária como também a terceiros, como é o caso da União, e até de empresas que prestam serviços a essas entidades, como podemos exemplificar, no caso em comento, os de distribuição da energia.

CONCLUSÃO

Com o surgimento da possibilidade de se delegar à iniciativa privada alguns serviços típicos do Estado, serviços públicos, surgiu também a preocupação com o tratamento dessas empresas, objeto de concessão de serviço público, no que tange às suas características típicas, e como devem proceder à realização do interesse público. Com isso, veio também a necessidade de se estabelecer regras para o cumprimento devido desses serviços, para que, caso não sejam bem realizados, o poder concedente tome iniciativas para a regularização e continuidade do serviço público.

Primeiramente, a partir do estudo do serviço público concedido, observou-se que a concessão do serviço público é uma forma de o Estado não se preocupar com a execução do serviço, de forma que retira a realização do serviço das mãos do poder concedente. Isso é importante, pois o serviço acaba sendo realizado de forma mais efetiva pela iniciativa privada, desfogando um pouco o quadro de serviços a serem realizados diretamente pelo Estado.

Em um segundo momento, estudou-se como se procede o instituto da recuperação judicial, e em quais casos pode ser utilizado. Criado para o soerguimento da empresa em crise econômica, é uma forma que o poder público criou para auxiliá-las, utilizando de todos os meios para a continuidade da atividade econômica.

Assim, da análise dos conceitos estudados no presente trabalho, e da posterior pesquisa realizada no tocante ao caso das Centrais Elétricas do Pará, foi possível obter algumas conclusões quanto às empresas concessionárias, e sua sujeição ao instituto da recuperação judicial.

Constatou-se, em relação às concessionárias de serviço público, que não há possibilidade de se aplicar a essas empresas o instituto da recuperação judicial. Essa conclusão foi obtida observando-se que os próprios bens e ativos relativos a concessionária não estão apenas sob a sua titularidade, mas também da União, o poder concedente. O instituto da recuperação judicial é cabido a empresas em crise econômico-financeira, que não possuem modos de realizar o pagamento devido de suas dívidas, motivo pelo qual a

recuperação auxilia na liquidação dos bens e ativos da entidade. No caso, não é possível a utilização dos bens da concessionária para o pagamento dos credores, já que existe dúvida quando à própria titularidade desses bens.

Ademais, no caso específico da CELPA, observa-se que não houve qualquer atuação da ANEEL antes do pedido de recuperação judicial, momento em que a empresa já apresentava características de grave crise financeira. Nesse sentido, tendo sido deferido o pedido e, posteriormente, aprovado o plano de recuperação judicial, não há mais possibilidade de se extinguir de qualquer forma a recuperação judicial. Ora, a ANEEL deveria ter procedido à intervenção da concessionária, ou mesmo à encampação, antes do pedido realizado. Depois disso, de fato, não há possibilidade. A edição da MP 577 de 2012 ocorreu exatamente na tentativa de intervir de alguma forma no processo, mas não havia mais a possibilidade de qualquer tipo de intervenção.

Concluiu-se, por fim, que o poder público deve observar com maior rigor as empresas concessionárias de serviço público. Um sinal de crise econômica na concessionária é também um sinal de que os serviços não estão sendo prestados regularmente, e de que o interesse público não está sendo cumprido de forma plena. A partir da intervenção na empresa, que se mostra como o meio mais correto no caso, será, após a análise, extinta a concessão, utilizando-se alguns dos meios previstos em lei, dentre eles a encampação, ou permitida a continuidade do serviço prestado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *In: Fórum Administrativo*. mar. 2003. Belo Horizonte: 2003. p. 1.994.

MEDAUAR, Odete. Capítulo 17: Responsabilidade Civil do Estado. *In: Direito administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 25 de agosto de 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. Ed. Niterói: Ed. Impetus, 2011.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 6ª Edição. Editora RT. São Paulo, 1978.

Revista de Direito Administrativo n.ºs. 202 e 203.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: o novo regime da insolvência empresarial**. Renovar. Rio de Janeiro, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Saraiva. São Paulo, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. ed.3. Saraiva. São Paulo, 2005.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **Recuperação judicial de empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3351](#), [3 set. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22539>>. Acesso em: 29 set. 2012.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Quartier latim. São Paulo, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresa**. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial de Empresa 3: Recuperação de Empresas e Falência**. 5.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 160.