

INSTITUTO
Documentação
SOCIOAMBIENTAL
Fonte GM
Data 30/9/96 Pg A-3
Class. 07

Uma tentativa de retroceder aos anos 30

Arnold Wald e Moacyr S. Duarte *

Recentes decisões do Tribunal de Contas da União podem ameaçar seriamente os projetos de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, que estão assegurando soluções para o déficit de infra-estrutura.

No momento no qual, especialmente no setor da energia elétrica, existe séria ameaça de colapso do sistema, criando um verdadeiro caos no País, passou a ser evidente que tanto é pernicioso, para a sociedade, o déficit público, que enseja a inflação — tão bem combatida pelo Plano Real —, quanto o déficit de infra-estrutura que impede o desenvolvimento nacional e aumenta o desemprego.

É, pois, estranho que se pretenda, hoje, fazer prevalecer, sobre a recente e fecunda legislação referente às

concessões de obras públicas, os obsoletos textos do Código de Águas de 1934; utilizando-se, outrossim, interpretações excessivamente formalistas e juridicamente descabidas e infundadas, da lei de licitações para bloquear o desenvolvimento de empreendimentos inadmissíveis que somente poderiam ser realizados com a mobilização de recursos privados e num sistema de co-gestão empresarial.

É estranho que se pretenda hoje aplicar às concessões de obras públicas os textos obsoletos do Código de Águas de 1934

Efetivamente, com a crise das finanças públicas a partir da década de 80, tornou-se indiscutível a incapacidade das concessionárias estatais de levar a bom termo a maior parte dos aproveitamentos de potencial hidrelétrico a elas concedidos, cuja implantação se encontrava em andamento.

Procurando preservar a posição respeitável das empresas estatais do setor elétrico, que haviam realizado, ao longo de mais de trinta anos, meritório trabalho na implantação de significativo

parque de geração de energia, que atendeu satisfatoriamente às necessidades do desenvolvimento do País, e evitar o cancelamento das

concessões, optou-se por uma solução híbrida. A lei permitiu que a concessionária estatal buscasse parceiros da iniciativa privada, que viabilizassem o aporte dos recursos necessários à consecução dos empreendimentos paralisados, através da formação de consórcio, compartilhando os consorciados a titularidade da concessão.

Com essa solução, inicialmente contemplada no Decreto

nº 915/93, mas claramente consolidada na Lei nº 9.074/95, as concessionárias estatais passaram a realizar licitações para a escolha de parceiros, tomando como base o Plano de Conclusão das obras aprovado pelas autoridades competentes, para cada aproveitamento.

Paradoxalmente, apesar de essa solução, de formação de consórcio sob a liderança das concessionárias estatais, atender, primordialmente, ao seu interesse, pois visava assegurar-lhe posição relevante nesses empreendimentos, sem desembolsos adicionais, os procedimentos licitatórios têm sofrido descabidos questionamentos no TCU. Esses, apesar de materializados em decisões cautelares, vêm trazendo graves prejuízos para as empresas interessadas nos empreendimentos, pelas incertezas que acarretam inclusive para as concessões já outorgadas dentro desse novo modelo.

A natureza desses questionamentos está claramente configurada em duas decisões recentes do TCU, que levaram à suspensão das licitações abertas, pela Eletrosul, relativamente à UHE Machadinho, e pela Eletronorte, à UHE Manso.

No caso de Machadinho, além de se alegar a existência de "crime impossível", agregou-se a imputação de irregularidade que consistiria na "inexistência de projeto básico". Sem entrar na discussão da sua exigibilidade para a realização de licitações, para a outorga a consórcio, de concessão de aproveitamento de potencial de energia hidráulica, a alegação, na hipótese, seria completamente infundada pelo fato de se tratar de conclusão de obras paralisadas, condição fundamental para a aplicação das normas excepcionais dos artigos 20 e 21 da Lei nº 9.074/95. Assim, jamais poderia deixar de existir "projeto básico", uma vez que não seria possível as obras terem sido iniciadas sem que o mesmo tivesse sido elaborado.

No que se refere à UHE Manso, a decisão estaria calçada no entendimento de que o procedimento de escolha de parceiro privado, para a conclusão de empreendimento de geração de energia, deveria enquadrar-se nas normas do Programa Nacional de Desestatização, objeto da Lei nº 8.031/90, fazendo prevalecer o texto do diploma legal sobre a Lei nº

9.074/95, que é especial, quando a sistemática legal determina o contrário.

Acresce que, no caso, não haveria como falar de alienação de patrimônio, pela concessionária estatal, caracterizando a "desestatização", pois, ao viabilizar a conclusão do empreendimento, no qual já havia realizado investimento que permanece improdutivo, a empresa estatal torna-lo a um bem como valor efetivo, uma vez que, complementado pelos recursos dos demais consorciados, propiciará a produção de energia, a

As práticas adotadas pelas concessionárias federais de energia elétrica vêm causando perplexidade no mundo jurídico

qual será, na parte que lhe couber, por ela comercializada na sua área de atuação, passando a gerar receita para a amortização respectiva. Não parece razoável se entender que a mera titularidade da concessão, sem a efetiva implantação da usina, possa ser considerada um ativo valorizável.

A melhor explicação, para as mencionadas decisões cautelares, talvez pudesse ser encontrada no próprio bojo daquela que diz respeito à UHE Machadinho, no parágrafo do

seu relatório onde, mencionando manifestação do representante do Ministério Público, está dito que: "... as práticas adotadas pelas concessionárias federais de energia elétrica, principalmente aquelas destinadas à formação de consórcios de empresas para a implantação e exploração de unidades geradoras, vêm causando perplexidade no mundo jurídico, porque inadequadas à antiga estrutura normativa, apoiada que estava no vetusto Código de Águas, de 1934". Ora, inadequado e, no particular, revogado, é o obsoleto Código de Águas elaborado há mais de sessenta anos, num contexto nacional e internacional

muito diferente do atual.

Espera-se que, rapidamente superada a perplexidade, as decisões definitivas reconheçam a correção dos procedimentos adotados, nos termos da legislação aplicável, e se consigam reparar os prejuízos causados ao objetivo de assegurar a conclusão, no mais breve prazo possível, dos empreendimentos paralisados, cuja retomada é fundamental para garantir a produção de energia necessária ao desenvolvimento do País.

* Advogados em São Paulo.