

Julio  
Kahan  
Mandel  
& Silvia  
Rajsfeld  
Fiszman

## A Falência de Concessionárias de Serviços Públicos

Com o advento da nova Lei de Falências e a previsão nela contida acerca de novos procedimentos relacionados à possibilidade de recuperação de empresas em dificuldades econômicas, um questionamento recorrente refere-se à recuperação ou decretação de falência de empresas concessionárias de serviços públicos.

O artigo 195 da Lei de Falências assim dispõe: "A decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei."

Como se vê, em um primeiro momento, a linguagem do texto legal parece ser taxativa e indene de dúvidas acerca da possibilidade da decretação da falência de uma concessionária de prestação de serviços públicos. O mesmo dispositivo prevê uma consequência da decretação de falência, referida pelo legislador como "extinção da concessão".

Todavia, uma interpretação mais criteriosa leva à conclusão de que a questão não se mostra de forma tão nítida como nos parece crer a lei. De fato, o artigo 195 da Lei de Falências impede que as empresas que detêm concessão de serviços públicos continuem a prestar o serviço objeto da concessão em caso de decretação de sua falência. Assim, pela omissão contida no referido dispositivo de lei e no texto da própria Lei de Falências, seria uma interpretação razoável ser vedada a utilização da recuperação judicial para as concessionárias de serviços públicos?

Não parece ser esse o espírito pelo qual se pautou os demais artigos da Lei de Falências. É certo que a concessão de serviços públicos guarda peculiaridades próprias, mas se poderia analogicamente comparar a vedação de recuperação judicial com aquela atinente às empresas em concordata de participarem de licitações públicas. Na prática, retira-se de empresas em concordata o benefício de participar de certos certames, por se entender que a licitante apresentaria um risco de crédito. Isso não contribui para a recuperação da unidade produtiva.

No caso acima, desconsidera-se a possibilidade de soluções alternativas capazes de mitigar tal risco como, por

exemplo, a contratação de um seguro, o que seria mais correto.

Especificamente em relação à concessão de prestação de serviços públicos, vale lembrar que, extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos à concessionária, vinculados à prestação dos serviços públicos. Os demais bens fazem parte do patrimônio privado do concessionário.

Assim, uma interpretação rigorosa do artigo 195 da Lei de Falências poderia gerar prejuízos à massa falida (e, portanto, aos credores e ao devedor), pois o principal ativo de certas empresas (como, por exemplo, a carteira de clientes) seria desconsiderado para fins de apuração de ativos e seria revertido à administração pública. Nessa situação, caberia à administração decidir se exploraria diretamente o serviço ou se abriria um certame para adjudicar o serviço a um novo concessionário.

O artigo 195 da Lei de Falências, portanto, permite a quebra da empresa, mas não prevê a sua recuperação ou a preservação de ativos relacionados à prestação dos serviços públicos em caso de quebra, pois não prevê, em tese, a continuação do serviço.

O interesse do poder público seria mantido pela continuidade da prestação dos serviços, ainda que por empresa diversa da massa falida. Restará a aplicação da Lei nº 8.987/95 (legislação específica relacionada às concessões), que prevê em seu artigo 6º a continuidade na prestação dos serviços públicos. O artigo 35 da mesma lei prevê a extinção da concessão por falência, porém, os parágrafos desse artigo também prevêem a continuidade dos serviços.<sup>1</sup>

Vale destacar que provavelmente o poder concedente não deixará a empresa concessionária chegar à situação extrema de quebra. Nos termos legais, o Poder Público poderá declarar a caducidade da concessão na ocorrência de determinadas situações, incluindo o descumprimento das cláusulas contratuais, a perda das condições econômicas, técnicas e operacionais pela concessionária e a prestação do serviço de forma inadequada ou deficiente (art. 38, § 1º, da Lei nº 8.987/95).

JULIO KAHAN MANDEL é Sócio de Mandel Advocacia, Especialista em Direito Falimentar, membro da Comissão da OAB/SP para estudos legislativos referentes à falência, concordata e recuperação de empresas (2003), Professor convidado do Curso de Educação Continuada da FGV/SP sobre Recuperação de Empresas (2004/05), autor do livro *Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada*, 2005, Saraiva e co-autor do livro *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, 2005, Quartier Latin; e SILVIA RAJSFELD FISZMAN é Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestrado em Direito Processual Civil pela USP, Mestrado pela New York University, Nova York, EUA-LL.M. (Master of Laws), associada de Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

Difícilmente uma empresa passará por um processo de falência antes de apresentar uma das situações acima descritas. As conseqüências da caducidade, tal como ocorre na falência, são a extinção da concessão e a assunção dos serviços pelo poder concedente. Ou seja, na prática, poderá ocorrer uma intervenção na concessionária logo que o poder concedente vislumbrar os primeiros indícios de insolvência do concessionário.

Além disso, a Lei nº 8.987/95 prevê a nomeação de um interventor, como ocorreu na CEMAR (Companhia Energética do Maranhão). Na CEMAR, que impetrou concordata no Estado do Maranhão, houve a alienação do seu controle para um terceiro, mantendo-se a concessionária. Ao assumir a empresa, o interventor desistiu da concordata impetrada e a falência não foi decretada.

Vale destacar, ainda, que normalmente os contratos de concessão contêm cláusulas que refletem o artigo 35 da Lei nº 8.987/95, o qual prevê a extinção da concessão por falência.

Quanto às concessões de serviço público de telecomunicações, aplicam-se as disposições específicas da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 ou, simplesmente, "LGT") e da regulamentação decorrente. Assim, diz a LGT que, dentre as modalidades de extinção da concessão, a caducidade será decretada pela Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL") na hipótese de decretação de falência da concessionária.

Desta forma, uma vez decretada a caducidade da concessão, segundo a LGT (e, portanto, seguindo o regime geral das concessões de serviço público), todos os bens afetados à prestação do serviço reverterem automaticamente à União. Mas novamente nos deparamos com a necessidade da continuidade da prestação dos serviços, mesmo após a decretação da falência, para que os ativos principais não se percam, assim como para evitar prejuízos aos consumidores.

Por fim, é importante ressaltar que a falência de um consorciado, quando a concessão for administrada por um

consórcio, não sujeita o concessionário à perda da concessão. Aplicando-se o bom senso e as disposições gerais do direito, a participação do consorciado poderá ser adquirida por outra empresa, não somente gerando recursos para a massa falida, como preservando a concessão (e os serviços prestados) e a própria existência da empresa concessionária, a qual possui personalidade jurídica e situação financeira distinta de seus sócios. ■

#### NOTA

- 1 "§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.  
§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.  
§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis."