

Leilão para Conceder Serviço Público

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Em fevereiro de 2000, escrevi Comentário sobre a escolha da modalidade de licitação mais adequada para privatizar serviço público. Nele, defendi a adoção da **concorrência** e procurei demonstrar a inadequação do **leilão**.

Volta-se hoje, seis anos após, a defender a adoção do **leilão** como modalidade de licitação para outorga de concessões de serviço público. À vista desse fato, julgo oportuno transcrever trecho do referido Comentário, que foi posteriormente incluído em meu “*Comentando as Licitações Públicas*” (Rio de Janeiro, Editora Temas & Idéias, 2002, pp. 103/104):

“O Poder Público, ao celebrar contratos, ora está na posição de ‘comprador’, ora na de ‘vendedor’. Na posição de ‘comprador’, ele adquire materiais ou equipamentos, contrata a prestação de serviços, ou contrata a execução de obras. Na de ‘vendedor’, ele aliena bens integrantes de seu patrimônio.

*Quer para ‘comprar’, quer para ‘vender’, tem o dever, **por força da Constituição** (arts. 37, XXI, e 175), de realizar licitação. A licitação pode ser efetuada mediante cinco modalidades. A licitação é o gênero, do qual são espécies (modalidades), entre outras, a concorrência e o leilão. A concorrência é utilizada, pelo menos em regra, quando o Poder Público ‘compra’. O leilão, quando ‘vende’.*

A privatização de um serviço público pode ser efetuada mediante concessão a uma empresa privada, ou desestatização de empresas concessionárias controladas pelo Poder Público. São exemplos práticos de concessão a empresas privadas as privatizações de rodovias e ferrovias. São exemplos de desestatização as privatizações de empresas concessionárias de energia elétrica e de telecomunicações.

Quer na privatização mediante concessão, quer na privatização mediante desestatização, o Poder Público está distante da posição de

‘vendedor’. Ele está buscando um ‘parceiro’. Nisso se aproxima mais da posição de ‘comprador’.

O Poder Público não ‘vende’ o serviço. Este continua a ser de sua propriedade, ou seja, de sua titularidade (e responsabilidade). A empresa privada concessionária do serviço público, quer a privatização resulte de uma concessão, quer de uma desestatização, não passa a ser ‘dona’ do serviço público. Ela o exerce **em nome do Poder concedente**, embora por sua conta e risco.

Assim, quando o Poder Público vende o controle acionário de uma empresa de atividade econômica (CVRD ou CSN, por exemplo), ele está alienando patrimônio. Quando vende o controle acionário de uma empresa de serviço público (TELESP ou TELERJ, por exemplo), ele também está alienando patrimônio, mas seu **objetivo principal** não é – **ou não deveria ser** – obter o maior preço, mas sim atrair investimentos privados para o setor e, em consequência, possibilitar o melhor atendimento ao usuário.

O leilão é a modalidade de licitação mais adequada para ‘vender’. Se o objetivo principal não é ‘vender’, a modalidade mais adequada é a concorrência. Porque o leilão, tal como está estruturado no Direito brasileiro, como modalidade de licitação adequada para ‘venda’, não oferece as mesmas possibilidades de aferir-se a qualificação técnica e econômica da empresa, ou grupo de empresas, que pretenda exercer o serviço. A melhor concessionária não será, necessariamente, a que ofereça o maior preço pela ‘venda’ do serviço ou do controle da empresa estatal, mas sim a que demonstre melhores condições de vir a prestar o ‘serviço mais adequado’. Para isso, ela deverá, na licitação, comprovar sua qualificação técnica e econômica, o que é bem mais fácil de avaliar na concorrência do que no leilão.

Esta discussão, sobre qual a melhor modalidade de licitação para privatizar serviços públicos, está ligada a uma outra, bem mais relevante. As privatizações estão ocorrendo. Mas, privatizar **para quê?** Para aliviar ou fortalecer o caixa do Tesouro? Para reduzir a dívida interna? Ou sobretudo para melhor atender o usuário? Penso que a adoção do leilão, ao invés da concorrência, decorre, pelo menos em regra, de considerar-se a privatização prioritariamente como um ‘negócio’ para a Administração, e apenas secundariamente como um benefício para o usuário.

Ressalte-se que a realização de **concorrência** para concessão de serviço público é determinada pela Lei 8.987/95, em seu art. 2º, II e III. As normas contidas nesses dispositivos legais são de caráter

nacional, pelo que não pode uma lei **estadual** ou **municipal** dispor de maneira diversa, autorizando a realização de **leilão**. Quanto à privatização de serviço público mediante alienação do controle acionário de concessionária estatal, a possibilidade de lei estadual ou municipal autorizar o leilão é juridicamente discutível. De qualquer maneira, porém, parece-me que o leilão é no mínimo inadequado.”

Posteriormente, em meu “Concessão de Serviço Público” (São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2002), voltei a defender esta opinião (item 6.3) e escrevi nota ao pé da página 59 com o seguinte teor:

“O Plenário do STF, ao apreciar em 07/08/2002 a ADI nº 1.582-6, acaba de julgar constitucional o art. 27, I e II, da Lei 9.074/95, que autoriza a privatização, mediante realização de leilão, de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União (DOU de 15/08/2002). Entendeu o STF que a expressão ‘licitação’, contida no art. 175 da Constituição, é gênero, do qual são espécies (modalidades) tanto a concorrência quanto o leilão. A decisão do STF é juridicamente inatacável. Reafirmo, porém, meu entendimento de que o leilão é modalidade de licitação inadequada para privatização de serviços públicos. Vale notar que no mesmo sentido posiciona-se **Adriano Murgel Branco** (ob. cit., p. 276). Escreve ele: ‘Misturou-se desde logo a venda de empresas públicas **de mercado**, de gênero puramente industrial, como as do setor petroquímico e siderúrgico, com concessões de serviços públicos. No primeiro caso, pode-se falar de **privatização** e até de leilão de ações; no segundo caso não! Um serviço público concedido não é privatizado: ele segue sendo uma responsabilidade do poder público. Por isso, as regras de licitação devem ser muito mais rígidas, procurando qualificar da melhor forma possível o concessionário, o que não é necessariamente alcançado por um leilão.’ Acrescenta: ‘As manipulações que podem cercar o leilão são inúmeras. O próprio poder público, ao perceber que os ‘lances’ estavam sempre próximos dos valores mínimos, sabidamente baixos, acabou por ‘inventar’ o leilão com envelope fechado, que é tudo menos leilão.’ ”

A recente Lei 11.196, de 21/11/2005, acrescentou o art. 18-A à Lei 8.987/95, admitindo a inversão, nas licitações para concessão de serviço público, das fases de habilitação e julgamento e autorizando o edital a conter “oferecimento de lances”. Esse novo dispositivo legal suscita algumas dúvidas, que por enquanto me limito a elencar:

- A.** A inversão de fases deve ser efetuada em uma concorrência ou pode ser adotada em um leilão?
- B.** Efetuada a inversão, o Plano de Negócios, que se costuma exigir das proponentes, deve ser apreciado na fase de julgamento das propostas ou na de habilitação?
- C.** Será que a maior celeridade de uma licitação de grande porte e complexidade será assegurada pela mera inversão das fases? Ou o principal problema não estará na inevitabilidade de questionamentos administrativos, judiciais ou perante os tribunais de contas e o Ministério Público?
- D.** E uma última indagação: se se constatar que a licitante que apresentou a proposta mais vantajosa não é habilitável, a Administração terá a coragem de inabilitá-la? Ou terminará optando pela revogação da licitação, o que trará prejuízos e atraso na contratação?

(Comentário nº 129 – 15.03.2006, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.