

20 ANOS DE CONCESSÕES **EM INFRAESTRUTURA NO BRASIL**

ORGANIZADORAS

Joísa Campanher Dutra
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

AUTORES

Armando Castelar Pinheiro
Ashley Brown
Bruno Carlos Gontijo Cardoso
Flávio Amaral Garcia
Jorge Vasconcelos
Luísa de Azevedo
Luiz Antonio Ugeda Sanches
Maurício Portugal Ribeiro
Mário Menel
Mariam Tchepurnaya Daychoum
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Sérgio Guerra

20 ANOS
DE CONCESSÕES
**EM INFRAESTRUTURA
NO BRASIL**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

20 ANOS
DE CONCESSÕES
**EM INFRAESTRUTURA
NO BRASIL**

Joísa Campanher Dutra
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO



Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas

Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em setembro de 2017

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação ■ Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thais Mesquita

Projeto gráfico e capa ■ Antonio Valério

Diagramação ■ Antonio Valério

1ª revisão ■ Marcia Glenadel Gnanni

2ª revisão ■ Vânia Castro de Azevedo

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil / Organização Joisa Campanher Dutra, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

206 p.

Trabalhos apresentados no seminário 20 anos da Lei de Concessões, promovido pelo CER/FGV e FGV Direito Rio, em outubro de 2015.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-63265-77-7

1. Concessões administrativas - Brasil. 2. Ferrovias - Legislação - Brasil. 3. Rodovias - Legislação - Brasil. 4. Direito regulatório - Brasil. I. Dutra, Joisa Campanher. II. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD - 341.3530981

SUMÁRIO

Apresentação _____ 07

Joísa Campanher Dutra

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

20 anos da Lei de Concessão: gênese da lei em perspectiva _____ 12

Jorge Vasconcelos

A imprevisão na previsão e os contratos concessionais _____ 26

Flávio Amaral Garcia

Alteração da taxa interna de retorno nas concessões 20 anos após a edição da Lei 8.987/95 _____ 52

Sérgio Guerra

Novo pacote de infraestrutura do Governo Dilma: 15 erros que precisam ser corrigidos ____ 72

Mauricio Portugal Ribeiro

As concessões de ferrovias no Brasil _____ 90

Armando Castelar Pinheiro

Luísa de Azevedo

**20 anos de regulação das concessões ferroviárias
e a necessidade de revisão do estoque regulatório _ 114**

Mariam Tchepurnaya Daychoum
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

**História e desafios das concessões de
rodovias no Brasil _____ 154**

Luiz Antonio Ugeda Sanches
Bruno Carlos Gontijo Cardoso

**Rede de gás natural no Brasil:
abrindo os gargalos _____ 178**

Ashley Brown

20 anos da Lei das Concessões no setor elétrico _ 186

Mario Menel

Sobre os autores _____ 202

APRESENTAÇÃO

Joísa Campanher Dutra
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Em 2015 completaram-se 20 anos de vigência da lei que instituiu o regime geral das concessões e permissões de serviços públicos no país. A promulgação da Lei nº 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, foi fundamental para o aprofundamento do processo de reforma do Estado que se iniciara em 1990¹, ao estabelecer as principais normas para a delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada.

No contexto do referido aniversário, o Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI/FGV) e a Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) promoveram, em outubro de 2015, seminário intitulado 20 Anos da Lei de Concessões. O propósito estava expresso no subtítulo: *“um convite ao debate articulado sobre as transformações ocorridas e os novos desafios e oportunidades”*. Tratava-se de promover um balanço dos avanços obtidos e dos gargalos observados em duas décadas de experiência nacional com concessões e, a partir do diagnóstico, endereçar perspectivas para o futuro.

Como forma de perenizar as ricas apresentações e debates havidos, convidamos expositores e debatedores a escreverem textos relativos às suas contribuições, que são agora reunidos neste livro. Deve-se esclarecer que o escopo do evento e, por consequência, desta obra, terminou por se mostrar mais amplo. Para além das tradicionais concessões de serviços públicos disciplinadas na Lei nº 8.987/95, o seminário se mostrou uma oportunidade para debater os rumos dos setores de infraestrutura em geral, abrangendo, assim, também as parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/04, bem como o regime jurídico de segmentos monopolizados da indústria do petróleo e gás, em especial, no que se refere às concessões para exploração e produção de petróleo e gás, e as concessões para construção e operação de gasodutos. No fundo, há questões centrais que podem ser sintetizadas na ideia de um regime geral das con-

1 Em 1990, a Lei 8.031/90 (fruto da conversão da Medida Provisória 155/90) instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND). Referida lei vigorou até 1997, quando foi revogada pela Lei nº 9.491, que rege atualmente o PND.

cessões, entendido como delegações contratuais de atividades tipicamente estatais à iniciativa privada.

O livro que ora se publica pode ser dividido em duas partes principais. Na primeira são apresentados textos de caráter transversal acerca das concessões. O segundo conjunto de artigos se caracteriza por temas setoriais, com ênfase em transporte e energia.

A primeira parte se inicia com o artigo escrito por Jorge Vasconcelos, que traz uma contextualização do ressurgimento do instituto das concessões dos anos 90 no Brasil, em diálogo com a perspectiva europeia. O autor ressalta que o avanço da tecnologia e das comunicações associado às crescentes preocupações de natureza ambiental serão os principais motes dos setores de infraestrutura no futuro, e exigirão adaptações da clássica modelagem do contrato de concessão a uma realidade crescentemente complexa.

O artigo de Flávio Amaral Garcia analisa a aplicação da teoria da imprevisão em contratos de concessão nas hipóteses nas quais, ainda que o risco tenha sido formalmente partilhado no contrato, mudanças macroeconômicas alterem profundamente as condições em que o pacto foi inicialmente celebrado.

Em seguida, Sérgio Guerra discute o tema da taxa interna de retorno (TIR) à luz do princípio do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos. Seria necessário garantir uma TIR fixa ao longo de toda a vigência de uma concessão? O autor apresenta diferentes correntes de pensamento em torno da questão, sustentando que, em determinadas situações, essa possa ser modificada, para evitar lucros ou prejuízos excessivos.

Mauricio Portugal Ribeiro, por sua vez, apresenta críticas ao pacote de infraestrutura lançado pela ex-presidente Dilma Rousseff, trazendo considerações que permanecem atuais para o lançamento de qualquer programa de governo que almeje atrair, de forma sustentável, investimentos privados para os setores de infraestrutura. O artigo aborda temas fulcrais aos contratos de concessão, tais como subsídios, arbitragem, equilíbrio econômico-financeiro e matriz de risco.

Inaugurando a parte específica do livro, Armando Castelar Pinheiro e Luísa de Azevedo apresentam os avanços observados nas duas décadas de vigência das concessões ferroviárias, e discutem elementos regulatórios fundamentais ao debate sobre a desverticalização ou não do setor, apresentando peculiaridades atinentes ao setor ferroviário que devem ser consideradas antes de se decidir sobre segregar ou não a provisão do serviço da operação e manutenção da infraestrutura.

Mariam Daychoum e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio analisam o setor ferroviário sob uma perspectiva de fomento à concorrência, especialmente a intramodal, abordando tanto a possibilidade da desverticalização quanto as soluções atualmente vigentes de tráfego mútuo e direito de passagem. O texto aborda a tentativa de mudança regulatória estrutural do setor por meio do Programa de Investimentos em Logística I (PIL I), que vigorou entre 2012 e 2015, e finda com uma análise acerca da frustrada reforma que legou um estoque de normas regulatórias que mereceria ser revisitado em prol da segurança jurídica.

Na sequência, Luiz Sanches e Bruno Cardoso abordam as rodovias, setor em que as concessões foram bastante desenvolvidas nas últimas duas décadas. O texto trata da governança do setor, que conta com uma pluralidade de órgãos e entidades governamentais na esfera federal, bem como discute a possibilidade de geração de outras receitas para viabilização desses contratos que não apenas o pedágio.

Os dois textos finais do livro são dedicados ao setor de energia.

Ashley Brown discute os gargalos existentes na regulação do transporte de gás e que necessitariam ser superados para a ampliação da oferta desse insumo na matriz energética nacional. O autor problematiza o regime previsto na legislação para a instalação e operação de gasodutos, bem como a disciplina normativa das regras de acesso.

Por fim, o texto de Mario Menel traça um panorama dos últimos 20 anos de regulação do setor elétrico. O autor insere

as concessões do setor em uma perspectiva histórica, traçando a sua evolução até os dias atuais. Apresenta, ainda, os impactos adversos que a edição da Medida Provisória 579/2012 (que disciplinou regras para a renovação de concessões), o uso político das tarifas e os problemas de governança têm gerado ao setor.

Em suma, o rico conjunto de artigos que compõem esta obra permite ao leitor um panorama bastante abrangente do papel que as concessões têm desempenhado nos setores nacionais de infraestrutura.

Atrair investimentos privados de longo prazo tem sido declarado prioridade nacional, especialmente no contexto da grave crise fiscal que o país tem enfrentado, que minou a capacidade de investimento público nos setores de infraestrutura, e cujas consequências ainda se farão por alguns anos.

Todavia, atrair investimento privado é tarefa árdua, podendo-se apontar, dentre as dificuldades encontradas, riscos políticos, insegurança jurídica, restrições a financiamento e problemas de governança nos setores público e privado. Soma-se a esses desafios o desenvolvimento tecnológico que nos leva, em vários setores, à regulação disruptiva, e a questão climática, que torna premente uma atitude cada vez mais consciente na escolha de tecnologias e empreendimentos.

É possível que um futuro não muito distante aponte para a necessidade de profundas mudanças regulatórias e inovações nos contratos entre o poder público e a iniciativa privada relativos aos setores de infraestrutura. Em todo caso, mesmo diante de um contexto de profundas mudanças, é esperado que as concessões sigam sendo, ainda por tempo considerável, um mecanismo virtuoso para a ampliação da oferta de serviços e atividades econômicas que dependem de largos investimentos em infraestrutura. A base da construção de resiliência nesses setores parece que continuará residindo em pilares já bastante conhecidos, mas ainda não inteiramente edificados: regras claras e boa governança das instituições que as criam e aplicam.

20 ANOS
DA LEI DE CONCESSÃO:
**GÊNESE DA LEI EM
PERSPECTIVA**

Jorge Vasconcelos

1. Introdução

Foi com o maior prazer que aceitei o convite do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas para participar neste encontro comemorativo dos 20 anos da Lei de Concessão. Desejo agradecer à sua Directora e cara amiga, Prof^a. Joísa Campanher Dutra, esta oportunidade para reflectir, conjuntamente com tantos artífices da confecção e da aplicação dessa importante Lei, sobre o seu impacto no desenvolvimento das infraestruturas e da regulação.

A minha apresentação, que intitulei “Génese da Lei em perspectiva”, divide-se em três partes:

- A primeira descreve brevemente o contexto histórico em que se produziu a génese da Lei, no início dos anos 1990. A situação europeia é tratada com particular detalhe, não apenas por ser aquela que melhor conheço, mas sobretudo por terem partido da Europa alguns impulsos fundamentais para a evolução do final do século XX em todo o planeta. A Lei de Concessão aprovada no Brasil, em fevereiro de 1995, estava claramente sintonizada com as grandes tendências internacionais dessa época; correspondia perfeitamente ao espírito do tempo.
- A segunda parte apresenta alguns factores que marcaram a evolução das infraestruturas, dentro do contexto de aplicação da Lei, ao longo dos últimos 20 anos, influenciando a sua interpretação e implementação.
- Finalmente, a terceira parte introduz alguns temas que irão certamente solicitar uma nova compreensão do próprio conceito tradicional de concessão, convidando-nos já hoje a adaptar o edifício sistémico herdado do passado no sentido de garantir a sua eficácia futura.

Pretendo, desta forma, evitar um exercício de pura historiografia jurídica, para o qual não sou, aliás, qualificado, antes ilustrando, na perspectiva da sua aplicação, o “diálogo” da Lei de Concessão com os problemas que ela pretende tratar e com os desafios inerentes ao desenvolvimento de novas infraestruturas. Por outro lado, atendendo à qualificação e especialização

desta audiência, farei a economia daquela habitual etapa metodológica que consiste em definir rigorosamente os conceitos que se vão analisar; assumo, portanto, que a compreensão dos conceitos de “concessão”, “infraestrutura” e “regulação” não levanta, no contexto deste fórum, particulares dificuldades.

É inevitável que o progresso dos últimos 20 anos aconselhe, e nalguns casos exija mesmo, a revisão da Lei. Com as necessárias adaptações, o instrumento jurídico da concessão mantém, contudo, do meu ponto de vista, utilidade e actualidade na definição de um quadro legal propício à expansão, modernização e integração de infraestruturas.

2. O contexto histórico da génese da Lei de Concessão - uma perspectiva europeia

Segundo alguns autores, o século XX terminou no final de 1989, com a queda do muro de Berlim. Esse evento, que marcou o fim da Guerra Fria e permitiu a reunificação da Alemanha, um ano mais tarde, alterou profundamente o panorama político mundial e conduziu à generalização da democracia como sistema político. Um ensaísta norte-americano conservador, Francis Fukuyama, publicou, então, um artigo com o título mediaticamente eficaz de “O fim da História”, que sugeria a irreversibilidade da universalização da democracia. Ampliado e complementado, esse texto foi publicado em livro, em 1992, com o título escatológico “The end of History and the last man”.

De par com o conceito de democracia, impunham-se, também no espaço público, no início dos anos 1990, as ideias de economia de mercado e capitalismo como paradigmas vencedores, consensuais. Alguns levantavam dúvidas sobre a existência de um único modelo de mercado, de “um” capitalismo, defendendo, pelo contrário, a existência de diferentes formas de capitalismo. Particularmente discutido em certos ambientes intelectuais e políticos foi, então, o livro de Michel Albert, publicado em 1991 e intitulado **Capitalisme contre capitalisme**, que

postulava a existência de dois modelos distintos, designados respectivamente como “anglo-saxónico” e “renano”.

O fim da União Soviética, ocorrido no final de 1991, acelerou a difusão da democracia liberal como modelo “universal” indiscutível, remetendo para nichos académicos discussões subtis sobre variantes, variações e oposições. Por outro lado, veio permitir a adesão gradual dos países da Europa central e oriental à União Europeia, aumentando a dimensão geográfica e o peso económico e político desta.

Na Europa, o processo de intensificação da liberalização e integração supranacional dos mercados, lançado com o Acto Único de 1986, previa a abolição sistemática de barreiras à livre circulação e a realização do mercado único até o final de 1992. Entretanto, a reunificação alemã e a implosão da União Soviética provocaram a necessidade de negociação de um novo tratado europeu que viria a ser assinado em Maastricht no início de 1992. Além de lançar o processo de introdução do euro e de reforçar substancialmente os poderes do Parlamento na arquitectura institucional europeia, este tratado também estabelecia um importante conjunto de regras de articulação entre as esferas política e económica; em particular, clarificava a noção de serviços de interesse económico geral, intimamente ligada a várias infraestruturas de rede. A estratégia da União Europeia que consistia em, simultaneamente, aprofundar a liberalização da economia, alargá-la a sectores tradicionalmente fechados (monopólios nacionais ou locais) e fazer confluir cada sector económico num único mercado europeu, integrando os mercados nacionais, prosseguiu ao longo de toda a última década do século XX e conheceu, ainda, um novo impulso com a chamada “Agenda de Lisboa”, uma estratégia de completa liberalização e modernização da economia europeia aprovada pelos chefes de governo e de estado no início do ano 2000.

No caso da energia (electricidade e gás natural), as discussões sobre liberalização arrancaram em 1988 e, em 1996, foram aprovadas as primeiras “regras comuns” para o funcionamen-

to do mercado único de energia (as Directivas sobre trânsito de energia e transparência de preços, aprovadas em 1991, tiveram grande valor simbólico mas reduzido impacto económico e institucional). Assistiu-se, num primeiro momento, à criação de mercados por grosso (“*wholesale*”) em vários países e à abertura generalizada do acesso às redes e à respectiva regulação de forma a permitir o exercício do direito de escolha de fornecedor aos grandes consumidores. De seguida, este direito foi alargado a todos os consumidores, tendo surgido mercados de retalho (“*retail*”) em todos os países, ao mesmo tempo que prosseguiram a harmonização e a convergência dos mercados por grosso e das regras de acesso e operação das redes de transporte de energia.

O fim dos monopólios acarreta uma alteração importante da relação de forças entre comprador e vendedor. O “utente” ou “usuário” cativo passa a ser considerado um “cliente”, que escolhe e muda livremente de fornecedor, e a regulação estabelece um conjunto de normas destinadas a proteger e promover os direitos dos consumidores. Nalguns países, como Portugal, os consumidores ganham assento nos órgãos consultivos de todas as entidades reguladoras das indústrias de rede, emitindo opiniões sobre tarifas e sobre as opções estrategicamente mais relevantes em matéria de regulação.

Esta preocupação com os direitos dos consumidores encontra-se também explicitamente afirmada na Lei de Concessão brasileira de 1995, ao incluir um capítulo sobre “Direitos e obrigações dos usuários” e ao prever a “participação dos usuários” na fiscalização das concessões e permissões. Contudo, a utilização da expressão “usuário” revela um estágio ainda pouco avançado no processo de liberalização das infraestruturas. Esta percepção é corroborada pelo facto de a referida Lei nunca mencionar as palavras “mercado” e “regulação” e apenas mencionar três vezes “concorrência” – no sentido de “concorrência para o mercado” (isto é, na atribuição das concessões por licitação), e não no sentido de “concorrência no mercado”.

Por outro lado, a Lei menciona mais de dez vezes a palavra “tarifa”; no entanto, sendo omissa em relação à regulação, é também completamente omissa relativamente à articulação entre concessão e regulação. Esta indefinição é crítica em qualquer sector e em qualquer país e foi, como se sabe, origem de numerosos conflitos interpretativos e de alguns litígios.

Não era apenas a interface entre contrato de concessão e regulação que pecava por falta de clareza. Também a interacção entre regulação e sistema de justiça não estava inicialmente definida e foi sendo construída ao longo do tempo, com abordagens diferentes nos vários países, em particular em torno da função contenciosa, revelando tensões entre tribunais civis e tribunais administrativos. Nalguns casos, assistiu-se à criação de jurisdições administrativas especiais para dirimir casos de regulação e de direito da concorrência.

3. Alguns factores relevantes na evolução das infraestruturas no período 1995-2015

Ao longo dos últimos 20 anos, quase tudo mudou: mudaram os concedentes, que se tornaram mais exigentes, e mudaram os concessionários, crescentemente sofisticados; entre uns e outros surgiram novos actores institucionais – os reguladores. Evoluiu a técnica, criaram-se e desenvolveram-se mercados onde antes havia monopólios, transformou-se a sociedade. As concessões, na sua finalidade aspiracional geral e na sua configuração jurídico-contratual concreta, no espírito, na letra e na forma de aplicação, acompanharam necessariamente estas mudanças.

O aparecimento de regulação independente em praticamente todos os sectores infraestruturais acompanhou, ao longo da última década do século precedente e da primeira década do novo século, o processo de liberalização e/ou abertura ao capital privado desses sectores. Vista ora como um complemento, ora como uma alternativa ao instrumento da concessão,

a regulação independente de matriz norte-americana estabeleceu-se em todos os continentes como elemento indispensável do famoso “consenso de Washington”¹. Juntamente com a multiplicação dos processos de privatização, a expansão da regulação e das autoridades de concorrência foi a face institucionalmente visível da difusão planetária do capitalismo que se seguiu à queda do muro de Berlim.

A definição de uma interface adequada entre “contrato de concessão” e “contrato de regulação” é uma tarefa particularmente espinhosa para a qual não existe uma receita universal. Provavelmente, contabilizando todos os sectores e todos os países, são mais os casos de conflito que os casos de harmoniosa convivência entre concessão e regulação. A aplicação da Lei de Concessão e a subsequente criação de várias autoridades de regulação obrigaram o Brasil a um processo de aprendizagem nesta matéria, à semelhança do que ocorreu em numerosos países.

Partindo da centenária herança norte-americana formada por um núcleo teórico consolidado e por uma comprovada caixa de ferramentas, a regulação independente foi-se reinventando, pelo mundo afora, de acordo com os diferentes contextos jurídicos, sociais e culturais. Por outro lado, a regulação teve de se adaptar, também, à própria evolução da tecnologia e da organização das infraestruturas e dos mercados em cada sector.

Em vários sectores e em várias geografias a regulação conheceu falhas. A falha mais evidente e pesada de consequências foi, sem dúvida, a falha da regulação dos mercados fi-

1 É interessante recordar o pensamento do criador da expressão “consenso de Washington”, o economista John Williamson, no artigo seminal de 1989, intitulado “What Washington Means by Policy Reform”: “My own view is that privatization can be very constructive where it results in increased competition, and useful where it eases fiscal pressures, but I am not persuaded that public service is always inferior to private acquisitiveness as a motivating force. Under certain circumstances, such as where marginal costs are less than average costs (for example, in public transport) or in the presence of environmental spillovers too complex to be easily compensated by regulation (for example, in the case of water supply), I continue to believe public ownership to be preferable to private enterprise. But this view is not typical of Washington.” Disponível em: <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486>>.

nanceiros, orquestrada a partir de Washington e de Londres. O erro foi lapidarmente admitido por Alan Greenspan, em outubro de 2008, no Congresso norte-americano, nos seguintes termos: “I made a mistake in presuming that the self-interests of organizations, specifically banks and others, were such as that they were best capable of protecting their own shareholders and their equity in the firms.”

A regulação das infraestruturas não foi, de uma forma geral, tão “leve” como a regulação dos mercados financeiros, embora também se tenham verificado situações de excessiva “leveza” que obrigaram posteriormente a intervenções legislativas pesadas. Além de problemas pontuais de falta de regulação, mais ou menos encapotada como “regulação leve”, houve também problemas de falha de regulação nas várias infraestruturas, seja por deficiente enquadramento conceptual e teórico, seja por deficiências de implementação. Isto ocorreu em todo o mundo e creio que o Brasil não foi excepção.

Todas as tecnologias evoluíram nas últimas décadas, mas particularmente relevante foi a revolução digital que impactou profundamente toda a vida social e económica, acelerando o fenómeno da globalização. As novas tecnologias de informação e comunicação deram lugar a novas infraestruturas (redes móveis de transmissão de voz e dados, internet, etc.). Por outro lado, a aplicação destas novas tecnologias às infraestruturas de rede clássicas permitiu melhorar a forma como elas são planeadas e operadas, além de ter conduzido à introdução de novos tipos de negócio.

A liberalização das infraestruturas foi facilitada pela introdução das novas tecnologias de informação e comunicação. Os novos mercados que surgiram onde antes havia só monopólios (electricidade, gás natural, transporte aéreo, etc.) cresceram em volume e em grau de sofisticação, acompanhando de perto a evolução dos mercados tradicionais de mercadorias (“*commodities*”) e de valores mobiliários no que respeita à sua “desmaterialização” e velocidade de operação.

Às infraestruturas físicas (linhas, tubos, carris, etc.) pede-se hoje que sejam também facilitadoras do desenvolvimento de mercados de serviços. Esta nova visão ou não estava de todo ou estava apenas muito parcialmente contemplada quando as concessões foram atribuídas ou renovadas no início dos anos 1990.

O aparecimento da regulação independente, a revolução digital e o desenvolvimento de mercados de serviços em cima de infraestruturas até há pouco monopólios verticalmente integrados alteraram substancialmente os pressupostos subjacentes à Lei de Concessão. Por isso, a sua aplicação exigiu um notável esforço de reinterpretação e adaptação.

4. Olhando para os próximos 20 anos

Quando abriu a exposição universal de 1900, em Paris, o motor diesel e praticamente todos os motores e geradores eléctricos, monofásicos e trifásicos, de corrente contínua e de corrente alternada, tinham já sido inventados e testados. Também Thomas Edison já tinha registrado a patente da lâmpada de incandescência. Ou seja: aquilo que transformou radicalmente o século XX, a electricidade e a mobilidade, estava ali, debaixo dos olhos do cidadão de 1900. Não era preciso esperar por 1906, para conhecer a teoria da relatividade, nem era preciso esperar pela mecânica quântica, nem pela descoberta do ADN, nem por todas as fantásticas descobertas do século XX, para poder imaginar o desenvolvimento das infraestruturas rodoviárias e eléctricas. E, no entanto, os nossos avós ou bisavós, fossem eles economistas, jornalistas, políticos ou professores, não conseguiram ver essa evolução que se tinha já posto em marcha. Basta recordar que vários cientistas e jornalistas escreveram artigos a explicar a inutilidade da invenção de Rudolf Diesel, apresentada na exposição de 1900, indo ao ponto de “demonstrar” que o ser humano não podia viajar a velocidades superiores a 100 km/h. Como estávamos longe das preocupações com o insidioso NOx e outros reais malefícios para a saúde...

Seguramente, também nós, no início do século XXI, temos dificuldade em antecipar o futuro. No entanto, mesmo não conseguindo conceber plenamente o admirável mundo novo que nos espera, vale a pena mencionar, a título de exemplo, alguns factos incontornáveis que muito provavelmente irão influenciar a nossa compreensão futura das concessões, das infraestruturas e da sua regulação.

A primeira alteração que importa registrar tem a ver com o esbatimento das fronteiras entre as várias infraestruturas (energia eléctrica, gás natural, petróleo, calor e frio, transportes rodoviários e ferroviários, resíduos, água, etc.), isto é, o fim dos “silos” industriais e administrativos que caracterizaram o desenvolvimento das infraestruturas no passado. A interacção entre as várias infraestruturas ocorre através de dois fluxos independentes e invisíveis (a informação e o CO₂), cada um agindo como uma “moeda” que permite facilmente estabelecer “trocas” entre os vários sectores.

A preocupação com as consequências ambientais, económicas e sociais das alterações climáticas levou a grande maioria dos países a adoptar políticas de transição para uma economia de baixo carbono. Sendo o efeito de estufa um fenómeno global, o seu combate exige a contribuição de todos os países e de todos os sectores. Partindo de um “tecto” nacional de emissões de gases de efeito de estufa, cada governo ou parlamento tem que decidir o esforço exigível a cada sector para que seja possível atingir a meta nacional global. Os decisores políticos são, então, obrigados a estabelecer um compromisso que tenha em conta o “peso” de cada sector no balanço de CO₂ mas também a sua importância económica e social. O funcionamento e o planeamento das várias infraestruturas ficam, assim, inextricavelmente ligados. Por exemplo: uma aposta no transporte ferroviário eléctrico em detrimento do transporte rodoviário implica o reforço da ferrovia e das centrais de produção de energia eléctrica, a partir de fontes renováveis, em detrimento da rodovia e das refinarias de petróleo.

Por outro lado, as novas tecnologias de informação e comunicação permitem gerir as infraestruturas em tempo real, de acordo com a conveniência dos utilizadores e com as restrições técnicas próprias de cada infraestrutura. São, assim, possíveis várias formas de arbitragem intersectorial, tendo em conta a evolução da procura e a dinâmica dos preços em cada sector. Um exemplo já clássico é a arbitragem que empresas integradas de energia fazem regularmente, ao decidir se vendem mais gás natural no mercado de gás ou se utilizam esse mesmo gás para produzir electricidade que vendem no mercado de energia eléctrica. Outros exemplos poderiam ser descritos e muitos outros ocorrerão no futuro (por exemplo, a utilização das baterias dos veículos eléctricos para absorver picos de produção de energia fotovoltaica). Neste contexto, é de assinalar, também, o efeito disruptivo que pode ter a irrupção da “*shared economy*” em todos os sectores de rede, à semelhança do que está a suceder com o transporte rodoviário nos grandes centros urbanos – situações para as quais o direito e a regulação procuram ainda respostas coerentes e eficazes.

Esta aproximação gradual das várias infraestruturas, facilitada pelas novas tecnologias, provocada pelas novas políticas públicas e explorada pontualmente por vários agentes de mercado, tende para um estágio mais avançado de integração sistémica, englobando diversos outros sectores de actividade económica, conhecido como “economia circular”:

The last 150 years of industrial evolution have been dominated by a one-way or linear model of production and consumption in which goods are manufactured from raw materials, sold, used and then discarded or incinerated as waste. In the face of sharp volatility increases across the global economy and proliferating signs of resource depletion, the call for a new economic model is getting louder. The quest for a substantial improvement in resource performance across the economy

has led businesses to explore ways to reuse products or their components and restore more of their precious material, energy and labour inputs. A circular economy is an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design. The economic benefit of transitioning to this new business model is estimated to be worth more than one trillion dollar in material savings.²

Neste contexto, assume particular relevância o conceito de “capital natural”, introduzido no debate científico há já muitos anos e popularizado em 1999 pelo livro **Natural Capitalism: the next industrial revolution**, que explicava nos seguintes termos a inclusão do capital “verde” na equação económica:

Future economic progress can best take place in democratic, market-based systems of production and distribution in which all forms of capital are fully valued, including human, manufactured, financial and natural capital.³

A “internalização” do capital natural na contabilidade das empresas e do Estado permite reformar a fiscalidade, desagravando, por exemplo, os impostos sobre o trabalho e tributando, em contrapartida, a utilização de recursos naturais ou a utilização dos serviços proporcionados pelos ecossistemas. Uma reforma judiciosa permite obter um triplo dividendo, tal como apontado pela reforma fiscal verde portuguesa de 2014:

- Proteger o ambiente e reduzir a dependência energética do exterior;
- Fomentar o crescimento e emprego;
- Contribuir para a responsabilidade orçamental e para a redução dos desequilíbrios externos.⁴

2 World Economic Forum, “Towards the Circular Economy: Accelerating the scale-up across global supply chains”. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_ENV_TowardsCircularEconomy_Report_2014.pdf>.

3 Paul Hawken, Amory B. Lovins e L. Hunter Lovins, “Natural Capitalism: the next industrial revolution”. Earthscan Publications, London, 1999.

4 <http://www.crescimentoverde.gov.pt/wp-content/uploads/2014/10/>

As crescentes ligações económicas e tecnológicas entre vários sectores até aqui organizados e regulados separadamente exigem o estabelecimento de configurações adequadas de “inter-regulação”. As formas possíveis de “inter-regulação” vão desde uma simples aproximação das regulações sectoriais, baseada em mecanismos mais ou menos vinculativos de cooperação (relativos, por exemplo, a trocas de informação, emissão de pareceres prévios ou cooperação em procedimentos de interesse comum), até a fusão funcional e institucional numa nova entidade reguladora.

Outro desenvolvimento que se observa por todo o mundo é a constituição de sistemas e de mercados regionais supranacionais. Embora vários projectos tenham sido realizados nas últimas décadas, na América Latina, tratou-se sobretudo de linhas ou gasodutos isolados, ligando um fornecedor a um comprador, pelo que a organização interna dos mercados dos países envolvidos não era afectada. A concessão ou licença reflectia normalmente este carácter singular do projecto. Pelo contrário, a criação de mercados supranacionais implica não só a existência de uma multiplicidade de interligações físicas mas também a harmonização, convergência e coordenação das infraestruturas (do planeamento à operação em tempo real) e dos mercados de cada um dos países envolvidos. Também aqui a regulação desempenha um papel fundamental na criação de condições para um funcionamento eficiente do mercado e na correcta alocação de custos e benefícios da infraestrutura regulada. Este é um aspecto tão mais sensível quanto “ganhadores” e “perdedores” podem estar desigualmente distribuídos pelos dois lados da(s) fronteira(s) – no curto ou no longo prazo.

Em conclusão: as infraestruturas essenciais – energia, comunicações, transportes, água, resíduos – continuarão a desempenhar um papel crucial no desenvolvimento da sociedade, como motor da economia, como plataformas de democratização e difusão do bem-estar e como vectores privilegiados da

transição para uma economia de baixa intensidade de carbono que assegure a sustentabilidade ambiental. A sua caracterização jurídica e económico-financeira passará certamente pela utilização do instrumento da concessão ou semelhante. Contudo, este será, no futuro, um conceito aberto: à interação entre várias infraestruturas funcional ou geograficamente “adjacentes”, à intervenção de uma regulação crescentemente complexa (inter-regulação), ao suporte à experimentação de novos modelos de actividade económica.

A IMPREVISÃO NA PREVISÃO
E OS CONTRATOS CONCESSIONAIS

Flávio Amaral Garcia

1. Introdução¹

Pretende-se examinar, neste breve estudo, uma situação fruto da grave crise econômica que acomete o país e que vem impactando diretamente diversos contratos administrativos duradouros, como as concessões comuns de serviços públicos e as parcerias público-privadas (concessão patrocinada e administrativa).

Adotar-se-á a expressão “contratos concessionais” para alcançar todas as referidas espécies de concessões, que, como notório, demandam a colaboração dos particulares para o cometimento de tarefas e finalidades de interesse público.

Tem sido frequente a ocorrência de desequilíbrios nestes contratos em razão da drástica mudança do cenário macroeconômico, colocando-se o problema com maior intensidade em razão da incidência/aplicação ou não da conhecida Teoria da Imprevisão na matriz de risco pactuada entre as partes.

Dito em outros termos, o ponto central a ser abordado envolve saber se os riscos contratualmente partilhados entre as partes – quando têm as suas consequências extremadas em razão da profunda modificação do contexto econômico que emoldurou a celebração do contrato – podem gerar direito ao reequilíbrio do contrato, ou, de outro lado, se uma vez partilhados os riscos cada parte deve assumir integralmente as suas consequências, mesmo que diante de novas condições e circunstâncias, não se cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão em razão de se tratarem de riscos contratualmente delimitados.

As indagações que dimanam desta questão central podem ser assim sintetizadas: (i) como proceder quando se está diante de uma profunda mudança nas condições e circunstâncias que levaram as partes a celebrar o contrato e a definir a própria matriz de risco? (ii) e se as consequências dos riscos contratualmente assumidos desvelarem proporções ruinosas para um dos contratantes, gerando um profundo desequilí-

¹ Artigo originalmente publicado em **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Egon Bockmann Moreira (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

brio na relação originalmente estabelecida? (iii) aplica-se a teoria da imprevisão mesmo para os riscos contratualmente previstos? Imprevisão na previsão é viável ou se trata de um despautério jurídico?

Vários contratos administrativos duradouros estão enfrentando esta dificuldade, o que é potencializado em razão do grave déficit – ao menos na esmagadora maioria dos contratos – de uma determinação objetiva do que se compreende por equilíbrio econômico-financeiro naquela relação jurídica, das situações que geram o desequilíbrio e, principalmente, das formas e modos de reequilibrar o contrato.

Ao ângulo financeiro e econômico, *equilíbrio*, *desequilíbrio* e *reequilíbrio* são temas que constituem o núcleo essencial de qualquer contrato concessional, mas que ainda carecem, no mais das vezes, de uma regulação contratual mais eficiente e que delimite os seus contornos básicos, com vistas a conferir segurança jurídica aos contratantes (ente público e contratado) nos complexos processos de renegociação que se sucedem durante relações administrativas tão duradouras, como o são as concessões e as parcerias público-privadas.

Para cumprir o desiderato de ser objetivo, a abordagem ora adotada pretende fixar algumas premissas conceituais a propósito da teoria da imprevisão e da moderna partilha de riscos que é empregada nos contratos concessionais, o que permitirá avançar em algumas conclusões a partir da problemática que desafia o presente estudo.

2. Revisitando a Teoria da Imprevisão

A ideia de *pacta sunt servanda* – consolidada, expressamente, no art. 1134 do Código Francês – orientou a necessidade de se buscar a preservação do contrato e a respeitar fielmente aquilo que as partes se obrigaram a realizar.

Mas a fidelidade ao pacto não pode ser cega e literal, porquanto a superveniência de abruptas mutações nas circunstân-

cias fáticas, econômicas e sociais, pode causar desequilíbrios desproporcionais na relação inicialmente estabelecida.

A reintrodução desta antiga discussão na temática do Direito Contratual² retomou com enorme força na Europa durante a Primeira Guerra Mundial, em razão da dificuldade no cumprimento dos contratos celebrados antes da eclosão do conflito, o que demandou uma construção jurisprudencial que considerasse a drástica mudança no cenário econômico³.

O julgado pioneiro na matéria se deu na França, por ocasião da elevação do preço do carvão e o seu impacto na concessão do serviço público de iluminação da cidade de Bordeaux, ocasionando a revisão do contrato por determinação do Conselho de Estado⁴.

2 De acordo com a leitura de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Com efeito, se o Direito Romano não transigia com os conceitos tradicionais, os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de NERATIUS, em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução devia ser igualmente modificada: “*Contractusquihabenttractumsuccessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. A teoria tornou-se conhecida como *cláusula rebus sic stantibus* e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138).

3 Cf. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100/101.

4 De acordo com JOSÉ CRETELLA JÚNIOR: “A denominada *cláusula rebus sic stantibus*, prestigiada pelos canonistas da Idade Média, adotada, logo depois, pelos bartolistas e pelas doutrinas italiana e alemã, até o século XVIII, bem como por alguns autores franceses do século XVII e XVIII, desapareceu em França, no século XX, ante a imposição da autonomia da vontade, da regra *pacta sunt servanda*, para surgir, vitoriosa, sob as vestes da teoria da imprevisão, em plena efervescência da Primeira Guerra Mundial de 1914 a 1918. Com efeito, durante as hostilidades, algumas companhias de distribuição de gás e de eletricidade, notadamente na França, se encontraram na impossibilidade de cumprir os contratos assinados, em virtude da ocupação do território pelo inimigo e, como consequência, pela elevação do preço do carvão e pela dificuldade em contratar pessoal para o serviço. Em 30 de março de 1916, o Conselho de Estado, chamado a manifestar-se, no caso da Companhia de Gás de Bordéus, proferiu notável e corajosa decisão, tornada histórica e clássica e que, daí por diante, iria orientar a jurisprudência, a doutrina e o próprio direito positivo da França e de outros países. Nesse julgado, consagrou-se a teoria da imprevisão, no campo do direito administrativo, tendo sido firmado o princípio de que, enquanto durar a situação anormal e imprevisível, a empresa está liberada do compromisso assumido, pois a economia do contrato foi perturbada.” (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 373).

A racionalidade que embasa a força matriz da viabilidade jurídica da revisão dos contratos é que a manutenção estrita do vínculo contratual subordina-se à *continuação das condições existentes ao tempo de sua formação*, de modo que, modificado tal ambiente por circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, o princípio do *pacta sunt servanda* deixa de prevalecer e enseja a adequação contratual ou sua extinção.

Em outros termos, se o vínculo contratual se subordina à manutenção das condições existentes ao tempo de sua formação, modificadas tais condições, ou constatado que as premissas que fundamentaram a contratação não eram verdadeiras, por circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, não pode prevalecer o inicialmente pactuado, justificando-se, alternativamente, a *adequação contratual ou a sua extinção*⁵.

Para preservar o princípio da comutatividade dos contratos, determinante do equilíbrio das prestações bilaterais e para manter-se a justiça contratual e a equidade na relação estabelecida, surgiram diversas teorias que se alicerçam em razões jurídicas distintas, mas que, na essência, chegam a mesma conclusão: o legítimo direito à revisão dos contratos quando ocorrem mudanças imprevisíveis e extraordinárias que geram, igualmente, consequências onerosas e extremadas para um dos contratantes⁶.

5 Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. **Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento**, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. III*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165).

6 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, alicerçado nas lições de ANÍSIO JOSÉ DE OLIVEIRA, aborda as inúmeras teorias que buscaram reconhecer a revisibilidade dos contratos pela mudança inesperada das circunstâncias: “*Tão numerosos foram os fundamentos aduzidos ou privilegiados pelas concepções dos diversos teóricos do Direito a fim de lastrear dita revisibilidade que, entre nós, Anísio José de Oliveira encontrou campo para, em interessante esforço de arrolamento e sistematização, colecionar e ordenar as orientações encontradas, agrupando-as em teorias intrínsecas e extrínsecas. Dentre as primeiras apartou, de um lado, as embasadas (a) na vontade, e, de outro, (b) na prestação. Indicou como compreendidas nas teorias arrimadas na vontade: (1) a teoria da pressuposição (Windscheid); (2) a teoria da vontade marginal (Osti); (3) a teoria da base do negócio (Oertmann); (4) a teoria do erro (Giovène); (5) a teoria da situação extraordinária*

No Brasil, há consenso doutrinário e jurisprudencial a propósito do tema, consolidado naquilo que se convencionou denominar de Teoria da Imprevisão e que tem aplicabilidade nos contratos privados⁷ e nos contratos públicos⁸.

Para alguns autores⁹, a teoria da imprevisão seria uma leitura moderna da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰, porquanto essa

(Bruzin); e (6) a teoria do dever de esforço (Hartmann). Apontou como estribas no exame da prestação: (1) a teoria do estado de necessidade (Lemann e Coviello); e (2) a teoria do equilíbrio das prestações (Giorgio e Lenel). Já as teorias extrínsecas compreenderiam aquelas cujo fundamento reside: (1) na Moral (Ripert e Voirin); (2) na boa-fé (Wendt e Klenke); (3) na extensibilidade do fortuito (jurisprudências alemã, inglesa e francesa); (4) na socialização do Direito (BadenesGasset); e (5) na equidade e na justiça (Arnoldo Medeiros da Fonseca)". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203).

7 O art. 478 do Código Civil prevê que: Art. 478: "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

8 O artigo 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93 dispõe que: "Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, **ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis**, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

9 Conforme leciona ARNOLDO WALD: "A cláusula *rebus sic stantibus* renovada no direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão tem assim importância como **conceito amortecedor**, ou seja, com idéia força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisível, uma delas se tornou excessivamente onerosa. (...) A teoria da imprevisão não extingue a autonomia da vontade; consiste numa interpretação construtiva do conteúdo desta vontade. À lei e ao juiz cabe a função de garantir os direitos individuais dentro dos limites a que podem ser exercidos no interesse superior da sociedade. E a teoria da imprevisão realiza a superior conciliação do interesse individual e da necessidade social, da justiça e da segurança, que são as finalidades precípuas do direito."(WALD, Arnoldo. **Curso de Direito civil**. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 212.). Idêntica é a lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: "De fato, o contrato deve ser cumprido enquanto remanescerem as condições ajustadas, autorizada a sua extinção se essas não mais existirem. **Esta, a orientação firmada pela cláusula *rebus sic stantibus*, que, em vernáculo, quer dizer que "os contratos que têm trato sucessivo ou dependência do futuro estendem-se condicionados pela manutenção do estado atual das coisas**. A 'Teoria da Imprevisão', calcada na mesma premissa, traz um 'conceito amortecedor', que prestigia a manutenção do contrato, porém em outras bases, para assegurar-lhe a comutatividade, ou, em outras palavras, 'a equivalência das prestações das partes, quando, por motivo imprevisível, uma delas se tornou excessivamente onerosa.'" (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 410).

10 Veja-se a lição de TITO DE OLIVEIRA HESKETH, sobre a origem da referida cláusula: "Com efeito a cláusula *rebus sic stantibus* possui suas raízes, que lhe fornecem vida e sustentabilidade

apenas autorizaria a extinção do contrato, ao passo que aquela admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas a sua manutenção e preservação.

Com a Teoria da Imprevisão percebeu-se que poderia ser menos oneroso prosseguir com o contrato – ainda que em novas bases – do que extingui-lo. Assim, o objetivo é minimizar os efeitos de um contrato que teve o suporte fático vigorosamente alterado em relação às condições iniciais do ajuste, sendo amplo o alcance revisional das cláusulas nos contratos concessionais¹¹.

Os Tribunais Superiores acolhem pacificamente esta orientação quando o fato for extraordinário, imprevisível (*ou previsível, mas com consequências incalculáveis*), exógeno à vontade das partes e que tenha causado onerosidade excessiva a uma das partes¹². O mesmo ocorre com a jurisprudência administra-

*na equidade, que é a essência mesma do Direito.(...)Em verdade, o substratum do Direito é a lide do “reto”, do “justo”, constituindo isso uma decorrência lógica e necessária de sua própria natureza. Assim entendida a equidade, é nela que divisamos os alicerces da cláusula rebus sic stantibus, pois, sobrevindo uma imprevista mutação das circunstâncias fáticas que envolveram o vincular contratual, carreando enormes e desproporcionais prejuízos a uma das partes, em proveito de outra, o exigir-se a fiel obediência à letra do contrato seria uma atitude de extrema iniquidade, vale dizer, uma atitude que fere incisivamente os postulados da Justiça, da própria noção de Direito. O Direito busca estabelecer um equilíbrio entre pretensões concorrentes e muitas vezes antagônicas. Mas tal equilíbrio comporta uma alterabilidade condicionada a circunstâncias eventuais. Sobrevindo estas, na esfera contratual, a invocação da cláusula rebus sic stantibus, agasalhada na própria noção de Direito, é meio hábil para a recuperação daquele equilíbrio, operando uma **reductio ad justitiam et aequitatem**, ou seja, na frase de Bonnacase, “**empêchant que l'unedesparties engagées dans un rapport de droit ne soit écrassée ao détriment de l'autre**.” (HESKETH, Tito de Oliveira. Da cláusula rebus sic stantibus, seu desempenho na esfera das obrigações civis. **Revista dos Tribunais**, v. 49, n. 302, p. 12-33, dez., 1960).*

11 Conforme leciona DIOGO DE FIGUEIREDO: *A revisão contratual incidirá sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições, sempre que, um insuportável ônus acrescido para uma das partes e um correspondente enriquecimento sem causa para a outra, decorram de eventos imprevisíveis, que alterem os pressupostos de fato de relevância econômica então existentes quando da formação do contrato. Assim, a revisão pode comprometer qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-lo. Em suma, o reajustamento atinge apenas o preço, como um dos elementos do contrato, ao passo que a revisão pode comprometer a totalidade do contrato.* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 189).

12 O Supremo Tribunal Federal admitia a aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos já em 1968, conforme se verifica no RE 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ 23/08/68 e no RE 64.231/SP, Rel. Min. Adauto Cardoso, DJ 26/09/69. Ato contínuo, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer a aplicação desta teoria, conforme se depreende dos seguintes julgados: RESP 120.113/MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.2000 p. 14; RESP 216.018/DF, Rel. Min. Fracili Netto, DJ 10/09/2001, p. 370; RESP 361.694/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25/03/2002, p. 281; RESP 431.121/SP, Rel. Min. José

tiva do Tribunal de Contas da União¹³.

No plano da doutrina administrativista, também não há qualquer dúvida quanto ao acolhimento da Teoria da Imprevisão nos contratos públicos¹⁴, reforçada ainda por um argumento que lhe confere maior legitimidade: a necessária adaptação do contrato administrativo a novas circunstâncias fáticas e imprevisíveis como medida de concretização do interesse público.

Nos contratos administrativos, em especial aqueles que se vocacionam a atender diretamente às demandas da sociedade (como o são os contratos concessionais), há um interesse maior a ser preservado com a manutenção e *estabilidade do pacto*, a saber, o atendimento da própria finalidade pública que justificou a contratação.

Quando é o contratado que se encontra em posição de desequilíbrio – situação mais recorrente – preservar o contrato não é apenas uma imposição que decorre da valoração axiológica dos conceitos de justiça e equidade, mas uma medida assecuratória do interesse público tutelado na relação contratual.

Aliás, uma solução que não acolhesse o núcleo da imprevisão imprópria ao contratado o dever de arcar com os efeitos negativos de todo e qualquer evento que perturbasse a economia original do contrato, o que elevaria profundamente os custos de transação, afastando potenciais interessados em se

Delgado, DJ 07/10/02, p. 200; RESP 1.283.757/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 27/09/2013; RESP 1.248.237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 18/09/2014.

13 Confirmam-se os seguintes julgados: Acórdão nº 64/1993. Relator: Fernando Gonçalves. Data da sessão: 14/07/1993; Acórdão nº 763/1994. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Data da sessão: 13/12/1994; Acórdão nº 464/200. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 07/06/2000; Acórdão nº 474/2000. Relator: Benjamin Zymler. Data da sessão: 08/05/2002. Acórdão nº 1.268/2008. Relator: Raimundo Correio. Data da sessão: 02/07/2008. Acórdão nº 7.249/2016. Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 14/06/2016.

14 Cf JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.018; p. 192; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 292; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 665; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 60; CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 371. GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 673; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 376/377.

relacionar contratualmente com os entes públicos ou tornando os valores extremamente elevados em razão da internalização deste exorbitante e incalculável risco.

A teoria da imprevisão é, portanto, um alicerce que estrutura a noção de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, eis que se revela instrumental e garantidora da comutatividade e equidade nas relações contratuais públicas.

Modernamente, nos contratos concessionais duradouros (como o são as concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas), a partilha de riscos entre os contratantes assume uma função central de explicitar os eventos que podem irromper durante a execução do contrato, conferindo maior previsibilidade, eficiência e segurança jurídica para as partes. Importante examinar como a divisão de riscos é conformada e como se conecta com a teoria da imprevisão.

3. A partilha dos riscos: a previsibilidade dos eventos e a imprevisibilidade nas suas consequências com a alteração da base objetiva do negócio

A alocação eficiente dos riscos é um dos maiores avanços na dogmática contemporânea dos contratos concessionais; afinal, é por meio de uma partilha adequada de riscos que se estabelece uma estrutura racional de incentivos para as partes, induzindo a adoção de comportamentos que levem em consideração a assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência do evento descrito no contrato.

Outrora, a teoria das *áleas* era suficiente para explicar e justificar os riscos, incertezas e imprevisibilidades que poderiam advir durante a execução do contrato¹⁵.

Basicamente, a *álea ordinária* era atribuída ao concessionário, eis que vinculada aos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial. A *álea extraordinária*, seja *administrativa* (aquela que decorre de uma ação estatal, como é o caso da alteração

15 Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2014.

unilateral, fato da administração ou fato do príncipe) ou econômica (decorrente de circunstâncias exógenas ao contrato e à própria vontade das partes), ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, recaindo sobre o contratante o dever de promover os ajustes necessários para reposicionar o equilíbrio entre as prestações inicialmente estabelecidas entre as partes.

Na atual quadra, a dimensão contratual dos riscos é uma realidade nos contratos concessionais, com o detalhamento e partilha de riscos entre as partes.

Mesmo nas concessões comuns, cuja definição legal¹⁶ explicita que a sua execução “*será por conta e risco do concessionário*”, a doutrina tem se afastado de uma interpretação literal e compreendido, corretamente, que atende ao interesse público promover uma divisão racional de riscos entre as partes¹⁷.

No Brasil, o debate sobre os riscos nos contratos administrativos, em especial nos contratos de longa duração, foi incrementado a partir da edição da Lei n.º 11.079/04 - que disciplina as parcerias público-privadas - e que prescreveu como cláusula a ser inserida nos contratos, a teor do disposto no seu artigo 5º, inciso III, a “*repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*”.

Note-se que a distribuição de riscos não é aleatória ou mesmo sujeita a um amplo grau de autonomia por parte do ente contratante. Os princípios da *eficiência*, do *interesse público* e do próprio *equilíbrio econômico-financeiro do contrato* conformam e limitam a discricão administrativa na partilha dos riscos, eis que concretizam o interesse público e a própria estabilidade contratual vertida no equilíbrio das prestações¹⁸.

16 Cf. art. 2º, inciso II, III e IV, da Lei n.º 8.987/95.

17 Cf. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. **As tarifas e as demais formas de remuneração no serviço público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006; ALMEIDA.

18 A conformação da autonomia contratual pelos referidos princípios é apontada por MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo - Algumas reflexões. **Revista de Contratos Públicos**, Ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012; e por MELLO, Pedro. **A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas**.

A *matriz de risco* tem direta e íntima conexão com todo o *sistema de equilíbrio econômico-financeiro*, outrora correlacionado e restrito, na visão tradicional, apenas a uma equivalência cartesiana entre o conjunto de obrigações e as formas de remuneração contratualmente previstas. O equilíbrio econômico-financeiro assume uma *dimensão dinâmica e conectada a essa matriz de risco*¹⁹.

Regular os riscos previamente no contrato implica a efetiva concretização do princípio da eficiência e da própria consecução do interesse público, reduzindo os espaços de conflitos *ex post* em relações duradouras complexas²⁰ e que são, por natureza, submetidas a constantes mutações, o que se acentua em cenários macroeconômicos marcadamente globalizados, constantemente impactados por uma assombrosa evolução tecnológica em vários campos do conhecimento humano.

A alocação racional dos riscos é contributiva para a produção de incentivos econômicos para que a parte com maior capacidade de gerenciá-los possa operar no sentido de evitar a sua materialização ou mesmo a atenuação das suas consequências²¹, cabendo a cada parte suportar os efeitos danosos quando da sua ocorrência.

Detalhando-se os critérios e a própria lógica inerente à repartição, pode-se dizer que o risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o even-

Coimbra: Almedina, 2011. p. 72; 121-122.

19 Veja-se, sobre o tema, a visão crítica de MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO: "A representação correta da equação econômico-financeira, mantendo a complexidade compatível com a elaboração da doutrina jurídica, seria algo que colocasse em um dos lados da igualdade o objeto contratual e o conjunto de riscos atribuídos ao parceiro privado e do outro lado o preço que lhe é devido para prestar o serviço e assumir esses riscos." (RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 101-103).

20 Nas palavras de EGON BOCKMANN MOREIRA: "A dúvida quanto a quem é o titular deste ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir litigiosamente amanhã." (MOREIRA, Egon Bockman. Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Ano 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49831>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

21 Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Ano 6, n. 24, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=55970>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

to indesejável ocorrer ou de aumentar a chance de o evento desejável acontecer.

Este critério leva em consideração a capacidade de cada uma das partes de evitar o evento danoso ou, se revelar uma dimensão positiva, a capacidade de contribuir para que o evento almejado aconteça. Além disso, deve-se observar a capacidade que cada parte detém de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado venha a ocorrer²².

A doutrina é unânime em afirmar que cada parte deve suportar os riscos contratualmente pactuados²³ e quanto ao ponto não há qualquer dúvida. O principal objetivo da partilha de riscos é conferir previsibilidade aos eventos, concretizando racionalmente a divisão das áleas entre os parceiros.

Mas a indagação a ser feita é a seguinte: devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança do cenário, como vem ocorrendo com a crise econômica brasileira?

Importa examinar mais detidamente o impacto que as crises econômicas, como a que o Brasil vivencia na atual quadra, podem provocar na matriz de risco contratualmente estabelecida nos contratos concessionais.

As condições macroeconômicas de um país representam um dos principais pilares na atração de investimentos e na confiabilidade do ambiente de negócios. O mercado monetário, o mercado de crédito, o mercado de capitais e o mercado cambial compõem um conjunto de circunstâncias que são determinantes para a atração de recursos privados em contratos públicos, principalmente no setor de infraestrutura.

22 Conforme RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80/82.

23 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 334; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80; ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 707. Também já tive a oportunidade de me manifestar sobre o tema em GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 372.

Questões como metas de inflação, a taxa de juros e câmbio, são fundamentais na atração de recursos privados para negócios públicos. Esta conjuntura é decisiva para atrair em maior ou menor intensidade o setor privado, em especial no setor de infraestrutura.

O que tem ocorrido em vários contratos concessionais é que a sua celebração ocorreu em um cenário de estabilidade econômica, mas a sua execução vem sendo embaraçada pela abrupta mudança da conjuntura macroeconômica do país²⁴, criando dificuldades para os entes públicos e para os contratantes privados manterem o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido. É exatamente nos contratos concessionais que os efeitos da crise econômica são mais contundentes, porquanto se trata de relações duradouras e sujeitas a longos prazos para execução do objeto.

O desafio que ora se enfrenta é lidar com a ocorrência de um evento superveniente (a notória crise da economia brasileira) e o seu impacto nas *bases objetivas do contrato*, acarretando onerosidade excessiva para uma das partes, bastante o suficiente para provocar abalos extraordinários nos riscos contratualmente assumidos e vergar o equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecido.

EGON BOCKMANN MOREIRA²⁵, amparado nas lições de

24 Por conta da crise macroeconômica brasileira, diversos contratos de concessão vem sendo objeto de renegociações. Exemplo disso são as concessões dos aeroportos, nas quais os concessionários não conseguem mais arcar com as quantias fixadas a título de outorga pelo instrumento contratual. Conforme reportagem do jornal Valor Econômico, em 20/06/2016, um estudo inédito da empresa de consultoria alemã Ronald Berger atestou a necessidade de renegociação destes contratos (Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4606109/concessoes-precisam-de-repactuacao-indica-estudo>. Data do acesso: 20/06/2016). No mais, a crise e seus incalculáveis efeitos sobre os contratos de concessão afastam cada vez mais potenciais investidores estrangeiros do país (Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4600811/estrangeiro-ainda-tem-receio-de-investir-em-concessoes>. Data do acesso: 20/06/2016).

25 "Conforme já mencionado, as condições do contrato remetem às circunstâncias institucionais nas quais ele foi celebrado. O estado de coisas que permitiu a elaboração e a concretização daquele específico projeto concessionário (interesse público primário e a sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; metas a serem atingidas; qualificação e cooperação das partes; fluxos de receitas e custos; taxas de rentabilidade; alocação de riscos etc.). Isto diz respeito à boa-fé dos participantes, bem como à base objetiva do negócio – aqui compreendida como a definiu Larenz: "o conjunto

KARL LARENZ, pondera que os contratos concessionais são celebrados a partir de uma determinada conjuntura, em especial econômica, que motiva as partes a alinharem os seus interesses e a pactuarem reciprocamente direitos e obrigações.

Mesmo contratos complexos, como são as concessões e parcerias público-privadas, guardam uma relação de equivalência e equilíbrio dinâmico que deve ser preservada e mantida ao longo da duradoura relação, fundada, principalmente, no comportamento recíproco de boa-fé que deve pautar as condutas dos parceiros, com a finalidade de manter a estabilidade contratual, objetivo comum que une solidariamente os interesses de contratante e contratado.

Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a *quebra da base objetiva do negócio* e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto.

Supor que as partes devam manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

*de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes, e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’”. O que se defende é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva. Não se pretende que o intérprete se imiscua na “vontade” das partes e respectiva subjetividade da avença (a averiguar eventuais vícios da vontade), mas, sim, na base objetiva que veio a dar efetividade ao projeto do concessionário. O que não significa descartar eventos outrora qualificados de imprevistos, de força maior etc. – estes têm abrigo nas condições do contrato (mas não só estes) e na relação jurídica dele oriunda. O horizonte ora defendido é mais extenso e complexo.”. (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 403/404).*

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece solução simplista dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a racionalidade da teoria da imprevisão.

A nota que caracteriza e tipifica a alocação contratual de riscos é a sua previsibilidade. A antecipação de qual parte vai assumir o risco é, diga-se de passagem, bastante benéfica para ambos os contratantes, eis que para além de reduzir incertezas, comumente se reflete na própria formação do preço ofertado na licitação.

Mas a contratualização dos riscos não é suficiente para solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos concessionais. A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as *consequências* que podem advir para uma das partes.

Em outras palavras: o risco (ex: custo da energia, variação cambial, demanda projetada) era previsível, a justificar a sua alocação contratual. Mas o que era imprevisível é o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados. *Tem-se a imprevisão na previsão.*

A *álea* extracontratual (crise econômica) impacta diretamente a matriz de risco, não para justificar a modificação na sua alocação ou distribuição original, mas para motivar uma revisão do contrato que possa restabelecer a justiça comutativa maculada pela inesperada alteração da exógena conjuntura macroeconômica do país.

Compreender a alocação de riscos a partir de uma visão absoluta, definitiva, exauriente, estática, hermética, mecânica e literal, significa tratar os contratos concessionais em uma perspectiva reducionista e, sem qualquer exagero, com uma singeleza que não integra a sua intrínseca substância.

Estes contratos duradouros são dotados de lacunas e de uma plasticidade aberta, porquanto estão permanentemente sujeitos a ocorrência de variáveis supervenientes que, simplesmente, não podem ser previstas ou mesmo calculadas²⁶. O pla-

26 Como já tive a oportunidade de sustentar em GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade

nejamento racional e adequado na modelagem das concessões e, principalmente, uma alocação de riscos objetiva e eficiente é determinante para o êxito de um contrato concessional, mas não é suficiente para esgotar as infindáveis questões que podem se suceder durante a sua execução²⁷.

Certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução.

A sutileza da distinção é relevante para a compreensão do que ora se afirma.

Quando as ocorrências fáticas - contratualmente partilhadas - se desenvolvem em cenários drasticamente alterados, absolutamente imprevisíveis e que geram uma elevação extrema e extraordinária dos custos, onerando excessivamente uma das partes, a interpretação que privilegie o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a estabilidade do pacto é a que melhor se coaduna com a concretização do interesse público e com a justiça contratual.

Não seria crível supor que a matriz de risco pudesse descer a detalhes e considerasse dimensões e consequências que não poderiam ser objetivamente calculadas ou mesmo cogitadas. Cada risco (econômico, tecnológico, financeiro, político, social, regulatório, ambiental, administrativo) apresenta características e feições próprias e singulares, conectando-se com ramos e domínios da ciência e do mundo dos fatos totalmente distintos.

As potencialidades da sua ocorrência, isoladamente ou em conjunto, a interdependência e o nexo de causalidade que pode existir entre eles, torna rigorosamente inviável qualquer pretensão de exaurir, em toda a sua plenitude, as dimensões, as variáveis e, principalmente, as suas *consequências* quando se está

e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de contratos públicos**, v. 3, n° 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.

27 Sobre a impossibilidade do planejamento, por mais rigoroso que seja, controlar e evitar todos os riscos ver GUNTHER, Robert E. **The Truth About Making Smart Decisions**, FT Press, 2008.

diante de uma moldura econômica absolutamente diversa daquela que circundava a estruturação da concessão.

Admitir que a alocação de riscos é uma obra perfeita, acabada, completa, exaustiva e indene de qualquer dúvida ou posterior interpretação, em especial sob os holofotes de novas e inesperadas conjunturas econômicas, é negar a própria incompletude dos contratos concessionais.

Se o contrato de concessão é incompleto²⁸, com mais razão incompleta será a alocação de riscos, em especial no que se refere as suas consequências em cenários extremados e totalmente distintos daquele inicialmente pactuado. Uma adequada partilha de riscos é o ponto de partida e não de chegada das lacunas e integrações que se sucedem durante a gestão e execução dos contratos concessionais duradouros.

A alocação contratual de riscos resolve muitos, mas não todos os problemas dos contratos concessionais, sendo rigorosamente impossível calcular, de antemão, a extensão de todos os efeitos dos riscos e as suas consequências para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A adoção de soluções literais e de atalhos jurídicos poderia levar à seguinte e equivocada premissa: se os riscos foram contratualmente alocados a uma das partes, caberá a ela suportar todas as consequências e efeitos que possam advir da sua ocorrência (independente da sua extensão), sendo desimportante considerar a abrupta mudança da conjuntura econômica que avolumou desproporcionalmente os seus custos, impactando diretamente todos os componentes que integram o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Trata-se de uma linha de raciocínio singela, que promove uma leitura isolada da matriz de risco e desconectada da estrutura sistêmica do contrato de concessão, das suas finalidades

28 Nas palavras de FERNANDO ARAÚJO: “*Numa outra abordagem teórica, o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas - é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas.*” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151).

primaciais e da conformação econômico-financeira contratualmente estabelecida.

Bem vistas as coisas, importa observar que a hipótese cogitada no presente estudo não envolve uma simples perturbação externa a um determinado contrato concessional, que tenha tornado a sua execução apenas transitoriamente mais onerosa ou que tenha implicado a redução da lucratividade esperada do contratado.

Estas circunstâncias são normais e devem ser suportadas pelo contratado, na forma dos riscos contratualmente assumidos. Não pode o particular ignorar que, nos contratos concessionais, a sua remuneração não é certa ou determinada, mas sujeita a flutuações e variações que colocam a sua eficiência na gestão do negócio e o próprio risco na exploração do objeto como elementos intrínsecos à própria substância do regime contratual.

O que desafia o presente estudo são as situações que, em decorrência da abrupta mudança do cenário econômico, provocam um abalo profundo, imprevisível e agudo na estrutura de custos do concessionário, potencializando os seus encargos de uma maneira que desequilibra desproporcionalmente a economia original do contrato.

O aspecto central da formulação do raciocínio que ora se estrutura é o seguinte: uma vez demonstrado e comprovado que a conjuntura macroeconômica foi drasticamente alterada²⁹, produziu consequências na matriz de risco que foi definida conjuntamente pelas partes, é cabível a revisão do contrato.

A doutrina vem reconhecendo a viabilidade na revisão do contrato. PEDRO GONÇALVES³⁰ anota que:

29 Tratando da *álea* econômica, CAIO TÁCITO, com enorme propriedade, já dizia: “*é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto dos seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências*”. E, em outro trecho, complementava: “*A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana*”. TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**. Rio de Janeiro: Renovar, Temas de Direito Público, Vol I, 1997, p. 209.

30 GONÇALVES, Pedro Costa, com a colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José

“Mas a circunstância de o cocontratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco. Assim, suponha-se a diminuição da procura resultante de um facto anormal e imprevisível: por exemplo, terremoto que destrói a autoestrada gerida em sistema de concessão. Neste cenário, mesmo que o concessionário tenha assumido o risco da procura, a diminuição desta não corresponde a um risco próprio do contrato, antes resulta de uma ocorrência anormal e imprevisível, que deve dar lugar a uma compensação, nos termos do artigo 314, n.º 2”.

FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO³¹ pondera que:

“No exemplo dos custos, se a explosão do inicialmente orçado decorrer de uma deterioração macroeconômica significativa e imperscrutável, resta recolocada a discussão (dentro dos procedimentos previstos no contrato) sobre formas e parâmetros para essa recomposição. Do mesmo modo, ainda que ao concessionário caiba o risco de demanda, se a queda abrupta tiver decorrido de uma ação ou de uma omissão do poder concedente, também se justifica, inobstante o pactuado, a discussão sobre tal desequilíbrio. Segue daí que em uma concessão comum (e como veremos na concessão em geral) o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição deve ser sempre tratado no âmbito da negociação regulatória, para o qual o contrato deve contemplar parâmetros e procedimentos.”

Azevedo. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 559.

31 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 192.

LICÍNIO LOPES MARTINS³² conclui:

“Só que, como igualmente referimos, os contratantes, ao regularem a distribuição de riscos, podem igualmente prever os modos como deverão proceder em caso de não verificação das circunstâncias em que basearam a sua decisão de contratar ou de não verificação delas nos termos projectados, seja porque efectivamente não chegaram sequer a ocorrer, seja porque a sua ocorrência foi adulterada por acontecimentos supervenientes.”

Preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais é medida que se impõe a favor do interesse público e se desvela como dever dos gestores.

Duas últimas observações.

A primeira é que a teoria da imprevisão não pode ser invocada genericamente por qualquer dos contratantes para justificar o desequilíbrio do contrato, recorrendo a argumentações imprecisas e vagas como “a crise econômica” ou “desvalorização excessiva do real”.

A comprovação efetiva do fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis e a sua incidência direta no contrato como elemento causador da onerosidade excessiva é determinante para qualquer processo de reequilíbrio.

Cabe àquele que pleiteia o reequilíbrio do contrato demonstrar quais os custos ou receitas que foram impactados pela ocorrência de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis e que provocaram um desequilíbrio desproporcional em relação àquilo que foi inicialmente pactuado.

Desequilíbrios pressupõem obrigatoriamente análises e exames comparativos entre a situação original e a situação atu-

32 MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 581.

al³³, bem como o conhecimento consensual e recíproco entre as próprias partes do que se considera como ponto de equilíbrio daquele específico contrato. Afinal, para reequilibrar um contrato é suposto saber em que condições e a partir de quais fatores ele se encontra equilibrado.

A legislação é omissa a respeito de elementos mínimos que possam preencher o conteúdo material do conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fazendo referência à manutenção das condições efetivas da proposta ou a uma equivalência material entre direitos e obrigações fixada no momento da licitação, o que tem se apresentado como insuficiente para resolver os problemas e questões que se colocam nos contratos concessionais que, como é do conhecimento convencional, apresentam uma configuração bastante complexa e sofisticada se comparada aos demais contratos administrativos.

As Leis nº 8.987/95 e 11.079/04 que disciplinam, respectivamente, as concessões comuns e as parcerias público-privadas (concessões patrocinadas e administrativas) não avançaram no tema, o que pode ser explicado a partir de uma opção legislativa que reconhece a natural indeterminação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e as suas múltiplas dimensões e variações que não poderiam ser captadas em normas gerais e abstratas.

Equilíbrio econômico-financeiro, desequilíbrios e reequilíbrios são temas tipicamente contratuais, porquanto guardam direta relação com o projeto específico que se pretende implementar, não cabendo soluções uniformes, absolutas ou genéricas. A máxima de que “cada caso é um caso” é a que vale nestas situações.

33 Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO: “Por decorrência, a quebra do equilíbrio somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. Uma realidade a ser considerada consiste na formulação teórica realizada pelas partes acerca da contratação. Esses dados têm de ser cotejados com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior. Como se afirma usualmente, a quebra da equação econômico-financeira do contrato administrativo ocorre quando a relação originada entre encargos e benefícios é alterada.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 398).

É fundamental examinar, a partir das especificidades de cada hipótese concreta, os seguintes aspectos: (i) o ponto de equilíbrio do contrato; (ii) a demonstração de que houve um abalo desproporcional na estrutura e conformação original do contrato, ainda que predominantemente nas extremadas consequências dos riscos contratualmente assumidos; (iii) o reconhecimento de que esta transformação na base objetiva do negócio foi exógena e que independeu de qualquer responsabilidade atribuível às partes; (iv) o processo de renegociação das bases do contrato, a partir de comportamentos pautados pela boa-fé que visem a preservar a finalidade pública e a estabilidade do pacto.

A segunda e última nota é que, a despeito da mudança do cenário macroeconômico impactar mais diretamente os operadores econômicos, evidente que a revisão do contrato pode também ser a favor da Administração Pública, provocando a renegociação de contratos, a fim de que, *consensualmente e não unilateralmente*, os ajustes possam ser conformados à nova realidade. No plano federal³⁴ e estadual³⁵, pode-se mencionar a edição de decretos regulamentando estes processos de renegociação que, ao fim e ao cabo, decorrem da alteração da base objetiva do negócio.

4. Uma última nota

Em outra oportunidade³⁶, aduzi que os contratos concessionais, também qualificados como *regulatory contracts*, se qualificam como *incompletos*, categorização essa que decorre de relevante contribuição da *Economic Analysis of Law* para a Teoria Geral do Contrato.

São incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os

34 Ver Decreto n.º 2.339, de 21.11.97.

35 Mencione-se, como exemplo, o Decreto n.º 45.109, de 05.01.15 editado pelo Estado do Rio de Janeiro e o Decreto n.º 61.785, de 05.01.16, editado pelo Estado de São Paulo.

36 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de contratos públicos*, v. 3, n.º 5, p. 53-83, mar./ago., 2014.

torna naturalmente *inacabados* e com *lacunas*, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução.

Podem ser, também, categorizados como contratos relacionais³⁷, teoria que, entre outras perspectivas e abordagens, propugna um avanço em relação ao paradigma contratual clássico, com o propósito de dar uma resposta eficiente às questões afetas aos *contratos incompletos* a partir do reconhecimento da *flexibilidade* como a mola mestra para a construção de uma dinâmica contratual mutável e permanente cambiável que decorre de *relações duradouras, complexas e multilaterais*.

Contratos concessionais - construídos que são a partir de uma relação duradoura - produzem benefícios recíprocos para as partes quando ambas adotam a *cooperação, a confiança e a boa-fé* como elementos centrais na construção coordenada das soluções *pós-contratuais*³⁸.

A partir desta perspectiva, constata-se que os contratos concessionais são dinâmicos, flexíveis, inacabados e incompletos. Por mais exauriente e eficiente que seja o planejamento prévio à contratação, existirão lacunas e espaços a serem inte-

37 Autor considerado referência nos contratos relacionais é MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relation contract Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, 1988. No Brasil, ver MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2007.

38 Essa percepção foi explicitada em recente decisão da Corte Constitucional da Colômbia. Confira-se: "**Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación.**" (COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia C-300/12*. Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogota, D.C, 25.04.12).

grados pelas partes, como se sucede, por exemplo, na hipótese ora examinada com a mudança da base objetiva do negócio.

Como serão inevitáveis as renegociações durante uma relação duradoura e complexa que envolve o atendimento de distintos e complexos interesses (públicos e privados), o comportamento e a conduta dos contratantes que se pautem na *confiança*, na *boa-fé*, na *solidariedade* e na *cooperação*, produzem benefícios recíprocos que favorecem a própria estabilidade contratual e o atendimento ao interesse público.

Contratos concessionais são, na atual quadra, estruturas regulatórias que se encontram em permanente mutação, disciplinando relações multipolares nas quais convergem variados e legítimos interesses.

Não são estáticos, mas dinâmicos por natureza. Não comportam soluções acabadas, definitivas e que os imunize da realidade cada vez mais cambiável. Na feliz colocação de EGON BOCKMANN MOREIRA³⁹ devem ser imbuídos da compreensão de que o seu êxito está diretamente ligado à *capacidade de aprendizagem* das partes em se adaptar as mudanças, bastante o suficiente para os aperfeiçoar e legitimar.

Ao menos no Brasil, ainda estamos muito longe de alcançar este estágio de compreensão dos contratos concessionais. Os comportamentos são, no mais das vezes, antagônicos e de mútua desconfiança, o que cria uma relação perversa no campo das contratações públicas e, em especial, nos contratos concessionais duradouros.

Para além disso, existe um claro déficit na regulação contratual sobre a temática do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Os contratos são, via de regra, omissos ou obscuros sobre equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio. A estruturação contratual é fundamental para gerar incentivos a comportamentos que se pautem pela boa-fé e confiança.

Se as renegociações - ainda que se tenha por indesejáveis - são inevitáveis, melhor que o contrato delas se ocupe, confor-

39 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 411.

mando padrões e parâmetros que orientem as partes na condução e proteção dos seus interesses. Não existem soluções mágicas ou acabadas.

Contratos incompletos acarretam maior discricionariedade. Discricionariedade exige maior consensualidade. Consensualidade impõe confiança, boa-fé, cooperação, colaboração, ética nas relações e diálogo permanente. Lamentavelmente, nada disso se muda por lei...

ALTERAÇÃO DA TAXA INTERNA DE RETORNO NAS CONCESSÕES **20 ANOS APÓS A EDIÇÃO DA LEI 8.987/95**

Sérgio Guerra¹

1 Agradeço os subsídios recebidos do Professor Doutor Egon Bockmann Moreira para a elaboração do presente artigo, anteriormente explorado em obra destinada às parcerias público-privadas.

A concessão de serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 175². Saliente-se que, visando atender ao determinado nesse dispositivo da Carta Magna, foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei Federal nº 8.987, que veio a estabelecer normas para as concessões de serviços públicos.

Concessão corresponde a uma forma descentralizada de sua prestação, que se cristaliza através de um contrato administrativo, por meio do qual o Poder Público competente (poder concedente) transfere ao particular (concessionário) a execução de determinado serviço público, sob sua regulação³, mediante o pagamento de tarifas pagas pelos usuários.

Considerando toda a complexidade de uma concessão de serviço público, o constituinte definiu alguns *standards* indispensáveis à normatização legal da matéria, a saber: o regime das empresas concessionárias de serviços públicos; o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação; as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a política tarifária; e, por fim, a obrigação de manter o serviço adequado.

Todos esses aspectos foram disciplinados, como dito, em sede federal, pela Lei nº 8.987/95, que completa 20 (vinte) anos. Essa normativa continua apresentando-se, portanto, como sendo a principal base legal a dar suporte ao reequilíbrio econômico e financeiro de qualquer concessão.

As concessões são formalizadas por meio de contratos que devem conter as disposições a que se refere o art. 23 da referida Lei nº 8.987/95⁴. Ultrapassados 20 (vinte) anos da Lei

2 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

3 Regulação no sentido por apresentado no Capítulo I de GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

4 Sobre o cenário em que surgiram as chamadas “regras faltantes” na Lei de Concessões, ver SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das **parcerias público-privadas**. In: Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

de Concessão, surgem dúvidas sobre a juridicidade de ser alterada a Taxa Interna de Retorno – TIR, sendo ela elemento central para se manter o equilíbrio econômico e financeiro do negócio como se pretende examinar neste artigo.

1. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos

O equilíbrio econômico-financeiro da concessão, seja ela comum ou decorrente de PPP⁵, é um princípio constitucionalmente assegurado, podendo ser inferido do art. 37, XXI, da Constituição Federal, quando se refere à exigência de “manutenção das condições efetivas da proposta” nos pagamentos relativos aos serviços contratados em regra mediante licitação⁶, igualmente positivado no art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95⁷.

Consoante Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão fundamenta-se em quatro princípios, quais sejam, (i) equidade, (ii) razoabilidade, (iii) continuidade e (iv) indisponibilidade do interesse público. Menciona que um dos aparentes paradoxos da teoria do equilíbrio econômico-financeiro da concessão reside na necessidade de se conciliar o direito do concessionário ao equilíbrio com a ideia de que os riscos associados à execução do serviço devem correr por sua conta. E em resposta a essa aparente contradição, a autora observa que os riscos ordinários da atividade devem ser atribuídos ao concessionário e, por conseguinte, não lhe conferem direi-

5 Parceria Público-Privada, nos termos da Lei nº 11.079/2004, é uma espécie de concessão.

6 Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

7 §4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

8 DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98.

to à recomposição de eventuais perdas, pois que, nesses casos, não se pode falar propriamente de desequilíbrio. Por outro lado, quanto às circunstâncias extraordinárias, sendo inimputáveis ao concessionário, devem ser arcadas pelo poder concedente, autorizando a revisão tarifária (com fulcro nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e da imprevisão).

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, Marçal Justen Filho⁹ leciona que tal equilíbrio não constitui propriamente um direito, mas um princípio regulador que garanta a ambos, concessionário e poder concedente, que a equação original do contrato será mantida ao longo do exercício da concessão. Especialmente, o princípio atua no sentido de conferir aos licitantes a certeza de que podem apresentar as melhores propostas possíveis no momento da licitação – pois não precisam incluir em seus cálculos projeções de custos associados a perdas relacionadas a eventos imprevisíveis (o que seria mesmo impossível) – garantindo-se, dessa forma, a efetividade do objetivo do procedimento licitatório, que é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

O reequilíbrio pode ser feito por meio de revisão ordinária e extraordinária¹⁰. A Lei de Concessões confere ao concessionário o direito à revisão da tarifa quando houver alterações nos tributos incidentes sobre a atividade (à exceção daqueles relativos à renda)¹¹. Em alguns casos, também legislações setoriais, editais e contratos de concessão preveem o direito à revisão na hipótese de determinados eventos que não são passíveis de ingerência pela concessionária, como a majoração do custo de

9 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 146.

10 Sobre a diferença entre os institutos, Marçal Justen Filho observa que “o reajuste corresponde à modificação do valor da tarifa para enfrentar elevações normais de custos, relacionadas ao fenômeno inflacionário”. Já a revisão “envolve a possibilidade de modificações imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços”. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 263.

11 Nos termos do art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995: §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

insumos essenciais à execução da atividade concedida. Adicionalmente, os editais e os contratos de concessão aludem à revisão periódica da tarifa, relativamente a fatores que tenham ocasionado perdas ou ganhos imprevisíveis para qualquer das partes e que tenham, nesse sentido, alterado o equilíbrio econômico-financeiro. A revisão periódica se destina a estabelecer novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos de serviço.

As revisões tarifárias não raro ensejam profundas discussões judiciais, em razão da elevação das tarifas e conseqüente alegação de ofensa ao direito do usuário a tarifas módicas e demais princípios de proteção e defesa do consumidor, envolvendo, indisputavelmente, o reequilíbrio econômico e financeiro da concessão.

Nesse contexto, equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a relação de proporcionalidade e equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão. A remuneração tarifária visa cobrir as despesas da concessionária e a realização da perspectiva de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório.

Nesse sentido, a revisão tarifária objetiva garantir a vida comutatividade e equivalência das obrigações assumidas pela concessionária, tal como exigido pela legislação vigente. Como se sabe, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², na teoria do contrato administrativo, a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro é aceita como verdadeiro “artigo de fé”. Bem por isso, a doutrina e jurisprudência brasileiras assentaram que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo, até mesmo como contrapartida das prerrogativas reconhecíveis ao contratante governamental. Este indiscutível direito, como é óbvio, corresponde a uma ga-

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 259, jan./abr., 2012, p. 251-272.

rantia verdadeira, real, substancial, e não a uma garantia fictícia, simulada, nominal.

Por definição, o reequilíbrio econômico do contrato é um ato sucessivo à quebra da equação financeira originalmente pactuada. Nessa ordem de considerações, “sempre que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes.”¹³

Esta igualdade que estipulam na assinatura do pacto deve perdurar ao longo de toda duração do vínculo e é uma garantia da concessionária. Aliás, se assim não fosse, especialmente levando-se em consideração os poderes reconhecidos no contrato administrativo à parte governamental, o Poder Público não encontraria contratantes¹⁴.

Portanto, o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e o concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do pacto firmado entre ambos. Uma vez alterada essa relação em detrimento do concessionário, nasce para o concedente o dever de restaurar a relação primitiva ou equilíbrio da economia da concessão¹⁵.

Assim, quando se rompe, acima e além do acordo original de vontades, a correlação entre as obrigações de fazer ou de dar, de um lado, e a obrigação de pagar, de outro, a noção equitativa

13 Idem.

14 Idem.

15 “A equação entre os encargos e a remuneração constitui a causa (no sentido jurídico) da concessão, tanto para o concessionário como para o concedente. Se, portanto, vem a incidir sobre a relação entre os termos da equação financeira um fator que a faça variar em detrimento do concessionário, nasce para o concedente a obrigação de restaurar a relação primitiva ou equilíbrio da economia da concessão”. TÁCITO, Caio. *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, In. **Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 1997. p. 237.

do equilíbrio financeiro se exterioriza na exigibilidade da complementação do preço como forma saneadora da mácula advinda¹⁶.

Com efeito, a estabilidade financeira da concessão não deve atender, apenas e limitadamente, ao interesse do concessionário, mas, principalmente, atender à conveniência da administração, interessada na regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos usuários, destinatários finais da atividade concedida¹⁷.

A revisão tarifária contratual e legalmente prevista impõe-se como adequado mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Na prática, para se alcançar o reequilíbrio econômico e financeiro, a revisão ordinária com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá observar (i) o edital de licitação da concessão, incluindo-se os estudos técnicos (modelagem) que o instruiu¹⁸; e (ii) o contrato originalmente assinado¹⁹.

16 Nesse sentido, CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 249.

17 Segundo Caio Tácito: "A garantia da estabilidade econômico-financeira das empresas não é uma dádiva, ou uma outorga do Estado. É um direito do concessionário, e uma obrigação do poder concedente. Representa a contrapartida necessária ao dever de boa administração, imposto ao concessionário. Visa, em última análise, ao interesse dos usuários, de modo a que não se interrompa, ou periclite, a continuidade do serviço, ou a sua eficiência." (op. cit. p. 258).

18 "A "modelagem" das concessões [...] em regra, é objeto de um contrato de consultoria, previamente licitado, do qual têm participado profissionais das áreas econômica, contábil, jurídica e do ramo técnico envolvido. [...] É o momento em que se concebe todo o processo de concessão, desde os requisitos de pré-qualificação e habilitação, como os critérios de julgamento da licitação e o respectivo cronograma, até as formas de remuneração do concedente e do concessionário, que devem ser compatíveis com os investimentos e técnicas exigidos." SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 39-40.

19 Lei nº 8.987/95 – Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

2. A Taxa Interna de Retorno nas concessões sob a ótica normativa

A expressão equação econômico-financeira designa o termo de equilíbrio que se definiu quando da contratação de uma concessão, o qual reflete o acolhimento de uma proposta feita de acordo com as condições estabelecidas no certame licitatório que o tenha precedido. O equilíbrio espelha a relação de igualdade traduzida por uma balança erguida para sustento do que foi inicialmente pactuado, na qual qualquer eventual alteração na conta de despesa deve ser compensada proporcionalmente na conta de receita, independentemente do valor envolvido.

Portanto, o conceito de equilíbrio econômico-financeiro se dá quando o capital destinado a um empreendimento é remunerado a uma taxa que compense não somente o custo normal de oportunidade do capital, mas também o risco associado ao empreendimento.

Essa taxa (Taxa Interna de Retorno - TIR) é a expectativa de lucro que o empresário terá na concessão caso todas as premissas apresentadas no estudo/modelagem sejam cumpridas, ou seja, se os custos e o faturamento decorrentes da concessão forem os previstos. A definição e a manutenção da TIR referem-se, portanto, à própria correlação entre as “condições do contrato” e o seu “equilíbrio econômico-financeiro”²⁰.

Completados 20 anos da promulgação da Lei das Concessões, a questão, a saber, é se a TIR deve prevalecer por todo o período contratual ou se ela pode, juridicamente, sofrer modificação, para maior ou para menor. Visando enfrentar essa indagação, deve-se examinar se as normas legais acima citadas disciplinam a aplicação e/ou trazem parâmetros para a definição da TIR no contrato de concessão.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal apenas apresenta *standards* e a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões

20 Lei nº 8.987/95 - Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

dos serviços públicos, com natureza de normal geral, não disciplina nem define critérios sobre a TIR. Aliás, e como deve ser uma norma de caráter geral, trata de forma aberta a política tarifária²¹. No mesmo sentido, a Lei nº 11.079/2004 não disciplina o tema.

Assim, ao examinarmos a Constituição Federal e normas legais, pode-se concluir que as mesmas não disciplinam, expressamente, os contornos para a definição ou manutenção da TIR nas concessões. Limitam-se, ditas normas, a positivar a necessária garantia das “condições do contrato” sob a ótica do equilíbrio econômico e financeiro da concessão. Egon Bockmann Moreira esclarece esse ponto de forma objetiva: “Além disso, é de se notar que a Lei Geral de Concessões não exige qualificativos para que se possa definir uma situação como de efetivo desequilíbrio econômico-financeiro. [...] Basta preservar o equilíbrio do contrato em termos objetivos. O que a Lei 8.987/95 pretende é a prestação do serviço adequado aos usuários (o fim essencial do projeto concessionário). Porém, como é calculado o equilíbrio econômico-financeiro em projetos concessionários? Como se estimar a taxa de rentabilidade que compense a assunção da tarefa pública e de que modo é possível inseri-la no negócio jurídico? Não se trata de tarefa fácil. Ao contrário: aqui se exige a compreensão de pluralidade de fatores, que permitem avaliar como aquele serviço pode ser prestado de forma adequada e em que medida o investimento privado é a melhor escolha possível (para a Administração e para o empreendedor)”²².

Se as normas legais não disciplinam a questão e, regra geral, os contratos de concessão firmados entre o poder concedente e a concessionária trazem conceitos abertos (*conceitos*

21 No caso de concessões de transportes, a lei federal que institui as diretrizes da política nacional de mobilidade urbana (Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012) também não prevê qualquer parâmetro definidor da TIR. Limita-se a tratar dos reajustes e revisões tarifárias, reafirmando o necessário equilíbrio econômico e financeiro da concessão, remetendo essa regra para o respectivo edital de licitação.

22 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 388-390-391.

jurídicos indeterminados)²³ e, portanto, incompletude acerca da TIR, admitindo interpretação para a sua concretização, é relevante examinar como – e se – a doutrina e os órgãos de controle – de contas e jurisdicional – abordam o tema.

3. A Taxa Interna de Retorno nas concessões sob a ótica dos órgãos de controle

Do ponto de vista jurídico-doutrinário, e especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, há quase unanimidade em se afirmar tratar-se de um pacto incompleto e sujeito a muitas alterações ao longo de sua extensa execução²⁴; contudo, muito pouco foi teorizado acerca dos parâmetros da TIR e sua possível alteração unilateral pelo poder concedente quando das revisões contratuais²⁵.

23 Sobre as dificuldades de gestão dos contratos administrativos de longo prazo e que, por isso, merecem uma releitura sob a ótica da função de regulação, já tivemos oportunidade de sustentar: “Com efeito, na delegação de serviços públicos – *v.g.*, com prazo total de 50 ou 60 anos –, os editais e os contratos de concessão que conformam, juntamente com as normas, o marco regulatório, não preveem, logicamente, todas as variantes técnicas do serviço concedido e do ambiente para sua prestação e seus impactos, serviços a serem explorados para aferição de receitas alternativas etc. Por esse fato, em determinadas situações em que o direito – seja do próprio prestador do serviço, do Estado ou mesmo dos usuários – venha a ser afetado por questões imprevisíveis, decorrentes das carências sociais, novas tecnologias ou provenientes de impactos, naturais ou não, ocorridos no ambiente mercadológico globalizado e de risco, pode ser necessário, no caso concreto, que o regulador proceda a revisões de *atos jurídicos perfeitos* para além dos limites postos na lei geral de licitação e contratos administrativos.” GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade...**, op. cit. p. 299.

24 Como dito acima, o que se sustenta com veemência é o equilíbrio econômico-financeiro, mesmo estando diante de um contrato qualificado por sua “incompletude reforçada” e sujeito a oscilações: “Fala-se em ‘equilíbrio’ porque se sabe que existirão oscilações: tanto sob um aspecto como noutro. Aliás, não será demais afirmar que no contrato de concessão o aspecto financeiro assume importância superlativa (basta examinar os conceitos de [...] Taxa Interna de Retorno - TIR [...])”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 388-389.

25 É justo mencionar, contudo, que a doutrina muito se debruçou, apenas, acerca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, a ser garantido de acordo com o previsto no edital e o contrato de concessão com base no art. 10 da Lei nº 8.987/95: “Quanto a esse ponto não há dúvidas ou incertezas. A execução do contrato nos termos em que foi pactuado é dependente do equilíbrio econômico-financeiro. Qualquer alteração – seja exógena ou endógena, unilateral ou circunstancial – deve respeito à equação econômico-financeira definida pelas condições contratuais.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 388-390.

De forma geral, os tribunais garantem a manutenção das regras previstas tanto no edital de licitação quanto no contrato de concessão, podendo-se concluir, inicialmente, que estaria aí incluída a garantia de manutenção da TIR prevista na modelagem/edital ou no contrato.

Vejam-se dois exemplos. No primeiro: “A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento tanto que o art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995, determina que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação.”²⁶ No segundo: “A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração”²⁷.

Sobre a TIR, propriamente dita, a doutrina a vincula ao reequilíbrio econômico-financeiro do edital/contrato como sendo um “indicador que estabilize as projeções do projeto de investimento”. Por isso, regra geral, a TIR deve ser mantida em processos de revisão nos termos previstos no edital/contrato de concessão, conforme já julgou o Tribunal de Contas da União: “O fluxo de caixa é o instrumento original que permite, a qualquer instante, verificar se a Taxa Interna de Retorno original está sendo mantida. Cabe ressaltar que a TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que iguala o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento. Assim, pode-se dizer que a manutenção da TIR é garantia tanto do Poder Pú-

26 Resp nº 961.376-RS, 1ª. Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento 02/09/2008.

27 AgRg na SL nº 76, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ, 20 set. 2004.

blico quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato”²⁸.

Se, de um lado, seria possível afirmar, num primeiro momento, que a TIR contratual deve ser utilizada em revisões tarifárias ordinárias dos contratos de concessão, de outro lado, essa afirmação pode não sobreviver futuramente em vista das decisões identificadas em concessões comuns, levadas tanto ao Tribunal de Contas da União quanto ao Poder Judiciário.

Com efeito, a jurisprudência, em alguns poucos julgados, abre a possibilidade de o poder concedente revisar os estudos econômicos e financeiros vis-à-vis o lucro a ser auferido pelo concessionário; isto é, concretamente, o poder concedente poderia rever o contrato se a TIR passasse a ser, numa determinada fase contratual, desproporcional àquela praticada pelo mercado para operações similares: “A alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, [...] só é possível diante da inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada, com o passar do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e ao atendimento do interesse público [...]”²⁹.

A possibilidade de adoção de uma nova TIR não deve ser descartada pelas concessionárias quando da elaboração das análises jurídica e econômica/financeira visando à revisão ordinária. Um caso foi submetido à 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em longo litígio entre uma Concessionária de Rodovias, o estado do Paraná, a União Federal e a Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT. Aquele tribunal concluiu que o poder concedente poderia reduzir a Taxa Interna de Retorno – TIR por meio de ato administrativo, ainda que esse, futuramente, venha a ser submetido ao crivo da razoabilidade perante o Poder Judiciário. *In verbis*: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CLÁUSULAS ADITIVAS DE CONTRATO

28 TCU, Rp TC-014.811/2000-0, Ministro Walton Alencar, DOU 11/11/2002.

29 AgRg na SL nº 76, Corte Especial – STJ, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ, 20 setembro 2004.

DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA. TAXA INTERNA DE RETORNO DO ACIONISTA. TAXA INTERNA DE RETORNO DO PROJETO. PORTARIA ADMINISTRATIVA. PERDA DE OBJETO SUPERVENIENTE. Ausência do interesse de agir dos autores, conducente à carência de ação, vez que atingiram, por seus próprios esforços, a finalidade jurídica almejada neste processo, afastando a Taxa Interna de Retorno do Acionista por ato administrativo. Precedente da Turma³⁰.

Em poucas palavras, cuidou-se de ação ordinária em que os apelantes buscavam a declaração de nulidade das cláusulas contratuais aditivas (Termos Aditivos) que permitiram a utilização de determinada Taxa Interna de Retorno - TIR. Sustentou-se que a aplicação da TIR do acionista implicaria repasse dos custos do financiamento da concessão (risco que estaria a cargo do investidor privado) para a tarifa, à revelia das previsões contidas no edital de licitação.

Ao final, e em sede de reconvenção, o Poder Judiciário manteve a TIR repactuada pelas partes sob o argumento de que o contrato original não havia definido esse valor e que, posteriormente, tanto a perícia quanto o estudo elaborado pela FGV Consult (hoje FGV Projetos) apontaram para uma TIR de 16,43% compatível, à época, com a realidade econômico-financeira do país: “De tudo o quanto consta dos autos, exsurge a modo evidente que as partes não divergem acerca da complexidade do contrato entabulado e que estão a empreender esforços recíprocos ao cumprimento da avença. E, à vista da situação fática sub examine, forçoso é o reconhecimento de que, ao equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, é de mister a adoção de uma Taxa Interna de Retorno à base de 16,43%. Essa é a conclusão do laudo pericial e tem supedâneo não na decisão provisória definida pela Comissão Paritária, mas na análise de todos os elementos cognitivos que aportaram ao caderno processual - incluso estudo da FGV Consult -, bem como à vista de fatos notórios, prescindíveis de comprovação

30 Apelação Cível Nº 2004.70.00.039499-0/PR.

(CPC, art. 334, I) – como, por exemplo, a modificação da realidade econômico-financeira do país.”

Conclusivamente, o tribunal deliberou que o percentual da TIR, fixando a rentabilidade do negócio, poderia sofrer alteração, caso novos fatos assim o justificassem: “Por derradeiro, impende gizar que o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato resta alcançado com a utilização da TIR de Projeto na ordem de 16,43% à vista da equação fática submetida a exame neste autuado. Não se pode olvidar, entretanto, que a presente avença contempla obrigações recíprocas de trato sucessivo cujo cumprimento protraído no tempo pode dar azo a alteração da equação fática atual, ensejando nova atuação das partes à consecução do seu equilíbrio – sendo exemplificativa a edição da Portaria n.º 678/2004 pelo Presidente do DER/PR – e, quiçá, novo pronunciamento do Poder do Judiciário a tempo e modo oportunos (CPC, art. 471, I).”

Veja-se que o tribunal não deu garantias ao concessionário no sentido de perpetuação da TIR durante o prazo contratual.

Também no âmbito do Tribunal de Contas da União, chegou-se a resultado similar ao do Poder Judiciário. Trata-se de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, daquele tribunal, acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos concernentes à 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal. Pretendia-se verificar se haveria cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas.

O modelo de concessão da 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal era tido como “estático”, pois as rubricas que compuseram o fluxo de caixa não se alteravam ao longo da execução contratual, nela incluída a TIR que variava de 17% a 24% ao ano, ao passo que, mais recentemente, a TIR para contratos de concessão da mesma natureza seria de, no máximo, 8,95%. O TCU decidiu que a TIR das concessões rodoviárias deveria ser examinada pela agência reguladora, inclusive, com a possibilidade de fixação de nova rentabilidade para a

concessionária³¹: “ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo relator, em: [...] 9.2. determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que: 9.2.1. realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual – taxa interna de retorno do investimento (TIR); 9.2.2. caso se verifique desequilíbrio, adote as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos mencionados contratos de concessão, fixando nova rentabilidade;”.

Vale trazer os argumentos adotados no referido acórdão do Tribunal de Contas da União como razão de decidir quanto à possibilidade de alteração da TIR de acordo com as condições de mercado no momento da revisão ordinária: “Repito, novamente: o reequilíbrio contratual ocorre não somente em favor das empresas, como usual, mas também em favor da Administração e do usuário do serviço público, a partir de dados objetivos que foram evidenciados nas diversas instruções neste feito. Essas alterações não se limitam às variações extraordinárias nos preços dos insumos da contratada, tendo em conta que o custo do capital, também, em operações exatamente similares às ocorridas, é capaz de provocar desequilíbrio na harmonia contratual, pois igualmente integra o fluxo de caixa original e afeta a proporção entre receitas e encargos do projeto, bem como as tarifas. Em todas as situações em que o cenário econômico é desfavorável, as empresas concessionárias imediatamente envidam esforços necessários à promoção do reequilíbrio contratual, quer no âmbito administrativo, quer na esfera judicial, obtendo a recomposição das tarifas. Da mesma forma que o setor privado defende judicial e administrativamente os seus interesses, incumbe à ANTT manter-se diligente

31 TC 026.335/2007-4.

na defesa da modicidade tarifária e dos usuários do setor sob sua supervisão, para não deixá-los prejudicados, com tarifas superiores às devidas, para a correta retribuição pelo serviço. Nessas concessões rodoviárias, está ameaçado o princípio fundamental das concessões, a modicidade tarifária, premissa da adequação do serviço público concedido, expressamente prevista no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995. Este princípio significa que a tarifa cobrada do usuário deve ser apenas suficiente para remunerar adequadamente a prestação do serviço outorgado, garantindo sua continuidade e qualidade, com os lucros normais do empreendimento, sem, porém, prover o acréscimo de lucros exorbitantes à concessionária, mediante novas obras, realizadas muito posteriormente aos contratos, remuneradas com taxas incondizentes com o mercado. No Brasil, a excepcional melhora nos indicadores econômicos – representativa de álea extraordinária – deve ser revertida em prol da modicidade tarifária, sob pena de tornar a prestação do serviço inadequada ao pleno atendimento dos usuários, com violação do art. 6º, caput, da Lei nº 8.987/1995. Assiste razão à Procuradoria-Geral da ANTT que, em seu preterido Parecer CAH nº 0288-3.4.1.12/2008, evoca a Decisão nº 464/2000-TCU-Plenário, para opinar pela necessidade de renegociação, ante a nova realidade econômica (fls. 47/48). Registra o órgão de consultoria jurídica que a teoria da imprevisão ‘pode ser empregada tanto em favor do contratado quanto em favor do contratante’. Outro entendimento, no sentido de que apenas a concessionária poderia beneficiar-se do reequilíbrio contratual, culminaria em absurda inversão do princípio da supremacia do interesse público, com irregular favorecimento do capital econômico, em detrimento da população usuária do serviço público. A ANTT assevera que a preservação do valor da Tarifa Básica de Pedágio, mediante a qual se remuneram os encargos da concessionária, assegura ‘a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, obtido a partir do fluxo de caixa elaborado a preços de uma determinada data-base’ (fl. 41). Deixa de mencio-

nar, entretanto, que o fluxo de caixa contempla não apenas os preços vigentes à época de sua elaboração, como também é modelado segundo taxa de desconto correspondente ao custo de capital acima analisado. No mais, identifica o equilíbrio econômico-financeiro com o fiel cumprimento das cláusulas contratuais, descurando do caráter fático inerente àquela relação de harmonia, cuja preservação é legalmente determinada. Não procede a afirmativa de que 'sempre que tenha havido lugar à revisão da tarifa, considerar-se-á restabelecido o inicial equilíbrio econômico e financeiro dos contratos firmados com as concessionárias' (fl. 45), tendo em vista a característica indevidamente 'estática' da modelagem financeira do projeto, como bem arguido pelo Sr. Secretário de Fiscalização de Desestatização (fl. 2). Na verdade, as revisões reproduzem e perpetuam o desequilíbrio resultante da evolução do cenário macroeconômico. Impõe-se, assim, a conclusão de que os contratos indicados na representação efetivamente apresentam desequilíbrio econômico-financeiro, sendo que as rentabilidades auferidas pelas concessionárias – compreendidas entre 16% e 24% (fl. 84) – provêm de parâmetros hoje considerados patentemente irrealistas. Quando se considera que as obras novas, recentemente executadas, não originalmente previstas no contrato, entronizadas no sistema mediante termos aditivos, estão sendo remuneradas, pelos usuários das rodovias, nesse alto patamar de 16 a 24%, comparativamente às novas concessões, cuja remuneração se deu na faixa de 7%, ficam absolutamente evidentes todas as distorções do sistema.”

Pode-se depreender que, nos casos acima coligidos, os órgãos de controle entenderam que a Taxa Interna de Retorno – TIR, nas concessões, não é fixa; poderá, segundo as teses adotadas, ser alterada nas revisões contratuais caso o estudo econômico e financeiro da concessão apresente lucro exorbitante a favor do parceiro privado.

4. Conclusões

O texto constitucional, preocupado em garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, estatui no art. 37, XXI, que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados com obediência a cláusulas de pagamento “mantidas as condições efetivas da proposta”. Estabeleceu, assim, regra geral, a garantia de inafastável correlação entre a remuneração do contratado e as condições efetivas da proposta.

O equilíbrio financeiro é requisito essencial de legalidade dos contratos administrativos, cabendo ao Estado o dever de preservá-lo, em benefício de toda a comunidade. O princípio do equilíbrio financeiro é, em suma, um dos esteios fundamentais de ordem legal, no tocante aos serviços que cabem ao Poder Público, inclusive nos contratados por meio de concessão.

A Lei das Concessões protege a equação econômico-financeira dos contratos, determinando que as tarifas serão preservadas pelas regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato de concessão. Constitui cláusula essencial do contrato de concessão a relativa ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas, como se infere do teor do art. 23, caput e inciso IV, da mencionada na Lei nº 8.987/95.

Regra geral, por meio da revisão tarifária se apura a equação econômico-financeira do contrato e, por consequência, se reavalia ou se reconsidera o valor da tarifa inicialmente pactuado e tido como adequado para cobrir os custos e encargos inerentes ao serviço.

Assim sendo, verifica-se que a revisão tarifária não apenas constitui um direito do parceiro privado, como, de resto, a sua apreciação consiste em um dever do poder concedente. Isso porque a revisão tarifária visa restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como garantir a devida comutatividade dos pactos, tal como exigido pela legislação vigente.

Dessa forma, é jurídico afirmar que a concessão de serviço público se encontra sob a égide de um dogma fundamental que é o da segurança do equilíbrio financeiro nas relações entre concedente e concessionário. Somente havendo a certeza de que a tarifa, ainda que complementada por contraprestação pecuniária, será preservada pelas regras de revisão previstas nas normas legais, no edital e no contrato, a fim de que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o valor jurídico da segurança nas relações intersubjetivas será observado.

A revisão tarifária é o mecanismo adequado para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sendo certo que incube ao poder concedente proceder à revisão das tarifas na forma da lei, das normas pertinentes, do edital (e sua modelagem) e do contrato de parceria.

A noção de equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão é tradicionalmente associada à manutenção de sua Taxa Interna de Retorno – TIR, nos termos previstos no edital e no contrato de concessão. Os órgãos de controle (de contas e jurisdicional), malgrado ausência expressa de dispositivo legal que assim autorize, já entendeu, em poucos casos a eles submetidos sobre concessão comum, que essa TIR poderá, em alguns casos, ser alterada caso apresente lucro exorbitante ou prejuízo manifesto.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 259, jan./abr., 2012, p. 251-272.

CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das **parcerias público-privadas**. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público, In: **Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOVO PACOTE DE INFRAESTRUTURA **DO GOVERNO DILMA: 15 ERROS QUE PRECISAM SER CORRIGIDOS¹**

Maurício Portugal Ribeiro

¹ Gostaria de agradecer a Gabriela Engler Pinto pelas sugestões no conteúdo e na forma do presente texto, e a Ana Claudia Cunha pela atenta revisão do presente texto e por ter me ajudado com as referências e notas de rodapé. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

No dia 9 de junho de 2015, o Governo Federal divulgou os seus planos para as concessões nos setores de infraestrutura de transportes, com a promessa de rever erros do passado recente e de ser mais flexível nas discussões com a iniciativa privada.

Adotando como premissa que o programa de concessões então anunciado não é apenas um manifesto de boas intenções, e na condição de especialista na estruturação de concessões e PPPs, pretendo propor no presente artigo uma agenda de mudanças para que as novas concessões federais tenham o sucesso esperado, tanto na geração de novos investimentos, que efetivamente melhorem a qualidade dos serviços, quanto na obtenção de melhores propostas de preço para os usuários e para o Governo.

Para isso, foi necessário apontar os principais erros cometidos nas concessões de rodovias realizadas pelo Governo Federal em 2013 e 2014, nas concessões de aeroportos realizadas entre 2011 e 2014 e, também, na estruturação do novo modelo de concessões ferroviárias, cujos editais e minutas de contrato chegaram a ser publicados para consulta pública ao longo de 2014.

Passo, sem mais, a listar o que precisa ser mudado nas novas concessões.

1. Subsídio tarifário por meio de obras públicas dentro das concessões²

Os contratos de concessão de rodovias e aeroportos previram, respectivamente, a obrigação do DNIT e da Infraero realizarem obras nas rodovias e aeroportos concedidos. O objetivo, no caso das rodovias, era subsidiar as tarifas e, no dos aeroportos, era assegurar a continuidade das obras públicas ao longo do processo de concessão³.

2 O TCU, no relatório do primeiro estágio de fiscalização prévia e concomitante do projeto de concessão do trecho ferroviário Lucas do Rio Verde - Campinorte, exigiu, pela primeira vez, que o Governo Federal realize análise das consequências fiscais dos subsídios públicos vinculados à contratação de uma concessão comum, como condição para dar seguimento ao processo de contratação da concessão. Para isso, o TCU determinou a aplicação analógica a esse projeto de concessão dos artigos da Lei de PPP que estabelecem exigências de análises fiscais prévias à contratação de PPPs.

3 Os aeroportos integravam compromissos relacionados aos grandes eventos programados

Na grande maioria dos casos, como era previsível para qualquer especialista⁴, essas obras não foram executadas, ou foram com qualidade inadequada, causando transtornos para os usuários, e, em muitos casos, para os concessionários.

Nas novas concessões, todas as obras a serem realizadas nas áreas concedidas devem ser de responsabilidade dos respectivos concessionários.

2. Subsídio tarifário por meio de financiamento por bancos controlados pela União

Diversos projetos de concessão de rodovias licitados pelo Governo Federal em 2013 e 2014 não poderiam ser estruturados como concessões comuns se utilizassem as condições normais de financiamento adotadas pelo BNDES até então⁵ e sem a previsão de subsídios públicos por meio de obras do Poder Público na área da concessão.

Sem os subsídios públicos mencionados, esses projetos teriam que ser estruturados como contratos de PPP – Parceria Público-Privada, nos quais, além de cobrar tarifas dos usuários, o concessionário recebe pagamentos públicos.

Mas o Governo evitou usar PPPs, aparentemente por entender que o custo político de realizar pagamento público em PPP era maior do que o de realizar subsídios por meio do financiamento e por intermédio da inclusão das obras públicas nas concessões.

para acontecer no Brasil entre 2013 e 2016, entre eles a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Em vista desses prazos e do risco do processo de concessão atrasar, manteve-se a carga da Infraero a realização de diversos investimentos no aeroporto.

4 Uma das principais razões por que se faz concessões são as dificuldades operacionais de entes estatais realizarem investimentos com a qualidade, preço e prazo esperados.

5 O BNDES financiava esses empreendimentos por meio do FINEM (<http://www.bndes.gov.br/bndesfinem>), que é o programa para financiamento de empreendimentos. Para as concessões federais de rodovias realizadas em 2013 e 2014, contudo, foi criado programa de financiamento, com condições ainda mais subsidiadas do que as do FINEM. Essas condições podem ser conferidas na seguinte página: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atualizacao/Infraestrutura/Logistica/condicoes_apoio_concessoes_rodoviaras.html>.

Além disso, a estruturação de PPPs exige prévia análise dos impactos fiscais da assunção da obrigação de realizar pagamentos públicos. Como o marco legal sobre as concessões comuns não prevê a necessidade de prévia análise fiscal⁶, aparentemente o Governo preferiu subsidiar as concessões a lidar com a discussão dos custos fiscais de realizar PPPs.

No lançamento do seu novo programa de concessões, o Governo já apontou que eliminará os excessos nos financiamentos subsidiados e que vai estimular que os concessionários busquem uma parcela relevante do seu financiamento no mercado de capitais por meio da emissão de debêntures⁷.

Isso fatalmente vai transformar vários projetos que estavam sendo licitados como concessões com subsídios em projetos de PPP.

6 A realização de subsídios em concessões comuns por meio de obras públicas na área concedida e financiamentos com juros muito abaixo de mercado era raro antes de 2012. Por isso, o marco legal sobre as concessões, que é da década de 1990, não contempla exigências de prévia análise de custo fiscal desses subsídios. Isso porque, tradicionalmente, as concessões comuns não geravam custos fiscais. É que não havia, em regra, subsídios públicos associados à sua contratação. Ao contrário, as concessões comuns desoneravam a Administração Pública de custos, na medida em que transferia as obrigações de investimento na infraestrutura para o concessionário e transferia para os usuários o custeio dos investimentos e operação, por meio do pagamento de tarifas.

7 No anúncio do programa de concessões, os integrantes do Governo disseram que o BNDES poderá financiar até 70% da obra via TJLP, desde que o concessionário emita determinado percentual do valor do investimento em debêntures, sendo tal emissão dispensada apenas para os financiamentos no setor de transporte aéreo.

Ainda não está claro como os concessionários vão conseguir financiamento no mercado em momento, como o presente, de crise econômica. É possível que não existam fontes de financiamento (o concessionário talvez simplesmente não encontre compradores para suas debêntures) ou que os preços desse financiamento sejam extremamente altos. Para que esses financiamentos no mercado se tornem viáveis, será preciso considerar esses custos nos estudos de viabilidade dos projetos de concessão e PPP, o que impactará, para cima, o valor das tarifas e da contraprestação pública e, para baixo, o pagamento de outorga, no caso de projetos superavitários, como os de terminais aeroportuários. Uma outra possibilidade seria o poder concedente reequilibrar o contrato caso o financiamento não se realize no custo estimado. Para isso, seria necessário estabelecer (a) que o risco de variação do custo de financiamento é do poder concedente, e (b) qual seria o parâmetro para o custo de financiamento, de maneira que, caso seja obtido o financiamento em valores diversos do esperado, o concessionário tenha bases para obter o reequilíbrio do contrato de concessão.

3. Subsídio por meio da participação de estatais no capital das concessionárias e outros problemas decorrentes da participação de estatais

A participação relevante (por exemplo, de 49%) de estatais no capital das concessionárias, como no caso das concessões de aeroportos recentemente realizadas, cria incentivos indesejáveis.

Se as obras forem (como o são muitas vezes) realizadas por empresas que integram os grupos econômicos dos acionistas privados das concessionárias, o incentivo será para que o grupo econômico do acionista privado eleve o valor das obras, uma vez que esse custo será dividido com a estatal, sócia da concessionária.

A rentabilidade decorrente desse mecanismo será evidentemente considerada pelo grupo econômico do acionista privado, para entrar na licitação da concessão. Trata-se, na prática, de subsídio às obras realizadas com recursos das estatais investidos sob a forma de participação acionária.^{8,9}

Note-se que não há nada de irregular ou ilícito nessa elevação do custo das obras. Trata-se de uma decorrência necessária do modelo adotado pelo Governo Federal de participação de estatais no capital de concessionárias e que encontra limites na própria competição realizada na licitação. Acionistas privados que elevarem muito o valor previsto da obra na sua proposta terminarão onerando excessivamente a sua proposta na licitação e, por isso, reduzirão as suas chances de sucesso. Daí que há no modelo um mecanismo competitivo que inviabiliza excessos.

Além disso, em tempos de ajuste fiscal, as estatais terão dificuldades de acompanhar os investimentos dos sócios priva-

8 No modelo utilizado para os aeroportos, a Infraero é obrigada a ter participação na concessionária, sujeitando-se às condições de preço de outorga definidas no leilão. Se o acionista privado modelar a sua proposta de modo a aceitar um retorno menor que os padrões de mercado como acionista da concessionária (uma vez que a empresa do seu grupo econômico realizará a obra), a Infraero será obrigada a acompanhar os níveis de rentabilidade aceitos pelo acionista. Na prática, isso significa que o Governo estará subsidiando a concessão por meio da rentabilidade abaixo do mercado do capital investido pela Infraero.

9 Além dessa função de subsidiar as obras, a participação de estatais nas concessionárias, aparentemente, tem também um aspecto político: buscam reduzir a resistência política dos seus funcionários ao programa de concessões.

dos nas concessionárias, o que pode criar situações em que os investimentos não se realizem simplesmente porque os sócios privados não estejam preparados para arcar com a inadimplência de aportes de capital das estatais.

Por fim, é preciso mencionar que a participação de estatais nos consórcios que concorrem nas licitações, como foi feito no setor elétrico (geração e transmissão; felizmente isso não foi feito no setor de infraestrutura de transportes), deve ser coibida daqui para frente, pois beneficia os participantes que têm melhores contatos com o Governo. Note-se, também em relação a esse ponto, que não houve nada irregular ou ilícito na adoção pelo Governo desse modelo no passado e na sua implantação. Mas, se a intenção é aperfeiçoar o programa de concessões daqui para frente, isso deve ser evitado.

No lançamento do novo programa de concessões, o Governo sinalizou que haveria redução da participação de estatais¹⁰. Mas não está claro ainda quais serão os novos níveis de participação. O aconselhável seria eliminar, como regra, a participação das estatais do capital das concessionárias, a não ser em situações excepcionais.

4. Pagamentos públicos em PPPs/concessões devem ser classificados como dívida financeira da União e sistema de garantias deve usar receitas patrimoniais da União

Desde 2005 que o Governo Federal anuncia periodicamente que irá operacionalizar o FGP – Fundo Garantidor de PPP Federal¹¹.

10 No lançamento do programa, o ministro Eliseu Padilha informou que a Infraero deve permanecer com uma participação de 49% no capital social das concessionárias na próxima rodada de concessões de aeroportos. Não obstante, esse percentual pode chegar a 15%, a depender dos estudos de mercados realizados por meio de PMIs. Evidentemente que as empresas privadas, nas suas PMIs, vão solicitar o máximo de participação da Infraero, para reduzir as suas necessidades de investimento de capital. Na minha opinião, essa decisão não deveria se basear em resultados das PMIs. O melhor seria simplesmente eliminar a participação da Infraero.

11 Criado pela Lei Federal nº 11.079/04, ficou em condições de operação em 2006, mas nunca emitiu garantias porque o Governo Federal resolveu não realizar PPPs, aparentemente por entender que há custos políticos altos em realizar pagamentos públicos a concessionários. A única PPP realizada no âmbito do Governo Federal foi a PPP do Datacenter do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal. Nessa PPP, em vista da classificação de crédito desses bancos, foi desnecessário prever garantia de pagamento.

Nas últimas discussões sobre o assunto – havidas por ocasião da aprovação da autorização legal para a criação da ABGF (Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias)¹² e de mudanças no marco legal sobre o FGP¹³ –, o FGP seria viabilizado para dar garantias para as PPPs dos estados e municípios¹⁴.

Como, por consequência do ajuste fiscal em curso, é provável que a União não tenha mais condições de realizar subsídios nos contratos de concessão comum, os novos projetos de concessão de rodovia e de ferrovia, financeiramente deficitários com mera cobrança de tarifa, terão que ser contratados como PPPs.

Isso fará ressurgir a demanda por garantia de pagamento público e, portanto, de operacionalização do FGP.

Mas uma solução muito mais simples e econômica do que tentar operacionalizar o FGP seria classificar os pagamentos da União em PPPs e concessões como dívida financeira, de maneira que esses pagamentos tenham a mesma prioridade, e, portanto, a mesma classificação de crédito dos títulos públicos federais¹⁵.

Alternativamente, a União poderia ceder fiduciariamente para o parceiro privado, para pagamento ou em garantia das suas obrigações, receitas patrimoniais, de boa qualidade, de sua titularidade¹⁶.

12 Constante do art. 27, da Medida Provisória nº 564/12, convertida posteriormente na Lei 12.712, de 30 de agosto de 2012.

13 Art. 16, da Lei 11.079/04, modificado pela Lei nº 12.766, de 2012.

14 Isso porque o Governo Federal, já há vários anos, não tem intenção de contratar projetos sob a forma de PPPs. Preferiu modelar os seus projetos financeiramente deficitários com a mera cobrança de tarifas como concessões comuns, utilizando os subsídios públicos já mencionados no presente artigo. Sobre a utilização do FGP federal para projetos de Estados e Municípios, vide Ribeiro, Maurício Portugal, "10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões", Capítulos IV.2, livro disponível para download gratuitamente em: <http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-de-concessoes>.

15 Outros países da América Latina, como Colômbia e Peru, já criaram mecanismos semelhantes para melhorar a classificação de crédito dos pagamentos públicos em contratos para implantação de projetos de infraestrutura.

16 Para isso, seria necessário superar resistências burocráticas no âmbito do Ministério da Fazenda, que desde o ajuste fiscal realizado nos anos 1990 consolidou entendimento em torno do princípio da unicidade orçamentária da União que colidiria, em tese, com a possibilidade de penhor ou cessão fiduciária de receitas patrimoniais para pagamento de PPPs.

5. Parâmetros técnicos para expansão de capacidade das infraestruturas

Nas concessões de rodovias e aeroportos recentemente realizadas, foram previstas expansões de capacidade das infraestruturas em prazos contratualmente definidos, mesmo que a demanda pelos serviços necessária para justificar tais investimentos não seja atingida¹⁷.

É importante, todavia, que as expansões de capacidade das infraestruturas sejam vinculadas sempre a gatilhos tecnicamente definidos, de modo que as tarifas, subsídios, contra-prestações ou pagamentos pela outorga não sejam onerados desnecessariamente.

6. Independência das agências reguladoras

Os últimos governos degradaram diversos aspectos da independência das agências reguladoras federais¹⁸. O golpe de misericórdia foi a criação da figura do “diretor interino” das agências, que, basicamente, é um diretor sem mandato e, por isso, completamente subordinado politicamente ao Governo.

É preciso realizar mudanças institucionais para restabelecer a independência das agências reguladoras nos seus aspectos político, financeiro e administrativo.

7. Atração de quadros de boa qualidade para os setores de infraestrutura

A perda da credibilidade do Governo levou à dificuldade de atrair nos últimos anos quadros de boa qualidade da iniciativa privada nos setores de infraestrutura para posições gerenciais na Administração Pública.

17 Apesar de eu não ter encontrado documentos que tragam justificativas para isso, ao conversar com técnicos do Governo, eles alegaram que se tratava de política de Governo (do primeiro Governo Dilma) fazer grandes obras, para deixar um legado nos setores de infraestrutura.

18 Vide Ribeiro, Maurício Portugal, “Arbitragem, TCU e Risco Regulatório”, disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014>>.

Para que as novas concessões tenham sucesso, é preciso que essa capacidade seja resgatada, particularmente nas agências reguladoras, onde raramente pessoas com notoriedade nos setores específicos se dispõem atualmente a ocupar, por exemplo, posições de diretoria.

8. Mecanismos de regulação discricionária (Fator X, Q, D etc.)

Os mecanismos de regulação discricionária atribuem às agências reguladoras a prerrogativa de mudar discricionariamente aspectos essenciais do contrato de concessão, como o seu preço.

A metodologia para a aplicação de tais mecanismos deve estar prevista no contrato, de modo a dar previsibilidade aos potenciais participantes das licitações sobre o seu funcionamento.

Os contratos recentemente firmados previram esses mecanismos em muitos casos sem estabelecer qualquer metodologia para sua aplicação ou deixando variáveis-chave dessas metodologias para serem arbitradas pelas respectivas agências, o que – particularmente em um cenário em que as agências reguladoras são politicamente controladas pelo Governo – cria incerteza, que termina sendo precificada nas propostas dos participantes das licitações.

Nas novas concessões, é preciso eliminar vários desses mecanismos ou prever nos contratos metodologias claras para a sua aplicação, de modo que os participantes da licitação da concessão tenham previsibilidade sobre a sua aplicação.

9. Taxas internas de retorno para efeito de modelagem alinhadas com o mercado

É preciso que as taxas internas de retorno utilizadas como referência nos estudos de viabilidade das concessões sejam alinhadas com melhores práticas de mercado.

Desde 2003, tem sido comum, no Governo Federal, o cálculo de taxas internas de retorno para efeito de modelagem desalinhadas com as melhores práticas sobre o tema. Na utilização da metodologia do CAPM – *Capital Asset Pricing Model*, que é a

metodologia ordinariamente utilizada para esse fim, esse desalinhamento se manifestou, em especial, na definição da extensão da série histórica usada para avaliação do risco Brasil e também na escolha do portfólio de empresas para cálculo do risco setorial (na fórmula do CAPM, o chamado “ β ” setorial).^{19, 20}

Essa prática, em relação à modelagem de projetos, se consolidou na STN – Secretaria do Tesouro Nacional e na SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, e se combinou com as seguintes práticas decorrentes de decisões do TCU:

(a) não prever, nos estudos de viabilidade, como parte da metodologia do CAPM taxa específica para considerar o risco regulatório (que, na minha percepção, cresceu nos últimos, inclusive pela perda de independência das agências reguladoras)²¹;

(b) não prever, nos estudos de viabilidade, quando cabível, taxa específica para compensar a baixa liquidez, decorrente de ser a concessionária uma empresa pequena e vinculada a um único projeto (*small cap premium*)²²; e,

19 Aparentemente, o objetivo seria projetar imagem, perante a opinião pública, de um Governo apto a apagar a “ganância” dos empresários. Note-se que, até 2003, as taxas internas de retorno usadas nos estudos de viabilidade do Governo raramente eram objeto de debates públicos nos jornais de grande circulação. Isso porque ela era entendida pelos políticos envolvidos nas modelagens dos projetos apenas como uma referência. Importava apenas a taxa interna de retorno efetiva do projeto, que, por sua vez, depende do que ocorrer na licitação. Somente a partir de 2003, com o esforço do Governo de se posicionar, para efeito de imagem, como defensor da população contra a ganância empresarial, que a taxa interna de retorno de referência ganhou relevância política e era brandida como uma conquista governamental. Interessante notar que se divulgava para a imprensa a taxa interna de retorno do projeto de referência, que é uma média ponderada entre a taxa interna de retorno do investidor e o custo do financiamento. Mas, por óbvio, o que importava para os investidores era a taxa interna de retorno de referência dos investidores. Ora, para manter a taxa interna de retorno do projeto baixa e, ao mesmo tempo, tornar os projetos atrativos para os investidores, o Governo Federal reduziu o custo dos financiamentos realizados pelos bancos públicos para esses projetos. No caso das concessões de rodovias contratadas em 2013 e 2014, o custo foi de TJLP mais 2% a.a..

20 Note-se que há controvérsias técnicas sobre a forma mais correta de calcular o risco país e o beta setorial, mas, na dúvida sobre esse tema, para efeito de modelagem de projetos que vão a licitação, o mais prudente é usar o cálculo mais conservador, isto é o que resulta em taxas internas de retorno de referência mais altas, porque essas tornarão o projeto mais atrativo, com o resultado de aumentar a competição na licitação, o que, por sua vez, resultará provavelmente em melhores propostas para os usuários e para a Administração Pública.

21 O TCU se manifestou contrário a isso na análise dos estudos de viabilidade dos 7 lotes de concessão de infraestrutura rodoviária federal, que foram a licitação em outubro de 2007.

22 O TCU se manifestou contrário a isso na análise dos estudos de viabilidade da PPP das rodovias BR 116/324.

(c) não prever nas modelagens de projetos mais complexos valores para lidar com contingências de custo, por exemplo, das incertezas em torno de custos de investimento²³.

A combinação da opção do Governo de achatar as taxas internas de retorno para efeito das modelagens com as decisões acima mencionadas levou ao insucesso da licitação de vários projetos. Por exemplo, a licitação da concessão da BR 262-ES, que deu vazia; o adiamento e modificação da primeira licitação da concessão da BR 116-MG, que também daria vazia se fosse levada a cabo. As duas licitações vazias do Trem Bala.

Nas novas concessões, é importante utilizar taxas internas de retorno de referência calculadas de acordo com melhores práticas e as condições atuais do mercado, para efeito dos estudos de viabilidade. Isso atrairá participantes para a licitação, o que levará a propostas melhores para os usuários e para a Administração Pública. Em outras palavras, a competição (e não o Governo) é que deve ajustar para baixo a taxa interna de retorno dos projetos.

É preciso também rever e analisar caso a caso quando faz sentido prever contingências nos investimentos (por exemplo, é razoável que isso ocorra no caso de ferrovias *greenfield*) e/ou prever prêmios de risco setoriais específicos e/ou para o caso de concessionárias que configuram *small cap*. Para isso, será necessário o Governo convencer o TCU a superar entendimentos contrários a essas práticas que já expressou em decisões passadas.

10. Distribuição de riscos geológicos, ambientais, sociais e de financiamento adequados

A melhor prática em relação à distribuição de riscos em contratos de concessão e PPP é atribuir ao concessionário apenas os riscos que são por ele controláveis, conforme já de-

23 Não encontrei uma decisão específica do TCU sobre a utilização de contingências para custos de investimento em estudos de viabilidade de concessões e PPPs. Mas, nas diversas vezes que tive oportunidade de interagir com técnicos do TCU sobre esse assunto, eles sempre se manifestaram contra a utilização de contingências.

monstrei em outros estudos²⁴. É que, ao atribuir riscos não controláveis ao concessionário na minuta do contrato que vai a licitação, o Governo está, na prática, estimulando os participantes da licitação a provisionarem recursos para lidar com os riscos que não controla, o que tornará as suas respectivas propostas mais caras desnecessariamente.

Nos contratos de concessão recentes, em vários casos, riscos não controláveis foram atribuídos a concessionário. Por exemplo, no caso das concessões de rodovias, foi atribuído explicitamente ao concessionário o risco de financiamento. Contudo, o Governo estabeleceu condições subsidiadas de financiamento pelo BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal para esses projetos antes da licitação, incentivando os participantes da licitação a considerarem nas suas propostas as condições subsidiadas de financiamento. Ocorre que é o próprio Governo, por meio dos bancos mencionados, que controla essas condições de financiamento. Se resolver alterá-las, não há como o concessionário encontrar no mercado condições semelhantes à que foi induzido a usar na sua proposta. O risco, portanto, de variação das condições do financiamento em casos semelhantes ao descrito deve ser do Governo, que deverá ter obrigação de reequilibrar os contratos de concessão se alterar as condições de financiamento após a licitação e antes do financiamento do projeto.

Nas novas concessões, é preciso adotar critérios de distribuição de riscos conforme melhores práticas.

11. Abrangência da utilização da arbitragem

Em vista da perda de independência das agências reguladoras, da demora do Poder Judiciário (que implica custos financeiros para a parte que arca com as consequências da demora da decisão) e do “generalismo” da formação dos magistrados, que

24 Vide Ribeiro, Maurício Portugal, “10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões”, Capítulos II.1, II.2, II.3 e II.4, livro disponível para download gratuitamente em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>>.

os torna pouco versados em questões relacionadas a contratos de concessão, é essencial que a arbitragem possa ser utilizada para solução de conflitos atinentes a todas as questões econômico-financeiras dos contratos de concessão federais.

Há, contudo, uma decisão do TCU – adotada, na minha opinião, por erro – que impede isso²⁵.

É preciso convencer o TCU a mudar essa decisão, o que pode ser feito no curso do próprio processo de aprovação dos estudos de viabilidade das novas concessões.

12. Criar mecanismo para dar liquidez ao direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

A demora na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prejudica a parte afetada pela ocorrência de evento que não é risco seu, e isso afeta a credibilidade da própria distribuição de riscos contratual, o que leva os participantes das licitações a oferecerem preços mais altos do que seria necessário se o sistema de reequilíbrio funcionasse adequadamente.

Nas rodadas de concessão de rodovias realizadas em 2013 e 2014, e para as novas concessões de ferrovias, a promessa do Governo era resolver isso por meio da criação da ABGF e do FGIE (Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto), que seriam mecanismos para dar liquidez ao sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A ideia era que a ABGF/FGIE – no caso da ocorrência de evento que fosse risco do poder concedente, mas que gerasse impacto econômico-financeiro sobre a concessionária –, após análise sumária do evento e do seu impacto, cobrisse os seus custos, com direito a se sub-rogar nos créditos que a concessionária terá perante o poder concedente/usuários após a decisão da agência reguladora sobre o direito da concessionária à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em virtude do respectivo evento.

25 Vide Ribeiro, Maurício Portugal, “Arbitragem, TCU e Risco Regulatório”, disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014>>.

Os detalhes do funcionamento desse mecanismo não chegaram, contudo, a ser definidos, pois, após criar a ABGF e o FGIE, o Governo se deu conta de que não teria os recursos necessários para capitalizá-los à altura dos seus desafios.

É preciso, por isso, reformar o procedimento para análise e julgamento de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro nas agências reguladoras, de modo a torná-los mais expeditos, evitando os desencaixes de caixa que são hoje produto da demora na decisão sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de concessões²⁶.

13. Adotar sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro tecnicamente adequado

Os contratos de concessão celebrados nos últimos anos estabelecem que o reequilíbrio econômico-financeiro será realizado utilizando a metodologia do fluxo de caixa marginal para qualquer evento causador de desequilíbrio contratual.

Como já demonstrei em outro trabalho²⁷, a metodologia do fluxo de caixa marginal tem limitações técnicas e, por isso, só deve ser usada para o reequilíbrio em virtude de inclusão de novos investimentos no contrato de concessão. Os demais eventos devem ser reequilibrados utilizando-se a metodologia tradicional baseada nas premissas financeiras do plano de negócios apresentado pela empresa vencedora da licitação em conjunto com a sua proposta econômica.

14. Os riscos de força-maior/caso fortuito

Nos contratos de concessão de rodovias e de aeroportos celebrados pela União entre 2011 e 2014, os riscos de caso fortuito e força maior foram atribuídos ao Governo apenas se não

26 É possível desenvolver sugestões mais concretas para isso. Lamentavelmente, não terei espaço para fazê-lo no presente artigo.

27 Vide Ribeiro, Maurício Portugal, "10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões", Capítulo II.5, livro disponível para download gratuitamente em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-deconcessoes>>.

houvesse no mercado seguro disponível na data da ocorrência do sinistro.

Em primeiro lugar, riscos de caso fortuito e força maior devem ser sempre do Governo porque não são controláveis pelo concessionário. Como já expliquei em outros estudos²⁸, atribuir riscos não controláveis ao concessionário só gera ineficiências e custos maiores para os usuários e a Administração Pública.

A existência ou inexistência de seguros no curso do contrato de concessão não deve alterar a distribuição de riscos contratuais, que deve ser feita por critérios de eficiência. A estabilidade da distribuição de riscos contratual é uma condição para transferência ao concessionário do juízo sobre qual a abrangência dos seguros que deve realizar.

Não faz sentido também tomar como referência para definição da distribuição de riscos o momento de ocorrência do sinistro. Isso porque o mercado securitário é dinâmico e a concessionária geralmente renova os seus seguros anualmente. Então, se adotássemos como referência para saber de quem é o risco do evento a existência de seguros na data da sua ocorrência, é possível que o seguro que cobre esse evento não existisse quando a concessionária renovou os seus seguros e passe a existir antes da data de ocorrência do sinistro, caso em que a concessionária terminará arcando com o risco do evento sem sequer ter tido a oportunidade de realizar o seguro. Se o Governo resolver manter o sistema que vem adotando, o correto seria pelo menos usar como data de referência para definição sobre de quem é o risco do evento a data do fechamento do plano anual de seguros da concessionária.

Nas novas concessões, a existência ou não de cobertura securitária não deve impactar a distribuição de riscos contratual. O contrato deve estabelecer o plano de seguros obrigató-

28 Vide Ribeiro, Maurício Portugal, "10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões", Capítulo I, livro disponível para download gratuitamente em: <<http://www.direitodoestado.com.br/ebook/mauricio-portugal-ribeiro/10-anos-da-lei-de-ppp-20-anos-da-lei-de-concessoes>>; e, Ribeiro, Maurício Portugal, "Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos", publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011.

rios, que pode ser periodicamente revisado, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

15. O critério de licitação: maior pagamento pela outorga/menor contraprestação pública ou menor tarifa?

As licitações de concessão no Brasil são em regra julgadas pelos critérios de maior pagamento pela outorga ou menor tarifa ao usuário.

No anúncio do novo programa de concessões, o Governo disse que decidirá sobre o critério de julgamento das licitações caso a caso, olhando as peculiaridades de cada projeto. Essa declaração do Governo está correta tecnicamente. Deve-se escolher os critérios de licitação com base nas prioridades envolvidas na implantação e operação de cada projeto.

Todavia, para concessões ou PPPs de aeroportos, ferrovias ou rodovias, se a intenção do Governo for fazer licitações com julgamento em duas fases – a primeira com propostas escritas e a segunda com leilão eletrônico ou em viva-voz –, como foi feito várias vezes no Governo Federal recentemente no setor de aeroportos e nos projetos de transmissão e geração de energia, parece-me que a utilização do critério de maior pagamento pela outorga ou de menor contraprestação, com tarifa fixa, é muito melhor do que o critério de julgamento por menor tarifa.

Isso porque, mesmo em projetos de infraestrutura, que têm muitas vezes características monopolísticas, a demanda é geralmente elástica em relação ao valor da tarifa.

Isso quer dizer que, à medida que são feitos lances no leilão por menores tarifas, as premissas de demanda do projeto se modificam e com elas os custos e tempos dos investimentos previstos, por exemplo, para aumento da capacidade da infraestrutura. Essa situação acontece ao longo do leilão sem que o poder concedente possa checar as reais consequências dos lances ofertados.

Nos leilões por maior outorga ou menor contraprestação, por outro lado, não há esse efeito. Portanto, na minha opinião, considerando as premissas acima indicadas, o leilão por maior

outorga ou menor contraprestação pública é tecnicamente mais adequado do que o leilão por menor tarifa.

De qualquer modo, com menor ou maior controle do poder concedente sobre as consequências das propostas apresentadas, não me parece algo problemático, ao menos para rodovias *brownfield*, fazer as licitações por menor tarifa.

Na minha opinião, o único setor que precisa de correção sobre esse tema é o setor portuário, no qual, apesar de todos os alertas que foram feitos pela iniciativa privada ao Governo sobre esse tema, o Governo anunciou que pretende, nas licitações de arrendamentos de áreas nos portos públicos, combinar os critérios de maior movimentação de cargas com o critério de menor tarifa ao usuário. Esse modelo simplesmente não faz sentido.

Em primeiro lugar, a flexibilidade do preço ao usuário dada aos arrendatários – juntamente com regras para evitar o abuso do poder econômico – sempre foi um regulador importante para cumprimento das metas de movimentação. Em outras palavras, o arrendatário usa, em muitos casos, a redução ou aumento do preço ao usuário como um instrumento para aumentar ou reduzir a movimentação. Daí que não faz sentido vincular o arrendatário a uma proposta que trave essas duas variáveis.

Além disso, o critério de julgamento das licitações deve primar pela simplicidade. A utilização de duas variáveis concomitantemente, nesse caso, me parece desnecessária.

Daí que, no meu entendimento, seria melhor manter o modelo tradicional de maior pagamento pelos arrendamentos, com metas de movimentação de cargas previstas na minuta do contrato de concessão que vai à licitação, regras que promovam a competição intra e interportos, e evitem o abuso de poder econômico dos arrendatários.

A lista acima configura uma pauta mínima. Como pelo menos 10 dos erros acima apontados podem ser corrigidos com a estruturação adequada dos contratos e editais de licitação, há esperança de que os novos editais de concessões tragam, pelo menos, algumas boas notícias.

AS CONCESSÕES DE
FERROVIAS NO BRASIL

Armando Castelar Pinheiro
Luísa de Azevedo

1. Introdução

O objetivo deste capítulo é discutir a evolução recente do marco regulatório do setor ferroviário no Brasil. Apresentamos os princípios que nortearam a reforma proposta em 2011-12 e os contrastamos com a privatização do setor, em meados dos anos 1990. Em especial, discutimos os problemas que a desagregação das operações de infraestrutura e transporte ferroviário e a instituição de um regime de *open access* poderiam trazer ao desenvolvimento do setor ferroviário brasileiro. Por fim, mostramos que, embora não o tenha declarado formalmente, o Governo abdicou de implantar o modelo de separação vertical no Brasil. Atualmente, o foco parece estar em viabilizar os investimentos que não se concretizaram na primeira edição do Programa de Investimento em Logística (PIL).

O capítulo está estruturado em seis seções, incluindo esta introdução. Na seção 2, resumimos os três primeiros ciclos do setor ferroviário brasileiro e, em especial, o modelo de regulação adotado quando de sua privatização. A seção 3 detalha a reforma regulatória de 2011-12, feita por meio de resoluções da ANTT, bem como examina seus potenciais efeitos sobre as concessões existentes e as que seriam realizadas no âmbito do PIL. A seção 4 analisa as questões advindas da desagregação dos serviços de infraestrutura e transporte, e do *open access* nas concessões ferroviárias. A seção 5 discute as razões que levaram ao abandono do modelo proposto no PIL original, apresenta o PIL 2 e situa o marco regulatório do setor atualmente. Uma última seção resume as principais conclusões.

2. Histórico

As ferrovias têm uma longa história no Brasil. Mas os objetivos da política para o setor e os arranjos institucionais utilizados para alcançá-los variaram bastante ao longo dos anos, sendo possível distinguir pelo menos três ciclos (Castro, 2002).

O primeiro foi o de instalação e expansão das ferrovias, cobrindo a segunda metade do século XIX. Destacam-se, nesse período, as políticas de atração dos investidores estrangeiros, detentores de capital e tecnologia. A regulação das concessionárias de então previa uma taxa de retorno predeterminada, com o risco de demanda sendo assumido pelo Estado. Com o passar do tempo, as tarifas foram erodidas pela inflação e o montante dos subsídios públicos cresceu. Além disso, as concessionárias não se preocupavam em atrair clientes ou aumentar a eficiência, pois seu retorno independia do fluxo de transporte. Assim, os custos fiscal e político de manter o modelo aumentaram, até o ponto em que ficou mais interessante simplesmente encampar as concessões, compensando seus acionistas.

A estatização do setor, que se estendeu do início do século XX – em 1917, mais da metade da rede ferroviária já havia sido estatizada – a princípios dos anos 1980, caracteriza o segundo ciclo. Esse período foi marcado também pela consolidação das várias empresas ferroviárias existentes no país e pelo aporte de recursos públicos para financiar os investimentos e, na maior parte do tempo, o custeio das estatais do setor. Seu ápice foi a criação da Rede Ferroviária Federal (RFFSA), em 1957. Nessa época, a regulação perdeu muito do seu sentido, por estar sobreposta às responsabilidades de operação comercial e desenho de políticas.

Esses anos foram marcados pelo declínio da atividade ferroviária. Entre outras razões, porque o transporte rodoviário avançava rapidamente; as tarifas ferroviárias foram reajustadas abaixo da inflação e não refletiam diferenças de custo entre trechos; as empresas estavam com excesso de pessoal; havia muita interferência política nas decisões gerenciais; e as empresas eram obrigadas a prestar serviços universais, atendendo a locais remotos com pouco tráfego.

Os choques do petróleo e mudanças regulatórias implementadas nas décadas de 1970 e 1980 impulsionaram o setor, mas não foram capazes de melhorar a saúde financeira das ferrovias, resultando na manutenção inadequada da malha. Como

consequência, o número de acidentes aumentou e os tempos de viagem se alongaram. O transporte de passageiros, com exceção dos trens suburbanos, praticamente desapareceu. A privatização passou a ser vista como a solução para eliminar o ônus fiscal trazido pelas ferrovias e dinamizar o setor.

As concessões realizadas em 1996-98 marcaram o terceiro ciclo. A RFFSA foi dividida em seis malhas, mais a Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), para licitação. Associado à mudança de propriedade, foi instituído um novo marco regulatório para o setor. Os contratos de concessão ficaram sujeitos a uma regulação leve, com um teto tarifário fixado com base em distância e produto, e um piso dado pelo custo variável de longo prazo. Não se estabeleceu um programa de investimento detalhado, mas sim metas claras de produção e de segurança que deveriam ser atingidas pelas concessionárias, que gozavam de ampla flexibilidade operacional. Por fim, em 2001, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que ficou responsável pela regulação do transporte ferroviário, rodoviário e dutoviário.

O processo de reforma regulatória e privatização do setor ferroviário foi bem-sucedido em seus objetivos. De 1997 a 2012, o índice de acidentes caiu 83%, enquanto a produção das ferrovias, medida em ton.km, cresceu em média 5,3% ao ano, bem acima do Produto Interno Bruto (PIB). Como resultado, a participação do setor ferroviário no transporte de cargas no Brasil passou de 12%, em 1996, a 25%, em 2012¹. A preparação da privatização do setor ferroviário também ajudou a inspirar as Leis das Concessões (8.987/95) e das Permissões Públicas (9.074/95), editadas ao longo desse processo.

Em que pese esse sucesso, o setor ferroviário continuou a sofrer com uma série de problemas, entre os quais se destacam a baixa velocidade dos trens e o nível reduzido de investimen-

1 Carvão e, em particular, minério de ferro são os itens dominantes na cesta de mercadorias transportadas por via férrea, desde antes da privatização. No entanto, com a operação privada, sua participação diminuiu de 80%, em 1997, para 77%, em 2012.

tos em infraestrutura, em especial em projetos *greenfield* que envolvessem a expansão da rede. A leitura do Governo foi de que o aparato regulatório instituído à época da privatização levava à utilização ineficiente da malha, bem como à limitada concorrência entre as concessionárias, principalmente por conta das restrições práticas à utilização de instrumentos como o direito de passagem e o tráfego mútuo (Pompermayer, Campos Neto e Souza, 2012). Ademais, prevalecia a percepção de que os ganhos de produtividade das concessionárias, refletidos em margens de lucro consideradas elevadas, não estavam sendo devidamente transferidos para os consumidores na forma de tarifas mais baixas.

Reagindo a esse diagnóstico, o Governo Federal deu início, em 2011, a uma vasta reforma regulatória, dando a partida no que se pode classificar como o quarto ciclo do setor ferroviário brasileiro.

3. A reforma regulatória de 2011-12

A ANTT publicou, em julho de 2011, três resoluções – as 3.694, 3.695 e 3.696 – que alteraram significativamente o modelo regulatório do setor ferroviário, até então calcado no Regulamento dos Transportes Ferroviários, detalhado no Decreto 1.832/96, na Lei 10.233/01, que instituiu a ANTT, e nos contratos de concessão. As três resoluções determinaram mudanças nas regras tarifárias e de uso da malha, além de estabelecerem um novo regime de metas e controles com um grau bem maior de minúcia, acarretando novas obrigações para as concessionárias.

Nas concessões existentes, a nova regulação estabeleceu que os serviços de transporte e de infraestrutura – antes realizados de forma integrada – deveriam ser desagregados (*unbundled*), no sentido de serem comercializados separadamente, bem como fortaleceu os mecanismos de compartilhamento da infraestrutura ferroviária, onde esta estivesse sendo utilizada abaixo de sua capacidade plena. Para tal, as resolu-

ções da ANTT disciplinaram de forma bem mais detalhada o tráfego mútuo e o direito de passagem. De acordo com as novas regras, a capacidade ociosa em cada trecho ferroviário deveria ser disponibilizada para terceiros. Para possibilitar a identificação dessa capacidade, determinou-se que as metas de produção das concessionárias passassem a ser definidas por trecho, em vez de para toda a malha.

Adicionalmente, facilitou-se a entrada no setor de novos transportadores ferroviários de carga, intrinsecamente sujeitos a uma regulação mais branda que os concessionários, por não serem obrigados a prestar serviços universais ou cumprir metas de produção e segurança. Em especial, foi aberta a possibilidade de que usuários e outras concessionárias induzissem investimentos na rede de terceiros, sendo que o ônus de justificar a recusa em compartilhar ou expandir a infraestrutura foi atribuído à concessionária titular da malha. Por fim, foram fixadas normas para o cálculo das tarifas de compartilhamento.

No ano seguinte, foi feita uma ampla revisão tarifária baseada em novas estimativas de custo e na fixação de nova base e taxa de remuneração do capital investido. O resultado foi uma redução generalizada de tarifas, que desconsiderou o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Instituiu-se, assim, um novo critério de fixação de tetos tarifários, baseado na evolução dos custos e da base de capital medidos a cada cinco anos. Ou seja, a regulação das tarifas passou a se dar por taxa de retorno.

Em agosto de 2012, em meio à reforma no setor, o Governo Federal lançou o Programa de Investimento em Logística (PIL), uma lista de projetos de infraestrutura, a maioria a ser concedida a investidores privados. O PIL incluía 12 trechos de vias férreas, somando 10 mil km, que exigiriam investimentos de R\$ 91 bilhões, a serem realizados ao longo de 30 anos².

2 Os 12 trechos eram: os tramos Sul e Norte do Ferroanel de São Paulo, o acesso ao porto de Santos, as ligações de Lucas Verde a Uruaçu, Uruaçu a Corinto e Campos, Rio de Janeiro a Campos e Vitória, Belo Horizonte a Salvador, Salvador a Recife, Estrela d'Oeste a Panorama e Maracaju, Maracaju a Mafra, São Paulo a Mafra e Rio Grande, e Açailândia a Vila do Conde.

Nas novas concessões, a serem realizadas no âmbito do PIL, a expansão da malha deveria se dar com base em nova modelagem, que previa um sistema de *open access*, com a separação vertical das atividades de operação da infraestrutura e do transporte ferroviário. Mais especificamente, o Governo iria contratar, por meio da Valec, a construção, manutenção e operação da infraestrutura ferroviária de uma concessionária de infraestrutura. A remuneração dessa concessionária seria feita no modelo “*take or pay*”: a Valec compraria a capacidade integral de transporte da ferrovia, durante todo o período de concessão, com a concessionária sendo remunerada por essa capacidade independentemente do seu uso ou não.

Em um segundo momento, a Valec ofertaria publicamente essa capacidade aos usuários (carga própria) e aos transportadores ferroviários, inclusive às atuais concessionárias ferroviárias, ficando garantido o direito de passagem dos trens dos diversos atores em todas as malhas. A motivação para esse modelo era a expectativa de que a intervenção da Valec pudesse, de um lado, garantir o livre acesso e, de outro, eliminar o risco de demanda – reduzindo, portanto, a taxa de retorno exigida pelos operadores de infraestrutura e, conseqüentemente, favorecendo a modicidade tarifária no transporte ferroviário de cargas.

A ideia básica, portanto, era transformar a Valec em uma espécie de “mercado administrado”, no qual provedores e usuários de infraestrutura ferroviária se “encontrariam”. Apenas que, em vez de se encontrar, as duas pontas desse mercado iriam se relacionar com a Valec. Os fornecedores, vendendo-lhe toda a sua capacidade. Os usuários, comprando capacidade da Valec. Tratar-se-ia, portanto, de uma efetiva desverticalização das operações de infraestrutura e transporte, que iria além da desagregação de serviços (*unbundling*) que passaria a prevalecer nas atuais concessões.

O risco de que a gestão desse processo enfrentasse problemas não era pequeno. Primeiramente, os provedores teriam poucos incentivos a fornecer bons serviços, já que não preci-

sariam se esforçar para vendê-los. Nesse sentido, tratar-se-ia de uma volta ao modelo do século XIX e os resultados não deveriam ser muito distintos. Além disso, esse esquema seria menos transparente e eficiente do que, como se fez no setor elétrico, criar um mercado em que produtores e consumidores efetivamente se encontrem.

Em termos de financiamento, os projetos ferroviários do PIL contariam com empréstimos do BNDES em condições bastante favorecidas³. O objetivo era garantir o lucro dos acionistas mesmo com tarifas – e taxas de retorno dos empreendimentos – relativamente baixas. Ou seja, em vez de o usuário remunerar o operador da infraestrutura, isso seria feito parcialmente pelo contribuinte, via BNDES. Para a concessionária, porém, o risco de que um futuro governo elevasse a TJLP, hoje negativa em termos reais, para, por exemplo, um nível mais próximo à Selic, limitava a atratividade desse mecanismo. Outro ponto que afastou os investidores em infraestrutura era a dependência de sua remuneração da disponibilidade de recursos líquidos na Valec, dado que as receitas com a venda dos *s/ots* para uso da ferrovia pelos operadores de transporte não seriam capazes de cobrir inteiramente o pagamento das concessionárias.

O PIL também tinha um problema de origem, pela natureza dos trechos ferroviários a serem concedidos. Segundo Pomper Mayer, Campos Neto e Souza (2012), boa parte dos trechos já estavam concessionados, mas seriam encampados pelo poder público para recuperação e modernização. Esse processo teria sido facilitado pelas supracitadas resoluções da ANTT, que, ao fixar metas por trecho, evidenciaram a baixa ou nenhuma utilização de alguns trechos das atuais concessões. A forma com que as concessionárias foram incentivadas a devolver o direito de exploração desses trechos introduziu uma fonte de atrito e risco político na regulação ferroviária. Por outro lado,

3 Taxa de juros igual à Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) mais, no máximo, um ponto percentual; amortização em 25 anos, com cinco anos de carência; e grau de alavancagem de 65% a 80%.

havia um problema de seleção adversa: se esses trechos não interessaram às atuais concessionárias, por que deveriam atrair as novas? Ou por que seria interessante ao setor público subsidiar sua exploração?

O princípio central implícito nas alterações promovidas pelas reformas é que a desagregação das atividades de gestão da infraestrutura e de transporte, e o livre acesso à malha por todos os transportadores ferroviários de carga iria aumentar a concorrência e, com isso, derrubar as tarifas. O recurso a esse tipo de separação vertical, diga-se de passagem, é um tema recorrente em setores como telecomunicações e eletricidade, também com o objetivo de introduzir mais competição. Em si, e isoladamente, esse é um objetivo meritório. Mas a competição não é um fim em si; é, antes, um caminho para se estimular a eficiência. E nosso entendimento é de que as questões envolvidas na desagregação das operações de infraestrutura e transporte ferroviário, e na instituição de um regime de *open access* – tratadas com mais detalhamento na seção a seguir –, que também afetam a eficiência, não foram satisfatoriamente consideradas na reforma regulatória de 2011-12.

4. Avaliação das políticas de separação vertical, *unbundling* e *open access*

Antes de avançar nessa discussão, parece-nos interessante realçar que o modelo verticalmente integrado prevalecente desde a privatização, assim como a exclusividade na captura de cargas dentro de cada malha, foi uma opção consciente do poder concedente. Devido a passivos contingentes e propriedade de ativos mal definida, além de registros contábeis precários, era impraticável saber o valor patrimonial das ferrovias. Havia, porém, melhor informação sobre os fluxos de carga. Assim, era possível privatizar o direito de transportar essa carga, para o que era necessário ter o direito de usar a infraestrutura ferroviária. Na ausência de exclusividade, o retorno esperado seria

menor, o risco mais elevado e o valor da concessão bem mais difícil de calcular, possivelmente inviabilizando as concessões.

A adoção de um modelo regulatório de baixa intervenção, que desse às empresas ampla flexibilidade nas decisões operacionais e de investimento, também foi deliberada. Em parte, essa escolha se inspirou na experiência dos Estados Unidos com o *Staggers Act*, que possibilitou a “eliminação de uma regulação e supervisão custosas e que consumiam muito tempo (das partes), e a promoção de um processo decisório com base em critérios de mercado” (Rennicke e Kaulbach, 1998).

Da mesma forma, o poder concedente privilegiou a relação entre malhas com base no princípio do tráfego mútuo, e não no direito de passagem, pois essa já era a regra vigente. Dessa maneira, adotou-se um modelo que, em vários sentidos, mantinha a organização produtiva utilizada pela RFFSA, com base na percepção de que os problemas que esta e o setor enfrentavam se deviam mais a questões de incentivos, recursos e gestão do que à estrutura operacional integrada, de resto, bastante comum em outros países. Isso pesou também na decisão de não adotar um modelo de acesso aberto (*open access*).

No que segue, mostra-se que o compartilhamento da malha pode ter sérias consequências negativas, pois reduz a eficiência técnica e alocativa na operação da infraestrutura e no transporte ferroviário de carga, gerando uma perda líquida em termos de bem-estar social. A menor eficiência fará com que dificilmente se consiga diminuir as tarifas de transporte sem que haja uma piora na qualidade dos serviços.

O ponto central é que não se verificam, no setor ferroviário, as condições típicas de tecnologia e mercado (transacionais) que fazem da competição, via compartilhamento e *open access*, uma solução atrativa em outros contextos. Ao contrário do que ocorre nos setores de telecomunicações e energia elétrica, os custos de transação gerados por essa política a tornam menos atraente no setor ferroviário. Entre outros, a situação das ferrovias é diferente porque a provisão do serviço ao

consumidor final gera maior desgaste na via em que o produto é transportado, impactando significativamente sua qualidade. Ademais, é possível estabelecer contratos mais completos no setor de telecomunicações e energia elétrica do que no ferroviário, pois mais da relação entre as partes é passível de ser monitorada por terceiros.

Dadas as diferentes facetas do problema, o argumento se divide em quatro partes. Primeiro, mostramos que a presença de economias de escopo faz com que a separação vertical da operação eleve o custo operacional. Segundo, discutimos por que o fim da exclusividade na provisão de transporte de carga na malha pode levar ao abandono de certos trechos. Terceiro, mostramos que a tentativa de reproduzir uma estrutura integrada por meio de relações contratuais entre duas empresas independentes é ineficiente, resultando em aumento de litígios, risco de mais acidentes e desincentivo ao investimento.

Por último, argumentamos que a proposta de evitar esses problemas por meio do microgerenciamento regulatório, além de ser difícil de viabilizar – porque as informações não fluem com a completude que supõe o modelo adotado, nem o regulador consegue em geral suficiente quantidade de recursos, humanos e de outra natureza, para processá-las tempestivamente –, reduzirá a flexibilidade operacional e decisória das concessionárias e elevará os seus custos administrativos.

(a) Economias de escopo

Economias de escopo ocorrem quando é mais barato haver uma única firma produzindo determinados bens ou serviços conjuntamente – como serviços de infraestrutura e transporte de carga – do que ter duas ou mais firmas fazendo-o separadamente. É o caso, por exemplo, quando uma empresa multiproduto incide em custos fixos elevados (investimentos em infraestrutura, no setor ferroviário) ou custos comuns à produção de diversos bens ou serviços (transporte de diferentes tipos de carga e entre pares origem-destino distintos).

As economias resultantes da produção conjunta de serviços de infraestrutura e transporte ferroviário têm sido amplamente estudadas na literatura, notadamente no contexto das reformas voltadas para a desverticalização do setor promovidas na Europa no final do século passado⁴. Os seguintes fatores nos parecem os de maior peso para explicar por que essa separação vertical é ineficiente: a necessidade de que as decisões sobre investimentos em locomotivas e vagões, de um lado, e na via, de outro, sejam tomadas conjuntamente⁵; e, conseqüentemente, a importância de que as informações fluam bem entre o transportador e o gestor de infraestrutura.

Assim, na prática, a integração entre a gestão da infraestrutura e o transporte de carga resulta no planejamento conjunto das duas atividades. A entrada de transportadores independentes separa as decisões de investimento, reduz a disponibilidade de informações e encurta o horizonte de planejamento, impondo restrições e, portanto, limitando a otimização no uso de recursos.

(b) O risco de *cream skimming*

Outro problema que tende a surgir com a livre entrada de transportadores ferroviários independentes é o *cream skimming*, isto é, que o novo entrante atue apenas nos segmentos (trechos e produtos) mais lucrativos do mercado, deixando os piores para as concessionárias (Pompermayer, Campos Neto e Souza, 2012, e Rennie e Kaulbach, 1998). Devido à presença de economias de escopo, é possível que, em alguns casos, a entrada de um novo transportador, ainda que beneficie alguns usuários, termine por prejudicar outros.

4 Ver, por exemplo, Ivaldi e McCullough (2008), Bitzan (2003), Cantos Sánchez (2001) e Wetzel e Growitsch (2006).

5 Por exemplo, operadores de transporte investem em determinado tipo e quantidade de material circulante com base na condição e nível de desenvolvimento da infraestrutura (Kvizda, 2010). Gestores de infraestrutura, por sua vez, programam suas atividades de manutenção em função da intensidade do uso de seus trilhos.

No Brasil, é provável que o *cream skimming* ocorra com a entrada de transportadores independentes focados apenas em certos produtos mais rentáveis, possivelmente de forma integrada com a produção de minérios ou *commodities* agrícolas, tratando a atividade de transporte ferroviário como centro de custo. Isso poderia acarretar a inviabilidade econômica de outros usuários definidos por trecho ou produto. Nada garante, portanto, que a cobertura dos serviços de transporte ferroviário não diminua, em vez de crescer.

(c) Internalidades e tragédia dos comuns

Outra razão por que o fim da exclusividade, com a liberdade para que outros capturem carga e utilizem as malhas das concessionárias, pode gerar uma solução inferior é a existência de internalidades negativas entre as partes. Spulber (1989) define internalidade, em um paralelo com o conceito de externalidade, como os custos ou benefícios de uma transação, experimentados pelas partes, que não foram considerados nos termos de troca previamente estipulados⁶.

Assim, a presença de custos de transação relevantes dificulta a coordenação entre o gestor da infraestrutura e o operador de transporte ferroviário por meio de mecanismos de mercado como contratos. Em particular, quando as ações de uma das partes de uma transação não são diretamente observáveis, elas não são suscetíveis à negociação, nem podem ser incorporadas aos termos do contrato. As consequências da elaboração de contratos incompletos incluem problemas de risco moral e seleção adversa.

Na prática, é difícil aferir quanto do desgaste nos trilhos se deve à manutenção inadequada do material rodante e vice-versa, bem como determinar o grau de responsabilidade do gestor da infraestrutura, de um lado, e do(s) operador(es) de

6 Observe que os custos ou benefícios são incorridos pelas partes envolvidas na transação, em anteposição ao conceito de externalidade, que se refere a efeitos semelhantes sobre terceiros, que *não* fazem parte da transação.

transporte, do outro, num acidente. Ademais, os usuários da malha possivelmente investirão em nível subótimo na qualidade dos equipamentos, uma vez que considerarão apenas os custos percebidos individualmente. Entretanto, estes são inferiores aos custos incorridos por todos os envolvidos. Primeiro, porque quem terá de corrigir os danos causados na via será o responsável pelos trilhos. Segundo, porque um acidente irá interromper todo o tráfego no trecho em que ocorrer.

Trata-se de uma situação semelhante à que em teoria dos jogos se conhece como tragédia dos comuns: quando vários indivíduos, agindo de forma independente e racional, esgotam um recurso limitado e de uso compartilhado, ainda que não seja do interesse de ninguém que isso aconteça. No caso em tela, isso se daria com a degradação da qualidade de ferrovias e equipamentos. Alguns países europeus, notadamente o Reino Unido, experimentaram uma deterioração na qualidade dos serviços ferroviários após separarem as atividades de gestão da malha e operação de transportes em entidades privadas ou de natureza jurídica distintas. Para compensar a baixa propensão a investir dos operadores de infraestrutura, o setor público foi chamado a arcar com os investimentos em expansão e manutenção das ferrovias⁷.

É virtualmente impossível desenhar e garantir a execução de um contrato com suficientes salvaguardas para impedir ou compensar todas as potenciais internalidades entre operadores no setor ferroviário. Por isso, faz mais sentido a opção por um arranjo institucional verticalizado, em que as internalidades não estão presentes, e que, portanto, oferece a melhor solução

7 O caso inglês é o mais estudado, mas, se o deixarmos de lado, pode-se dizer que a evidência sobre ganhos e perdas com a desverticalização na Europa ainda está sendo gerada. Os estudos disponíveis até aqui mostram um resultado neutro, mas isso pode resultar de, em vários países (Espanha e Alemanha, por exemplo), tanto o gestor de infraestrutura quanto o operador de transporte incumbente ser uma empresa estatal. Nesses casos, as empresas continuaram a pertencer ao mesmo controlador, de modo que suas decisões continuaram a ser tomadas levando em conta as internalidades existentes na sua relação. A desverticalização parece ser mais benéfica em áreas com pouco tráfego e prejudicial naquelas mais congestionadas, o que realça a importância do problema de internalidades. Mais evidências estão disponíveis em Drew e Nash (2011) e van de Velde *et al* (2012).

em termos de eficiência e promoção do investimento. Assim, não surpreende que o modelo verticalmente integrado seja amplamente favorecido internacionalmente. O melhor exemplo é o dos Estados Unidos, onde há ferrovias autossuficientes e eficientes operando no modelo de integração vertical.

(d) Microgerenciamento e custo administrativo

Havia, nas resoluções da ANTT, um esforço para evitar os problemas contratuais elencados anteriormente por meio do uso de instrumentos administrativos que reproduzissem a coordenação que resulta naturalmente da integração vertical. Isso traz, porém, outras questões.

Uma delas é a capacidade de o regulador obter e processar toda a informação necessária para isso. Outro problema diz respeito à redução da flexibilidade da concessionária, causada pela exigência de controles por trecho, com conseqüente perda de eficiência. Nos dois casos, há também um aumento do custo administrativo resultante da adoção de um modelo de microrregulação e da intensificação de relações contratuais entre gestores de infraestrutura e transportadores. Por fim, essas questões podem acabar por desincentivar investimentos.

O custo e as ineficiências geradas para evitar que assimetrias informacionais limitem o compartilhamento da malha podem ser significativos, como mostram Rennie e Kaulbach (1998) a partir da análise do modelo australiano e da experiência americana de uso pela Amtrak (passageiros) das vias das concessionárias. Com relação à tarifa de tráfego – item de particular complexidade técnica –, o órgão regulador americano (a *Interstate Commerce Commission - ICC*) concluiu que “nenhuma fórmula ou metodologia pode determinar perfeitamente o quanto os diferentes tipos de tráfego contribuem incrementalmente para os custos de manutenção dos trilhos”.

Rennie e Kaulbach (1998) concluem que “Como o acesso forçado irá quase certamente aumentar drasticamente a dis-

cordância e as disputas sobre preços e questões operacionais, é inevitável que a burocracia existente no órgão regulador tenha de ser ampliada para resolver esses litígios”.

Sendo assim, nossa avaliação sobre o modelo que se tentou introduzir a partir das resoluções da ANTT não é favorável, em particular no tocante às novas concessões que seriam feitas no âmbito do PIL. De forma sintética, nossa divergência principal é não achar que a desagregação vertical seja a melhor forma de lidar com eventuais problemas de falta de competição. Primeiro, pois há instrumentos alternativos – como recorrer ao sistema de defesa da concorrência – que podem ajudar nessa questão com efeitos colaterais muito mais brandos. Segundo, e principalmente, porque os problemas que a reforma visava resolver são provavelmente menores do que os que ela poderia trazer.

5. O PIL 2 e o abandono do modelo esboçado em 2011-12

A insegurança regulatória e institucional trazida pelas intempestivas alterações propostas em 2011-12 foi tamanha que inviabilizou a realização de novos investimentos no setor: nenhuma das concessões de ferrovias anunciadas no PIL se concretizou. Ao mesmo tempo, a economia brasileira começou a se deteriorar rápida e intensamente. Em 2014, o PIB cresceu apenas 0,1% e registramos um déficit primário de 0,6%. Em 2015, o Ibre/FGV estima que esses números tenham sido de -3,7% e 2%, respectivamente. Em 2016, de -3% e 1,5%. O agravamento da situação fiscal do país comprometeu a possibilidade de a Valec atuar como originalmente planejado, pois a compra da capacidade de transporte requereria recursos aportados pela União via orçamento anual. Diante desse quadro, o Governo resolveu recuar na reforma.

Em junho de 2015, foi anunciado o Programa de Investimento em Logística 2 (PIL 2), uma nova lista de projetos de infraestrutura a serem concedidos. O PIL 2 prevê investimentos de R\$ 198,4

bilhões, sendo R\$ 86,4 bilhões, mais de 40%, em ferrovias. Desse montante, R\$ 40 bilhões, ou quase 1/5 das inversões totais, estão atrelados ao trecho brasileiro da Ferrovia Bioceânica, com 3,5 mil km de extensão. A ideia básica do projeto, em fase de preparação por uma equipe técnica da China – interessada em estabelecer uma rota estratégica de escoamento da produção via Pacífico –, é construir uma ferrovia que cruze o norte da América do Sul, passando pelo Brasil e o Peru. Consideramos inadequada a inclusão da Ferrovia Bioceânica no PIL 2, por se tratar de um projeto de execução muito complexa, envolvendo questões ambientais, diplomáticas, etc., para o qual não existe sequer um estudo que ateste sua viabilidade econômica.

No tocante aos demais projetos no setor ferroviário, a nova etapa do PIL pode ser interpretada como uma versão reduzida e reeditada do pacote de 2012. Dos 10 mil km de ferrovias incluídos no PIL original, ficaram 4 mil km. Dos 12 traçados anunciados em 2012, sobraram quatro⁸. Além disso, foram anunciados investimentos de R\$ 16 bilhões em ampliação de capacidade de tráfego, novos pátios, duplicações, redução de interferências urbanas e construção de novos ramais, entre outros, a serem feitos pelos atuais concessionários.

As concessões a serem realizadas no âmbito do PIL 2 (tanto as novas quanto aquelas fruto de renovação antecipada) seguirão o modelo verticalizado. Com efeito, desde o fracasso do PIL no setor ferroviário, o Governo deixou de fazer menção explícita ao novo papel da Valec e ao modelo de separação das atividades de gestão da infraestrutura e de operação do transporte, nunca posto efetivamente em prática. Assim, embora haja previsão legal para que o livre acesso seja perseguido⁹, atualmente o foco parece recair em destravar o setor, via-

8 Dois trechos fazem parte da Ferrovia Norte-Sul: Anápolis (GO) – Estrela D’Oeste (SP) – Três Lagoas (MS) e Palmas (TO) – Anápolis (GO) mais Barcarena (PA) – Açailândia (MA). Os outros dois consistem na ferrovia entre Lucas do Rio Verde (MT) e Miritituba (PA) e a que ligará o Rio de Janeiro (RJ) a Vitória (ES).

9 Como posto por Ribeiro (2015), os poucos normativos jurídicos editados em amparo ao modelo proposto em 2011-12 tratam da política de livre acesso e da figura do Operador

bilizando a construção de determinados trechos considerados prioritários e a extensão das concessões vigentes, com o acréscimo de novas metas de investimento nos contratos.

O Governo também tem dado ênfase ao compartilhamento da malha e ressaltado a importância de que o direito de passagem seja assegurado¹⁰. Essa questão mostra-se particularmente relevante para novas ferrovias cuja viabilidade e rentabilidade dependem do uso da infraestrutura existente em determinado trecho-chave, como o acesso ao porto de Santos.

Um aspecto que merece destaque no PIL 2 é o uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para desenvolver os estudos de viabilidade das novas concessões ferroviárias. Nos países considerados referência em Parcerias Público-Privadas (PPPs)¹¹, como Reino Unido, Canadá e Austrália, projetos do setor privado só são aceitos em casos muito específicos, em que há, comprovadamente, originalidade e forte conteúdo de inovação. Não obstante, países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, têm cada vez mais recorrido ao setor privado para a realização de estudos.

Embora o PMI seja visto como uma forma de contornar as limitações do setor público e viabilizar a preparação de projetos de infraestrutura, os resultados atingidos no Brasil até o momento foram menos alvissareiros do que o esperado. A baixa taxa de conversão de PMIs em licitações e contratos assinados indica que os custos de transação incorridos pelo setor público são significativos. Parte desses custos se deve ao conflito de interesses entre o setor público e a empresa privada que realiza o projeto, quando esta também está interessada em ganhar a

Ferroviário Independente, o prestador do serviço de transporte desvinculado da gestão da infraestrutura (Decreto 8.129/13 e Resolução 4.348/14, respectivamente).

10 Ver apresentação sobre as ferrovias no PIL 2 preparada pelo Ministério do Planejamento em: <<http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/ferrovias-pil2015>>.

11 Cabe notar que, em outros países, é usual tratar concessões tradicionais, assim como as administrativas e patrocinadas, como PPPs. Nesse sentido, uma PPP pode ou não envolver uma contrapartida pública financeira. No Brasil, a distinção é feita devido à legislação que rege as concessões (Lei 8.987/1995) ser diferente da que regula as PPPs (Lei 11.079/2004).

licitação. Nessa situação, a empresa tem fortes incentivos para preparar um projeto que venha a beneficiá-la posteriormente; por exemplo, que exija a maior contrapartida possível do setor público, que contenha especificações que a favoreça e que omita informações relevantes, a fim de dificultar a avaliação por outros potenciais interessados.

De fato, a experiência brasileira mostra que, quando uma empresa privada que teve seus estudos selecionados participou, depois, da licitação do projeto, na enorme maioria dos casos, ela saiu vencedora. Uma forma de mitigar esse tipo de problema é recorrer a estruturadores independentes, como a Estruturadora Brasileira de Projetos, cujos interesses estão mais alinhados aos do setor público. No entanto, o atual funcionamento do mercado de preparação de projetos no Brasil não favorece o florescimento de empresas dessa natureza. Para isso, seria preciso dar maior previsibilidade tanto ao fluxo de projetos quanto ao seu desenrolar, bem como adotar mecanismos de regulação assimétrica.

Com relação ao modelo de licitação das novas concessões ferroviárias previstas no PIL 2, foi colocada como premissa a escolha caso a caso por outorga ou compartilhamento de investimento. O modelo de financiamento, por sua vez, se assemelha bastante ao do PIL original, notadamente no caso das ferrovias: o BNDES poderá financiar até 70% do investimento com empréstimo referenciado em TJLP (acrescido de 1,2 ponto percentual ao ano mais o risco de crédito do tomador) e até 20% em taxas de mercado, independentemente da emissão de debêntures de infraestrutura. Nessa nova etapa do PIL, notamos que houve a preocupação de montar uma arquitetura de financiamento em que o papel do BNDES varia em função da atratividade/risco do setor. Infelizmente, não causa surpresa o fato de o setor ferroviário ser aquele em que os projetos poderão contar com a maior proporção de financiamento do BNDES, de até 90%.

Ainda assim, nada garante que as concessões de ferrovias incluídas no PIL 2 saiam do papel. Os obstáculos ao êxito do pa-

cote não são poucos. Por um lado, o governo adotou uma postura mais realista do que quando lançou a primeira edição do PIL, tendência que tende a se reforçar com o agravamento do quadro econômico – vide a elevação, em dezembro de 2015, da taxa de retorno proposta para balizar os investimentos que serão exigidos em troca da renovação dos contratos de concessão¹². Por outro, restam muitas incertezas quanto à capacidade de o BNDES financiar esses projetos na conjuntura atual. Além disso, ainda que o recuo do Governo em separar verticalmente as atividades de gestão da infraestrutura e operação de transporte seja visto como algo positivo, a falta de clareza com relação às decisões tomadas suscita dúvidas e insegurança nos investidores, agravando a incerteza regulatória no setor ferroviário.

6. Observações finais

Neste capítulo, apresentamos a reforma regulatória empreendida pela ANTT a partir de 2011 e analisamos seus principais problemas. Desembocamos na segunda etapa do Programa de Investimento em Logística, que cristaliza o abandono do modelo proposto pela nova regulação.

A decisão de mudar radicalmente o modelo de regulação das ferrovias partiu do diagnóstico de que as concessionárias estavam apresentando margens de lucro elevadas e tinham pouco interesse em expandir a malha ferroviária. As alterações no cálculo tarifário e o *unbundling* têm mais a ver com o primeiro ponto; a proposta de adoção do modelo desverticalizado com garantia de compra de toda capacidade pela Valec, com o segundo. Assim, o intuito principal da reforma era promover novos investimentos e a modicidade tarifária.

Em que pese sua boa intenção, a reforma de 2011-12 elevou o risco político-regulatório de investir no setor ferroviário. Primeiro, pelo papel dado à Valec nas novas concessões. Segun-

12 Ver "Para atrair investimento, governo eleva taxa de retorno em ferrovias", Valor Econômico, 15 dez. 2015, p. A4.

do, porque mudanças profundas em modelos que vêm dando resultado geram expectativas sobre novas alterações futuras. Terceiro, pela forma como os tetos tarifários foram “revistos” em 2012, desconsiderando o equilíbrio econômico-financeiro original da concessão. Por conta disso, nenhuma das novas concessões previstas no PIL se concretizou.

Dessa forma, fica evidente a fragilidade da estratégia do Governo para fomentar novos investimentos, objetivo de primeira ordem quando do início da reforma regulatória. É verdade que o modelo da privatização teve pouco impacto em termos de investimentos na construção de novas ferrovias. No entanto, a tentativa do Governo de remediar essa situação por meio da instauração de um modelo bastante questionável acabou por inviabilizar as novas concessões no setor. Por conta disso, decidiu-se abdicar da separação das atividades de gestão da infraestrutura e de transporte no PIL 2.

Nos demais aspectos, entretanto, o pacote atual se assemelha sobremaneira ao original. Assim, as questões que permeavam o primeiro PIL continuam a ecoar: por que faz sentido investir nos trechos escolhidos pelo Governo se a iniciativa privada não se interessou em fazê-lo? Para viabilizar esses investimentos, o Governo se comprometeu a conceder elevados subsídios por meio do BNDES. Será esse o melhor uso desses recursos? Por fim, cabe ressaltar que o estabelecimento de metas por trecho vai contra a modicidade tarifária, outro objetivo caro ao Governo, já que a microrregulação tira graus de liberdade na busca de eficiência e implica aumento do custo administrativo das concessionárias.

Em suma, a grande instabilidade regulatória que continua a prevalecer no setor ferroviário, somada à forte deterioração econômica do país – que levanta dúvidas quanto à capacidade de financiamento subsidiado pelo BNDES –, deixam-nos pouco otimistas quanto às concessões de ferrovias no PIL 2.

Referências Bibliográficas

BITZAN, J. Railroad costs and competition: implications of introducing competition on railroad networks. **Journal of Transport Economics and Policy**, v. 37, n. 2, maio 2003.

CAMPOS NETO, C. *et al.* Gargalos e demandas da infraestrutura ferroviária e os investimentos do PAC: mapeamento IPA de obras ferroviárias. **Texto para Discussão, n. 1465**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

CANTOS SÁNCHEZ, P. Vertical relationships for the European railway industry. **Transport Policy**, v. 8, 2001.

CASTRO, N. Estrutura, desempenho e perspectivas do transporte ferroviário de carga. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 32, n. 2, 2002.

DREW, J.; NASH, C. A. Vertical separation of railway infrastructure — does it always make sense? Institute for Transport Studies, University of Leeds, **Working Paper 594**, 2011.

van de Velde, D., *et al.* EVES - Rail - Economic effects of vertical separation in the railway sector. 2012. Disponível em: <www.cer.be/sites/default/files/publication/EVES-Rail_-_Final__v6.4.3__SUMMARY.pdf>.

FLEURY, P. Evolução do desempenho das **ferrovias brasileiras** privatizadas - 1997 a 2010. Disponível em: <www.ilos.com.br/web/index.php?option=com_content&task=view&id=1917&Itemid=74&lang=br>.

_____. Ferrovias brasileiras: dez anos de privatização. Rio de Janeiro: Instituto de Logística e Supply Chain, 2007.

IVALDI, M.; MCCULLOUGH, G. Subadditivity tests for network separation with an application to US railroads. **Review of Network Economics**, v. 7, n. 1, mar. 2008.

KVIZDA, M. Impacts of unbundling on competitiveness of railways. **Železnica Doprava a Logistika**, 2/2010.

MARCHETTI, D. Estratégia Geral, Ações Necessárias e Previsão de Investimento nos Setores Portuário, Ferroviário e Rodoviário. Em: E. Torres, F. Puga e B. Meirelles (orgs.), **Perspectivas do Investimento 2010-2013**, BNDES, 2010.

MULDER, M.; LIJESSEN, M.; DRIESSEN, G. Vertical separation and competition in the Dutch rail industry: a cost-benefit analysis. Em: **Terceira Conferência sobre Railroad Industry Structure, Competition, and Investments**, out. 2005, Estocolmo.

POMPERMAYER, F. M.; CAMPOS NETO, C. A. S.; SOUZA, R. A. F. Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário - 1997-2012. **Nota Técnica nº 6**, IPEA, 2012.

RENNICKE, W.; KAULBACH, A. Myths and realities of rail access and competition issues. **The Railway Association of Canada**, out. 1998.

RIBEIRO, L. Reformando marcos regulatórios de infraestrutura - o novo modelo das ferrovias. Em: L. Ribeiro, B. Feigelson e R. Freitas (coords.), **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos - aeroportos - ferrovias - rodovias**, Ed. Forum, 2015.

SOUZA, R. A.; PRATES, H. F. **O processo de desestatização da RFFSA: principais aspectos e primeiros resultados**. BNDES, [s.d.].

SPULBER, D. F. **Regulation of markets**. MIT Press, 1989.

WETZEL, H.; GROWITSCH, C. Economies of scope in European railways: an efficiency analysis. **Texto para Discussão nº 5**, Halle Institute for Economic Research, abr. 2006.

YVRANDE-BILLON, A.; MENARD, C. Institutional constraints and organizational changes: the case of the British rail reform. **Journal of Economic Behavior & Organization**, Elsevier, v. 56, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/a/eee/jeborg/v56y2005i4p675-699.html>>.

20 ANOS DE REGULAÇÃO DAS
CONCESSÕES FERROVIÁRIAS E
**A NECESSIDADE DE REVISÃO DO
ESTOQUE REGULATÓRIO**

Mariam Tchepurnaya Daychoum
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

1. Introdução

O sistema de transporte ferroviário constitui uma estrutura de mercado pertencente à classe dos monopólios naturais, com a infraestrutura organizada em rede física e contínua. Os setores assim estruturados caracterizam-se por elevados custos fixos e a fundo perdido, com grandes economias de escala e escopo, e necessidade de elevada escala mínima de eficiência para viabilização da atividade. Essas circunstâncias impedem que a concorrência, em seu sentido mais tradicional, seja ali instaurada, pois não se mostra economicamente viável a duplicação da infraestrutura. Entretanto, a depender da política regulatória adotada pelo Estado, pode-se instalar a concorrência em alguns aspectos da atividade.

As ferrovias constituem um modal terrestre mundialmente utilizado para o escoamento de produção, sendo especialmente indicado para o percurso de grandes distâncias. Apresenta maior eficiência quanto à capacidade de transporte de carga, no que concerne ao volume, quando em comparação com o transporte rodoviário, e é conhecidamente um meio mais barato e menos poluente (Pastori, 2010).

Todavia, no Brasil, o transporte ferroviário tem sua participação na indústria negligenciada, consequência de decisões históricas que privilegiaram o modal rodoviário. Atualmente, o escoamento de produção do país é majoritariamente feito por caminhões, mesmo em situações em que o transporte ferroviário se mostra mais eficiente (Narciso de Lacerda e Schipmann de Lima, 2005; MT, 2007, 2012).

Uma primeira tentativa de se atrair investimentos privados para recuperação da infraestrutura ocorreu nos anos 1990, quando o setor passou por um processo de desestatização, que combinou a concessão à iniciativa privada da prestação do serviço de transporte ferroviário com a gestão e operação das malhas existentes, incluindo-se, para esse fim, o arrendamento dos ativos fixos afetos à atividade.

As malhas existentes no país foram segmentadas em regiões e licitadas, resultando em concessões verticalmente integradas do serviço de transporte com a operação e manutenção da infraestrutura subjacente. O setor ferroviário brasileiro, portanto, foi uma das áreas de infraestrutura que se valeu da concessão de serviço público para promover o seu processo de transferência da operação à iniciativa privada.

Mais recentemente, já nesta década, o Governo Federal passou a demonstrar interesse em ampliar a participação do modal ferroviário na matriz de transporte de cargas brasileira. Nesse sentido, em 2012, foi apresentado à sociedade o Programa de Investimento em Logística – PIL: rodovias e ferrovias (PIL I), que propunha ampla reforma regulatória, calcada na licitação de novos trechos e desverticalização do setor, com o objetivo de incentivar a concorrência intramodal. A reforma confiava na separação entre a gestão de novos trechos ferroviários a serem construídos e mantidos por operadoras de infraestrutura, conjugado com liberdade de acesso e tráfego às prestadoras de serviço de transporte de carga.

Todavia, o programa não logrou êxito, uma vez que sequer um trecho chegou a ser licitado, apesar de algumas alterações legislativas terem sido realizadas. Em 2015, em sua segunda etapa, o Programa (PIL II) sofreu drástica alteração no tocante ao conteúdo da reforma ferroviária, assim como dos projetos prioritários, tendo sido aparentemente abandonado o projeto de desverticalização.

Considerando a importância do tema para o desenvolvimento econômico do país, as alternâncias de propostas regulatórias e o arcabouço normativo referente à concorrência intramodal sob o qual o mercado ferroviário opera, este trabalho buscará (i) apresentar a concorrência intramodal no setor e as ferramentas regulatórias disponíveis; (ii) destacar a reforma dos anos 1990 e a tentativa de reforma de 2012 vivenciadas pelo setor ferroviário brasileiro, com foco na regulação voltada à garantia da concorrência intramodal; e (iii) apresentar algumas

considerações críticas sobre o estoque regulatório oriundo dessa segunda e não implementada reforma, que nos remete hoje a uma heterogeneidade do arcabouço normativo sob a qual funciona o setor.

2. O setor ferroviário, a concorrência intramodal e as ferramentas regulatórias

Conforme visto, o setor ferroviário é classicamente reconhecido como um monopólio natural e, em virtude dessa qualidade, lida com limitadores estruturais ao estabelecimento de concorrência intramodal, em virtude das dificuldades de acesso à infraestrutura. Foram problemas concorrenciais e de restrição ao comércio no transporte ferroviário interestadual que levaram à criação, em 1887, daquela que é considerada historicamente a primeira dentre as agências reguladoras: a *Interstate Commerce Commission - ICC*, nos Estados Unidos¹.

Em que pese a atividade de transporte ferroviário poder experimentar tanto a concorrência intramodal quanto intermodal, a segunda apresenta limitações significativas, inclusive já apontadas em algumas situações pela entidade administrativa de defesa da concorrência (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE) e, especialmente, em virtude da histórica especialização da rede ferroviária brasileira na mo-

1 Ainda assim, a existência da ICC não impediu que no início do século XX fosse julgado o *leading case* sobre a recusa de contratar envolvendo instalações essenciais ferroviárias. Trata-se do caso *Terminal Railroad Association*, no qual a associação de empresas que controlava a ponte pela qual passava uma linha férrea e as instalações para transferência e estocagem de produtos próximas ao Rio Mississippi foi condenada por infração ao direito antitruste e obrigada a compartilhar essa infraestrutura com outras ferrovias. O caso foi decidido com base no §1º do *Sherman Act*, pois envolvia um acordo entre os controladores da ponte e das instalações, o qual foi considerado ilegal por seus efeitos de restrição ao comércio. De acordo com a Suprema Corte, teriam restado provados (i) o intuito manifesto de monopolizar as instalações em favor da associação; (ii) a dificuldade de construção de uma via alternativa, em razão dos custos e condições geográficas; e (iii) o impacto de tal restrição sobre o comércio interestadual, pois as exigências que vinham sendo formuladas aos agentes econômicos não associados se apresentariam discriminatórias, excessivas e injustificadas. A decisão acima mostra que práticas anticompetitivas por parte de detentores de infraestrutura essencial podem ser bastante deletérias à viabilização de opções efetivas aos donos de carga, ou seja, à existência de competição no serviço de transporte ferroviário.

vimentação de *commodities* agrícolas e minerais (Leff, 1997; BNDES, 1999; Pinheiro e Saddi, 2005; Castillo *et al*, 2011)². Uma classificação do sistema no período pós-desestatização mostra que a maior parte das ferrovias brasileiras continua sendo monofuncional, ou seja, especializada no transporte de um tipo específico de produto (Vencovsky, 2005; Daychoum e Prado, 2016). Tal situação é explicada, entre outros elementos, pela histórica vocação da rede ferroviária brasileira, refletindo a matriz produtiva do país³.

O transporte de cargas de baixo valor agregado por longas distâncias (como, por exemplo, o minério de ferro e seus derivados) é expressivamente mais custoso quando realizado pelo modal rodoviário. Por essa razão, a qualidade da carga somada às limitações decorrentes da existência do monopólio natural coloca uma crucial questão concorrencial, relativa ao acesso à malha ferroviária: na impossibilidade de concorrência intermodal, é possível apresentar uma resposta em prol da concorrência intramodal, prestigiando o direito de acesso por meio de arranjos normativos setoriais? É o que passamos a discutir.

2.1. As ferramentas regulatórias para a promoção da concorrência intramodal no transporte ferroviário

Os mecanismos regulatórios que auxiliam na promoção da competitividade intramodal no transporte ferroviário podem ser apresentados resumidamente em dois recursos: (i) o de compartilhamento de infraestrutura, que se subdivide entre os modelos

2 Nos casos envolvendo o transporte ferroviário de cargas, a análise do mercado relevante considera a natureza da carga transportada, se cativa ou não do modal. Quando as mercadorias possuem alto valor agregado e serão transportadas a distâncias relativamente pouco extensas, a concorrência intermodal pode ser bastante efetiva. Outras vezes, duas ferrovias distintas podem ser vistas como substitutas na logística de escoamento de determinada produção e, assim, ser consideradas integrantes de um mesmo mercado relevante. Acerca das limitações e possibilidades de concorrência intermodal, ver Ato de Concentração 08012.009666/98-00, j. em 23.02.2000, e ato de concentração 08012.003281/2001-14, j. em 21.05.2003, Relator Conselheiro Cleveland Prates.

3 Conforme Marques e Robles (1998), há “na maioria dos sistemas ferroviários do mundo desenvolvido ou em desenvolvimento, grande predominância de alguns produtos no total da carga, porém, no país, há uma concentração exagerada” (p. 30).

de tráfego mútuo e direito de passagem; e (ii) a fragmentação entre prestação de serviço e transporte e gestão da infraestrutura, também denominada desverticalização (ou *unbundling*). São recursos implementados via regulação estatal, com a missão de estabelecer condições mínimas de concorrência – “considerando que a concorrência é, ao menos em princípio, inapropriada em tais situações, faz-se necessária a introdução de uma ‘mão-visível’ que possa direcionar o mercado para alcançar resultados ótimos por meio da via concorrencial” (Nester, 2006, p. 44).

O compartilhamento importa na permissão de acesso à infraestrutura por aquele que não detém a sua propriedade e/ou direitos de exploração. Ou seja, por meio de instrumentos regulatórios veda-se a exclusão de terceiros do uso da infraestrutura. O mecanismo tem suas origens desenvolvidas na *essential facility doctrine*, que prega o direito de acesso ao mercado que não seria possível sem o acesso à *facility*, ou seja, trata-se do acesso ao mercado da carga, e não ao mercado do serviço provido pelo meio da infraestrutura essencial⁴.

Apesar da ausência de definição conceitual para o termo *facility* (OCDE, 1996), pode-se dizer que uma ‘*essential facility*’ é aquela estrutura cuja duplicação não é economicamente viável (Gautier e Mitra, 2008). A referida doutrina nasceu nos Estados Unidos, inicialmente com base no direito antitruste, e tem servido para garantir o direito de acesso de terceiros a redes de infraestrutura. O caso paradigmático de aplicação da doutrina nos Estados Unidos foi o *MCI Communications Corp. v. AT&T.*, momento no qual ficou decidido que eram necessários quatro elementos para a aplicação da teoria, a saber: (i) o controle da *facility* por meio de monopólio; (ii) a incapacidade prática ou razoável de um competidor duplicar a estrutura da *facility*; (iii) a negativa do uso pelo detentor da *facility* a um competidor; e (iv) a viabilidade de oferta do uso da estrutura (OCDE, 1996). Nesses casos, o monopolista que recusa imoti-

4 Merece ser considerado que a demanda por transporte é uma demanda derivada, isto é, depende do desenvolvimento da atividade econômica que necessite do transporte de carga.

vadamente acesso à rede abusa de sua posição dominante e se sujeita às sanções previstas na legislação concorrencial.

2.1.1. O tráfego mútuo

Quanto ao compartilhamento no setor ferroviário brasileiro, a regulação adotou o tráfego mútuo como regra e, subsidiariamente, em caso de impossibilidade do primeiro, o direito de passagem. Tal previsão consta tanto nos contratos de concessão firmados nos anos 1990 quanto no Decreto regulamentador do setor (Decreto nº 1.832/1996).

A operação do tráfego mútuo é caracterizada pela atividade conjunta entre diferentes concessionárias e se verifica quando uma delas deseja ultrapassar as fronteiras geográficas de sua concessão (lembrando que, no Brasil, atualmente, cada concessionária presta serviço e tem a gestão de uma região específica da malha). Essa operação é fruto de imposição normativa e arranjo contratual, e parte da ideia de que o detentor da infraestrutura de transporte deve garantir o direito de acesso com os mesmos direitos e prerrogativas daqueles que de alguma forma vão se utilizar da estrutura, de forma não discriminatória.

No caso brasileiro, operacionaliza-se pela “partilha do frete entre as concessionárias e a compensação dos débitos e créditos recíprocos, decorrentes do compartilhamento dos recursos operacionais” (Carvalho de Oliveira, 2005, p. 228). É, então, uma “operação compartilhada”, em que a concessionária que deseja prestar serviços de transporte para além de sua malha ferroviária utilizará a malha da outra concessionária, compartilhando os recursos operacionais.

A preferência regulatória pelo tráfego mútuo é anterior ao surgimento da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), pois o Decreto nº 1.832/1996 já havia feito explícita opção por essa regra, assim como os contratos de concessão celebrados nessa época. De todo modo, no ano de 2003, a ANTT realizou audiência pública, no seio do Programa de Inte-

gração e Adequação Operacional das Ferrovias, com o objetivo de propor nova resolução que disciplinasse o tráfego mútuo e o direito de passagem, reconhecendo a importância que esses institutos têm para o desenvolvimento do setor.

Dessa audiência pública, surgiu a Resolução nº 433/04, posteriormente revogada pela Resolução nº 3.695/2011. Esta última manteve as definições da norma anterior, concebendo o tráfego mútuo como a “operação em que uma concessionária compartilha com outra concessionária, mediante pagamento, via permanente e recursos operacionais para prosseguir ou encerrar a prestação de serviço público de transporte ferroviário de cargas”.

A preferência por esse instituto importa em vinculação contudente do serviço de transporte à operação da infraestrutura, resguardando a integração vertical prevista nos contratos de concessão.

2.1.2. O direito de passagem

Como solução alternativa ao tráfego mútuo, pode-se adotar no setor ferroviário a figura do direito de passagem, que consiste na utilização, por uma concessionária, da infraestrutura ferroviária administrada por outra, mediante remuneração – a operação da atividade é realizada, nesse caso, pela concessionária que irá exercer seu direito de passagem, e não pela ‘anfitriã’, conforme ocorre no tráfego mútuo, em linha com a premissa de que

para que o mercado exista é preciso reconhecer a todos os operadores o livre acesso ao mesmo e às instalações ou infraestruturas essenciais, sem as quais a prestação do serviço é impossibilitada (...) há que reconhecer aos operadores o direito de acesso ao mercado. A efetividade do acesso às redes é que é o direito de acesso ao mercado. A efetividade do direito de acesso é que determinará a competição real na oferta dos serviços. (ORTIZ, 2004, p. 615)

Pode-se entender que o direito de passagem (ou *open access*) consagra a liberalização do mercado de transporte ferroviário, representando a possibilidade de um competidor acessar a infraestrutura que não detém, se assim o desejar⁵. No caso brasileiro, essa é uma possibilidade subsidiária ao tráfego mútuo.

2.1.3. A fragmentação dos serviços ou desverticalização (*unbundling*)

O setor ferroviário também pode ser objeto da técnica de desverticalização, que alude à separação das atividades que constituem realmente um monopólio natural daquelas que comportam alguma concorrência no processo de prestação do serviço. A desagregação vertical pode ocorrer por meio da separação da atividade de gestão da infraestrutura da atividade de prestação dos serviços.

Conforme lembra Nester, é justamente na prestação dos serviços desenvolvidos a partir de uma infraestrutura que se verifica a possibilidade de competição, de modo que, para o autor, o modelo ideal configura-se nos seguintes termos: “uma empresa gerindo a infraestrutura (sem prestar serviços a ela inerentes) e várias empresas concorrendo nos segmentos dos serviços que são ofertados com base nessa infraestrutura”. E completa o raciocínio exemplificando que nas ferrovias “pode ocorrer desagregação entre a titularidade e a exploração das composições de vagões, as vias férreas, os terminais, os serviços de assistência, etc.” (2006, p. 57).

Resumidamente, há três possíveis ferramentas para a desverticalização de um setor. Todavia, cada forma comporta

5 “‘Open access’ significa que cada competidor que sustenta algumas características pré-requeridas (e.g. exigências técnicas, de segurança e saúde financeira) pode ter acesso à estrutura essencial de forma não discriminatória. Por exemplo, na União Europeia empresas ferroviárias precisam obter uma licença e um certificado de segurança estatal para poder prestar serviços ferroviários. Permitir o acesso não discriminatório às estruturas essenciais é uma prática bastante comum. É também bastante comum ter um regime regulatório assimétrico entre o titular e os entrantes. Os entrantes têm liberdade para escolher em qual mercado querem atuar [dentro de um mesmo setor] e quais consumidores querem servir, enquanto que o titular é forçado a servir todos os consumidores (e.g. obrigações de serviços universais).” (Tradução livre) (Gautier e Mitra, 2008, p. 663).

distintos arranjos, podendo se chegar a diferentes resultados, a depender do setor e do grau de desagregação pretendido. Assim, o *unbundling* é possível: (i) pela *desagregação contábil*, adotando uma contabilidade distinta para cada, a fim de garantir mínima transparência especialmente em relação à inexistência de subsídios cruzados; (ii) pela *desagregação jurídica*, vedando a exploração em diferentes segmentos de um mesmo setor pela mesma pessoa jurídica - importando, também, na desagregação contábil, mas não impedindo que um mesmo grupo econômico, por meio de diferentes personalidades jurídicas, atue nos diferentes segmentos; e (iii) pela *desagregação societária* (ou acionária), impedindo que um mesmo grupo de tenha as diferentes fases da atividade econômica⁶.

Em que pese a existência de diferentes modelos de desverticalização, sustenta-se que, para que a estrutura como um todo possa aproveitar os benefícios da concorrência, a fragmentação do serviço há de vir, pelo menos, acompanhada da “dissociação da titularidade de exploração”. Se as diferentes fases de exploração estiverem nas mãos de um mesmo agente econômico, há riscos de *subsídio cruzado*, ou seja, os custos da etapa competitiva podem ser transferidos para a etapa monopolizada. Em termos práticos, sem a diferenciação de titularidade, possibilita-se a prática de preços artificialmente baixos na fase em que o serviço é prestado sob o regime concorrencial, compensando-se a perda de lucratividade no segmento monopolizado e anulando-se os benefícios oriundos da competição.

No caso do setor ferroviário, a desverticalização encontra alguma crítica. Pinheiro (2014) sustenta que o compartilhamento da infraestrutura nesse setor pode reduzir eficiência técnica e alocativa, tanto na operação da infraestrutura quanto no

6 No mesmo sentido, observam Gautier e Mitra que “o processo de desagregação vertical agrega dois objetivos extremamente relevantes para o estabelecimento de um ambiente concorrencial. Primeiro, propicia que o processo de concorrência se instale com total transparência, de modo a evitar os subsídios cruzados que poderiam surgir caso a mesma empresa fosse responsável pela gestão da rede e pela prestação dos serviços (tal como ocorria, até então, no regime de monopólio). Depois, possibilita a aplicação de regimes jurídicos distintos às atividades”. (Tradução livre) (Gautier e Mitra, 2008, p. 58-59).

transporte. Essa menor eficiência, por conseguinte, dificultaria significativamente a tentativa de redução das tarifas de transporte, podendo ainda implicar piora na qualidade dos serviços. O autor também aponta para o risco de *cream skimming*, que ocorre quando um novo entrante atua apenas nos segmentos mais lucrativos do mercado, seja em relação aos trajetos, seja em relação aos produtos.

Por outro lado, o modelo desverticalizado permite um sistema de custos mais transparente e, a depender do *enforcement* da regulação, mais adequado para o objetivo de se assegurar o acesso de terceiros à rede (*essential facility*). Nesse contexto, evidencia-se a ausência de consenso da bibliografia sobre a eficiência ou não da desverticalização no setor ferroviário (Beck *et al.*, 2013). Há distintos graus de desaglomeração (*unbundling*), e economias de escopo podem ser conformadas com direitos de acesso por terceiros a partir de diferentes arranjos. A resposta não é necessariamente binária: total verticalização vs. total desaglomeração; as ferramentas regulatórias permitem um espectro bastante amplo de organização de mercados, consentindo que para um mesmo setor existam distintos modelos regulatórios que unam as necessidades de economias de escala e escopo, com as necessidades de acesso por terceiros.

3. O processo de desestatização do setor ferroviário brasileiro e a concorrência intramodal

O processo de desestatização no Brasil teve início em 1990, com a edição da Lei nº 8.031/1990, que instaurou o Programa Nacional de Desestatização – PND, do qual o setor ferroviário fez parte com a inclusão da hoje extinta Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA (Decreto nº 473/1992)⁷.

⁷ Anteriormente, o sistema ferroviário brasileiro era composto pela malha da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA e da FEPASA (subsidiária da RFFSA), e pelas Estradas de Ferro Vitória a Minas – EFVM e Carajás – EFC, essas duas últimas operando desde 1946 e 1982 (Decretos nº 22.221/1946 e nº 87.961/1982), respectivamente, por meio de concessão à

A desestatização seguiu um modelo de “segregação geográfica do seu sistema em várias malhas baseadas nas chamadas Superintendências Regionais (“SRs”) (...). Tais estabelecimentos foram licitados separadamente em leilões cujos valores foram calculados com base no método do fluxo de caixa operacional” (Carvalho de Oliveira, 2005, p. 123).

Houve, assim, a separação da malha da antiga RFFSA em seis distintas malhas, que foram levadas a leilão, além da antiga FEPASA (atual Malha Paulista), que foi incorporada à RFFSA pelo Decreto nº 2.502/1998 e também teve a malha concedida. Dessa forma, foram sete concessões, cada qual para uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) distinta.

A escolha pela divisão da malha em regiões teve fundamento em um estudo realizado pela consultoria *Ernest & Young*, que indicava que a maior parte do transporte de cargas apresentava fluxos intrarregionais (Farias, 2008; Ferreira e Azzoni, 2011). Outras opções estruturais também foram consideradas pelo BNDES, inclusive a desverticalização do setor, mantendo-se a rede física sob propriedade do Estado, com ou sem livre entrada ao mercado de prestação de serviços de transporte ferroviário de cargas (Estache *et al.*, 2001)⁸. Contudo, optou-se por manter a possibilidade de economias de escala através da permanência da integração vertical entre a operação e manutenção da rede física e a provisão do serviço de transporte ferroviário.

Os leilões de desestatização dos ativos da RFFSA tiveram início em 1996 e foram concluídos em 1998. Os editais tiveram por objeto a licitação da concessão onerosa de serviço público de transporte ferroviário, cumulada com o arrendamento de bens operacionais e a venda de bens de pequeno valor.

Companhia Vale do Rio Doce – CVRD (hoje Vale S.A.), à época também uma empresa estatal.

8 Tal alternativa assemelha-se muito à atual organização do setor ferroviário alemão, no qual a *Deutsche Bahn Holding*, sob controle do capital estatal, detém a rede física enquanto o mercado de prestação de serviço de transporte ferroviário de cargas opera sob o regime de competição entre os operadores (Deutsche Bahn, 2014).

Tabela 1 – Desestatização da RFFSA

Malhas Regionais	Data do Leilão	Início da Operação	Concessionárias	Extensão (km)
Oeste BNDES nº PND/A-05/95/ RFFSA	05.03.1996	01.07.1996	Ferrovia Novoeste S.A.	1.621
Centro-Leste BNDES nº PND/A-03/96/ RFFSA	14.06.1996	01.09.1996	Ferrovia Centro-Atlântica S.A.	7.080
Sudeste BNDES nº PND/A-05/96/ RFFSA	20.09.1996	01.12.1996	MRS Logística S.A.	1.674
Tereza Cristina BNDES nº PND/A-07/96/ RFFSA	22.11.1996	01.02.1997	Ferrovia Tereza Cristina S.A.	164
Sul BNDES nº PND/A-08/96/ RFFSA	13.12.1996	01.03.1997	Ferrovia Sul-Atlântico S.A. - atual América Latina Logística - ALL	6.586
Nordeste BNDES nº PND/A-02/96/ RFFSA	18.07.1997	01.01.1998	Cia. Ferroviária do Nordeste	4.238
Paulista (ex-FEPASA) BNDES nº PND/A-02/98/ RFFSA	10.11.1998	01.01.1999	Ferrovias Bandeirantes S.A.	4.236
Total				25.599

Fonte: ANTT; Lacerda (2002)

À Companhia Vale do Rio Doce foi outorgada a exploração das Estradas de Ferro Vitória a Minas, por meio do Decreto nº 22.221/1997, e Carajás, por meio do Decreto sem número de 27 de junho de 1997, ambas transferidas à gestão privada no âmbito do processo de privatização da própria companhia.

Todas essas malhas foram concedidas pelo período de 30 anos, incluindo-se a prestação do serviço de transporte fer-

roviário (por meio de contratos de concessão) e a respectiva gestão dos ativos de infraestrutura (por meio de contratos de arrendamento). Optou-se, portanto, por um modelo verticalmente integrado. Observa-se, ademais, que a modernização e ampliação da malha e do serviço não constavam como obrigações das concessionárias, mas sim como um direito dependente de prévia anuência do poder concedente. Segundo Carvalho de Oliveira (2005:126), assim o foi “para assegurar o equilíbrio da equação financeira dos contratos, uma vez que a tarifa a ser cobrada do usuário para cobrir os investimentos necessários à verdadeira reconstrução das malhas da RFFSA inviabilizaria a própria desestatização”.

3.1. A oferta de infraestrutura, o tráfego mútuo e a concorrência intramodal

De acordo com os dados do Plano Nacional de Logística e Transportes (PNLT), a matriz brasileira de transporte de carga tem a seguinte distribuição modal: 52% rodoviário; 30% ferroviário; 8% cabotagem; 5% hidroviário; 5% dutoviário (MT, 2011). Explicações para esse desbalanceamento podem ser buscadas no fato de que, ao menos desde os anos 1960, foram tomadas decisões que privilegiaram o modal rodoviário, em um fenômeno que ficou conhecido como ‘rodoviarismo’ (Braga e Agune, 1979; Galvão, 1996; Andrade de Paula, 2010; CNT, 2013). O processo de desestatização do setor, realizado na década de 1990, tampouco enfatizou a expansão da rede: seu objetivo centrou-se na recuperação da malha já existente, que evidenciara grave processo de deterioração desde a década de 1950 (Estache *et al*, 2001; Banco Mundial, 2003).

Como visto, o Brasil optou por dividir sua rede em seis malhas regionais, com base em estudo que indicava que a maior parte dos fluxos de transporte de cargas eram intrarregionais (Farias, 2008). Se por um lado o modelo manteve a possibilidade de economias de escala e escopo através da

integração vertical entre operação e manutenção da rede física com a provisão do serviço, a segregação em regiões acabou por constituir uma barreira à integração da rede, sendo essa uma razão geralmente lembrada para justificar o fato de que a participação do modal ferroviário seja decrescente a partir de operações de transporte que ultrapassem os 500 km, tendendo a zero para fluxos cujas distâncias ultrapassam os 800 km (Marques e Robles, 1998; Castro, 2000; Villar e Marchetti, 2006). Essa realidade contradiz a experiência de outros países de dimensões continentais, tais como os Estados Unidos, onde quanto maior a distância a ser percorrida, maior o *market share* do modal ferroviário (Dos Santos, 2011)⁹.

Quanto aos investimentos, é possível constatar que o Brasil tem apresentado valores mais baixos, comparativamente: enquanto que os países da OCDE direcionam, em média, 1,0% do PIB para investimento em infraestruturas de transporte terrestre, o dispêndio brasileiro fica em torno de 0,5% (OCDE/ITF, 2015; MT, 2016).

A carência de investimentos ajuda a explicar outro problema da rede ferroviária brasileira, qual seja, sua baixa densidade. Segundo informação disponível no sítio eletrônico da ANTT, o Brasil conta atualmente com uma rede ferroviária existente (não necessariamente operada)¹⁰ de 33.342 km, para uma área territorial de 8.515.767.049 km² (IBGE, 2013). Esses dados fazem com que a densidade da malha ferroviária brasileira seja de 3,9 m de linha férrea para cada km² de território, muito aquém daquela observada em países como Estados Unidos, Índia, África do Sul, Argentina, Turquia, México, China e Rússia¹¹.

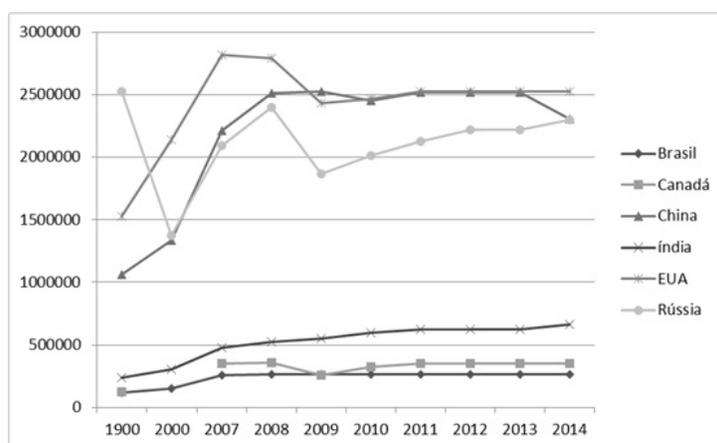
9 Segundo a Nota Técnica ANTT nº 03/GEROF/2013, cujo objetivo era a tomada de subsídio para os estudos referentes às ações de interoperabilidade dos subsistemas ferroviários sob a ótica dos sistemas de sinalização e comunicações de ferroviárias, baseado em dados primários produzidos pela Agência, “apesar das vantagens de custo do modal ferroviário para grandes distâncias, constata-se que, no caso brasileiro, a distância média dos fluxos ferroviários não ultrapassa a marca de 631 km”.

10 Aventa-se que os trechos ociosos atinjam os 22% da malha existente (PIRES, 2015).

11 Segundo dados da STATISTA (2015), em 2009, os 20 países com maior densidade da rede ferroviária, incluindo a União Europeia, foram os seguintes: (i) Alemanha (117,35m/km²);

O desempenho brasileiro também não parece ser satisfatório no que se refere à produtividade. O gráfico abaixo compara a tonelagem de produtos movimentada por quilômetro de ferrovia e, mais uma vez, se observa que o Brasil apresenta indicadores piores do que seus parceiros dos BRICs ou outros países de grandes dimensões territoriais, como Rússia, Estados Unidos e Canadá.

Gráfico 1 - Bens transportados por ferrovias (milhões ton-km)



Fonte: Elaboração própria com base em dados do World Bank Data

Além da carência na oferta de infraestrutura e da baixa produtividade, um ponto de discussão, no que se refere às possibilidades de concorrência intramodal nas ferrovias brasileiras, é a preferência pelo tráfego mútuo enquanto mecanismo de garantia de direito de acesso à rede.

Conforme abordado anteriormente, a técnica consiste em uma operação compartilhada entre o concessionário-arrenda-

(ii) Polônia (71,36m/km²); (iii) Japão, (69,95m/km²); (iv) Reino Unido (67,54m/km²); (v) Itália (65,47m/km²); (vi) União Europeia (53,1m/km²); (vii) França (45,4m/km²); (viii) Ucrânia (35,88m/km²); (ix) Espanha (30,25m/km²); (x) Suécia (25,83m/km²); (xi) Estados Unidos (23,04m/km²); (xii) Índia (23,04m/km²); (xiii) África do Sul (17,12m/km²); (xiv) Argentina (11,3m/km²); (xv) Turquia (11,1m/km²); (xvi) Paquistão (9,79m/km²); (xvii) México (8,92m/km²); (xviii) China (8,11m/km²); (xix) Kazaquistão (5,53m/km²); e (xx) Rússia (5,1m/km²).

tário operador da infraestrutura e a concessionária que, não estando na posse daquela infraestrutura, requer o acesso. No direito brasileiro, a preferência regulatória por esta técnica em detrimento do direito de passagem é anterior ao surgimento da ANTT, pois tanto os contratos de concessão quanto o Decreto nº 1.832/1996 já haviam feito explícita opção por essa regra.

De acordo com a Nota Técnica nº 63/GEROF/SUCAR¹², a proposta buscava estabelecer mecanismos para evitar a imposição de barreiras técnicas desnecessárias ao exercício do direito de passagem. Esta regra foi mantida na norma final, cujo artigo 15 estabelece que “a requerente poderá solicitar avaliação técnica de perito especializado, caso entenda que as condições técnico-operacionais exigidas pela cedente para o compartilhamento do trecho ferroviário objeto do COE (Contrato Operacional Específico) sejam abusivas”. Todavia, o parágrafo único dispõe que os custos incorridos com a contratação do perito serão arcados pelo requerente e não há previsão de sanção para a imposição de barreiras que venham a posteriormente se comprovar “desnecessárias”.

Tanto para a realização do tráfego mútuo quanto do direito de passagem, a concessionária anfitriã precisa ter capacidade ociosa, que é o resultado da capacidade instalada menos a capacidade vinculada, devendo-se considerar os volumes de transporte realizados por Operadores Ferroviários Independentes – OFI¹³.

Quanto à questão tarifária no compartilhamento de infraestrutura, esta é estabelecida por meio de negociação entre as partes, observando-se as seguintes regras gerais: (i) a tarifa só será composta por parcelas de custo operacional e remunera-

12 “Ainda em relação ao processo de negociação entre as partes, o art. 5º da minuta de Regulamento em questão determina que as exigências técnico-operacionais aplicáveis ao direito de passagem devem ser estabelecidas pela titular do trecho ferroviário (cedente).”

13 A capacidade instalada equivale à capacidade de transporte possível em um trecho ferroviário, expressa pela quantidade de trens que poderão circular, nos dois sentidos, em um período de 24h. A capacidade vinculada equivale à quantidade de trens que poderão circular em um trecho ferroviário, nos dois sentidos, em um período de vinte e quatro horas, definido em função da meta de produção pactuada entre a concessionária e a ANTT, incluindo a utilização de reserva técnica (Res. ANTT nº 3.695/2011).

ção de capital; (ii) a parcela de custo operacional será composta pelos custos fixos e variáveis, bem como os custos de arrendamento, se houver; (iii) a parcela correspondente à remuneração do capital será calculada como uma alíquota sobre uma base de remuneração, acrescida dos tributos incidentes sobre o resultado; (iv) a alíquota de remuneração será estabelecida anualmente pela ANTT para cada concessionária detentora dos direitos de exploração de infraestrutura ferroviária; (v) a base de remuneração será composta pelo capital empregado necessário à prestação do serviço; etc.

Ressalte-se que, dados esses mesmos princípios gerais de tarifação para o tráfego mútuo e direito de passagem, o tráfego mútuo acaba por sair mais caro, do ponto de vista da concessionária visitante, visto que esta precisa remunerar a utilização do maquinário da administração férrea anfitriã, enquanto no direito de passagem, apesar de se também remunerar o uso da malha, a concessionária visitante pode operar com seus próprios recursos. Além disso, o tráfego mútuo é uma técnica mais demorada, pois a concessionária anfitriã condiciona o uso da malha por outra concessionária ao deslocamento dos vagões desta para suas locomotivas. Portanto, o tráfego mútuo é menos eficiente, pois mais demorado e caro que o direito de passagem.

Ademais, sendo o tráfego mútuo a regra, uma concessionária sempre depende operacionalmente de outra concessionária para atingir novos mercados (Campos Neto, 2009). Tal situação dificulta a competição entre malhas e atrai clientes às malhas com maior acesso aos portos brasileiros, visto que, em maioria, as cargas transportadas por ferrovias são destinadas à exportação.

Além disso, as dificuldades operacionais relacionadas ao tráfego mútuo e sua preponderância sobre o direito de passagem apresentam um problema de interpenetração entre as malhas e, portanto, de realização de operações de transportes por distâncias maiores, que superem a extensão de uma única malha, justamente no segmento onde o transporte ferroviário é mais eficiente do que seus concorrentes. Ou seja, o empecilho

à interpenetração entre as malhas é um gerador de ineficiências sistêmicas no setor de transporte.

Por fim, destaca-se que nem a Resolução nº 3.695/2011 nem a Nota Técnica nº 63/GEROF/SUCAR, que apresentou a minuta de resolução, elucidam as razões para a opção pela adoção do tráfego mútuo como regra. É possível que tenha sido assim em observância aos contratos de concessões firmados quando da desestatização. À época, provavelmente o tráfego mútuo tenha sido preferido visto que as ferrovias foram concedidas em formato de integração vertical e o direito de passagem é um instituto de *open access* - o meio do caminho entre a integração vertical e o *unbundling*, por assim dizer.

4. A tentativa de reforma regulatória

Se de um lado o processo de desestatização dos anos 1990 foi exitoso em recuperar a malha existente e, nesse sentido, reduzir acidentes e aumentar a movimentação de cargas, de outro não foi capaz de gerar expansão da rede (nem era esse seu objetivo), sendo a concorrência limitada pelas questões anteriormente tecidas acerca da estrutura verticalmente integrada e oferta limitada, assim como da opção pelo tráfego mútuo como regra (CNT, 2011). Dessa forma, em 2012, o Governo Federal cogitou uma profunda reforma regulatória, hoje já formalmente abandonada, mas que merece uma análise cuidadosa, inclusive pelo estoque de normas regulatórias expedidas que deixou como legado.

4.1. Programa de Investimento e Logística: Ferrovias I (PIL I)

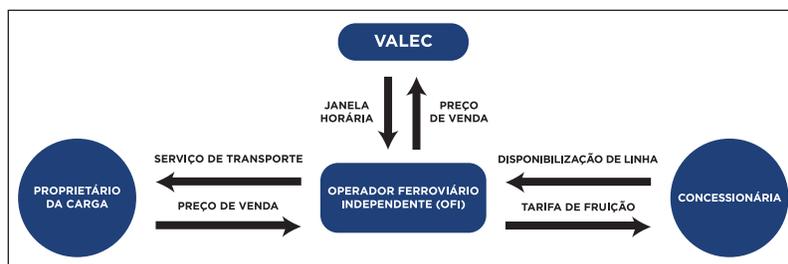
Considerando a importância da infraestrutura ferroviária para o crescimento econômico, a carência de investimentos na expansão da malha e as dificuldades em garantir concorrência intramodal, em 2012 o Governo Federal lançou o Programa de Investimentos em Logística (PIL I), cujos objetivos consistiam em atrair investimentos voltados para a expansão da malha em torno de R\$ 99 bilhões, que seriam utilizados para a construção de 11 mil novos quilômetros de vias férreas, bem como para

implementar uma profunda reforma regulatória que desverticalizaria o setor com o objetivo de fomentar a concorrência intramodal no segmento de transporte ferroviário de cargas.

As principais alterações regulatórias propostas pelo PIL I consistiam em: (i) separar a atividade de operação e manutenção da infraestrutura (rede física) da prestação do serviço de transporte ferroviário de carga, inaugurando, assim, um modelo de desagregação; (ii) outorgar à iniciativa privada a tarefa de construir e operar novos trechos ferroviários, por meio de contratos de concessão comum ou parcerias público-privadas; (iii) introduzir a figura dos Operadores Ferroviários Independentes (OFI) no ordenamento jurídico brasileiro, que seriam os novos prestadores do serviço de transporte ferroviário, atuando em concorrência; e (iv) conferir à estatal federal VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. a incumbência de atuar como intermediadora de um novo mercado que surgiria, consistente na compra e venda de capacidade da malha. Nesse sentido, a estatal, de um lado, compraria toda a capacidade de operação da infraestrutura das concessionárias dos novos trechos a serem construídos e, de outro, venderia essa capacidade aos OFIs: seria, portanto, simultaneamente, monopsonista e monopolista¹⁴.

O modelo proposto foi esquematizado pela ANTT na Nota Técnica nº 11/2013, que instrumentalizou o processo da Tomada de Subsídio nº 17/2013 para confecção do Regulamento do Operador Ferroviário Independente, da seguinte forma:

Figura 1 - Reforma do setor ferroviário brasileiro (primeira etapa do PIL)



Fonte: ANTT

14 Para uma descrição mais detalhada das alterações regulatórias propostas e suas implicações econômicas ver: Pinheiro, 2014; e Sampaio e Daychoum, 2015.

Veja-se que a figura do OFI foi a primeira alteração da reforma prevista a ser incluída na legislação setorial vigente. Em 2012, a Lei nº 10.233/2001 foi alterada pela Lei nº 12.743/2012, conversão da Medida Provisória nº 576/2012, prevendo a figura do OFI no art. 13, V, d.¹⁵

Todavia, o modelo apresentado na primeira etapa do PIL ainda assim ensejou questionamentos, a começar pela inicial ausência de marco legal que respaldasse todas as mudanças desejadas (Rittner, 2013). Tal situação levou à edição do Decreto nº 8.129/2013, esclarecendo que a VALEC estaria autorizada a adquirir a totalidade da capacidade de movimentação dos trechos ferroviários que fossem concedidos a partir da publicação da norma, de modo a reduzir substancialmente o risco de demanda das concessionárias horizontais que se consagrassem vencedoras dos processos licitatórios para outorga dos direitos de construção, operação e manutenção dos novos trechos ferroviários.

Em linha com o processo de separação entre gestão da infraestrutura e prestação de serviços de transporte, o Decreto inaugurou a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal. De acordo com o art. 1º do Decreto nº 8.129/2013, a política de livre acesso seria voltada ao desenvolvimento do setor e visaria promover a competição entre os operadores ferroviários.

Conforme explanou o Governo Federal, a VALEC seria uma espécie de gestora da capacidade da malha, compraria dos operadores da infraestrutura a capacidade e, posteriormente, assegurado o direito de passagem, ofertaria essa capacidade (i) para os usuários que quiserem transportar carga própria; (ii) para os operadores ferroviários independentes; e (iii) para os concessionários de transporte ferroviário. A VALEC funcionaria, portanto, como “uma espécie de ‘mercado administrado’, em que provedores e usuários de infraestrutura ferroviária se ‘encontrem’”. Apenas que,

15 Conforme se extrai da lei, a figura jurídica escolhida para habilitação de suas atividades, que não é associada à exploração da infraestrutura ferroviária, foi a autorização, que poderá ser obtida junto à ANTT por meio de ‘requerimento de autorização’.

ao invés de se encontrarem, as duas pontas desse mercado vão se relacionar com a Valec. Os fornecedores, vendendo-lhe toda a sua capacidade. Os usuários, comprando capacidade da Valec.” (Pinheiro, 2014, p. 219)¹⁶.

Para regular a atividade do OFI no novo modelo apresentado pelo Governo Federal, a ANTT publicou a Resolução nº 4.348/2014. O art. 18 dessa Resolução dispõe que a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas pelo OFI pode ocorrer *em qualquer trecho do Subsistema Ferroviário Federal*, compreendendo, inclusive, as ferrovias concedidas durante o processo de desestatização dos anos 1990 e que, portanto, já se encontravam em operação.

Sobre a questão tarifária, a mesma resolução esclareceu que a tarifa de disponibilidade da capacidade ociosa – que consistiria, de acordo com a resolução, no “valor a ser pago pela VALEC às concessionárias verticais em função da cessão do direito de uso da capacidade ociosa” – seria estabelecida por meio de livre negociação entre a VALEC e essas concessionárias. Assim, a “tarifa de capacidade de tráfego” – em verdade, um preço – seria estabelecida pela VALEC aos OFIs em função do direito de uso dessa capacidade, segundo o art. 56 da resolução.

A venda dessa capacidade ocorreria por meio de oferta pública, observando-se critérios objetivos e isonômicos. Já a tarifa de fruição, “valor a ser pago pelos OFIs às concessionárias em função da utilização da Infraestrutura Ferroviária, calculada na forma dos Contratos Operacionais de Transporte e contratos de concessão”, seria cobrada pelas concessionárias em virtude do uso da infraestrutura ferroviária. O preço devido em contra-

16 A Nota Técnica ANTT nº 11/2013 esclareceu que a VALEC remuneraria a concessionária (construtora e gestora da infraestrutura ferroviária e detentora do direito de exploração da ferrovia) por meio da Tarifa de Disponibilização da Capacidade Operacional – TDCO, em contrapartida à cessão do direito de uso. A Capacidade Operacional, por sua vez, seria “a capacidade de tráfego contratada da Ferrovia destinada à realização das atividades de transporte dos Usuários, expressa pela quantidade de trens que poderão circular, nos 2 (dois) sentidos, em um período de 24 (vinte e quatro) horas, calculada da forma expressa no Contrato de Concessão.” Em todos os contratos das novas ferrovias a serem licitadas, haverá a previsão de compra, pela VALEC, da capacidade operacional das ferrovias, de forma a eliminar o risco da demanda.

prestação ao serviço de transporte ferroviário de cargas, por sua vez, seria negociado livremente entre o OFI e o usuário.

O modelo que se pretendia inaugurar em 2012 trazia ainda o desafio adicional de ter que compatibilizar a outorga de concessões horizontais com uma rede em que já operavam concessões verticalizadas. Essa heterogeneidade de modelos convivendo simultaneamente poderia dar origem a gargalos nas operações de transporte que envolvessem a passagem por malhas concedidas nos modelos vertical e horizontal. Pouco tempo depois do lançamento do PIL I, agentes do setor apontaram que a diversidade de modelos poderia inibir investimentos da iniciativa privada, dificultando a correção de gargalos e possivelmente exigindo maiores dispêndios por parte do Governo Federal para solucionar a questão (CNT, 2013).

Surgiram, também, questionamentos de natureza fiscal/orçamentária em relação à existência dos recursos que seriam necessários para a compra da capacidade das novas concessões pela VALEC, especialmente considerando que a estatal é dependente de aportes financeiros do Tesouro Nacional¹⁷. Uma incerteza do modelo residia na necessidade de a VALEC ter recursos líquidos disponíveis para honrar suas obrigações contratuais com as concessionárias durante todo o período de vigência das novas concessões, levando em conta que ao menos parte da remuneração ao investidor privado (concessionária) estaria vinculada ao aporte de recursos pela União Federal, via lei orçamentária anual, para capitalização da VALEC.

Nesse contexto de sinalização, mas não efetivação, de uma profunda reforma regulatória, o CADE apreciou, em 2014, um ato de concentração consistente na incorporação da ALL - América Latina Logística S.A., empresa de serviços de transporte de cargas via modos rodoviário e ferroviário, pela Rumo Logística Operadora Multimodal S.A., empresa atuante

17 A lista das estatais dependentes dos aportes do Tesouro Nacional, ano-base 2016, está disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/160225_empresas-dependente-tesouro-nacional.pdf>. Acesso em: 6 de jul. 2016.

no mercado de serviços de logística multimodal para exportação de açúcar pelo Porto de Santos (Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65)¹⁸.

Sobre este caso, e apesar da reforma anunciada para o setor, a ANTT manifestou-se favoravelmente à operação, sem restrições. Todavia, a análise do CADE foi menos permissiva, condicionando o ato de concentração à celebração de Acordo em Controle de Concentração.

Sobre a questão do acesso às ferrovias, a Superintendência Geral considerou que a ALL é monopolista nas ferrovias que explora, o que, em conjunto com a baixa substituíbilidade entre os modos ferroviário e rodoviário, reforçaria a possibilidade de a empresa, fruto do ato de concentração, fechar o acesso das rivais aos mercados *downstream*, assim como a adoção de estratégias discriminatórias¹⁹.

No mesmo sentido, o relator do Acórdão entendeu que “o risco criado pela operação é que a nova companhia negocie condições mais favoráveis às empresas de seu próprio grupo econômico em detrimento tanto dos *players* que concorrem com ela nos mais diversos mercados afetados pela operação, quanto dos usuários em geral (...). A ALL/Rumo terá incentivos

18 De acordo com o relatório do Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 elaborado pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos C. de Araujo, “a ALL faz parte do Grupo ALL, que detém concessões ferroviárias que se estendem pelos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e fazem também conexão com a malha ferroviária da Argentina, totalizando, em território brasileiro, 12.900 km de extensão. A área de abrangência das concessões ferroviárias do Grupo ALL corresponde a aproximadamente 80% do PIB, sendo as ferrovias responsáveis pelo serviço a quatro dos principais portos brasileiros, permitindo o escoamento de parcela considerável da produção de várias *commodities* essenciais para o equilíbrio da balança comercial brasileira”.

19 “Com relação à probabilidade de exercício de poder de mercado, no que toca à integração vertical no mercado de açúcar, a SG considerou que o estímulo a fechar o acesso a concorrentes do Grupo Cosan seria diminuído caso existisse capacidade suficiente para transportar o açúcar dos concorrentes. Porém, tendo em vista tanto a expansão das atividades da Rumo no transporte ferroviário de cargas de terceiros, quanto a possível expansão de transporte de carga da Raizen [joint-venture entre Cosan e Shell], concluiu [a Superintendência Geral] pela existência de fortes indicativos de que a demanda do Grupo Cosan e de outros concorrentes por transporte ferroviário seria maior do que a ofertada pela ALL. Deste modo, ainda que houvesse investimentos e solução de problemas logísticos, as principais beneficiadas provavelmente seriam as cargas do Grupo Cosan e da Rumo, e não das concorrentes.” (Relatório, AC nº 08700.005719/2014-65).

tanto para privilegiar sua própria carga em um cenário de oferta de serviço insuficiente quanto para desfavorecer a carga de concorrentes para fortalecer sua posição de mercado”.

Outra questão considerada para a análise do caso, em virtude dos questionamentos realizados por terceiros, foi a possibilidade de discriminação nas “tarifas acessórias”, cobradas nas operações de tráfego mútuo para a realização de operações acessórias como carregamento, descarregamento, transbordo, armazenagem, pesagem e manobras. A ANTT, contudo, manifestou-se no sentido de que tal matéria escaparia à sua competência, visto que, de acordo com os contratos de concessão e o art. 17, §6º do Decreto nº 1.832 de 1996, essas tarifas são, em verdade, preços, pois livremente pactuada entre as partes. Todavia, há quem sustente que a ausência de regulação das tarifas acessórias é uma agravante, pois pode permitir que o teto tarifário, em determinadas condições, seja ultrapassado com razoável facilidade – a regra de acesso de tráfego mútuo (e não de direito de passagem) abre espaço para cobranças de taxas adicionais (Silva e Borges, 2007; Estache *et al*, 2001; Pompermayer, 2012).

Outra questão levantada foi a possibilidade de discriminação na qualidade de prestação do serviço, quando envolver cargas de concorrentes dos detentores da infraestrutura. Assim, tais colocações levaram ao seguinte entendimento por parte do relator: “o conceito de ‘fechamento de mercado’, em uma análise antitruste mais acurada, não pode ser visto como necessariamente a saída de concorrentes do mercado afetado. Basta que esses concorrentes fiquem em posição tal que sua capacidade de concorrer se torne menos afetiva, diminuindo-se os níveis de concorrência, para se constatar um efeito exclusionário, o que geraria impactos significativos às várias cadeias produtivas afetadas pela operação”.

A ANTT argumentou que a operação não resultaria em risco ao adequado funcionamento do mercado ferroviário, em razão da existência de proteções normativas regulatórias, especialmente a Resolução nº 3.694/2011, que regula o usuário dependente, e

a Resolução nº 3.694/2011, que prevê a possibilidade de requerimento de medida cautelar²⁰.

Todavia, apesar do arcabouço normativo apontado pela ANTT, apto a coibir condutas anticompetitivas, os usuários do transporte ferroviário que se apresentaram como terceiros interessados no âmbito do processo relataram questionamentos acerca da eficácia desses mecanismos. Sobre este aspecto, o relator se manifestou no sentido de que “não se pode prescindir do controle de estruturas sob o argumento da possibilidade de repressão *a posteriori* de eventuais condutas ilícitas, especialmente no caso de operações em que estão presentes diversos elementos que apontam no sentido da presença de incentivos para adoção de condutas discriminatórias, bem como da pronunciada dificuldade de apuração e monitoramento dessas condutas”. A operação foi aprovada pelo CADE mediante a imposição de remédios, para fins de manutenção do ambiente concorrencial²¹.

Todavia, o processo de reforma regulatória pretendido pelo PIL I não restou incólume aos desafios de produção e implementação da nova política regulatória. Durante cerca de três anos, nem sequer 1 dos 11.000 km de linhas férreas pretendidos foi leiloado e, em 2015, o modelo foi aparentemente abandonado, tendo o Governo Federal retornado ao modelo verticalizado²².

20 Por meio deste instrumento, a Agência pode “de ofício ou por reclamação de qualquer interessado, determinar, em até cinco dias da ciência do fato (i) a cessação de prática lesiva ao direito do usuário; (ii) o restabelecimento da prestação de serviço de transporte; (iii) a alocação de outros meios para garantir que a carga chegue ao destino contratado em caso de dano iminente ao usuário; e (iv) a reposição ou o ressarcimento de carga perdida durante o transporte”.

21 O acordo visou estabelecer os seguintes mecanismos: (i) de desestímulo à discriminação – Critérios de Precificação; (ii) de desestímulo à venda casada – Separação de Contratos; (iii) de desestímulo ao fechamento de mercado – Garantia de investimentos de terceiros; (iv) de transparência à prestação do serviço – Painel de apuração do atendimento; (v) de desestímulos a condutas abusivas e de estímulos ao investimento em expansão da ferrovia; (vi) de desestímulo interno à adoção ou a condutas discriminatórias/exclusionárias – Governança Corporativa; (vii) de desestímulo externo à adoção ou a condutas discriminatórias/exclusionárias – Solução Arbitral; (viii) de desestímulo ao compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis – vedação ao *interlocking directorates*; (ix) de estímulo ao cumprimento das obrigações estabelecidas – cominação de penalidades.

22 Conforme esclarecido pela Secretária Executiva do Ministério dos Transportes, “os sete mil quilômetros de novas ferrovias previstos na segunda fase do Programa de Investimento em Logística (PIL 2), totalizando R\$86,4 bilhões em investimento, substituem integralmente a perna ferroviária do primeiro programa (PIL 1)”. (Santos, 2015, p. 60).

4.2. Programa de Investimento e Logística: Ferrovias II (PIL II)

A reforma de 2012 pretendia implementar um modelo regulatório de elevadíssima complexidade e talvez único no mundo, especialmente pela convivência entre concessões horizontais e verticais. O arranjo foi, desde o início, alvo de muitas dúvidas e críticas. Talvez o principal questionamento sofrido pelo modelo foi o de natureza fiscal/orçamentária, em relação à existência e disponibilidade dos recursos que seriam necessários para a compra da capacidade das novas concessões pela VALEC – especialmente por ser a estatal dependente de aportes financeiros do Tesouro Nacional e, por conseguinte, de segurança do retorno dos investimentos que viessem a ser efetuados pelos novos concessionários.

Além disso, a auditoria operacional realizada pelo TCU entre 22/07/2014 e 31/03/2015 (TC 019.059/2014-O) apontou que o processo de formulação do PIL I foi marcado por (i) ausência de institucionalização e formalização dos atos relativos ao programa; (ii) ausência de metas e indicadores de eficiência e efetividade; (iii) inexistência de motivação e de critérios objetivos a respeito da escolha do modelo de operação e da seleção e priorização dos trechos a serem concedidos; (iv) fragilidade no planejamento estratégico integrado do PIL a ferrovias com a malha ferroviária existente e com outros modais de transporte; (v) insuficiente grau de governança da política pública; e (vi) falta de documentos e estudos que permitam avaliação segura dos cenários desta política pública.

De fato, as alterações no modelo institucional ferroviário não foram discutidas de forma ampla com a sociedade e não parecem ter sido objeto de análise de impacto regulatório. Na auditoria, o TCU chegou a destacar a ausência de registros das principais decisões envolvidas no PIL I Ferrovias: “Os fundamentos técnicos e discussões que subsidiaram algum dos processos decisórios mais relevantes do Programa não foram explicitados em registros, estudos técnicos, pareceres, atas de reuniões ou quaisquer outros instrumentos formais”.

Assim, em março de 2015, foi noticiado que o programa de concessões ferroviárias, previsto na primeira etapa do PIL, havia esbarrado no processo de ajuste fiscal (Camarotto; Peres, 2015). Poucos meses depois, o Governo Federal anunciaria o PIL II, em que aparenta abandonar o modelo de 2012 e retornar ao de concessões verticais²³.

Segundo informações disponibilizadas no site do Ministério do Planejamento, o Governo Federal “poderá optar entre realizar os leilões por maior valor de outorga, menor tarifa ou compartilhamento de investimento. A escolha do modelo se dará de acordo com as características de cada ferrovia. Em todos os casos, haverá garantia de direito de passagem e tráfego mútuo”²⁴. É preciso ressaltar, entretanto, que a previsão legal do OFI permanece na legislação em vigor, embora não esteja claro que função terá essa figura no modelo verticalizado.

Ademais, na apresentação do PIL II, o Governo Federal declarou que alguns projetos já estariam em negociação com as concessionárias existentes, com relação à expansão da capacidade de tráfego, novos pátios, redução de invasões de faixas de domínio, construção de novas extensões e duplicações de linhas existentes, equipamento de sinalização e compra de material rodante. A contraprestação para esses investimentos seria a renovação antecipada dos contratos, tendo, inclusive, uma das concessionárias já protocolado na ANTT pedido de renovação da concessão (Ramos, 2015)²⁵.

Além da alteração quanto às novas linhas a serem licitadas, a grande mudança nesta segunda fase foi quanto ao modelo regulatório, que deverá permanecer verticalizado. O modelo apresentado em 2012 não estava blindado a questionamentos de nature-

23 Do ponto de vista normativo, seria um retorno, pois o PIL I, como visto, modificara profundamente o marco regulatório. Do ponto de vista positivo, no entanto, o PIL II representa mera manutenção do modelo de concessões verticalmente integradas em vigor desde o processo de desestatização dos anos 1990.

24 Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/programa-de-investimento-em-logistica-pil/ferrovias>. Acesso em: 10 maio 2016.

25 O contrato original tem término em 2026 e a concessionária pretende extensão até 2056.

za fiscal/orçamentária em relação à compra da capacidade total das novas concessões, que seria realizada pela VALEC. A necessidade de a VALEC ter recursos líquidos disponíveis para honrar suas obrigações contratuais ante os concessionários apresentou-se como um risco ao investimento privado, visto que, em tese, as receitas próprias da estatal não seriam suficientes para cobrir o pagamento das novas concessionárias, havendo a necessidade de aporte de recursos pela União, via lei orçamentária anual.

Merece atenção o fato de que, em que pese o governo central ser o responsável por coordenar e liderar o processo de política pública, no Brasil e América Latina os ministros da Fazenda costumam ser particularmente fortes em questões envolvidas nesse processo, o que não é por princípio um problema. Todavia, segundo diagnóstico do Banco Mundial, essa característica determina que as políticas públicas na região tenham um respaldo predominantemente fiscal, comparado ao amplo intuito de interesse público a que deveriam servir essas políticas (Banco Mundial, 2010). E este parece ter sido, ao menos em parte, o caso do setor ferroviário brasileiro, visto que o abandono do modelo regulatório pretendido com o PIL I e o retorno ao modelo verticalizado, sem estudos respaldando nem a primeira nem a segunda decisão, não parecem ter privilegiado análises de impacto regulatório com clara definição de problema, possibilidade, riscos, ganhos e custos.

5. A manutenção do modelo dos anos 1990 e o estoque regulatório

Em face do acima exposto, cabe uma reflexão sob a perspectiva de reforma regulatória, visto que o PIL II, um plano setorial apresentado em 2015, aponta para um “retorno” à política inaugurada nos anos 1990, sem que, aparentemente, tenham sido elaborados estudos, realizadas discussões públicas ou análises sobre os custos e benefícios de tal modelo e sua aderência ou não à realidade do país.

Essa assertiva, se comprovada verdadeira, aponta para um processo decisório tão problemático quanto aquele realizado na primeira etapa do programa. Manter o modelo anterior sem respaldo em estudos que o atualize e justifique sua permanência não chega a ser uma política setorial deficiente, porque é a ausência de política pública estruturante. A situação é especialmente agravada por se tratar de decisão influenciada pela execução de um ajuste fiscal que dificilmente perdurará por toda a vida dos novos contratos de concessão, que costumam variar entre duas e três décadas. Trata-se de se pensar, portanto, em um arranjo setorial para além das necessidades de curto e médio prazos.

Além disso, a experiência com o PIL I deixa para o setor um considerável espólio normativo, revelando uma incongruência regulatória oriunda da reforma iniciada, mas não acabada, somada à ausência de revisão de estoque regulatório, o que parece levar a uma estrutura normativa heterogênea e, por vezes, contraditória, em vez de estruturante. Há um claro descompasso entre a estrutura normativa em vigor e as sinalizações do Governo ao setor.

Conforme visto, para a reforma pretendida em 2012 foram editadas normas, institutos e regras, cuja aplicação não parece ser totalmente compatível com o arranjo verticalizado em vigor e reiterado pelo PIL II. Esses são (i) a política de livre acesso ao subsistema ferroviário federal, prevista no Decreto nº 8.129/2013, ainda em vigor; e (ii) a figura do OFI, prevista na Lei nº 10.233/2001 e regulamentada pela ANTT. A agência reguladora, inclusive, já autorizou a Tora Logística Armazéns e Terminais Multimodais S/A a atuar como OFI (Res. nº 5.027/2016) – que, segundo a resolução do OFI, poderá prestar serviços em qualquer trecho do Subsistema Ferroviário Federal.

Além disso, foi também por meio do Decreto nº 8.129/2013 que a VALEC foi autorizada a comprar toda a capacidade da malha ferroviária federal concedida após a edição do decreto, para fins de implementação da política de livre acesso – atuando

do como monopsonista e monopolista. Merece especial atenção o parágrafo único do art. 1º desse decreto, o qual determina que as concessões de infraestrutura ferroviárias serão outorgadas de acordo com as seguintes diretrizes:

- (i)** separação entre as outorgas para exploração da infraestrutura ferroviária e para a prestação de serviços de transporte ferroviário;
- (ii)** garantia de acesso aos usuários e operadores ferroviários a toda malha integrante do Subsistema Ferroviário Federal;
- (iii)** remuneração dos custos fixos e variáveis da concessão para exploração da infraestrutura; e
- (iv)** gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal pela VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., inclusive mediante a comercialização da capacidade operacional de ferrovias, próprias ou de terceiros.

Essas previsões, somadas à já concreta autorização do primeiro OFI, levantam dúvidas sobre se os OFIs autorizados pela ANTT irão negociar o seu direito de passagem diretamente com as concessionárias ou com a Valec. A leitura do arcabouço normativo em vigor parece orientar para o entendimento de que o OFI deverá negociar seu direito de passagem com a Valec, já que à estatal caberia o gerenciamento da capacidade de transporte do Subsistema Ferroviário Federal na reforma de 2012²⁶.

26 - Veja-se a redação do art. 24 da Resolução nº 4.348/2014, que regulamenta a atividade do OFI: Art. 24. São atribuições da VALEC, nos termos dos Decretos nº 8.129, de 23 de outubro de 2013 e nº 8.134, de 28 de outubro de 2013 e da Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008:

I – planejar, administrar e executar os programas de exploração da capacidade de transporte das ferrovias das quais detenha o direito de uso e executar a política de livre acesso ao Subsistema Ferroviário Federal – SFF, em conformidade com as diretrizes do Ministério dos Transportes;

II – adquirir o direito de uso da capacidade ociosa das concessionárias verticais, por meio de Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso da Capacidade Ociosa, para posterior cessão do direito de uso de capacidade de tráfego ao OFI;

III – adquirir o direito de uso da capacidade operacional das concessionárias horizontais para posterior cessão do direito de uso de capacidade de tráfego ao OFI;

IV – acompanhar a demanda por transporte ferroviário de cargas e o uso da capacidade operacional da malha ferroviária;

(...)

VII – celebrar com o OFI o Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso de Capacidade de Tráfego e celebrar o Contrato de Cessão Onerosa do Direito de Uso de Capacidade Ociosa com a concessionária vertical;

Todavia, se as concessões verticais serão mantidas, seja através da concessão de novas linhas, seja pela renovação de contratos de concessão existentes, as previsões do decreto de 2013 são aplicáveis às concessões que venham a ser renovadas? Com a manutenção do modelo de integração vertical, por que se colocaria a Valec como intermediária? E, ainda, continuará o direito de passagem a ser possível apenas em casos de capacidade ociosa? Quem fará a gestão dessa capacidade ociosa: as concessionárias, a VALEC ou a ANTT? Ademais, o arranjo tarifário previsto na resolução da ANTT para o OFI é bastante distinto do modelo de teto tarifário previsto nos contratos de concessão verticalizada e no decreto de 1996. Como será o funcionamento de dois sistemas distintos de cobrança de tarifas? Não há clareza em relação a regras e quanto ao arranjo institucional setorial que atualmente vigora.

Diante dessa situação, reitera-se a importância da adoção de um sistema periódico de análise e revisão de estoque regulatório, refletindo os objetivos previstos pela política regulatória (Daychoum e Vêras, 2016). E, claro, a necessidade da existência de uma política regulatória clara e objetiva, que poderia ser capitaneada pela ANTT.

Essa é, inclusive, uma das recomendações da OCDE (2012), que sugere a publicação periódica de relatórios sobre o desempenho da política regulatória e dos programas de reforma, verificando-se a necessidade de ajustes ou revisões, incluindo a revogação de textos normativos em desuso, obsoletos ou mesmo incompatíveis com reformas regulatórias posteriores. Tal avaliação é necessária para se verificar se as regulações existentes são efetivas, eficientes, consistentes e coerentes. Talvez a mais importante lição dos últimos anos tenha sido a compreensão de que

VIII - colaborar com a fiscalização da exploração da infraestrutura ferroviária e da prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, inclusive, caso celebrado convênio de delegação com a ANTT, realizando os atos materiais de apoio à atividade fiscalizatória da ANTT; e

IX - propor à ANTT e ao Ministério dos Transportes a ampliação, expansão e/ou melhoria da infraestrutura ferroviária de modo a assegurar a adequabilidade e competitividade do transporte ferroviário de cargas.

o desenvolvimento de uma efetiva política regulatória é um processo evolucionário e, por isso, constante, que envolve um amplo espectro de questões e, por isso, multidisciplinar (OCDE, 2010).

Nesse sentido, as mudanças sofridas pelo setor ferroviário nos últimos anos sugerem fortemente a necessidade de uma ampla análise do estoque regulatório em vigor, para que se gere segurança e confiança jurídica aos investidores, permitindo-se a atração de recursos a serem investidos na ampliação da malha a taxas de retorno que sejam condizentes com a modicidade tarifária e com o retorno adequado ao investimento realizado, especialmente para o desenvolvimento de uma política regulatória sólida para o setor.

6. Conclusão

Recentemente, o setor ferroviário brasileiro apresentou uma tentativa de reforma regulatória combinada com um plano de novos investimentos para expansão da malha. Essa reforma previa alterações no marco regulatório aplicável ao setor, visando à inserção da concorrência intramodal por intermédio de um arranjo de *unbundling* singular.

A proposta enfrentou bastante resistência, tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, tendo sido, inclusive, diagnosticado pelo TCU o baixo grau de institucionalização adotado no processo. Com o abandono do PIL I e o lançamento do PIL II em 2015, o Governo Federal parece ter abandonado o projeto anunciado em 2012, retornando ao modelo inaugurado nos anos 1990 com as desestatizações.

Esse modelo da década de 1990, e que ainda vigora, no que se refere ao compartilhamento de infraestrutura, privilegiou o tráfego mútuo em detrimento do direito de passagem. Como em qualquer experiência, esse arranjo encontrou suas próprias limitações, não só quanto à concorrência intramodal mas também quanto à baixa interpenetração da malha, dificultando as operações de transporte de longa distância justamente onde o modal ferroviário é mais eficiente. Identificaram-se, também, algumas dificuldades operacionais impostas pela regra do tráfego

go mútuo, como o custo, a agilidade na operação, a interdependência entre as concessionárias para o atingimento de novos mercados e a mitigação da possibilidade de apropriação das economias de rede.

Por sua vez, a tentativa de reforma do marco regulatório aplicável ao setor em 2012, que tinha por objetivo conferir uma resposta aos problemas do modelo de 1990, esbarrou em diversos equívocos, culminando no abandono da reforma, ao menos formal. Todavia, não se pode negligenciar que alterações cruciais no arcabouço regulatório do setor foram realizadas, deixando um “espólio” normativo da reforma não concluída, podendo gerar insegurança jurídica e desencadear falhas regulatórias.

É possível que o próprio funcionamento do setor permita a superação das dúvidas e questões aqui levantadas. No entanto, o que se sugere é que o regulador atue de forma proativa, de modo a orientar o mercado acerca da permanência ou não em vigor de institutos e normas criados para ser o arcabouço da abandonada reforma de 2012.

Fato é que a situação pela qual passa a regulação ferroviária brasileira enseja preocupação pela falta de nitidez, tanto em relação ao marco regulatório quanto em relação ao regime de competências. Do ponto de vista normativo, aparece como imperiosa a revisão do estoque regulatório e fortemente recomendável a edição de uma lei setorial que, após amplo debate com os *stakeholders*, informe com clareza os princípios fundamentais que regerão o setor, comunicando sobre as características gerais das participações estatal e privada, bem como garantindo livre e justa competição entre os agentes, com respeito aos contratos firmados e promovendo segurança jurídica.

Dessa forma, os próximos 20 anos de concessões ferroviárias poderão avançar no sentido meritório de uma matriz logística mais balanceada para o país, enfatizando-se o modal ferroviário em atenção à sua segurança, reduzido custo e eficiência ambiental.

Referências Bibliográficas

ANDRADE DE PAULA, Dilma. Estado, sociedade civil e hegemonia do rodoviarismo no Brasil, **Revista Brasileira de História da Ciência**, v.3, n.2, Rio de Janeiro, jul-dez./2010, p. 142-156.

BANCO MUNDIAL. **Federal Railways Restructuring and Privatization Project**. Report nº. 25241. 2003. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2003/05/28/000012009_20030528100246/Rendered/PDF/25241.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Public Sector and Governance Unit, Poverty Reduction and Economic Management Department, Latin America and the Caribbean. **The practice of Policy-Making in the OECD: Ideas for Latin America**. World Bank: Washington, DC, 2010.

BECK, Arne; BENTE, Heiner; SCHILLING, Martin. Railway efficiency – an overview and a look at opportunities for improvement, **International Transport Forum – OECD**, Discussion Paper n. 2013 – 12, may, 2013. Disponível em: <<http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201312.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Ferrovias: privatização e regulação, **Informe Infra-Estrutura: área de projetos de infra-estrutura**, n. 44, mai. 1999.

BRAGA, José Carlos; AGUNE, Antonio. **Os Transportes na Política Econômica**: Brasil – 1956/1979. São Paulo: FUNDAP/CLACSO, 1979.

CAMAROTTO, M.; PERES, L.. Ajuste põe em risco concessões de ferrovias. **Jornal Valor Econômico**, 30, mar. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3982266/ajuste-poe-em-risco-concessoes-de-ferrovias>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; PÊGO FILHO, Bolívar; ROMMINGER, Alfredo Eric; FERREIRA, Iansã Melo; VASCONCELOS, Leonardo Fernandes Soares. Gargalos e demandas da infraestrutura ferroviária e os investimentos do PAC: mapea-

mento IPEA de obras ferroviárias. **Texto para Discussão nº 1465**, IPEA, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2670/1/TD_1465.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

CARVALHO DE OLIVEIRA, Ricardo Wagner. **Direito dos Transportes Ferroviários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTILLO, Ricardo; VENCOVSKY, Vitor Pires; BRAGA, Vanderlei. Logistics and intensive agricultural in the Cerrado: the new Brazilian railroad system, **TERRÆ**, n.8, V. 1-2, 2011, p. 19-25. Disponível em: <<http://www.ige.unicamp.br/terrae/V8/PDF-N8/Ricardo%20Castillo.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CASTRO, Newton de. Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 34, n. 5, 2000.

CNT - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES. **Pesquisa CNT de Ferrovias 2011**. Brasília: CNT, 2011.

_____. **Transporte e economia: o sistema ferroviário brasileiro**. Brasília, 2013.

DAYCHOUM, Mariam T.; PRADO, Luiz C. D.. Estado e Regulação no Processo de Desestatização do Setor Ferroviário Brasileiro: Uma Breve História do Transporte Ferroviário de Cargas - 1992-2008. **Draft Paper, V Congresso Latinoamericano de História Econômica**, 2016.

_____; VÉRAS, Rafael. Do processo normativo. In: GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia. **Processo Administrativo nas Agências Reguladoras: uma proposta de disciplina legislativa**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

DEUTSCHE BAHN, **Integrated Report**, 2014. Disponível em: <http://www1.deutschebahn.com/file/ecm2-db-en/1503130/4s-4ZZTkZG2sxSZj3Fb2LNqvbcMQ/9252498/data/ib2014_dbkonzern_en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DOS SANTOS, S. **Transporte Ferroviário: história e técnicas**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

ESTACHE, Antonio; GOLDSTEIN, Andrea; PITTMAN, Russell. Privatization and regulatory reform in Brazil: the case of freight railways, **Journal of Industry, Competition, and Trade**, v. 1, n. 2, 2001, p. 203 – 235.

FARIAS, Hélio Caetano. **O BNDES e as Privatizações no Uso do Território Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à UNICAMP – Instituto de Geociências, Departamento de Geografia. Professora Orientadora Dra. Adriana Bernardes da Silva. 2008.

FERREIRA, Tiago Toledo; AZZONI, Carlos Roberto. Instituições e infraestrutura: bases teóricas e evidências para o Brasil. **Planejamento de Políticas Públicas**. n. 36. jan./jun., 2011. Brasília: IPEA.

GALVÃO, Olímpio. Desenvolvimento dos transportes e integração regional no Brasil – uma perspectiva histórica. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 13, jun./1996.

GAUTIER, Axel; MITRA, Manipushpak. Regulation of an open access essential facility. **Economica, The London School of Economics and Political Science**, v. 75, nov. 2008, p. 662-682.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Resolução n. 01, de 15 de janeiro de 2013**, DOU n. 16 de 23/01/2013.

LACERDA, Sander Magalhães. O Transporte Ferroviário de Cargas. In: BNDES. **BNDES 50 anos** – Histórias Setoriais. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Publicacoes/Paginas/livro_bndes_setorial.html>. Acesso em: 21 jun. 2016.

LAPERROUZA, Marc. Reforming Railways. In: FINGER, Matthias; KÜNNEKE, Rolf W. (Ed.). **International Handbook of Network Industries: the liberalization of infrastructure**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

LEFF, Nathaniel H. Economic Development in Brazil, 1822 – 1913. In: HARBER, Stephen (Ed.). **How Latin America fell behind: essays on economic histories of Brazil and Mexico, 1800-1914.** Standford: Standford University Press, 1997.

MARQUES, Sergio de Azevedo; ROBLES, Leo Tadeu. Reestruturação financeira e institucional do subsector ferroviário. In: REZENDE, Fernando; BRUGINSKI DE PAULA, Tomás (Coord.). **Infra-estrutura: perspectivas de reorganização; transportes.** Brasília: IPEA, 1998.

MT – Ministério dos Transportes. **Plano Nacional de Logística e Transportes: Sumário executivo.** Brasília, 2007.

_____. **Plano Nacional de Logística e Transportes: Sumário executivo (revisão).** Brasília, 2011.

_____. **Projeto de reavaliação de estimativas e metas do PNLT: Relatório final.** Brasília, 2012.

_____. Série Histórica Investimentos/Inversões Financeiras – Demais e PAC. 2016. Disponível em: http://www.transportes.gov.br/images/SPO_REL_ORCAMENTARIO/SITE__Investimento_e_Inversão_-_Fechado.pdf Acesso em: 10.02.2017

NARCISO DE LACERDA, Guilherme; SCHIPMANN DE LIMA, Leopoldo. Ferrovias e o desenvolvimento nacional. In: LACERDA, Guilherme; GURGEL, Antonio; WALKER, José Roberto. **Ferrovia: um projeto para o Brasil.** São Paulo: Contexto Jornalismo & Assessoria, 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes.** São Paulo: Dialética, 2006.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The essential facilities concept.* Paris, 1996. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. **Regulatory policy and the road to sustainable growth**. Draft Report, 2010.

_____. **Recomendações do conselho sobre política regulatória e governança**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____; ITF - International Transport Forum. **ITF Transport Outlook**. OECD, 2015.

ORTIZ, G. A.. **Principios de Derecho Público Económico**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

PASTORI, Antonio. A inovação tecnológica “verde” e seus possíveis efeitos na matriz de transportes do Brasil – considerações sobre o veículo de levitação magnética supercondutora (Maglev-Cobra). **BNDES Setorial**, n. 31, mar. 2010. p. 321 – 352.

PINHEIRO, Armando Castelar. A nova reforma regulatória do setor ferroviário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio Roberto. **Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005.

PIRES, Fernanda. Estudo tenta viabilizar trecho ocioso, **Jornal Valor Econômico**, 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4299820/estudo-tenta-viabilizar-trecho-ocioso>>. Acesso em: 17 nov. 2015

POMPERMAYER, Fabiano M.; CAMPOS NETO, Carlos A. S.; SOUSA, Rodrigo Abdala S. **Considerações sobre os marcos regulatórios do setor ferroviário brasileiro – 1997-2012**. Nota Técnica nº 6, IPEA, 2012. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/121206_notatecnicadiset06.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

RAMOS, Murilo. MRS protocola pedido de renovação de concessão ferroviária. **Época**, 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://>

epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia/2015/11/mrs-protocola-pedido-de-renovacao-de-concessao-ferroviaria.html>. Acesso em: 29 jun. 2016.

RITTNER, D.. Modelo de concessões de ferrovias não tem amparo legal, adverte TCU. **Jornal Valor Econômico**, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3264408/modelo-de-concessoes-de-ferrovias-nao-tem-amparo-legal-adverte-tcu>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. Regulatory Reform in the Brazilian Railway Sector and its Potential Effects. **Draft Paper, Law & Society Annual Conference**, 2015a.

SANTOS, Chico. Financiamento e transparência são os desafios, **Conjuntura Econômica**, V. 69, n. 11, nov./2015, p. 52-64.

SILVA, Eduardo Fernandez; BORGES, Rodrigo César Neiva. **Política de preços para as concessionárias ferroviárias brasileiras**. Câmara dos Deputados. Estudo Junho 2007. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

STATISTA – Statistics Portal. **20 countries with the highest rail network density (as of 2009)**, 2015. Disponível em: <<http://www.statista.com/statistics/268159/20-countries-with-the-highest-rail-network-density/>>. Acesso em: 10 maio 2016.

VENCOVSKY, Vitor Pires. Sistema ferroviário pós-privatização. Implicações para a organização e o uso do território brasileiro, **Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina, Universidade de São Paulo**, 2005. p. 1655 – 1670.

VILLAR, Leandro Badini; MARCHETTI, Dalmo dos Santos. Dimensionamento do Potencial de Investimentos: setor ferroviário. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 24, set. 2006, p. 261-290. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2409.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

HISTÓRIA E DESAFIOS
**DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS
NO BRASIL**

Luiz Antonio Ugeda Sanches
Bruno Carlos Gontijo Cardoso

Assunto prioritário nas agendas do governo federal, da imprensa, do empresariado e da academia brasileira, as rodovias brasileiras são um requisito fundamental para alcançar e manter a competitividade nacional e internacional. Se por um lado os cidadãos se utilizam delas, por meio de veículos, como um dos meios possíveis para exercer seus direitos de ir e vir, elas são um importante componente da estrutura econômica, uma vez que servem como eixos estruturantes e canalizam a produção agrícola e industrial, bem como a estrutura de prestação de serviços do país. É uma infraestrutura indispensável para fomentar o rápido avanço do comércio exterior, bem como dos investimentos externos, tais como exportação de grãos e minérios.

Para tanto, será demonstrado abaixo, de forma programática, um rápido histórico das políticas públicas em rodovias no Brasil, o estágio atual da governança regulatória na União e nos estados, bem como uma visão de futuro, que permita vislumbrar possíveis aprimoramentos do modelo econômico setorial.

1. Breve histórico do sistema rodoviário brasileiro

Diferentemente das ferrovias, que tiveram seu auge no Brasil no século XIX, é comumente atribuído ao advogado e historiador carioca Washington Luís o início da política pública em rodovias no Brasil. Ao tomar posse como presidente da República em 15 de novembro de 1926, decorrente de eleições diretas, sua plataforma eleitoral foi pautada em uma espécie de refraseamento do lema do presidente Afonso Pena, em que repetia, como se uma espécie de mantra fosse, que governar seria mais do que povoar, mas abrir estradas, pois não se povoa sem abrir estradas. Sua gestão se notabilizou pelo fim do estado de sítio e pela construção de rodovias, principalmente a Rio-São Paulo e Rio-Petrópolis, sendo esta última um marco na engenharia civil brasileira, inauguradas em agosto de 1928, bem como pela criação do Fundo Especial para a Construção e Conservação de Estradas de Rodagem, ocorrida um ano antes, em 1927, caracterizando imposto adicional sobre os combustíveis e veículos importados.

A partir deste conceito, praticamente todos os presidentes que o sucederam implementaram modelos de expansão das rodovias como elemento indissociável da integração nacional e do desenvolvimento econômico e social. Como exemplo, em 1934, o presidente Vargas criou o Plano Geral Nacional de Viação - PGNV e em 1937 criou o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, que formularia a política nacional de transportes. Era, de fato, a primeira experiência regulatória setorial no país. Em 1944, em plena Segunda Grande Guerra (1939-1945), com o país sofrendo contingenciamento de combustíveis e com malfadadas políticas públicas, como foi o caso do gasogênio, foi criado o Plano Rodoviário Nacional - PRN que tinha como objetivo principal manter a integridade territorial, utilizando-se do setor de rodovias para cumprir com esta função de segurança, concomitante a viabilização de diretrizes para que o DNER pudesse cumprir.

Após o complexo ano de 1945, em que o mundo viu o término da Segunda Grande Guerra, conheceu a bomba atômica e o Brasil depôs Getúlio Vargas, em 29 de outubro, toma posse o jurista cearense José Linhares, que exerceu a Presidência por convocação das Forças Armadas, por ser Presidente do Supremo Tribunal Federal - STF. Ficou no cargo por quase 100 dias. Neste período, foi possível reorganizar o DNER e criar o *Fundo Rodoviário Nacional - FRN*, por força do Decreto-Lei nº 8.463, de 27 de dezembro de 1945. Era uma rápida resposta governamental a uma demanda que crescia exponencialmente, a de rodovias eficientes e combustíveis módicos, em um ambiente pós-guerra. O preâmbulo deste documento reflete com clareza o espírito daquela época.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e

Considerando que a estrada de rodagem, graças ao grau de perfeição já atingido pelo automóvel, representa hoje elemento de fundamental importância no sistema de viação interna de qualquer país;

Considerando que à União compete prover ao estabelecimento, conservação e melhoramento progressivo das estradas de rodagem de interesse geral, o que, se em muitos casos poderá resultar da coordenação racional da ação dos Estados, em muitos outros exigirá a ação direta do Poder Central;

Considerando que à União interessa estimular a obra rodoviária dos Estados e, por meio destes, a dos Municípios;

Considerando que os Congressos Nacionais de Estradas de Rodagem e o 1º Congresso Geral de Transportes recomendaram ao Govêrno que se conferisse autonomia financeira e administrativa ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem;

Considerando que a autonomia financeira é condição indispensável da autonomia administrativa, e consiste essencialmente em destinar determinadas rendas ou cotas de rendas à aplicação exclusiva a determinado serviço;

Considerando que o desenvolvimento rodoviário do Brasil, é, graças à imensidade do território pátrio, um trabalho gigantesco a desafiar a energia realizada de muitas gerações;

Considerando que o regime de autonomia deve ter como corolário o da efetiva responsabilidade do pessoal encarregado da execução do serviço;

Considerando que a autonomia administrativa do Departamento não pode ser absoluta, mas deve enquadrar-se dentro de normas gerais previamente traçadas para as suas diversas atividades;

Considerando as atinências do problema rodoviário com os interesses da defesa nacional, e

Considerando tudo o mais que lhe representou o Ministro de Estado dos Negócios da Viação e Obras Públicas,

DECRETA: (...)

Com as novas eleições, toma posse o marechal matogrossense Gaspar Dutra, que buscava cumprir sua principal promessa de campanha: implementar o Plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia). Com esta visão, ele outorga o Decreto-Lei nº 9.210, de 29 de abril de 1946, que fixa normas para a uniformização da cartografia brasileira, necessária para realizar trabalhos de levantamento geodésico, topográfico e cartográfico, imperativos para a expansão da malha viária. O presidente Dutra promulga a Constituição de 1946 com previsão expressa sobre o Plano Nacional de Viação¹ e inaugura, em 1951, a BR-2, então denominada “Nova Rodovia Rio-São Paulo”, fruto de uma grande modernização nas técnicas de engenharia, que após seu falecimento receberia seu nome, se transformando na “Rodovia Presidente Dutra”.

A história das rodovias e a do petróleo passa cada vez mais a convergir, haja vista que esta anima aquela, seja para a produção de cimento asfáltico, seja para alimentar os motores dos veículos. Com o retorno de Vargas a presidência, em 31 de janeiro de 1951, agora pela via democrática, além da preocupação com a infraestrutura houve a concepção e implementação de mecanismos econômicos para desenvolvimento do país, notadamente a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE)², a limitação em 8% do total dos lucros de empresas estrangeiras para o país de origem³ e a criação da Petrobras⁴.

Assume em 1956, por eleições diretas, o médico mineiro Juscelino Kubitschek, que apresenta o Plano de Metas, que se

1 Art. 5º. Compete à União: [...] X - estabelecer o plano nacional de viação; [...].

2 Pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, que permitiu ao país contar com uma estrutura formuladora e executora da política nacional de desenvolvimento econômico, imprescindível para possibilitar a industrialização por viabilizar recursos financeiros em longo prazo em um momento no qual o sistema financeiro nacional apenas operava com empréstimos em curto prazo. Logo, equacionava-se como o país seria industrializado.

3 Pelo Decreto nº 30.363, que dispunha sobre o retorno de capital estrangeiro, limitando-o a 8% do total dos lucros de empresas estrangeiras para o país de origem. Esse instrumento normativo possibilitou que a base fiscal fosse o grande motor da expansão que o setor elétrico experimentou nas décadas seguintes, de forma que a tarifa foi deixada de lado, fato que tornou precária a situação da iniciativa privada frente a uma intervenção pública cada vez mais estruturada.

4 A Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo, definiu as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A., doravante denominada Petrobras, empresa pela qual a União passaria a exercer o monopólio estatal do petróleo previsto na Lei, abrangendo exploração, produção, refino e transporte do petróleo no Brasil.

constituía em 30 metas divididas em cinco setores: energia, transportes, alimentos, indústrias de base e a construção de Brasília. Havia a manifestação de se crescer “50 anos em 5” e, como elemento indissociável, seu Plano Rodoviário Nacional seria aprovado pela Lei nº 2.975, de 27 de novembro de 1956, por meio de uma legislação que alterava o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos. Em 1957, é inaugurada a Rodovia Rio-Belo Horizonte e as companhias automobilísticas Ford e General Motors passam a produzir veículos no Brasil, na região metropolitana de São Paulo, especificamente no ABC paulista. Assim, se consolidava o eixo Rio - São Paulo - Belo Horizonte como o berço da industrialização brasileira. Segundo o Ministério dos Transportes:

[...] foi a partir da segunda metade da década de 1950, com a expansão da indústria automobilística, que o transporte rodoviário realmente se consolidou no Brasil. Entre 1940 e 1970, a rede rodoviária foi expandida de 185 mil quilômetros para cerca de 1,5 milhão de quilômetros, aí incluídas as vias pavimentadas e as não pavimentadas. Por sua vez, nesse mesmo período, a rede ferroviária foi reduzida de 38 mil para cerca de 30 mil quilômetros, sendo que menos de 10% dessa rede estavam eletrificados (BRASIL, 2012, p. 12).

Após as turbulências dos governos Quadros e Goulart, o Regime Militar de 1964 instituiu um novo Plano Nacional de Viação por meio da Lei nº 4.592, de 29 de dezembro de 1964, que, em regras gerais, aprimorava uma visão integracionista do território nacional e continha dispositivo para que fosse revista a cada cinco anos. Este plano, retificado pela Lei nº 4.906, de 17 de novembro de 1965, foi substituído pelo Decreto-Lei nº 142, de 2 de fevereiro de 1967, que, apoiado no Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, criava metodologia de nomen-

clatura das rodovias⁵. Era um período de grande insegurança jurídica, dada as constantes alterações legais⁶.

Os anos seguintes foram pautados em um esforço de empreitada muito superior ao esforço de planejamento e de modelagem econômico-financeira. O setor de rodovias intensificava sua função de “atividade-meio” ao desenvolvimento nacional. Como exemplo, o presidente Médici cria o Programa de Integração Nacional, por força do Decreto nº 1.106, de 16 de junho de 1970, que em sua primeira etapa construiria, “imediatamente”, as rodovias Transamazônica e Cuiabá-Santarém. Seriam ainda reservadas, para colonização e reforma agrária, faixa de terra de até dez quilômetros à esquerda e à direita das novas rodovias para que, com os recursos do Programa de Integração Nacional, o governo pudesse executar a ocupação da terra e adequada e produtiva exploração econômica.

5 Art. 3º As rodovias relacionadas, constantes do Plano Rodoviário Nacional, são classificadas em:

- a) Radiais: as que irradiam da Capital Federal, em qualquer direção para ligá-las a capitais estaduais ou a pontos periféricos do País;
- b) Longitudinais: as que se orientam na direção Norte-Sul;
- c) Transversais: as que se orientam na direção Leste-Oeste;
- d) Diagonais: as que se orientam na direção Nordeste-Sudoeste Noroeste-Sudeste;
- e) Ligações: as que, em qualquer direção, ligam pontos importantes de duas ou mais rodovias para encurtamento do tráfego;
- f) Acessos: as que permitam o acesso a instalações federais de importância, às estâncias hidrominerais, a pontos de atração turística ou às principais terminais marítimas, fluviais, aeroviárias, ou ferroviárias constantes do Plano Nacional de Viação.

§ 1º Consoante a sua classificação, as rodovias serão assim numeradas:

- a) o símbolo “BR” para qualquer rodovia federal;
- b) ao símbolo, separado por um traço, segue-se um número de três algarismos assim constituídos:
 - o primeiro algarismo indicará a categoria da rodovia, isto é:
 - 0 (zero) para as radiais
 - 1 (um) para as longitudinais
 - 2 (dois) para as transversais
 - 3 (três) para as diagonais
 - 4 (quatro) para as ligações e acessos
 - Os dois outros algarismos indicarão a posição da rodovia relativamente a Brasília e aos limites, extremos do País (Norte, Sul, Leste, Oeste, NO, SO, NE e SE).

6 De maneira a exemplificar a precariedade da legislação àquela época, a Lei nº 5.356, de 17 de novembro de 1967, revogaria o Decreto-Lei nº 142, de 2 de fevereiro de 1967, que dispõem sobre o Plano Rodoviário Nacional, criando uma forma de repristinação do Direito brasileiro, ou seja, restabelecendo, em todos os seus termos, as disposições das Leis nº 4.592, de 29 de dezembro de 1964, e nº 4.906, de 17 de dezembro de 1965.

A Lei n. 5.917, de 10 de setembro de 1973, aprovaria o atual Plano Nacional de Viação com várias inovações, tais como inserir infraestrutura metropolitana e dar um tratamento federativo, ao prever que os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios elaborariam e reveriam os seus Planos Viários com a finalidade de obter-se adequada articulação e compatibilidade entre seus sistemas viários e destes com os sistemas federais de Viação, bem como a necessidade destes serem submetidos ao DNER para apreciação e posterior encaminhamento ao Conselho Nacional de Transportes.

O Plano Nacional de Viação de 1973, em que pese estar vigente, foi regulamentado apenas em 2005, pelo Decreto nº 5.621, de 16 de dezembro de 2005, situação que, por si só, demonstra um grande hiato no planejamento setorial. Durante sua vigência pré-Lei das Concessões, obteve tímidos avanços na modelagem econômica de desenvolvimento de rodovias, como foi o caso da concessão da Ponte Rio-Niterói, realizada pelo DNER em 1994; da Linha Amarela, realizada pelo município do Rio de Janeiro; e da Linha Azul, em que o governo do Estado de Santa Catarina pretendia atualizar o sistema viário de Florianópolis.

2. A governança regulatória e as atuais concessões rodoviárias⁷

A realidade do Brasil de Getúlio, de 50 milhões de habitantes, ou mesmo dos “90 milhões em ação” da Copa do Mundo de 1970, era radicalmente outra em 1990. No centro das alterações, estava a forte pressão demográfica e o alto nível migratório. O Brasil em 1990 tinha 130 milhões de habitantes. A industrialização na região Sudeste provocou um forte deslocamento populacional e a convergência de mão de obra, fato que ocasionou, dentre outros, significativa perda de qualidade dos serviços públicos prestados nas cidades, em paralelo ao alto nível de endividamento dos poderes públicos e de inflação descontrolada.

7 Referências extraídas de UGEDA SANCHES, 2011.

Como consequência houve um déficit habitacional histórico que produziu a conhecida proliferação de favelas nos grandes centros urbanos do país. A pós-modernidade se avizinhava, com o Estado enfraquecido ante a pluralidade de demandas sociais, que acabavam por pregar soluções como a desregulamentação, o exercício de interesses públicos por intermédio de organizações não governamentais e as concessões públicas.

Neste cenário, o conceito de serviço público, presente no art. 175 da Constituição Federal de 1988, origina-se em uma relação jurídica complexa. O Poder Concedente, por meio de ato regulamentar, fixa unilateralmente as condições de funcionamento, de organização e modo de prestação do serviço que será oferecida aos usuários, no qual o concessionário voluntariamente se insere abaixo dessa situação jurídica, com a garantia de que será preservada a equação econômico-financeira dessa relação. Como consequência, a prestação dessa atividade está fundada em um contrato que tem características exorbitantes do direito comum, como o caso da possibilidade de alteração unilateral do contrato, conforme exposto no § 2º do mesmo artigo⁸, decorrente do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Serviço público seria todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

[...] o Estado deve ter sempre em vista que o serviço público ou de entidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são, na feliz expressão de Brandeis, public servants, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público, ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público, e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí,

8 "Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro."

decorre o dever indeclinável de o concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado. (MEIRELLES, 2015, p. 297).

Em consonância com os conceitos acima, o instituto da concessão não transfere propriedade alguma do ente concedente à concessionária, tampouco se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. A concessionária passa a ser um ente delegado do Poder Concedente para executar o serviço que lhe é concedido, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeito à regulamentação e fiscalização deste último. Poder Público e concessionárias de serviço público passariam a se tratar por meio de uma relação invertida entre meio e fins, sendo o instituto da concessão o instrumento jurídico adequado para formalizar essa via de colaboração entre Estado e iniciativa privada (JUSTEN FILHO, 2003, p. 59).

[...] Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 610).

Nesse sentido, o Estado mantém os mecanismos para a obtenção de seu dever perante os cidadãos, que é a boa prestação do serviço. Uma vez que esse serviço é prestado por um terceiro (concessionário), por mera conveniência do Estado, este mantém em seu poder a faculdade de retomar do concessionário o exercício dessa atividade.

Dentro desta conceituação básica, foi publicada a Lei Geral das Concessões, de n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Logo em seu art. 2º, II, define o instituto da conces-

são de serviço público como a delegação da prestação de uma atividade, feita pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e prazo determinado.

Assim, a política tarifária torna-se um acordo, consubstanciado via contratual entre o Poder Concedente e o concessionário, de forma a garantir a contraprestação pelo serviço concedido. No momento de fixar essa tarifa, ou o preço do contrato, parte-se da prerrogativa de que a tarifa atende a todos os princípios que fundamentam o direito público. Uma vez fixada, pressupõe-se, por definição, que esta atende aos requisitos do direito público, tornando-se a principal diretriz da política tarifária, como se registrasse uma espécie de fotografia do início da concessão.

Em outra parte, no art. 14, prevê que toda concessão de serviço público será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. Em redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998, o julgamento da licitação deve considerar: (i) o menor valor da tarifa; (ii) a maior oferta; (iii) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (iv) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (v) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; (vi) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas; ou (vii) a combinação, dois a dois, dos itens i, ii e iii acima. A lei ainda estipula quais são as cláusulas essenciais do contrato de concessão, bem como a possibilidade de arbitragem para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

No tocante às responsabilidades, o Poder Concedente deve regulamentar, fiscalizar, intervir e extinguir, se necessário, a concessão, observado o princípio de Direito Administrativo.

Deve, ainda, declarar a necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; incentivar a competitividade; e estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

As concessionárias, por sua vez, devem prestar serviço adequado, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, prestar contas da gestão, cumprir e fazer cumprir as normas do serviço, permitir a fiscalização, promover as desapropriações, constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, e captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço. A lei ainda regulamenta a intervenção e a extinção da concessão.

Por seu turno, não há que se conceber um regime de outorgas sem uma estrutura que possa geri-las. Sob esse enfoque, as agências reguladoras, enquanto autarquias especiais destinadas a regular os serviços públicos que tiveram seus monopólios quebrados por força das Emendas Constitucionais de 1995, ganham notoriedade. Referente ao setor de rodovias, tanto a União quanto os estados promoveram estruturas regulatórias para enfrentar a questão.

No que concerne a União, pode-se notar como estrutura básica o Ministério dos Transportes⁹ e o Conselho Nacional de Política de Transportes (CONIT)¹⁰ enquanto representantes da administração pública direta e do Poder Concedente. Por sua vez, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)¹¹, concebida para regular e fiscalizar o setor de rodovias concedidas; o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT)¹², destinado a manter, ampliar, construir e elaborar estudos técnicos, e

9 Instituído e regulamentado pela Lei nº 10.683, de 2003.

10 Criado pela Lei n. 10.233, de 2001, e regulamentado pelo Decreto nº 6.550, de 2008.

11 Criada pela Lei n. 10.233, de 2001.

12 Criado pela Lei n. 10.233, de 2001.

a Empresa de Pesquisa e Logística (EPL)¹³, criada para estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento integrado de logística no país, interligando rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias, podem ser considerados como integrantes da administração pública indireta.

Há ainda diversos órgãos que atuam de forma complementar, mas não menos importante, como é o caso do Tribunal de Contas da União, Polícia Rodoviária Federal, Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), dentre outros, que interagem e interferem perante o setor de rodovias, criando regulamentações e fiscalizações indiretas, cada qual dentro de suas competências, que também precisam ser observadas.

Com esta complexa estrutura regulatória, operacionalizam-se as atuais concessões de rodovias federais, que podem ser divididas em três etapas, cada qual com um padrão de contrato distinto (GUERRERO *et al*, 2013), a saber:

a) Primeira Etapa: Ocorrida na segunda metade da década de 1990, anterior a toda a governança setorial atual, incluindo a própria Lei de Concessões de 1995. As licitações foram feitas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER com base na Lei de Licitações (n. 8.666, de 1993). Sob a ótica econômica, esta etapa é contemporânea à própria criação do Real, em um país com poucas reservas cambiais e com risco da volta da inflação. Os contratos tinham como características um perfil mais voltado para a realização de obras públicas, aliado ao baixo estímulo ao uso de receitas acessórias.

b) Segunda Etapa: Ocorrida entre 2007 e 2009, momento em que quase toda a governança setorial estava constituída, com exceção da existência da EPL. As licitações foram realizadas pela ANTT, em um cenário de crescimento econômico decorrente de anos de ajustes fiscais, uma política monetária mais robusta e com baixo risco-país. As tomadas de decisão eram precedidas de consultas e audiên-

13 Criada pela Lei n. 12.404, de 2011.

cias públicas, instrumentos que possibilitaram construir minutas de contrato mais condizentes com as necessidades do governo, dos investidores e dos usuários de serviços públicos. Os contratos tinham como características a consolidação do conceito de concessão, e não estritamente de obra pública, com alocação para o concessionário dos riscos associados à variação nos custos dos insumos, bem como a adoção de mecanismo de revisão periódica. Por outro lado, continuavam os poucos estímulos ao uso de receitas acessórias.

c) Terceira Etapa: Ocorrida em 2014, já contou com a EPL no exercício de suas funções e com a substituição do Ministério dos Transportes pela ANTT na elaboração dos editais de licitação e contratos de concessão. O cenário econômico, por sua vez, apresentava certo grau de desgaste em relação à Segunda Etapa. Sob a ótica técnica, houve inovações ao impor a necessidade de duplicação total dos trechos rodoviários concedidos em cinco anos; o mecanismo de gatilho de tráfego para execução de terceira faixa em trechos já duplicados; a previsão de alguns contornos de municípios, com possibilidade de a concessionária propor outros no lugar de uma travessia urbana; a reorganização e o aprimoramento das especificações do Programa de Exploração da Rodovia - PER, anexo aos contratos, tendo em vista inclusive propiciar melhor fiscalização da ANTT; dentre outros (CNI, 2014).

Em relação às concessões estaduais, alguns estados-membros também adotaram a concessão de trechos de suas rodovias como mecanismo de desenvolvimento de sua malha viária e melhoria dos serviços públicos de transporte aos usuários. Dentre estes programas, destacam-se o de São Paulo e o do Paraná, por estarem ativos desde a década de 1990 e terem sido implementados em grandes extensões, produzindo considerável volume de concessões e uma profícua experiência regulatória. Podem-se ilustrar com os seguintes exemplos, em ordem alfabética por estado:

a) Bahia: Programa iniciado em 20/03/2010, contém atualmente duas concessões que abrangem cerca de trezentos e noventa quilômetros concedidos e contratos vigentes até o ano de 2035.

O órgão regulador é a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA, criada pela Lei Estadual n.º 7.314, de 1998;

b) Espírito Santo: Programa iniciado em 22/12/1998, contém atualmente uma concessão que abrange cerca de sessenta e sete quilômetros concedidos e contrato vigente até 2023. O órgão regulador é a Agência Reguladora de Saneamento Básico e de Infraestrutura Viária do Espírito Santo - ARSI, criada pela Lei Complementar Estadual n.º 477, de 2008;

c) Mato Grosso: Programa iniciado em 15/07/2011, contém atualmente uma concessão que abrange cerca de cento e doze quilômetros concedidos e contrato vigente até 2046. O órgão regulador é a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso - AGER, criada pela Lei Estadual n.º 7.101, de 1999;

d) Minas Gerais: Programa iniciado em 13/06/2007, contém atualmente uma concessão que abrange cerca de trezentos e setenta e um quilômetros concedidos e contrato vigente até 2032. O órgão regulador é o próprio Poder Concedente, por meio da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais - SETOP, da administração direta do Governo do Estado de Minas Gerais;

e) Paraná: Programa iniciado em 14/11/1997, contém atualmente seis concessões que abrangem cerca de dois mil quatrocentos e noventa e cinco quilômetros concedidos e contratos vigentes até 2021. O órgão regulador é a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná - AGEPAR, criada pela Lei Complementar Estadual n.º 94, de 2002;

f) Pernambuco: Programa iniciado em 18/07/2011, contém atualmente duas concessões que abrangem cinquenta quilômetros concedidos e contratos vigentes até 2046. O órgão regulador é a Agência de Regulação de Pernambuco - ARPE, criado pela Lei Estadual n.º 11.742, de 2000;

g) Rio de Janeiro: Programa iniciado em 13/01/1997, contém atualmente três concessões que abrangem cerca de duzentos e vinte

quilômetros concedidos e contratos vigentes até 2037. O órgão regulador é a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP, criada pela Lei Estadual n.º 4.555/2005; e

h) São Paulo: Programa iniciado em 14/04/1998, contém atualmente quinze concessões que abrangem cinco mil e quatrocentos quilômetros concedidos e contratos vigentes até 2046. O órgão regulador é a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar Estadual nº 914, de 2002.

Ante esta construção setorial, baseada em um regime de concessões de rodovias, podem-se sintetizar as etapas federais e os programas estaduais como peças de um mesmo mosaico, no qual o país encontra o respaldo para o desenvolvimento econômico setorial.

Tabela 1 – Síntese das concessões de rodovias federais, estaduais e municipais no Brasil, em ordem alfabética pelo nome da concessionária

Concessionárias	Acionistas	Progr.	UF	Etapas (FED)	Ext. Km.	Rodovias
AB Colinas	AB Concessões e Consórcios	SP	SP		307	SP-075;SP-127;SP-280;SP-300;SPI-102/300
AB Nascentes das Gerais- PPP	AB Concessões e Consórcios	MG	MG		371	MG-050;BR-491;BR-265
AB Triângulo do Sol	AB Concessões e Consórcios	SP	SP		442	SP-310;SP-326;SP-333
AutoBan	CCR e Consórcios	SP	SP		320	SP-348;SP-330;SP-300;SPI-102;SPI-330
Autopista Fernão Dias	Arteris	FED	MG/SP	2ª	570	BR-381
Autopista Fluminense	Arteris	FED	RJ	2ª	320	BR-101
Autopista Litoral Sul	Arteris	FED	PR/SC	2ª	356	BR-116;BR-376;BR-101/SC
Autopista Planalto Sul	Arteris	FED	PR/SC	2ª	413	BR-116
Autopista Régis Bittencourt	Arteris	FED	SP/PR	2ª	402	BR-116

Autovias	Arteris	SP	SP		317	SP-255;SP-318;SP-330;SP-334;SP-345
Bahia Norte	Consórcios e/ou independentes	BA	BA		132	BA-093;BA-512;BA-521;BA-524;BA-526;-BA535 - Via Metropolitana Camaçari - Lauro de Freitas
Caminhos do Paraná	Consórcios e/ou independentes	PR	PR		406	BR-277;BR-373;BR-476;PR-427;PR-438
Cart	Invepar e consórcios	SP	SP		444	SP-225;SP-327;SP-270
Centrovias	Arteris	SP	SP		218	SP-310;SP-225
CLN	Invepar e consórcios	BA	BA		217	BA-099
Conc.de Rodovias Galvão BR/153 SPE	Queiroz Galvão	FED	GO/TO	3ª	625	BR-153 Anápolis (GO) - Aliança (TO)
Concebra	Triunfo e consórcios	FED	GO/MG	3ª	1.177	BR-060/DF; BR-153/GO/MG; BR-262/MG
Concepa	Triunfo e consórcios	FED	RS	1ª	121	BR-290/RS ;BR-116/RS
Concer	Triunfo e consórcios	FED	RJ/MG	1ª	180	BR-040
CRT	Invepar e consórcios	FED	RJ	1ª	143	BR -116/RJ
Eco 101	Ecorodovias e consórcios	FED	ES	3ª	476	BR-101/ES
Ecocataratas	Ecorodovias e consórcios	PR	PR		459	BR-277;PR-874;PR-590;PR-180;PR-474
Econorte	Triunfo e consórcios	PR	PR		341	BR-369;BR-153;PR/323;PR-445;PR-090
Ecopistas	Ecorodovias e consórcios	SP	SP		135	SP-070;SP-019;SP-099;SPI-179/060;SPI-035/056
Ecoponte	Ecorodovias e consórcios	FED	RJ	3ª	23	BR 101/RJ
Ecosul	Ecorodovias e consórcios	FED	RS	1ª	457	BR -116/RS; BR-392
Ecovia	Ecorodovias e consórcios	PR	PR		175	BR-277;PR-508;PR-407;PR-804;PR-408;PR-411
Ecovias	Ecorodovias e consórcios	SP	SP		177	SP-150;SP-160;SP-041;SP-059;SP-055;SP-248/055
Intervias	Arteris	SP	SP		376	SP-147;SP-191;SP-215;SP-330;SP-352; SPI-157/340; SPI-165/ 330
Lamsa	Invepar e consórcios	RJ	RJ		17	Linha Amarela
MGO Rodovias	Consórcios e/ou independentes	FED	MG/GO	3ª	437	BR-050/GO/MG
MORRO DA MESA	Consórcios e/ou independentes	MT	MT		112	MT-130
MSVia	CCR e Consórcios	FED	MS	3ª	845	BR -163/MS

NOVA VIA	Consórcios e/ou independentes	MT	MT		229	MT-246; MT-343;MT358
NovaDutra	CCR e Consórcios	FED	RJ/SP	1ª	402	BR-116/SP/RJ
Renovias	Consórcios e/ou independentes	SP	SP		346	SP/340;SP-342;SP-344;SP-350;SP-215
Rodoanel Oeste	CCR e Consórcios	SP	SP		29	SP-021
RodoNorte	CCR e Consórcios	PR	PR		568	BR-277;BR-376;BR-373;PR-151;PR-090
Rodosol	Consórcios e/ou independentes	ES	ES		68	ES-060
Rodovia do Aço	Consórcios e/ou independentes	FED	RJ	2ª	200	BR-393/RJ
Rodovias do Tietê	AB Concessões e Consórcios	SP	SP		406	SP-300;SP-113;SP-101;SP-209;SP-308
Rota 116	Consórcios e/ou independentes	RJ	RJ		140	RJ-104;RJ-116
Rota das Bandeiras	Odebrecht Rodovias e consórcios	SP	SP		297	SP-063;SP-065;SP-083;SP-332;SP-360;SPA-122/O65;SPA-067/360;SPA-114/332
Rota das Fronteiras - PPP	Odebrecht Rodovias e consórcios	PR	PR		220	PR-323
Rota do Atlântico	Consórcios e/ou independentes	PE	PE		44	PE-009, VPE-052 e VPE-034
Rota do Horizonte - PPP	Odebrecht Rodovias e consórcios	MG	MG		66	Rodoanel Norte- BH
Rota do Oeste	Odebrecht Rodovias e consórcios	FED	MT	3ª	851	BR-163/MT
Rota dos Coqueiros - PPP	Odebrecht Rodovias e consórcios	PE	PE		7	PE-009
SPMar	Consórcios e/ou independentes	SP	SP		104	SP-021 (Trechos Sul e Leste);SPA-086/021
SPVias	CCR e Consórcios	SP	SP		516	SP-280;SP-255;SP-127;SP-270;SP-258
Tamoios	Consórcios e/ou independentes	SP	SP		119	SP-099
Tebe	Consórcios e/ou independentes	SP	SP		156	SP-323;SP-326;SP-351
Transbrasiliana	Triunfo e consórcios	FED	SP	2ª	323	BR -153/SP
Via O40	Invepar e consórcios	FED	GO/MG	3ª	937	BR-040/DF Juiz de Fora/MG

ViaBahia	Consórcios e/ou independentes	FED	BA	2ª	681	BR-324; BR-116/BA; BA-526; BA-528
ViaLagos	CCR e Consórcios	RJ	RJ		57	RJ-124
Vianorte	Arteris	SP	SP		237	SP-330; SP-322; SP-328; SP-325
ViaOeste	CCR e Consórcios	SP	SP		169	SP-280; SP-270; SP-075; SP-091
Viapar	Consórcios e/ou independentes	PR	PR		548	BR-369; BR-376; P-444; PR-317
ViaRio	Consórcios e/ou independentes	RJ	RJ		13	Transolímpica: Barra da Tijuca até Deodoro
ViaRondon	Consórcios e/ou independentes	SP	SP		417	SP-300

Fonte: ABCR, 2015

De maneira a consolidar todas estas experiências regulatórias, demonstrando a pujança econômica setorial, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) criou um índice¹⁴, em 2002, que mede o volume de veículos que passam pelos pedágios das principais rodovias brasileiras. Com dados de alta qualidade técnica, são divulgados com antecedência em relação aos demais indicadores, constituindo em um grande instrumento de análise da economia brasileira, de maneira que foi incorporado ao cálculo do Produto Interno Bruto (PIB), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012, para estimar o segmento “*Transporte, armazenagem e correio*”.

E estes dados estão inseridos em uma realidade na qual, dos 204.078 quilômetros de rodovias pavimentadas no Brasil, 19.683 quilômetros estão concedidos, perfazendo 9,6% do total, que receberam investimentos de R\$ 6,2 bilhões em 2014. Importante frisar que as 21 melhores rodovias do país são administradas por concessionárias (CNT, 2015).

Com estas premissas, pode-se perceber que as licitações rodoviárias passaram por diversas etapas e aperfeiçoamentos, que buscaram, de forma global, coordenar um modelo federal, estadual e municipal tecnicamente eficiente, juridicamente seguro e econo-

14 Em conjunto com a Tendências Consultoria.

micamente competitivo. De forma reversa, em um cenário em que os investimentos caíram de 1,85%, em 1975, para 0,10% do PIB em 2003, é possível notar que os avanços ainda não são suficientes para alcançar o estado-da-arte, tampouco em cobrir todo o território nacional, que continua com uma acumulação desigual de ativos concedidos de rodovias o que, mais do que demonstrar uma desigualdade econômica entre regiões, faz com que as rodovias já não sejam mais as indutoras do desenvolvimento, como ocorreu no Plano SALTE de Dutra ou no Plano de Metas de Juscelino. Pelo contrário, os projetos são modelados em função das localidades que economicamente, foram economicamente bem-sucedidas e demonstram uma sustentabilidade financeira para sua viabilização.

De maneira a tentar reverter esta lógica, o Governo Federal anunciou, em 9 de junho de 2015, a segunda etapa do Programa de Investimentos em Logística (PIL). O programa prevê a concessão de aproximadamente 7 mil quilômetros, gerando investimentos da ordem de R\$ 66,1 bilhões, *“focado na ampliação de capacidade e na melhoria das condições e aumento da segurança das rodovias, sendo R\$ 50,8 referentes a novas concessões a serem realizadas ao longo de 2015 e 2016 e R\$ 15,3 bilhões em novos investimentos em concessões já existentes.”* (PLANEJAMENTO, 2016). Os efeitos desta iniciativa ainda estão sob a prova do tempo, carecendo de ser concretizada nos termos abaixo.

Resta ainda registrar duas iniciativas que merecem destaque. Há uma necessidade de se criar modelagens alternativas de cobrança de pedágio, que viabilizem tornar o sistema de cobrança mais justo, aumentando a base de pagantes e diminuindo o valor da tarifa. O Governo do Estado de São Paulo criou o projeto Ponto a Ponto, que consiste em uma nova forma de cobrança de pedágio de forma eletrônica e com base no trecho percorrido pelo usuário. Na esfera federal, há o Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos (Siniav) que obedece a lógica similar, ao instalar chips nos veículos que permitirão ao governo verificar, por meio de sistemas de rádio, quando eles entram e saem das estradas. Estimativas do governo paulista apontam que as tarifas de pedágio poderão cair até 30%, em média, com essa tecnologia (FARIELLO, 2015).

Não menos importante, resta fundamental ampliar o modelo, passando a considerar também modalidades diferentes de Parcerias Público-Privadas (PPPs) para rodovias com tráfego menor mas que, certamente, uma vez bem cuidados e recebendo investimentos, poderiam ser indutoras de crescimentos regionais e melhoria de competitividade para indústria.

3. Conclusão

Maior país latino e tropical do mundo, o Brasil tem a base de sua pujança econômica na agricultura. E estes produtos, produzidos nos rincões afora do país, precisam ter corredores logísticos para poderem suprir os mercados internos e externos. A pergunta que necessita ser respondida é como o setor agrícola, intensivo em uso de rodovias, pode manter o crescimento de seu setor em uma realidade na qual as rodovias padecem de um longo período de subinvestimento, com déficit da ordem de 1 trilhão de reais. Ao mesmo tempo, como serão aprimoradas as estruturas logísticas entre os grandes municípios brasileiros?

Resta claro a necessidade de se fortalecer o setor de transportes na definição das políticas, estratégias, planos e programas de transporte e logística do País, bem como na preparação dos editais de licitação das concessões. O planejamento passaria a ter uma função central, vislumbrando como e onde se procederia esta expansão das rodovias concedidas, compatibilizando demandas setoriais com aquelas ambientais, urbanísticas, bem como perante os demais modais, situação que promoveria um verdadeiro ordenamento territorial nacional no qual as rodovias têm um papel central, conforme já destacado desde o presidente Washington Luís. Para tanto, reativar o CONIT, instrumentalizar a EPL, aos moldes do que foi realizado com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e criar uma forma de integração entre as políticas federais e as estaduais, que culminaria no fortalecimento das secretarias de estado, pode ser um bom caminho para o contínuo aprimoramento e expansão do programa de concessões.

E este planejamento necessita estar em linha com a estruturação de agências reguladoras, a federal (ANTT) e as estaduais, com capacidade plena para o exercício de suas funções de regulação, fiscalização e mediação dos interesses setoriais. Há que se preservar uma equidistância entre os interesses do poder concedente, das concessionárias e dos usuários de serviços públicos, sem produzir favorecimentos de quaisquer espécies para um destes vértices, mantendo o equilíbrio e os fundamentos de seu exercício. Da mesma forma, preservar sua atividade-fim sem interferências indevidas de outros órgãos, principalmente do Tribunal de Contas da União (TCU), que tem tido uma interferência cada vez maior nas atividades-fim das concessões federais, é senha para que o Estado possa preservar a governança setorial de influências exógenas, fortalecendo suas competências para conferir segurança jurídica e permitir que o programa de concessões avance de forma qualificada. TCU vem tomando um papel exorbitante de suas importantes e imprescindíveis competências constitucionais, ao rever decisões de política pública e regulatórias e assim gerando insegurança jurídica no mercado e aos próprios gestores públicos.

Considerada a competência do Poder Executivo em liderar as mudanças acima destacadas, há uma urgente necessidade de se requalificar a agenda do Congresso Nacional. Pode-se afirmar que mais de 80% dos projetos de lei de interesse do setor de rodovias têm em sua gênese a redução da base de pagantes, instituindo isenções de diversas naturezas: para idosos, gestantes, moradores ou trabalhadores de municípios com praça de pedágio, estudantes, motociclistas, taxistas, dentre outras categorias sociais. Estas iniciativas colocam em xeque o programa de concessões, pois criam exceções que, no limite, inviabilizam as concessões existentes e as futuras. Como Bandeira de Mello ensinou, precisa ser mais bem discutido como as rodovias podem ser utilizadas enquanto atividade-meio para alcançar bem-estar social, sem que isso torne o discurso da expansão das concessões algo contrário aos interesses sociais.

Não menos importante, o Poder Judiciário tem sido correntemente acionado para dirimir conflitos de interesses setoriais, produzindo uma rica jurisprudência que confere uma maior segurança jurídica aos investidores e aos usuários de serviço público. Questões como faixas de domínio, desapropriações, compartilhamento de infraestrutura, evasão de pedágio, dentre outros, são recorrentes nos tribunais e equacionam os interesses das partes envolvidas em prol deste importante segmento econômico da sociedade.

Há, igualmente, uma premente necessidade de se envolver a academia de maneira mais ativa. O setor de rodovias em especial, ou mesmo o de transportes em geral, carece de um centro de referência de estudos e pesquisas na área. Os exemplos existentes em outros setores de infraestrutura, como ocorre, por exemplo, com o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica – Cepel, fundado em 1974 pela Eletrobras e que mantém 34 laboratórios para a realização de pesquisa experimental e ensaios normatizados, bem como o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento – Cenpes, criado em 1963 pela Petrobras, que provém o setor de petróleo e gás de soluções tecnológicas, podem ser uma inspiração para que o Estado fomente estas iniciativas com uma visão atualizada para as demandas em transportes no início do século XXI. Esta estrutura poderia ser o grande incentivador do intercâmbio de experiência em planejamento, planos e programas, regulação e fiscalização e financiamento de rodovias do Brasil com os países da América Latina, EUA, Europa e Ásia, apoiando a EPL no alcance de seus objetivos legais e conferindo cidadania por meio de um setor cada vez mais dinâmico e ordenado.

Referências bibliográficas

ABCR – Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias. **Rodovias Concedidas em Números**. Junho de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. **Projeto de Reavaliação de Estimativas e Metas do PNLT**. Relatório final. Brasília, setembro/2012.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. **Concessões em transportes e petróleo e gás: avanços e propostas de aperfeiçoamentos**. Brasília: CNI, 2014.

CNT - Confederação Nacional dos Transportes. Pesquisa CNT de Rodovias. Disponível em: <http://pesquisarodovias.cnt.org.br/>, 10 de agosto de 2017.

FARIELLO, Danilo. **Tarifa de pedágio proporcional a trecho rodado começa a valer no 2º semestre**. Reportagem em O Globo, disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/negocios/tarifa-de-pedagio-proporcional-trecho-rodado-comeca-valer-no-2-semester-15090240>>, 19 de janeiro de 2015.

GUERRERO, Dario Alexandre; ANUATTI NETO, Francisco; BARBOSA, Frederico da Silveira. **Análise dos contratos de concessão de rodovias federais - evolução da matriz de risco**. Anais do CBR&C 2013. São Paulo, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41ª Ed. 2015, p. 297.

PEGO, Bolívar; VIANA, Gessilda; SILVA, Marcelle; INDI, Adilson; SOBRINHO, Fernando. **A rede de transportes do Brasil e o planejamento regional**. Brazilian Geographical Journal: Geosciences and Humanities Research Medium, Ituiutaba, v. 5, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2014.

PLANEJAMENTO, Ministério. **Programa de Investimento em Logística**. Extraído de <<http://www.logisticabrasil.gov.br/rodovias3>> em 1º de fevereiro de 2016.

UGEDA SANCHES, Luiz Antonio. **Curso de Direito da Energia: Da História, Tomo I**. São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, 480p.

REDE DE GÁS NATURAL NO BRASIL:
ABRINDO OS GARGALOS

Ashley Brown

A característica mais notável da indústria de gás natural no Brasil é a existência de uma série de gargalos. Esses gargalos são as principais barreiras para o desenvolvimento de todo o setor energético em uma das principais economias do mundo. Para que se possa entender historicamente como esses gargalos vieram a ocorrer, é imperativo que, no contexto da realidade contemporânea, eles sejam identificados e suavizados. As origens desses gargalos são diversas – burocráticas, econômicas e físicas, sendo útil, portanto, discuti-los em termos dessas três categorias.

1. Os gargalos burocráticos

As origens burocráticas dos gargalos do setor de gás natural no Brasil resultam de duas fontes: da forte dependência de planejamento central e do sistema de licenciamento.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao planejamento central, o problema é que toda a iniciativa se concentra nas mãos do Estado. É o Estado que deve realizar estudos geológicos para identificar potenciais áreas para a perfuração, decidir se deve ou não realizar concessões do direito para perfurar e, em caso afirmativo, definir os limites para a outorga dessas concessões. Além disso, para construir infraestruturas como dutos de gás natural, é o Estado, por meio do seu processo de planejamento, quem predefine onde o investimento deve ser feito. Entidades privadas que podem estar dispostas a investir seu capital na construção de infraestrutura não estão autorizadas a fazê-lo sem antes obter uma concessão. Esta, por sua vez, está em grande parte definida por meio de um sistema de planejamento central. Apesar deste sistema ser entendido como um investimento de risco para o Governo, ele não tem qualquer razão de ser, uma vez que todo o capital a ser utilizado é puramente privado.

Assim, embora a teoria subjacente à política seja de que os dutos são uma responsabilidade do Estado, o qual pode escolher entre prestar diretamente o serviço ou permitir que um concessionário privado o faça, deve-se ter em mente que essa

teoria também pode ser amparada por um sistema liberalizado que reduza ou elimine as barreiras burocráticas arcaicas e que coloque a infraestrutura para ser utilizada em prol da sociedade.

No que concerne ao licenciamento, o problema é causado porque o sistema, amplamente derivado da lei francesa medieval e da prática colonial portuguesa, desestimula a exploração individual. Curiosamente, em relação à mineração, o Brasil repudiou essa tradição. No entanto, em se tratando do gás natural, os investidores que realizam atividades exploratórias não têm garantias de que irão auferir os benefícios de sua exploração. Isso porque qualquer descoberta relatada ao Estado deve ser licitada e, neste sentido, outros investidores podem muito bem ganhar a licitação. Tal situação é bastante contrastante com o que ocorre na mineração. Neste setor, se um grupo de exploradores obtém a licença para realizar buscas e for bem-sucedido em encontrar minerais, é muito provável que seja exatamente este grupo que se beneficie do trabalho que fez. Em suma, não há incentivos para que investidores privados realizem buscas por gás natural. Afinal, por que se preocupar em explorar algo se provavelmente não será você quem será o beneficiário de seus próprios esforços?

Embora seja verdade que os recursos abaixo da superfície pertençam ao governo brasileiro, esse fato não obriga uma abordagem protecionista que desencoraje fortemente os investimentos privados na busca de gás natural. O interesse do Estado não está concentrado em possuir um conjunto perverso de incentivos que só faz a descoberta de gás menos provável, mas, pelo contrário, está focado em ganhar a sua parte dos recursos provenientes da extração de gás natural e em assegurar que essa extração seja realizada da forma que menos degrade o ambiente e a segurança pública. Estes objetivos podem ser facilmente alcançados por uma combinação de impostos e regulação sensatos, não havendo, de forma alguma, a necessidade de que toda iniciativa seja submetida a um processo burocrático que confunde significativamente os sinais econômicos produtivos.

2. Os gargalos econômicos

Os arranjos econômicos referentes aos dutos de gás incluem uma série de barreiras que dificultam a otimização do setor. Essas barreiras são as seguintes:

2.1. Integração vertical

A indústria do gás natural é composta por diversos setores, sendo os principais o negócio de *commodities* e o negócio de transportes (gasoduto). O primeiro setor, como qualquer outro mercado de *commodities*, salvo se houver restrições artificiais, é uma atividade competitiva. Por outro lado, o negócio de transporte é, em regra, um monopólio clássico, salvo se existirem outras modalidades de transportes estruturais ou alternativos adequados que representam concorrência. Na verdade, o gasoduto é o único meio disponível para o transporte de gás natural no mercado. Assim, é óbvio que se um participante no mercado de *commodities* controla a instalação (de forma monopolista) do transporte necessário a todos os empresários para acessar este mercado de *commodities*, a entidade que controla este acesso vai usar essa posição em vantagem própria, impedindo os demais concorrentes de acessar esse mercado. Esta é precisamente a situação da indústria de gás natural do Brasil. A Petrobras, principal investidor no negócio de gás natural, com muito pouco (se houver algum) constrangimento, também controla o sistema de transporte que todos os outros investidores neste setor precisam para transportar seu produto.

Para a economia mundial, tal restrição é uma deficiência grave, a menos que seja mitigada, seja através de uma separação estrutural (ou seja, nenhuma empresa no negócio de transporte pode atuar no negócio de gás natural e vice-versa), seja por intermédio de medidas legais e regulatórias que mitiguem o poder de monopólio da entidade verticalmente integrada. Enquanto a separação estrutural ou desagregação das funções

de transporte e de extração de gás é autoexplicativa como uma resolução do problema, os problemas associados à integração vertical, mesmo sem separação estrutural, também podem ser atenuados por meio de outras medidas abordadas adiante, as quais não vigoram atualmente no Brasil.

2.2. Acesso livre

A maneira mais óbvia de mitigar o poder de monopólio no negócio de transporte de gás natural é permitir o livre acesso e, claro, fazer cumprir rigorosamente esse mandato.

No Brasil, segundo a lei vigente, não existe efetivamente a garantia de acesso livre ao mercado aos fornecedores alternativos de gás natural. As revisões na lei do gás natural que ocorreram há alguns anos e que abordaram o livre acesso após certo período de tempo são, na melhor das hipóteses, um passo na direção correta, mas, por outro lado, deixam ainda a integração vertical intacta por um período de tempo. Diante da impossibilidade de livre acesso ao mercado, não é de se surpreender que existam muito poucos operadores no mercado, não só para comprar, vender ou atuar no comércio de gás natural, mas também para se envolver na busca de gás natural, em razão da incerteza do acesso ao mercado. De fato, “incerteza” é um eufemismo, dado o fato de que as condutas são controladas por um fornecedor concorrente de gás.

O problema do acesso limitado é ainda agravado pelo fato já observado anteriormente de que o processo de concessão faz com que seja extremamente difícil para um investidor construir seu próprio gasoduto para contornar o gargalo decorrente de o transporte ser controlado por um concorrente.

Simplificando, o livre acesso é a condição *sine qua non* de um mercado de gás natural totalmente funcional e robusto. Sem o acesso transparente e livre, o mercado brasileiro de gás natural permanecerá fora de sincronia com as noções modernas do negócio, não podendo ser plenamente funcional.

2.3. Monitoramento de mercado

Um componente fundamental do livre acesso é a existência de um monitor independente para o mercado. A função do monitor é monitorar e tornar transparente a todos o atual e real uso do gasoduto. Por haver um monitor, o proprietário ou operador do gasoduto não será mais o responsável por indicar a capacidade disponível ou não para acesso ao gasoduto por outros usuários. Esta é uma função particularmente útil em casos como o do Brasil, onde o proprietário ou o operador é também um fornecedor de gás natural e, portanto, tem incentivos econômicos para negar o acesso a um concorrente.

Se o gasoduto não estiver no controle de um comprador ou vendedor de gás natural, o papel do monitor do mercado pode ser menos importante, mas, no contexto brasileiro, este monitor é essencial. Atribuir a função de prestar informação acerca da disponibilidade do acesso ao gasoduto a um investidor que tem forte motivação econômica para negar a disponibilidade deste gasoduto é uma política pública bastante precária.

O monitor também seria indispensável para que o regulador fosse solicitado nos casos em que o acesso fosse negado a um operador do mercado. Isso permitiria que o regulador fosse informado em tempo real sobre qual a capacidade que está ou ao menos deveria estar disponível.

2.4. Capacidade do mercado

É importante notar que a falta de uma variedade de gasodutos não significa que não possa haver concorrência no fornecimento de capacidade aos gasodutos. O direito de comprar, vender e utilizar a capacidade dos gasodutos é completamente independente da propriedade ou funcionamento da instalação. Na verdade, é prática comum em muitos sistemas de dutos vender ou mesmo alugar o direito de utilizar uma quantidade designada de capacidade do gasoduto. Ao fazer destes aluguéis direitos plenamente fungíveis, um alto grau de liquidez é inje-

tado no mercado e o poder de monopólio é significativamente reduzido. Além disso, este método também abre espaço a potenciais investidores em novos gasodutos, ou seja, uma oportunidade para espalhar o risco de investimento. Em suma, o fato é que os mercados de capacidade secundários são bastante comuns em sistemas de oleodutos e, caso adotasse, o Brasil estaria bem servido, permitindo a sua evolução.

3. Estrangulamentos físicos

Os dutos não são os únicos pontos de estrangulamento físico no sistema. A ausência de instalações de armazenamento também é uma grande desvantagem do setor de gás no Brasil. O armazenamento iria permitir que os compradores e vendedores gerissem as restrições do uso dos gasodutos e se beneficiassem das flutuações de preços no mercado. Além disso, permitiria que eles gerissem as flutuações sazonais de gás natural que ocorressem dentro e em torno do Brasil. Seria bastante útil se o processo de licenciamento de instalações de armazenamento fosse facilitado e, ainda, fosse aprovado um regime tarifário para estes armazenamentos.

20 ANOS DA LEI DAS
CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO

Mario Luiz Menel da Cunha

1. Introdução

O desenvolvimento do país nas últimas duas décadas foi suportado em boa medida pelos aprimoramentos instituídos pela Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995). Editada em momento de severo aperto fiscal e baixa disponibilidade de recursos, a norma foi decisiva para o desenvolvimento da infraestrutura nacional e para a estabilização da economia.

Com o Brasil endividado, sem acesso aos recursos dos organismos multilaterais de financiamento e sem capacidade financeira para realizar grandes investimentos, a lei permitiu ao Estado concretizar importantes parcerias – em especial com a iniciativa privada –, o que assegurou crescimento econômico e continuidade na prestação de serviços essenciais à sociedade.

Para o setor elétrico em particular, a lei se mostrou um divisor de águas. Após a publicação da Constituição Federal de 1988, responsável pelo estabelecimento das diretrizes para a descentralização dos serviços públicos, observou-se paralisia nos investimentos de geração de energia elétrica em virtude da falta de regulamentação sobre o regime de concessões. No período compreendido entre 1988 e 1995 a capacidade instalada de geração cresceu aproximadamente 10 GW.

Esse vácuo regulatório, inclusive, figura entre as razões que contribuíram para o racionamento de 2001, em função da pouca oferta de energia elétrica outorgada entre 1988 e 1995. O cenário de investimentos se reverteu com a edição da Lei das Concessões e da Lei nº 9.074/1995, que impulsionaram uma retomada dos investimentos na expansão do parque gerador brasileiro. Porém o final dos anos 1990 e o início dos anos 2000 trouxeram várias incertezas (crise da desvalorização do real, crise financeira na Rússia, crise econômica da Argentina) e favoreceram a fuga de recursos dos países em desenvolvimento como o Brasil.

2. Retomada histórica (período anterior à Lei das Concessões)

É relevante lembrar qual era a situação do Brasil no período em que surgiu a Lei das Concessões e compreender por que nos encontrávamos numa situação de caos. Nos anos 70, o Brasil investiu pesadamente na área de infraestrutura, aproveitando as condições excepcionais do mercado internacional, quando havia grande liquidez e o país surgia como alternativa segura de aplicação para os investidores.

É verdade que, naquele momento, as empresas de energia elétrica – ainda estatais – estavam com as suas tarifas em boas condições de atualização frente aos custos e havia recursos para novos investimentos. Assistiu-se então ao início de um processo que talvez tenha sido dos mais extraordinários em termos de expansão do Setor Elétrico Brasileiro (SEB). Foi a época de início de construção ou de conclusão de projetos de grandes hidrelétricas: Xavantes, Ilha Solteira, Capivara, Estreito, Volta Grande, Paulo Afonso, entre outras. Também surgiu o programa das usinas nucleares. Outro fato relevante na época, de caráter rigorosamente histórico, foi a assinatura do Tratado de Itaipu, em 1973, que permitiu a construção da usina binacional.

Nos anos 70, o país vivia o período do chamado “Brasil Grande”. Contudo, havia uma conta a ser paga e ela não demorou a chegar com a crise nos preços internacionais do óleo bruto, a partir de 1974. O Brasil se viu definhando aos poucos, até o momento em que se sentiu absolutamente estrangulado no seu balanço das contas externas, sem recursos sequer para bancar os custos da dívida internacional. O Brasil quebrou e se arrastou duramente na crise durante toda a década de 80 e início dos anos 90. De alguma forma, o racionamento de 2001 foi produto dessa imensa crise de desorganização do Estado.

Os problemas operacionais surgiram no meio dos anos 80. Foram registradas duas quedas significativas do sistema elétrico no Sul e no Sudeste, em 1984 e 1985. No ano seguinte foi a vez da região Sul, que passou por um curto período de racio-

namento e, em 1987/88, o racionamento, de duração e profundidade significativos, chegou ao Norte/Nordeste, acendendo a luz vermelha. A partir daí o SEB se transformou em um grande problema para o governo.

Em 1985, com a posse do governo Sarney, em razão dos severos impactos provocados pela crise internacional, a União Federal estava literalmente falida, condição já existente mesmo antes do final do regime militar. Da mesma forma, a maioria dos estados e municípios estava em condições financeiras precárias. O quadro era de completa deterioração das contas públicas. Tornava-se fundamental a tomada de medidas urgentes visando à recuperação do Estado. Além disso, as dificuldades do Estado foram agravadas mais tarde em decorrência dos custos gerados pela Constituição de 88.

No efêmero período de governo do presidente Collor, já tinham sido tomadas algumas medidas de racionalização do Estado, buscando o equacionamento das contas públicas. Isso durou pouco, até porque a gestão Collor parou no meio do caminho. À medida que o Brasil entrava na década de 90, percebeu-se que havia uma deterioração generalizada dos serviços públicos. O setor elétrico – quase 100% estatal – foi abatido no meio desse processo.

O quadro do SEB mostrava-se desolador. Sem linhas de financiamento, o setor sofria com a falta de estratégia e de determinação dos sucessivos governos, os quais, aos poucos, foram cedendo ao populismo tarifário. De repente, as tarifas sequer remuneravam as empresas, fazendo surgir um caos econômico-financeiro que arrastou todo o SEB para uma situação de insolvência.

O cenário começou a se alterar por ocasião da primeira eleição do presidente Fernando Henrique Cardoso, que foi beneficiado com uma transição pacífica em face do relacionamento político já mantido com o presidente Itamar Franco. Aí, é importante desviar o olhar por alguns segundos para ver o que estava acontecendo no mundo naquele momento.

Na Inglaterra, principalmente, estavam surgindo várias ideias que de certa forma revolucionaram o campo da energia elétrica no resto do planeta, com um forte modelo reformista, que introduzia eficiência, alterava o papel do Estado na energia elétrica e modernizava as relações de consumo. Os países se voltaram então para a economia de mercado, encolhendo o tamanho do Estado e diminuindo automaticamente a intervenção na economia. No Brasil, onde soprava um vento liberalizante com o governo FHC, não podia ser diferente e o setor elétrico passou a refletir essas transformações vindas da Europa.

Mesmo sofrendo vigorosa oposição política das forças em defesa da intervenção do Estado, o Brasil passou a enxergar, no governo FHC, a possibilidade (e a necessidade) de reverter o quadro caótico do setor elétrico. Para tanto, o país precisava criar um ambiente de negócios capaz de captar recursos privados, nacionais e estrangeiros, sustentado basicamente por pilares regulatórios e econômicos.

Um pouco antes de FHC assumir, vale lembrar, a desorganização do Estado atingiu tal ponto que as obras de construção de 23 hidrelétricas foram paralisadas por absoluta falta de dinheiro, inclusive algumas UHEs extremamente importantes como Porto Primavera, Manso, Nova Ponte, Xingó e Cachoeira Dourada, entre outras.

O consumidor não pagava à distribuidora (ou pagava um valor inadequado, derivado do populismo tarifário), que não pagava à geradora, que não pagava à transmissora. Desse jogo de faz de conta, no qual ninguém pagava ninguém, surgiu a bela dívida setorial de aproximadamente US\$ 27 bilhões.

Essa dívida entre os diversos segmentos foi finalmente resolvida em 1993, quando o presidente da Eletrobras, Eliseu Resende, liderou uma ampla negociação que resultou no acerto de contas entre as empresas. A confusão terminou na mesa do Tesouro Nacional, que cobriu o prejuízo.

De qualquer forma, o setor – após longa negociação – foi saneado graças à Lei 8.631 (assinada pelo presidente Itamar

Franco). Tornou-se então irreversível o debate em torno da necessidade de uma futura privatização, aproveitando que as empresas estavam com as suas contabilidades regularizadas.

Afinal, uma das consequências da Lei 8.631 é que consórcios empresariais foram autorizados a se constituir, visando à construção de usinas. A filosofia do estatismo absoluto sofreu uma rachadura e a presença do Estado na área de energia elétrica começou a ceder espaços à iniciativa privada.

E um programa de privatização significava, naturalmente, dispor de contratos de concessão que refletissem a nova realidade, além de uma agência reguladora que pudesse acompanhar o desempenho das empresas e proteger os interesses dos consumidores. Isso, entretanto, só ocorreria na gestão seguinte, do presidente Fernando Henrique Cardoso.

A primeira empresa privatizada foi a distribuidora Escelsa, no Estado do Espírito Santo. Mas foi tudo tão a toque de caixa, que sequer existia ainda a discussão sobre o contrato de concessão e tampouco da agência reguladora. Realmente, a privatização da Escelsa é um exemplo clássico de improvisação, de como não se deve conduzir um processo. Com base em contrato de concessão, a primeira privatização ocorreu com a Light. Também merece destaque o fato de que as leis definiram as bases para a regularização das concessões vigentes à época. Estabeleceram-se mecanismos de garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O setor privado começou a se interessar por investir em produção de energia elétrica, com destaque para os investimentos em autoprodução, o que colaborou para elevar a competitividade do país.

3. Modelo de concessões após a Lei das Concessões

Hoje, duas décadas após a promulgação das leis, o setor elétrico assistiu a diversas mudanças no modelo de concessões, com alterações significativas na política tarifária, direitos, obrigações e, principalmente, na matriz de alocação de riscos.

Dois momentos merecem especial atenção: o novo modelo estabelecido em 2004 (Lei nº 10.848) e o modelo vigente instituído em 2012 (Medida Provisória nº 579). Ambos modificaram radicalmente o funcionamento do mercado e suas consequências guardam correlação direta com a forma como foram editados.

O primeiro, fruto de intenso debate entre governo, academia e demais agentes, garantiu maior segurança de suprimento e o bom funcionamento do mercado. O segundo, editado sem diálogo e com falta de estudos de impacto regulatório, culminou em uma hiperatividade regulatória, hibridismo tarifário, perda da segurança jurídica, destruição de valor das empresas e deterioração do ambiente de negócios. A partir de 2013, com a transformação da MP 579 na Lei 12.783 que desestruturou o SEB, ocorreu verdadeira orgia regulatória com a edição de mais de 51 leis, medidas provisórias, decretos, resoluções do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e importantes portarias, sem incluir nesse número a emissão de resoluções da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Cada edição de ato legal, sem a devida avaliação de todas as consequências, resulta na edição de outro na tentativa de corrigir os indesejáveis efeitos colaterais. A consequente percepção de elevação de riscos e de prejuízos para os agentes, além da falta de transparência do poder público, têm implicado uma intensa judicialização do setor (GSF, CNPE 03, excludente de responsabilidade, FID, CDE, Portaria MME 455/2012, entre outros), cuja intensidade tem revelado um novo mecanismo de funcionamento do setor.

Embora os agentes e consumidores se valham desse mecanismo para se proteger, seu uso excessivo revela problemas na regulação do setor. Um instrumento capaz de melhorar significativamente essa situação é a Avaliação de Impacto Regulatório, que se tornou obrigatória no caso de alterações regulatórias promovidas pela Aneel.

Trata-se de um documento de análise prévia adotado em todos os países da OCDE, destinado a estimular o debate objetivo e transparente sobre as possíveis consequências de qualquer

nova proposta de regulamentação. Infelizmente sua implementação ainda é incipiente mesmo no âmbito das audiências públicas da agência reguladora. Muitas vezes também, decisões capitais para os agentes e consumidores são tomadas sem qualquer avaliação no trâmite final de medidas provisórias.

Hoje está bastante claro que não faltou disposição para o diálogo a respeito da renovação das concessões por parte dos agentes econômicos, os quais estavam muito preocupados principalmente com os contratos com vencimento em 2014 e 2015.

Com a devida antecedência, ou seja, em 2009, as associações setoriais se reuniram com a Aneel para apresentar as dificuldades que o governo teria para renovar ou prorrogar as concessões: em 2010, ano de eleições presidenciais; em 2011, primeiro ano de um novo governo federal; e em 2012, ano limite para que as concessionárias conhecessem as novas condições a fim de que pudessem se manifestar quanto ao interesse em continuar ou não a ser concessionárias. As preocupações das associações não foram levadas em consideração pelo governo.

O Instituto Acende Brasil lançou, em novembro de 2011, um *white paper* focalizando a renovação das concessões que, no mínimo, foi profético, além de extremamente detalhado ao longo das suas 56 páginas. O Palácio do Planalto e o Ministério de Minas e Energia não deram a mínima para o documento e para outras manifestações dos agentes, pois havia um projeto de poder e, para mantê-lo, tudo se tornava válido.

Paralelamente às ações das associações setoriais, a FIESP deflagrou uma campanha midiática na qual identificava – sem apresentar cálculos convincentes –, no vencimento das concessões, uma oportunidade de redução bastante expressiva nas tarifas para os consumidores finais, devido à não necessidade de remuneração de ativos amortizados.

O governo escondeu o jogo e simplesmente deixou o tempo passar, sem dizer o que pretendia fazer. Em setembro de 2012, sob pressão dos agentes e de intensa campanha da FIESP, o governo surpreendeu o SEB com a edição da MP 579.

É interessante observar que o já mencionado *white paper* do Instituto Acende Brasil comentava o seguinte:

“Uma parcela significativa dos contratos de concessão da geração e distribuição e a maior parte dos contratos de transmissão vencerá nos próximos anos. No entanto, até a data de publicação deste *white paper*, o Governo ainda não havia exposto como abordar esta questão tão relevante. Afinal, a política de concessão pode acarretar mudanças significativas sobre o nível das tarifas, sobre a concorrência no setor e sobre o futuro dos atuais concessionários”.

Mais à frente, completando a profecia, o *white paper* revelou que “se a política de renovação das concessões for coerente, ela contribuirá para o fortalecimento do setor, em prol do interesse público, mas, se for incoerente --- mesmo que seus efeitos sejam populares num primeiro momento --- tudo o que se construiu no setor ao longo de décadas será gradualmente corroído”.

Tudo o que aconteceu (e ainda acontece) no SEB em consequência da MP 579, está resumido nessas poucas palavras. Lá estão o populismo tarifário e a alegria dos consumidores, que pagavam tarifas irreais. Lá também se encontra implícito o seu principal resultado: a quebra generalizada do SEB, a perda de valor de mercado das empresas federais que aderiram à opção oferecida pelo governo. E até mesmo o tarifaço que veio depois. Culpa da Lei das Concessões? Obviamente que não. Culpa, sim, de uma execução desastrosa da política setorial e do uso político das tarifas de energia elétrica.

Outra situação de agravamento se refere aos instrumentos responsáveis pelo estabelecimento das regras do SEB, por exemplo, as decisões do MME (portarias), que são às vezes (raramente) precedidas por consultas públicas. E estas, quando ocorrem, não abrem espaço para discussão efetiva dos temas em pauta ou mesmo para registro das contribuições realizadas pelos participantes.

Decretos presidenciais, decisões não só do CNPE, mas, também, do Comitê de Monitoramento do Sistema Elétrico

(CMSE) e aquelas oriundas da Comissão Permanente para Análise de Metodologias e Programas Computacionais do Setor Elétrico (CPAMP) não são levados a discussão formal com os agentes e não possuem documento técnico público com divulgação prévia de análise do impacto regulatório.

Em muitos casos, sequer são divulgadas atas de reuniões, com as justificativas técnicas para as decisões tomadas e as posições defendidas pelos participantes, nos moldes, por exemplo das atas do Comitê de Política Monetária do Banco Central (Copom). Creio ser desnecessário ressaltar que tudo isso acaba, na maior parte das vezes, impactando severamente os contratos de concessão, em situações que absurdamente não estão contempladas nas responsabilidades assumidas pelas partes.

Atualmente o setor elétrico busca retomar a normalidade do seu fluxo financeiro, seja pela redução da judicialização, seja pelo resgate da sua competitividade e sustentabilidade. A melhora do ambiente de investimentos e a volta da confiança dos agentes dependem de um conjunto de ações estruturais e conjunturais que passam, entre outros, por aperfeiçoamentos no modelo de concessões.

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos carece de melhor definição, sendo hoje ponto de divergência de interpretações entre concessionários e o poder concedente (MME). Também é preciso rever direitos e obrigações de maneira a garantir a melhor alocação de custos e riscos. É o caso, entre outros, do “excludente de responsabilidade”.

Durante os anos de vigência da Lei das Concessões muito se aprendeu. Entretanto, os desafios tendem a se tornar cada vez mais complexos, fruto do amadurecimento do mercado. Não bastassem os desafios intrínsecos ao processo evolutivo, o setor se vê com um estoque de questões que precisam ser debatidas e ajustadas a fim de recuperar com rapidez o sucesso do modelo de concessões.

É notório que o momento político e a situação econômica do país apontam para uma série de urgências. No entanto, não seria um absurdo reivindicar que a atualização da Lei

das Concessões pudesse estar entre essas emergências. Nesse documento repousa toda a tranquilidade necessária aos investidores para investir nas empresas, de modo que haja uma expansão adequada do sistema de oferta de energia, a qualidade do serviço não seja comprometida e que os consumidores recebam, em contrapartida, serviços de primeira linha.

Afinal, os objetivos finais dos governos e de todos os partidos políticos que operam sob um ponto de vista liberal é justamente criar um ambiente favorável para empreendedores e agentes setoriais. Tais objetivos são a estabilidade regulatória e segurança jurídica, energia a preços e tarifas competitivos, sustentabilidade socioambiental e ambiente amigável de negócios.

4. Contrato de Concessão nos dias de hoje

Há de se observar, por exemplo, que um entrave prejudicial à competitividade das tarifas e preços no setor elétrico tem sido o aumento sistemático dos custos relativos às políticas públicas incorporadas ao preço final da energia na forma dos mais diversos subsídios, implícitos e explícitos.

O empreendedor assina um determinado contrato de concessão, no qual são fixadas as suas obrigações. De repente, começam a surgir responsabilidades não previstas no texto contratual. Normalmente essas obrigações na realidade são do poder público, principalmente prefeituras. Acabam, porém, caindo na conta dos empreendedores.

Ao mesmo tempo em que tais políticas públicas proporcionam um aumento relativo no bem-estar social de uma parcela da população, também minoram a competitividade e a produtividade da indústria brasileira (maior contribuinte), acarretando maior nível de desemprego, produtos e serviços mais caros e menor arrecadação do governo.

Esse cenário faz com que o mecanismo atual de tratamento das políticas no setor elétrico precise ser revisto e reavaliado em função de seus custos e benefícios, pois onera a indústria que já enfrenta sérios problemas econômico-financeiros.

Outro ponto relevante, quando se trata dos contratos de concessão, é sua aderência à evolução das condições do sistema. Por exemplo: quando nossa matriz elétrica apontava para despacho hídrico de 90% e de térmico de 10%, quando nossas usinas hidrelétricas tinham significativa capacidade de armazenamento, não tínhamos problemas com o funcionamento de mecanismos e parâmetros como PLD, GSF e MRE. Esses funcionaram bem dentro de seu intervalo de confiança em vigor até 2012. O desarranjo causado pela edição da MP 579, aliado a condições hidrológicas desfavoráveis, determinou a extrapolação dos limites de confiança para esses parâmetros que deixaram de funcionar adequadamente. Os prejuízos financeiros e a judicialização decorrentes foram imediatos e até hoje dificultam o bom funcionamento do setor.

Embora editada em 1995, a Lei 8.987 atende aos setores de infraestrutura que a utilizam para a implementação de concessões de serviço público. É verdade que o fato de ter pouco mais de 20 anos não significa que a lei não tenha mais valor, embora possa ser atualizada. No entanto, ao se avaliar especificamente o peso de energia elétrica para o setor, é preciso observar que existe uma certa complexidade devido aos caminhos que foram sendo adotados para o SEB.

É um número sem-fim de leis específicas, decretos presidenciais, portarias de responsabilidade do MME, resoluções adotadas pela agência reguladora e até mesmo mudanças nos contratos de concessão. Ou seja, um cipoal jurídico que, não raro, é até difícil de compreender, permitindo interpretações diversas.

Nessa perspectiva, às vezes, a dificuldade nem se encontra na Lei 8.987, mas, sim, em uma série de outras normativas legais, por exemplo, a Lei 9.074, também de 1995, ou a Lei nº 9.427, do ano seguinte, além de mudanças resultantes da Lei nº 9.648, de 1998. Esse quadro de excesso de normas, que dificulta enormemente a condução do sistema elétrico, ainda recebe os impactos da Lei 12.783, de 2013, que, por sua vez, surgiu da Medida Provisória 579, do ano anterior.

Essa MP 579 é um verdadeiro divisor de águas na história do SEB, pois criou um regime diferenciado para as usinas renovadas sob o regime de cotas e acabou gerando uma enorme confusão, talvez a maior de todas já surgidas no setor, inclusive afetando a renovação das concessões. Como outros já mencionaram, o arcabouço legal do SEB virou uma “colcha de retalhos”, com emendas sobre emendas, em uma patética improvisação, sem qualquer racionalidade ou senso de organização, ao contrário de tudo aquilo que o setor elétrico pede.

Embora ofereça uma série de seus efeitos nefastos para todos os segmentos e tipos de agentes, a MP 579 ainda vai gerar muita polêmica devido aos estragos causados.

Durante algum tempo, os consumidores pagaram uma conta de luz mais barata, porém o efeito sobre as empresas foi devastador, quando se deram conta da redução drástica das suas receitas. O Sistema Eletrobras, controlado pelo governo, foi obrigado a apoiar a proposta. Simplesmente quebrou. Seguiu-se uma rotina quase exaustiva de iniciativas governamentais destinadas a cobrir os rombos provocados pela MP 579.

Quando ocorreu uma crise hidrológica e as distribuidoras se viram obrigadas a comprar energia térmica muito mais cara, foi a vez de a distribuição ir à lona. A derrocada só não foi completa porque, de repente, transformaram a CCEE em uma espécie de banco estatal e a Câmara captou recursos no mercado financeiro para cobrir os buracos nos caixas das distribuidoras. Chegou então o momento já esperado, quando o Tesouro Nacional ia ficar sem condições de aportar novos recursos nas distribuidoras.

A solução foi aplicar um tarifaço, na tentativa de recuperar o caixa das concessionárias de distribuição, ao mesmo tempo em que o governo deu um calote nas transmissoras, postergando as indenizações previstas na própria 579. Com mais de 100 anos de história baseada na organização e no método, o SEB mergulhou em uma das fases mais lamentáveis de sua existência.

No *white paper* publicado pelo Instituto Acende Brasil em 2011 foi didaticamente demonstrado que o instrumento-chave

pelo qual se rege o processo de delegação de uma atividade a terceiros é o contrato de concessão. “Nele são definidos os direitos e deveres de cada parte e as diretrizes que regerão a interação entre as partes durante toda a concessão. Para que os contratos de concessão sejam eficazes é importante tomar alguns cuidados na sua confecção tendo em vista a sua longevidade. Afinal, o sucesso do regime de concessões depende da manutenção e cumprimento desses contratos. Um importante passo para assegurar a longevidade dos contratos de concessão é a adoção de um processo que assegure o zelo pelo interesse público na concepção dos contratos de concessão”, explicou o IAB.

Continuando, o *white paper* também assinalou que “a forma mais simples e rápida de se conceber um contrato de concessão é mediante negociação direta com o potencial concessionário. Desta forma, tanto o poder concedente, quanto o concessionário, asseguram-se de que os termos e condições estipulados no contrato são exequíveis. Embora este processo de negociação bilateral entre o poder concedente e o futuro concessionário seja muito prático, ele apresenta uma série de fragilidades que o tornam indesejável. Negociações bilaterais são conduzidas num processo insular que é mais vulnerável a desvios do interesse público. Mesmo que o contrato de concessão tenha sido concebido de forma idônea, buscando o interesse público, a opacidade na concepção dos contratos de concessão mina a sua estabilidade e sucesso porque alimenta a desconfiança de opositores ao contrato de concessão”.

De fato, esse é um aspecto relevante dos bastidores que envolvem os contratos de concessão: sofrem oposição de vários grupos, desde políticos e empresas que aufeririam ganhos do fracasso do contrato de concessão, até cidadãos que se opõem à concessão por razões ideológicas. Ou então de funcionários, empresas e pessoas que se beneficiavam do prestador do serviço no regime anterior.

“Portanto, contratos de concessão elaborados a portas fechadas sempre serão colocados sob suspeitas ligadas à idonei-

dade das suas condições e serão mais suscetíveis a revogações ou renegociações futuras. Um conceito essencial é que contratos de concessões são instrumentos de políticas públicas. Ao definir as tarifas, a taxa de uso de bem público – ou forma de comercialização –, e os termos e condições da prestação do serviço, os contratos de concessão acabam por balizar as políticas setoriais por décadas (tipicamente por 20 a 35 anos). Embora a regulamentação do setor possa ser modificada, ela precisa respeitar os termos pactuados nos contratos de concessão. De certa forma, os contratos de concessão são instrumentos mais restritivos do que as leis porque as últimas podem ser alteradas e revogadas a qualquer momento, mas os contratos de concessão precisam ser respeitados por todo o prazo contratual, sob pena de pagamento de indenização ao concessionário. Tratando-se de instrumentos de políticas públicas, os contratos de concessão deveriam ser concebidos com o mesmo cuidado exigido das instituições que concebem as políticas públicas: um processo aberto e transparente, que possibilite o debate público. Este processo é que proporciona a legitimidade aos contratos de concessão”.

A América Latina foi, por longo tempo, uma das regiões com maior incidência de renegociação de contratos de concessão, segundo o Instituto Acende no seu *white paper* de 2011. Salientava-se então que uma das razões principais para isso era a instabilidade macroeconômica predominante no continente por tantos anos. Em outras palavras, se é ruim sem o contrato de concessão, pior sem ele.

5. Conclusão

Para finalizar, é necessário assinalar que a Lei das Concessões mostrou ter sido oportuna, ao ser editada em 1995, tanto que funciona razoavelmente também em outros segmentos da infraestrutura. Quanto ao setor elétrico, a lei abriu uma enorme possibilidade para a implantação de um modelo destinado a permitir a participação da iniciativa privada no campo da ener-

gia elétrica, depois de longo período de presença maciça do Estado. Teve sucesso ao lançar a competitividade nos segmentos da geração e da comercialização, gerando, portanto, uma tendência de menores preços e tarifas.

Pode-se concluir basicamente que os equívocos ocorridos no SEB nos últimos 20 anos não resultaram de efeitos produzidos pela Lei das Concessões, mas, sim, de decisões absolutamente infelizes tomadas pelo Poder Executivo.

A expansão da geração e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões vigentes requerem amplo estudo e debate, a exemplo do que ocorreu no passado. Desse modo, é imperativo que tanto a Lei das Concessões quanto o modelo energético sejam revisitados. Com esse objetivo, tem-se discutido o P&D estratégico, hoje sob avaliação da Aneel. O projeto é fundamental, pois se utiliza da inteligência coletiva do setor a fim de traçar soluções para muitas das questões atualmente imobilizadas no âmbito das concessões e do modelo energético. Caminha-se assim rumo à eliminação de barreiras que emperram o desenvolvimento de energia competitiva no Brasil.

SOBRE
OS AUTORES

Organizadoras

JOÍSA CAMPANHER DUTRA

Diretora do Centro de Estudos de Regulação e Infraestrutura da Fundação Getulio Vargas (FGV/CERI). Professora da Escola de Pós-Graduação em Economia da FGV (FGV/EPGE). Doutora em Economia pela FGV/EPGE. Foi Diretora da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO

Professora da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia CPDE/FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Autores

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO

Coordenador de economia aplicada do FGV/IBRE e professor do IE/UFRJ. Anteriormente trabalhou na Gávea Investimentos, no IPEA e no BNDES. É PhD em economia pela University of California, Berkely, mestre em estatística (IMPA) e administração de empresas (Coppead/UFRJ), e formado em engenharia eletrônica pelo ITA. É membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República e articulista dos jornais Valor Econômico e Correio Braziliense.

ASHLEY BROWN

Diretor Executivo do Harvard Electricity Policy Group (HEPG), um programa do Mossavar-Rahmani Center for Business and Government da Harvard University's John F. Kennedy School of Government. Foi assessor de vários projetos em regulação de infraestrutura em países como Brasil, Tanzânia, Índia, Ucrânia, Rússia,

Filipinas, Zâmbia, Namíbia, Argentina, Costa Rica e Hungria. Entre 1983 e 1993, foi Diretor na Public Utilities Commission de Ohio.

BRUNO CARLOS GONTIJO CARDOSO

Assessor Jurídico da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR).

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ. Sócio do Escritório de Advocacia Juruena e Associados.

JORGE VASCONCELOS

Licenciado em engenharia electrotécnica (Universidade do Porto) e doutor pela Universidade de Erlangen-Nuremberga. Exerceu atividade acadêmica em vários países, sendo atualmente Professor convidado do Programa MIT/Portugal e membro do Conselho Geral da Universidade de Coimbra. Consultor de várias organizações internacionais e autoridades nacionais em regulação, política energética e utilização de novas tecnologias de informação e comunicação. Foi o primeiro presidente do regulador de energia em Portugal (1996-2006) e do Conselho dos Reguladores Europeus de Energia (2000-2005). Fundador da Florence School of Regulation (2003).

LUÍSA DE AZEVEDO

Luísa de Azevedo é economista formada na UFRJ, com mestrado em economia na USP e atualmente cursando o MPhil in Economics no Tinbergen Institute, na Holanda. Foi pesquisadora na área de economia aplicada e políticas públicas no IBRE/FGV e no IETS.

LUIZ ANTONIO UGEDA SANCHES

Advogado e Geógrafo. Doutor em Geografia (UnB), sendo mestre em Direito e em Geografia (PUC/SP). É assessor jurídico da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR).

MARIAM TCHEPURNAYA DAYCHOUM

Pesquisadora da Fundação COPPETEC/UFRJ. Mestre em Políticas Públicas pelo Instituto de Economia da UFRJ. Bacharel em Direito pela FGV Direito Rio.

MARIO LUIZ MENEL DA CUNHA

Engenheiro eletricitista. Trabalhou em empresas e no governo e, hoje, é consultor. Também preside a Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (Abiape) e o Fórum das Associações do Setor Elétrico (Fase).

MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO

Advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio do Portugal Ribeiro Advogados e autor, entre outros, dos livros “10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões”, publicado pela Revolução eBook, Rio de Janeiro, 2015; “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011; e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (este último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

SÉRGIO GUERRA

Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, na qual ocupa o cargo de Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação. Embaixador da Yale University no Brasil, onde foi Visiting Researcher na Yale Law School (2014). Editor da Revista de Direito Administrativo - RDA. Coordenador do Curso International Business Law da University of California (Irvine, EUA). Consultor Jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Gotham
e impresso em papel offset,
no ano de 2017.

Em 2015 completaram-se 20 anos de vigência da lei geral de concessão de serviços públicos, que foi fundamental para o aprofundamento do processo de reforma do Estado implementado nos anos 1990. No contexto desse aniversário, o Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI/FGV) e a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) promoveram seminário internacional para debater os desafios e oportunidades na utilização desse instituto em setores de infraestrutura, sendo os artigos ora publicados resultantes das apresentações realizadas naquela oportunidade.



ISBN 978-85-63265-77-7



9 788563 265777 >