

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Cristiano Coelho Pires

**O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E OS RELEVANTES INVESTIMENTOS
NOS MODAIS DE TRANSPORTE**

Juiz de Fora – MG

2016

CRISTIANO COELHO PIRES

**O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E OS RELEVANTES INVESTIMENTOS
NOS MODAIS DE TRANSPORTE**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Alves Correa

Juiz de Fora – MG

2016

**O DIREITO DA INFRAESTRUTURA E OS RELEVANTES INVESTIMENTOS
NOS MODAIS DE TRANSPORTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito,
como requisito para obtenção do
título de bacharel em Direito, da
Universidade Federal de Juiz de
Fora.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Alves Correa – orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Waleska Marcy Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os servidores públicos que se empenham em aplicar os princípios da Administração Pública em seus afazeres e a contribuir para a consolidação da Ética em toda a estrutura do Poder Público.

AGRADECIMENTOS

Ao terminar o período da graduação em Direito, é inevitável não realizar um exame de consciência. E o primeiro sentimento que me vêm é de gratidão a Deus e a todas as pessoas que estiveram ao meu lado.

Já a maior certeza é que o período da faculdade passa rápido! E a aproximação de seu fim traz um misto de ansiedades. De um lado a alegria por encerrar uma importante etapa e perseguir meus sonhos profissionais. De outro, na dialética da vida, a tristeza de não poder mais conviver diariamente com tantas mentes brilhantes e corações do Bem.

Entre essas tenho que destacar os grandes amigos do Time Playmobil. Essa união se estendeu para muito além do futsal jogado no interperíodos, criando uma cumplicidade tanto nos momentos de dificuldade como em momentos de comemorações.

Ainda dentro da Faculdade, agradeço aos professores por tantos ensinamentos, inclusive com suas posturas e atenção extraclasse. Em especial, agradeço aos professores que aceitaram participar de minha banca de monografia, que não foram escolhidos por acaso. Fiz de tudo para tê-los na banca, pois foram os que mais me marcaram.

Agradeço ao Leonardo por toda a sua disponibilidade, atenção e paciência para me auxiliar nos momentos de preocupação e até desespero.

Agradeço a Luciana por toda a atenção e incentivo que transmite com o olhar. E pelo seu exemplo de docente, realizando tantos projetos, pesquisas e atividades, mesmo tendo que conciliar esse empenho com uma missão muito árdua: ser mãe.

Agradeço a Waleska por ter acompanhado minha turma por três períodos e em todos eles ter sido um exemplo de professora dedicada e comprometida. Através de seu empenho e sinceridade, a admiração e respeito por você são consequências naturais.

Por último, mas com a maior importância, tenho que agradecer a todos os amigos e familiares que fora da faculdade me acompanharam em tudo. Essa vitória é de vocês! Agradeço aos meus pais Cristina e Braz por toda a ajuda com palavras de incentivo, olhares de encorajamento, carícias de compaixão. Agradeço a minha irmã Karina por todo o seu amor fraternal. E ao meu grande amor Leticia por sua unidade e presença. Você que me conhece melhor do que todo mundo e que me decifra sem eu dizer nada, me ajudando exatamente no momento em que mais preciso e da melhor forma.

“Os obstáculos para a harmonia da convivência humana não são apenas de ordem jurídica, ou seja, devido à falta de leis que regulem esse convívio; dependem de atitudes mais profundas, morais, espirituais, do valor que damos à pessoa humana, de como consideramos o outro”

(Chiara Lubich)

RESUMO

O Direito da Infraestrutura é uma área do Direito relativamente nova, mas que vêm ganhando destaque com o Programa de Investimento em Logística. Esse programa foi elaborado pelo Governo Federal e teve sua primeira fase lançada em 2012. Atualmente já se encontra em sua segunda fase e tem como principal objetivo a realização de concessões em todos os modais de transporte (rodoviário, ferroviário, portuário e aeroviário) no território nacional. Algumas concessões já foram realizadas e bem sucedidas, como a concessão do trecho Juiz de Fora – Brasília da BR-040. Contudo, ainda há muitas concessões a serem estudadas, planejadas e finalizadas, com a participação da iniciativa privada desde o início através do Plano de Manifestação de Interesse que é apresentado pelas concessionárias.

Palavras-chave: Infraestrutura; Programa de Investimento em Logística; Concessão.

ABSTRACT

The Infrastructure's Law is a law area relatively new, but have gained prominence with the Logistics Investments Program. This program was developed by the Federal Government and had its first phase launched in 2012. Currently is already in its second phase and has as main objective the achievement of concessions in all modes of transport (road, rail, port and air transportation) in the national territory. Some concessions have been implemented and successful, as the granting of Juiz de Fora - Brasilia (BR-040). However, there are still many concessions to be studied, planned and finalized with the participation of the private sector from the beginning through the Expression of Interest Plan that is submitted by the concessionaires.

Keywords: Infraestructure; Logistics Investments Program; Concession.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO DA INFRAESTRUTURA.....	13
1.1 Introdução.....	13
1.2 O Princípio da Segurança Jurídica.....	15
1.3 A Concessão de Serviços Públicos.....	16
1.4 O desenvolvimento do instituto da concessão no Brasil.....	19
1.5 O processo de desestatização do Neoliberalismo: Privatizações e Concessões.....	22
1.6 O fim do modelo Neoliberal e do Processo de Privatização.....	27
2. O PROGRAMA DE INVESTIMENTO EM LOGÍSTICA E AS ESPÉCIES DE INFRAESTRUTURA.....	28
2.1 Primeira Etapa.....	28
2.1.1 Concessões Rodoviárias.....	29
2.1.2 Concessões Ferroviárias.....	30
2.1.3 Concessões Portuárias.....	31
2.1.4 Concessões Aeroportuárias.....	32
2.2 Segunda Etapa.....	34
2.2.1 Concessões Rodoviárias.....	35
2.2.2 Concessões Ferroviárias.....	37
2.2.3 Concessões Portuárias.....	39
2.2.4 Concessões Aeroportuárias.....	42
2.3 Empresa de Planejamento e Logística S.A.....	42
3 BR-040 E SUAS CONCESSÕES: 18 ANOS DE INTERVALO.....	45
3.1 A infraestrutura rodoviária: fenômeno multidimensional.....	45
3.1.1 Rodovia como fenômeno econômico.....	45
3.1.2 Rodovia como fenômeno jurídico.....	46
3.1.3 Rodovia como fenômeno político.....	48
3.2 O Passado Glorioso.....	49
3.3 A Primeira Concessionária: Concer.....	50
3.3.1 Introdução.....	50
3.3.2 A nova subida da Serra.....	51
3.3.3 Ação Civil Pública do MPF/RJ.....	54

3.4 A Segunda Concessionária: Via 040.....	55
3.5 Principal diferença entre os contratos de concessão da BR040.....	56
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

Esse trabalho busca trazer para a análise do Direito um tema de grande relevância no Brasil e tratado, nos últimos anos, como prioridade pelo Estado: os investimentos em infraestrutura. Assim, busca-se analisar criticamente o papel do Estado no Direito da Infraestrutura, particularmente as concessões realizadas através do Programa de Investimento em Logística (PIL).

Coloca-se como objetivo geral deste estudo compreender o andamento do Programa, as diferenças existentes entre as suas duas fases - até agora realizadas - e o papel do Estado na melhoria da infraestrutura, como um dos meios para “garantir o desenvolvimento nacional” (Art. 2º, II da Constituição Federal de 1988) e “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Art. 2º, III, parte final da Constituição Federal de 1988).

Nesse escopo, são elencados os seguintes objetivos específicos:

- (a) apresentar a conceituação do Direito da Infraestrutura;
- (b) expor o processo histórico do instituto da concessão no Direito brasileiro; diferenciá-lo do instituto da privatização;
- (c) analisar o Programa de Investimento em Logística, principal programa de investimento em infraestrutura coordenado pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, dividido em duas fases.
- (d) Por fim, estudar um caso concreto que interessa de maneira particular a nossa região: as concessões na BR-040

Dessa forma, espera-se responder ao seguinte problema: Como o Estado pode contribuir com a infraestrutura - como um dos meios para alcançar a satisfação da dignidade da pessoa humana - sem ter disponível recursos públicos necessários para investimentos em grandes obras?

Como hipótese inicial traz-se que o Programa de Investimento em Logística estrutura um modelo de intervenção do Estado no domínio econômico que busca sedimentar o instituto da concessão como instrumento jurídico adequado para formalizar a via de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada.

Para o desenvolvimento deste trabalho, adota-se como marco teórico de referência “Elementos de Direito da Infraestrutura” organizado por Gilberto Bercovici e Rafael Valim. Essa escolha relaciona-se com a grande interdisciplinaridade do tratamento jurídico da infraestrutura, onde dialogam o Direito Constitucional, o Direito Econômico, o Direito Administrativo, o Direito Financeiro, o Direito Tributário e o Direito Societário.

Tratando do desenvolvimento do estudo, inicia-se com o aprofundamento do Direito da Infraestrutura, subramo do Direito que vêm ganhando destaque nos últimos anos, com estudos, pesquisas e trabalhos publicados. Por ser relativamente novo, o Direito da Infraestrutura ainda não possui uma conceituação consolidada. Em razão disso, o primeiro capítulo dedicado a esse tema acaba por trazer um número considerável de citações (pela qual já me desculpo), como forma de encontrar um respaldo doutrinário para o tema.

Em seguida, a análise do Programa de Investimento em Logística se situa como ponto central, pois é esse programa que unifica todos os modais de transporte relevantes para otimizar a circulação (de mercadorias e de pessoas) no território brasileiro. Esse programa está em execução, atualmente na sua Segunda Etapa e, obviamente, isso traz algumas limitações para os estudos dos resultados alcançados, bem como a realização de críticas mais aprofundadas.

Não obstante, a Primeira Etapa do Programa já está encerrada, permitindo um balanço parcial do que foi alcançado e do que não foi alcançado. Além disso, talvez a principal contribuição do presente estudo é contextualizar a realidade brasileira em que foi publicado a Primeira e a Segunda Fase do Programa, destacando a existência da demanda da sociedade e do empresariado por novos investimentos e as leis que estão em vigor relacionadas à Infraestrutura, a fim de nortear as futuras análises dos resultados.

No último capítulo buscou-se realizar esse breve balanço, com a comparação entre duas concessões realizadas na mesma rodovia (concessões que se complementam e transformam toda a BR 040 em uma rodovia concedida pelo Estado para a administração privada).

1. O DIREITO DA INFRAESTRUTURA

1.1 Introdução

A Infraestrutura, de acordo com Gilberto Bercovici¹ tem seu conceito delineado no início do século XX, na terminologia administrativa francesa. Inicialmente, era utilizado para se referir às instalações permanentes das ferrovias, como pontes, túneis, redes de trilhos e estações.

Após a Segunda Guerra Mundial, a terminologia passa a ser empregada pela OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) para se referir a suas instalações militares permanentes, concomitantemente à delimitação de infraestrutura como objeto de estudos acadêmicos, uma vez que busca-se a definição mais adequada para o conceito.

Bercovici² afirma que, ao longo dos estudos, muitos economistas buscavam primeiro situar o que se enquadrava dentro do conceito de infraestrutura, tendo certo consenso os sistemas de geração e distribuição de energia elétrica, a rede de abastecimento de água, a rede de coleta e tratamento de esgoto, as telecomunicações, a produção e distribuição de gás canalizado e a rede de transportes.

Dessa feita, a primeira definição relevante de Infraestrutura foi proposta pelo alemão Reimut Jochimsen³. Ele afirmou que:

infraestrutura consiste no conjunto de instalações e condições de natureza material, institucional e pessoal, disponibilizado a unidades econômicas no âmbito de uma economia baseada na divisão do trabalho, e que auxiliam, de um lado, a reduzir as diferenças na remuneração de fatores de produção, regional e setorialmente, e, de outro, a promover o crescimento da economia.

¹ BERCOVICI, Gilberto. Elementos de Direito da Infraestrutura, São Paulo, 2015, p.17

² BERCOVICI, Gilberto. Elementos de Direito da Infraestrutura, São Paulo, 2015, p.17

³ JOCHIMSEN, Reimut. *Theorie der Infrastruktur: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung*, Tubinguen, Mohr Siebeck, 1966, p.145: “*Infrastruktur ist die Gesamtheit der materiellen, institutionellen und personalen Anlagen, Einrichtungen und Gegebenheiten, die den Wirtschaftseinheiten in Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft zur Verfügung steht, und die helfen, einerseits die Unterschied in der Entlohnung der Produktionsfaktoren zwischen Regionen und zwischen Sektoren zu verringern und andererseits das Wachstum der Volkswirtschaft zu erhöhen*”.

Observa-se que desde essa concepção do economista alemão há uma conexão entre infraestrutura e desenvolvimento (com ênfase na busca pela redução das diferenças e não o simples crescimento).

Já no campo do Direito, Bercovici⁴ afirma que não há um conceito estritamente jurídico para definir Infraestrutura. Há, na verdade, um processo de apropriação do debate econômico pelo direito, revelando a importância do processo dialógico entre as duas áreas de conhecimento, a fim de se alcançar maior certeza jurídica. Em razão disso, é relevante o crescimento do Direito da Infraestrutura como objeto de estudo, dialogando com outras áreas.

Na legislação há o emprego do vocábulo infraestrutura em alguns dispositivos, mas sem uma definição para o conceito, como no art. 21, XII, “c” da Constituição Federal de 1988 que estabelece dentre as competências da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.”

O doutrinador Rolf Stober⁵ afirma que o setor de infraestrutura contempla:

todas as medidas empreendidas pelo poder público ou por ele influenciadas, para a instauração, manutenção ou desenvolvimento de instalações, que atendam às exigências técnicas e de demanda, a fim de garantir condições presentes e futuras para o exercício ideal e competitivo da atividade econômica.

Não sem razão que o ranking de competitividade da organização internacional Fórum Econômico Mundial atribui considerável relevância à infraestrutura. Inclusive, o Brasil perdeu oito posições no ranking de competitividade do Fórum Econômico Mundial segundo o Relatório para a Competitividade Global⁶ de 2013-2014, caindo para a 56ª posição geral. De acordo com o relatório o principal fator para a piora é a falta de infraestrutura que permita a integração entre as diversas regiões de um país com dimensões continentais, bem como a dificuldade para escoar a produção para o mercado

⁴ BERCOVICI, Gilberto. Elementos de Direito da Infraestrutura, São Paulo, 2015, p.20

⁵ Josef & STOBER, Rolf (orgs.), *Lexikon des Rechts der Wirtschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1991, vol. I, p.120

⁶ The Global Competitiveness Report 2013-2014, disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf>, acesso em 7 de janeiro de 2016

internacional. No quesito infraestrutura o Brasil ficou em 114º lugar, sendo apontado como principal problema para se fazer negócios no nosso país.

Ainda em relação ao conceito de Infraestrutura, Georg Hunnekens⁷ afirma:

a infraestrutura é uma categoria vinculada ao desenvolvimento, incluindo todas as instalações e demais ações, que constituem o fundamento material e institucional – necessário e tecnicamente apropriado – para o desenvolvimento econômico de cada indivíduo e disponibilizados, em razão do interesse público que atendem, para toda a coletividade”

Observar o interesse público e atender a coletividade são funções precípua do Estado. E como diz a definição transcrita acima, as instalações que compõem a infraestrutura, em particular a brasileira, devem estar à disposição da coletividade. Contudo, deve-se problematizar essa afirmação, uma vez que há instalações que não atendem toda a coletividade, servindo como privilégio para determinada parte da sociedade. Como exemplo podemos citar as obras realizadas para a Copa do Mundo em 2014 com recursos públicos, especialmente estádios de futebol.

Por fim, Bercovici⁸ afirma que a infraestrutura se caracteriza pela artificialidade, pois se origina de uma obra ou instalação artificial de titularidade do Estado, vinculada à exploração de um serviço público ou atividade econômica ou a um uso geral.

Ele destaca que a própria Constituição atribui a responsabilidade pela infraestrutura ao Estado. De fato, em seu artigo 175, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz que “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”

⁷ HÜNNECKENS, Georg. *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*, p.15-16: “Infrastruktur bedeutet nicht die Zemetierung eines status quo, sonderd die Ermöglichung einer Ent- und Weiterentwicklung. (...) die wirtschaftliche Infrastruktur wird definiert als entwicklungsoffener Inbegriff all jenen Einrichtungen und Mabnahmen, die als materielles und institutionelles Fundament für den Bereich der Ökonomischen Entfaltung des Einzelnen und der Allgemeinheit geeignet und notwendig sind und im öffentlichen Interesse dem Gemeinwesen zur Verfügung gestellt werden”

⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Elementos de Direito da Infraestrutura*, São Paulo, 2015, p.22

1.2 O Princípio da Segurança Jurídica

De acordo com o Bruno Feigelson⁹ o princípio da Segurança Jurídica é o principal princípio do Direito da Infraestrutura. Essa relevância se fundamenta no fato de que todos os investimentos em infraestrutura são investimentos de alto valor com longo prazo para amortização dos gastos.

Consagrado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, o princípio da Segurança Jurídica diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Segundo Almiro do Couto e Silva¹⁰ a segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito.

Ainda, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹¹ diz que:

a segurança jurídica encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas

Entende-se, pois que esse princípio é fundamental, pois é ele que embasa o risco assumido pelo investidor nas concessões de infraestrutura. Afinal, como se sabe, os grandes investidores de infraestrutura são grandes fundos de pensão, fundos de investimento, entre outros, que tem metas a serem alcançadas e buscam sempre um retorno financeiro desejável. Dessa forma, se seus analistas não entenderem claramente “as regras do jogo”, podendo trabalhar com um mínimo de previsibilidade sobre o retorno do capital investido, não compensa nem iniciar negociações ou estudos de interesse sobre determinado investimento.

⁹ FEIGELSON, Bruno. Curso de Direito da Infraestrutura, Rio de Janeiro, 2015, p.81

¹⁰ Couto e Silva, Almiro do. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Número 2, Salvador, abril/maio/ junho de 2005, disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>, acesso em 10 de janeiro de 2016

¹¹ Barroso, Luís Roberto, Temas de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 2002, p.49

A título de exemplo sobre os principais acionistas de empresas que investem na Infraestrutura pode-se citar a Invepar (será melhor analisada no Capítulo 3, pois é a controladora da Via 040). Ela tem como seus acionistas o Fundo de Investimento do Banco do Brasil, a construtora OAS e os fundos de pensão Petros e Funcef, respectivamente dos funcionários da Petrobras e da Caixa Econômica Federal.

1.3. A Concessão de Serviços Públicos

Marçal Justen Filho¹² faz uma análise do instituto da Concessão, apontando que o conceito sofreu e continua a sofrer alterações. Ele afirma:

O instituto da concessão de serviço público envolve o inter-relacionamento entre Estado e iniciativa privada, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades de essencial relevância para o interesse da coletividade. Justamente por isso, o estudo da concessão não pode fazer-se de modo isolado. O regime jurídico da concessão compreende um conjunto amplo de questões atinentes à organização política do Estado. O processo histórico produz a contínua modificação das concepções prevalentes a propósito das competências e funções estatais e do relacionamento entre Estado e Sociedade, o que afeta de modo direto a temática da concessão. A disciplina jurídica da concessão abrange, como consequência, uma pluralidade de questões políticas fundamentais. As soluções jurídicas atinentes à concessão derivam, quando menos, das opções consagradas a propósito do modo de satisfação de necessidades coletivas essenciais, da disciplina da atividade econômica privada, dos limites das competências estatais, das garantias asseguradas aos particulares (considerando as diversas posições jurídicas em que se encontram). Não é surpreendente, por isso, que a concessão de serviço público seja influenciada por temas de natureza diversa, todos de grande relevância política, social e econômica. A propósito da concessão, acabam sendo consideradas e discutidas questões fundamentais relativas à organização da sociedade e do Estado.

Partindo de tantos conceitos, Marçal diz que a definição clássica de concessão de serviço público como a delegação temporária da prestação de serviço público a um terceiro, o qual assume seu desempenho por conta e risco próprios não é rigorosamente correta.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, 2003, p.11

A própria definição legislativa formal trazida pela Lei 8987/95 é questionada pelo doutrinador. A Lei em seu art. 2º, inc. II diz que a concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, 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 por prazo determinado”¹³

Marçal¹⁴ entende que essa definição apresenta exceções, evidenciadas em seu trecho final. Assim, afirma que a licitação, mesmo sendo essencial ao regime da concessão não é elemento constitutivo da sua identidade, de forma que a exigência da licitação é simples decorrência da presença da concessão, mas não define o instituto da concessão.

Além disso, afirma que a necessidade do concessionário demonstrar aptidão e idoneidade para o desempenho satisfatório da função não integra o conceito de concessão, sendo “somente” requisito após a obtenção da concessão.

Não obstante, há tópicos incontroversos na definição da Lei 8987/95, que são:

- a) A manutenção do serviço como público, pois a concessão não produz alteração do regime jurídico (a outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado).
- b) A temporariedade da delegação, pois não se admite concessão sem prazo ou concessão eterna. Se acontecesse, se descaracterizaria o instituto, levando, por exemplo, a transformação do serviço em privado, processo conhecido como Privatização, conforme se verá mais adiante).
- c) A natureza constitutiva de outorga da concessão, pois não ocorre a simples transferência da função estatal para o particular. O que ocorre é a constituição de uma relação jurídica de cunho secundário, pela qual são delegadas a um terceiro as atividades de execução de alguns dos poderes-deveres inerentes a uma função estatal

¹³ A Lei 8987/95 trata de apenas uma das duas modalidades de concessão existentes no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão comum. A outra modalidade é chamada de concessão especial, regulamentada pela Lei 10.079/04, conhecida informalmente como parceria público-privada.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, 2002, p.54

Por envolver temas de natureza tão diversa, é natural que esse instituto tenha sofrido muitas alterações.

Marçal¹⁵ propõe então a construção de um novo entendimento de concessão de serviço público buscando adequar pressupostos teóricos e princípios jurídicos ao contexto atual:

a concessão deve ser compreendida no âmbito de uma ordem política e jurídica com características diversas daquelas vigentes há cem anos. Em termos mais precisos, a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão. Alude-se, então, à nova concessão para indicar não apenas os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros, mas também as novas circunstâncias em que se insere a prestação do serviço público e outras concepções sobre a organização estatal. (...) A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana. Ou seja, a concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais. A relevância do instituto da concessão somente pode ser apreendida quando se reconhecer a relação entre concessão de serviço público e um modelo de intervenção do Estado no domínio econômico

Esse conceito supracitado da “nova” concessão que busca a realização de valores constitucionais fundamentais confere a grande relevância que esse instituto deve ter e seu protagonismo no planejamento e efetivação do Estado Democrático de Direito. Isso, pois as concessões se apresentam como alternativa para que se consiga oferecer à sociedade civil a infraestrutura de qualidade e necessária para os deslocamentos com segurança, tranquilidade e eficiência em todos os modais de transporte brasileiro.

O Estado brasileiro, ao perceber que não consegue sozinho prover os recursos para a recuperação, manutenção e aumento da infraestrutura rodoviária, ferroviária, portuária (fluvial e marítima) e aeroportuária busca, através do instituto da concessão, formalizar

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, São Paulo, 2002, p.57-58

essa via de colaboração entre Estado e iniciativa privada. Na definição de Marçal¹⁶, o modelo político prevalente exclui a viabilidade de recursos públicos serem utilizados para financiamento de grandes obras. Os investimentos relacionados com a enorme demanda por serviços públicos terão que ser arcados diretamente pela iniciativa privada.

1.4 O desenvolvimento do instituto da concessão no Brasil

As concessões sempre estiveram presentes no Brasil, variando a sua intensidade, como corrobora o trecho de pesquisa da Fundação Casa de Rui Barbosa¹⁷:

A primeira tentativa de organizar um transporte coletivo mais eficiente, com características de transporte de massa, deveu-se a um médico inglês radicado na cidade, o Dr. Thomas Cochrane, que tinha conseguido, em 1856, uma concessão do governo imperial para estabelecer linhas de veículos sobre trilhos de ferro. A proposta de Cochrane era construir um sistema ligando o velho centro à Tijuca, tendo para isso formado uma empresa que se denominou Companhia de Carris de Ferro da Cidade à Boavista na Tijuca. A linha foi inaugurada oficialmente pelo Imperador em 1859, e as viagens passaram a ser feitas de manhã e à tarde, de forma ainda precária, servindo a área da Cidade Nova. Havia apenas dois veículos em serviço, importados da Inglaterra

Ainda antes, em 1835, no recente Brasil Império independente, a lei já previa a possibilidade de concessão, com privilégio de exploração pelo prazo de 40 anos, às empresas que construíssem estradas de ferro ligando Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia.

Naquele momento o incentivo não despertou interesse. Contudo, em 1852, o primeiro grande industrial brasileiro, o Barão de Mauá recebeu a concessão do governo imperial para exploração de uma linha férrea no Rio de Janeiro, entre o Porto de Estrela, na Baía de Guanabara e a localidade de Raiz da Serra, próximo à cidade de Petrópolis.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, 2002, p. 59

¹⁷VON DER WEID, Elisabeth. O bonde como elemento de expansão urbana no Rio de Janeiro, disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/o-z/FCRB_ElisabethvonderWeid_Bonde_elemento_expansao_RiodeJaneiro.pdf> acesso em 30 de janeiro de 2016

De acordo com Pedro Henrique Pedreira Campos¹⁸, entre a metade do século XIX e 1930, antes do início da Era Vargas, houve o predomínio das empresas estrangeiras nas obras de infraestrutura (como pequenas usinas hidrelétricas e ferrovias para escoar a produção de café).

Nas primeiras décadas do século XX, a concessão passa a ser aplicada em outros setores, além do ferroviário, com destaque para a energia elétrica. Após a República Velha, com o início da Era Vargas, o Brasil passou por um processo de proliferação de empresas estatais, com a valorização da intervenção estatal direta e a consequente redução do instituto da concessão, avançando até o fim da Ditadura Militar.

O período de Getúlio Vargas na presidência é marcado pelo Estado que se destaca como grande realizador das obras de infraestrutura, tais como Companhia Siderúrgica Nacional e a Hidrelétrica do Vale de São Francisco. Essa segunda fase durou até 1955, quando delinea-se uma divisão mais clara de tarefas entre a contratação por parte do Estado (a atividade estatal-contratante) e a realização das obras de infraestrutura por parte de empresas privadas (a atividade privada-contratada). Em sua maioria, essas empresas eram de capital nacional, especialmente após 1969, em que foi publicado pelo Governo Militar o Decreto n. 64.345, de 10 de abril de 1969, que proibiu a atuação de construtoras estrangeiras em obras públicas. Com essa proibição e com as concepções ideológicas do período, as concessões perderam força para o instituto da Empreitada.¹⁹

Esse processo foi refreado a partir da década de 80, em que houve uma espécie de redescoberta do instituto da concessão, sobretudo incentivada pela crise fiscal do Estado e seu alto endividamento. Além das concessões, tem destaque as privatizações em larga escala, exigências dos organismos internacionais, como o FMI e o Banco Mundial para o ajuste fiscal que estava em curso com a adoção do Neoliberalismo.

Detalhando o conceito de Neoliberalismo, de acordo com Reginaldo Moraes²⁰

O neoliberalismo econômico acentua a supremacia do mercado como mecanismo de alocação de recursos, distribuição de bens, serviços e rendas, remunerador dos empenhos e engenhos inclusive. Nesse imaginário, o mercado é matriz da riqueza, da

¹⁸ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *Estranhas Catedrais: As Empreiteiras Brasileiras e a Ditadura Civil-Militar, 1964-1988*, Niterói, 2014, p.32

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, 2003, p.58

²⁰ MORAES, Reginaldo. *Reformas Neoliberais e políticas públicas: Hegemonia ideológica e redefinição das relações Estado-sociedade*, 2002, p. 18

eficiência e da justiça. A intervenção da autoridade pública sobre as iniciativas privadas é vista, primordialmente, como intrusão indevida, no máximo tolerada.

De acordo com Eros Roberto Grau²¹, o Neoliberalismo é uma ideologia que logrou êxito disseminando a ideia de que não havia alternativa para os seus princípios, de modo que todos, confessando ou negando, deveriam se adaptar as suas normas. Baseando-se nas conclusões de Perry Anderson²² sobre o Neoliberalismo, Eros Grau acrescenta que:

A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa 'natural' de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos, então às voltas com uma estagflação, resultado direto dos legados de Keynes e de Beveridge, ou seja, a intervenção anticíclica e a redistribuição social, as quais haviam tão desastrosamente deformado o curso normal da acumulação e do livre mercado. O desenho do programa se completa com a política de privatizações.

Assim, ao chegar no Brasil e reforçado pelo argumento do Estado ineficiente que levou à chamada década perdida (1980 – 1989) após o fim do Milagre econômico de Delfim Netto, a ideologia do Neoliberalismo foi a justificativa para várias privatizações.

23

Criou-se, também, uma série de agências reguladoras para fiscalizar a iniciativa privada. Somente relacionados à infraestrutura foram criadas a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) e a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários).

²¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, 2012, p.47

²² ANDERSON, Perry. "Balanço do Neoliberalismo". In: GENTILI, Pablo, e SADER, Emir (orgs). *Pós-Neoliberalismo*. 1ª reimpr. São Paulo, Paz e Terra, 1995

²³ O sucateamento nesse período foi tão grande que de acordo com Relatório dos bancos Itaú BBA e Santander seriam necessários US\$ 346 bilhões para implantar projetos indispensáveis ao desenvolvimento do país e à eliminação de gargalos logísticos no quadriênio 2015-2018. Atualmente, o Brasil investe entre 2,2% e 2,5% do PIB em infraestrutura, mas o índice de investimento ideal é de 4%. PENIDO DE FREITAS, Maria Cristina. *Estratégias concorrenciais e crédito bancário no Brasil no contexto pós-crise*. Disponível em <http://www.fundap.sp.gov.br/wpcontent/uploads/2014/03/boletim_economia_6_temas_setoriais.pdf>, acesso em 06 de janeiro de 2016.

Com a diminuição dos investimentos do Estado na infraestrutura, Bercovici²⁴ destaca que as primeiras vítimas são sempre aquelas pessoas economicamente mais vulneráveis, o que aumenta a desigualdade e amplia a marginalização e a exclusão. Assim, ele conclui que no modelo neoliberal a segregação prevalece sobre a integração.

1.5 O processo de desestatização do Neoliberalismo: Privatizações e Concessões

O primeiro marco regulatório da Privatização no Brasil foi o Decreto n. 86215 de 15 de julho de 1981, ainda no período militar, sob o Governo Geisel, que fixou normas para transferência, transformação e desativação de estatais. Depois dele vieram o Decreto n. 91.991, de 28 de novembro de 1985, e o Decreto n. 95.886, de 29 de março de 1988, ambos no Governo José Sarney.²⁵

Nesse período, pautado por esses decretos houve mais de 40 privatizações de pequenas e médias empresas estatais. Essas originariamente eram privadas, mas haviam sido estatizadas em função de dívidas contraídas juntamente ao BNDES e que não foram quitadas.

Posteriormente, na década de 1990 a privatização se torna uma Política de Estado.

Primeiramente, com a Lei 8031 de 12 de abril de 1990 no Governo Collor no qual fixou em seu art. 1º os objetivos fundamentais do programa:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. Elementos de Direito da Infraestrutura, São Paulo, 2015, p.26

²⁵ VALERIO, Alexandre Scigliano. Privatização no Brasil: evolução histórica, dados oficiais e críticas, Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=5> acesso em 30 de janeiro de 2016

V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o programa.

Ainda nessa lei foi criada a Comissão Diretora para gerir o Programa Nacional de Desestatização e analisar quais estatais deveriam ser colocadas no programa. Com base nessa lei, houve a privatização de 18 empresas, entre elas a Usiminas.

No governo seguinte, de Itamar Franco, foi editada a Medida Provisória 327 de 14 de junho de 1993 para permitir que o capital estrangeiro pudesse se tornar 100% do capital votante nas empresas. Foi nesse período em que se concluiu a privatização de grandes siderúrgicas brasileiras, sobretudo a CSN símbolo do desenvolvimento industrial brasileiro na Era Vargas.

O governo que se inicia em 1995 é o de Fernando Henrique Cardoso, sendo o primeiro presidente do período após o regime Militar que se reelege presidente, uma vez que a reeleição foi criada pela Emenda Constitucional nº 16 em 1997. Antes dessa emenda tiveram outras cinco emendas importantes para consolidar a Desestatização.

É importante destacar que o processo de Desestatização é formado por dois eixos distintos: a quebra do monopólio do Estado para a exploração através das concessões e a privatização de empresas estatais através da sua venda para a iniciativa privada.

a) Primeiro eixo: A quebra do monopólio do Estado para a exploração através da permissão de concessões

Foram cinco emendas relevantes para consolidar a Desestatização.

A primeira Emenda foi a nº 5 que alterou o art. 25, §2º da Constituição Federal permitindo que a exploração de gás natural pudesse ser feita diretamente ou mediante concessão à iniciativa privada.

A Emenda Constitucional nº6 revogou o art. 171 da Constituição que dava proteção especial às empresas brasileiras de capital nacional. Depois alterou o art. 176, §1º permitindo que pesquisas de recursos minerais e aproveitamento de potencial de energia hidráulica fosse feito mediante concessão da União e inclusive por subsidiárias de empresas estrangeiras.

A Emenda nº 7 alterou o art. 178 da Constituição acabando com a preferência no setor de transportes marítimos aos armadores nacionais e navios de bandeira e registro brasileiros e permitindo a navegação interior por embarcações estrangeiras.

A Emenda nº 8 deu nova redação ao art. 21, inciso XI permitindo que os serviços de telecomunicações fossem explorados diretamente pela União ou mediante concessão, permissão e autorização, suprimindo a exigência de exclusividade de empresas estatais.

Por último a Emenda nº 9 modificou o art. 177 da Constituição para autorizar a União a contratar com empresas estatais ou privadas a relação de suas atividades com relação ao petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.²⁴

Cumprе salientar que as Emendas Constitucionais 5, 6, 7, 8 e 9 tiveram a função de quebrar o monopólio do Estado na exploração econômica de várias áreas, permitindo a concessão à iniciativa privada. Posteriormente, esse mesmo governo buscou a elaboração de leis – aprovadas pelo Congresso Nacional – para reformular a estrutura das estatais e organizá-las para as privatizações. Portanto, é importante reafirmar que o movimento de desestatização é formado por dois eixos: a quebra do monopólio do Estado para incentivar os investimentos privados - entre eles para a exploração através da permissão de concessões - e a privatização de empresas estatais através da sua venda para a iniciativa privada.

Essas Emendas, de acordo com Eros Grau²⁶, buscaram desvirtuar o modelo econômico de bem-estar definido na Constituição Federal, desde o disposto em seus arts. 1º e 3º até o quanto enunciado em seu artigo 170, que não podem ser ignorados pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia:

A substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, neoliberal, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos arts. 1º, 3º e 170. À luz dessa verificação, cabe cogitarmos da relação de compatibilidade ou incompatibilidade entre a Constituição de 1988 e o programa de governo neoliberal introduzido por Collor e retomado por Fernando Henrique

Ainda tratando do primeiro eixo, além das Emendas Constitucionais quebrando o monopólio do Estado em diversas áreas, o Governo buscou descentralizar o Estado com a promulgação da já mencionada Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8987/95).

²⁶ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, 2012, p.48

De acordo com definição já apresentada contida no art. 2º, II, da Lei n. 8987/95, concessão de serviço público é a “delegação de sua prestação 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 por prazo determinado”.

Delegação, de acordo com Irene Nohara²⁷ indica a transferência contratual do exercício do serviço público, pois a titularidade é estatal, conforme determina o art. 175 da Constituição. Tal dispositivo determina que 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. E a forma de Licitação está prevista na Lei 8666/93.

Mais recentemente, o Estado criou uma nova forma de concessão para prestação de serviços públicos, através da promulgação da Lei 11079/04. Essa nova forma de concessão, chamada concessão especial institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.²⁸

As chamadas Parcerias público-privadas (PPPs) consistem em uma parceria do Estado com um investidor privado que cria uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável por implantar e gerir o respectivo objeto.

E essa concessão especial envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, o que não ocorre na prestação comum, prevista na Lei de Concessão e Permissão de Prestação de Serviços Públicos (Lei 8987/95).

b) Segundo eixo: a privatização de empresas estatais através da sua venda para a iniciativa privada

²⁷ NOHARA, Irene Patricia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.), São Paulo, 2015, p.100.

²⁸ Há duas modalidades básicas de parcerias público-privadas: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A concessão patrocinada, de acordo com a definição contida no art. 2º, §2º da Lei n. 11079/2004, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. A concessão administrativa, por sua vez, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento ou instalação de bens.

Após as emendas de desestatização, a primeira lei de destaque para a Privatização foi a Lei 9472 de 16 de julho de 1997, chamada de Lei Geral de Telecomunicações, que estabeleceu normas específicas para o processo de privatização no setor. Depois a Lei 9478 de 06 de agosto, também de 1997, abriu capital da Petrobras, admitindo que a participação da União se reduzisse ao mínimo necessário para continuar como acionista majoritário, ou seja, 50% das ações do capital votante mais uma. Outras duas leis que merecem destaque são a Lei 9648 de 27 de maio de 1998, que buscava reestruturar o Setor Elétrico para privatizá-lo e a Lei 10568 de 19 de novembro de 2002, que abriu o capital do Banco do Brasil, reduzindo, como fez na Petrobrás, a participação do Estado no controle acionário.

É óbvio que a Privatização era um dos principais programas do Estado Brasileiro sob à presidência de Fernando Henrique Cardoso, pelo empenho em aprovar as emendas e leis voltadas à desestatização durante todo o seu período de governo.

Em sua obra supracitada, Eros Roberto Grau²⁹ faz uma análise crítica sobre o processo de privatização argumentando ainda que é necessária uma análise aprofundada, sem vícios ideológicos e que observe cada um dos casos de empresas estatais que foram privatizadas.

O que se pode dizer em relação a essa matéria é que cada caso é um caso, no quadro das circunstâncias de cada Estado; por isso, se pretendermos manifestar algum comentário a respeito da privatização de empresas estatais, nada deve ser dito genericamente; devemos analisar cada caso, um a um, conforme se apresente entre nós, no quadro da realidade nacional. O resto não passa de discurso vazio, sem sentido, ideológico – no sentido forte da expressão, isto é, discurso que oculta a realidade, voluntária ou involuntariamente.

1.6 O Fim do Modelo Neoliberal e do Processo de Privatização

Com a eleição de Lula, há uma ruptura com a política da Privatização, mas não com a Política de Concessões, mostrando que o novo presidente eleito mantém a política de Desestatização em um de seus eixos, mas elimina o outro, de venda de estatais.

Isso fica claro com a publicação da Lei 10848 de 15 de março de 2004 que excluiu do Plano Nacional de Desestatização a Eletrobrás e suas controladas (Furnas Centrais Elétricas, Chesf, Eletronorte, Eletrosul e CGTEE).

²⁹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, 2012, p.286

Por outro lado, o governo Lula manteve a outorga de concessões para exploração de serviços de energia elétrica e realizou o primeiro leilão de concessões de rodovias federais no ano de 2007, entre as quais, Fernão Dias e Régis Bittencourt.

Essa realização de concessões de rodovias federais foi mantida no Governo Dilma, mostrando que esse processo foi adotado pelo Partido dos Trabalhadores como Política de Estado, o que culmina com o Programa de Investimento em Logística (PIL), lançado pelo Governo Federal.

2. O PROGRAMA DE INVESTIMENTO EM LOGÍSTICA E AS ESPÉCIES DE INFRAESTRUTURA

2.1. Primeira Etapa

A primeira etapa do Programa de Investimento em Logística foi lançado pelo Governo Federal em 15 de agosto de 2012 visando aumentar a infraestrutura brasileira através da parceria com o Setor Privado para adequá-la às extensões territoriais do país.

No lançamento inicial³⁰, o programa se restringia aos investimentos em rodovias e ferrovias, totalizando R\$ 133 bilhões, sendo R\$ 42 bilhões investidos em rodovias e R\$ 91 bilhões investidos em ferrovias. E se baseou em três metas com as finalidades de integrar os modais logísticos: a disponibilização de uma ampla e moderna rede de infraestrutura, a obtenção de uma cadeia logística eficiente e competitiva e a modicidade tarifária (ou seja, o menor valor possível a ser pago pelo usuário por um serviço eficiente).

Somente no final do ano de 2012 foram lançados o PIL: Portos e o PIL: Aeroportos.

Antes de adentrar em cada um dos modais, cumpre destacar que a apresentação das previsões de investimentos dentro do Programa de Investimento em Logística, ainda que possa ser um pouco enfadonho - com tantos números apresentados abaixo - se faz necessária para entender a complexidade do PIL, bem como detalhar o seu andamento.

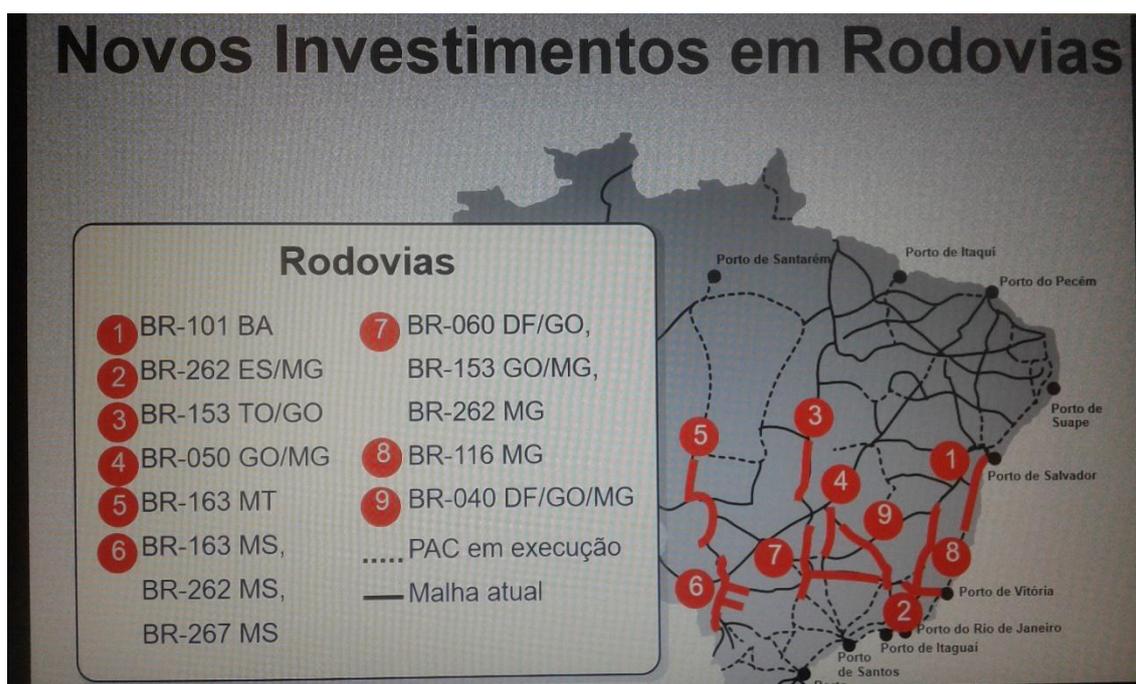
Não adiantaria tentar acompanhar os investimentos feitos em bens públicos (concedidos à iniciativa privada) sem saber como eles começaram e como se deu as autorizações para que fossem feitos. Destarte, todo acompanhamento e fiscalização do futuro dependem da clareza de informação e dos dados apresentados e detalhados no início do programa.

Esse acompanhamento é fundamental, pois todos os estudos de viabilidade econômica elaborados e as consequentes concessões se dão através do dinheiro do contribuinte e visando o Bem comum. Dessa forma, o detalhamento e aprofundamento nos números faz-se mister para posterior fiscalização.

³⁰ Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL, disponível em <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-logistica-pil>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

2.1.1. Concessões Rodoviárias

Inicia-se com o principal modal de transporte no Brasil: as rodovias. Esse modal escolheu como critério de concessão a seleção do concessionário pela menor tarifa e com o BNDES financiando entre 65% a 80% dos investimentos, com juros, em princípio, de até 1,5% acrescidos de Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP).³¹ Abaixo estão apresentadas todos os trechos inicialmente previstos para concessão.



Dessas rodovias inicialmente previstas no programa, a maioria já foi concedida à iniciativa privada, de forma que se pode afirmar que as concessões de rodovias tem sido bem sucedidas. Isso se explica em razão da rodovia ser o principal modal de transporte no Brasil e do sistema simples de concessão, uma vez que vence o processo aquela empresa que apresentar o menor preço na tarifa do pedágio (maior deságio em relação ao preço estabelecido pelo governo). No quadro abaixo observa-se as concessionárias que irão operar essas rodovias pelos próximos 30 anos:

RODOVIA (BR)	EMPRESA VENCEDORA	CONCESSIONÁRIA	DESÁGIO	DATA DE
-----------------	----------------------	----------------	---------	------------

³¹ Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL, Investimentos em rodovias <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-rodovias>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

				INÍCIO
050 GO/MG	Consórcio Planalto	MGO Rodovias	-42,38%	08/01/2014
060-153-262 DF/GO/MG	TPI - Triunfo	Concebra	-52,00%	05/03/2014
163 MS	CCR	CCR MSVia	-52,74%	11/04/2014
163 MT	Odebrecht S/A	Rota do Oeste	-52,03%	20/03/2014
040 DF/GO/MG	Invepar	Via 040	-61,13%	22/04/2014
153 GO/TO	Galvão Engenharia	Galvão Rodovia BR-153	-45,99%	12/09/2014
101 BA	-	-	-	-
262 ES/MG	Não houve interessado	-	-	-
116/MG	-	-	-	-

2.1.2 Concessões Ferroviárias

As concessões de ferrovias foram lançadas com três objetivos específicos: resgate das ferrovias como alternativa de logística, quebra do monopólio na oferta de serviços ferroviários e redução das tarifas.

E seu modelo de concessão também era específico, com uma PPP em que o governo contrataria a construção, manutenção e operação da ferrovia e a estatal VALEC compraria a capacidade integral de transporte da ferrovia para vendê-la, através de oferta pública, para usuários que quisessem transportar carga própria, operadores ferroviários independentes e concessionários de transporte ferroviário.

Além disso, haveria o financiamento através de banco público de 65% a 80% com juros de até 1% acrescidos de Taxa de Juros de Longo Prazo.

Contudo, o Programa de Investimento em ferrovias não foi bem sucedido e nenhum dos trechos abaixo teve interesse da iniciativa privada³².

³² Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL - Ferrovias, disponível em <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-ferrovias>>, acesso em 13 de janeiro de 2016



2.1.3 Concessões Portuárias

O Programa de Investimento em Logística: Portos foi lançado em 06 de dezembro de 2012 prevendo a aplicação de R\$ 54,6 bilhões para a ampliação e modernização da infraestrutura e gestão do setor. Também previu investimentos de R\$ 6,4 bilhões em acessos (R\$ 3,8 bilhões no aquaviário e R\$ 2,6 bilhões no terrestre) podendo os bancos públicos brasileiros financiar até 65% do valor do investimento com uma taxa de juros de até 2,5% ao ano mais a TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo).

Seu lançamento se deu em conjunto com a publicação da Medida Provisória N° 595 posteriormente convertida na Lei 12815/13 e teve como objetivos: a retomada da capacidade de planejamento no setor portuário, o aprimoramento do marco regulatório, novos investimentos (em concessões existentes, novos arrendamentos e Terminais de Uso Privado).

Os terminais de uso privado estão definidos no Art. 2º, IV da Lei 12815/13 como “instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado”.

Na proposta de aprimoramento do marco regulatório destacou-se o fim da diferenciação entre carga própria e de terceiros e o critério da maior movimentação com

menor tarifa para a licitação na concessão de portos e arrendamentos de terminais dentro de portos.

É importante destacar que esse critério inicialmente adotado no PIL: portos de 2012 foi alterado pela Segunda Fase do PIL em 2015. Assim, o critério com a nova fase passou a ser o maior valor de outorga (o mesmo aplicado aos aeroportos desde 2012 e que também passou a ser adotado pelo programa de concessão de ferrovias a partir de 2015).³³

2.1.4 Concessões Aeroportuárias

Por fim, o Programa de Investimento em Logística: Aeroportos foi lançado em 20 de dezembro de 2012.

Ele traçou como objetivos principais: melhorar a qualidade dos serviços e a infraestrutura aeroportuária para os usuários, ampliar a oferta de transporte aéreo à população brasileira e reconstruir a rede de aviação regional.

Dessa forma, no lançamento do PIL: Aeroportos em 2012³⁴ ficou previsto a adoção de quatro medidas centrais:

a) Concessões

Após as concessões bem sucedidas, no início de 2012, dos aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília, o programa previu expressamente as concessões dos aeroportos do Galeão no Rio de Janeiro e de Confins em Belo Horizonte.

De fato essas concessões ocorreram logo no final do ano seguinte, em novembro de 2013, de forma célere e eficiente, com pagamento de R\$ 19 bilhões pelo direito de explorar o aeroporto do Galeão por 25 anos e de R\$ 1,82 bilhões pelo direito de explorar o aeroporto de Confins por 30 anos.

³³ Programa de Investimento em Logística: Portos, p.3, disponível em <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/portos-pil2015>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

³⁴ Concessões de aeroportos, disponível em <<http://www.infraero.gov.br/index.php/transparencia/concessao.html>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Houve prioridade para essas concessões em razão da Copa do Mundo. E como já havia acontecido anteriormente, essas concessões aeroportuárias utilizaram como critério para definir os vencedores o maior valor de outorga.

Os investimentos previstos em 2012 foram de R\$ 6,6 bilhões para o Galeão e R\$ 4,8 bilhões para Confins.

Depois dessas concessões o Governo, através da Empresa de Planejamento Logístico (EPL) iniciou estudos de viabilidade para concessão de mais quatro aeroportos: Florianópolis, Salvador, Porto Alegre e Fortaleza (mais detalhes no tópico sobre a Segunda etapa do Programa de Investimento em Logística).

b) Aviação Regional

Escolhida como prioridade, o PIL: Aeroportos previu R\$ 7,3 bilhões em investimentos em 270 aeroportos regionais com a expansão da malha para integração do território nacional, desenvolvimento dos polos regionais, fortalecimento dos centros de turismo e garantia de acesso às comunidades da Amazônia Legal, com incentivos econômicos previstos na Medida Provisória Nº 652 de 25 de julho de 2014, mas que perdeu sua validade e não foi convertida em lei.

Também foi previsto isenção para tarifas de aeroportos com fluxo inferior a 1 milhão de passageiros por ano e subsídios para as rotas de viagens menos rentáveis com o intuito de incentivar as empresas aéreas a criarem rotas regionais e também de aumentar a concorrência com o transporte rodoviário, culminando no barateamento das passagens de ambos os modais.

Ainda tratando-se da aviação regional, o programa previu o aprimoramento regulatório pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) para a distribuição de slots (alocação de horários de chegadas e partidas de aeronaves). Essas novas regras foram aplicadas, pois não dependia de lei, mas apenas de portaria da agência reguladora.

De acordo com as novas regras, todos os slots passaram a ser distribuídos por critérios de eficiência (regularidade e pontualidade) e participação da empresa nas redes regional e nacional de aviação. Ainda, a empresa aérea que, durante 6 meses, descumprir a exigência de pontualidade de 75% e de regularidade de 80% em um determinado slot, terá o slot retirado (no caso de Congonhas a exigência é de 80% e 90% respectivamente, pois é o aeroporto mais movimentado na proporção com seu tamanho).

2.2 Segunda Etapa

No dia 09 de junho de 2015 foi lançado a segunda etapa do Programa de Investimento em Logística com previsão de R\$ 198,4 bilhões em investimento, sendo de acordo com Nelson Barbosa³⁵, à época Ministro do Planejamento, R\$ 66,1 bilhões para as rodovias, R\$ 86,4 bilhões para as ferrovias, R\$ 37,4 bilhões para os portos e R\$ 8,5 bilhões para os aeroportos. Dessa forma, a Segunda Etapa do PIL contemplou os 4 modais de infraestrutura já em seu lançamento.

Essa etapa elencou como seus objetivos: aumentar a competitividade da economia, escoar com eficiência a produção agrícola crescente, reduzir os custos de logística para a indústria, atender ao aumento das viagens nacionais e internacionais e ampliar as exportações.

Para justificar esses investimentos, pode-se observar os dados do IBGE no período de 2000 a 2014³⁶. A produção de grãos teve um crescimento de 129,8%, o número de passageiros cresceu 154,3%. E de acordo com o Denatran (Departamento Nacional de Trânsito) a frota de veículos cresceu 184,6%

Contudo, esse crescimento se deu em um cenário de expansão do Consumo (sobretudo com o Boom da Classe Média que passou de 40 milhões de pessoas no Brasil)³⁷. A partir do arrefecimento dessa expansão, com o aumento do endividamento das famílias, o crescimento econômico começa a ser prejudicado.

Além disso, após a reeleição de Dilma Roussef para presidência e a eleição de Eduardo Cunha para a Câmara dos Deputados no início de 2015 movimentos de contestação e disputas por cargos públicos se tornam mais intensos.

É em meio a esse cenário, de instabilidade política e econômica que a Segunda Etapa do Programa é lançada (cenário diverso do existente no lançamento da Primeira

³⁵ Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística, disponível em <<http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministerio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

³⁶ Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística. Slides 6 a 9, disponível em <<http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministerio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

³⁷ ALVES, Clarissa Maria Cardão, A ascensão da nova classe média brasileira sob a ótica da renda e do crédito (Monografia de final de curso) PUC-RJ, 2014, disponível em <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Monografia_Clarissa.pdf> acesso em 13 de janeiro de 2016

Etapa). Em razão disso, se torna mais difícil convencer o empresariado a fazer os grandes aportes nas concessões de infraestrutura.

Para tentar vencer esse ceticismo, o Governo estabelece as Diretrizes para Concessão de Infraestrutura³⁸. Entre elas elenca:

- . Diálogo com governadores para apoiar o desenvolvimento regional
- . Consulta ao setor privado para atender as condições necessárias à retomada da economia
- . Aprimoramento dos marcos regulatórios
- . Remuneração compatível com custos e riscos de construção
- . Disponibilidade de financiamento de longo prazo com maior participação de instituições privadas e do mercado de capitais

Em relação a essas diretrizes observa-se a importância conferida ao Princípio da Segurança Jurídica, com o intuito de aprimorar os marcos regulatórios, bem como uma mudança na postura do Governo para não mais financiar essas grandes obras somente com recursos públicos (através sobretudo do BNDES) com juros subsidiados. Opta-se aqui por incentivar a participação de instituições privadas e do mercado de capitais (utilização das debêntures de infraestrutura criadas pela Lei 12431/11), diminuindo o financiamento através do BNDES, que na Primeira Etapa do PIL poderia chegar a 80% do investimento.

2.2.1 Concessões Rodoviárias

O processo de concessão adotado na Primeira Etapa foi mantido, sendo critério para escolha do vencedor a menor tarifa de pedágio.

Para o ano de 2015 foi previsto o leilão de 5 trechos de rodovias. Contudo, o único trecho que chegou ao final do processo de concessão foi a Ponte Rio-Niterói (BR-101), que teve como vencedora a empresa EcoRodovias com o oferecimento da menor tarifa de pedágio no valor de R\$ 3,70. Os demais trechos são BR-163 que liga o Mato Grosso ao

³⁸ Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística, disponível em <http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministrio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Pará, BR-476/153/282/480 entre os estados de Santa Catarina e Paraná, BR-364 ligando Minas Gerais ao estado de Goiás e BR-364/060 no trecho entre Mato Grosso e Goiás.

Esse atraso nas concessões de 2015 deve ter impacto nas concessões que estavam previstas para acontecer em 2016 (que devem ficar para o ano seguinte), pois é objetivo do Governo que as 11 concessões inicialmente previstas para 2016 se integrem com as anteriores já realizadas, uma vez que alguns trechos são próximos e se forem arrematados pela mesma concessionária podem otimizar seu trabalho, o que aumentaria seu interesse no leilão.

Além disso, há previsão de R\$ 15,3 bilhões em investimentos de concessões já existentes. Esses investimentos são consequência de aditivo contratual assinado com a concessionária que prorroga o tempo de concessão. Em relação a esse último tema, a alteração de contrato de concessão com o aditivo, é importante uma análise mais aprofundada.

A alteração de contrato de concessão rodoviária é entendida pelo Ministro Luis Roberto Barroso como um “contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública”, categoria definida no art. 2º, III da Lei 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Barroso afirma ainda que boa parte da doutrina entende que a Lei 8666/93, que regula as licitações, é aplicada subsidiariamente, quando cabível, na qualidade de norma geral. Isso se dá, pois o art. 65 dessa lei dispõe especificamente da possibilidade de alteração de contrato, com as devidas justificativas.

É não por outra razão que Barroso³⁹ elucida a questão:

A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, veem com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. Por outro lado, os contratos administrativos existem para realizar o interesse público e determinadas necessidades a ele associadas. Nesse contexto, se as atividades previstas no contrato já não são adequadas para atender estas finalidades, ou se novas demandas surgiram com o tempo, relacionadas com o interesse público que se procura realizar, ou, ainda, se por

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: Acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e Limites, Rio de Janeiro, 2008, p.13

qualquer outra razão legítima são necessárias modificações do que já foi pactuado, o ideal é que se possa implementar esses ajustes para que o interesse público não seja prejudicado.

2.2.2 Concessões Ferroviárias

Nas concessões ferroviárias se observa o maior número de mudanças na comparação entre as duas etapas do Programa de Investimento em Logística, pois a Primeira Etapa não logrou êxito no modal ferroviário. Não houve interesse dos investidores e nenhuma concessão foi realizada através do programa.

O Governo adotou o denominado Aperfeiçoamento do modelo de concessão, com os seguintes pontos⁴⁰:

- . Assegurar o direito de passagem com vistas à integração das malhas das concessões existentes e novas
- . Aprimorar a concorrência no modelo de operador verticalizado
- . Valorizar investimentos públicos no eixo Norte-Sul
- . Usar procedimento de Manifestação de Interesse – PMI
- . Adotar o modelo de licitação por outorga ou compartilhamento de investimento

Destaca-se a simplificação do o modelo de licitação, que passa a ser de simples outorga (empresa que oferece maior valor) ou com compartilhamento de investimento com o poder público.

Em relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse ter-se-á um tópico para aprofundá-lo mais adiante, uma vez que esse passou por alterações recentes com o Decreto 8428/15.

Analisando especificamente os projetos dos trechos que serão concedidos à iniciativa privada, destaca-se a Ferrovia Norte-Sul, projetada para ligar Barcarena/PA a

⁴⁰ Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística, disponível em <<http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministerio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Rio Grande/RS e promover a integração nacional. Observa-se os detalhes extraídos do site da VALEC⁴¹

As obras dessa ferrovia foram iniciadas na década de 1980, a partir de sua ligação com a Estrada de Ferro Carajás – EFC. O traçado inicial previa a construção de 1.550 km, de Açailândia/MA a Anápolis/GO, de modo a cortar os Estados do Maranhão, Tocantins e Goiás. Com a Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008 (que aprovou o plano nacional de Viação e reestruturou a VALEC) foram incorporados a esse traçado os trechos de Barcarena/PA a Açailândia/MA e de Ouro Verde/GO a Panorama/SP.

Em 27 de junho de 2006, a VALEC iniciou o processo de licitação para contratar a subconcessão do subtrecho da Ferrovia Norte Sul de Açailândia/MA a Palmas/TO, com extensão de 719 km. Em 3 de outubro de 2007, a Vale S.A. arrematou, com lance de R\$ 1,478 bilhão, a subconcessão para exploração comercial por um período de trinta anos. Em face da exigência do Edital de licitação para subconcessão, foi criada a empresa Ferrovia Norte Sul S.A., que efetivou o contrato em 20 de dezembro de 2007. Hoje, essa subconcessionária é responsável pela conservação, manutenção, monitoração, operação, melhoramentos e adequação desse trecho ferroviário.

Atualmente, com a Segunda Etapa do PIL busca-se conceder os trechos dessa ferrovia que se ligarão ao trecho já operado pela concessionária Ferrovia Norte Sul S.A que ganhou o leilão em 2007, tendo concluído as obras em 2010.

Somado aos demais trechos ferroviários projetados para concessão alcança-se um valor total de R\$ 86,4 bilhões em investimentos, sendo que R\$ 16 bilhões seriam resultantes de novos investimentos em concessões já existentes, com a contrapartida do aditivo contratual que altera o contrato de concessão, prorrogando-o. (mesma técnica prevista nos projetos dos outros modais). Mais uma vez, é relevante citar o ministro Luis Roberto Barroso⁴²:

o próprio atendimento do interesse público e as necessidades de eficiência e economicidade impõem a mutabilidade dos contratos administrativos, como já se referiu. Vedar inteiramente a possibilidade de o administrador alterar os contratos firmados

⁴¹ Ferrovia Norte – Sul, disponível em <<http://www.valec.gov.br>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: Acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e Limites, Rio de Janeiro, 2008

privaria a autoridade pública dos meios necessários para a consecução dos fins públicos pelos quais lhe cabe zelar.

Dentre as concessões existentes, destaca-se a malha ferroviária da MRS Logística, que passa pela cidade de Juiz de Fora e região da Zona da Mata. As exigências do Governo para o aditivo são: ampliação da capacidade de tráfego, novos pátios, a redução de interferências urbanas, duplicações, construção de novos ramais, equipamentos de via e sinalização e a ampliação da frota.

A MRS Logística protocolou no dia 09 de novembro de 2015 junto a ANTT (Agência Nacional de Transporte Terrestre) seu pedido para que a sua concessão, que vence em 2026, seja prorrogada por mais 30 anos, condicionada aos investimentos necessários.⁴³

2.2.3 Concessões Portuárias

A nova Lei de Portos (Lei 12815/13) permitiu o aumento do investimento em terminais de uso privado, sem exigência de carga própria. Também estabeleceu as diretrizes para a licitação de novos arrendamentos e a renovação dos arrendamentos existentes, visando: modernizar e aumentar a capacidade dos terminais portuários, dar escala competitiva a esses terminais e reduzir os custos para atender a demanda por movimentação de carga.

A Segunda Fase do Programa para os portos prevê um total de R\$ 37,4 bilhões em investimentos, sendo R\$ 11,9 bilhões em 50 novos arrendamentos, R\$ 14,7 bilhões em 63 novos terminais de uso privado e R\$ 10,8 bilhões em 24 renovações de arrendamentos. E diferentemente do modelo de concessão das rodovias (baseado na menor tarifa), o modelo de concessão dos portos é de licitação por outorga, em que vence a empresa que oferecer o maior valor de outorga para o Governo (a alteração do modelo de maior movimentação com menor tarifa, previsto no PIL de 2012, para o modelo de outorga foi autorizado pelo Tribunal de Contas da União).

⁴³ MRS Logística S.A

<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/11231/MRS_Logistica_S_A_.html>, acesso em 13 de janeiro de 2016

De acordo com o cronograma estabelecido, ao final de 2015 deveria ocorrer a primeira concessão de portos do Programa de Investimento em Logística para a iniciativa privada. Seriam ofertados 29 novos arrendamentos, sendo 9 em Santos e 20 no Pará (nas cidades de Barcarena e Santarém), totalizando R\$ 4,7 bilhões em investimentos.

De fato essa oferta ocorreu no final de 2015. Contudo, não se deu com todos os terminais inicialmente previstos. No dia 09 de dezembro de 2015 realizou-se o leilão de arrendamento de 3 terminais (Ponta da Praia, Paquetá e Macuco), todos na cidade de Santos. Os terminais localizados no Pará, que também seriam ofertados no final de 2015 não receberam propostas de interesse e foram retirados do leilão.

Nos terminais já concedidos à iniciativa privada, as empresas vencedoras investirão R\$ 608 milhões nas concessões que tem duração de 25 anos. Observe tabela abaixo:

TERMINAL LEILOADO	EMPRESA VENCEDORA	INVESTIMENTO
Ponta da Praia	Consórcio LDC Brasil (Loius Dreyfus, com 60%, e Cargill, com 40%)	R\$ 215 milhões
Paquetá	Marimex Despachos	R\$ 243 milhões
Macuco	Fibria Celulose	R\$ 150 milhões

Os terminais do Pará e os demais de Santos (remanescentes do Bloco 1) que ainda não foram leiloados, devem se juntar ao chamado Bloco 2 (referente aos demais novos arrendamentos), com previsão de licitação para o primeiro semestre de 2016 e investimentos de R\$ 7,2 bilhões de reais. Entre os terminais que serão ofertados estão alguns localizados no Porto de Suape (o mais movimentado do Nordeste), Porto de Paranaguá (no Paraná), Porto do Rio de Janeiro e novamente no Porto de Santos (o mais movimentado do Brasil). Assim, se conclui as ofertas previstas dos 50 novos arrendamentos nos Portos.

- 21 terminais – Suape, Aratu, Rio de Janeiro, São Sebastião, Santos, Paranaguá, São Francisco do Sul, Manaus, Santana e Itaquí
- Investimentos de R\$ 7,2 bilhões
- Licitação por outorga
- Previsão de licitação no 1º semestre/2016



Tipo	Porto	Investimento
Contêineres e Carga Geral	Manaus, Paranaguá, Santana, Suape (2), São Sebastião e São Francisco do Sul	3,2 bi
Granéis Minerais	Itaquí, Paranaguá, Aratu e Suape (2)	1,8 bi
Grãos	Suape, Santos, Rio de Janeiro e Paranaguá (3)	1,8 bi
Granéis Líquidos	Santos	0,1 bi
Celulose	Paranaguá e Itaquí	0,3 bi
Total		7,2 bilhões

Em relação aos 63 novos terminais de uso privado previstos no programa, ao menos 36 já foram autorizados, de acordo com informativo da Secretaria de Portos da Presidência da república (SEP/PR). A última autorização foi para a empresa Vetria Mineração ocupar uma área no Porto de Santos, com investimento de R\$ 2,5 bilhões nos próximos 6 anos.⁴⁴

De acordo com a Secretaria de Portos a estimativa com as 63 autorizações para terminais de uso privado é de movimentar R\$ 14,7 bilhões em investimento.

E, como já mencionado, a prorrogação de contratos de arrendamento já existentes teve previsão inicial de 24 pedidos e investimento de R\$ 10,8 bilhões. A última renovação localizada junto a Secretaria de Portos (SEP/PR) foi para a empresa CSN no município de Itaguaí e com previsão de investimento de R\$ 2,5 bilhões de reais.⁴⁵

É importante destacar que a prorrogação de contratos de arrendamento é uma inovação introduzida pela nova Lei de Portos (Lei 12815/13) e tem o objetivo de dar mais

⁴⁴ No site da Secretaria de Portos encontrou-se a informação de que a autorização para a empresa SS Naval Comércio e Serviços Ltda foi a 35ª das previstas pelo PIL. <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/sep-autoriza-terminal-de-uso-privado-no-espirito-santo>>. Contudo, depois dessa encontrou-se outra autorização de TUP no dia 28 de setembro de 2015 no Porto de Santos, mas a Secretaria não informa o número dessa autorização.

⁴⁵ Prorrogação da CSN no RJ disponível em <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/ministro-da-sep-assina-prorrogacao-da-csn-no-rj-e-novo-terminal-em-santos-que-preve-investimentos-de-r-5-bilhoes>, acesso em 13 de janeiro de 2016

celeridade para a realização de investimentos necessários para a expansão dos terminais portuários.

2.2.4 Concessões Aeroportuárias

No Programa de Investimento em Logística de 2015 estão previstas novas concessões, sendo 4 aeroportos com projeção nacional (Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis) e 7 aeroportos regionais (Caldas Novas em Goiás e 6 no estado de São Paulo: Araras, Bragança Paulista, Campinas, Itanhaém, Jundiaí e Ubatuba).⁴⁶

Com previsão de R\$ 8,5 bilhões em investimentos, essas concessões objetivam: ampliar a infraestrutura, criar novos hubs regionais, elevar os altos índices de satisfação dos passageiros, trazer mais inovação e experiência de operadores internacionais, incentivar o turismo e aperfeiçoar o transporte de cargas.

Também há a previsão de reestruturar e modernizar a Infraero, já que com as concessões de 2013 a empresa estatal perdeu seus aeroportos com maior receita.

2.3 Empresa de Planejamento e Logística S.A.

A Empresa de Planejamento e Logística S.A. criada através da Lei 12743/12 foi inicialmente denominada Empresa de Transporte Ferroviário de Alta Velocidade S.A. (ETAV) e passou a ser Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), ampliando as suas competências. É uma empresa estatal vinculada ao Ministério dos Transportes e tem por finalidade estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento integrado de logística no país, interligando portos, aeroportos, ferrovias, rodovias e hidrovias.⁴⁷

⁴⁶ Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística, disponível em <<http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministerio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

⁴⁷ Empresa de Planejamento e Logística – Histórico, disponível em <<http://www.epl.gov.br>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Com a alteração de nome, que ampliou sua abrangência, deixando de cuidar apenas do projeto do Trem de Alta Velocidade para ligar o Rio de Janeiro a Campinas, seus principais objetivos estão no Art. 3º, II da referida lei:

II – prestar serviços na área de projetos, estudos e pesquisas destinados a subsidiar o planejamento da logística e dos transportes no País, consideradas as infraestruturas, plataformas e os serviços pertinentes aos modos rodoviário, ferroviário, dutoviário, aquaviário e aeroviário

O Art. 5º da mesma lei acrescenta que compete à EPL “elaborar estudos de viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira necessários ao desenvolvimento de projetos de logística e transportes”

A Lei estipulou uma série de competências e atividades para a EPL (algumas questionáveis e muitas outras que não foram colocadas em prática). Essa lei não será objeto de aprofundamento nesse trabalho, cumprindo destacar apenas que tem-se a impressão que o protagonismo imaginado para a nova estatal no Programa de Investimento em Logística (conforme demonstra ilustração abaixo obtida na Apresentação do PIL: portos de 2012 que indica a EPL ligada ao Ministério do Transporte, Secretaria de Portos, Secretaria de Aviação Civil e Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte) não ocorreu.



Não cabe fazer conjecturas, mas uma provável causa para isso foi o fato da Empresa estar vinculada ao Ministério dos Transportes enquanto que foi o Ministério do Planejamento que elaborou, executou e controlou a Primeira e a Segunda Etapa do PIL.

Assim, no lugar que deveria ser ocupado pela EPL com os estudos de projetos, destacou-se o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) regulado recentemente pelo Decreto 8428/15. Esse decreto dispõe sobre o procedimento a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública.

De acordo com o Art. 1º, § 4º da referida lei, o PMI possui as fases de abertura (por meio de publicação de edital de chamamento público), autorização para a apresentação de projeto, levantamento, investigação ou estudo e a última fase de avaliação, seleção e aprovação.

A concessionária vencedora da concessão ficará responsável por ressarcir a empresa que realizou os estudos se eles forem realmente utilizados no certame, nos termos do art. 21 da Lei 8987/95, dos arts. 4º-A, III e 31 da Lei 9074/95 e do art. 16 do já mencionado Decreto 8428/15.

3. BR-040 E SUAS CONCESSÕES: 18 ANOS DE INTERVALO

3.1 A infraestrutura rodoviária: fenômeno multidimensional

Antes de tratar especificamente da BR-040 e suas concessões, é importante analisar a inserção da infraestrutura rodoviária como um fenômeno multidimensional, isto é, um fenômeno jurídico-político-econômico.

Essa característica ilustra também o conteúdo do Direito Econômico, que de acordo com Washington Peluso Albino de Souza⁴⁸, integra-se nas preocupações com a Ordem Jurídica, porém o faz voltado para a conotação político-econômica. Assim, sob à luz constitucional, a Ordem Jurídico-político-econômica não se limita apenas a um, ou alguns fatos econômicos esparsos, mas se caracteriza por um conjunto de princípios harmonicamente dispostos, que traduzem os elementos ideológicos do sistema ou do regime político adotado.

3.1.1 Rodovia como fenômeno econômico

Inicialmente nos detendo na rodovia como fenômeno econômico, observa-se que nela há a circulação de pessoas e cargas, fenômeno econômico fundamental em uma economia.

Como observa Albino de Souza⁴⁹, o Instituto da Circulação é um fato complexo, dentre os quais identifica-se vários outros. Porém, se destaca a “circulação econômica” da “circulação física”, ambas interessando ao Direito Econômico.

Na circulação econômica, o fato originário é a troca de bens, que depende de um bem intermediário, cuja função já foi exercida por diversas espécies de bens e atualmente é exercida pela moeda (o dinheiro). Assim, relaciona-se, em regra, três elementos, que são o “valor bem”, o “valor da moeda” e o fato econômico “preço”, que é a medida econômica dos dois, ou seja, a “medida” em moeda do valor do bem. Essa circulação é

⁴⁸ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Primeiras Linhas de Direito Econômico, São Paulo, 2003, p.179

⁴⁹ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Primeiras Linhas de Direito Econômico, São Paulo, 2003, p.180

relevante para o Direito Econômico, pois a circulação da moeda tem impactos diretos na organização do Estado.

Já a circulação física é entendida como o deslocamento da mercadoria no espaço, isto é, o transporte (a moeda também circula no espaço, contudo é uma circulação predominantemente virtual, o que a exclui do conceito de circulação física).

É o transporte, assim, o meio de permitir o deslocamento do bem de um lugar para o outro, seja por via terrestre, aérea, marítima ou fluvial. No tocante ao transporte terrestre, o modal rodoviário tem um grande destaque no Brasil, uma vez que foi uma escolha, dentro do Planejamento estatal, priorizar esse modal. Os objetivos a serem alcançados que justificaram essa escolha foram muitos, entre os quais o desenvolvimento da indústria automobilística. Matéria consumada é que atualmente é através das rodovias que se realiza a maior quantidade de transporte (sem especificar se de cargas ou de pessoas).

Além disso, a política econômica brasileira também vem optando nos últimos anos pelo fortalecimento da Política de Concessões (como se viu nos capítulos anteriores). Por isso, Washington Peluso Albino de Souza⁵⁰ conclui:

Na “circulação física”, os princípios ideológicos oferecem algumas particularidades. Por tratar-se da questão de transportes, com ampla e variada natureza de interesses a serem atendidos, seu “preço” passa a ser determinado no livre mercado, ou, então, regulamentado. Neste último caso, deparamo-nos com os “serviços públicos” concedidos e permitidos, que a Carta de 1988 inclui nos “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (Tít. VII, Cap. I, art. 175), a serem executados, não diretamente pelo Estado, e sim por empresas concessionárias ou permissionárias. O caráter político-econômico dessa relação jurídica, expresso no *quantum* das tarifas e na contraprestação de garantia dos direitos dos usuários, lhe conferem a natureza de matéria de Direito Econômico. As “condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”, registradas no mesmo artigo, acomodam-se em “interface”, na área de Direito Administrativo.

⁵⁰ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Primeiras Linhas de Direito Econômico, São Paulo, 2003, p.532

3.1.2 Rodovia como fenômeno jurídico

A rodovia (especificamente, pois é esta o objeto de estudo atual, mas essa ideia se estende aos demais modais de transporte) é um fenômeno jurídico, pois existe um aparato legislativo do Direito Administrativo que rege essa modalidade de infraestrutura, notadamente na matéria de concessão rodoviária.

Assim, para analisar o contrato de concessão de rodovias, se observa quatro particularidades elencadas em parecer de Luis Roberto Barroso⁵¹.

A primeira particularidade se refere à complexidade do objeto contratual, que, em regra, envolve as seguintes atividades: recuperação, reforço, monitoramento, melhoramento, manutenção, conservação, operação e exploração de determinado trecho rodoviário e de seus acessos. Contudo, com tantas atividades elencadas de forma geral, pode ser incluído dentro delas mais uma série de atividades. Como exemplo, dentro da previsão de recuperação e melhoramento de uma rodovia pode ser incluído o recapeamento da rodovia, a sua duplicação, a construção de acostamentos, canteiros centrais, passarelas em área de grande densidade populacional, etc. Em segundo lugar, as obras necessárias para a realização desses objetivos podem variar de maneira importante ao longo do tempo, tendo em conta as novas necessidades dos usuários.

A segunda particularidade destacada envolve os longos prazos fixados nos contratos de concessão rodoviária, que variam, em geral, de 20 (vinte) a 25 (vinte e cinco) anos. O prazo longo é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pela tarifa paga pelos usuários, mantendo-se sua modicidade, amortizando os vultosos custos com os investimentos feitos e obtendo lucro. Porém, isso agrega à discussão sobre o regime jurídico das concessões rodoviárias dois elementos: o primeiro, como já referido, é a necessária alteração das necessidades dos usuários e moradores do entorno, relacionadas com o bem público em questão; e o segundo é que o contrato da concessão terá de conviver com agentes públicos e governos diversos ao longo do tempo. E cada um desses grupos políticos poderá ter uma percepção diferente em relação ao que é prioritário para a realização do objeto contratual, levando a constituição de uma série de aditivos contratuais.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites, Rio de Janeiro, 2008, p.5-8

Os dois elementos da segunda particularidade levam a formação da terceira particularidade, chamada por Barroso de mutabilidade do contrato administrativo, isto é, o poder-dever conferido à Administração de realizar alterações no objeto do contrato para que se realize da melhor forma possível o interesse público e a realização de serviços adequados, conforme art. 6º da Lei 8987/95.

Por fim, a quarta particularidade da concessão rodoviária envolve a espécie de relação que o concessionário mantém com os usuários. O interesse destes deve ser fortemente considerado pela concessionária, pois são os usuários que a remuneram diretamente, e não o Poder Público. O Poder Público recebe um valor pela outorga e acompanha o contrato de concessão, fiscalizando-o. Vale a transcrição de Barroso⁵²:

Nos contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei n 8666/93, o particular contratado, *e.g.*, conduz determinada obra, fornece bens e presta serviços ao Poder Público e recebe dele o pagamento correspondente. É certo que, em última análise a população deverá ser a beneficiária final do objeto de tais ajustes, mas o fato é que não há entre ela e o contratado uma relação jurídica.

O quadro é diferente no âmbito dos contratos de concessão. Em primeiro lugar, o destinatário imediato dos serviços desenvolvidos pelo concessionário é a população, e não o Poder Público. Há, portanto, uma relação direta entre o concessionário, na qualidade de prestador do serviço, e o usuário. Por outro lado, é o usuário que remunera, por meio das tarifas, o concessionário. A Administração, a rigor, e como já referido, nada paga ao particular.

3.1.3 Rodovia como fenômeno político

A rodovia é um fenômeno político, pois a decisão sobre a modalidade, grau e intensidade é puramente político, isto é, a deliberação sobre o papel do Estado no investimento, a presença da iniciativa privada, a remuneração dos agentes privados, etc. Tudo isso é um debate sobre o papel do Estado e do mercado.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites, Rio de Janeiro, 2008, p.9

Peter Evans⁵³ destaca que a composição dos cargos de confiança na esfera pública apresenta uma peculiaridade em relação aos demais países: o apadrinhamento. Esse fato tem como consequência a perda de qualidade técnica nos processos decisórios, uma vez que são os cargos de confiança que muitas vezes possuem superioridade hierárquica nas agências reguladoras e ministérios que tratam das concessões rodoviárias. Evans afirma ainda que em geral, os apadrinhados trocavam de cargo a cada 4 ou 5 anos, dificultando a construção de um ethos e de uma perícia organizacional e politicamente relevantes.

Assim, observando como exemplo a ANTT, que representa o Poder Público como concedente nos contratos de concessão rodoviária, a alteração do diretor-geral pode levar a alterações nos cargos inferiores e a perda de toda uma estrutura de comunicação entre o Poder Público e o concessionário que já havia sido estabelecida.

Dessa forma, conclui-se que a análise da rodovia (e dos outros modais) como um fenômeno multidimensional é relevante para sopesar os princípios indissociáveis para o predomínio da paz social e da ordem constitucional. Destaca-se então mais uma vez a necessidade de respeitar o Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio do Equilíbrio Econômico-financeiro que norteiam os contratos de concessão entre o Poder Público e a empresa privada, bem como os aditivos contratuais realizados posteriormente.

3.2 O Passado Glorioso

A BR-040 atualmente liga a capital federal Brasília ao município do Rio de Janeiro com uma extensão total de 1178,7 quilômetros. Essa ligação se dá passando por outras cidades de destaque como Belo Horizonte, Juiz de Fora e Petrópolis. Para facilitar a análise histórica da BR⁵⁴, pode-se dividi-la em 4 trechos: Rio – Petrópolis; Petrópolis – Juiz de Fora; Juiz de Fora – Belo Horizonte; Belo Horizonte – Brasília:

⁵³EVANS, Peter. The state as problem and solution: predation, embedded autonomy and structural change", in Stephan Haggart/Robert Kaufman (eds.). Politics of Economic Adjustment Princeton University Press, 1992, publicado em Lua Nova: Revista de Política e Cultura, São Paulo, 1993, p.12

⁵⁴ História da BR-040, disponível em <<http://www.novaserraconcer.com.br/Concer/Hist%C3%B3riaBR040.aspx>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

a) Rio-Petrópolis

O trecho que liga as cidades do Rio de Janeiro e Petrópolis, atualmente conhecido como Rodovia Washington Luis foi um marco na história do desenvolvimento do Brasil. Esse trecho foi inaugurado em 1928 pelo então presidente Washington Luis que tinha como lema “governar é abrir estradas”, após críticas da imprensa e da população com o descaso aos acessos a antiga cidade imperial. Três anos depois, em 1931, essa rodovia se tornou a primeira rodovia asfaltada do país.

b) Petrópolis – Juiz de Fora

O outro trecho da rodovia, ligando Petrópolis à cidade de Juiz de Fora foi inaugurado em 1980 dentro do Programa Nacional de Viação (lei 5917/73) em substituição à antiga Estrada União e Indústria. Essa foi a primeira rodovia brasileira, inaugurada em 1861 pelo imperador D. Pedro II e construída pela empresa União e Indústria do Comendador Mariano Procópio Ferreira Lage.

c) Juiz de Fora – Belo Horizonte

Esse trecho foi inaugurado em 01 de fevereiro de 1957 pelo Presidente Juscelino Kubischek (através da Lei 12028/09 o trecho que liga Petrópolis até Brasília foi denominado Rodovia Presidente Juscelino Kubischek) dando origem à BR-3.

BR-3 foi como se chamou o trecho que liga o Rio de Janeiro até Belo Horizonte, que em 1964 passou a se denominar BR-040. Um famoso refrão cantado por Tony Tornado e vencedor do Festival Internacional da Canção em 1970 dizia “A gente corre na BR-3. A gente morre na BR-3” revelando o protagonismo dessa rodovia, bem como seus perigos.

É esse trecho que possui os traçados mais perigosos, sendo que alguns já foram até substituídos como o extinto “Viaduto das Almas”, e era muito criticado pela carência de manutenção, sinalização e pistas duplicadas. A concessão desse trecho realizada em 2014 (será analisada mais adiante) teve como um dos objetivos propiciar maiores investimentos na segurança e conservação do traçado.

d) Belo Horizonte – Brasília

Por fim, esse trecho com mais de 700 quilômetros é o início da estrada (que tem como quilômetro 0 a cidade de Brasília) e corta o noroeste do estado de Minas Gerais em direção à sua capital.

3.3 A Primeira Concessionária: Concer

3.3.1 Introdução

De acordo com informação da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), a Concer é uma das empresas pioneiras do Programa de Concessão de Rodovias Federais, iniciando a operação da BR- 040 em 1º de março de 1996, com prazo de duração de 25 anos.⁵⁵

O trecho sob sua administração se estende por 180,4 quilômetros da estrada se iniciando no km 773,5 em Juiz de Fora até o km 125,2 no Rio de Janeiro, atravessando 9 municípios: 3 no Estado de Minas Gerais (Juiz de Fora, Matias Barbosa e Simão Pereira) e 6 no Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Duque de Caxias, Petrópolis, Areal, Três Rios e Comendador Levy Gasparian).

A partir de 20 de agosto de 1996 se iniciou a cobrança do pedágio com a tarifa para automóveis de R\$ 1,91, sendo atualmente três o número de praças de pedágio da concessionária (uma praça foi eliminada em 2000 a partir de alteração contratual) e a tarifa atual de R\$ 11,20.

Com a previsão de fim da concessão em 2021, a Concer ainda não utilizou-se da política de prorrogação de concessão incluída no Programa de Investimento em Logística para solicitar a prorrogação do contrato de concessão da via com a contrapartida de investimentos financeiros⁵⁶.

⁵⁵ Concessões ANTT, disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5262/Concessoes.html>> acesso em 13 de janeiro de 2016

⁵⁶ Concer assina aditivo, disponível em <<http://www.triunfo.com/Show.aspx?IdMateria=GnL5mACoWn4fWLVzL2iwHQ==>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

3.3.2 A nova subida da Serra

Atualmente a concessionária concentra a maior parte de seus esforços na execução da Nova Subida da Serra, prevista no Programa de Exploração da Rodovia de 1996 como a principal obra a ser realizada durante o período da concessão. De acordo com o PER da ANTT⁵⁷, cita-se:

Implantação da nova subida da serra com Projeto concluído até o décimo sexto ano do período da concessão (2011) e a Execução do décimo oitavo (2013) até o décimo nono ano (2014). (...) Para a execução da Nova Subida da Serra, foi estimada uma verba de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), item 6.5.1 da Planilha de Quantidades.

Os serviços a serem executados terão seus preços aprovados e apropriados ao PER pela ANTT. O valor real da obra, a menos ou a mais da estimativa prevista, será negociado com o(a)DNER/ANTT

Os estudos apontam para a construção de uma nova subida da Serra, que deverá estar totalmente implantada até o ano de 2014(Redação dada pela 4ª Revisão Extraordinária e a 20ª Revisão Ordinária Aprovadas pela Resolução nº 4.157, de 05/08/2013). A necessidade de uma nova subida da Serra de Petrópolis apresenta-se como o mais importante melhoramento da Rodovia BR-040. A preocupação com o problema é antiga, em razão do anacronismo da atual via ascendente, a Estrada Velha. Seu traçado e características operacionais estão largamente superados, constituindo-se em restrição operacional no sistema binário de transposição da Serra do Mar. A alternativa de ampliação do tramo ascendente é inviável em razão do seu traçado muito precário e do aspecto histórico da Rodovia.

A nova pista de subida deverá ser construída com modernas técnicas e características geométricas de Rodovia Classe I. O projeto existente deverá ser revisto não só pelos seus indicadores intrínsecos, mas, sobretudo, pela importância que adquiriu nos últimos anos a questão ambiental. Na década de 80, os problemas atinentes à Serra do Mar e Mata Atlântica, foram debatidos exaustivamente, culminando com rigorosa legislação a respeito. Tal condicionamento introduz um fato novo da maior relevância, que exigirá enorme abrangência no processo de estudos de engenharia e impacto ambiental da nova Rodovia.

Assim sendo, torna-se necessário um estudo minucioso sobre esta implantação.

A Concessionária deverá logo no primeiro ano de concessão iniciar os estudos preliminares de engenharia para a definição do novo traçado e de suas características geométricas.

A Rodovia deverá vencer o desnível existente com rampas máximas de 6%, atendendo às especificações para Classe I, região montanhosa do DNER.

⁵⁷ Programa de Exploração da Rodovia “PER Rodovia BR-040/MG/RJ, (Atualizado até a 4ª Revisão Extraordinária e a 20ª Revisão Ordinária Aprovadas pela Resolução nº 4157, de 05/08/2013 e Publicado no DOU em 19/08/2013), p.07 e p.267, disponível em www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=10955, acesso em 14 de janeiro de 2016

A plataforma deverá ser composta de três faixas de 3,60 m de largura, acostamento de 2,50 m de largura e faixa mínima de segurança à esquerda com 0,60 m de largura.

O projeto da nova subida deverá estar concluído e aceito pela ANTT no final do décimo sexto ano do período da concessão (2011). (Redação dada pela 18ª Revisão Ordinária e 2ª Revisão Extraordinária, aprovadas pela Resolução n.º 3.704, de 10.08.2011).

Com a construção dessa nova pista estará concluída mais uma opção de subidas da Serra de Petrópolis. A pista antiga deverá continuar operando perfeitamente integrada ao sistema Rodoviário, mantida, conservada e monitorada como os demais segmentos da BR-040.

Acontece que a previsão inicial de conclusão do projeto em 2011 e das obras da Nova Subida da Serra em 2014 sofreu alteração pelos termos aditivos subsequentes. A justificativa para a alteração no cronograma é a variação na quantidade e preços de serviços e obras de Recuperação, Melhoramentos, Operações e Outros do Programa de Exploração da Rodovia de forma a manter a prestação de um serviço adequado⁵⁸ aos usuários e preservar o valor da tarifa básica de pedágio vigente e o equilíbrio econômico e financeiro do Contrato.

Isso porque a previsão inicial do Programa de Exploração da Rodovia, em valores de 1995, é que a subida da Serra consumiria um total estimado em R\$ 80 milhões de reais.

Contudo, após projeto de estudo realizado pela Concer e conforme demonstrado no 12º Termo Aditivo (em anexo), ainda em valores de 1995, a obra consumirá um total de R\$ 297 milhões (R\$ 1,16 bilhão em valores atuais), ou seja, mais que o triplo do valor inicialmente previsto.

Assim, o 12º Termo Aditivo⁵⁹, de 30 de abril de 2014 tem como objeto a inclusão no Contrato de concessão de novos investimentos em complementação à verba já prevista para a execução da nova subida da Serra de Petrópolis, constante do item 1.9 do Programa de Exploração da Rodovia-PER. Por isso, solicita aporte de recursos sendo realizado pelo Poder Concedente por intermédio da ANTT.

⁵⁸ Nota: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (Item 30 do Contrato de Concessão assinado entre a ANTT e a Concer, disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9315/CONCER.html>>, acesso em 17 de janeiro de 2016)

⁵⁹ Nota: De acordo com o item 4.1 do 12º Termo Aditivo assinado entre as partes, os valores dos novos investimentos não previstos no PER foram apurados de comum acordo entre a ANTT e a Concessionária, com base em projetos executivos aprovados pela ANTT, em processo administrativo específico (12º Termo Aditivo disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9315/CONCER.html>>, acesso em 16 de janeiro de 2016)

Esses são necessários à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro tendo inicialmente os valores a preço de abril de 1995, que em valores atuais com a correção monetária totaliza cerca de R\$ 1,16 bilhão de reais⁶⁰:

- (i) 1º aporte R\$ 70.791.480,19 (R\$ 277,1 milhões em valores atualizados) realizado até 31 de dezembro de 2014, e corresponde à execução da obra até 30 de novembro de 2014;
- (ii) 2º aporte R\$ 148.507.597,16 (R\$ 581,2 milhões em valores atualizados) realizado até realizado até 31 de dezembro de 2015, e corresponde à execução da obra até 30 de novembro de 2015.
- (iii) 3º aporte R\$ 77.716.116,98 (R\$ 304,2 milhões em valores atualizados) que será realizado em até 30 dias após a conclusão da obra.

Se a ANTT como representante do Poder Concedente não conseguir arcar com os 3 aportes indicados nas datas estipuladas, o aditivo prevê a prorrogação automática do contrato, como medida subsidiária. Assim, caso não haja o pagamento do 1º ou do 3º aporte somente, o contrato seria prorrogado por 2 anos e 10 meses. Caso não haja o pagamento somente do 2º aporte o contrato seria prorrogado por 6 anos e 6 meses. E por fim, com a ausência de pagamento de todas as parcelas o contrato se prorroga por 17 anos e 6 meses.

3.3.3 Ação Civil Pública do MPF/RJ

O Ministério Público federal ajuizou ação civil pública para anular o 12º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ora analisado. De acordo com o MPF não houve a previsão orçamentária de recursos a serem aportados pela União na obra da nova subida da Serra. Essa previsão é garantida pelo Art. 167 da Constituição Federal em seu §1º: “Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser

⁶⁰ O Anexo II do 12º Termo Aditivo assinado entre as partes prevê como se dará esse aporte com base no denominado Fluxo de Caixa Marginal (12º Termo Aditivo disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9315/CONCER.html>>, acesso em 16 de janeiro de 2016)

iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

O órgão destaca ainda a necessidade de novo procedimento licitatório para que outra empresa seja contratada para realizar as obras, que seria razoável em virtude da grande disparidade existente entre o valor previsto inicialmente no PER para a execução da obra (R\$ 80 milhões) e o valor real identificado pelo projeto (R\$ 297 milhões)

Uma nova licitação seria vantajosa para a União que não precisaria mais realizar um grande aporte financeiro, de acordo com o MPF, e poderia utilizar-se da nova metodologia de cálculo da tarifa de pedágio que não prevê Taxa Interna de Retorno (TIR) tão elevada como os contratos antigos de concessão, diminuindo o valor da tarifa do pedágio.

Pediu-se ainda a intimação da Concer para que devolva o valor referente ao primeiro aporte depositado pela ANTT em 2014. As procuradoras Joana Barreiro Batista e Vanessa Seguezzi afirmam na Petição Inicial⁶¹ que:

todo o 12º Termo Aditivo ao contrato de concessão PG nº 138/95-00 deve ser invalidado, pois teve como objetivo formalizar a ausência de previsão orçamentária para as obras da Nova Subida da Serra que foram iniciadas sem que houvessem recursos suficientes disponíveis. Dessa forma, ele emerge no mundo jurídico para suplantar a ausência de previsão no Plano Plurianual de 2012-2015; suas cláusulas violam dispositivos constitucionais, pois há previsão de aporte de recursos federais em valor superior ao previsto na lei orçamentária do ano de 2014; não houve estimativa do impacto orçamentário-financeiro conforme previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, de forma que nenhum de seus dispositivos pode produzir efeitos no mundo jurídico

Essa ação foi distribuída no início de dezembro de 2015 e ainda aguarda julgamento.

⁶¹ ACP – Termo Aditivo concessão BR-040 distribuído em 02/12/2015 por dependência à Ação Civil Pública nº 0000067-87.2014.4.02.5106, disponível em <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/mpf-nos-municipios/prm-petropolis-1/atuacao/acoes-civis-publicas/acp-termo-aditivo-concessao-br-040/>>, acesso em 17 de janeiro de 2016

3.4 A Segunda Concessionária: Via 040

3.4.1 Introdução

A Via 040⁶² foi a vencedora do leilão de concessão do trecho de 936,8 quilômetros da BR-040 entre Brasília (DF) e Juiz de Fora (MG). A concessão tem prazo contratual de 30 anos e prevê a recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de um dos principais corredores rodoviários do Brasil, que compreende 35 municípios e uma população de aproximadamente 8 milhões de habitantes.

De acordo com o Programa de Exploração da Rodovia o trecho possui 557,2 km de pista simples, 222,3 km de pista dupla com canteiro central e 157,3 km de pista dupla sem canteiro central ou qualquer elemento físico de segregação das pistas.

Essa concessão é recente, pois foi incluída na Primeira Fase do Programa de Investimento em Logística, conforme visto no Capítulo 2, com o maior deságio (-61,13%) em relação ao valor mínimo da tarifa de pedágio estipulada. A assinatura do contrato ocorreu em 13 de março de 2014 e o início da concessão foi em 22 de abril de 2014.

No contrato de concessão ficou previsto 11 praças de pedágio ao longo de toda a extensão concedida. Também, de acordo com o Programa de Exploração da Rodovia, que a cobrança da Tarifa de Pedágio somente teria início, em qualquer das praças de pedágio, após a conclusão dos Trabalhos Iniciais no Sistema Rodoviário, a implantação de 10% (dez por cento) da extensão total das obras de duplicação previstas no PER, a implantação de praça de pedágio e o cumprimento, pela Concessionária, do disposto no item 24.2.2 (integralização do capital social), bem como da entrega do programa de redução de acidentes e do cadastro do passivo ambiental.

O valor da tarifa básica da proposta vencedora foi R\$ 3,22528 (três reais e vinte e dois mil quinhentos e vinte e oito centésimos de milésimos de real), mas após 15 meses realizando os ajustes necessários para o início da cobrança, o valor fixado foi de R\$ 4,60 em razão da correção inflacionária previsto na 2ª Revisão Extraordinária (Agência Nacional de Transporte Terrestre). A tarifa de pedágio começou a ser cobrada no dia 30 de julho de 2015.

⁶² Quem Somos, disponível em <<http://via040.invepar.com.br/pages/quem-somos>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

3.5 Principal diferença entre os contratos de concessão da BR-040

É importante destacar a principal diferença entre as duas concessões que operam na BR-040, tendo em vista que são separadas por quase 20 anos e que ambas adotam o modelo de concessão de serviço público com base na Lei 8987/95.

Essa diferença se refere a metodologia de cálculo da tarifa de pedágio, conforme já citado acima e se dá pois atualmente há um interesse muito maior das empresas privadas de obter uma concessão rodoviária (revelando o aumento da confiança das empresas no processo realizado pelo Estado). Assim, com maior concorrência entre as empresas, o deságio oferecido para vencer o processo de licitação é maior.

Na concessão de 1996, em virtude da instabilidade econômica com a mudança da moeda pela Plano Real foi necessário o estabelecimento de uma TIR (Taxa Interna de Retorno de mais de 20% para garantir a atratividade da concessão. Já na concessão de 2014, com a economia brasileira mais madura e a moeda estável, foi possível estabelecer-se uma Taxa de menos de 10%, ou seja, menos da metade da Taxa de 1996.

Essa variação repercute diretamente no valor da tarifa do pedágio, que na concessionária Concer (concessão de 1996) está em R\$ 11,20 e na concessionária Via 040 (Concessão 2014) está em R\$ 4,60.

Uma possível alternativa para a redução da tarifa da concessão mais antiga é um aditivo contratual (valendo-se da previsão da Lei 8987/95) que altera o equilíbrio econômico-financeiro através da demanda por novos investimentos, mas tem a compensação da prorrogação do tempo da concessão. Em virtude desse benefício, o Poder Concedente pode postular pela diminuição da tarifa, como já aconteceu com outros aditivos contratuais de outras concessões dentro do Programa de Investimento em Logística.

CONCLUSÃO

Entende-se que esse trabalho não exaure a temática das concessões em infraestrutura. E também apresenta muitas limitações, consequências de um autor inexperiente. Contudo, a esperança final é de que seja uma pequena contribuição no processo de aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada, como se dá com o Programa de Manifestação de Interesse citado no Capítulo 2, por exemplo, e com a constatação de que o relacionamento entre a Administração Pública e iniciativa privada adquire contornos de parceria em face do interesse público, e não mais de antagonismo.

Na realidade, eles devem se complementar, com o setor privado empregando sua eficiência (fruto da concorrência que exige um aperfeiçoamento constante) para a administração, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação dos modais de transporte brasileiro, enquanto que o Estado, através de suas agências reguladoras tem a tarefa precípua de fiscalizar as concessionárias, (Art. 3º da Lei 8987/95) podendo utilizar-se da previsão de extinção do contrato, quando houver descumprimento pela concessionária de algum termo contratual.

Por fim, cabe destacar que somente com a observância do Princípio da Segurança Jurídica é que se conseguirá que o Programa de Investimento em Logística na sua análise final futura tenha um resultado positivo, pois a iniciativa privada somente se interessa em participar de programas que demandam muito investimento e retorno financeiro somente no médio e longo prazos quando percebe que não será prejudicada e poderá recuperar seus investimentos de acordo com a análise de risco feita por seus executivos antes de entrar na disputa por uma concessão. Dessa forma, o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária será garantido ao mesmo tempo em que o Poder Concedente auferirá benefícios para a coletividade, afinal foi ele que estabeleceu todas as diretrizes do Programa de Investimento em Logística, bem como estabelece como será o Programa de Exploração de cada rodovia, ferrovia, porto ou aeroporto a ser concedido.

A vantagem do Poder Concedente é que ele detém o monopólio para a estruturação da modalidade e do formato da concessão. Assim, ele tem todos os meios para estruturar as exigências, direitos e deveres da concessionária antes da realização da licitação, a fim de que não seja necessário mexer no contrato de forma exagerada após a sua assinatura com a concessionária (salvo exceções que obviamente justificam alterações

através de aditivos contratuais). O que se quer dizer é que com um estudo eficiente e um projeto bem elaborado não é necessário alterar a “regra do jogo no meio da partida”.

Essa estabilidade legal traz mais confiança, que por sua vez traz mais investimentos e permite que o Programa de Investimento em Logística, tão relevante e com tantos benefícios para a integração sócio-econômica brasileira, alcance seus objetivos.

REFERÊNCIAS

ACP – Termo Aditivo concessão BR-040 distribuído em 02/12/2015 por dependência à Ação Civil Pública nº 0000067-87.2014.4.02.5106, disponível em <<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/mpf-nos-municipios/prm-petropolis-1/atuacao/acoes-civis-publicas/acp-termo-aditivo-concessao-br-040/>>, acesso em 17 de janeiro de 2016

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. Primeiras Linhas de Direito Econômico, São Paulo, 2003

ALVES, Clarissa Maria Cardão, A ascensão da nova classe média brasileira sob a ótica da renda e do crédito (Monografia de final de curso) PUC-RJ, 2014, disponível em <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Monografia_Clarissa.pdf> acesso em 13 de janeiro de 2016

ANDERSON, Perry. “Balanço do Neoliberalismo”. In: GENTILI, Pablo, e SADER, Emir (orgs). Pós-Neoliberalismo. 1ª reimpr. São Paulo, Paz e Terra

BARROSO, Luis Roberto. Concessão rodoviária. Alterações no objeto do contrato: Acréscimo de obras novas a pedido do Poder Público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e Limites, Rio de Janeiro, 2008

BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 2002

BERCOVICI, Gilberto e VALIM, Rafael (Orgs.). Elementos de Direito da Infraestrutura, São Paulo, 2015

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. Estranhas Catedrais: As Empreiteiras Brasileiras e a Ditadura Civil-Militar, 1964-1988, Niterói, 2014

Concessões ANTT, disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5262/Concessoes.html>> acesso em 13 de janeiro de 2016

Concer assina aditivo, disponível em <<http://www.triunfo.com/Show.aspx?IdMateria=GnL5mACoWn4fWLvzL2iwHQ==>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Concessões de aeroportos, disponível em <<http://www.infraero.gov.br/index.php/transparencia/concessao.html>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

COUTO E SILVA, Almiro do. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Número 2, Salvador, abril/ maio/ junho de 2005, disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>, acesso em 10 de janeiro de 2016

Contrato de concessão entre a ANTT e a Concer, disponível em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9315/CONCER.html>, acesso em 16 de janeiro de 2016

EVANS, Peter. The state as problem and solution: predation, embedded autonomy and structural change", in Stephan Haggart/Robert Kaufman (eds.). Politics of Economic Adjustment Princeton University Press, 1992, publicado em Lua Nova: Revista de Política e Cultura, São Paulo, 1993

Empresa de Planejamento e Logística – Histórico, disponível em <<http://www.epl.gov.br>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

FEIGELSON, Bruno. Curso de Direito da Infraestrutura, Rio de Janeiro, 2015

Ferrovia Norte – Sul, disponível em <<http://www.valec.gov.br>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo, 2012

HÜNNECKENS, Georg. *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*

História da BR-040, disponível em <<http://www.novaserraconcer.com.br/Concer/Hist%C3%B3ria-da-BR040.aspx>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

JOCHIMSEN, Reimut. *Theorie der Infrastruktur: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung*, Tubingen, Mohr Siebeck, 1966

JOSEF & STOBER, Rolf (orgs.), *Lexikon des Rechts der Wirtschaft*, Neuwied, Luchterhand, 1991, vol. I

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, 2003

MORAES, Reginaldo. Reformas Neoliberais e políticas públicas: Hegemonia ideológica e redefinição das relações Estado-sociedade, 2002

MRS Logística S.A

<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/11231/MRS_Logistica_S_A_.html>, acesso em 13 de janeiro de 2016

NOHARA, Irene Patricia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.), São Paulo, 2015

PENIDO DE FRREITAS, Maria Cristina. Estratégias concorrenciais e crédito bancário no Brasil no contexto pós-crise

Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL, disponível em <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-logistica-pil>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL, Investimentos em rodovias <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-rodovias>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Primeira Etapa do Programa de Investimento em Logística – PIL - Ferrovias, disponível em <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-ferrovias>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Programa de Investimento em Logística: Portos, p.3, disponível em <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/portos-pil2015>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Programa de Exploração da Rodovia “PER Rodovia BR-040/MG/RJ, (Atualizado até a 4ª Revisão Extraordinária e a 20ª Revisão Ordinária Aprovadas pela Resolução nº 4157, de 05/08/2013 e Publicado no DOU em 19/08/2013), p.07 e p.267, disponível em www.antt.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=10955, acesso em 14 de janeiro de 2016

Prorrogação da CSN no RJ disponível em <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/ministro-da-sep-assina-prorrogacao-da-csn-no-rj-e-novo-terminal-em-santos-que-preve-investimentos-de-r-5-bilhoes>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Quem Somos, disponível em <<http://via040.invepar.com.br/pages/quem-somos>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

Segunda Etapa do Programa de Investimento em Logística, disponível em <<http://pt.slideshare.net/BlogDoPlanalto/ministerio-do-planejamento-apresentao-da-2-etapa-do-p>>, acesso em 13 de janeiro de 2016

The Global Competitiveness Report 2013-2014, disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf>, acesso em 7 de janeiro de 2016

VALERIO, Alexandre Scigliano. Privatização no Brasil: evolução histórica, dados oficiais e críticas, Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=5> acesso em 30 de janeiro de 2016

VON DER WEID, Elisabeth. O bonde como elemento de expansão urbana no Rio de Janeiro, disponível em <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/o->

z/FCRB_ElisabethvonderWeid_Bonde_elemento_expansao_RiodeJaneiro.pdf> acesso em 30 de janeiro de 2016

12º Termo Aditivo disponível em
<<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9315/CONCER.html>>, acesso em 16 de janeiro de 2016